

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM
ANLAŞMALARININ KURULMASINDA
ZİMNİ İRADE BEYANI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yağmur KAYIKLIK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Süheylâ BALKAR

Eylül 2025

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM
ANLAŞMALARININ KURULMASINDA
ZİMNİ İRADE BEYANI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yağmur KAYIKLIK

**Tez savunma jürisi: Prof Dr. Süheylâ BALKAR (Tez Danışmanı)
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP**

Eylül 2025

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanı” başlıklı bu çalışma Prof. Dr. Süheylâ Balkar’ın danışmanlığında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanarak saygıdeğer jüri üyelerinin takdir ve görüşlerine sunulmuştur. Öncelikle tez jürimde olmayı kabul ederek beni onurlandıran Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal ve Dr. Öğretim Üyesi Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp’e duyduğum minnet duygularımı takdim etmek isterim. Çalışmamızda belki de borçlar hukukunun en gri alanlarından biri olan zımni irade beyanı kavramı, milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarının *sine qua non* koşulu olarak değerlendirilen tahkim iradesi ve tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk konuları özelinde değerlendirilmiştir. Bu çalışmayı gerçek bir tez haline getirmek, akademik ve manevi himaye ve desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocalarım, biricik ailem ve dostlarım sayesinde mümkün olmuştur.

Tezimi yazarken akademik ve mesleki tüm tümseklerde yanımda olduğunu en derinden hissettiğim, şansım, akıl hocam, tez danışmanım ve hayatı kavrayış tarzına büyük hayranlık duyduğum değerli hocam Prof. Dr. Süheylâ Balkar’a ve Bahçeşehir Üniversitesi’nden mezun olduğum 2021 senesinden bu yana aynı tanıdık hisle kapısı bana her zaman açık olan ve jürimde olmayı kabul ederek tezimi gerçekten “tez” yapabilmem adına çok büyük emeği geçen canım hocam Dr. Öğretim Üyesi Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp’e sayfalarca teşekkür etsem az kalır.

Yine bu süreçte başından sonuna kadar her anlamda desteğini ve anlayışını esirgemeyerek tahkim ile alakalı her sorumu sebatla cevaplayan, yarattığı huzurlu çalışma ortamıyla avukatlık mesleğini icra ediş tarzını örnek aldığım, babacan tavrıyla her zaman bizi destekleyen Av. Kurtcebe Noyan Göksu’ya ve son bir senedir hem çalışma hayatını hem de tez yazma sürecini birlikte idare etmeye çabalarken yaşadığım zorlu sürecin doğrudan şahidi olup başından sonuna kadar beni tüm içtenliğiyle destekleyen Av. Buse Yiğiter’e ve Göksu Hukuk Bürosu’nun tezle alakalı serzenişlerimi dinleyen diğer tüm üyelerine çok teşekkür ederim.

Dokuz sene önce Bahçeşehir Üniversitesi’nde tanıştığım, tez sürecinin en güzel şekilde geçeceğini bıkmadan bana hatırlatan ve desteğini bir telefon kadar yakında hissettiğim ilk göz ağrım Av. Gülnur Ceylan’a, hem akademik bilgi derinliğinden hem de kaynak desteğinden faydalandığım Dr. Ar. Gör. Abdurrahman Kayıklık’a ve sınırsız kaynak desteği sağlayan Av. Alp Sünbül’e kalpten teşekkür ederim. Bu vesileyle burada adını zikredemediğim ama bu süreçte ihtiyacım olduğunda her zaman yanımda olan tüm dostlarıma ve arkadaşlarıma teşekkür ederim. Siz olmasaydınız bu yolun en çok neşesi eksik olurdu.

Türkiye’de yüksek lisans eğitimini sürdüren belirli öğrencilere sağlanan 2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında tarafıma sağlanan maddi destek için kendi adıma Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na da çok teşekkür ederim.

Elimi sıkı sıkı tutup hiçbir zaman bırakmadan yürümeye karar verdiğimi söylediğim her yolu sorgusuz sualsiz benimle yürüyen canım annem Şule Kayıklık’a, canım babam Adem Kayıklık’a, tez yazdığım süreçte benimle ev arkadaşlığı yaparak büyük bir sabır testinden geçen ve gözümde hiçbir zaman büyümeyen kuzey yıldızım canım kardeşim Irmak Kayıklık’a ise ömürlük teşekkür borcum var. Bugün olduğum kişinin ve beni ben yapan her türlü başarının mimarı, bana “insan olmayı” ve “insan kalabilmeyi” öğreten ailemdir. Dünyaya bir daha gelsem sizin Yumoş’unuz olmayı isterdim. Evimizin pamuğu biricik kedimiz Kuzey’in hiçbir zaman esirgemediği pati desteği olmasaydı bu süreç çok daha zor olurdu, kolaylaştırdığı için ona da binlerce kez teşekkür ederim.

Son olarak belirtmek isterim ki, açtığı yolda ve gösterdiği hedefe bilimin ışığında yürümeyi ilke edinen bir Türk kadını olarak, bugün sahip olduğum tüm hakların yaratıcısı Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk’tür. Cumhuriyet topraklarında bize emanet ettiklerine üreterek sahip çıkmaya çalışan bir Cumhuriyet çocuğu olarak, aziz hatırasını sonsuz saygı, sevgi ve minnet duygusuyla anıyor; onu hiç görmemiş olsam bile çok özlüyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	vi
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	xi
ÖZET.....	xiv
GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ KURULMASINDA İRADENİN ROLÜ VE ZİMNİ TAHKİM İRADESİ KAVRAMI

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasına İlişkin Değerlendirmelerde Milletlerarası Ticari Tahkimin ve Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliğinin Etkisi	9
A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Niteliği.....	10
1. Sözleşmesel Görüş	12
2. Kazai Görüş	15
3. Karma Görüş.....	18
4. Özerk/Otonom Görüş	19
B. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliği	23
C. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasını Meşru Kılan Hukuki Kaynak.....	30
II. Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması ve Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	35
A. Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması.....	35
B. Zımni Tahkim İradesinin Tespitinde Uygulanacak Hukuk.....	42
1. Uygulanacak Hukuku Hakemlerin Tespit Etmesi	44
2. Uygulanacak Hukuku Mahkemelerin Tespit Etmesi.....	48
III. Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Kavramı.....	56
A. Genel Olarak.....	58
B. Maddi Hukuk Bakımından İrade Beyanı Türleri.....	64

1. Açık İrade Beyanı.....	67
2. Zımni İrade Beyanı	68
a. İradeyi Gösteren Davranışlar	71
b. İrade Faaliyeti	72
c. Susma	74
3. Farazi İrade Beyanı.....	79
C. Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Zımni İrade Beyanının Kabulünde Uygulama Alanı Bulması	80
1. Dürüstlük Kuralı Kavramı ve İşlevi.....	80
2. Güven Teorisi	82
IV. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulabilmesine İlişkin Esaslar	87
A. Zımni Tahkim İradesi.....	89
B. Zımni Tahkim İradesinin Kabulünde Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Rolü	103
C. Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı	113
D. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanının Kabulü Bakımından Maddi Hukuktan ve Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar.....	126
1. Maddi Hukuktan Kaynaklanan Sorunlar	127
a. Nispilik İlkesi	127
b. Devletin veya Devlet Birimlerinin Ehliyet Sorunu.....	128
2. Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar	138
a. Yazılılık Şartı.....	140
b. Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeden Bağımsızlığı Prensibi	147
b.1) Genel Olarak	147
b.2) Mutlak Bağımsızlık Yaklaşımı	152
b.3) Sınırlı Bağımsızlık Yaklaşımı	155
b.4) Tek Sözleşme Teorisi	160

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ KURULMASINDA ZİMNİ İRADE BEYANININ UYGULANMA YÖNTEMLERİ VE MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN ZİMNEN SEÇİLMESİ

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri.....	162
A. Uyuşmazlık Öncesi Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi	163
1. Grup Şirketler Doktrini.....	163

a. Genel Olarak	163
b. Grup Şirketler Doktrininin Zımni Tahkim İradesi Kapsamında Yorumlanması.....	170
c. Yargı Kararları Işığında Grup Şirketler Doktrininin Zımni Tahkim İradesi Kapsamında Yorumlanması	181
2. Esas Sözleşmenin İfası	190
3. Menfaat Esaslı Estoppel Doktrini.....	207
4. Üçüncü Taraf Lehdar	213
5. Tahkim Anlaşmalarının Atıf Yoluyla Kurulması	218
6. Bağlantılı Sözleşmeler	228
7. Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları	229
8. Devletin veya Devlet Birimlerinin Dahil Olduğu Uyuşmazlıklar ...	231
B. Uyuşmazlık Sonrası Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi	238
1. Tahkim Yargılamasında Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi	239
2. Devlet Yargılamasında Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi.....	248
3. Usuli Bir Haktan Faydalanılmaması Şeklinde Ortaya Çıkan Zımni Tahkim İradesi	250
4. Görev Belgesinin İmzalanması.....	252
II. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Zımnı Seçilmesi.....	260
A. Genel Olarak.....	261
B. Tahkim Yeri Hukuku Yaklaşımı	277
C. Esas Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Yaklaşımı	285
SONUÇ.....	311
KAYNAKÇA.....	331
ÖZGEÇMİŞ.....	364

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATF	:	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral Suisse
Avrupa Sözleşmesi	:	1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BGE	:	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
ed.	:	editör
eds.	:	editörler
HD.	:	Hukuk Dairesi
HKIAC	:	Hong Kong International Arbitration Centre (Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi)
HMK	:	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	:	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Tahkim Odası)
iMÖHK	:	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
İSTAC	:	İstanbul Tahkim Merkezi
İTOTAM	:	İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi
JdT	:	Journal des Tribunaux (Lausanne)
K.	:	Karar
LCIA	:	London Court of International Arbitration
m.	:	madde
MÖHUK	:	5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MTK	:	4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
No	:	Numara(sı)
NYK	:	New York Konvansiyonu
prg.	:	paragraf
RG.	:	Resmî Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
SJ	:	La semaine judiciaire (Genève)
ss.	:	sayfa aralığı
T.	:	Tarih

TBK	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TF	:	İsviçre Federal Mahkemesi (Tribunal fédéral)
TMK	:	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UKSC	:	United Kingdom Supreme Court
U.S.	:	United States
UNCITRAL	:	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	:	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBHKGK	:	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu



RÉSUMÉ

Le droit, en tant qu'institution, se développe en réponse aux besoins de la société; il ne peut ignorer les transformations sociales et continue donc à évoluer de manière continue. Cette évolution législative a conduit à une transformation significative des lois, de la jurisprudence et de la doctrine. Parallèlement aux transformations que la vie commerciale a connues au fil des siècles, l'arbitrage international a également évolué en tant que méthode de résolution des litiges dans le cadre des réglementations nationales et internationales. Dans le contexte contemporain, marqué par une société aux attentes croissantes, les tribunaux ont opéré un glissement progressif de leur position, jadis réservée à l'égard de l'arbitrage, vers une attitude plus accueillante. À la lumière de ces développements, l'arbitrage ne doit plus être considéré comme une méthode exceptionnelle de résolution des litiges commerciaux internationaux; il est désormais largement accepté comme une procédure standard. En raison des avantages qu'il présente par rapport aux tribunaux, l'arbitrage a souvent été privilégié par les commerçants et soutenu par des juges qui respectent ces préférences, il s'est fermement établi comme une pratique courante. Néanmoins, la normalisation de l'arbitrage en tant que méthode courante de résolution des litiges ne saurait être le résultat d'une seule étape. Cette évolution s'inscrit dans un contexte plus large de glissement progressif des tribunaux vers une approche favorable à l'arbitrage, associé au renforcement de cette attitude dans la littérature universitaire et cet effet domino a joué un rôle déterminant dans l'accélération de cette transformation. En effet, les juges, reconnaissant les aspects contractuel et judiciaire de l'arbitrage, poursuivent leur examen minutieux du choix de l'arbitrage par les parties, mais d'une manière considérablement plus souple que par le passé.

La prise de conscience de l'inefficacité de l'arbitrage en tant que « rival » de la juridiction étatique s'est matérialisée par l'émergence de la notion de consentement à l'arbitrage. Mis à part l'assouplissement de l'attitude distante à l'égard de l'arbitrage, sur le plan réglementaire, le fait de ne pas exiger que la volonté d'arbitrage soit nécessairement « explicite » a incité les juges et les arbitres à accepter le concept de « volonté implicite d'arbitrage ». Les efforts déployés pour concilier l'admissibilité du consentement implicite à l'arbitrage avec l'exigence de forme écrite, telle que prévue par la Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Étrangères datée 1958, ainsi que par les lois nationales sur l'arbitrage, d'une part, et avec la doctrine de la séparabilité, d'autre part, mettent en évidence la perception du consentement implicite à l'arbitrage comme une nécessité juridique. De plus, l'acceptation du consentement implicite dans les conventions d'arbitrage a été invoquée non seulement en ce qui concerne le concept même de consentement à l'arbitrage, mais également en relation avec la détermination de la loi régissant la convention d'arbitrage, qui à son tour applique la portée dudit consentement.

La notion de consentement à l'arbitrage, ainsi que les modalités de son évaluation, sont étroitement corrélées à l'approche prédominante en matière d'arbitrage. À l'instar de la notion de « tradition de longue date », qui trouve son origine dans une période où l'arbitrage était perçu comme un moyen de résolution des conflits quasi exclusivement réservé aux tribunaux étatiques, la notion de volonté d'arbitrage a été unanimement élevée au rang de principe sacré dans les mentalités. Il convient toutefois de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le consentement, tel que défini par le droit des obligations, devrait faire l'objet d'une distinction lorsqu'il s'agit d'arbitrage. L'exclusion de la notion de consentement implicite, qui n'est pas moins authentique qu'un consentement « explicite », du champ d'application du « consentement à l'arbitrage » ne repose sur aucun fondement juridique et ne peut être justifié par des principes. Une analyse plus poussée des motifs pour lesquels les tribunaux ont traditionnellement requis une approbation explicite à l'arbitrage met en lumière que cette exigence découlait principalement de leur position défavorable à l'égard de l'arbitrage. Cependant, dans le cadre des obstacles à la reconnaissance et à l'exécution prévus par la Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères datée 1958 et la loi n° 5718 sur le droit international privé et la procédure civile, tant la dimension contractuelle que la dimension judiciaire de l'arbitrage restent sous le contrôle exclusif des tribunaux étatiques. Par ailleurs, il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a opéré un revirement de position. Cette évolution jurisprudentielle doit impérativement se concrétiser par l'admission de la déclaration tacite de volonté dans les conventions d'arbitrage. Au-delà de l'acceptabilité implicite de la volonté d'arbitrage, lorsque l'on aborde la question sous un angle différent et que l'on s'interroge sur le fondement de la volonté d'arbitrage explicite, il n'est pas difficile d'admettre que ces raisons ont perdu leur validité au stade actuel de l'arbitrage.

Dans ce contexte, la manière appropriée et judicieuse de reconnaître l'existence d'une convention d'arbitrage consiste à se concentrer sur le consentement sincère des parties à recourir à l'arbitrage, plutôt que sur une déclaration strictement explicite dudit consentement. En effet, en droit, le consentement implicite est reconnu comme une forme valide de consentement, ce qui rend toute exclusion du consentement implicite de la formation des conventions d'arbitrage inacceptable du point de vue juridique. La nécessité d'une évaluation et d'une interprétation du consentement implicite pourrait expliquer la réticence à l'accepter dans les conventions d'arbitrage. Cependant, dans un système juridique où l'interprétation est possible même en l'absence de consentement explicite, cette réticence semble dépourvue de fondement convaincant. En outre, l'invocation de la doctrine de la séparabilité pour légitimer la restriction du rôle du consentement tacite dans les conventions d'arbitrage ne saurait être interprétée comme impliquant l'exigence d'un consentement distinct et spécifique. La doctrine de la séparabilité est fréquemment invoquée, bien que de manière inappropriée, comme un moyen de rejeter l'arbitrage, même dans des situations où le consentement implicite à l'arbitrage est manifeste.

Lorsqu'un consentement implicite à l'arbitrage est établi, l'arbitre ou le juge est alors dans l'obligation de reconnaître ce consentement et pour cela, il doit examiner les circonstances de l'affaire selon les principes de bonne foi et la théorie de la confiance. L'argument selon lequel il n'existerait aucune convention d'arbitrage simplement parce qu'aucun consentement explicite n'a été établi, conduit à des conclusions qui contredisent à la fois l'intention du législateur et les exigences de la justice dans le cas spécifique en question. Dans le cadre de l'arbitrage, il est important de reconnaître que les cas où le consentement implicite à l'arbitrage est reconnu

peuvent être considérés comme la « voix silencieuse » du consentement à l'arbitrage. L'exigence d'un consentement explicite ne prend pas en compte les attentes légitimes de l'une des parties au contrat. Dans de telles situations, il est essentiel de reconnaître le consentement implicite à l'arbitrage afin de préserver les attentes des parties et d'éviter toute déception. L'approche méthodologique adoptée dans le cadre de cette étude ne se positionne pas en faveur d'une prise de position en faveur de l'arbitrage. Elle vise plutôt à donner effet à la véritable intention des parties, y compris lorsqu'elle est exprimée de manière implicite.

Sur la base de cette compréhension, la présente étude examine les cas dans lesquels le consentement implicite à l'arbitrage est reconnu comme un phénomène fréquemment rencontré dans la pratique commerciale internationale. Cette reconnaissance s'applique aussi bien aux parties initiales qu'aux tiers à la convention d'arbitrage. Si les conventions d'arbitrage constituent le fondement des procédures d'arbitrage, elles restent néanmoins soumises aux principes du droit des obligations et par conséquent, l'évaluation du consentement tacite à l'arbitrage est réalisée en conformité avec les principes de bonne foi et la théorie de la confiance. Dans le cadre de cette étude, la signification conceptuelle du consentement implicite en droit des obligations a d'abord été identifiée, après quoi le rôle de la bonne foi et de la théorie de la confiance dans la déduction du consentement implicite à l'arbitrage a été clarifié. Ces conclusions sont étayées par des exemples qui amènent à la conclusion qu'une personne morale peut être assujettie à la convention d'arbitrage, que ce soit en sa qualité de partie initiale ou de tierce. En conséquence, l'impact de certains comportements des « parties potentielles » sur la portée de la convention d'arbitrage a été évalué à la lumière des principes de bonne foi et de la théorie de la confiance légitime. Les situations dans lesquelles le consentement implicite à l'arbitrage peut être déduit ont été délimitées, et il a été avancé que l'insistance sur un consentement explicite à l'arbitrage ne devrait pas être autorisée à faire obstacle à la reconnaissance de ces personnes morales en tant que parties à la convention d'arbitrage. En outre, il a été établi que le choix implicite de la loi régissant le fond des conventions d'arbitrage est admissible en vertu des réglementations nationales et internationales. L'objet de cette étude est d'examiner si cette loi doit être comprise comme la loi du siège de l'arbitrage ou la loi régissant le contrat principal. À la suite de cette analyse, il convient de souligner qu'une évaluation minutieuse doit être effectuée dans chaque cas individuel. En effet, il faut garder à l'esprit que des conclusions différentes peuvent être tirées.

ABSTRACT

Law is, by its very nature, a discipline that evolves in response to the needs of society, and thus it cannot remain detached from the transformation of society; it must continually develop. Accordingly, laws, case law, and doctrine change. International arbitration, in turn, has emerged as a dispute resolution method that has progressively developed within both national and international regulatory frameworks, in parallel with the long-standing evolution of commercial life. Given that law must accommodate societal needs, courts have gradually abandoned their once-hostile approach towards arbitration. Against this backdrop, arbitration has transitioned from being regarded as an exceptional recourse to becoming the ordinary dispute resolution method for international commercial disputes. Arbitration, owing to its manifold advantages over courts, has become the preferred dispute resolution method of international commerce, and through the judiciary's deference to party autonomy, it has gradually transformed into an ordinary and firmly entrenched mode of dispute resolution. Yet this transformation did not occur instantaneously. Rather, it was facilitated by the growing tendency of courts to render arbitration-friendly decisions, together with sustained efforts in academic scholarship to cultivate a pro-arbitration perspective. In this respect, the dualism inherent in arbitration—deriving from its contractual foundation on the one hand, and its judicial dimension on the other—has long constituted the source of theoretical debate. Although this dualism continues to prompt judicial scrutiny of certain party choices concerning arbitration, such scrutiny today unfolds within a far more flexible framework than in the past.

The recognition that arbitration does not function as a “*rival*” to state adjudication has also found expression in the notion of the consent to arbitrate. Beyond the gradual softening of the once-distant stance toward arbitration, the absence of a strict requirement in laws that consent to arbitrate be “*express*” has paved the way for judges and tribunals to acknowledge the validity of an “*implied consent to arbitrate*”. Efforts to reconcile the admissibility of implied consent to arbitrate with the writing requirement set forth in the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and in national arbitration laws, as well as with the separability doctrine, demonstrate that the recognition of implied consent to arbitrate is perceived as a legal necessity. Moreover, the acceptance of implied consent in arbitration agreements has been invoked not only with respect to the concept of consent to arbitrate itself, but also in relation to determining the law governing the arbitration agreement, which in turn applies the scope of such consent.

The notion of consent to arbitrate, and the manner in which it is assessed, is closely shaped by the prevailing approach to arbitration itself. Just as arbitration was once perceived as a dispute resolution method effectively marginalized by courts, the understanding of consent to arbitrate has similarly been entrenched as a “*long-standing*”

tradition". However, it is worth questioning why consent defined in the sense of the law of obligations needs to be differentiated when it comes to arbitration. Excluding the notion of implied consent -which is no less genuine than an explicit consent- from the sphere of consent to arbitrate lacks any legal foundation. A closer examination of why courts historically demanded explicit consent to arbitrate reveals that this expectation stemmed primarily from their adversarial stance toward arbitration. However, in light of the fact that both the contractual and judicial dimensions of arbitration remain under the ultimate control of courts, particularly within the framework of recognition and enforcement obstacles under the New York Convention and Turkish Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law and given that the European Court of Human Rights has acknowledged that arbitration proceedings do not fall short of court proceedings in terms of the right to fair trial, the shift away from this adverse stance should also manifest itself in the acceptance of implied consent to arbitrate. Rather than focusing on the admissibility of implied consent to arbitration, when the issue is approached from a different perspective by questioning the very foundation of express consent to arbitrate, it is difficult to deny that, in light of the current state of arbitration, the underlying reasons for such consent have lost their validity.

In this context, the sound and proper way to recognize the existence of an arbitration agreement is to focus on the parties' genuine consent to arbitrate, rather than on a strictly explicit declaration of such consent. Since an implied consent is, in legal terms, a valid expression of consent, excluding implied consent from the formation of arbitration agreements cannot be regarded as a justifiable stance. The fact that implied consent require evaluation and interpretation may explain the reluctance to accept them in arbitration agreements. However, in a legal system where even explicit consent may be subject to interpretation, such reluctance lacks a convincing foundation. Likewise, invoking the separability doctrine as a justification for limiting the role of implied consent in arbitration agreements should not be taken to mean that a completely distinct and special consent is required. The separability doctrine is too often misapplied as a tool to deny arbitration, even where an implied consent to arbitrate is evident.

When the presence of an implied consent to arbitrate is established by examining the circumstances of the case under the principles of good faith and the reliance theory, the arbitrator or judge is left with no choice but to recognize that consent. To claim that no arbitration agreement exists solely because there is no explicit consent leads to conclusions that contradict both the legislator's purpose and the demands of justice in the concrete case. Instances where implied consent to arbitrate is acknowledged can be seen as the "*silent voice*" of consent to arbitrate. Requiring that consent always be explicit disregards the legitimate expectations of one of the contracting parties. In such situations, recognizing implied consent to arbitrate safeguards those expectations, preventing them from being frustrated. The approach adopted here, which underpins this study, is not one of arbitration bias but rather one of giving effect to the parties' true intention, even when expressed implicitly.

Building on this understanding, this study examines instances in which implied consent to arbitrate is recognized as a phenomenon frequently encountered in international commercial practice, both with respect to the original parties and to third parties to the arbitration agreement. While arbitration agreements serve as the foundation for arbitration proceedings, they remain subject to the principles of contract law. Accordingly, the assessment of implied consent to arbitrate is conducted in light of the principles of good faith and the reliance theory. Within the scope of this study,

the conceptual meaning of implied consent under contract law has first been identified, after which the role of good faith and the reliance theory in inferring implied consent to arbitrate has been clarified. These findings are illustrated through examples leading to the conclusion that a legal person may be bound by the arbitration agreement, irrespective of whether they are an original party or a third party. Therefore, the impact of certain conduct by “*potential parties*” on the scope of the arbitration agreement has been evaluated through the principles of good faith and the reliance theory. Situations in which implied consent to arbitrate may be inferred have been delineated, and it has been argued that the insistence on an explicit consent to arbitrate should not be permitted to obstruct the recognition of such legal persons as parties to the arbitration agreement. Furthermore, it has been established that the implied choice of the law governing the substance of arbitration agreements is permissible under both national and international regulations. This study examines whether this law should be understood as the law of the seat of arbitration or the law governing to the main contract. As a result of this examination, it has been acknowledged that, rather than establishing a fixed rule, each case must be carefully assessed on its own facts, and that such assessments may always lead to different outcomes.

ÖZET

Hukuk, sjelerinin ihtiyaçlarına kulak vererek gelişen bir yapıya sahip olduğundan toplumun evrimine sırt çeviremez; hiç durmadan gelişmeye devam eder. Tam da bu sebeple, kanunlar değışir, içtihatlar değışir, doktrin değışir. Milletlerarası tahkim de ticari hayatın yüzyıllardır geçirdiğı değışime paralel bir şekilde, ulusal ve uluslararası düzenlemeler kapsamında gelişen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur. Hukukun toplumun ihtiyaçlarını gözetmesi gerektiğinden; devlet mahkemeleri, tahkime yönelik hasmane tutumlarından zaman içerisinde vazgeçmiştir. Tahkime bakış açısını değıştiren bu gelişmeler ışığında, tahkim milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından istisnai olmaktan çıkarak olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir. Tahkim, devlet yargısına kıyasen çeşitli avantajları sayesinde milletlerarası ticaretin aktörleri tarafından sıkça tercih edilmiş ve hâkimlerin bu tercihe saygı duymasından aldığı destekle olağanlaşmıştır. Tahkimin olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmesi süreci bir anda olmamıştır. Devlet mahkemelerinin verdiği kararların tahkim lehine bir duruş sergilemeye başlaması ve akademik literatürün tahkim dostu yaklaşım için gösterdiği çaba, tahkimin olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelebilmesindeki en önemli etkenlerdir. Dolayısıyla, tahkimin sözleşmesel ve yargısal boyutunun yarattığı ve tahkimin pek çok teorik tartışmasının kaynağında yer alan düalizm, her ne kadar hâkimlerin tarafların tahkime ilişkin kimi tercihlerini sorgulamalarına sebep olsa da, bu sorgulama eskisine kıyasen daha esnek bir zeminde ilerlemektedir.

Tahkimin devlet yargısına bir “rakip” olmadığı anlayışının benimsenmesi, yansımalarını tahkim iradesi kavramına bakış açısında da göstermiştir. Tahkim yargılamasına olan mesafeli tutumun yumuşaması, zaman içerisinde, kanuni düzenlemeler zemininde tahkim iradesinin mutlaka “açık” olmasının aranmamasına ve hâkimler ile hakemleri “zımni tahkim iradesi” kavramının kabulüne yaşıtırmıştır. Tahkim iradesinin zımni olarak kabul edilebilirliğini, her ne kadar tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından bir hukuki engel teşkil etmese de de 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu ve ulusal tahkim mevzuatlarında öngörülen yazılılık şartı veya tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibiyle bağdaştırılması çabaları da zımni tahkim iradesinin kabul edilmesinin hukukun bir gereğı olarak görüldüğünü göstermektedir. Hatta zımni irade beyanının tahkim anlaşmaları bakımından kabul edilmesi sadece tahkim iradesi kavramı bakımından değil, tahkim iradesini yöneten hukuk olan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde de dikkate alınmıştır.

Tahkim iradesi kavramı ve bu kavramın değeriendirilmesi, tahkime olan yaklaşımdan doğrudan etkilenmektedir. Tıpkı tahkimin devlet mahkemeleri tarafından

adeta rakip olarak görüldüğü dönemden kalma “*eski bir alışkanlık*” gibi, tahkim iradesi kavramı elbirliğiyle zihinlerde kutsal bir konuma yerleştirilmiştir. Halbuki borçlar hukuku anlamında tanımlanan irade beyanı kavramının, konusu tahkim olduğunda farklılaşmaya neden ihtiyaç duyduğu sorgulanmaya değerdir. Zira, en az açık irade beyanı kadar “*gerçek*” bir irade beyanı niteliğini haiz zımni irade beyanı kavramının “*tahkim iradesi*” açısından dışlanması, hiçbir kanuni temele dayanmamaktadır. Devlet mahkemelerinin açık tahkim iradesi beklentisinin temel sebebi sorgulandığında cevabın tahkim aleyhine takınılan tavır olduğu görülecektir. Halbuki New York Konvansiyonu ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen tanıma ve tenfiz engelleri bağlamında, tahkimin hem sözleşmesel boyutu hem de yargısal boyutu hâlâ devlet mahkemelerinin denetim tekelinde olmaya devam ettiğinden ve adil yargılanma kaygıları bakımından tahkim yargılamasının devlet yargılamasından geride kalmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul edildiğinden, bu aleyhe tavırdan dönüş sonuçlarını tahkim anlaşmalarında zımni irade beyanının kabul edilmesiyle de göstermelidir. Tahkim iradesinin zımni olarak kabul edilebilirliğinden ziyade konuya farklı bir bakış açısından yaklaşılarak açık tahkim iradesinin temelini ne olduğu sorgulandığında, tahkimin bugün geldiği noktada bu sebeplerin geçerliliğini yitirdiğini kabul etmek işten değildir.

Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının varlığının kabulü bakımından doğru ve yeterli yaklaşım, *açık* tahkim iradesinden ziyade *gerçek* tahkim iradesinin aranmasıdır. Zımni irade beyanının hukuken gerçek bir irade beyanı olması karşısında, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşunda dışlanması yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir. Zımni irade beyanının sırf bir değerlendirme süzgecinden geçirilmesi ve yorum faaliyetine konu olabilmesi, tahkim anlaşmaları bakımından bu tür irade beyanlarına mesafeyle yaklaşılmasına sebep olmuş olabilir. Buna karşın, açık irade beyanının dahi varlığının veya içeriğinin bir yorum konusu olabildiği hukukumuzda bu mesafeli yaklaşım alelade bir şekilde açıklanamaz. Yine tahkim anlaşmalarının kurulmasında zımni irade beyanının sınırlı kabul edilmesine gerekçe olarak ileri sürülen bağımsızlık prensibi, tahkim anlaşması için tamamen ayrı ve özel bir irade aranması sonucunu doğurmamalıdır. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi, amacından saptırılarak zımni tahkim iradesinin var olduğu durumlarda dahi tahkim aleyhine bir sonuca varılmasına adeta bahane olarak kullanılmaktadır.

Gerçekten de somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı ve güven teorisi kapsamında değerlendirilmesi neticesinde tespit edilen zımni tahkim iradesinin varlığı, hakemi veya hâkimi, tahkim iradesinin kabulünden başka bir çare bırakmayacak bir duruma sokmaktadır. Bu nokta da hâlâ açık tahkim iradesinin olmaması sebebiyle, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının olmadığını savunmak, kanun koyucunun amacına ve somut olay adaletine uymayan sonuçlar doğurmaktadır. Zımni tahkim iradesinin var kabul edildiği somut örnekler, tahkim iradesinin adeta sessiz çılgılığı şeklinde ifade edilebilir. Nitekim tahkim anlaşmasının varlığının kabulü bakımından, tahkim iradesinin açık olmasının aranmasının, sözleşme taraflarından biri nezdinde uyandırılan haklı güvene ters düştüğü noktada, zımni tahkim iradesinin kabulü bir can simidi görevi görerek diğer tarafta uyandırılan haklı güvenin boşa çıkmasını engellemektedir. Çalışmamızın temelini oluşturan bu yaklaşım, tahkim dostu bir yaklaşımı benimsememekte, tarafların zımni de olsa beyan ettikleri gerçek iradelerine gereken hukuki etkiyi vermeyi amaçlamaktadır.

İşte bu kabulden hareketle çalışmamızda, tahkim anlaşmasının asli taraflarının ve üçüncü kişilerin milletlerarası ticari hayatta sıkça karşılaşılan bir durum olarak zımnî tahkim iradesinin kabul edildiği durumlar incelenmiştir. Tahkim anlaşmaları bir yargılama faaliyetine zemin oluştursa da borçlar hukuku prensiplerine tabi olması sebebiyle, zımnî tahkim iradesi değerlendirmeleri de dürüstlük kuralı ve güven teorisi temelinde yapılmaktadır. İncelememiz kapsamında, borçlar hukuku anlamında zımnî irade beyanının ne olduğu kavramsal düzeyde tespit edildikten sonra, dürüstlük kuralı ve güven teorisinin zımnî tahkim iradesinin kabulü açısından rolü ortaya konmuştur. Yaptığımız bu tespitler, tahkim anlaşmasının asli tarafları veya üçüncü kişiler fark etmeksizin bir kişinin tahkim anlaşmasına taraf olduğu sonucunu doğuracak örnekler kapsamında somutlaştırılmıştır. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının “*potansiyel taraflarının*” sergilediği birtakım hareketlerin tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına etkisi dürüstlük kuralı ve güven teorisi bakımından değerlendirilerek, zımnî tahkim iradesi çıkarımına mahal verilebilecek durumlar tespit edilmiş ve bu hallerde ilgili kişinin tahkim anlaşmasının tarafı kabul edilmesinin önüne bir engel olarak tahkim iradesinin mutlaka açık olması kabulünün konulamayacağı savunulmuştur. Bununla birlikte, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukukun zımnî seçilmesinin ulusal ve uluslararası düzenlemeler kapsamında mümkün olduğu tespit edilmiş ve bu hukukun tahkim yeri hukuku ya da esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk olup olmayacağı irdelenmiştir. Bu inceleme sonucunda, bir kural yaratılmaksızın her somut olay özelinde titiz bir değerlendirme yapılması gerektiği ve bu değerlendirmenin de farklı sonuçlar doğurmasının her zaman mümkün olduğu kabul edilmiştir.

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Milletlerarası ticari tahkim¹ anlaşmalarının kurulmasında zımni irade beyanının² yeri, özellikle tahkim iradesinin zımni olarak beyan edilebilmesi açısından, hukuk çevrelerinde hâlâ mesafeli yaklaşılan ve ciddi tartışmalar doğuran bir meseledir³.

¹Milletlerarası ticari tahkimin, “ticari” olmak ve “milletlerarası” nitelik taşımak şeklinde iki unsuru bulunmaktadır. Ancak milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda (RG., T. 21.06.2001, S. 4686) ticari olma unsuru tanımlanmamıştır. Bu sebeple, MTK’nin kapsamına giren tüm uyuşmazlıklar için milletlerarası tahkim imkânının kabul edildiği söylenebilir (ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2024, s. 5-8). Öte yandan, UNCITRAL Model Kanunu’nda yer alan dipnotta ticari olma unsuru, taraflardan ziyade yapılan işlem esaslı bir yaklaşımla, sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığı fark etmeksizin ticari niteliği haiz bütün ilişkilerden doğan meseleleri kapsayacak şekilde ifade edilmiştir (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006, United Nations, Commission on International Trade Law, Vienna, 2008, uncitral.un.org). Bununla birlikte, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10.06.1958 Tarihli New York Konvansiyonu m. I/b-3 hükmünde, “*Bunun gibi her devlet sözleşmenin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukukî münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi millî kanununa nazaran sadece ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini beyan edebilir.*” şeklinde getirilen düzenleme uyarınca, Türkiye NYK’ye bu yönde bir çekince koyduğundan, NYK, sadece Türk hukukuna göre ticari sayılan işlem ve ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin verilen hakem kararları bakımından uygulama alanı bulacaktır (ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 388; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: “Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s. 24, dn. 16. NYK, 08.05.1991 tarihinde 3732 Sayılı Kanunla onaylanmış ve 25.09.1991 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. Ancak m. XII. hükmü uyarınca NYK, Türkiye açısından 01.10.1992 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 386-388). Milletlerarası nitelik taşımak unsuru bakımından ise MTK m. 2 hükmünde, uyuşmazlığa yabancılık unsuru vererek tahkime milletlerarası nitelik kazandıran haller oldukça detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu haller, tahkimin milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken dikkate alınacaktır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 10-11). Tahkimin ticari olması ve milletlerarası nitelik taşımasına ilişkin daha detaylı bilgi için ayrıca bkz. LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 28; BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Baskı, Oxford University Press, Kluwer Law International, 2015, s. 49-64.

²Çalışmamızda zımni tahkim iradesi kavramı ele alınmaktadır. Bununla birlikte, zımni tahkim iradesinin milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarının kurulmasına ilişkin zımni iradenin varlığından bahsedilen yerlerde, esas itibarıyla borçlar hukuku alanında ifade edildiği üzere, “zımni irade beyanı”ndan söz edilmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın başlığı, “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanı*” olarak tercih edilmiştir.

³Çalışmamız kapsamında “*milletlerarası ticari tahkim*” için ise kısaca “*tahkim*”, “*milletlerarası ticari tahkim anlaşmaları*” veya “*milletlerarası tahkim anlaşmaları*” için kısaca “*tahkim anlaşmaları*” veya “*tahkim anlaşması*” ve tahkim anlaşmasının esas sözleşme içerisinde bir hüküm olarak yer aldığı

Tahkim klozu söz konusu olduğunda bu tartışma, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin, esas sözleşme ve tahkim klozu ilişkisinin karmaşıklştırılarak yorumlanması neticesinde daha da içinden çıkılmaz bir hale bürünmektedir. Zira, tahkim iradesi herhangi bir sözleşmenin kurulması için gereken irade beyanından farklılaştırılmakta ve bu iradenin özel bir irade şeklinde açık olarak beyan edilmesi şart koşulmaktadır. Gerek karşılaştırmalı hukuk gerekse Türk hukuk doktrininde, tahkim iradesi son zamanlarda daha geniş yorumlanmaya başlanmıştır. Tahkim iradesi kavramına ilişkin benimsenen bu farklı yaklaşımın temelinde, tahkimi teşvik etmek amacıyla benimsenen tahkim yanlısı bakış açısı bulunmaktadır. Halbuki, tahkim iradesinin farazi olarak var kabul edildiği örnekler hariç olmak üzere, en az açık bir irade beyanı kadar gerçek bir irade beyanı niteliğini haiz ve fakat beyan ediliş tarzındaki farklılıktan ötürü örtülü nitelik taşıyan zımni irade beyanı, tahkim yanlısı yaklaşıma veya herhangi bir varsayıma ihtiyaç duyulmaksızın tahkim anlaşmaları için de kabul edilebilir.

Hakemler tarafından icra edilen yargılama faaliyetinden ve bu yargılama faaliyeti neticesinde verilen hakem kararından, tarafların amaçladıkları menfaati elde edebilmesi, hâlâ devlet mahkemelerinin hakem kararına sonuç bağlaması ile mümkündür. Gerçekten, bir hakem kararının, icra edilebilirlik gücü kazanması, diğer bir ifadeyle, tarafları bakımından hukuken bir fayda taşıması, ulusal kanunlar ve uluslararası sözleşmeler kapsamında yapılacak inceleme neticesinde, devlet mahkemeleri nezdinde gördüğü kabule bağlıdır. Bu kabulü görmeyen bir hakem kararı, alanında yetkin bir grup insana somut uyuşmazlığa ilişkin çeşitli olguların sunulduğu ve bu olguların hukuken değerlendirildiği bir zihinsel faaliyetten öte anlam taşımaz.

Hakem kararına icra edilebilirlik gücü bahşederek gerçek anlamını kazandırmak, tahkim iradesi ve bu iradenin somutlaştığı geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını gerekli kılar. Zira, ulusal kanunlar vasıtasıyla devlet mahkemelerinin kendi yargılama yetkisinden tahkim lehine feragat etmesi, ancak tarafların bunu sağlamak amacıyla

durumlarda “*tahkim klozu*” ifadeleri kullanılacaktır. Ayrıca milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanı ile kurulması hem tahkim anlaşmalarının asli tarafları hem de asli tarafları ile üçüncü kişiler arasında kurulması imkânı anlamına gelecek şekilde kullanılacaktır. Tahkim anlaşmalarının asli tarafları arasında zımni irade beyanı ile kurulması imkânı ve bu kişilerle üçüncü kişiler arasında zımni irade beyanı ile kurulması imkânı farklı değerlendirmeye tabi tutulacaksa ilgili kısımda ayrıca belirtilecektir.

akdedecekleri ve iradelerini yansıtan bir tahkim anlaşmasının varlığıyla mümkündür. Ne var ki tahkim anlaşmasının bu şekilde basit ifade edilebilecek işlevine, söz konusu tahkim iradesi olduğunda kimi zaman işlevini yerine getirmekten öte bir anlam yüklenmiştir. Devlet mahkemelerinin anayasal anlamda hukuki uyuşmazlıklar bakımından olağan uyuşmazlık çözüm merci sıfatıyla bireylerin hak arama özgürlüğünü temin etmesi gerçeğinin yanı sıra tahkim anlaşmalarının usul hukuku alanında doğurduğu sonuçlar da göz önünde bulundurulduğunda, tahkim iradesine, herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesinin kurulması için gerekli ve yeterli kabul edilen iradeden daha fazla bir önem atfedildiği göze çarpar. Tahkim iradesine biçilen bu özel değer, çeşitli devlet mahkemeleri tarafından verilen yargı kararlarında ve farklı hukuk disiplinlerinden gelen akademisyenlerin görüşlerinde, tahkim anlaşmasının varlığının kabulünün “*açık tahkim iradesinin*” veya “*tereddüde mahal vermeyecek şekilde zımnen beyan edilen tahkim iradesinin*” mevcudiyetini gerektirdiği şeklinde ifade edilmiştir. Halbuki, tarafların tahkim anlaşması akdetmek konusundaki yetkisinin birincil kaynağı olarak ulusal kanunlar, tahkim iradesinin “*açık*” veya “*tereddüde mahal vermeyecek şekilde zımnen beyan edilmesi*” gibi bir şart öngörmese de bu şart, hukuki sebepleri ve tarihsel temeli olan bazı endişelerle yaratılarak her nasılsa kabul görmüş ve halen azımsanmayacak bir çoğunluk tarafından da kabul görmeye devam etmektedir.

Bu çalışmada, borçlar hukuku anlamında zımni irade beyanı kavramının tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından uygulanabilirliği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu değerlendirme, öncelikle tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin tespitini ve zımni tahkim iradesi kavramının vasıflandırılarak uygulanacak hukukun tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda, Türk hukukunun uygulandığı durumlara özgü olarak, Türk borçlar hukuku anlamında zımni irade beyanının ve zımni irade beyanının varlığının kabulünde başvurulacak dürüstlük kuralı ve güven teorisinin ne olduğunun belirlenmesi, sonra kavramsal olarak zımni tahkim iradesinin açıklanması ve nihayetinde zımni tahkim iradesi tespit edilirken, tahkim anlaşmalarının bazı geçerlilik şartları ile tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi veya nispilik prensibi gibi tahkim anlaşmasına hâkim prensiplerden tahkim anlaşmasının nasıl sıyrılacağı incelenecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin temel görüşler ışığında, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulması ve uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından dikkate alınıp alınamayacağına karar verecek otorite tespit edilecek ve ayrıca zımni hukuk seçiminin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir. Zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulmasında uygulanabilirliğine karar verecek otorite bu şekilde tespit edildikten sonra ise zımni tahkim iradesinin varlığının belirlenmesi için uygulanacak hukukun bulunabilmesi amacıyla bu kavramın vasıflandırılması ve bu hukuku farklı tespit etmeleri her zaman ihtimal dahilinde olan hakemler ile hâkimlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku hangi hükümler kapsamında ve ne şekilde belirleyecekleri ortaya konulacaktır. Daha sonra tahkim anlaşmasının zımni irade beyanı ile kurulması değerlendirmeleri bakımından Türk hukukunun uygulandığı senaryolarda, maddi hukuk bakımından irade beyanı kavramı ve varlığının kabulü de dahil olmak üzere irade beyanlarının, dürüstlük kuralı ve güven teorisi açısından yorumlanması incelenecektir. İrade beyanı kavramının maddi hukuk boyutunun incelenmesinin sebebi, tahkim anlaşmalarının da özünde bir sözleşme olmasından ötürü irade beyanı kavramına yönelik borçlar hukukundaki yaklaşımın tahkim anlaşmaları söz konusu olduğundaki durumunu tespit etmektir.

Borçlar hukuku perspektifinden irade beyanı kavramı bu şekilde ortaya konduktan sonra, zımni tahkim iradesinin borçlar hukuku anlamında dürüstlük kuralı ve güven teorisi kapsamında hem tahkim anlaşmasının asli tarafları hem de üçüncü kişiler bakımından nasıl belirleneceği incelenecek ve zımni tahkim iradesi kavramsal olarak tanımlanacaktır. İlk bölümümüzde son olarak, özellikle zımni tahkim iradesinin kabul edilmesi bakımından maddi hukuktan ve tahkim hukukundan kaynaklanan nispiyet, ehliyet, yazılılık şartı ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi gibi hususların konumuz üzerindeki etkisi incelenecektir. Birinci bölümde yaptığımız incelemelerimizin temel amacı, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından “öteki kavram” olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ortaya koymak ve tahkim iradesine bakış açısının milletlerarası ticari hayatın gerçekleri ve ihtiyaçlarıyla gelişip değişen yönünü vurgulamaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ilk olarak, zımni tahkim iradesinin çeşitli görünüm şekilleri uyuşmazlık öncesi ve uyuşmazlık sonrası olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir. Bu doğrultuda, “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri*” başlığı altında, ilk olarak grup şirketler doktrininin gerekliliği ve özellikle zımni tahkim iradesinin tespitinde ispat bakımından işlevselliği incelenecektir. Devam eden başlıklarda ise tahkim klotlarının esas sözleşmeyle ilişkisi de dikkate alınarak zımni irade beyanının kabul edilebilirliğinin sorgulandığı esas sözleşmenin ifasının özellikle yetkisiz temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının akıbetine etkisi ele alınacaktır. İncelememizin sonraki aşamalarında ise esas sözleşmeden doğrudan menfaat elde edilen durumlara odaklı olarak menfaat esaslı *estoppel* doktrini ve üçüncü taraf lehdarın durumu, bağlantılı sözleşmelerin varlığı, atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmalarında özellikle susmanın zımni tahkim iradesi sonucuna götürdüğü durumlar, şirketler hukuku uyuşmazlıkları ve devletin ve devlet birimlerinin dahil olduğu uyuşmazlıklar çeşitli açılardan incelenecektir.

İkinci bölümde, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi imkânı ve bu hukukun zımnen seçildiği ihtimaller, (i) tahkim yeri hukuku yaklaşımı ve (ii) esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı şeklindeki iki temel yaklaşım kapsamında değerlendirilecektir. Bu kapsamda, “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Zımnen Seçilmesi*” başlığı altında ise zımni tahkim iradesini yönetecek hukukun belirlenmesinde zımni irade beyanının yeri incelenecektir. Zımni tahkim iradesinin varlığı, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirileceğinden, bu hukukun tespiti son derece önemlidir. Bu bağlamda, tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının, tarafların zımni irade beyanları veya en yakın ilişki gibi çeşitli gerekçelerle tercih edildiği aktarılacaktır. İlgili bölümde, zımni hukuk seçimi ile objektif bir kural yaratma gayesiyle geliştirilen çeşitli formüllerin farkının ortaya konması amacı güdülerek bir inceleme yapılmıştır.

Çalışmamızın amacı, tahkim iradesine verilen ayrıcalıklı konum sebebiyle tahkim iradesinin açık olması gerektiği düşüncesine karşı koyarak sözleşmelerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulması yönündeki kuralın tahkim

anlaşmaları için de geçerli olduğunu ortaya koymak ve tahkim iradesinin tabulaştırılmaması gerektiğini savunmaktır. Çalışmamız kapsamında irdelenen temel hukuki problem hem tahkim iradesi hem de bu iradenin belirlenmesine uygulanacak hukuk bakımından, zımni irade beyanının rolünün neden kabul edilmesi gerektiği meselesidir. Tahkim iradesinin zımni görünümüne sahip olduğu her bir durumu ayrı ayrı ele almak mümkün olmayacağından, zımni tahkim iradesinin münferit görünüm şekilleri, uyuşmazlık öncesi ve uyuşmazlık sonrası şeklinde kategorize edilerek örnekleme yoluyla incelenmiştir. Zımni irade beyanının üst kavram niteliği, sadece tahkim anlaşmaları bakımından değil; tüm sözleşme tipleri için geçerli olduğundan hem zımni tahkim iradesinin görünüm şekilleri, uyuşmazlık öncesi ve uyuşmazlık sonrası olmak üzere ayrı ayrı incelenmiş hem de neyin zımni irade olmadığı “*Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı*” başlığı altında netleştirilmeye çalışılmıştır.

Tahkim iradesinin zımnen beyan edilmesinin ve bu beyanın tahkim yargılamasına temel teşkil ettiğinin kabulü, yargı kararlarında ve doktrin görüşlerinde çekinceyle yaklaşılmalı ve derinlemesine incelenmemiş bir konudur. Bu anlamda zımni tahkim iradesinin kabulünün, özellikle çeşitli devlet mahkemeleri tarafından birbirine benzer pozitif yaklaşımların sergilenmemesi ihtimalinde, tanıma/tenfiz ve iptal davaları bakımından adeta mayın tarlası teşkil edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Oysa, tahkimin yüzyıllar içerisinde geçirdiği değişim ve gelişim görmezden gelinerek açık tahkim iradesi konusundaki ısrarın varlığını sürdürmesinin, taraf iradeleri ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorgulanmalıdır. Tam da bu sebeple, ihtiyatlı yaklaşılmalı bu meselenin enine boyuna incelenmesi ihtiyacı bu tezin yazılmasının sebeplerini oluşturmaktadır. Çalışmamızın amacı, açık irade beyanından ortaya koyuluş biçimi sebebiyle ayrılan ve fakat tam anlamıyla gerçek bir irade beyanı niteliği taşıyan zımni irade beyanı kavramının, tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından ihtiyatla yaklaşılması ve adeta yabancılaştırılması için gerçekten geçerli bir sebebin olup olmadığını incelemektedir⁴.

⁴Çalışmamızın konusunu milletlerarası ticari tahkim anlaşmaları oluşturmaktadır. Bu nedenle, her türlü yatırım uyuşmazlığını ilgilendiren tahkim yargılamalarına ilişkin zımni irade beyanının uygulanabilirliği çalışmamın kapsamı dışında bırakılmış ve inceleme konusu yapılmamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ KURULMASINDA İRADENİN ROLÜ VE ZİMNİ TAHKİM İRADESİ KAVRAMI

Tahkim anlaşmalarının kurulmasında zımnî irade beyanının değerlendirileceği her hukukî mesele, o hukukî meseleyi idare eden hukukî düzenleme içerisinde yer alan kurallara göre yorumlanacaktır. Şöyle ki, Türk tahkim hukukunda tahkim anlaşmalarının düzenlendiği temel hukukî kaynaklar; 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁵, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu bağlamda bilhassa yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen NYK, NYK'nin bir tamamlayıcısı niteliğinde olan⁶ 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁷, yerel tahkim açısından 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸ ve NYK'nin kapsamına girmeyen tenfiz uyuşmazlıkları açısından uygulama alanı bulacak olan 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun⁹ olarak sayılabilir.

Bu bağlamda, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında, MTK m. 1/2 hükmü uyarınca MTK uygulanacaktır. MTK m. 4 hükmünde ise tahkim anlaşmalarının tanımı yapılmış ve geçerlilik koşulları düzenlenmiştir. Çalışmamızda, özellikle tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar

⁵RG., T. 21.06.2001, S. 4686.

⁶AKINCI, Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:44, Ankara, 1994, s. 111.

⁷Avrupa Sözleşmesi, 08.05.1991 tarih ve 3730 Sayılı Kanun ile onaylanmış ve 23.09.1991 tarih ve 21000 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.

⁸RG., T. 12.01.2011, S. 6100.

⁹RG., 27.11.2007, S. 5718.

bakımından iptal davaları veya hakem kararının verilmesinden önceki dönemde Türk mahkemeleri nezdinde yapılan tahkim ilk itirazları gibi MTK'nin uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından, tahkim anlaşmalarının kurulmasında zımni irade beyanının kabul edilip edilemeyeceği MTK hükümleri kapsamında incelenecektir.

Buna karşılık, NYK'nin uygulama alanı ise m. I/1 hükmünde belirtildiği üzere, gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası konularını kapsamaktadır. Dolayısıyla, NYK, Türkiye dışında ve NYK'ye taraf diğer bir âkit devlet ülkesinde verilen ve ticari nitelik¹⁰ taşıyan uyuşmazlıkları çözen hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizine uygulanacak hükümleri içermektedir¹¹. Bu sebeple, çalışmamızda zımni tahkim iradesinin söz konusu olduğu durumlarda, özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin olarak karşılaşılabilecek potansiyel tenfiz engelleri kapsamındaki meseleler, NYK hükümlerine göre incelenecektir. Bununla beraber, her ne kadar NYK esas olarak hakem kararlarının tenfizini düzenleyen bir konvansiyon olsa da, NYK'nin sadece tenfiz engelleri bakımından değil; hakem kararının verilmesinden önceki döneme ait bir mesele olan tahkim anlaşmalarının kurulması açısından yapılacak değerlendirmeler bakımından da dikkate alınması yönünde kuvvetli bir eğilim mevcuttur. Dolayısıyla, yeri geldikçe tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması bakımından NYK'nin amacına ve hükümlerine değinilecektir.

Türk tahkim hukukunda yer alan bir diğer önemli uluslararası konvansiyon ise 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi'dir. Avrupa Sözleşmesi'nin I. maddesi uygulama alanını, “*farklı devletlerde muamele merkezi veya mutad meskeni bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki milletlerarası ticari nitelikli uyuşmazlıklar*” olarak öngörmektedir¹². Avrupa Sözleşmesi de tıpkı NYK gibi tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin hükümler içerdiğinden, çalışmamızda Avrupa Sözleşmesi uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak ilgili olduğu yerlerde ele alınacaktır.

¹⁰NYK'de yer alan “ticari” olma kavramının nasıl nitelendirildiğine ilişkin bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 7-8. Bu doğrultuda, Türk hukuku bakımından NYK, TTK'ye göre ticari olan uyuşmazlıklara uygulanacaktır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 24).

¹¹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 24.

¹²AKINCI, *Tenfiz*, s. 110. Avrupa Sözleşmesi ve NYK'nin karşılaştırmalı olarak incelemesi için bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 110-114.

NYK'nin uygulama alanı dışında kalan, diğer bir ifadeyle, NYK'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde verilen veyahut ticari sayılmayan uyuşmazlıkları ilgilendiren yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde ise MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³. Sonuç olarak, bu şekilde kısaca uygulama alanlarını belirttiğimiz ulusal ve uluslararası düzenlemelere, çalışma konumuz olan tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması kapsamında sık sık değinecek ve konumuza temas eden meseleleri bütüncül bir bakış açısıyla incelemeye çalışacağız.

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasına İlişkin Değerlendirmelerde Milletlerarası Ticari Tahkimin ve Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliğinin Etkisi

Tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin tespiti, ilk olarak tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasını temellendirmek ve ikinci olarak tahkim anlaşmaları bakımından zımni hukuk seçimi imkânını tartışmak açısından önem arz etmektedir. Nitekim, tahkim anlaşmasına temel sözleşmeler hukuku prensiplerinin veya milletlerarası ticari teamüllerin uygulanması ya da tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku kapsamında değerlendirilmesi, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Tahkimin bir yargı düzeniyle bağlantısını kurmanın ve bu bağlantıyı tanımlamanın dayanağı ise tahkimin hukuki niteliğindedir¹⁴. Bu bağlantı, tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından zımni irade beyanının uygulanabilirliğinin dayanaklarını göstermekte ve hakemlerin milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken dikkate alacağı kriterler ile tahkimin tabi olduğu hukuki rejimi tayin etmektedir¹⁵. Dolayısıyla, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulmasındaki rolü, tahkim ve tahkim anlaşmalarının öne çıkan hukuki niteliğinden etkilenmektedir. Tahkimin hukuki

¹³ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 25.

¹⁴BALKAR BOZKURT, Süheylâ, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2016, s. 9; YEŞİLOVA Bilgehan: "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, s. 93.

¹⁵LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 72; ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü*, Ankara, 1986, s. 41, 52-53.

niteliği, tarafların sahip olacağı irade özgürlüğünün sınırları konusundaki yaklaşımı da belirleyecek olan önemli bir kriterdir¹⁶.

Tahkimin vasıflandırılması, tahkim anlaşmalarının da vasıflandırılması anlamına gelmektedir¹⁷. Örneğin, hakemlerin bir yargılama faaliyeti icra ettiği kabul edildiğinde tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğu fikri ön plana çıkmaktadır¹⁸. Çalışmamız kapsamında zımni irade beyanının tahkim anlaşmasının kurulmasındaki yeri, diğer bir ifadeyle, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulmasının mümkün olup olmadığı ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımni irade beyanıyla seçilip seçilemeyeceği, değerlendirilecektir. Bu çerçevede, bu başlık ile ilk olarak tahkimin hukuki niteliği konusundaki görüşler ve ikinci olarak tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği konusundaki görüşler aktarılacaktır. Daha sonra tahkim ve tahkim anlaşmaları bakımından yapılan vasıflandırmanın zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından etkisi incelenecektir.

A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Niteliği

Tahkimin hukuki niteliği, oldukça eski ve cevabı net olmayan tartışmalı bir meseledir¹⁹. Bununla birlikte, tahkimin hukuki niteliğinin tartışmalı oluşu, tahkimin farklı hukuki meselelere göre farklı şekil alması ve ticari hayatın gerekliliklerine göre gelişen bir yapı olması düşünüldüğünde, doğaldır²⁰.

¹⁶AKINCI, *Tenfiz*, s. 45.

¹⁷Tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin tahkimin hukuki niteliği kapsamında incelenmesine ilişkin bkz. YENER KESKİN, Cansu, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2023, www.lexpera.com, s. 16. Bir adım daha öteye giderek, ulusal hukuk sistemlerinin tahkim anlaşmalarının geçerliliğine yönelik tutumunun tahkimin hukuki niteliğine bağlı olduğu yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 72.

¹⁸Tahkimin özel hukuka ait bir faaliyet mi yoksa yargılama faaliyeti mi olduğu tespitinin tahkim anlaşmasının hukuki niteliğini etkilediği yönünde bkz. YENER KESKİN, s. 16.

¹⁹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 9; AKINCI, *Tenfiz*, s. 45; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 72. Diğer başka sebeplerle birlikte, tahkimin hukuki niteliğinin tespiti çabasının bir sebebinin de, yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararı gibi mi yoksa sözleşme gibi mi tenfiz edileceği sorusuna aranan cevap olduğu yönünde bkz. YEŞİLOVA, s. 90-92. Tahkimin hukuki niteliği tartışmalarının, uluslararası sözleşmelerin imzalanmasıyla veya devletlerin tahkime ilişkin özel yasal düzenlemeler kabul etmesiyle aslında kısmen önemini yitirdiği yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 41-42.

²⁰BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 9.

Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin sözleşmesel teori, kazai teori, karma teori ve özerk/otonom teori gibi farklı teoriler mevcuttur²¹. Hatta tahkimin yargısal nitelikte olduğunu savunan görüş bile kendi içinde “*hakemlerin yargılama ve hüküm verme yetkisinin kaynağı*” bakımından farklı kollara ayrılmaktadır²². Öte yandan, ulusal hukuk sistemleri ile tahkim arasındaki ilişkiyi kurarak tanımlama çabasının ürünü şeklinde nitelendirilen bu teorik tartışmaların²³, tahkimin pratik ihtiyaçlarıyla tam anlamıyla örtüşmediği dahi ifade edilmektedir²⁴.

Tahkimin hukuki niteliğinin tespiti bakımından ayırt edici olan, tahkimin tıpkı mahkemelerdekine benzer şekilde bir yargılama faaliyeti sürdüren hakemlerce verilen bir hakem kararıyla neticelenmesinden ötürü, yargısal bir nitelik taşıyıp taşımadığı ya da tarafların arasındaki sözleşmeye dayandığı için özel hukuk konusu olacak şekilde sözleşmesel bir nitelikte olup olmadığı sorusuna verilecek cevapta saklıdır²⁵. Bu teorik tartışmanın özünde, tahkimin iki veçheli bir kurum olması bulunmaktadır. Şöyle ki, bir taraftan hakem kararıyla somutlaşan ve dolayısıyla yargısal bir faaliyet olduğu aşikâr olan tahkim, aynı zamanda taraf iradesine dayandığı için hiç kuşkusuz sözleşmesel niteliğe de sahiptir. Bununla birlikte, bir an durup tahkimin hukuki niteliği

²¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22; BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 10-38; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 72; AKINCI, *Tenfiz*, s. 46-53; YEŞİLOVA, s. 93; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42.

²²Örneğin, delegasyon teorisine göre, hakemlerin kamu hizmeti niteliğindeki yargılama faaliyetini yürütebilmesi ancak devlet kanunlarında buna izin verildiği ölçü ve sınırlarda mümkün kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, yargılama yetkisini tekelinde tutan devlet, bu kudretini yasama erkinin yaptığı kanuni düzenlemelerle hakemlere devretmektedir (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 18-19; YEŞİLOVA, s. 105). Bu sebeple hakemlerin kamu görevi icra ettiği yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 75. Aksi yönde görüşte olan *Balkar Bozkurt*’a göre, tahkim bedelsiz veya düşük bir bedelle yürütülebilecek bir yargılama yöntemi olmadığından hakemlerin kamu hizmeti gördüğü kabul edilmemelidir (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 19). Benzer şekilde, milletlerarası tahkimin kökeninin hâlâ devletin tekelinde olan usul hukuku kurallarında olduğu, bu sebeple tahkimin kamu hukuku kurumu olduğu ve hakemlerin de kamu fonksiyonu ifa ettikleri kabulüne şüpheyle yaklaşmak gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim artık hakem heyetleri tarafından *anasyonel* hukuk kurallarının da uyuşmazlıklara uygulandığı ve bunun kamu hukuku ile alakalı olmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla, tahkim için de geçerli olmak üzere, kural koyma gücü devlet tekelinde olmayıp maddi hukuk ve usul hukuku bakımından taraf iradesi de önemli değerlendirilmektedir. Hakemlerce *anasyonel* hukuk kurallarının uygulandığı bir dünyada, tahkimin kamu hukukundan kabul edilmesi ve hakemin yerine getirdiği fonksiyon ile hâkimin yerine getirdiği fonksiyonunun bir tutulması, taraf iradesinden doğan ve uluslararası alanda iradenin mutlak özgürlüğü temeline dayanan tahkimin inkarıdır. Bu görüşe ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. KORAL Rabi: “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 90-93. Tahkimin yargılama olduğunu benimseyen görüşün alt başlıklarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 16-23; YEŞİLOVA, s. 102-109.

²³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 72-73; YEŞİLOVA, s. 93.

²⁴Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin hiçbir teorisinin evrensel düzeyde kabul görmediği yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 73; YEŞİLOVA, s. 93.

²⁵KORAL, s. 76.

konusunda düşünmeye başladığımızda karşımıza *yargılama* ve *sözleşme* kavramları çıksa²⁶ da, tahkimin ortaya çıkışından bugüne kadar uğradığı evrim, bu kurumu sözleşme ve yargılama gibi bilindik kavramlardan bağımsız değerlendirmemiz gerektiğini düşündürmektedir²⁷. Nitekim *Koral*, günümüz şartları kapsamında, tahkimin farklı hukuk alanlarındaki ortak noktalarını tespit etmeyip salt tek bir hukuk perspektifinden bakarak bu kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesinin yanıltıcı sonuçlar doğurabileceğini belirtmiştir²⁸. Aşağıda tahkimin hukuki niteliğini açıklayan belli başlı görüşler incelenecektir.

1. Sözleşmesel Görüş

Tahkimin hukuki niteliği tespit edilirken tahkim anlaşmasının esas alındığı bu görüşe göre, tahkim anlaşmalarına tıpkı diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi borçlar hukuku prensipleri uygulanmalıdır²⁹. Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının varlığı, tahkimin olmazsa olmaz şartıdır³⁰ ve taraflar adına uyuşmazlığı çözen hakemlerin yetkisinin kaynağı doğrudan tahkim anlaşmalarıdır³¹. Dolayısıyla, devletin önceliği veya tahkim süreci üzerinde kontrolü mevcut değildir³². Bu görüş, hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori*'lerinin olmadığını teyit ederek, hakemlerin yargı yetkisinin kaynağını milli bir hukuk sisteminde aramamaktadır³³. Bu görüşe göre, hakem

²⁶BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 9.

²⁷BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 10; YEŞİLOVA, s. 112-114.

²⁸*Koral*, tahkimin hukuki niteliğinin, bu kurumun tek bir aşaması dikkate alınarak tespit edilmesini fil hikayesine benzeterek, “*filin yoklanan tarafına göre ayrı bir izlenim bırakması*” gibi tahkimin de ön plana çıkarılan tarafına göre farklı değerlendirilerek yapılan bu nitelendirmenin yanıltıcı olabileceğini vurgulamaktadır (KORAL, s. 77-80).

²⁹ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 44. Sözleşmesel görüş ile tahkim anlaşmasından hareketle hem tahkimin hem de tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmaktadır ve tahkim anlaşması maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, bu görüşün sonuçları tahkimin hukuki niteliğine sirayet ettirilmektedir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının sonuçlarını özel hukuk alanında doğurması, tahkimin sözleşmesel niteliğinden kaynaklandığından ve tahkimle alakalı unsurların hepsi özel hukuk hükümlerine göre değerlendirildiğinden, tahkim anlaşmalarının kurulması ve hükümlerine borçlar hukuku prensiplerinin uygulanacağı kabul edilmektedir (YENER KESKİN, s. 19-26).

³⁰KALPSÜZ Turgut: “Tahkim Anlaşması”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1049; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 23; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 77; ERKAN, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Eylül 2013, s. 41. Sözleşmesel teorinin, tahkimin hukuki niteliğini tahkimin kendine has özellikleri yerine taraf iradesinden hareketle tespit ettiği yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 51.

³¹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 11; YEŞİLOVA, s. 95; AKINCI, *Tenfiz*, s. 46.

³²LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 77; YEŞİLOVA, s. 94. Ulusal tahkim kanunlarının, sadece tarafların tahkim anlaşmalarında kararlaştırmadıkları meselelerde tamamlayıcı etkiye sahip olacağı yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46; YENER KESKİN, s. 22.

³³BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 11.

kararları da tarafların anlaşmasından ibaret olduğundan³⁴ hakem kararı ve tahkim anlaşması aynı hukuki nitelikte kabul edilmektedir³⁵. Buna göre, hakem kararı rızaya dayalı olarak icra edilmezse tıpkı bir sözleşme gibi icra edilebilmektedir³⁶. Zira, tahkim anlaşmaları bağlayıcı gücünü bir devlet otoritesinden değil; *pacta sunt servanda* ilkesinden almaktadır³⁷. Tahkim sürecinin tamamen tarafların rızasına dayalı ilerlediği kabulü göz önüne alındığında tahkim anlaşmalarının kapsamı ve geçerliliği meseleleri tamamen sözleşmeler hukuku prensiplerine göre belirlenmelidir³⁸. Dolayısıyla bu teori kabul edildiğinde, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması veya üçüncü kişilerin³⁹ tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesinde cevap aranan hukuki problemler, sözleşmeler hukuku prensiplerine göre çözülecektir⁴⁰.

Öğretide, sözleşmesel görüşün taraf iradeleri üzerinde devlet yargısının kurmaya çalıştığı otoriteye bir başkaldırı olduğundan destek bulduğu ifade edilmiştir⁴¹. Her ne kadar, tahkim anlaşmasının özel hukuk karakterinden ötürü tahkim sürecine taraf iradesi büyük ölçüde hâkim olsa da ve bu iradenin tahkim anlaşmasında kendini göstermesi yadsınamaz bir gerçek olsa da⁴², taraflara tanınan bu irade serbestisinin bir

³⁴BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 11; YEŞİLOVA, s. 95; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 77; AKINCI, *Tenfiz*, s. 46; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45.

³⁵BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 11; YEŞİLOVA, s. 95. Tahkim anlaşmasıyla hakem kararının madalyonun iki farklı yüzünü oluşturduğu yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 44. Hakem kararlarının sözleşmesel nitelikte olduğu görüşüne göre, hakemlerin gerçek anlamda bir hâkim olmadığı, yargılama görev ve yetkilerini kamu gücünden almadıkları, hakem kararının tahkim anlaşmasının doğal bir sonucu olduğu, tahkimin tarafların hakemlere verdiği özel bir vekalet niteliğinde olduğu ve hakem kararının taraflarca yapılan bir sözleşme olarak ortaya çıktığı, dolayısıyla hakem kararlarının tamamen sözleşmesel nitelikte olduğu ve fakat hakem kararlarının mutlak olarak sözleşmesel nitelikte olmadığı yönünde bkz. SAKMAR, Atâ, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 26. Hakemler ile taraflar arasında vekalet ilişkisi olduğuna yönelik eski tarihli bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. HD., 15.06.1989 tarihli ve 1989/1023 E., 1989/2841 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

³⁶LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 78; AKINCI, *Tenfiz*, s. 46; YEŞİLOVA, s. 96-97; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45. Ancak günümüzde akdedilen uluslararası sözleşmeler sayesinde, hakem kararının bir sözleşme gibi mi yoksa yabancı mahkeme kararı gibi mi tenfiz edileceği tartışmalarının çözüme kavuştuğu ifade edilmektedir (AKINCI, *Tenfiz*, s. 55).

³⁷ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45; YENER KESKİN, s. 22.

³⁸MEYNIEL Alexandre: "That Which Must Not Be Named: Rationalizing The Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine", *The Arbitration Brief*, C. 3, S. 1, 2013, s. 19-20; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 44.

³⁹"Üçüncü kişi" ifadesiyle, tahkim anlaşmasının *asli tarafları* dışında, tahkim anlaşmasına *şeklen/görünürde taraf olmayan* gerçek veya tüzel kişi ya da kişiler kastedilmektedir. Çalışmamızda bu kişileri ifade etmek için aynı zamanda, "*imzacı olmayan üçüncü kişi*" tabiri de kullanılmıştır. Tahkim anlaşmasının asli tarafları ise tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olan gerçek veya tüzel kişi ya da kişileri ifade etmektedir.

⁴⁰MEYNIEL, s. 20.

⁴¹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 12.

⁴²ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46. Tahkimin hukuki niteliğini sözleşmesel teoriye yaklaştıran sebepler için bkz. KORAL, s. 84-85.

sınırı olması gerektiği de vurgulanmıştır⁴³. Bu sebeple, zaman içerisinde tahkimi devlet yargılamasından ve ulusal hukuk düzenlemelerinden daha makul seviyelerde koparan modern sözleşmecî görüş ortaya çıkmış ve tahkim yargılaması usulünün birtakım sınırlamalara tabi olduğu ifade edilmiştir⁴⁴. Modern sözleşmecî görüş, sözleşmecî görüşün keskin hatlarını bu anlamda yumuşatmıştır.

Koral'a göre hakem kararının tenfizi ülkelerin ekonomik menfaatleri bakımından daha önemli olup sözleşmesel teori bunu daha kolay yerine getirmektedir⁴⁵. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim yargılaması tahkim anlaşmasından doğsa da, hakem kararı bir sözleşme olmadığı gibi hakemler de taraf temsilcisi değildir⁴⁶. Hakem kararları devlet mahkemesi kararları gibi doğrudan icrai niteliğe sahip olmasa da tarafları için bağlayıcı olduğundan, sözleşmeye dayanan diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılmaktadır⁴⁷. Ayrıca, yargılama “*Türk Milleti*” adına ifa edilen kamusal bir faaliyet olup hâkimlerin aksine hakemler, “*Türk Milleti*” adına karar vermemektedir⁴⁸. Dolayısıyla tahkimin yargılama olarak kabulü halinde, hakem kararının icrasına karar verildiği noktada verilen hakem kararından ziyade doğrudan tahkim prosedürünün kendisi, hakemler ve hâkimler arasında bir tür

⁴³BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 14-15; YEŞİLOVA, s. 98-99; AKINCI, *Tenfiz*, s. 47.

⁴⁴BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 14-15; YEŞİLOVA, s. 98-99. *Akinci*'ye göre sözleşmesel teoride de, irade serbestisi ulusal hukukların sınırlamasına tabi olacaktır. Örneğin, tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesi ancak tahkim yeri kanunlarının buna izin verdiği ölçüde mümkün kabul edilecektir (AKINCI, *Tenfiz*, s. 47). Örneğin, *lex fori*'nin münhasır yargılama yetkisine giren bir hukuki uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararları ya da *lex fori*'nin temel hukuk prensiplerini ihlal eden hakem kararları tenfiz edilemeyebilecektir (ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45).

⁴⁵KORAL, s. 80-81. Bu teori ile irade serbestisi tahkimde kendine geniş bir yer bulabildiğinden, tahkimin sözleşmesel niteliğinin kabulünün sebebini, tahkimdeki gelişmelerde aramak gerektiği yönünde bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 47.

⁴⁶*Balkar Bozkurt'a* göre, tahkimi sözleşme olarak nitelendiren görüşün en zayıf noktalarından birisi, hakemlerin taraf temsilcileri olarak görülmesidir. Halbuki hakemler taraf temsilcisi değildir. Tahkim yargılaması da tarafları bakımından “*adalet ve hak arama zemini*” olduğundan, hakemler, hâkimler gibi tarafsız ve adil bir yargılama süreci yürütmelidir. Dolayısıyla *Balkar*, sözleşmesel görüşe karşı çıkarak tahkimi, tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlığı iradeleri kapsamında belirlenen sınırlara riayet edilerek hakemlerce yapılacak yargılama faaliyeti neticesinde verilen kararlarla çözüme kavuşturan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlamıştır (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 12-13). Tahkim bir sözleşme değil; bir metot olduğundan, tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliğiyle tahkimin hukuki niteliğinin karıştırılmaması gerektiği yönünde bkz. YEŞİLOVA, s. 97-98.

⁴⁷BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 14. Kanaatimizce, hakem kararının bağlayıcı güce sahip olması ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu güce sahip olmaması devlet kanunlarında yer alan düzenlemelerin bir sonucudur. Hakem kararlarının bağlayıcı gücü, tarafların tahkim anlaşması akdetmesinden evvel tahkimin ve hakem kararlarının bağlayıcılığının, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde öngörülerek yasalar vasıtasıyla, tahkime ve hakem kararlarına meşruiyet kazandırılmasından kaynaklanmaktadır. Devlet kanunları taraflara bu irade serbestisi hakkını tanımıştır ki taraflar devlet kanunlarında öngörülen şartlara ve sınırlara tabi olarak tahkim anlaşması akdetmiş ve tahkim yargılaması yürütülebilmıştır. Dolayısıyla, diğer sözleşme temelli uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin aynı güce ve özelliklere sahip olmamasının temel sebebi taraf iradelerinden ziyade devlet kanunlarıdır.

⁴⁸YEŞİLOVA, s. 96, 98.

egemenlik paylaşımı olarak değerlendirilecektir. Son olarak, hakem kararının bir sözleşme olarak dünyanın her yerinde icra edilebileceği fikri, günümüz pozitif hukuk düzenlemeleri kapsamında mümkün değildir. Bu sebeple tahkim, artık sözleşmesel niteliği dışında diğer yönleriyle de değerlendirilmelidir⁴⁹.

2. Kazai Görüş

Anayasa m. 9 hükmü, yargı yetkisinin “*Türk Milleti*” adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını düzenlemiştir. Zira adaleti tesis etme görev ve yetkisinin devlete ait olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Bu hüküm, devlet egemenliği ve buna bağlı yargılama yetkisinin bir sonucudur⁵¹. Hukuku uygulayarak uyumsuzluğu çözmek egemenlik kullanımıyla doğrudan ilgili olduğundan devletin tekelinde olan yargılama faaliyetini devlet mahkemeleri gerçekleştirmektedir⁵². Bu teoriye göre tahkim ulusal hukuk düzenleriyle yakınlaşmaktadır⁵³. Dolayısıyla tahkim, bir ülkedeki mevcut yargı düzeninin bir uzantısıdır ve bu anlamda hakem kararları devlet mahkemeleri kararlarıyla benzeşmektedir⁵⁴.

Bu görüşün temelini, hakemlerin yargılama yetkilerini hem tahkim anlaşmasından hem de bu anlaşmaya etki ve geçerlilik tanıyan hukuk kurallarından alarak *yargılama erkini* kullanan bir yargılama merci olması ve yargılama faaliyeti yürütmesi oluşturmaktadır⁵⁵. Nitekim bir yargılama faaliyetinin varlığı için mutlaka

⁴⁹YEŞİLOVA, s. 101.

⁵⁰ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42.

⁵¹YENER KESKİN, s. 27.

⁵²YEŞİLOVA, s. 101; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42; YENER KESKİN, s. 27.

⁵³AKINCI, *Tenfiz*, s. 48. Örneğin kazai teori içinde değerlendirilen yerel/milli hukuk teorisi, tahkim ile devlet mahkemelerinde icra edilen yargılama faaliyetini özdeşleştirmektedir (YEŞİLOVA, s. 106).

⁵⁴ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43. Hırvatistan Anayasa Mahkemesi, Hırvatistan Ticaret Odası nezdindeki Daimî Tahkim Mahkemesi tarafından verilen hakem kararlarının, iptal davası açılmadan doğrudan anayasaya aykırılığına dayanılarak yapılan iptal başvurusunu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, tahkimin ve tahkim kararlarının hukuki niteliğini ele almış ve hakem kararının “devredilmiş yargı yetkisine dayanan bir işlem” olduğunu ve devlet mahkemesi tarafından verilen kesin hükümle aynı etkiye sahip olduğunu belirtmiştir (Constitutional Complaint in case U 410/95 and Constitutional Complaint in case U488/96, Karara ilişkin bilgi için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 74, dn. 11). Bu karar, hakemlere verilen yargılama yetkisinin ancak devlet yargısının onayından geçmesi halinde hukuken anlam kazanacağını ifade etmesi bakımından önemlidir.

⁵⁵BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 15.16; SAKMAR, s. 27. Tahkimin varlık anlamında kamu yargılamasına paralel ve eşit önemde olup mahiyet açısından devlet yargılamasından ayrılan özel bir yargısal faaliyet olduğu ve tahkim ile yargılama fonksiyonunun yerine getirildiği yönünde bkz. KORAL, s. 93. *Akinci*, sözleşmesel görüşün kabulünün taraflara irade özgürlüğü prensibinden yararlanma hakkı vereceğini kabul etmekle birlikte, tahkimin temelini özel hukukta bulsa da netice olarak yargılama faaliyeti olduğunu ve devletin egemenlik hakkı niteliğinde olan yargılama hakkından vazgeçtiğini belirtmiştir (AKINCI, *Tenfiz*, s. 54). Tahkim her ne kadar MTK kapsamında tanımlanmasa da 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan

devlet mahkemesi ve hâkimine lüzum olmadığı⁵⁶ ve hakemlerin de uyuşmazlıkları çözerek nihai ve bağlayıcı kararlar verebildiği savunulmaktadır⁵⁷.

Tahkimin yargısal niteliğini esas alan bu görüşe göre, tahkimin köklerini uzaklarda değil, doğrudan devlet kanunlarında aramak gerekmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, tahkim anlaşması tarafların iradeleriyle ortaya çıksa bile taraflara bu hakkı bahşeden tahkim yeri hukuku olarak değerlendirilmektedir⁵⁹. Bu görüşe göre, taraflar, sadece tahkime başvurmanın yasalar tarafından açıkça izin verildiği veya zımni olarak kabul edildiği ölçüde tahkime başvurabilmektedir⁶⁰. Böylece tahkim meşruiyetini taraf iradelerinden değil tahkimin gerçekleştiği ülke kanunlarından almaktadır⁶¹. Sonuç olarak, tahkim yeri hukukunun izniyle akdedilen tahkim anlaşmaları devletin yargı yetkisinin daraltılması sonucunu doğurmaktadır⁶². Örneğin, *Del Drago* davasında da Paris İstinaf Mahkemesi, yabancı bir hakem kararını yabancı bir mahkeme kararına denk kabul ederek hakem kararının yargısal niteliğini vurgulamıştır⁶³. Diğer bir ifadeyle, bu teori kapsamında, yabancı hakem kararları yabancı mahkeme kararlarına eş kabul edilerek tenfiz edilmelidir⁶⁴.

Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun (RG., T. 21.01.2000, S. 4501) kapsamında tahkim yolu, “*tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti*” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁶YEŞİLOVA, s. 103. Hakem kararlarının yargısal niteliği haiz olmasının sebeplerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. YENER KESKİN, s. 29.

⁵⁷LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 75. Hakem kararlarının uyuşmazlığı çözmek bakımından kazai fonksiyonu olduğu söylenebilecekse de, bunun “*özel hukuka ait özel bir yargı biçimi*” olduğu ve kamusal olmadığı ifade edilmiştir (SAKMAR, s. 26-27; YİBBGK, 23.10.1972 tarihli ve 1972/2 E., 1972/12 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁵⁸YEŞİLOVA, s. 102. Aksi yöndeki görüşe göre, devlet mahkemelerinden farklı olarak hakemler, yetkilerini Anayasa m. 9 hükmü kapsamında çıkarılan kanunlara göre değil; sadece ve sadece tahkim anlaşmasından ve dolayısıyla taraf iradelerinden almaktadır (KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1049).

⁵⁹ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43. Yerel/milli hukuk teorisi olarak isimlendirilen ve kazai teorisinin alt başlıklarından biri olan teoriye göre, ancak tahkim yerinin tahkim iradesine sonuç bağladığı takdirde tahkim yargılaması mümkün olabilir ve hakemlerin yargılama yetkisi, dayanağını bu yetkiyi kanunlarında düzenleyen tahkim yeri hukukunda bulur. Detaylı bilgi için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 20; YEŞİLOVA, s. 105-106.

⁶⁰LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 75; YEŞİLOVA, s. 102; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42.

⁶¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22; AKINCI, *Tenfiz*, s. 48; YEŞİLOVA, s. 102.

⁶²ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42-43.

⁶³Cour d’appel Paris, 10 December 1901, *Del Drago*, Clunet 314 (1902), Karara ilişkin bilgi için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 76, dn. 18. İspanya Kraliçesi Marie-Christine’in verasetinin doğurduğu hukuki uyuşmazlıklar bakımından İspanya’da verilen hakem kararlarının Fransa’da tenfizi amacıyla ikame edilen davada sunulan mütalaada, hakem kararlarına tıpkı mahkeme kararı gözüyle bakılmıştır (KORAL, s. 83; YENER KESKİN, s. 27). Öte yandan, hakem kararlarının mahkeme kararı niteliğinde olmadığı tartışmaya kapalı bir hukuki gerçek olduğu yönünde bkz. KORAL, s. 84-85.

⁶⁴AKINCI, *Tenfiz*, s. 48; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43; YENER KESKİN, s. 28.

Görüldüğü üzere, bu teori tahkimin hukuki niteliğini tahkim anlaşmasının usul hukuku üzerindeki etkisinden hareket ederek tespit etmeye çalışmaktadır⁶⁵. Nitekim bu görüşün hareket noktalarından birisi maddi hukuk sözleşmeleriyle usul hukuku sözleşmeleri arasındaki ayrımdır. Bu bağlamda tahkim süreci ve doğurduğu hukuki sonuçlar göz önüne alındığında tahkim anlaşması usul hukuku sözleşmesi olarak değerlendirilebilir⁶⁶. Bununla birlikte, delil sözleşmeleri örneğinde olduğu gibi, her usul hukuku sözleşmesi mutlaka kamu hukukunu ilgilendirmedikten tahkim anlaşması, usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilse dahi sözleşmesel niteliği üstün gelmektedir⁶⁷. Dolayısıyla tahkim prosedürü boyunca hakemlerin yargılama faaliyeti icra ettiği kabulünde de tahkim anlaşmalarının maddi hukuk yönünün ağır bastığı kabul edilebilecektir.

Sözleşmesel teorinin aksine kazai teoride devletin kendi yargı yetkisi içinde gerçekleşen tahkim süreçlerini kontrol etme ve düzenleme yetkisi kabul edilmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tarafların tahkime ilişkin irade özgürlüğünün sınırları dahil olmak üzere⁶⁹, tahkimin bütün aşamalarına tahkim yeri hukuku egemen olmaktadır⁷⁰. Bununla birlikte, tahkim prosedürünün pozitif hukukta öngörüldüğü gibi tarafların iradelerinin yansıdığı tahkim anlaşması çerçevesinde ilerlemek zorunda olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Dolayısıyla taraflara pozitif hukukta öngörülenden fazla bir irade serbestisi tanınmamış; ancak tahkim prosedürünü de pozitif hukukun öngördüğü sınırlar çerçevesinde taraf iradelerinin tayin etmesine müsaade edilmiştir. Özet olarak, tahkimi bir yargılama olarak nitelendiren bu teori, hakemlerin yetkisinin kaynağını ulusal hukuk olarak görmektedir ve hakem ile hâkim arasındaki farkı, hakemin tıpkı hâkimler gibi yetkisini egemen otoriteden almasına rağmen atamasının uyumsuzluğun taraflarınca yapılması olarak açıklamaktadır⁷².

⁶⁵ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 51.

⁶⁶SAKMAR, s. 28-29.

⁶⁷SAKMAR, s. 28-29.

⁶⁸LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 74; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43.

⁶⁹ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43.

⁷⁰ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22; AKINCI, *Tenfiz*, s. 48; YEŞİLOVA, s. 106; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43.

⁷¹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 18; YEŞİLOVA, s. 106.

⁷²LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 75.

3. Karma Görüş

Karma görüşe göre, tahkimin bünyesinde mevcut olan sözleşmesel ve yargısal nitelikler birbirlerine ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğundan, bu niteliklerden herhangi biri tahkim kurumunu nitelemede baskın kabul edilmemelidir⁷³. Hakemin yetkisinin ve hakem kararının hukuki temelini tahkim anlaşması olması ve taraf iradelerinin tahkimde önemli rol oynaması sebebiyle tahkim sözleşmesel niteliğe sahip olmakla beraber, hakem kararının yargılama fonksiyonu icra edilerek verilmesi ve hâkimin onayıyla icrası onun kazai niteliğini temsil etmektedir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, tahkim anlaşması tahkim yargılamasına temel olmakla birlikte, hakem kararının “*yargı fonksiyonu görmesi ve hâkimin tasdiğiyle yargı alanına girmesi*” tahkimin yargısal niteliğini ifade etmektedir⁷⁵. Dolayısıyla, tahkim yargılamasının tahkim anlaşmasına dayandığı kabul edilse bile tahkim anlaşmasının usuli sonuçlar doğurması sebebiyle tahkim, bağlayıcılığını tahkim yeri hukukundan almakta⁷⁶ ve tarafların sahip olduğu irade serbestisi devlet kanunları desteğiyle anlamını bulmaktadır⁷⁷. Bu çerçevede, hem tahkim anlaşmasının geçerliliğine hem de hakem kararının icrasına hükmedecek ulusal bir hukuk mevcut olmalıdır⁷⁸. Hal böyleyken, tahkimin kaynağı tahkim anlaşması olmakla birlikte tahkim prosedürünün yargısal sonuçlarını ulusal bir hukuk belirlemekte ve tahkim sözleşmeler hukuku içinde değerlendirilirken usul veya yargılama hukuku karakteri dışlanmamaktadır⁷⁹.

Hem sözleşmesel hem kazai görüşü uzlaştıran bu görüşe göre özetle, tahkimin temelinde tahkim anlaşması vardır ve hakemler yargılama faaliyeti yürütmektedir⁸⁰. Nitekim taraflar sahip oldukları irade özgürlüklerine binaen tahkim anlaşması akdederek yargılamaya dahil birçok konuyu serbestçe belirlerken⁸¹, bu irade

⁷³BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 25; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 79-80; YEŞİLOVA, s. 109; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46-47; KALPSÜZ Turgut: “Hakem Kararlarının Milliyeti”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* (ed. ÖZKORKUT Korkut), C, 9, S. 3, Haziran 1978, s. 605-606.

⁷⁴Hakem kararlarının özel niteliklerine rağmen yargı fonksiyonu görmeleri ve devlet yargısı ile alakaları göz önüne alındığında tahkimin sözleşmesel veya kazai niteliğini teorik olarak tartışmak yerine karma niteliğini kabul edip pratik sonuçlar peşinde koşulmalıdır (SAKMAR, s. 28-29).

⁷⁵ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 25; AKINCI, *Tenfiz*, s. 49; SAKMAR, s. 28.

⁷⁶ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46; AKINCI, *Tenfiz*, s. 50.

⁷⁷YENER KESKİN, s. 37.

⁷⁸YEŞİLOVA, s. 109; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47.

⁷⁹AKINCI, *Tenfiz*, s. 49.

⁸⁰BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 23-24; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 25; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 79; YEŞİLOVA, s. 109; AKINCI, *Tenfiz*, s. 49; SAKMAR, s. 28-29.

⁸¹AKINCI, *Tenfiz*, s. 49.

özgürlüğünü tahkim yeri hukuku sınırlamaktadır⁸². Zira tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukukunun sınırları dahilinde uygulama alanı bulmaktadır⁸³. Böylece hakemler tarafların yaptıkları düzenlemeler ile tahkim yeri hukuku düzenlemelerini uzlaştırma çabasına girişmektedir⁸⁴. Bu görüşün konumuz açısından önemi ise tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasının kabulü gibi tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili hukuki meselelerin, özel hukuk meselesi olarak değerlendirilmesidir⁸⁵.

Öte yandan, öğretide, tahkimin hukuki rejiminin tahkim kurumu dışındaki kavramlara dayalı olarak tespitinin tahkimin gelişimine uygun sonuçlar doğurmama riski barındırdığına da dikkat çekilmektedir⁸⁶. Dolayısıyla sözleşmesel görüş ve kazai görüş kapsamında tahkim kurumunun kökeni, tahkim hukukundan ziyade borçlar ve usul hukuku kavramlarıyla açıklandığından bu görüşlerin tahkimin kendine özgü esaslarını görmezden gelme tehlikesi barındırdığı ifade edilmektedir⁸⁷.

4. Özerk/Otonom Görüş

Zaman içerisinde tahkimin kullanım biçimi ve amacı temelinde hukuki niteliğinin belirlenmesine atıf yapan otonom teori ortaya çıkmıştır⁸⁸. Bu teoriye göre, tahkim ne salt sözleşmesel ne salt yargısal ne de bu ikisinin birleşimi olan karma niteliktedir⁸⁹. Hatta bu teoriye göre, milletlerarası ticari hayatın tahkimden beklentisinin karşılanabilmesi dahi, tahkimin sözleşmesel veya yargısal teorilerden

⁸²ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 24; AKINCI, *Tenfiz*, s. 49. Taraflar, tahkim yerini seçerek, tahkim yeri hukukunun tahkim ile hakem kararının hukuki kaderine uygulanması yönünde zımni irade beyan eder; ancak, tahkim yeri hukukunun tarafların açık bir şekilde belirlediği başka hususlar ile çelişmemesi adına tahkim yeri seçimine dikkat edilmesi gerekir (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 22-23; YEŞİLOVA, s. 110-111).

⁸³ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47.

⁸⁴ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47.

⁸⁵YEŞİLOVA, s. 109-110.

⁸⁶BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 27; YEŞİLOVA, s. 109-110; HENRY, Marc, *Le Devoir d'Indépendance De L'Arbitre*, Paris, 2001, s. 20, 26, BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 27'den naklen.

⁸⁷BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 27.

⁸⁸ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 24-25; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81; AKINCI, *Tenfiz*, s. 50; YEŞİLOVA, s. 112. Şanlı bu teoriyi bağımsız teori olarak isimlendirmiştir (ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47-50).

⁸⁹LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81; AKINCI, *Tenfiz*, s. 50. Tahkimin hem sözleşmesel hem de yargısal yönlerinin olduğu ve bu yönler saf halini yitirdiğinden bunları ayırmanın gereksiz olduğu yönünde bkz. YEŞİLOVA, s. 112. Bu teorinin, tahkimin hukuki niteliğini belirlerken özel olarak tahkimin hukuki, iktisadi ve fonksiyonel yapısını esas aldığı yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 51.

kurtarılabilmesine bağlı değerlendirilmektedir⁹⁰. Bu teori, tahkimin hukuki niteliği problemine yaklaşım metodu ile diğer teorilerden ayrılmaktadır⁹¹. Bu anlamda, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin, tahkimin amaçlarından ve tahkime yönelik beklentilerden hareketle tespit edilmesi gerekmektedir⁹². Nitekim tahkimin doğma şekli ve nedeni sorularına verilecek cevaplar, tahkimin ulusal hukuklardan bağımsız gelişmesinin nedenlerini de ortaya koymaktadır⁹³.

Tahkimin ilk uygulandığı dönemlerde devletlerin yargı düzenlerinin mevcut olmaması veya eksik olması sebebiyle, tahkim yargılaması egemenin yargılama fonksiyonunu yerine getirmiş; bu yolla, tacirler arasında özel bir hukuk düzeni oluşturularak tahkim olağan bir pratik haline dönüşmüştür. İlk başta zaten devletten ve onun yargı düzeninden bağımsız şekilde gelişen tahkim, daha sonra devletin tahakkümü altına alınmaya çalışılmıştır⁹⁴. Zira tahkimin ortaya çıkışındaki temel düşünce, tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları egemenin koyduğu kurallar değil, yine kendi koydukları kurallar ekseninde çözme isteği olarak ifade edilmektedir⁹⁵.

Dolayısıyla özerk/otonom teoride tahkimi adeta özüne döndürme çabası gözlemlenmektedir ve tahkimin bu özü devletin yasama erki vasıtasıyla yapamadığını bireyin yerine getirmesi olarak ifade edilebilir. Günümüzde de bu öze dönme isteği mevcuttur. Bu sebeple, bu teori hakem kararı ile tahkim yeri arasındaki bağlantıyı zayıflatmaktadır⁹⁶. Bu doğrultuda, tahkim hem kontrol hem destek mekanizması olarak devlet yargılamasıyla bağıni gittikçe kopararak bağımsızlığını kazanan, özel ve özerk bir yargı kurumu olarak değerlendirilmektedir⁹⁷. Devletlerin tahkim yasaları ise

⁹⁰AKINCI, *Tenfiz*, s. 51.

⁹¹Diğer üç teori, tahkimin mevcut ulusal ve uluslararası sistemler içindeki yerine ve ulusal hukukların tahkim konusundaki irade serbestini sınırlama ölçüsüne odaklanmaktadır. Ancak özerk/otonom teori, tahkim kurumu ile ulusal hukuk düzeni ilişkisine, sözleşmesel ve kazai teoriden farklı bir şekilde bakmaktadır (AKINCI, *Tenfiz*, s. 50-52). Modern anlamda tahkimin, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin teorilerden çok, modern işlevi ve ihtiyaçları perspektifinden bakılarak düzenlediği yönünde bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42.

⁹²YENER KESKİN, s. 42.

⁹³YEŞİLOVA, s. 84-85.

⁹⁴YEŞİLOVA, s. 86-90.

⁹⁵YEŞİLOVA, s. 86.

⁹⁶AKINCI, *Tenfiz*, s. 53; YENER KESKİN, s. 45.

⁹⁷KORAL, s. 95. Özerk/otonom teorinin sağladığı irade serbestisinin, hakem kararlarını, başta tahkim yeri hukuku olmak üzere ulusal hukuk sınırlamalarından kurtardığı yönünde bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 54.

tahkimin rayında işleyişini kolaylaştırmak amacına hizmet etmektedir⁹⁸. Sonuç olarak, özerk/otonom teoriye göre, tahkimin hukuki niteliği, milletlerarası ticaret anlamında sahip olduğu ekonomik önem ve milletlerarası ticari aktörlerin beklentileri göz ardı edilmeksizin değerlendirilmelidir⁹⁹. Bu yönüyle yapılacak tespit ulusal hukuklardan soyutlanarak yapılmalıdır¹⁰⁰. Ancak tahkim milli ve milletlerarası alanda belirlenen hukuki sınırlara tabi kılınmasa da, tarafların irade serbestisinin sınırı milletlerarası kamu düzeni olarak kabul edilmelidir¹⁰¹. Bu sınır, tahkim yeri ile hakem kararı arasındaki bağın ulusal hukuklardan soyutlandığına işarettir¹⁰².

Bu teoriye göre, tahkimin hukuki niteliğini diğer teoriler kapsamında açıklamaya çalışmak, tahkim dışındaki ilgili hukuki kavramların ulusal hukuk sistemlerine bağlı gelişmesinden ötürü, tahkimin bağımsız yapısıyla çelişmektedir. Zira, ulusal hukuk sistemlerinin yarattığı kavramları her ülkenin farklı yorumlaması mümkündür; ancak, tahkim, milletlerarası ticari hayatın menfaatleri doğrultusunda, ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gelişim göstermektedir¹⁰³. Nitekim uluslararası sözleşmeler ve ulusal kanunlarda tahkime ilişkin yapılan düzenlemeler, tahkimdeki gelişmeler ile çoğu zaman paralellik taşımaktadır¹⁰⁴. Bu sebeple, milletlerarası ticari uygulamanın tahkime bağımsız nitelik

⁹⁸LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81; AKINCI, *Tenfiz*, s. 50.

⁹⁹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 33-34; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81-82; YEŞİLOVA, s. 112. Nitekim *Akinci*'ya göre, tahkim, nitelik ve taraf beklentileri bakımından devlet egemenliğinin temsili olarak görülmemelidir (AKINCI, *Tenfiz*, s. 53-54).

¹⁰⁰BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 34; YENER KESKİN, s. 44; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81-82; YEŞİLOVA, s. 112; AKINCI, *Tenfiz*, s. 50-52.

¹⁰¹BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 35; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafları*, s. 25; YEŞİLOVA, s. 113; AKINCI, *Tenfiz*, s. 52; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 49. Öte yandan, milletlerarası tahkimde irade serbestisinin, milletlerarası hukuk ve teamül kuralları sayesinde geliştiği ve bu gelişmenin sebebinin tahkimin temelinin sözleşme olarak kabul edilmesi olduğu yönünde bkz. KORAL, s. 88-89, dn. 21a.

¹⁰²YENER KESKİN, s. 45.

¹⁰³BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 31; AKINCI, *Tenfiz*, s. 51; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafları*, s. 24-25; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 81-82. *Şanlı*'ya göre, tahkimin hukuki niteliği, amaç ve fonksiyonu ekseninde milletlerarası ticari hayatın ihtiyaçları ön planda tutularak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla tahkime, teorik sebepler ve ulusal hukuklara hâkim olan ilkeler çerçevesinde amaç ve fonksiyonunu yerine getirmesini engelleyecek bir hukuki nitelik atfedilmemelidir. Çok farklı hukuk sistemleriyle bağlantılı ihtilafları konu edinen tahkimi, yapay olarak belirlenen bir ulusal hukuk sistemine bağlamamak gerekmektedir. Ayrıca hakem kararının tenfizi aşaması göz önüne alındığında tahkimi bağımsız olarak nitelendirmek onu tamamen ulusal hukuklardan kurtarmamaktadır. Tenfize ilişkin olarak tahkimin bağımsız niteliğini savunanlar, devlet mahkemelerinin hakem kararlarını nitelendirirken tahkimin amaç ve fonksiyonuna odaklanmaları gerektiğini de belirtmektedir. *Şanlı*'ya göre, bu noktada devlet mahkemelerinin tahkimi teşvik etmesi, sadece tahkime bağımsız ve milletlerarası nitelik tanımak ile mümkün olacaktır (ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42, 50-53).

¹⁰⁴AKINCI, *Tenfiz*, s. 51; YENER KESKİN, s. 43-44.

kazandırma kudretine sahip olup olmadığının mercek altına alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁵.

Ayrıca bu teoriye göre, tahkim anlaşmaları tahkim kavramına dahil hukuki meselelerden sadece biri olduğundan, tahkimin hukuki niteliği salt tahkim anlaşmalarından hareketle belirlenmemelidir¹⁰⁶. Bu sebeple, tahkim kavramına dahil hakemlik sözleşmesi, yargılama faaliyeti, hakem kararının iptali veya tenfizi gibi diğer hukuki meselelerle tahkim bir bütün olarak dikkate alınmazsa, yapılacak hukuki nitelemenin yanıltıcı olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁷. Hatta sırf bu sebeple tahkim anlaşmalarının Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında tutulduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla tahkimin hukuki niteliği, içinde barındırdığı birden fazla hukuki mesele dikkate alınarak özel bir şekilde tespit edilmelidir¹⁰⁹.

Bununla birlikte, milletlerarası ticari hayatın zaman içerisinde doğan ihtiyaçlarını gidermek amacıyla şekillenen tahkimin, zaman içerisinde dönüştüğü hali, ulusal ve uluslararası düzenlemelerin gölgesinde oluştuğundan, tahkim pozitif hukuk normlarından bağımsız bir şekilde adeta başına buyruk değerlendirilmemelidir¹¹⁰. Nitekim tahkimin hiçbir ulusal hukuka dayanmadan geçerliliğini sağlaması, günümüzde dahi kolay kabul edilmemektedir¹¹¹. Bu anlamda milletlerarası ticari aktörlerin esnetilmiş bir yargılama sistemi arzusunun sonucu olarak özerk/otonom teori ortaya çıksa da, aynı taraflar tahkim anlaşmalarının geçerliliği ile verilen hakem kararının icrasını da arzuladığından, bu durum ulusal hukuklara ve devlet mahkemelerine olan ihtiyacın göz ardı edilmesine engel oluşturmaktadır¹¹². Sonuç olarak, tahkim özerk/otonom teori kapsamında ilerleme göstermişse de, ulusal hukuklar karma teori ekseninde kanuni düzenlemeler getirmiştir¹¹³.

¹⁰⁵ AKINCI, *Tenfiz*, s. 51; YENER KESKİN, s. 43.

¹⁰⁶ BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 29.

¹⁰⁷ BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 29; KORAL, s. 78.

¹⁰⁸ BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 29, dn. 72.

¹⁰⁹ BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 32. Örneğin, tahkim anlaşması tahkim yargılamasına temel olmakla birlikte, hakem kararının yargı fonksiyonuna sahip olması ve hâkimin onayıyla yargı alanına girişi kazai niteliğini göstermektedir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 34).

¹¹⁰ ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 25; YEŞİLOVA, s. 115.

¹¹¹ Yazar, tahkimin sözleşmesel niteliğinin devletin yargı düzeninde yarattığı etkinin, bu hayale ulaşan yolda belirleyici olduğunu ve tahkimin alternatif olarak kendine has ve ulusal hukuklardan bağımsız sosyal bir kurum olarak görülebileceğini belirtmiştir (YEŞİLOVA, s. 83-84).

¹¹² YEŞİLOVA, s. 115.

¹¹³ ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 26.

B. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliği

Tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği, bu anlaşmaların vasıflandırılması bakımından önem arz eden tartışmalı konulardan birisidir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi¹¹⁴ ve bu hukuk kapsamında tahkim anlaşmasına yönelen iradenin zımni olabilme imkânı öncelikle bu anlaşmanın vasıflandırılmasını gerektirmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla bu vasıflandırma, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku¹¹⁶ ve tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulmasının kabulü imkânını etkilemektedir. Örneğin, tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğunun kabul edilmesinin tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından *lex fori* hâkimiyetini doğuracağı görüşünden hareketle¹¹⁷, tahkim anlaşmaları bakımından zımni hukuk seçimi tartışmalarının ancak *lex fori*'nin izin verdiği alan ile sınırlı tartışılabileceği söylenebilir.

Aslında günümüzde tahkim pozitif hukuk düzenlemelerine konu olduğundan tahkim anlaşmasının hukuki niteliği tartışmalarının değersizleştiği ifade edilse¹¹⁸ bile, tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin, tahkimin hukuki niteliği konusunda yukarıda aktarılan çeşitli tartışmalara paralel olarak ortaya çıkan çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlar maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma ve özerk/otonom sözleşme görüşleridir¹¹⁹.

¹¹⁴ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22; AYDEMİR, Fatih, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2017, www.lexpera.com, s. 399.

¹¹⁵Çalışmamızın “*Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması*” başlığı altında detaylıca aktarılabileceği üzere, tahkim iradesinin tespiti ve yorumlanması, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir mesele olarak vasıflandırıldığından, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulduğu iddiasıyla karşılaşan bir hâkimin ya da hakemin, ilk yapması gereken tahkim anlaşmasını esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırarak uygulanacak hukuku tespit etmektir.

¹¹⁶ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42.

¹¹⁷NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2021, s. 563-564, dn. 347; YENER KESKİN, s. 40; ERKAN Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, Ocak 2013, s. 542-543. Tahkimin hukuki niteliği bakımından kazai teorinin benimsenmesi ihtimalinde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, tahkimin cereyan ettiği ülkenin hukukunun egemen olacağı yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının usuli nitelikte olduğu kabul edildiğinde tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacağı yönünde bkz. NAZZINI Renato: “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 65, S. 3, Temmuz 2016, s. 683.

¹¹⁸ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 20, dn. 40.

¹¹⁹YAVUZ Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 14 Şubat 2009, s. 140-145; İLHAN, Hüseyin Afşin, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2016, s. 9-12; ÖZEL,

Bu görüşler incelenmeden önce, genel anlamda maddi hukuk sözleşmesi ve usul hukuku sözleşmesi ayrımı yapılmalıdır. Nitekim sözleşmeler esas etkilerini doğurdukları alana göre maddi hukuk sözleşmesi ya da usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilir¹²⁰. Maddi hukuk sözleşmeleri, taraflar arasında maddi hukuk anlamında borçları, hakları ve sorumlulukları düzenleyen sözleşmelerdir¹²¹. Usul hukuku sözleşmeleri ise sonuçlarını usul hukuku alanında doğuran bir tür usuli işlemdir¹²².

Bir görüşe göre, tahkim anlaşmaları maddi hukukta kabul edilen irade serbestisinin usul hukukundaki yansıması¹²³ olarak maddi hukuk karakterli sözleşmelerdir¹²⁴. Dolayısıyla tahkim anlaşmalarına, borçlar hukuku prensipleri uygulanmaktadır¹²⁵ ve taraflar sahip oldukları irade serbestisinden ötürü, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka karar verebileceklerinden tahkim anlaşmasının

Kanunlar İhtilafı, s. 22-26; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42-43; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 71-82; BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International, 2014, s. 214-217. İç hukukta tahkim anlaşmaları bakımından ileri sürülen görüşlerin, milletlerarası niteliği haiz tahkim anlaşmaları bakımından da kabul edildiği yönünde bkz. YENER KESKİN, s. 17-18. Öte yandan, İlhan tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin maddi hukuk sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olduğu yönündeki tartışmaların özellikle milli tahkim halinde yapıldığını vurgulamıştır. Bununla birlikte, yazarın aktardığı görüşler milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından ileri sürülen görüşlerle paralellik arz etmektedir (İLHAN, s. 7-12). Tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin bilgi için ayrıca bkz. TÖRE, Nazlı, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2019, s. 37-62.

¹²⁰ALANGOYA, Yavuz, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 62-63; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı*, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 52; İLHAN, s. 7-8.

¹²¹Maddi hukuk, kişilerin hak ve borçlarını belirleyip kişilere hak ve borç (yükümlülük) yükleyerek kişiler arasındaki çeşitli ilişkileri düzenlemektedir (DURAL, Mustafa/SARI, Suat, *Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2024, s. 15).

¹²²KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, Kudret Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 42-43, 221; İLHAN, s. 7. Delil sözleşmelerinin de sonuçlarını usul hukuku alanında doğurmasından ötürü, hukuki niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz. KURU, Baki/AYDIN, Burak, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. 2, Tıpkı 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2025, s. 848. Usul hukukunun, hakların kullanılma ve borçların yerine getirilme biçimini, hak ihlali ve borca aykırılık halinde başvurulacak hukuki yolları, hakların korunması ve kişiler arası uyuşmazlıkların çözüme bağlanma biçimini düzenlediği yönünde bkz. DURAL/SARI, s. 16.

¹²³EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2020 s. 168.

¹²⁴DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/AYHAN İZMİRLİ, Lale, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskıdan Tıpkı 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Şubat 2025, s. 168; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42; BERNARDINI Piero: "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, s. 200. "Usuli sonuçları olan maddi hukuk sözleşmesi" şeklindeki tanım için bkz. ÖZEL Sibel: "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 1, Mayıs 2017, s. 309.

¹²⁵ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42; YAVUZ, s. 142. Örneğin, tahkim anlaşmalarının tipik borçlar hukuku sözleşmeleri gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğu yönünde bkz. YENER KESKİN, s. 21-22.

varlığına ve geçerliliğine bu hukuk egemen olacaktır¹²⁶. Tahkim anlaşmalarının maddi hukuk karakterli olduğunun kabul edilmesi halinde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanabileceği ifade edilmektedir¹²⁷. Bu durumda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen kriterlere göre tespit edilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹²⁸.

Diğer görüş ise tahkim anlaşmalarını usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmektedir¹²⁹. Bu görüşün temelinde, tahkim süreci ve doğurduğu sonuçlar göz

¹²⁶ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42.

¹²⁷NAZZINI, s. 683.

¹²⁸LEW Julian D.M.: “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, s. 118. Bu kuralın istisnasının, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra akdedilen tahkim anlaşmaları olduğu yönünde bkz. BERGER Klaus Peter: “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ed. VAN DEN BERG, Albert Jan), ICCA Congress Series No.:13, 2007, www.translex.com, s. 319.

¹²⁹TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. II, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Mart 2025, s. 394-395; 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”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2, 2002, s. 787; ÜLGNER, M. Fehmi, *Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi*, Der Kitabevi, 2000, s. 603; KORKMAZ Cansu: “Asıl Sözleşmeye İlişkin Şekil Şartının Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, Temmuz 2025, s. 1053-1054; PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLİRMAK, Ali, *Pekcanitez Usul - Medenî Usul Hukuku*, 16. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2025, s. 4614; İLHAN, s. 10-11; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 420; ALANGOYA, s. 63-81; KURU/AYDIN, s. 1874. Özellikle tahkim anlaşmalarının olumlu ve olumsuz etkisinden hareketle bu görüşün benimsendiği yönünde bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2024, s. 615-616. Yargıtay İBBGK, 13.04.2018 tarihli ve 2016/2 E., 2018/4 K. sayılı kararı kapsamında tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği tartışılmış ve tahkim anlaşmalarının usul hukuku sözleşmesi olduğu şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “Sözleşmenin kurulması, şekli, ehliyet gibi noktalarda maddi hukuka ilişkin hükümler uygulanırsa da, tahkim sözleşmesi yargılama hukuku alanında cereyan eder ve sonuçlarını da bu alanda doğurur. Bu hâliyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesi ile bir alacak hakkı ya da yenilik doğuran hak oluşturulmamaktadır. Bu özelliği itibarıyla sözleşmenin maddi hukuk karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Hakem yargılaması sonunda verilecek kararın da sözleşme niteliğinde olduğu söylenemez (Aydemir, F.: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmeleri*. İstanbul 2017. s. 17). Bu görüşü savunanlara göre tahkim sözleşmesinin en önemli etkisinin, tarafların mahkemeye başvurusunu engelleyerek, hakem veya hakemlere yargılama yetkisi vermesine ve süreç sonunda çıkacak kararların, mahkeme kararı gibi kesin hüküm doğurmasına dayandırılır. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı tarafiradeleri ile belirlenmemekte, tahkimin cereyan ettiği ülkenin ulusal hukuku anlaşmaya böyle bir sonuç bağladığı için tahkim sözleşmesi bağlayıcı etkiye sahip olmaktadır. Hakem kararları mahkeme kararları ile aynı nitelikte olup, bunun da hakem kararlarının usuli nitelikte olduğunu, ayrıca, tahkim sözleşmesinin usul hükümleri içinde düzenlenmesi, usul sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir. Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan ulaşılan sonuç: tahkimin baskın biçimde usul hukuku sözleşmesi mahiyetini haiz olduğudur.” (YİBBGK, 13.04.2018 tarihli ve 2016/2 E., 2018/4 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Öte yandan, yaygın görüş bu olmakla birlikte, bu karardan sonra verilen Yargıtay 11. HD., 23.11.2022 tarihli ve 2022/5454 E., 2022/8276 K. sayılı kararı kapsamında, tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterinin ön planda tutulduğu yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ Candan: “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*,

önüne alındığında, tahkimin yargılama faaliyeti olarak nitelendirilmesi yatmaktadır¹³⁰. Nitekim usuli işlemlerin en kritik özelliği sonuçlarını usul hukuku alanında doğurmasıdır ve tahkim anlaşmaları da devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini bertaraf etmek, hakemlerin hukuki uyuşmazlığı çözme konusundaki yetkisine dayanak olmak ve hakem kararının mahkeme kararı gibi kesin hüküm etkisine sahip olmasını sağlamak gibi sonuçlarını usul hukuku alanında doğurmaktadır¹³¹. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının kuruluşuna borçlar hukuku hükümlerinin uygulanması, tahkim anlaşmalarını maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmeye yetmemektedir¹³² ve tahkim anlaşmasının varlık ve geçerlilik sorunları tahkim yeri hukukuna göre çözüme bağlanmalıdır¹³³. Tahkim anlaşması taraf iradelerinden önce, tahkim yeri hukuku sayesinde tarafları bakımından bağlayıcıdır¹³⁴.

Tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşünün konumuz açısından önemi, tahkim yeri hukukunun izin vermediği şekilde tahkim anlaşmasının kurulması mümkün olmadığından¹³⁵, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması imkânına da bu hukukun karar verecek olmasıdır. Nitekim tahkim anlaşmalarını usul hukuku sözleşmesi olarak kabul etmek, bu anlaşmanın geçerliliği ve hükümlerinin mahkemenin hukukuna tabi olmasına yol açmaktadır. Halbuki öğretilerde bu durumun, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme hakkını kısıtlaması ve milletlerarası ticari hayatta belirsizlik yaratması sebepleriyle kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple, özellikle milletlerarası düzeyde, tahkim anlaşmalarının usul hukuku karakteri yerine maddi hukuk karakterinden hareket ederek, tahkim anlaşmasına tarafların belirlediği hukukun

C. 40, S. 2, Haziran 2024, www.lexpera.com, s. 301. Tahkim anlaşmasının usule ilişkin bir anlaşma olduğu ve geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre belirlenmesi gerektiği yönünde bir ICC karar örneği için bkz. BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2010, s. 168. Tahkim anlaşmaları usul hukuku sözleşmesi niteliğini haiz olduğundan, akıbeti bakımından esas sözleşmeden ayrıldığı yönünde bkz. ÜLGNER, s. 603.

¹³⁰TANRIVER, s. 394-395; YENER KESKİN, s. 29-30. Tahkim anlaşmalarının, hem sözleşmesel hem de yargısal fonksiyon içerdiği, klasik bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği, temel etkisini doğrudan usul hukuku alanında doğurduğu ve etkiyi doğurduğu alanın bir sözleşmeye karakterini verdiği, tahkim yargılamasının usul ve esaslarının devlet yargılamasına benzediği, kesin hüküm etkisi ve icra kabiliyetinden ötürü hakem kararlarının kazai niteliği haiz olduğunun tahkim anlaşmalarının usuli niteliğini güçlendirdiği yönünde bkz. AYDEMİR, s. 399-400.

¹³¹TANRIVER, s. 394-395; İLHAN, s. 10-11; ALANGOYA, s. 64; YAVUZ, s. 143.

¹³²ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 215; İLHAN, s. 10-11; YENER KESKİN, s. 29; ALANGOYA, s. 38-41; YAVUZ, s. 143.

¹³³ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 22-23.

¹³⁴ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 42-43; YAVUZ, s. 143; YENER KESKİN, s. 29.

¹³⁵AKINCI, *Tenfiz*, s. 47; YEŞİLOVA, s. 102; YENER KESKİN, s. 33-34.

uygulanmasının daha yerinde olduğu belirtilerek bu yorumun, NYK, Avrupa Sözleşmesi ve MTK'ye de uygun olduğu ifade edilmiştir¹³⁶.

Karma görüşe göre ise, tahkim anlaşmalarını maddi hukuk ya da usul hukuku sözleşmesi olarak değerlendirmek yerine, tahkim anlaşmalarının bu iki yöne ilişkin özellikleri uzlaştırılmalıdır¹³⁷. Dolayısıyla, tahkim anlaşmaları maddi hukuka ilişkin direkt bir etkiye sahip olmasa da, temelinde taraf iradeleri yer aldığından ve ilgili olduğu hukuki uyumsuzluklar bakımından idari ve adli yargı yolunu kapadığından iki yönlü bir niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir¹³⁸. Ayrıca devlet mahkemelerinin hukuki uyumsuzluk üzerindeki yetkisinin bertaraf edilebilmesi taraf iradeleriyle birlikte ulusal kanunların buna cevaz vermesini gerektirmektedir¹³⁹. Bu nedenle, tahkim anlaşması vasıflandırılırken hem tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakteri hem tahkim yeri hukukunun rolü esas alınmalıdır¹⁴⁰.

Özerk/otonom görüş ise, tıpkı tahkimin hukuki niteliğinde olduğu gibi tahkim anlaşmalarının vasıflandırılması problemine, tahkimin amacı ve kullanımı doğrultusunda yaklaşmaktadır¹⁴¹. Bu çerçevede, tahkimin kurucu unsuru maddi hukuka ait olsa bile etkisi usul hukuku alanında olup bu durum ona *sui generis* bir nitelik vermektedir¹⁴². Dolayısıyla irade serbestisinin, sadece milletlerarası kamu

¹³⁶NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 563-564, dn. 347.

¹³⁷SAKMAR, s. 29; FERRARIO Pietro: "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?", *Journal of International Arbitration*, C. 26, S. 5, Kluwer Law International, 2009, s. 648; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 43; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 23; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 215; İLHAN, s. 11; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 79. Tahkim anlaşmaları, irade beyanlarına ilişkin genel teorilerin uygulanabileceği bir maddi hukuk sözleşmesidir. Ancak, diğer sözleşmelerden farklı olarak tahkim anlaşmaları, belirli uyumsuzlukların devlet mahkemeleri yerine tahkime sunulması bakımından usuli etkiye de sahiptir (VOSER Nathalie: "Chapter 9: The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus", *The Evolution and Future of International Arbitration* (eds. BREKOULAKIS Stavros/LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), *International Arbitration Law Library*, C. 37, Kluwer Law International, 2016, s. 162; BERNARDINI, s. 200; LEW, s. 115). Tahkimin temelinde tahkim anlaşmasının var olması ve tahkim kurumu bakımından taraf iradelerine verilen önem, tahkim anlaşmalarının maddi bakımdan geçerliliğinin borçlar hukuku hükümlerine tabi olduğu anlamına gelse de, tahkim anlaşmaları temel etkilerini usul hukuku alanında doğurmaktadır. Dolayısıyla temelleri maddi hukuka dayansa da hüküm ve sonuçları usul hukukunda doğan tahkim anlaşmaları karma niteliktedir (YENER KESKİN, s. 46).

¹³⁸SARISÖZEN, M. Serhat, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, Mart 2005, s. 8; İLHAN, s. 11; YAVUZ, s. 143.

¹³⁹ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 43; YAVUZ, s. 143-144.

¹⁴⁰ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 43.

¹⁴¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 24. Yazar bu görüşe ilişkin bilgi verirken, başlıklandırmayı "tahkim sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğu görüşü" olarak belirlemiştir (İLHAN, s. 12).

¹⁴²İLHAN, s. 12.

düzeni gerekçesiyle sınırlandırılması kabul edilerek tahkimin tahkim yeri ve devlet mahkemeleriyle bağı kopartılmaya çalışılmıştır¹⁴³.

Sonuç olarak, usul hukuku sözleşmelerinin tarafların usuli konulara ilişkin akdettiği sözleşmeler olması¹⁴⁴ ve tahkim anlaşmalarının devlet mahkemelerinin yargılama yetkisi üzerindeki etkisi kolektif olarak dikkate alınırca, tahkim anlaşmalarının usul hukuku sözleşmesi olduğu düşünülebilecekse de; tahkim anlaşmalarının tahkim süreciyle sınırlı tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır¹⁴⁵. Zira, tahkim anlaşmaları, kapsamına giren uyuşmazlıklarda taraflara usul hukukuna ilişkin haklar bahsettiği gibi devlet mahkemelerinde dava ikame etmeme gibi borçlar da doğurmaktadır¹⁴⁶. Diğer taraftan, her ne kadar, tahkim anlaşmaları diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi tarafları üzerinde çeşitli haklar ve borçlar doğuruyorsa da, bunların yargılama, adalet ve usul hukukunda doğurduğu sonuçlar, tahkim anlaşmalarının salt sözleşmesel kabul edilmesine engeldir. Aslında tahkim anlaşmalarının bu “*çifte doğası*”, hakem heyetinin imzacı olmayan kişiler üzerindeki yetkisinin tesisinde, zımni irade değerlendirmelerine ilişkin tartışmaların da temel nedenidir¹⁴⁷.

Hakemlerin tahkim sürecinde ifa edecekleri görevleri ve kesin hüküm etkisine sahip karar verebilmeleri olgularının tahkim anlaşmasına usul hukuku niteliği kazandırdığı belirtilmektedir¹⁴⁸. Tahkim anlaşmaları birinci derece etkisini tahkim ilk itirazı mekanizmasıyla, mahkemelere başvurma hakkını ortadan kaldırması ve hakem kararının mahkeme kararı gibi kesin hüküm niteliğini kazanması ile usuli alanda

¹⁴³ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 43; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 24-25; YAVUZ, s. 144; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 216.

¹⁴⁴TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 52.

¹⁴⁵Bu sebeple yazara göre tahkim anlaşmalarını, maddi veya usuli olarak nitelendirmek, artık önemini yitirmiştir (LEW, s. 118).

¹⁴⁶DEMİRKOL Berk: “Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, www.lexpera.com, s. 280-281; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, www.lexpera.com, s. 60; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 420. Tahkim anlaşmalarının usul ve esasa ilişkin çift yönlü niteliğinin, tahkimin de aynı niteliğe sahip olmasından geldiği yönünde bkz. LEW, s. 118.

¹⁴⁷VOSER, s. 162; STUCKI Blaise/WITTMER Schellenber: “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, ASA Below 40 – Conference of September 29, Geneva, 2006, s. 2.

¹⁴⁸YEŞİLOVA, s. 99, 103, dn. 71.

doğurmaktadır¹⁴⁹. Ancak bu birinci derece etki, tahkim anlaşmalarının sonuçlarını usul hukuku alanında doğurduğunu gösterse¹⁵⁰ bile, tahkim anlaşmalarına kuruluş ve geçerlilik bakımından borçlar hukuku prensipleri uygulanmalıdır¹⁵¹. Hatta tahkim anlaşmaları doğrudan usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, usul hukuku sözleşmelerine de doğrudan veya kıyasen borçlar hukuku prensipleri uygulanacağından varılacak sonuç değişmeyecektir¹⁵². Nitekim, bir usul hukuku sözleşmesi olan yetki sözleşmeleri bakımından kanunda öngörülen şartlara mutlaka uyulması gerekse de sadece usul hukuku hükümleriyle sözleşmeye ilişkin tüm meselelerinin değerlendirilmesi mümkün olmadığından, usul hukuku hükümlerinin çözemediği yetki sözleşmesinin kuruluşu, geçerliliği ve hükümsüzlüğü gibi meselelerde borçlar hukuku hükümlerine başvurulması gerektiği belirtilmektedir¹⁵³. Kaldı ki, Yargıtay da tahkim anlaşmalarının borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olmasından hareketle, borçlar hukuku sözleşmeleri için aranan genel şartların tahkim anlaşmaları bakımından da aranacağını belirtmektedir¹⁵⁴.

Demek oluyor ki, tahkim anlaşmalarının nasıl nitelendirileceğinden ziyade, tahkim anlaşmalarının kuruluş ve geçerliliği açısından tahkim anlaşmasının çifte kimliğini oluşturan niteliklerinden hangisinin esas alınacağı bu tezin konusunu oluşturan temel meselelerden birisidir. Kanaatimizce, tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara rağmen, sözleşmelere yönelik irade beyanlarının açıklanma şekline ilişkin dürüstlük kuralı da dahil olmak üzere¹⁵⁵ borçlar hukuku hükümleri tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanacak¹⁵⁶ ve tahkim

¹⁴⁹ALANGOYA, s. 80; İLHAN, s. 10-11.

¹⁵⁰ALANGOYA, s. 80; BERNARDINI, s. 200; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 60; EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s. 168; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 326; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1042.

¹⁵¹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 62; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1042.

¹⁵²TANRIVER, s. 394-395; DEMİRKOL, s. 287; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1412-1413.

¹⁵³Bu görüşe ve bu konuda öğretilde yer alan diğer görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. BOLAYIR, Nur, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009, s. 44-48.

¹⁵⁴Yargıtay 13. HD., 25.04.1991 tarihli ve 1990/8778 E., 1991/4492 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

¹⁵⁵ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 60-61; Yargıtay 15. HD., 04.10.2010 tarihli ve 2010/4423 E., 2010/4960 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

¹⁵⁶UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2014, s. 1185; ŞANLI Cemal/ESEN Emre: "Chapter 8: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Arbitration in Turkey* (eds. YEŞİLIRMAK Ali/ESİN İsmail G.), Kluwer Law International, 2015, s. 226; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 414; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38; YEŞİLOVA, Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, Ocak 2008, s. 283; STUCKI/WITTMER, s. 2. Tahkim iradesinin, somut olayın özelliklerine göre sözleşmeler hukuku veya ticaret hukuku düzenlemelerine göre incelenebileceği

anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması sözleşmeler hukuku prensiplerine göre değerlendirilecektir¹⁵⁷.

C. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasını Meşru Kılan Hukuki Kaynak

Tahkimin hukuki niteliğine ilişkin yukarıda incelenen çeşitli görüşlerden birinin benimsenmesi, tahkimin hukuki rejimini de tayin edecektir. Örneğin, kazai teoride tahkim yeri bağlama kuralı ile ulaşılabilecek hukuk sistemi, sözleşmesel teoride tamamen tarafların iradesi, özerk/otonom teoride ise hem taraf iradeleri hem de milletlerarası kural ve standartlar tahkimin hukuki rejimini belirleyecektir¹⁵⁸. Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulamayacağı da, tahkimin ve dolayısıyla tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği kapsamında cevaplanacak bir hukuki problem doğurmaktadır. Örneğin, “*tahkim anlaşması salt bir maddi hukuk sözleşmesidir*” dediğimizde tahkim yargılamasına ve tahkim anlaşmasına taraf iradeleri egemen kabul edileceğinden, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasını mümkün kılan düzenlemeler temel sözleşmeler hukuku ilkelerinde aranacak iken; “*tahkim anlaşması salt bir usul hukuku sözleşmesi ve tahkim de bir yargılama faaliyetidir*” dediğimizde veya tahkim anlaşmasının karma niteliğini kabul ettiğimizde bu düzenleme tahkim yeri kanunlarında aranacaktır. Tahkim anlaşması, özerk/otonom bir nitelikte kabul edildiğinde ise ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde milletlerarası ticari teamül hukuku esas alınarak zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulmasındaki rolü tespit edilecektir. Milletlerarası ticari hayatın geldiği noktaya ve geçirdiği gelişime atıfta bulunan özerk/otonom görüş, zımni irade beyanının tahkim anlaşmaları bakımından değerlendirildiği bazı uyumsuzluklarda varlığını hissettirmektedir. Zira zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulmasının kabul edildiği bazı örneklerin temelinde, tahkimin hukuki niteliğine atıf doğrudan gözlemlenebilir¹⁵⁹.

yönünde bkz. HANOTIAU Bernard: “Consent to Arbitration Do We Share A Common Vision?”, *Arbitration International*, C. 27, S. 4, 2011, s. 540.

¹⁵⁷BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1427.

¹⁵⁸ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 41, 52-53.

¹⁵⁹Örneğin, Fransız hukukunda, irade serbestisinin sınırı, milletlerarası kamu düzeni olarak kabul edildiğinden ve herhangi bir ulusal hukuka dayanmadan tarafların ortak iradeleri uyarınca tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği değerlendirildiğinden, grup şirketler doktrini uygulanırken tahkim özerk/otonom bir nitelikte kabul edilmektedir. Milletlerarası ticari işlemlere atıfla, teyit mektuplarında yer alan tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması değerlendirmesi de, tahkimin

Bir önceki başlık altında anlatılanlar ışığında, hakemlerin yargılama ve hüküm verme yetkisinin kaynağını birincil olarak devlet kanunlarından ve ikincil olarak tahkim anlaşmalarından aldığı, geçerli bir tahkim anlaşması kapsamında yargılama faaliyeti yürüttüğü ve tarafların temsilcisi olmadığı gibi devlet mahkemesi hâkimiyle aynı nitelikte de olmadığı kabul edilmelidir. Her ne kadar tahkimin hukuki temeli tahkim anlaşması olsa bile, bu anlaşmanın doğurduğu usuli sonuçlar göz önüne alındığında, tahkimin bağlayıcılığı esasen tahkim yeri hukukundan kaynaklanmaktadır. Tahkim anlaşmasının doğurduğu usuli sonuçlar, tahkime bağlayıcılık gücünü veren otorite tespit edilirken mutlaka göz önünde tutulmalıdır. Tahkim, hukuki temelini sözleşmesel niteliğinden almakla birlikte, yargısal bir faaliyet olarak devlet yargısına muadil, otonom ve özel bir yapıdadır¹⁶⁰.

Tahkim yargılamasının unsurlarından biri olan tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulamayacağı, çalışmamızın temel konusudur. Bu anlamda, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasına ve bu anlaşmanın esasına uygulanacak hukukun zımni olarak seçilmesine ilişkin değerlendirme, öncelikle tahkimin milletlerarası ticari hayat bakımından önemi unutulmadan devlet kanunları ve devletlerin onaylayarak iç hukuklarının bir parçası haline getirdiği uluslararası sözleşmeler kapsamında yapılmalıdır.

Kanaatimizce, sözleşme serbestisi kural olmakla birlikte, temel etkisini devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini ortadan kaldırmak şeklinde gösteren tahkim anlaşmaları, herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesi gibi değerlendirilmemelidir. Dolayısıyla geçerli olarak akdedildiğinde ilgili hukuki uyumsuzluk bakımından devlet mahkemelerini yargılama kudretinden mahrum bırakacak güce sahip tahkim anlaşmaları, bu gücü yine devlet kanunlarından almalıdır. Zira devlet kanunlarında düzenlenmeyerek taraflara bu yönde bir hak bahşedilmeseydi taraflar sözleşme serbestisi kuralı uyarınca, aralarında doğmuş ya da doğacak belirli hukuki uyumsuzlukları, bugün anladığımız haliyle tahkim yargılamasına tabi kılamaz veya

uluslararası ticari hayata adaptasyonundan hareketle yapıldığından, tahkimin özerk/otonom niteliğinin ön planda tutulduğu söylenebilir.

¹⁶⁰KORAL, s. 86-96. Öte yandan, hakemler yetkilerini tahkim anlaşmasından aldığı için tahkimin esas itibarıyla sözleşmesel nitelikte olduğu ve hakem kararlarına devlet mahkemeleri tarafından tanınan icrai özelliğin bu sonucu etkilemediği yönünde bkz. SAKMAR, s. 26.

kılsa bile verilen hakem kararı bağlayıcı güce ve icra kabiliyetine sahip olamazdı¹⁶¹. Hatta tahkimin devlet yargılamasına kıyasen istisna teşkil etmediği kabul edilse bile, Anayasa m. 36 hükmü kapsamında devlet yargılaması taraf iradelerinden bağımsız asli niteliği haiz olduğundan, ulusal yasaların ve devlet mahkemelerinin tahkimin hukuki niteliği ve buna bağlı özelliklerine atfettiği anlam, bunların uygulamadaki yansımaları bakımından önem arz etmektedir¹⁶². Hukuki uyuşmazlığın esası hakkında son sözü kimin söyleyeceği hakemler ve mahkemeler arasında tarih içerisinde her zaman bir gerilime sebep olduğundan¹⁶³, hâkimlerin kabulüyle bugünkü gelişim eğrisini çizen tahkim, hâlâ bu müsamahaya ihtiyaç duymaktadır¹⁶⁴.

Tahkim, tahkim yargılamasına tabi olmak yönünde iradesini beyan eden tarafları kapsamakta ve hakemler kendilerine tanınan yetkiyle sınırlı olarak ilgili uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır¹⁶⁵. Dolayısıyla, ulusal kanunlar tahkim anlaşmasının kurulmasına imkân tanımış ve bunun sınırlarını tayin etmiştir; ancak, tarafların bu sınırlara riayet ederek tahkim anlaşması akdetmediği bir ihtimalde, *zorunlu tahkim söz konusu olmadıkça* devlet kanunlarında bu imkânın tanınmasının herhangi bir anlamı olmayacaktır. Bu sebeple tahkim anlaşması, tahkimin ikincil temelidir¹⁶⁶.

Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulamayacağı meselesinin birincil temelini devlet kanunları olduğu tespitimizden hareketle, bu değerlendirmenin uluslararası sözleşmeler ve ulusal kanunlar kapsamında yapılacağı belirtilmelidir¹⁶⁷. Kaldı ki, uluslararası sözleşmeler ve ulusal kanunlar kapsamında

¹⁶¹Hakemlere yargılama yetkisini *kural olarak* tahkim anlaşması verse de, tahkimin sınırlara riayet edilerek taraf iradelerine uygun yürütülmesi de, pozitif hukukun bir sonucu olarak değerlendirilmektedir (YEŞİLOVA, s. 104).

¹⁶²YEŞİLOVA, s. 85-86. Yargılama yetkisinin hakemlere de ait olduğuna dair liberal anlayışın, Anayasa'dan anlaşılabilmesi için yargı yetkisini düzenleyen ilgili hükme "*kanunlarla tahkime gidilebileceğine ilişkin düzenlemeler saklıdır*" şeklinde bir ekleme yapılması yönündeki öneri için bkz. AYDEMİR, s. 396.

¹⁶³YEŞİLOVA, s. 85.

¹⁶⁴ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 294. Tahkim ile devlet yargısı arasında adil bir rekabet zemini yaratılması için genellikle "*devletin hoşgörüsüne*" ihtiyaç duyulduğu yönünde bkz. LANDOLT Phillip: "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 5, Kluwer Law International, Ekim 2013, s. 512. Ulusal hukukların ve devlet mahkemelerinin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun tahkim iradelerinin geçerliliğini korumaması, bu iradelerin geçersizliği bakımından haklı ve meşru nedenlerin varlığı halinde mümkündür (YEŞİLOVA, s. 84).

¹⁶⁵ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 29.

¹⁶⁶EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Tıpkı 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 45-46. İradenin dayanağı iradenin içinde değil; onun temeli olan kanundur (ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 58, dn. 144).

¹⁶⁷NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 563-564. Şanlı'ya göre, NYK ve Avrupa Sözleşmesi, milletlerarası tahkimin ulusal bir hukuk düzenine dayanmaksızın tarafların iradi düzenlemeleri ile

yapılan tartışmalar da, ulusal kanunlar temel alınarak sözleşmeler hukuku prensiplerine dayalı yapılmaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması NYK ve Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ve devletlerin yasal düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda, çalışmamızın iki temel hukuki meselesi bakımından esas sorun, uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuklarda yer alan düzenlemelerin, tahkim anlaşmaları ve bu anlaşmalara uygulanacak hukuk bakımından zımni irade beyanına müsaade edip etmediğidir. Bununla birlikte, Fransız hukukunda olduğu gibi, uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuk mevzuatlarından bağımsız bir şekilde, tahkimin özerk/otonom niteliği ön plana alınarak tahkim anlaşmalarının varlığı ve geçerliliğinin oldukça liberal değerlendirildiği de gözlemlenmektedir¹⁶⁸.

Ayrıca usul hukukuna ve maddi hukuka ilişkin tespit ettiğimiz düalist niteliğinden hareketle¹⁶⁹, tahkim anlaşmalarının karma bir yapıya sahip olduğu söylenebilecektir. Nitekim tahkim anlaşmasının hukuki niteliği değerlendirilirken, tarafların tahkim anlaşmasının kuruluşu bakımından irade beyanlarının uyuşması ve tahkim anlaşmasının icrası aşaması birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Hakemlerin bir yargılama faaliyeti yürütmesi önemli olmaksızın, tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından borçlar hukuku prensiplerine tabi olduğu

sürdürüleceğini düzenlemişse de, kaynak yine uluslararası düzenlemelerdir. Ulusal veya uluslararası hukuk düzenlemelerine dayandırılmayan bir iradenin, hukuki etkisini kabul etmek zordur. Bununla birlikte, tahkimde irade serbestisi genel kabul gördüğünden, milletlerarası tahkimin hukuki rejimi belirlenirken, irade serbestisinin ulusal hukuk sistemine dayandırılması gerekli değildir. Milletlerarası tahkimin hukuki rejiminin tarafların özgür iradeleri bağlamında düzenlenmediği halde oluşan boşluğun, tahkimin hukuki niteliği ve hakemlerin hukuken sahip olduğu pozisyon dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir. Hakemler yetkilerini tamamen tahkim anlaşmasından almaktadır ve klasik anlamda *lex fori*'leri yoktur. Dolayısıyla hakemler tahkimin özerk/otonom niteliğine dayalı olarak belirledikleri hukuki rejim çerçevesinde, çözmekle görevlendirildikleri milletlerarası nitelikte uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmalıdır (ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 59-62).

¹⁶⁸Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylıca inceleneceği üzere, Fransız mahkemeleri hiçbir ulusal hukuka atıf yapmaksızın tarafların ortak iradeleri bağlamında değerlendirmeler yaparak tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisini kabul etmektedir. Uluslararası ticaretin günümüzde geldiği nokta, tahkim anlaşmalarının varlığı ve geçerliliği tartışmalarını ciddi şekilde etkilemektedir. Tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından istisna olmaktan çıkıp olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmesi ve devlet yargısına alternatif niteliğinden daha üstün konumu da bu çıkarımı doğrulamaktadır. Dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı değerlendirilirken, somut olay kapsamında uluslararası ticari hayatın gerçekleri mutlaka akılda tutulmalıdır.

¹⁶⁹Tahkim anlaşmalarının hem sözleşmesel hem yargısal boyutu olduğu yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu: "Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, s. 3. Bununla birlikte, adil bir karara ulaşmak amacıyla, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmesinin, tahkimin yargısal karakterine ağırlık verildiğini gösterdiği yönünde bkz. YILMAZ, Gizem, Milletlerarası İnşaat Tahkiminde Tarafların ve Sözleşmelerin Çokluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2025, s. 95.

vurgulanmalıdır. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması tartışmalarında tahkimin öne çıkan hukuki vasfı, onun *maddi hukuk* karakteridir. Bununla birlikte, tahkim anlaşmalarının usul hukuku sözleşmesi veya borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından tabi olduğu hükümlerde bir farklılık yaratmadığından, zımni irade beyanının tahkim anlaşmaları bakımından uygulanabilirliği yönündeki tartışmaları etkilememektedir.

Diğer taraftan, hakemler veya mahkemeler tarafından, değerlendirildiği aşamaya göre uluslararası sözleşmeler veya tahkim yeri mevzuatı dikkate alınarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımni olarak seçildiği tespiti, bu hukukun tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine de uygulanması gibi ciddi sonuçlar içeren bir karar sürecidir¹⁷⁰. Tahkim anlaşmasının icrası, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tartışmasını ilgilendirmektedir. Hakemler tarafından icra edilen faaliyetin bir yargılama olması, tahkim anlaşmasını salt bir usul hukuku sözleşmesi olarak *lex fori*'ye tabi kılmıyor olsa da doktrinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerine verilen önemi kısıtlayacağından tahkim anlaşmalarının salt usul hukuku sözleşmesi olarak vasıflandırılmasının tercih edilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷¹. Halbuki bugün nerdeyse tüm tahkim kanunları taraf iradelerine öncelik tanımaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşmalarının salt bir usul hukuku sözleşmesi olarak kabulünde dahi, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku düzenleyen ulusal mevzuatların hukuk seçimi konusunda taraflara irade serbestisi tanınması yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁷⁰Aktarılan teorilerin, özellikle uygulanacak hukuk bakımından tartıştığı temel mesele, daha çok uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk ekseninde şekillenmekte ve tahkim sürecine ilişkin taraflara tanınan irade serbestisinin sınırlarının belirlenmesinde önem taşımaktadır.

¹⁷¹NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 563-564; ERKAN, s. 542-543. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk problemini, tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinden yola çıkarak çözmek yönündeki yaklaşımın, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk sorununu çözmekten ziyade, sorunu, öğretide oldukça tartışmalı olan tahkim anlaşmasının hukuki niteliği sorununa çevireceğinden tercih edilmemesi gerektiği de doktrinde belirtilmektedir (NAZZINI, s. 683; BERNARDINI, s. 199-200). Yine de tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin önemli olduğu, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisinin usuli olduğu, tahkim anlaşmasının usuli sonuçlarına da *lex fori*'nin karar vereceği ve dolayısıyla devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği meselesini, kendi tahkim hukukuna göre inceleyeceği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 79-80.

II. Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

Zımni tahkim iradesinin kabulü, öncelikle tahkim iradesinin zımni niteliğine karar verecek hukukun belirlenmesini gerektirmektedir. Üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesinin tespitine ilişkin değerlendirmeler ile tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin birbirinden farklı hukuki meseleler olduğu görüşünü benimsediğimizden¹⁷², bu bölümde, çalışmamızın kapsamı dışında kalan tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin bir vasıflandırma değerlendirmesi yapılmayacaktır. Bu çerçevede, bu başlık altında, zımni tahkim iradesinin tespitine uygulanacak hukukun ilk basamağı olan vasıflandırma problemi ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitindeki farklar, bu meselenin hakemler ve mahkemeler tarafından belirlenmesi üzerinden ele alınacaktır.

A. Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması

Zımni tahkim iradesine ilişkin değerlendirmeler, öncelikle bu meselenin tahkim anlaşmasının şekli, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti veya tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği kategorilerinden hangisine girdiğinin tespitini gerektirir. Bu ise zımni tahkim iradesinin vasıflandırılmasıyla mümkündür¹⁷³. Bu vasıflandırma, zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmalarının kurulmasını yönetecek hukukun tespitini etkileyeceğinden oldukça önemlidir¹⁷⁴. Böylece tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından yapılacak yoruma ilişkin uygulanacak hukuk konusunda, Türk tahkim mevzuatında açık bir kanuni düzenleme olmadığından, konunun vasıflandırılması suretiyle tahkim anlaşmasının yorumunda uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir¹⁷⁵.

Kanunda, hukuki işleme hayat veren irade beyanlarının, dış dünyaya belirli bir kalıpta yansıtılması öngörülmüşse şekle bağılılıktan söz edilir. Bu kapsamda, MTK m.

¹⁷²Bu iki hukuki kavramın farkına ilişkin detaylı bilgi bkz. “Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁷³ESEN Emre: “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 23, S. 1-2, 2003, s. 382.

¹⁷⁴ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 382.

¹⁷⁵ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 108.

4/2 hükmü, tahkim anlaşmalarının şekli geçerlilik şartlarını, “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*” şeklinde düzenleyerek tahkim anlaşmalarının belirli bir şekle uygun akdedilmesini öngörmüştür¹⁷⁶. Zımnî tahkim iradesi ise doğası gereği yazıllık şartını NYK veya MTK’de ifade edildiği anlamıyla karşılamamaktadır; ancak, varılan bu sonuç bu meselenin sadece *tahkim anlaşmalarının şekli* kapsamında mütalaa edileceği anlamına gelmemektedir¹⁷⁷.

Tahkim anlaşmalarının esası, taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olmasını ilgilendirdiğinden, zımnî tahkim iradesi değerlendirmesinin tahkim anlaşmasının *esas bakımından geçerliliğiyle* ilgisi tartışmasıdır¹⁷⁸. Dolayısıyla zımnî tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının *şekline* değil, *esasına* ilişkin hukuki bir problem teşkil etmektedir. Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının tespit edilmesi, bir maddi geçerlilik sorunu olduğundan¹⁷⁹, tahkim anlaşmalarının subjektif

¹⁷⁶ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 383.

¹⁷⁷Zımnî tahkim iradesiyle akdedilen tahkim anlaşmalarının varlığı halinde, tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazıllık şartına ilişkin yaklaşımımız ve bu şartın tahkim anlaşmalarının zımnî irade beyanıyla kurulması açısından hukuki bir engel teşkil etmeyeceği meselesi, çalışmamızın “*Yazıllık Şartı*” başlığı altında detaylıca incelenecektir.

¹⁷⁸ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 385; ESEN, Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, Haziran 2008, s. 58; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 108. Yazılı şekil şartının bilgilendirici, uyarıcı, içerik belirleyici ve ispat amaçları vardır; ancak, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinde, şekle ilişkin unsurlar belirleyici değildir. Bununla birlikte, bir tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olması için öncelikle şeklen geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla başlangıçta yazılı şekil şartına uygun olarak yapılan bir tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişilerin bağlı kabul edilmesi için bu kişinin yazılı bir beyanda bulunması zorunlu kabul edilmemelidir (ESEN, *Teşmil*, s. 58).

¹⁷⁹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 29; ESEN, *Teşmil*, s. 58; FERRARIO, s. 649. İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim anlaşmalarının kişi bakımından kapsamının belirlenmesini, tahkim anlaşmasının esasıyla ilişkili bir mesele olarak vasıflandırarak, bu hukukun iMÖHK m. 178/2’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralının işaret ettiği hukuka göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 29, dn. 13. Tahkim anlaşmasının tarafları dışındaki kişiler için bağlayıcılığı, tahkim iradesinin varlığı ve geçerliliğiyle ilgili olduğundan, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk uyarınca değerlendirilmelidir (ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, XI, Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s. 68).

kapsamına, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uygulanacaktır¹⁸⁰. Zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının subjektif kapsamını belirlemek için geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetini analiz etmek anlamına geldiğinden, tahkim anlaşmasının subjektif kapsamını belirlemek için başvuru kanunlar ihtilafı kuralları ile tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk aynı değerlendirilmektedir¹⁸¹. Benzer şekilde, tahkim anlaşmalarının yorumlanması da tahkim statüsünde kabul edildiğinden, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılar¹⁸². Zımni tahkim iradesi de taraf iradelerinin yorumu suretiyle tespit edildiğinden, bu açıdan da zımni tahkim iradesinin tespit edilmesi meselesi, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılacak¹⁸³ ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ön plana çıkacaktır¹⁸⁴.

Tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğinin aksine, esasa ilişkin geçerliliği kanunlar ihtilafı analizi gerektirmektedir¹⁸⁵. Tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralları, bu anlaşmanın geçerli olduğu varsayımına dayalı olarak tespit edildiğinden, kanunlar ihtilafı analizinin başlangıç noktası, tahkim anlaşması ve bu anlaşmanın esastan geçerliliğine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesidir¹⁸⁶.

¹⁸⁰ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 115-116; ESEN, *Teşmil*, s. 58; SANDROCK Otto: "Arbitration Agreements and Group of Companies", *The International Lawyer*, C. 27, S. 4, 1993, s. 948.

¹⁸¹LANDBRECHT Johannes/WEHOWSKY Andreas: "Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its "Extension"", *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, Aralık 2017, s. 848-849.

¹⁸²FOUCHARD, Philippe/GAILLARD, Emmanuel/GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration* (eds. GAILLARD Emmanuel/SAVAGE John), The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 421; POUDRET, Jean-François/BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, (Çeviren: BERTİ Stephen V./PONTİ Annette), 2. Baskı, London, Sweet&Maxwell, 2007, s. 256-257; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 489; DEMİRKOL, s. 285.

¹⁸³WOLFF, Reinmar, *Article II, New York Convention Article-by-Article Commentary*, 2. Baskı, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 107; VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, s. 287-290; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 37; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 85, 105; ÖZEL, s. 317; BERGER, s. 322.

¹⁸⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1430.

¹⁸⁵LEW, s. 129; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 85 vd.

¹⁸⁶LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 848-849. Tahkim anlaşmasının taraflar arasında hiç yapılmamış olması sebebiyle, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmediği de söylenebilir; ancak genel yaklaşım, tıpkı MÖHUK m. 32 hükmünde olduğu gibi, bir anlaşmanın varlığı veya geçerliliği konusunda ihtilaf olduğunda, bu sorunun, eğer anlaşma mevcut veya geçerli olsaydı ona uygulanacak hukuk dikkate alınarak çözümlenmesidir (The Supreme Court of the United Kingdom, *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)*, [2021] UKSC 48, 27.10.2021, [supremecourt.uk/prg.27 \(Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group\)](https://supremecourt.uk/prg.27/Kabab-Ji%20Sal%20v.%20Kout%20Food%20Group)).

Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine, “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” şeklinde bir düzenleme içeren MTK m. 4/3 hükmü uygulanmaktadır¹⁸⁷. Bu hükmün uygulama alanı, hakemin yargılama yetkisine itiraz edildiği haller ve iptal davalarıdır¹⁸⁸. Bu hüküm, tahkim yeri Türkiye ise hem devlet mahkemeleri hem de hakem heyetleri tarafından dikkate alınmalıdır¹⁸⁹. Öte yandan, yabancı bir ülkede verilen hakem kararına ilişkin Türkiye’de açılan tenfiz davasında, özellikle üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi sebebiyle, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının aşıldığı iddiası ileri sürülürse, NYK m. V/1-a hükmü uygulanacaktır¹⁹⁰.

Özellikle imzacı olmayan kişilerin tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesi, ulusal mevzuatlarda pek düzenlenmese de Peru Tahkim Kanunu bu konuda kanuni bir düzenleme içermektedir¹⁹¹. İlgili hüküm, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşması içeren esas sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının ilişkili olduğu sözleşmenin müzakeresi, akdi, ifası veya feshi süreçlerinde aktif ve belirleyici katılımın, dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanması suretiyle, tahkim iradesi tespit edilen tarafları kapsadığını düzenlemiştir. Hükmün devamında, esas sözleşmenin hükümleri kapsamında, esas sözleşmeden herhangi bir hak veya menfaat elde etmeye çalışan tarafların da tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla Peru hukukunda, kanunlar ihtilafı analizine başvurmaya gerek kalmadan mesele doğrudan kanunda düzenlenmiştir. Türk tahkim mevzuatında ise bu şekilde bir hüküm mevcut

¹⁸⁷ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 108; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 38.

¹⁸⁸ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 31-32.

¹⁸⁹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 38.

¹⁹⁰ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 31-32.

¹⁹¹“*The arbitration agreement comprises all those whose consent to submit to arbitration is determined in good faith by their active and decisive participation in the negotiation, execution, performance or termination of the contract that contains the arbitration agreement or to which the agreement is related. It also comprises all those who seek to attain any rights or benefits from the contract, pursuant to its terms.*” (Peru Tahkim Kanunu m. 14 hükmünün İngilizce versiyonu için bkz. DRAHOZAL Christopher R.: “Parties and Affected Others: Signatories and Non-signatories to International Arbitration Agreements”, Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. KRÖLL Stefan/BJORKLUND Andrea K./FERRARI Franco), Cambridge University Press, 2023, dn. 28). Teşmil teorileri de dahil olmak üzere, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasına yarayan teorileri birleştiren bir hukuk kuralının varlığının zorunlu hale geldiği ve karşılaştırmalı hukuk alanında bu hedefi sağlayan tek tahkim kanununun Peru Tahkim Kanunu olduğu göz önüne alındığında, bu yasanın diğer ülkelerdeki kanun koyucular tarafından model olarak kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Peru Tahkim Kanunu m. 14 hükmünün uygulanma koşullarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. MATHEUS LÓPEZ Carlos Alberto: “Global Analysis of the Extension of the Arbitration Agreement to Non-signatories, and Proposed Model Norm and Guideline for Standard Use”, International Arbitration: Quo Vadis? (eds. BEAUMONT Ben/FOUCARD Alexis/BRODLIJA Fahira), Kluwer Law International, 2022, s. 98-101.

olmamakla birlikte, çalışmamızda savunduğumuz şekliyle zımni tahkim iradesinin kabul edilmesi halinde bu yönde bir düzenlemeye zaten ihtiyaç olmayacaktır.

Tahkim anlaşmaları, devlet mahkemeleri ve hakem heyetleri tarafından, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre veya otonom bakış açısıyla olmak üzere iki farklı şekilde yorumlanmaktadır¹⁹². Böylece tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı, taraflarca seçilen bir hukuk olmadığı takdirde tahkim yeri hukuku¹⁹³, devlet mahkemelerinin kendi maddi hukuku veya tenfiz ve iptal davası aşamalarında hakem kararı aleyhine hukuki engel teşkil edebilecek potansiyel problemler gözetilmek kaydıyla, direkt olarak sözleşmenin ya da taraf iradelerinin yorumuyla belirlenmektedir¹⁹⁴. Örneğin, üçüncü kişiler bakımından zımni tahkim iradesinin varlığı, somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı bağlamında

¹⁹²Özellikle Fransız hukukunda kabul edilen otonom bakış açısıyla, kanunlar ihtilafı kurallarından faydalanmak suretiyle ulusal bir hukukun tespit edilmesi ve uygulanması yerine, milletlerarası prensipler ışığında tahkim iradeleri yorumlanmaktadır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 106). Fransız mahkemeleri, bir ülkenin maddi hukuk kurallarından ziyade uluslararası kabul görmüş ilkelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanabileceği belirtilmiş ve sınır uluslararası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici hukuk kuralları olarak belirlenmiştir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 230; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 101; BERGER, s. 309; BERNARDINI, s. 202; PEARSON Sabrina: “Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement”, *Arbitration International*, C. 29, S.1, Mart 2013, s. 126). Prensip olarak bu konunun her zaman ulusal hukuka göre çözülmesi gerektiği varsayılrsa da artık tahkim klotlarının geçerliliğini ulusal hukuk alanından çıkaran davalar söz konusu olduğundan, mahkemelerin, hakemlerin ve tarafların, tahkim klotunun tarafların ortak iradelerine, uluslararası ticaretin genel ilke ve teamüllerine tabi olduğunu kabul ettiği yönünde bkz. LEW, s. 122-123. Tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğinin, tahkim iradesi değerlendirmesinde temel alınan otorite bakımından doğurduğu farklı sonuçlara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasına İlişkin Değerlendirmelerde Tahkimin ve Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliğinin Etkisi*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁹³Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı oldukça farklı bağlama noktalarına göre tespit edilebilmekte ise de genel olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olan tahkim yeri hukukunun esas alındığı yönünde bkz. ÖZEL, s. 321-322.

¹⁹⁴ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 115-116. Hakem heyetinin yetkisini belirlerken uygulayacağı hukukun, tahkim anlaşmasına ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceği ve bazı hallerde doğrudan taraf iradelerinin değerlendirebileceği yönünde bkz. GAFFNEY John P.: “The Group of Companies Doctrine and The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, *MEALEY’S International Arbitration Report*, C. 19, S. 6, Haziran 2004, s. 1. Tahkim anlaşmasının kapsamının, bir sözleşme yorumu problemi olarak sözleşme metni, sözleşmenin amacı ve sözleşmeyi çevreleyen koşullar çerçevesinde belirlendiği yönünde bkz. WILSKE, Stephan/FOX, Todd. J., Article II, New York Convention Article- by-Article Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 167. İngiliz hukukunda temel amaç, sözleşme hükümlerini rasyonel bir iş insanı gibi yorumlamaktır. Nitekim *Fiona Trust v. Privalov* kararına göre, tahkim tarafların rızasına ve sözleşmede ifade ettikleri iradelerine bağlıdır; ancak, tarafların kullandıkları kelimelerle ifade etmek istedikleri anlam, ticari arka plan ve sözleşmenin yapılma amacından etkilenmektedir. Özellikle iş insanların, mantıken ticari amaçlarla sözleşmeler yaptığı varsayılmaktadır ve bu amacın anlaşılması, dilin nasıl yorumlanacağını etkilemektedir. Bu nedenle, yorum yapılırken, tahkim klotunun amacının ne olduğunun incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması akdedilmesinin, taraflar arasındaki uyumsuzluklar bakımından uzmanlık, gizlilik veya tarafsızlık sağlanması gibi amaçları olduğu dikkate alındığında, tahkim anlaşmaları bu amaçlar çerçevesinde rasyonel bir iş insanı mantığıyla yorumlanmalıdır (United Kingdom House of Lords, *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov*, [2007] UKHL 40, 17.10.2007, trans-lex.org, prg. 5-13 (*Fiona Trust v. Privalov*)).

değerlendirilmesiyle tespit edilmektedir¹⁹⁵. Özellikle otonom bakış açısıyla tahkim iradesinin yorumlanması, Fransız hukukunda baskın bir uygulamadır¹⁹⁶. Dolayısıyla Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmalarını yorumlarken ve tahkim anlaşmasının taraflarını tespit ederken¹⁹⁷ tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmadan otonom olarak doğrudan uluslararası hukukun genel prensiplerini esas almakta¹⁹⁸ ve başta dürüstlük kuralı olmak üzere hukukun genel prensiplerine başvurmaktadır¹⁹⁹.

Bununla beraber, tahkim anlaşmasının yerel bir hukuk sistemi altında uygulanabilir olması gerektiği şeklinde gerekçelendirilen *Halpern v. Halpern* kararında²⁰⁰ İngiliz mahkemesi, ulusötesi kuralların tahkim anlaşmasına uygulanmasını kabul etmemiştir. Doktrinde de tahkim anlaşmalarına *lex mercatoria* değil; spesifik olarak belirlenen ulusal hukukların uygulanması gerektiği

¹⁹⁵ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 62; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 187.

¹⁹⁶LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 126; NAZZINI, s. 696. “Fransız hukukuna göre, tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve etkinliği, ister esas sözleşmeye uygulanan hukuk ister başka bir hukuk olsun, ulusal hukuk temelinde değerlendirilmek zorunda değildir ve ulusötesi hukuk kurallarına göre belirlenebilir. Bu kapsamda, tahkim yeri Paris olan mevcut uyuşmazlık bakımından, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının ulusötesi hukuka tabi olduğuna karar vermesi mümkündür.” (Bu yönde yapılan değerlendirme için bkz. The Supreme Court of the United Kingdom, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 03.11.2010, supremecourt.uk, prg. 92 (*Dallah v. Pakistan*)). Ulusal içtihatlar gibi resmen bağlayıcı olmamakla birlikte, ulusötesi normlar, farklı hukuk sistemlerinden tarafların makul beklentileriyle uyum sağlayarak uyuşmazlıkların çözümünde rehberlik sağlamaktadır. Nihayetinde bu normlar, uluslararası ticarete pragmatik çözümler sunmaktadır. Hatta bazı hallerde devlet mahkemeleri ve hakemler, en azından bir taraf ulusal hukukun hükümlerinden kurtulmaya çalıştığında, tahkim kloxunun geçerliliğini, ulusötesi normlar kapsamında incelemektedir (PARK William W.: “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press, Ocak 2009, s. 11-12).

¹⁹⁷STUCKI/WITTMER, s. 3.

¹⁹⁸ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 101. Örneğin, uygulanacak hukuka ilişkin olarak hakem heyetlerinin grup şirketler doktrini ulusal hukuktan ziyade *lex mercatoria*’ya dayandığı yönünde bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 844. Fransız hukukunda kabul edilen bu ilkelerin Fransız kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. *Dallah v. Pakistan*, prg. 93. Hakem heyetlerinin, genelde ulusal hukuka dayanmaksızın, somut olayın analiziyle tahkim anlaşmasının kapsamını belirlediği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 552. İmzacı olmayan kişiler bakımından, ulusal hukuk ve uluslararası ilkelerin kümülatif uygulanabileceği yönünde bkz. WAINCYMER, Jeffrey Maurice, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 1. Baskı, Alphen aan den Rijn Netherlands, Kluwer Law International, 2012, s. 536-537.

¹⁹⁹İŞİK, Fatih, *Millîlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, s. 74; BERNARDINI, s. 202.

²⁰⁰*Halpern v. Halpern*, [2006] 2 Lloyd’s Rep 83, Karara ilişkin bilgi için bkz. NAZZINI, s. 694. 4402 sayılı ICC kararında hakem heyeti, hâkim şirketin bağlı şirketinin akdettiği tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı meselesini, *lex mercatoria*’ya, ticari örf ve adet hukukuna, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına veya ICC içtihadına atıf yapmadan doğrudan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlediği İsviçre hukukunu uygulamak suretiyle değerlendirmiştir (*ICC matter no. 4402*, award of March 17th, 1983, reprinted in Sigvard Jarvin & Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1974-1985, at 153-57 (1990), Kararın ilgili kısmına ilişkin bilgi için bkz. SANDROCK, s. 945-946).

belirtilmektedir²⁰¹. Öte yandan, somut olay kapsamında imzacı olmayan kişinin statüsü genelde uygulanmasına karar verilen iç hukuk kapsamında değerlendirilse de, ilgili uluslararası anlaşmalar veya uluslararası hukukun genel ilkelerinin de göz önüne alınması bir gereklilik olarak ifade edilmektedir²⁰². Özellikle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun açık veya zımni olarak seçilmediği hallerde, tarafların ortak iradeleri ve uluslararası hukukun genel prensiplerinin, tahkim iradesi değerlendirmelerinde devreye girebileceği düşünülebilir; ancak, liberal Fransız yaklaşımının aşırılığı gözden kaçırılmamalıdır²⁰³. Nitekim, devlet mahkemeleri nezdinde görülecek olan iptal davaları veya tanıma ve tenfiz davalarında, devlet mahkemeleri kendi *lex fori*'sinin ulusötesi yaklaşıma sahip olmayan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sorunu çözüme kavuşturacağından²⁰⁴, bu prensip ancak devlet mahkemelerinin benzer yaklaşımı sergilemeleri halinde tutarlı olacaktır²⁰⁵. Milletlerarası tahkim hukuku bakımından, sadece Fransız mahkemelerinin liberal duruşu, henüz bu yaklaşımın hakem kararının icrası bakımından sağlıklı sonuçlar doğuracak şekilde uygulanması için yeterli değildir. Bu anlamda, Fransız uygulaması kural değil istisnadır²⁰⁶.

Grup şirketler doktrininin uygulama alanı bulup bulamayacağı da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir²⁰⁷. Bununla

²⁰¹Sandrock, *lex mercatoria*'nın sınırlarının grup şirketler doktrinine destek sağlamak için belirsiz olduğundan hareketle, kanunlar ihtilafı kuralları tarafından tespit edilen ulusal hukukun uygulanmasını savunmaktadır (SANDROCK, s. 947-949, 961). Bununla birlikte, Avrupa Sözleşmesi m. VII hükmünde *lex mercatoria*'nın ulusal hukuklardan üstün değerlendirildiği yönünde bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 112.

²⁰²HOSKING James M.: "Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent", *Arbitration International*, C. 20, S. 3, 2004, s. 296. İsviçre hukukunda, doğrudan uluslararası ilkeler uygulanarak kanunlar ihtilafı analizinden kaçınılamayacağı yönünde bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 858.

²⁰³BERNARDINI, s. 202. Fransız yaklaşımının ulusötesiliğin gereksiz bir abartısı olduğu yönünde bkz. BERGER, s. 310.

²⁰⁴Bunun sebebi, *révision au fond* yasağının, devlet mahkemelerinin hakem heyetlerince tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yaptığı inceleme için kabul edilmemesidir. Dolayısıyla devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku yeniden inceleyip belirleyebilecektir (BERGER, s. 311-312). Devlet mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçerliliğini hakem heyetinin uyguladığı ilkeler ışığında değerlendirmek zorunda da olmadığından, devlet mahkemelerinin ve hakem heyetlerinin tutarsız sonuçlara ulaşabileceği yönünde bkz. LEW, s. 126.

²⁰⁵BERNARDINI, s. 202; NAZZINI, s. 697. Tahkim anlaşmasının subjektif kapsamın belirlenmesi için *anasyonel* kuralların uygulanmasının, ulusal kanunlarda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının Fransız hukukunda olduğu gibi *anasyonel* kurallara atıfta bulunduğu ölçüde kabul edilebileceği yönünde bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 849. Otonom yorum sonucu varılan noktanın, tahkim yeri hukukuyla çelişmesi halinde tahkim yeri hukukunun esas alınması gerektiği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 110.

²⁰⁶BERGER, s. 311.

²⁰⁷Grup şirketler doktrinini somut olaya uygulamak isteyen hakemler, öncelikle bağımsızlık prensibinden başlayarak tahkim anlaşmasına esas sözleşmeden farklı bir hukukun uygulanabileceğini tespit etmektedir. Daha sonra ise tahkim klotunun geçerliliğini ve kapsamını belirlemek için en uygun

birlikte, temel amacı olayın gerçeklerine göre zımni iradeyi ortaya koymak olan grup şirketler doktrininin, uygulamadaki farklılıkları önlemek amacıyla milletlerarası hukuk kuralı olarak kabul edilerek, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanması yönünde bir görüş de mevcuttur²⁰⁸.

B. Zımni Tahkim İradesinin Tespitinde Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği incelemesi, devlet mahkemeleri ya da hakem heyetleri tarafından yargılama öncesi yapılabileceği gibi iptal davası aşamasında ya da hakem kararının tenfizi aşamalarında da yapılabilir²⁰⁹. Aynı durum tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olup olmaması açısından da varittir²¹⁰. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, farklı merciler önünde ve yargılamanın farklı aşamalarında değerlendirme konusu olabilir²¹¹. Bu değerlendirme, hakem heyetleri ve devlet mahkemeleri tarafından farklı şekillerde yapılabilecek²¹² ve uygulanacak hukuk kuralları değişebilecektir²¹³. Zira tahkim anlaşmasının

kuralların uluslararası ticari teamüller, ulusötesi maddi kurallar ve hatta *lex mercatoria* olduğundan hareketle, grubun imzacı olmayan üyeleri dahil olmak üzere, tüm tarafların tahkim yargılamasına başvurma konusunda ortak iradelerini tespit etmektedir ve kararını grup şirketler doktrinine ilişkin daha önceki içtihada atf yaparak vermektedir (BREKOUKAKIS, *Third Party*, s. 166; HANOTIAU Bernard: “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”, International Arbitration 2006: Back to Basics? (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series, Volume 13 (Montreal 2006), Kluwer Law International, 2007, s. 352). *Dow Chemical* kararında hakem heyetlerinin yargı yetkilerini belirlerken, ICC Tahkim Kuralları kapsamında *lex mercatoria*’yı dikkate aldığı ve Fransız mahkemeleri tarafından da bu değerlendirmenin onaylandığı yönünde bkz. GRAVEL Serge/PETERSON Patricia: “French Law and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No.6519 Final Award”, McGill Law Journal, C. 37, S. 2, 1992, s. 518.

²⁰⁸Aksi halde, hakem heyetlerinin sadece milli hukuk kurallarına dayanması halinde, bu doktrinin uygulanma şansı olmayacaktır (YİĞİT Begüm: “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories in International Commercial Arbitration”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 49, S. 66, 2017, s. 78).

²⁰⁹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 86; ERDEM H. Ercüment: “Tahkim Anlaşması”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2017, www.lexpera.com, s. 260.

²¹⁰EKŞİ, *Incorporation*, s. 62.

²¹¹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 20-21. Örneğin, davalı, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine tahkim yargılaması devam ederken hakem heyeti veya devlet mahkemeleri nezdinde itiraz edebilir. Keza davalı, devlet mahkemelerinde açılan bir davada tahkim anlaşması çerçevesinde devlet mahkemesinin yargı yetkisine itiraz edebilir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği incelemesi, geçici tedbir için devlet mahkemelerinin müdahalesi talep edildiğinde, hakem kararına karşı iptal davası açıldığında veya tanıma ve tenfiz davalarında da, devlet mahkemeleri tarafından yapılabilir (LEW, s. 123-124).

²¹²LEW, s. 126.

²¹³BORN Gary: “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 26, 2014, s. 821; MEZA-SALAS Marlon M.: “Importance of the Law Applicable to the Arbitration Agreement in International Commercial Arbitration”, *The Arbitration Brief*, C. 7, S. 1, 2021, heinonline.org, s. 13; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 19; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 109-110; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 490; BERGER, s. 305-307. Hatta tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak, uluslararası anlamda kabul edilmiş ortak bir düzenleme olmadığından, aynı

geçerliliğinin değerlendirildiği aşamaya ve değerlendiren makama bağlı olarak, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları ve maddi hukuk kuralları farklı olabilecektir²¹⁴. Bu belirsizlik, farklı yargılama makamları önünde tutarsız ve yargılamanın tarafları bakımından adaletsiz sonuçlar doğurma riski barındırmaktadır²¹⁵. Benzer şekilde, tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği konusunda benimsenen görüş, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk yaklaşımını etkileyecektir. Dolayısıyla bu konuyu farklı değerlendiren devlet mahkemeleri de, uygulanacak hukuk konusunda birbirinden zıt sonuçlara ulaşabilecektir. Örneğin, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının sözleşmesel nitelikte olduğunu kabul eden görüş benimsendiğinde, irade serbestisi ön plana çıkarken; tahkimin yargısal niteliğinden hareketle tahkim anlaşmalarının usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşü benimsenirse, *lex fori* ön plana çıkacaktır.

Çalışmamız, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine yönelik itirazların zımni tahkim iradesinin mevcudiyeti sebebiyle reddedilmesi gerektiği durumları tespit etmektedir. Zımni tahkim iradesi konusunda, devlet mahkemeleri ve hakemler tarafından farklı değerlendirmeler yapılmasının sebebi de, yukarıda ifade edildiği üzere, bu iki farklı yargılama makamının tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda farklı sonuçlara ulaşma ihtimalinden kaynaklanmaktadır²¹⁶. Nitekim, tahkim anlaşmaları bakımından oldukça liberal değerlendirmeler yapan Fransız mahkemeleri ile Fransız mahkemelerinin yaklaşımının istisna teşkil etmesinden ötürü, icra edilebilir karar verme yükümlülüğüyle bu yaklaşıma mesafeli duran hakem heyetlerinin birbirine zıt sonuçlara ulaşabilecek olması şaşırtıcı değildir.

tahkim anlaşmasının farklı ülkelerde farklı değerlendirilebileceği yönünde bkz. TEKİN, Selin Ece, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, www.lexpera.com, s. 171.

²¹⁴ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 19. Devlet mahkemeleri kararlarını yargı yetkilerini aldıkları hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarına veya maddi hukuk kurallarına dayandırabilecektir; ancak, hakemler karar verme yetkilerini tek bir ulusal yargı sisteminden almamaktadır (PARK, s. 10).

²¹⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 488-489.

²¹⁶Uygulanacak hukukun farklı tespit edilmesinin, tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirmesinde ulaşılacak sonucu doğrudan etkilediği yönünde bkz. YILDIRIM DEVELİOĞLU Burçin: “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Kapsamda İradenin Tespiti”, Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, www.lexpera.com, s. 322. Tahkime bakış açısının, devlet mahkemelerinin tahkim iradesini yorumlamasında doğrudan etkili olması sebebiyle, bu konuda devlet mahkemeleri arasında yorum farklarının ortaya çıktığı ve bu konuda ulusal kanunlarda da farklı çözümler benimsenebildiği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 283.

Bu çerçevede, bu başlık ile ilk olarak tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine yönelik iddiaların hakem heyeti önünde ileri sürülmesi halinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde benimsenen yaklaşımlar aktarılacaktır. İkinci olarak, devlet mahkemelerinin hakem heyetlerine kıyasen daha sınırlı olan değerlendirme imkânlarıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda benimseyebileceği yöntemler, uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuatlar kapsamında aktarılacaktır. Tahkim anlaşması akdetme ehliyeti ve tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği²¹⁷, çalışmamızın “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanının Kabulü Bakımından Maddi Hukuktan ve Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar*” başlığı altında incelendiğinden, bu başlıkta daha çok tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, hakemler ve hâkimler tarafından nasıl değerlendirileceği incelenecektir.

1. Uygulanacak Hukuku Hakemlerin Tespit Etmesi

Tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin iddiaların hakem heyeti önünde değerlendirildiği hallerde, taraflarca ayrıca bir hukuk seçilmemiş olması ihtimalinde, hakem heyeti ilk başta *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca uyuşmazlık konusunda yargılama yetkisini tesis etmek amacıyla tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyecektir²¹⁸. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, şekli geçerlilik, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti ve esas bakımından geçerlilik açısından ayrı ayrı tespit edilecektir²¹⁹.

²¹⁷Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması imkânı, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir hukuki mesele olduğundan, tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olması için öngörülen yazılılık şartı, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulabilmesinin kabul edilmesi önünde hukuki bir engel teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte, zımni tahkim iradesine dayanarak kurulduğuna hükmedilen bir tahkim anlaşması çerçevesinde verilen hakem kararı aleyhine ikame edilecek potansiyel bir tanıma ve tenfiz davası ya da iptal davasında, Türk mahkemelerinin, tanıma ve tenfiz davasında NYK ve iptal davasında MTK hükümleri uyarınca, tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu yönünde bir iddiayla karşı karşıya kalması oldukça muhtemeldir; ancak, bu durum tahkim anlaşmalarının kurulmasındaki iradeye ilişkin bir mesele değil, tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olup olmadığına ilişkin bir meseledir. Hiç şüphesiz, böyle bir meselede hüküm vermek zorunda kalan hâkimin esas alacağı hukuki düzenleme, bu meselenin tahkim itirazı, iptal veya tenfiz aşamalarından hangisinin içerisinde doğduğuna bağlı olarak değişecektir.

²¹⁸ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 21; TEKİN, s. 87; BERGER, s. 306. *Kompetenz-kompetenz* prensibinin ortaya çıkış felsefesine ve gelişime ilişkin detaylı bilgi için bkz. LANDOLT, s. 511 vd.

²¹⁹Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulmadığına ilişkin yapılacak inceleme, “*Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması*” başlığı altında yaptığımız değerlendirmeler uyarınca, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre yapılacaktır.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından, hakem heyetleri, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin iddiaları, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermesini düzenleyen MTK m. 7/H hükmünden hareketle MTK m. 4/2 uyarınca değerlendirmelidir²²⁰. Benzer şekilde tahkim yerinin Türkiye olduğu bir ihtimalde, tahkim anlaşması akdetme ehliyetine ilişkin iddiaların, tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarına göre incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir²²¹. Son olarak, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukukun veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukunun uygulanmasını öngören MTK m. 4/3 hükmünde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği incelemesi bakımından hakem heyetleri tarafından dikkate alınması gerektiği belirtilmelidir²²².

Bununla birlikte, hakemlerin, *lex fori*'leri olmadığı gibi²²³, *kural olarak* NYK hükümlerine uyma zorunlulukları da yoktur²²⁴. Hakemler tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralları ile de bağlı değildir²²⁵. Öte yandan, ülkesellik prensibi nedeniyle, hakem heyetlerinin tahkim yeri mevzuatında yer alan usul hukuku kurallarını uygulama yükümlülüğü altında olduğu belirtilmektedir²²⁶. Bununla birlikte, tahkim

²²⁰ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 26.

²²¹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 31; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72. Zaten hakemlerin, kural olarak bağlı oldukları bir *lex fori*'leri olmadığından, zorunlu olarak tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca ehliyet uygulanacak hukuku tespit edeceklerdir (İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 114; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 627; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 31).

²²²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 31.

²²³BERNARDINI, s. 200; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 21; HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2010, s. 352; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 61; BERGER, s. 306.

²²⁴ESEN, *Teşmil*, s. 66; HUYSAL, s. 352; BERNARDINI, s. 200; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117; EKŞİ *Incorporation*, s. 74-76; BERGER, s. 325. Öte yandan, hakem kararının icra edilebilirliğini sağlamak için hakemlerin NYK kapsamında inceleme yapmasının beklendiği yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117; BERGER, s. 317. 5730 sayılı ICC davasında, NYK hükümlerinin hakem heyetlerince doğrudan uygulanmayacağı belirtildikten sonra "*ciddi nedenler olmaksızın*" NYK kapsamında belirtilen şekli geçerlilik kuralından ayrılmamalarının arzu edilir olduğu vurgulanmıştır (ICC Award No. 5730, Clunet 1990, p. 1033, Karara ilişkin bilgi için bkz. BERGER, s. 325).

²²⁵HUYSAL, s. 351-352; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 234; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 21; SANDROCK, s. 949. Tahkim anlaşmalarının varlığı ve geçerliliğine ilişkin hukuki problemlerin kaynağının özel hukukta aranabileceği; ancak, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yargılama yetkisini bertaraf etmesi gibi usule ilişkin yönleri olduğundan eğer varsa *forumun* emredici kurallarına tabi olduğu yönünde bkz. YEŞİLOVA, s. 110.

²²⁶BERGER, s. 306. Bundan ötürü, tahkim yeri hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin düzenlemeler varsa, bunlara uyulması gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 22. Ülkesellik prensibinin, UNCITRAL Model Kanunu'ndan kaynaklandığı ve tahkim anlaşmalarının şeklinin tahkim yeri hukukuna göre incelenmesini gerektiren bir prensip olduğu yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 116. Ayrıca hakemlerin tahkim

anlaşmalarının şekli geçerliliğine yönelik yapılan itirazlara ilişkin kararların ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler için bağlayıcılığına dair kararların, hakem heyetleri tarafından, tahkim yeri hukukuna göre verilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir²²⁷. Ancak, ulusal tahkim mevzuatlarının çok azı²²⁸, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, hakem heyeti tarafından belirlenmesine yönelik özel kanunlar ihtilafı kuralları içermektedir²²⁹.

Tahkim yeri mevzuatında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun düzenlenmediği bir ihtimalde, *lex fori*'si olmayan hakem heyeti tahkim yerinde yürürlükte olanlar da dâhil olmak üzere, ulusal mevzuatlarda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından ve NYK ile UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenerek kendi kanunlar ihtilafı kurallarını yaratacak ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka karar verecektir²³⁰. Bununla birlikte, hakemler uygun gördüğü kanunlar ihtilafı kurallarına atıfta bulunarak veya herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına atıfta bulunmaksızın da doğrudan uygulanacak hukuku belirleyebilir²³¹. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda hakemlerin doğrudan uygulayabileceği kanunlar ihtilafı kurallarının yokluğu ve hakem heyetinin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü sebebiyle, hakemler tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda farklı yaklaşımlar sergileyebilmektedir²³².

Her ne kadar hakemlerin NYK uyma zorunlulukları olmadığı gibi *lex fori*'lerinin de olmadığı belirtilse bile, hakem heyetleri, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda yapacağı değerlendirmeyi, her zaman kararın icra edilebilirliği ve iptalini engelleme yükümlülüğünü göz önünde bulundurarak yapmalıdır²³³. Nitekim geçersiz

anlaşması akdetme ehliyetini de, tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüme kavuşturması gerektiği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

²²⁷EKŞİ, *Incorporation*, s. 63.

²²⁸Bu konuyu ele alan kanunlar ihtilafı kurallarının, iptal ve tenfiz davalarında devlet mahkemeleri tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesi ekseninde şekillendiği görüşü için bkz. BERGER, s. 306.

²²⁹BERGER, s. 306.

²³⁰BERGER, s. 306. Özellikle, belirli bir tahkim kurumu bünyesinde hakemlik görevini ifa eden hakemlerin, uygulayacakları kanunlar ihtilafı kuralının seçiminde takdir yetkisine sahip oldukları yönünde bkz. SANDROCK, s. 949.

²³¹LEW, s. 136.

²³²LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 124.

²³³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 127; LEW, s. 126-127; ESEN, *Teşmil*, s. 66; EKŞİ, *Incorporation*, s. 74-75. Hakem heyetlerinin icra edilebilir karar verme yükümlülüğüne, ICC Tahkim Kuralları m. 42 ve LCIA Tahkim Kuralları m. 32/2 hükümlerinde olduğu gibi çeşitli tahkim kurumu kurallarında rastlanmaktadır. Hakemlerin, en azından tahkim yerinde yürürlükte olan ve uyulmadığında iptal gerekçesi oluşturabilecek kuralları dikkate alması gerekmektedir (BERNARDINI, s. 200). Türk hukuku açısından hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüklerinin dayanağının vekalet ilişkisini

bir tahkim anlaşmasına dayanarak verilen hakem kararının, NYK kapsamında icra edilmesi mümkün olmamakla birlikte, iptal riski de olacaktır. Hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü ışığında, ihtiyatlı bir hakemin tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili olarak, tahkim yerinde geçerli olan kuralları dikkatle incelemesi gerekmektedir²³⁴. Dolayısıyla NYK gibi dünya çapında kabul gören bir uluslararası sözleşme kapsamında, tahkim yeri ile tenfiz yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği değerlendirilmesinde dikkate alınması, verilecek hakem kararının icra edilebilirliğini kolaylaştıracaktır²³⁵. Bununla birlikte, tahkim yargılaması esnasında tenfiz yeri henüz belirli olmayabilir; ancak, iptal davasının görüleceği devlet mahkemeleri belirli olduğundan, ilgili devlet mahkemelerinin bu konudaki yaklaşımı araştırılarak bir sonuca varılması kararın icra edilebilmesi açısından önemlidir²³⁶. Henüz tahkim yargılaması aşamasındayken tenfiz yeri belirli olmasa bile, borçlunun tüm malvarlığı tek bir ülke topraklarında veya farklı ülke topraklarında olmakla birlikte, bu ülkeler NYK'ye taraf ise, hakemler NYK hükümlerine göre tahkim anlaşmasının geçerliliğinin değerlendirilmesini tercih edebilecektir²³⁷.

Sonuç olarak, hakem heyetleri özellikle tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği değerlendirmesinde devlet mahkemelerine kıyasen daha geniş bir

düzenleyen hükümlerden birisi olan TBK m. 506/2 olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 22. Hakem sözleşmesinin borçlar hukukuna tabi olduğu ve kaynağının vekalet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Baskı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Nisan 2025, s. 31-33. İcra edilebilir karar vermenin ICC hakemleri bakımından bir “görev” teşkil ettiği yönünde bkz. ŞANLI, Cemal, *Hukuki Mütalaalarım*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2016, s. 610-611.

²³⁴CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2000, s. 54; BERNARDINI, s. 203; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 103; LEW, s. 119; YÖNEY Can: “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1* (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, www.lexpera.com, s. 20.

²³⁵ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 22-23, 40. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, tenfiz yeri hukukunun uygulanmasının da düşünülebileceği ve fakat bu ülke tahkim yargılaması sırasında belirli olmadığından bunun her zaman mümkün olmadığı, ancak yine de tahmin edilebilir bir tenfiz ülkesi varsa bu ülke hukukunun dikkate alınması gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 98.

²³⁶ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 103.

²³⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 23. Bu ihtimalde, tahkim anlaşması NYK m. II hükmü gerekliliklerini karşılamıyor olsa da, tahkim yeri kanunu gerekliliklerini karşılıyorsa, hakemler, tenfizin gerekli olup olmayacağına ve nerede olacağına kesin olarak karar veremeyeceğinden, ilgili hukuki uyumsuzluk bakımından yargılama yetkisini kabul etmelidirler (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117; EKŞİ, *Incorporation*, s. 75). Born, NYK'nin tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin hükümlerinin hakem heyetleri üzerinde bağlayıcı olduğu düşüncesindedir. Yazara göre, hakem heyetlerince ve devlet mahkemelerince farklı standartların uygulanması çelişkili kararlar doğurma riski taşımaktadır (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 667).

değerlendirme alanına sahiptir²³⁸. Tahkim uygulamasında hakemler, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku, (i) tahkim yeri hukuku, (ii) esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, (iii) taraflarca seçilen tahkim kurumunun kuralları ve (iv) sözleşmeler hukukunda milletlerarası kabul gören prensiplerin uygulanması gibi dört farklı yaklaşım ile tespit etmektedir²³⁹. Zımni hukuk seçimi tartışmaları bakımından, özellikle, tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımları önem arz ettiğinden, çalışmamızın ikinci bölümünde yapılacak incelemeler bu kapsam ile sınırlı olacaktır.

2. Uygulanacak Hukuku Mahkemelerin Tespit Etmesi

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun devlet mahkemeleri tarafından belirleneceği çok çeşitli durumlarda, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği tartışma konusu yapılabilir. Bu durumlara, devlet mahkemesinde dava açılması halinde tahkim ilk itirazında bulunulması, tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin mahkemede tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik ayrı bir dava açması, taraflardan birinin tahkim yeri veya başka yerdeki tahkim mevzuatı uyarınca devlet mahkemesinden tedbir talebinde bulunması, hakem kararı aleyhine iptal davası açılması veya hakem kararının tenfizinin talep edilmesi gibi haller örnek verilebilir²⁴⁰.

Yapılabilecek bu potansiyel başvurular kapsamında, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin incelenebilmesi için öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak

²³⁸ESEN, *Teşmil*, s. 67.

²³⁹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 102-103. Bu dört yaklaşımın tahkim yeri hukuku, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, *anasyonel* yaklaşım ve geçerlilik yaklaşımı olduğu yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 283. Hakemler tarafından tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk belirlenirken uygulanan alternatif kanunlar ihtilafı kuralları arasında, tahkim anlaşmasının kurulduğu yer hukukunun ve tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı olduğu hukukun uygulanması şeklinde başka yaklaşımların da olduğu yönünde bkz. LEW, s. 140. Tahkim yeri ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuka ek olarak, hakem heyetlerinin genel hukuk ilkeleri ve milletlerarası ticari teamülleri de uygulayarak tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini inceleyebileceği yönünde bkz. BERNARDINI, s. 201. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda tahkim yeri hukuku ve *lex contractus* arasındaki tartışma belirsizliğe yol açmaktadır. Nitekim, Anglo-Amerikan hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk istikrarlı olarak tahkim yeri hukuku iken; Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler bakımından aynı yorum yapılamayacaktır (ABOLAFIA Luis Bravo: “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, ASA Bulletin (ed. SCHERER Matthias), C. 37, S. 1, Kluwer Law International, 2019, s. 71-78).

²⁴⁰EKŞİ, *Incorporation*, s. 62; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 20; TEKİN, s. 125; BERNARDINI, s. 200; YÖNEY, s. 19-20; PARK, s. 9. Örneğin, Alman tahkim hukuku kapsamında, taraflardan birinin Alman Medeni Usul Kanunu m. 1032/2 hükmü uyarınca, hakem heyetinin teşkilinden önce, tahkim anlaşmasının kabul edilebilirliği konusunda devlet mahkemelerinden karar talep etmesi halinde, Alman mahkemelerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemesi gerekebilir (BERGER, s. 306).

hukukun tespiti gerekmektedir. Baştan belirtmek gerekir ki, hakemlerin yetkilerine ilişkin verdikleri karara ilişkin olarak son söz devlet mahkemelerinde olduğundan, devlet mahkemelerinin bu konuda hakemlerden farklı bir karar vermesi her zaman mümkündür²⁴¹. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tıpkı hakemler gibi hâkimler tarafından da şekli geçerlilik, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti ve esas bakımından geçerlilik açısından ayrı ayrı tespit edilecektir²⁴².

Hakem heyetleri ile devlet mahkemelerinin en büyük farkı, devlet mahkemelerinin *lex fori*'lerinin olması ve *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmalarıdır²⁴³. Diğer yandan, devlet mahkemelerinin *forum shopping*²⁴⁴ etkisinden kaçmak amacıyla, NYK ve Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerde yeknesak bir şekilde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yükümlülüğü de bulunmaktadır²⁴⁵.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, tahkim ilk itirazı halinde veya iptal davalarında, devlet mahkemeleri MTK m. 4/2 hükmü uyarınca tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğini inceleyecektir²⁴⁶. Yine tahkim yeri Türkiye ise açılan iptal davasında, tahkim anlaşması akdetme ehliyetinin yokluğu şeklinde bir iptal sebebi ileri sürüldüğünde, Türk hâkimi, fiil ehliyetine ilişkin Türk kanunlar ihtilafı

²⁴¹EKŞİ, *Incorporation*, s. 65-66; NOMER Ergin: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve “Görev Belgesi”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2, 2013, s. 10.

²⁴²Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulmadığına ilişkin yapılacak inceleme, “*Zımni Tahkim İradesinin Vasıflandırılması*” başlığı altında yaptığımız değerlendirmeler uyarınca, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre yapılacaktır.

²⁴³LEW, s. 136; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 114; BERGER, s. 307. Bu durumun *forum shopping* etkisine sebep olduğu yönünde bkz. ERDEM, H. Ercüment, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2024, s. 652. *Lex fori* ile maddi uluslararası özel hukuk kurallarının da uygulanacağı yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 20-21.

²⁴⁴*Forum shopping* olarak adlandırılan kavram, davacının birden fazla yetkili yabancı mahkeme arasından münhasıran kendi lehine en avantajlı olanı seçmesidir (ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2024, s. 469; NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 498).

²⁴⁵Hem NYK'nin hem de Avrupa Sözleşmesi'nin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ve tahkim anlaşmasının şekline doğrudan uygulanacak bir maddi hukuk kuralı içerdiği yönünde bkz. BERGER, s. 307. Doğrudan uygulanan maddi bir hukuk kuralının olmaması halinde, devlet mahkemelerinin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit etmesi gerektiği yönünde bkz. TEKİN, s. 171.

²⁴⁶ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 26. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği bakımından çoğu ulusal hukukun, büyük ölçüde NYK ve UNCITRAL Model Kanunu'ndan etkilendiği yönünde bkz. LEW, s. 129, 131. Öte yandan, MÖHUK kapsamında düzenlenen tenfiz şartlarında tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemektedir (ÖZEL, s. 308).

kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözecektir²⁴⁷. Aynı şekilde, tenfiz davalarında uygulanacak olan NYK m. V/1-a hükmüne göre de, tahkim anlaşması bakımından ehliyet meselesine uygulanacak hukuk, tenfiz mahkemesinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecektir²⁴⁸. Avrupa Sözleşmesi uygulanacaksa da, tahkim anlaşması akdetme ehliyetine, tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyen devlet mahkemeleri, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalıdır²⁴⁹. Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği Türk mahkemelerinde incelenirken de, MTK m. 4/3 hükmünde yer alan kanunlar ihtilafı kuralına göre uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilecektir²⁵⁰. Bu kapsamda, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı halde, Türk mahkemelerinde görülen tahkim anlaşmasının iptali davalarında, MTK m. 4/3 hükmü uyarınca, doğrudan Türk hukuku uygulanacaktır²⁵¹.

MTK m. 4/3 hükmünde²⁵² olduğu gibi, ulusal kanunlarda da, genel olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla, kanunlar ihtilafı

²⁴⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 30.

²⁴⁸LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117-118; WILSKE, Stephan/FOX, Todd. J., Article V, New York Convention Article- by-Article Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 285; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 32; ÖZEL, s. 309; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 106; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 410; AKINCI, *Tenfiz*, s. 116. Tahkim anlaşması akdetme ehliyetine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını belirleme görevi ulusal hukuklara bırakılmıştır. NYK m. V/1-a hükmü ehliyet ve esas geçerlilik bakımından farklı kanunlar ihtilafı analizi öngörmüştür. Zira ilgili hüküm bu iki konu için iki ayrı kanunlar ihtilafı kuralına atıf yapmaktadır. NYK m. V/1-a hükmünde yer alan ibare açıkça bir tarafın milli hukukuna atıfta bulunmaktadır ve bu hukuk da bir şirketin kuruluş yeri hukuku veya bir gerçek kişinin ikametgâh ya da vatandaşlık devleti hukuku olabilecektir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 626).

²⁴⁹AKINCI, *Tenfiz*, s. 117.

²⁵⁰ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 38.

²⁵¹AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 527-528.

²⁵²MTK'nin uygulandığı ama tahkim yerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlıklar bakımından, MTK m. 4/3 hükmü kapsamında, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı halde, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği, madde lafzından açıkça anlaşıldığı üzere doğrudan Türk hukuku kapsamında yapılmaktadır. Dolayısıyla tahkim yeri hukukuna göre geçerli olabilecek anlaşma, Türk hukukuna göre geçersiz kılınabilecek ya da tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olabilecek anlaşma Türk hukukuna göre geçerli kabul edilebilecektir (IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 99-100). Tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan birinin devlet mahkemelerinde dava açması halinde, tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine hangi hukuku uygulayacağı konusunda kanunda bir boşluk mevcuttur ve bu boşluk MTK m. 4/3 hükmü ile doldurulmalıdır (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 323-324; ŞANLI, s. 916-917). Öte yandan, MTK m. 4/3 hükmünün uygulanmasının kanun koyucunun iradesini aştığı ve NYK m. V/1-a hükmünün uygulanmasıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği ile tanıma ve tenfiz süreçlerinde farklı hukukun uygulanması riskinin önüne geçileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla MTK m. 1/2 hükmü kapsamında MTK'nin uygulama alanı belirlendiğinden ve tek istisnası da m. 1/3 kapsamında öngörüldüğünden MTK m. 5 ve 6 hükümleri haricinde, tahkim yerinin Türkiye olmadığı durumlarda MTK'nin uygulanamayacağı kabul edilmelidir (YÖNEY, s. 23, 27-28). MTK kapsamında doğrudan Türk hukukunun uygulanacağı öngörüsü, MTK'nin tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklara uygulanacağı ve tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağı mantığına dayanmaktadır. Fakat Türkiye

dışında bir tahkim yerinin seçilmesi halinde, MTK m. 4/3 hükmü kapsamında Türk hukukunun uygulanması kanunun amacına aykırıdır. Bu sebeple, MÖHUK m. 62/1-e hükmü kapsamında düzenlenen kuralın, tahkim ilk itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanabileceği belirtilmektedir (AYDIN Esen: “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-4 (eds. AKINCI Ziya/DEMİRKOL Berk), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2021, www.lexpera.com, s. 20, 23). Şit Köşgeroğlu, tahkim yerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlıklarda MTK m. 4/3 hükmünün uygulanmayacağı, problemin Türkiye’nin taraf olduğu NYK ve Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası anlaşmalarla çözümlenmesi gerektiği ve nihai olarak tarafların hukuk seçmemesi halinde, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşündedir. NYK m. II/3 hükmü uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği incelemesinin, NYK m. V/1-a hükmü uygulanarak tespit edilen hukuka göre yapılması da, taraflarca hukuk seçilmeyen hallerde tahkim yeri hukukunun doğal olarak uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla evrensel bir çözüm haline gelen tahkim yeri hukukuna başvuru imkânı neticesinde, ister MTK kapsamında olsun isterse olmasın tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin Türk mahkemeleri nezdinde tartışıldığı her durumda Türk hukukunun uygulanacağı algısı ortadan kalkacaktır. MÖHUK m. 24 uyarınca, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ihtimali ise, tahkim yeri belirlenmemişse, Avrupa Sözleşmesi m. VI/2 hükmü gözetilerek mümkün kabul edilebilecektir. Yazara göre, tahkim yeri Türkiye olmasa bile, MTK’nin uygulanmasının taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmış olması halinde yine, MTK m. 4/3 hükmü uygulanmamalıdır ve taraflarca seçilmeyen tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukuku olmalıdır. Dolayısıyla, Türk hâkimi NYK m. II/3 ve m. V/1-a hükümleri uyarınca, taraflar hukuk seçmemişse tahkim yeri hukukunu uygulamalıdır. Başka devletlerin tahkim kanunlarında da MTK m. 1 ile paralel düzenlemeler öngörmesi ve MTK m. 4/3 hükmünün lafzi anlamıyla sınırlı uygulanması halinde, tahkim yeri hukuku ve Türk hukuku kapsamında aynı tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin farklı sonuçlara ulaşmasını engellemek adına, tahkim yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın yeknesak bir kural olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, tahkim yeri Türkiye olmaksızın sadece MTK’nin uygulanmasının taraflar veya hakemlerce kararlaştırılması halinde, MTK’nin “*lex arbitri olarak*” kapsamı dışında kalan bir tahkim anlaşması söz konusu olduğundan, NYK hükümleri uyarınca tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. MTK’nin usule uygulanmak üzere seçilmesi, tahkim yerinin belirlenmemiş olması ve *ad hoc* tahkimin tercih edilmiş olması ihtimalinde, hakemler atanmadan tahkim yeri de belirlenemeyeceğinden, devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemesi gerekiyorsa, yine MTK m. 4/3 uygulanmamalı ve NYK m. II/3 ve V/1-a hükmü uyarınca durum değerlendirilmeli; ancak, tahkim yeri belirlenmediğinden, oluşan boşluk, Avrupa Sözleşmesi m. VI/2’de de öngörüldüğü üzere, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurularak doldurulmalıdır (ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu: “Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin, C. 44, S. 2, 2024, s. 547-549). Tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve tahkim prosedürü için MTK hükümlerinin uygulanmasının taraflarca seçilmediği bir durumda, Türk mahkemelerinde açılan davada tahkim ilk itirazı değerlendirmesine uygulanacak hukuk, NYK m. V/1-a hükmünün kıyasen uygulanmasıyla tespit edilmelidir. Bununla birlikte, Türkiye NYK’ye çekince koyarak taraf olduğundan, tahkim yeri NYK’ye taraf olmayan bir ülke ise, tahkim anlaşmasının esasına MÖHUK m. 62/1-e hükmü kıyasen uygulanarak tahkim yeri hukukunca problem çözümlenmelidir. Eğer, taraflar tahkim yerini seçmemişse, MTK m. 4/3 kıyasen uygulanmalıdır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 97-100). MTK’nin uygulama alanı bulmadığı ihtimalde, Türk mahkemeleri tarafından MTK m. 4 hükmünün uygulanamayacağı ve NYK m. II/3 hükmü kapsamında değerlendirme yapılacağı yönünde bkz. SARIOZ BÜYÜKALP A. İpek: “Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının “Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları”, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 2025-2026. Buna göre aynı yazar, MTK’nin uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde, MÖHUK m. 24/4 hükmünün uygulanması gerektiğini ve tahkim anlaşmaları bakımından karakteristik edim borçlusu olmadığından tahkim anlaşmasıyla en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2028-2031).

kuralı öngörülmektedir²⁵³. Bununla birlikte, MTK'den farklı olarak²⁵⁴ İsveç Tahkim Kanunu²⁵⁵, tahkim anlaşmasının değerlendirildiği aşama önemli olmaksızın, İsveç mahkemelerinin aynı kriterler kapsamında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemesine imkân verecek şekilde düzenlenmiştir²⁵⁶. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini düzenleyen²⁵⁷ iMÖHK m. 178/2 hükmü de, “*tahkim anlaşması, taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka yahut İsviçre hukukuna uygun ise geçerlidir*” demek suretiyle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku düzenlemektedir²⁵⁸. UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a-i hükmü ise tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku iptal davaları bakımından, taraflarca seçim yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukuku olarak belirlemiştir²⁵⁹ ve devlet mahkemeleri bu konuda uygulanacak maddi hukuku, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edecektir²⁶⁰.

²⁵³NAZZINI, s. 685. Öte yandan, çoğu ulusal kanunun aksine MTK m. 4/3 hükmü kapsamında bu konuda bir düzenleme öngördüğü yönünde bkz. YÖNEY, s. 23. Tahkim kanunlarının çok azının, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, hakem heyeti tarafından belirlenmesine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralı içerdiği yönünde bkz. BERGER, s. 306.

²⁵⁴Türk hukukundan farklı olarak doğrudan bir ülke hukuku belirlemekten ziyade, yakın bağlantılı ülke hukukuna atıf yapıldığı yönünde bkz. IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 100.

²⁵⁵“*If an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties' agreement, the arbitration had or shall have its seat.*” (İlgili kanun maddesinin İngilizce versiyonu için bkz. https://sccarbitrationinstitute.se/wp-content/uploads/2024/12/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf)

²⁵⁶LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 119-120; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 97.

²⁵⁷KARRER Pierre A.: “The Law Applicable to The Arbitration Agreement A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel”, *Singapore Academy of Law Journal*, C. 26, Özel Sayı, 2014, heinonline.org, s. 851; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 100.

²⁵⁸İlgili hükmün resmî İngilizce versiyonu için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en. İspanya ve Cezayir tahkim kanunlarının da benzer düzenlemeler öngördüğü yönünde bkz. PEARSON, s. 125; BORN, s. 838; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 100. İsviçre hukukunun getirilen bu hüküm ile *in favorem validatis* prensibini temsil ettiği yönünde bkz. BERNARDINI, s. 202. Tarafların seçtiği hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ya da İsviçre hukuku, arasında herhangi bir hiyerarşi olmadığı ve tahkim anlaşmasının bu üç hukuktan biri uyarınca geçerli olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/RIGOZZI, Antonio, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, United Kingdom*: Oxford University Press, Ekim 2015, s. 149. Bu hükmün, esas sözleşmenin uygulanacak hukuk uyarınca geçerli olduğu ve fakat tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku uyarınca geçersiz olduğu ihtimalde dahi tahkimi mümkün kıldığı ve tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuk uyarınca tahkim anlaşması geçersiz olsa bile, bu durumun tahkim anlaşmasının geçerliliği için diğer hukuklara göre inceleme yapılmasını engellemediği yönünde bkz. KARRER, s. 858-859.

²⁵⁹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 103; TEKİN, s. 167.

²⁶⁰BERNARDINI, s. 200; TEKİN, s. 67. “*Zira hakemlerin tahkimin tabi olduğu hukuk ile yani lex arbitri ile bağlı oldukları kabul edilir. Lex arbitri kavramının çoğunlukla tahkim yerini işaret ettiği kabul edilmektedir.*” (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 62; TEKİN, s. 67).

NYK, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini belirleyen hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı ve ayrıca şekle ilişkin doğrudan uygulanabilir bir maddi hukuk kuralı içermektedir²⁶¹. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme içeren NYK m. V/1-a hükmü, hakem kararının tenfizi aşamasına ilişkin olduğundan, devlet mahkemeleri tarafından hakem kararı öncesi aşamada bu hükmün dikkate alınıp alınamayacağı tartışmalıdır²⁶². Nitekim hakem kararı öncesi ve sonrasındaki aşamalarda, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği bakımından farklı hukuki kriterlerin uygulanması, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin incelendiği aşamaya bağlı olarak, aynı ülkenin mahkemeleri tarafından dahi farklı değerlendirilme tehlikesini beraberinde getirmektedir²⁶³. Bir görüşe göre, NYK m. V/1-a hükmü devlet mahkemelerince karar öncesi aşamada da uygulanmalıdır²⁶⁴. Diğer bir görüşe göre ise hakem kararı öncesi aşamada devlet mahkemeleri tarafından tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin incelemeler, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yapılmalıdır²⁶⁵. Son olarak, hakem kararı verilmeden önceki bir aşamada, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini incelemek durumunda kalan devlet mahkemelerinin *prima facie* inceleme yapması gerektiğini kabul eden *Özel*, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin devlet mahkemeleri tarafından incelenmeden hakeme sevk

²⁶¹BERGER, s. 307.

²⁶²Aynı tartışmanın sadece iptal aşamasını düzenleyen UNCITRAL Model Kanunu m. 34 ve m. 36 hükümleri için de yapıldığı yönünde bkz. BERGER, s. 308. Öte yandan, NYK'nin sadece tanıma ve tenfizi değil; tahkim anlaşmalarının icrasını da düzenlediği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 76-77.

²⁶³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 110. Tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirleyen hukukun, problemin hakem kararı verilmeden önce mi yoksa sonra mı gündeme geldiğine bağlı olarak farklılık göstermesi mantıksızdır ve her iki durumda da aynı hukuk uygulanmalıdır (*Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 35).

²⁶⁴BERGER, s. 317. NYK m. V/1-a hükmünde, tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kurallar, sadece hakem kararının tenfiziyle bağlantılı olarak düzenlense de, hâkim görüşün bu kuralların kıyasen hakem kararı verilmesinden önceki aşamaya da uygulanacağı yönünde olduğuna ilişkin bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 169. NYK m. V/1-a hükmünde yer alan kanunlar ihtilafı kuralının, devlet mahkemelerinin NYK m. II/3 hükmü uyarınca, tarafları tahkime sevk edip etmemeyi değerlendirdiği aşamada da uygulanması gerektiği yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 170. *Bernardini*'ye göre, NYK m. II/3 kapsamında işaret edilen hukuk ile m. V/1-a kapsamında işaret edilen hukuk birbirinden farklıdır ve ilki tenfiz aşaması ile ilgili değildir (BERNARDINI, s. 200). NYK m. II/1 ve NYK m. V/1-a hükümlerinin, tenfiz öncesi aşamada da uygulanabileceği yönünde bkz. ÜLGNER, s. 606. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemelerinde dava açılması halinde, bu aşamaya ilişkin olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği ülkelerde, tenfiz ve iptal mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemek için dayandığı hukuk kurallarının, hakem kararı öncesi süreç bakımından da rehberlik edebileceği yönünde bkz. TEKİN, s. 173, 177.

²⁶⁵ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 20; BERGER, s. 307. Hakem yargılaması öncesinde, devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasını inceliyorsa, tahkim anlaşmasının geçersizliğini belirlemek için *lex fori* uygulanmalı ve fakat tenfiz aşamasında inceliyorsa, NYK m. V/1-a hükmü uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmelidir. İptal davası söz konusu ise, devlet mahkemeleri bu konuda uygulanacak maddi hukuku belirlemek için *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalıdır (BERNARDINI, s. 200).

edilmesi gerektiği sebebiyle, hakem kararı öncesi aşamada devlet mahkemeleri tarafından yapılan incelemelerde, tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun önemini yitirdiğini belirtmektedir²⁶⁶.

Tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuku tespit eden NYK m. V/1-a hükmünün yanı sıra, NYK'de yer alan tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemelerin, devlet mahkemeleri tarafından hakem kararı öncesi aşamada dikkate alınıp alınmayacağı da tartışmalıdır. Nitekim tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, tahkim anlaşmasının tanınmasını düzenleyen²⁶⁷ NYK m. II/3 hükmünün uygulama alanı bulduğu aşamada da sorgulanabilir²⁶⁸. Tahkim anlaşmalarının şeklini düzenleyen NYK m. II hükmünün, lafzı ve amacından hareketle, hakem kararı öncesi ve sonrası aşamalarında uygulama alanına sahip olduğu ileri sürülmektedir²⁶⁹. Tanıma ve tenfiz davasında, davacının davasını ikame ederken tahkim anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini sunmasını öngören NYK m. IV/1-b hükmü²⁷⁰, sadece ispatla alakalı olup NYK m. V/1-a hükmü de NYK m. II hükmüne açıkça atıf yaptığından, NYK metnine göre de aksi yönde bir sonuca ulaşılmamaktadır²⁷¹. Dolayısıyla, NYK kapsamında yer alan şekle ilişkin düzenlemeler, tanıma ve tenfiz davaları haricinde, tahkim yerinin Türkiye dışında ve NYK'ye taraf bir ülke olarak belirlendiği geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, Türk mahkemelerinde ikame edilen davalarda ileri sürülen tahkim ilk itirazı kapsamında, NYK m. II/3 hükmü sebebiyle dikkate alınmalıdır²⁷². Bir başka görüşe

²⁶⁶ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 94-96.

²⁶⁷SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2028.

²⁶⁸NYK m. II/1 ve II/3 hükümlerinde düzenlenen şekil şartının, tahkim anlaşmasının icrası aşamasına ilişkin olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 665. Diğer bir ifadeyle, taraflardan birinin devlet mahkemelerinden uyuşmazlığı tahkime sevk etmesini talep etmesi halinde bu hüküm uygulanmaktadır.

²⁶⁹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 666.

²⁷⁰*Eddie Javor v. Luke Francoeur* kararında mahkeme, tahkim yargılamasına başvurmanın sözleşmeden doğan bir yükümlülük olduğunu, NYK m. II hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasının taraflarının yazılı anlaşmanın tarafları olduğunu ve sözleşmede imzası olan kimseler olması gerektiğini, mahkemenin imzacı tarafları ve tahkim klotunun esas sözleşmedeki varlığını tespit etmesi gerektiğinden tahkim anlaşmasının orijinali veya onaylı kopyasının sunulması gerektiğini belirterek, hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir (The Supreme Court of British Columbia, *Eddie Javor v. Luke Francoeur*, 2003 BCSC 350, Canadian Legal Information Institute, 06.03.2003, newyorkconvention.org). Bununla birlikte, hakem kararının tenfizi aşamasında tahkim anlaşmasının örneğinin dosyaya sunulması gerektiği ve fakat tarafların tahkim yargılaması sürecindeki belgelere dayanarak, bu şartı dolaylı yoldan yerine getirmesinin de yeterli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. BERGER, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Deventer Netherlands; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, s. 140.

²⁷¹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 666.

²⁷²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 24. Nitekim NYK m. V/1-a hükmü kapsamında açıkça NYK m. II hükmüne de atıf yapıldığı yönünde bkz. BORN, *International Commercial*

göre, tenfiz aşamasından bağımsız, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemelerinde ikame edilen davalarda yapılan tahkim ilk itirazını inceleyecek devlet mahkemesi, bu incelemeyi kendi hukukunun tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenlemelerine göre yapabilecektir²⁷³.

Son olarak, NYK m. II hükmünün sadece tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini düzenlerken, NYK m. V hükmünün de sadece tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini düzenlediği unutulmamalıdır²⁷⁴. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanmayacaktır²⁷⁵. Nitekim tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmesi, NYK m. II hükmünün uygulanmasına engel kabul edilmemektedir²⁷⁶.

Hakem kararı sonrası ikame edilecek olan tenfiz davalarında tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, NYK m. V/1-a hükmü kapsamında²⁷⁷, taraflarca hukuk seçilmediği halde tahkim yeri hukukuna göre karara bağlanacaktır²⁷⁸. Bir diğer

Arbitration, s. 666. NYK'nin m. II/1 ve m. V/1-a hükümlerinin tenfiz öncesi aşamada da uygulanabileceği yönünde bkz. ÜLGNER, s. 606. Tanıma ve tenfiz davası aşamasında, NYK m. II hükmünün uygulanmayacağına da düşünüldüğü yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 665, dn. 170.

²⁷³EKŞİ, *Incorporation*, s. 65. Bu kapsamda, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin önemli olduğu, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisinin usuli olduğu, tahkim anlaşmasının usuli sonuçlarına da *lex fori*'nin karar vereceği ve dolayısıyla devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliği meselesini kendi tahkim hukukuna göre inceleyeceği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 79-80.

²⁷⁴EKŞİ, *Incorporation*, s. 161; AKINCI, *Tenfiz*, s. 119, dn. 406.

²⁷⁵AKINCI, *Tenfiz*, s. 119-120; WOLFF, *Article II*, s. 107, 151; TANRIKULU, Mehmet Ali, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Bir Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2025, s. 109-111. NYK m. II hükmünde öngörülen şekil şartlarının, NYK m. V/1-a kapsamında atıfta bulunan hukukun öngördüğü şekil şartlarına kıyasen önce uygulanacağı yönünde bkz. NACIMIENTO Patricia: "Article V(1)(a)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (eds. KRONKE Herbert/NACIMIENTO Patricia/OTTO Dirk/PORT Nicola Christine), Kluwer Law International, 2010, s. 226.

²⁷⁶BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 669. NYK kapsamında tahkim anlaşmasının şekli özel olarak düzenlendiğinden, şekil şartının bu kapsamda incelenmesi gerektiği ve ilgili hüküm uyarınca şekil şartı sağlanmıyorsa, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre geçerli tahkim anlaşmasının varlığının önemsiz olduğu ve buna göre verilecek hakem kararının tenfizinin reddedilebileceği yönünde bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 247.

²⁷⁷Devlet mahkemelerinin, kendi iç hukuku yerine NYK'yi uygulaması için ilgili mahkemenin devletinin bu sözleşmeyi onaylamış olması ve mahkemenin çözümleyeceği hukuki problemin NYK'nin kapsamına girmesi gerekmektedir (BERGER, s. 307). NYK'de benimsenen esaslar, NYK kapsamında olmayan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacak olan MÖHUK m. 62/1-e hükmünde de benimsenmiştir. Nitekim NYK'nin uygulama alanına girenler NYK'ye göre, NYK kapsamı dışında kalan ve yerli olmayan hakem kararları ise MÖHUK'a göre tenfiz edilecektir (AKINCI, *Tenfiz*, s. 109).

²⁷⁸ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 104.

görüş ise, tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiğini ifade etmektedir²⁷⁹. Bir görüşe göre, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak, MTK ve Avrupa Sözleşmesi'nde tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olması iptal sebebi olarak düzenlenmemişse de, hakem kararlarının NYK kapsamında tenfizi aşamasında tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazlar yapılabileceği belirtilmektedir²⁸⁰. Tahkim anlaşmalarının şekli, ulusal ve uluslararası mevzuatta özel olarak düzenlendiğinden bu konuda yapılacak incelemelerde kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tayin edilmemektedir²⁸¹.

III. Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Kavramı

Tahkim, taraflarına tanınan irade serbestisinin yarattığı avantajlar sayesinde gelişerek bugünkü konumuna erişmiştir. Tahkime ilişkin taraflara tanınan irade serbestisinin kapsamı ve sınırları, tahkim yargılamasına ve tahkim iradesine bakış açısını etkilemektedir. Bununla birlikte, her ne kadar karşılaştırmalı hukukta yapılan değerlendirmelerin ve verilen örneklerin benzeştiği görülse de, çalışmamızda tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması tartışmaları Türk hukuku kapsamında ele alınacaktır. Bu anlamda, sözleşmelerin dahil olduğu borçlar hukukunda, irade serbestisi prensibi egemen olduğundan²⁸², tahkim anlaşmalarının kurulmasında da irade serbestisi prensibi geçerlidir. Zira irade serbestisi prensibi, kişilerin başkalarıyla ilişkilerini ve bu ilişkilerdeki hukuki durumlarını, kendi hür iradeleri doğrultusunda

²⁷⁹BERGER, s. 310. Bunun tek istisnasının doğrudan uygulanan bir maddi hukuk kuralının mevcut olması hali olduğu yönünde bkz. TEKİN, s. 170-171.

²⁸⁰EKŞİ'ye göre, hakem kararları aleyhine açılan iptal davalarında ne Avrupa Sözleşmesi ne de MTK uyarınca, şekli geçersizlik ileri sürülemez. Nitekim, MTK m. 15/A/1-a ve Avrupa Sözleşmesi m. IX/1-a hükümlerinde esasa ilişkin geçerlilik düzenlenmiştir (EKŞİ, *Incorporation*, s. 64-65, 68-70). Öte yandan, tahkim anlaşmasının MTK'de öngörülen şekilde akdedilmediği iddiasıyla iptal davası ikame edilebileceği şeklindeki aksi görüş için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 67, dn. 104.

²⁸¹NYK kapsamına giren bir tenfiz davasında ve tahkim anlaşmasının şekline ilişkin bir uyuşmazlık halinde, ulusal mevzuatların uygulanmadan doğrudan NYK m. II/2 hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 71-72.

²⁸²OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Güncellenip Genişletilmiş 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ağustos 2024*, s. 24; ANTALYA, Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (ed. ANTALYA Gökhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2019, s. 125; AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, s. 32. İrade serbestisinin liberal pazar ekonomisinin kurgusu olduğu yönünde bkz. SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, (Yayına Hazırlayanlar: ENGİN B. İlkay/M. ATAMER Yeşim), Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2022, s. 312. Benzer şekilde, irade serbestisinin ferdiyetçi ve liberal prensiplerin ürünü olarak ortaya çıktığı yönünde bkz. BİRSEN, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumi Hükümleri*, Tahsin Onuk Matbaası, İstanbul, 1954, s. 44.

düzenleme yetkisi²⁸³ şeklinde, sözleşme özgürlüğü görünümüne bürünmektedir²⁸⁴. Sözleşme özgürlüğünün, sözleşme yapma ve sözleşme konusunu belirleyerek sözleşmeyi ona göre düzenleme özgürlüğü şeklinde iki boyutu bulunmaktadır²⁸⁵. Kişi, dilediği kişiyle dilediği sözleşmeyi akdedebilir ve istemediği sözleşmeyi akdetmek zorunda bırakılamaz²⁸⁶.

Kanunun düzenlenişi itibarıyla iki taraflı olan sözleşmelerde, prensip olarak zamansal anlamda önce olan *öneri*, sonra olan ise *kabul* beyanıdır²⁸⁷. Sözleşmenin kurulması bakımından, borçlanma iradesi borcun doğumu için yeterli olmayıp karşı tarafın taahhüt edileni açık veya zımni bir şekilde kabulü gerekmektedir²⁸⁸. Tahkim anlaşmaları da, tahkim teklifinin muhatabı tarafından kabul edilmesini gerektirmektedir ve aslında, tarafların ortak iradesinin varlığına ilişkin şart da ancak bu şekilde sağlanır. Bu doğrultuda, devlet kanunlarının yanı sıra tahkim yargılamasının temel dayanaklarından birisi olan tahkim anlaşmalarının geçerli bir

²⁸³HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2021, s. 30, 64-66.

²⁸⁴AYAN, s. 32-39. İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşme özgürlüğünü şu şekilde aktarmıştır: “*Özel hukukta irade özerkliği esastır ve bu borçlar hukuku alanında kendini sözleşme özgürlüğü olarak gösterir. Bu özgürlük sözleşme akdetme kararından sözleşmeyi sona erdirmeye kararına kadar tüm aşamaları kapsar.*” (Karar No: ATF 129 III 35, JdT 2003 I 127, Kararın ilgili kısmı için bkz. DEVELİOĞLU Murat/KARA Doğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2020, s. 107-108). Kişiler emredici hukuk kuralları kapsamında kalarak kendilerine uygulanacak olan kuralları, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde hukuk düzeni sınırlarını ihlal etmeden belirlemektedir (AYAN, s. 32; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30, 64-66). Sözleşme özgürlüğü, tarihsel olarak kişilere tanınan mülkiyet hakkının hayata geçirilerek somutlaştırılması noktasında önemli rol oynamış; ancak, zaman içinde güçlünün karşısında zayıfın ezilmesiyle bu özgürlük sınırlandırılmıştır (SEROZAN, s. 355-357). Sözleşme özgürlüğü teoride var kabul edilse bile, pratikte taraflara sözleşmeyi akdedip akdetmeme özgürlüğüyle sınırlı bir alan bırakıldığı yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 26-29.

²⁸⁵OĞUZMAN/ÖZ, s. 25. Nitekim normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan Anayasa m. 48 hükmünde de, herkesin dilediği alanda sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu görünüm şekillerinin sözleşme yapma yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmesinin konusunu ve tipini seçme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapma veya onu kaldırma gibi alt görünümleri de olduğu yönünde bkz. AYAN, s. 32-39.

²⁸⁶OĞUZMAN/ÖZ, s. 25; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 64-66; AYAN, s. 33; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2020, s. 192-193. Bununla birlikte, istisnai olarak, yasak sözleşmelere ve zorunlu sözleşmelere rastlanabileceği yönünde bkz. ANTALYA, s. 125.

²⁸⁷NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2024, s. 44; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm adlı eser kapsamında hazırlanmıştır.), Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Baskı’dan 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2017, s. 95; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 213; OĞUZMAN/ÖZ, s. 54.

²⁸⁸NOMER, s. 40, 44; AYAN, s. 168-169. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de söz konusu olabileceği yönünde bkz. NOMER, s. 40; AYAN, s. 149-151. Özellikle, temelinde zımni irade beyanı kavramı bulunan grup şirketler doktrininin uygulandığı uyuşmazlıklarda, tarafların ortak iradelerine yapılan vurgunun sebebi, tüm tarafların tahkim anlaşmasına yönelik bağlanma iradesini ortaya koymasının tahkim anlaşmasının kurulmasının kabulü bakımından şart olmasıdır.

şekilde kurulması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁸⁹ m. 1 hükmünde öngörüldüğü üzere, tıpkı diğer diğer sözleşmelerdeki gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirdiğinden, zımni tahkim iradesinin uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi için öncelikle zımni irade beyanının borçlar hukuku anlamında kavramsal olarak tanımlanması gerekmektedir. Tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğini incelediğimiz başlık altında, tahkim iradesinin tipik borçlar hukuku sözleşmelerinde aranan iradeden farklı bir niteliğe sahip olmadığı çıkarımı yapıldığından, borçlar hukuku bakımından yapılacak çıkarımların tahkim anlaşmalarına yansımaları mutlaka akılda tutulmalıdır.

Bu çerçevede, bu başlık altında öncelikle tahkim anlaşmalarının genel bir tanımı yapılacak ve tahkim bakımından taraflara tanınan irade serbestisinin anlamı ve kapsamı ele alınacak; daha sonra, maddi hukuk bakımından zımni irade beyanı kavramı ile zımni irade beyanının kabulünde kullanılan iki kavram, dürüstlük kuralı ve güven teorisi incelenecektir.

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmaları, taraflar arasında mevcut veya muhtemel uyuşmazlıkların kendi seçtikleri hakemler aracılığıyla çözümlenmesidir²⁹⁰ ve geçerli bir tahkim anlaşmasıyla taraflar, devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden feragat etmiş sayılmaktadırlar²⁹¹. Tahkim anlaşmaları MTK m. 4 hükmünde “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” şeklinde tanımlanmışken; NYK m. II/1 hükmünde “*Âkit devletlerden her biri, tarafların akte*

²⁸⁹RG., T. 11.01.2011, S. 6098.

²⁹⁰NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 563; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 796-797; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 167; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 320; ESEN, *Teşmil*, s. 7; YİBHKG, 19.06.2020 tarihli ve 2019/4 E., 2020/1 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

²⁹¹LEW, s. 125; PARK, s. 1; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 296; NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 562. Tahkim anlaşmasına rağmen devlet mahkemelerine başvurulduğunda tahkim anlaşmasının varlığının ileri sürülmemesiyle birlikte hâkimin bunu re’sen nazara almayacağı gerekçesinden hareketle tahkim anlaşmasıyla devlet mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesi sonucunun mutlak olmadığı yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 44. Tahkim anlaşmalarının menfi ve müspet etkisine ilişkin detaylı bilgi için bkz. KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1049-1053; YENER KESKİN, s. 34; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4613 vd.

dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, tahkim anlaşmaları hakem veya hakem heyetine yargılama yetkisi bahşederken kapsadığı uyuşmazlıklar bakımından taraflara tanınan tahkim ilk itirazı imkânıyla devlet mahkemelerinde dava açılmasını engelleyen bir işlev görmektedir²⁹². Tahkim anlaşmaları müstakil bir sözleşme veya esas sözleşmenin bir klozu şeklinde akdedilebiliyor olsalar da²⁹³, genellikle esas sözleşme içerisinde bir klotz olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹⁴.

Tahkim prensip olarak ihtiyari olduğundan tahkimin *sine qua non* koşulu da doğal olarak tarafların tahkim iradesinin yer aldığı bir tahkim anlaşmasıdır²⁹⁵. Tahkim anlaşmasının varlığının tespitinde ise temel mesele, tahkim iradesidir²⁹⁶. Nitekim tahkim iradesi olmayan kişilerin tahkim yargılamasına taraf olması mümkün değildir²⁹⁷. Dolayısıyla tahkim anlaşması prensip olarak sadece taraflarını bağlayacağından, tahkim yargılamasına taraf olmak, tahkim anlaşmasına taraf olmaktan geçmektedir²⁹⁸.

²⁹²NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 562; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 797.

²⁹³EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s. 169; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 796; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 167; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 296; LEW, s. 115. Tahkim klotzlarının tahkim anlaşmasına kıyasen daha çok tercih edildiği ve hatta ayrı bir tahkim anlaşması akdedilmesinin istisnai olduğu yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 159.

²⁹⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 491; ULUSU Ayşe Elif: “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-4 (eds. AKINCI Ziya/DEMİRKOL Berk), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2021, www.lexpera.com, s. 42; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 39.

²⁹⁵HANOTIAU, *Lessons*, s. 348; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 153; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 39-40; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 295-296.

²⁹⁶AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 792. Bu sebeple, tahkim dostu yaklaşımın bir tarafın tahkimi kabul etmediği halde tahkim yargılamasına başvurmak için zorlanabileceği anlamına gelmediği yönünde bkz. EISEN Charles Lee: “Compelling Non-Signatories to Arbitrate What Arbitration Agreement?”, *Dispute Resolution Journal*, C. 56, S. 2, Mayıs 2001, s. 41; DILEO Anthony M.: “The Enforceability of Arbitration Agreements By and Against Nonsignatories”, *Journal of American Arbitration*, C. 2, S. 1, Mart 2003, s. 72.

²⁹⁷ESEN, *Teşmil*, s. 10-12; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 153; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 27.

²⁹⁸AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 153; BREKOULAKIS Stavros L.: “Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories”, *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press, 8, 2017, s. 611.

Kimse tahkime dair geçerli bir iradesi olmadan tahkim yoluna başvurmayaya zorlanamaz²⁹⁹. Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının tespitiyle, hakem heyetinin yetkisi tesis edilmektedir³⁰⁰. Sadece tahkim iradesi olan kişilerin tahkime taraf olması, tahkim anlaşmasının subjektif kapsamını belirlemektedir³⁰¹. Tahkim anlaşmalarının subjektif kapsamı ve hakem heyetinin yetkisi, tahkim iradesinin varlığıyla belirlenmektedir³⁰². Geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olmaması halinde Anayasa³⁰³ m. 9 ve m. 37 kapsamında uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözüme bağlanması esastır³⁰⁴.

Geçerli bir tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen şekil şartlarını ve maddi geçerlilik şartlarını sağlaması gerekmektedir³⁰⁵. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurularak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi bakımından ehliyet, şekil ve esas yönünden geçerli olması gerekmektedir³⁰⁶. Bu

²⁹⁹EISEN, s. 41.

³⁰⁰FERRARIO, s. 648. Bu sebeple, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yetkiye ilişkin itirazların varlığı halinde incelemesini, tahkim anlaşmasının şeklini ve geçerliliğini düzenleyen iMÖHK m. 178 hükmüyle başlattığı yönünde bkz. MRÁZ Michael: "Extension of An Arbitration Agreement to Non-Signatories: Some Reflections on Swiss Judicial Practice", *Annals FLB-Belgrade Law Review*, Year LVII, No. 3, 2009, s. 55.

³⁰¹LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 837. Tahkim anlaşmasının hakem heyetinin yargı yetkisinin sınırlarını belirlediği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 46-47. Tahkim anlaşmasının tarafları belirlenirken hangi teori uygulanırsa uygulansın, NYK m. II hükmünün bir gereği olarak, tahkim iradesinin temel alınması gerektiği yönündeki karar hakkında detaylı bilgi için bkz. U.S. Supreme Court, *GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., v. Outokumpu Stainless USA, LLC, et al.*, 140 S.Ct. 1637, 1642, 01.06.2020, Karar metninin resmî olmayan kopyası için bkz. [supremecourt.gov](https://www.supremecourt.gov), s. 16-18 (*GE Energy v. Outokumpu*). Karara ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirme için ayrıca bkz. MAGLIANA Melissa/HOVAGUIMIAN Philippe: "Dispensing with written consent -or consent altogether- in third-party extensions under the New York Convention: A critical examination of the recent Swiss and U.S. Supreme Court decisions in *B. Suisse* and *GE Energy*", *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration* (eds. VERBRUGGEN Caroline/DRAYE Maarten), Wolters Kluwer 2020, C. 2020, S. 2, 2020, s. 271.

³⁰²HANOTIAU Bernard: "Who Are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals", (HANOTIAU Bernard, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue-A comparative Study*, 2. Baskı, International Arbitration Law Library, C. 14, Kluwer Law International, 2020), s. 6; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 839.

³⁰³RG., T. 18.10.1982, S. 2709.

³⁰⁴Tahkim anlaşmasının kişileri doğal hâkiminden mahrum bırakarak Anayasa m. 37 hükmünü ilgilendirdiği ve dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 17-19. Aynı şekilde, yanlış bir değerlendirme neticesinde tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen kişinin, Peru Anayasası m. 139 hükmünde tanınan anayasal haklarının ihlaline yol açılacağı yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 74, dn. 19. Aksi yönde bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 270.

³⁰⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 657.

³⁰⁶ÖZEL, s. 305; SILACI KORKMAZ, Melis, *New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2020, www.lexpera.com, s. 61; LEW, s. 120; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 409.

şartlardan birinin eksikliği durumunda, verilen hakem kararı iptal edilme riski taşıyacak veya tenfiz kabiliyetinden yoksun olacaktır³⁰⁷.

Milletlerarası ticari hayatın geçirdiği değişime uyum sağlanması amacıyla tahkim yargılamasında bir bütün olarak taraf iradesine verilen önem de artmış, buna paralel olarak ulusal kanunların ve uluslararası sözleşmelerin de konuya bakış açısı liberalleşmiştir³⁰⁸. Nitekim devletlerin tahkime müdahalesinin yerini tahkime yardım etmesine bırakmasıyla birlikte, taraflara irade serbestisi tanınarak milletlerarası ticari hayatın ihtiyaçları ön plana çıkarılmıştır.

Tahkim, sayıca az birtakım emredici hükümler hariç “*irade muhtariyetinin en üst seviyede tanındığı bir uyuşmazlık çözüm yolu*” olarak kabul edilebilir³⁰⁹. İrade serbestisinin tahkimdeki görünümü, tarafların tahkim anlaşması akdederek aralarındaki hukuki ilişkiden doğan veya doğacak uyuşmazlıkları devlet yargılaması yerine tahkim yargılaması yoluyla çözümlenmesini seçmek konusunda sahip oldukları serbesti şeklindedir³¹⁰. Taraflar tahkim iradelerini kullanırken tahkim yargılaması sürecinin yürütülmesi bakımından *ad hoc* tahkim yolunu tercih edebileceği gibi çeşitli kurumsal tahkim merkezlerini de seçebilir³¹¹. Bu kapsamda, taraflar tahkim yargılamasının hangi kurallara göre yürütüleceğini de belirleyebilir³¹². Ayrıca tahkim dili³¹³, hakem sayısı, hakemlerin özellikleri ve hakem atama sürecine ilişkin spesifik belirlemeler tarafların irade serbestisinin kapsamında olup tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin sürelerin tespiti, delillerin sunulma biçimi ve gizlilik gibi konularda da tarafların seçimleri önceliklidir³¹⁴.

³⁰⁷ÖZEL, s. 307.

³⁰⁸Tahkimin tarihi gelişimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. YEŞİLOVA, s. 86-90.

³⁰⁹AYDOĞDU, Gamze, Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2023, s. 42; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 84-86; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 4.

³¹⁰LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 16.

³¹¹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 168; REDFERN/HUNTER, s. 15-16.

³¹²LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 28; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 84; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 62-63.

³¹³Tahkim diline ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. BALKAR Süheylâ: “Tahkim Dili”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 20, S. 239, 2022, s. 4123 vd.

³¹⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 85. Bu yöndeki seçimlerin özellikle tebligat ve tercüme problemleri yaratmamak adına zaman ve masraf tasarrufu sağladığı yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 11.

Özellikle çalışmamızın tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesinin değerlendirildiği bölümünde detaylarıyla inceleneceği üzere³¹⁵, hem uluslararası sözleşmeler hem de ulusal kanunlar kapsamında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda taraflara irade serbestisi tanınmıştır. Tarafların bu anlaşmaya uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmeleri, tahkim anlaşmalarında irade serbestisi ilkesinin hâkim olmasıyla uyumludur³¹⁶. Nitekim tahkim yargılamasının etkili bir şekilde işlemesi, tahkimin ulusal kanunlar ve uluslararası sözleşmelerden aldığı meşruiyetle mümkün olmuştur³¹⁷. Dolayısıyla UNCITRAL Model Kanunu’nda taraf iradesine verilen öncelik çoğu modern tahkim kanununda da mevcuttur³¹⁸. Taraf iradelerine verilen önem kapsamında taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku³¹⁹ ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku seçebildikleri gibi³²⁰, yukarıda zikrettiğimiz yargılamaya ilişkin pek çok hususa dair seçimler de yapabilmektedirler.

Tahkim yargılaması bakımından taraflara tanınan irade serbestisi haricinde, tahkimin diğer birçok avantajları mevcuttur. Nitekim milletlerarası tahkim, ilk ortaya çıktığı tarihten günümüze dek daima tarafların iradesine tabi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, tarafların hak ve borçları üzerinde nihai ve bağlayıcı olma özelliklerini yitirmeksizin gelişimini sürdürmüştür³²¹. Taraflar, farklı motivasyonlarla tahkim anlaşması akdederek devlet yargısına başvurma haklarından feragat etmektedirler³²².

³¹⁵Bu hususta detaylı bilgi için bkz. “Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Zımnen Seçilmesi” başlığı altındaki açıklamalarımız.

³¹⁶ULUSU, s. 39; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96; SARIOZ BÜYÜKALP A. İpek: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler”, Tahkim Anlaşması (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, www.lexpera.com, s. 185. Aynı zamanda, taraflara tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuku yetkili kılma imkânı tanınması, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına olan etkisini azaltmaktadır (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 216).

³¹⁷BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 3; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 25.

³¹⁸Bu yaklaşımın, devlet mahkemelerinin yardım ve denetim yetkilerini sınırlandırdığı yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 27-28.

³¹⁹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 25-26; YASAN TEPETAŞ, s. 283.

³²⁰ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96.

³²¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 4; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 3; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 26.

³²²AİHM, mahkemeye başvurma hakkından feragat edilerek uyuşmazlıkların tahkime tabi kılınmasını kabul ederken serbest, meşru ve çelişkiden uzak taraf iradeleri neticesinde ortaya çıkan bir feragatin söz konusu olmasını şart koşmaktadır (*Suda v. Czech Republic*, Başvuru No. 1643/06, T. 28.10.2010, hudoc.echr.coe.int, prg. 48-49 (*Suda v. Czech Republic*)). *Sarioz Büyükalp*’e göre, hakem kararlarının iptali ve tanıma/tenfiz davaları kapsamında hukuki denetim, yine devlet mahkemeleri nezdinde gerçekleştirileceğinden tahkim anlaşması ile, gerçek anlamda mahkemeye başvurma hakkından feragat edildiği söylenemez (SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2018, www.lexpera.com, s. 140, dn. 381). Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının tarafların adil ve dürüst yargılama haklarından da feragat anlamına gelmediği

Tarafları tahkim yargılamasına başvurmaya iten bu gerekçeler, devlet mahkemelerinin taraflı olacağı veya hâkimlerin hakemler gibi milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından ehil olmadığı inancı olduğu kadar, tahkim yargılamalarının gizliliği ve devlet yargılamasında yargılamanın gerçekleştiği ülkenin usul kurallarının devreye girmesi şeklinde de kendini göstermektedir³²³. Yargıtay da tahkimin avantajlarını, hızlı olması, öngörülebilirlik, yargılamanın koşulları konusunda taraflara tanınan irade serbestisi, hakemlerin alanında uzman oluşu ve talep halinde gizliliğin sağlanması şeklinde ifade ederek tahkimin gelişimini bu özelliklerine bağlamaktadır³²⁴. Tahkimin en önemli avantajlarından birisi coğrafi olarak sınırlı kalmayan tarafsızlığı ile pek çok usuli meselede esnek çözümler sunmasıdır³²⁵. Keza tahkim yargılamasında *lex mercatoria* ve hak ve nesafet ilkelerinin daha çok gözetiliyor olması da bir başka avantaj olarak değerlendirilmektedir³²⁶. Nihayetinde tahkim, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, konusunda uzman hakem heyetlerinin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile güvence altına alınan ve bu sayede sürpriz kararları engelleyerek ortaya çıkabilecek potansiyel hukuki riskleri asgariye indiren bir adaleti arama zemini³²⁷. Gerçekten milletlerarası uyuşmazlıklarda, farklı devletlerin vatandaşlarının veya farklı ülkelerde faaliyet gösteren tüzel kişilerin başvurabileceği uluslararası bir mahkemenin yokluğu, devlet mahkemelerine göre tahkimi daha avantajlı hale getirmiştir³²⁸.

yönünde detaylı bilgi için bkz. BALKAR Süheylâ: “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ed. SÜZEN Begüm), C. 17, S. 209, Temmuz 2022, s. 683 vd.

³²³ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 4; BİRSEL Mahmut T.: “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 1, S. 1, 1980, s. 100. Özellikle devlet kanunlarında öngörülen katı usul kurallarının tahkim yargılamalarında olmamasının tahkimi geliştirdiği yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 5. Hakemlerin alanında uzman oluşunun, daha teknik ve özel uzmanlık gerektiren korporatif nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından daha fazla önem arz ettiği yönünde bkz. AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2018, www.lexpera.com, s. 2. Tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisinin taraflara özel ve gizli olması olduğu yönünde bkz. EKER AYHAN Feyza: “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, C. 10, S. 1, 2011, s. 97.

³²⁴YHGK, 29.11.2023 tarihli ve 2023/103 E., 2023/1185 K. sayılı kararı; YHGK, 21.12.2023 tarihli ve 2023/688 E., 2023/1348 K. sayılı kararı, YHGK, 10.03.2022 tarihli ve 2019/515 E., 2022/285 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

³²⁵JAKSIC Aleksandar: “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings”, Journal of International Arbitration, C. 24, S. 2, Kluwer Law International, 2007, s. 168.

³²⁶BİRSEL, s. 100. Öte yandan, tahkim anlaşmasına ilişkin değerlendirmelerde *lex mercatoria*’nın uygulanmasının hukuki belirsizlik yarattığı yönünde bkz. SANDROCK, s. 961.

³²⁷BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 1 vd. Tahkimin devlet mahkemelerine kıyasen avantajları hakkında detaylı açıklama için bkz. AKINCI Ziya: “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ed. ENGİN Enver Murat), C. 4, S. 1, Ocak 2005, s. 13.

³²⁸AYDEMİR, s. 397. Milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözmek için uluslararası mahkemeler mevcut olmadığından, tahkim anlaşması yokluğunda milli mahkemeler bu uyuşmazlıkların çözümünde yetkili

Çalışmamızda, milletlerarası ticari tahkimde iradeye ve irade serbestisine verilen önem, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulamayacağı değerlendirmeleri açısından incelenecektir. Bu doğrultuda, tahkim iradesinin tipik borçlar hukuku sözleşmelerinde aranan iradeden farklı bir niteliğe sahip olmadığı çıkarımımızdan hareketle, borçlar hukuku alanında iradenin beyan edilme türleri değerlendirilmelidir. Böylece, milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması değerlendirmelerinde, zımni irade beyanından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşacaktır.

B. Maddi Hukuk Bakımından İrade Beyanı Türleri

Türk Dil Kurumu sözlüğünde irade, “*bir şeyi yapıp yapmama konusunda kişinin kendi kendine karar verebilme ve bunu uygulama gücü*” ve akabinde “*kişinin kendisinin verdiği özgür karar; istenç*” olarak tanımlanmış iken; irade beyanı, “*bir sonuca yönelmiş irade açıklaması*” olarak sözlükte yerini almıştır³²⁹. İçsel olan iradenin, başkasına bildirilmek üzere dışa vurumuna *irade beyanı* denilmektedir³³⁰. Hukuk iç dünyada kalan iradeye değil, bunun dış dünyaya yansıyan haline önem verdiğinden esas olan irade beyanıdır³³¹. Bu anlamda iradenin amaçlanan sonucu gerçekleştirebilmesi için dış dünyaya tezahür etmesi gerekmektedir³³². Beyan, dış dünyada varlık gösteren hareket olup bu hareketler ticari teamüller ya da tarafların anlaşması neticesinde kişinin belirli bir hukuki işlemi yapma iradesini ortaya koymaktadır³³³. Hukuki sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik fiil, irade beyanında her daim söz, yazı, işaretler veya iradeyi gösteren fiiller ile ortaya konmaktadır³³⁴.

olacaktır ve ticari taraflar, özellikle diğer tarafın bir devlet olduğu durumlarda, ilgili tarafın milli mahkemelerinde yargılanmak istemeyecektir (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 9).

³²⁹Güncel Türkçe Sözlük, (sozluk.gov.tr).

³³⁰KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 130; TUNÇOMAĞ, Kenan, *Borçlar Hukuku* 1. Cilt Genel Hükümler, Dördüncü Baskı, 1969, s. 78.

³³¹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 130.

³³²EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, Ekim 2024, s. 122; TUNÇOMAĞ, s. 75; VON TUHR, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, (Çeviren: EDEGE Cevat), Olgaç Matbaası, Ankara, 1985, s. 140. Bir an için susmanın istisnaen kabul anlamına geldiği haller sanki bu duruma ters gibi gözükse de, bu halde susmak irade açıklamasına eş kabul edilmekte ve hukuki sonuç bu vesileyle doğmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 62).

³³³KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 130.

³³⁴EREN, s. 129; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler Birinci Cilt*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, s. 90.

Taraflar, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde menfaatlerinin gerektirdiği ve istedikleri şekilde bu iradelerini kullanmaktadır³³⁵. Bu sebeple, irade beyanının hukuki sonuçlarını doğurarak sahibini yükümlülük altına sokabilmesi ancak bunu mümkün kılan bir hukuk düzeninin varlığına bağlıdır³³⁶. Nitekim, sadece kanuni şartları taşıyan bir irade beyanı hukuki sonuçlar doğurabilir³³⁷. Dolayısıyla irade beyanında bulunan kimselerin gerçekleştirmeyi amaçladıkları hukuki sonuç hem kanun öyle öngördüğü hem de taraflar öyle istedikleri için amaçlandığı şekilde doğmaktadır³³⁸. Ancak *irade beyanına arzu edilen hukuki sonucu bağlayan, taraf iradelerinden ziyade kanundur*³³⁹. Sonuç olarak, hukuki işlemlerin içeriği, beyan edilen iradeye göre şekillenmekte ve belirli bir hukuki sonuca yönelen iradeler gücünü kanundan almaktadır³⁴⁰.

Roma hukukunun uygulandığı dönemlerde iradenin uzun bir süre herhangi bir şekle bürünmeden tek başına borç doğurması kabul edilmese de medeniyet seviyesinde yaşanan gelişmeye paralel olarak, insanların artan ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla birbirleriyle daha çok etkileşime geçerek olabildiğince hızlı sözleşme akdetme ihtiyacı, bireylerin iradesine biçilen kıymeti arttırmıştır³⁴¹. Tahkim anlaşmaları bakımından da irade birincil önemi haizdir ve tahkim anlaşmaları kuruluş ve geçerlilik bakımından borçlar hukuku prensiplerine tabidir³⁴². Bu nedenle ve çalışmamız kapsamında, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulması değerlendirmeleri bakımından Türk hukukunun uygulandığı senaryolar incelendiğinden, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması değerlendirmeleri için öncelikle Türk borçlar hukuku anlamında zımni irade beyanı tanımlanmalıdır. Aşağıda irade beyanı kavramı detaylıca incelenecek olup irade faaliyeti kavramına ise daha çok zımni irade beyanı içerisinde değinilecektir. Bu

³³⁵BİRSEN, s. 40.

³³⁶KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 87; NOMER, s. 35, 38; TUNÇOMAÇ, s. 76; EREN, s. 125.

³³⁷TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 71.

³³⁸EREN, s. 127-128; ATAAY, s. 267; ANTALYA, s. 143-144; SEROZAN, s. 313. “Bu nedenle tarafların iradeleri ve hukuki sonuca yönelik arzuları ne kadar güçlü olursa olsun, hukuk düzeni uygun görmediği ve izin vermediği sürece o hukuki sonucu meydana getiremezler.” (OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 30. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2024, s. 188).

³³⁹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 87.

³⁴⁰VON TUHR, s. 145.

³⁴¹BİRSEN, s. 39-42.

³⁴²ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 414; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1412-1413; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, s. 4574; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38; YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 283; DEMİRKOL, s. 287; ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, *İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 58.

çerçevede bu başlık altında tahkim anlaşmaları bakımından önemli olduğu kapsamlı sınırlı olarak açık, zımni ve farazi irade beyanı kavramları tanımlanacaktır.

TBK m. 1/2 hükmünde, irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceği düzenlenmiş³⁴³ ve kanunda açık irade beyanının şart koşulduğu haller saklı kalmak üzere açık ve örtülü irade beyanları aynı hukuki sonuca bağlanmıştır³⁴⁴. Açık veya zımni irade beyanı nitelendirmesi bir irade beyanının, hukuki sonuçları üzerinde doğacak kişi tarafından anlaşılabilir olması kriterine göre değerlendirilebilir³⁴⁵. Dolayısıyla açık irade beyanı ile zımni irade beyanı arasındaki fark, beyanın anlaşılabilmesinin beyan dışı unsurlara olan bağlılığıdır³⁴⁶. İradenin açıklanma şekli de irade beyanının açık ya da zımni olarak nitelendirilmesine yaramaktadır³⁴⁷. Bununla birlikte, açık irade beyanı ve zımni irade beyanını ayıran birtakım kıstaslar belirlenmeye çalışılsa da bunların tatmin edici olmadığı da ifade edilmektedir³⁴⁸.

Kanun, bazen iradenin açık olmasını arar³⁴⁹. Bu durumda açık ve zımni irade beyanı ayrımının yapılması, iradenin hukuki sonuç doğurması açısından önemli ve

³⁴³KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143; NOMER, s. 44; ANTALYA, s. 145. TBK m. 1/2 kapsamında ifade edilen “örtülü beyan” kavramının, sessiz kalınmak suretiyle yapılan irade beyanlarına özgü kullanılması gerektiği yönünde bkz. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 77.

³⁴⁴KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143; EREN, s. 137; ANTALYA, s. 145; TAŞATAN, Caner, Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2021, s. 41. Açık irade beyanı ile oluşturulacak hukuki işlemler zımni irade beyanı ile oluşturulabilir (SEROZAN, s. 325).

³⁴⁵TAŞATAN, s. 41. Doktrindeki genel yaklaşımın, irade beyanının anlamının doğrudan beyandan anlaşılması kriterine göre, irade beyanının açık veya zımni olarak nitelendirilmesi şeklinde olduğu, beyanın yapıldığı anın koşullarının beyana anlam verebilmek amacıyla devreye girdiği yerde zımni irade beyanından söz edildiği ve beyanın yapılış tarzından hareketle iradeyi gösteren davranışlar ve susmanın zımni irade beyanı teşkil ederken kelimeler veya işaretlerle yapılan beyanların ise anlamlarının açıklığına göre açık veya zımni irade beyanı olarak nitelendirildiği yönünde bkz. SARIKAYA, Murat, Sözleşmenin Yorumu, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Aralık 2019, s. 136.

³⁴⁶OĞUZMAN/BARLAS, s. 208.

³⁴⁷SARIKAYA, s. 136-137. Davranıştan yapılan çıkarımın net veya şüpheli olmasına göre irade beyanının değerlendirilmesi gerektiğine yönelik detaylı açıklamalar için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 92-93.

³⁴⁸SAYMEN/ELBİR, s. 92-93. Sarıkaya’ya göre, irade beyanının anlamı ve yapılış tarzına göre görünümü belirleyici olacak şekilde, irade beyanının açık veya zımni olması bir yorum meselesi teşkil etmektedir. Bu konuda, öğretide mevcut genel görüşü tatmin edici bulmayarak açık irade beyanı ile zımni irade beyanı ayrımının yapıldığı kıstaslara ilişkin yazarın açıklamaları için bkz. SARIKAYA, s. 137-143. Bu iki tür irade beyanı arasındaki ayrıma ilişkin bir başka yaklaşım için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143, dn. 1.

³⁴⁹EREN, s. 137; DURAL/SARI, s. 160; SARIKAYA, s. 134-135. Örneğin TBK m. 132, 258 veya 327 gibi hükümlerde hedeflenen hukuki sonucun doğması bakımından doğrudan açık irade beyanı arandığından bu hallerde açık iradenin var olup olmadığı incelenmektedir. Yazara göre, kanunda şekil şartı öngörülen hukuki işlemler bakımından açık önerinin varlığı şart kabul edilmelidir (ANTALYA, s. 145).

gereklidir³⁵⁰. Bununla birlikte, bir hukuki işlem için kanun şekil şartı arıyorsa, yapılan önerinin açık olması gerektiği de öğretide belirtilmektedir³⁵¹. Ana kural, hâkimin her zaman tarafların gerçek iradelerini araştırmakla yükümlü olduğudur³⁵². Bu anlamda, *“bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını”* öngören TBK m. 19 kapsamında yorumlanan, tarafların açık veya zımni irade beyanlarıdır³⁵³. Kanunda açık ve zımni irade beyanının tanımı mevcut olmadığından, öncelikle açık ve zımni irade beyanının tanımlanması gerekmektedir.

1. Açık İrade Beyanı

Açık irade beyanları, iradenin temel unsurları olan fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi ile kurulması arzu edilen sözleşmenin esaslı unsurlarını eksiksiz olarak içeren irade beyanı türüdür³⁵⁴. Bununla birlikte, kişinin hukuki işlem yapma arzusunu yoruma muhtaç olmaksızın ortaya koyması, açık irade beyanının varlığı için zorunludur³⁵⁵. Dolayısıyla irade beyanı, yorum gerekmesizin dışa vurulduğu andaki durum ve koşullardan doğrudan doğruya anlaşılabiliriyorsa açık irade beyanı söz

³⁵⁰KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2024, s. 62-63.

³⁵¹ANTALYA, s. 145; EREN, s. 137.

³⁵²TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU s. 78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 150; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 44. Mahkeme tarafların gerçek ve ortak iradelerini yorumlarken yanlışlıkla veya gerçek iradelerin gizlenmesi amacıyla kullanılan sözcüklerle bağlı olmayıp irade beyanlarının içeriği ile sözleşmenin kurulmasından önceki ve sonraki hal ve koşullar ile sözleşmenin kurulmasına eşlik eden vakıaları bütün olarak dikkate almalıdır. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin araştırılması faaliyeti subjektif yorumdur (Karar No: ATF 140 III 86, Karar için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 270-271). TBK m. 19 hükmü ile kastedilen gerçek iradenin beyan sahibinin iç iradesi değil, dışa yansıyan fiili iradesi olduğu yönünde bkz. DALCI ÖZDOĞAN Nurihan: “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Haziran 2017, s. 49.

³⁵³DALCI ÖZDOĞAN, s. 48.

³⁵⁴FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2022, s. 82. Bir beyanın ve hareketin hukuki sonuca varma iradesini ve açıklama yapma iradesini doğrudan doğruya ifade etmesi halinde, açık irade beyanının söz konusu olduğu yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 64. İrade beyanı *fiil* iradesi, *işlem* iradesi (*hukuki sonuç*) ve *beyan* iradesi (*açıklama*) olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. İrade beyanının unsurlarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. ANTALYA, s. 141-144; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 130-132; EREN, s. 130-135; DURAL/SARI, s. 157-158; OĞUZMAN/BARLAS, s. 204-205.

³⁵⁵KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 63.

konusudur³⁵⁶. Açık irade beyanları yoruma muhtaç olmasa bile, irade beyanının açık bir irade beyanı teşkil edip etmediği duruma göre yorum meselesi haline gelebilmektedir³⁵⁷.

İrade en doğal haliyle kelimeler ya da işaretlerle doğrudan açıklanabilir³⁵⁸. Belirli bir anlama sahip kelime veya işaretler vasıtasıyla yapılan irade beyanları açık irade beyanı teşkil etmektedir; aksi halde, ortada açık olmayan bir irade beyanı söz konusudur³⁵⁹. Bununla birlikte, kelimeler ya da işaretlerle iradenin açıklanması halinde, anlamın açık ve tam olmasına göre zımni irade beyanı da söz konusu olabilir³⁶⁰. Dolayısıyla, açık irade beyanı bakımından beyan vasıtaları söz, yazı, görüntü, beyanda bulunulan ilişki, yer ve zaman kapsamında birtakım ticari teamüller olabileceği gibi; taraflarca önceden kararlaştırılan şifreler ve işaretler de olabilir³⁶¹. Sonuç olarak, irade beyanının anlamı, tercih edilen yorum metodu uyarınca irade beyanına hukuk nazarında verilen anlamdır ve verilen bu anlam irade beyanının lafzi-objektif anlamıyla her zaman uyuşmaz; ancak bu iki anlam uyuyorsa o halde anlam yönünden açık irade beyanının olduğu kabul edilmektedir³⁶².

2. Zımni İrade Beyanı

Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, zımni irade beyanı, “*oldukça karanlık bir kavram*” niteliğindedir³⁶³. Zımni irade beyanlarında da tıpkı açık irade beyanlarında olduğu gibi irade ve beyan unsurları mevcuttur³⁶⁴. Aynı zamanda, irade

³⁵⁶ANTALYA, s. 146; NOMER, 48; AYAN, s. 135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143; EREN, s. 137; OĞUZMAN/BARLAS, s. 207-208; VON TUHR, s. 155.

³⁵⁷SEROZAN, s. 370. Benzer şekilde, açık veya tereddüde yer bırakmayacak şekilde ifade edilmiş irade açıklamalarının yorumunda dürüstlük kuralının önem arz ettiği yönünde bkz. AKYOL, Şener, Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 34.

³⁵⁸Sarıkaya bu şekilde irade açıklamasını, “*beyanın mutad yöntemleri ile irade açıklaması*” olarak nitelendirmiştir (SARIKAYA, s. 63-64; EREN, s. 136).

³⁵⁹TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 77. Örneğin, açık bir teklif içeren soruya evet demeksinin baş sallamanın açık irade beyanı teşkil ettiği yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 64.

³⁶⁰Bu yönde görüşler için bkz. SARIKAYA, s. 136.

³⁶¹ANTALYA, s. 146; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 69; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143. Duruma göre bir davranışın bile açık irade beyanı sayılabileceği yönünde bkz. NOMER, s. 48.

³⁶²SARIKAYA, s. 137.

³⁶³KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144.

³⁶⁴ŞAHİN Eda/ÇELT Damla: “Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımı”, Legal Hukuk Dergisi C. 17, S. 194, Şubat 2019, s. 707.

beyanının üç unsuru zımni irade beyanında da bulunmaktadır³⁶⁵. Ancak, zımni irade beyanında kişinin işlem iradesi doğrudan anlaşılmamaktadır³⁶⁶. Bir davranışın zımni irade beyanı teşkil edip etmediği, beyan sahibinden ziyade, somut olay kapsamında ve davranış odaklı bir şekilde, ilgili davranışın amaçlanan hukuki neticeye yönelen işlem iradesi olarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır³⁶⁷. Dolayısıyla açık irade beyanı sayılacak kadar açık olmayan ve değerlendirmeye muhtaç irade beyanları zımni irade beyanı olarak kabul edilmektedir³⁶⁸. Bununla birlikte, zımni irade beyanının varlığı halinde de tarafların gerçek iradeleri doğal biçimde anlaşılabilir³⁶⁹. Zımni irade beyanının ayırt edici özelliği, irade beyanının lafzından değil bağlamdan anlaşılmasıdır. İlaveten, irade açıklanırken kullanılan söz ve yazı araçlarının içerik ve anlam yönünden belirsiz olması, zımni irade beyanı varlığı anlamına gelebilir³⁷⁰. Zımni iradeyi dışı vuran beyan aracı eksik veya muğlak sözler ya da maddi fiiller olabilmektedir³⁷¹. Zımni irade beyanları çoğu zaman zımni kabul iradesi görünümüne sahiptir³⁷².

³⁶⁵Güven teorisi kapsamında yapılan değerlendirme ile işlem ve beyan unsurları eksik iradeye hukuki sonuç bağlanmasıyla zımni irade beyanının güven teorisi kapsamında değerlendirilmesinin aynı hukuki sonuçları doğursa bile zımni irade beyanının, içerdiği irade beyanı unsurları bakımından farklılaştığı yönünde bkz. DURAL/SARI, s. 161-162.

³⁶⁶EREN, s. 139; OĞUZMAN/BARLAS, s. 208; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 82. İşlem iradesi, hukuki işlemin yapılmasına yönelik iradedir ve beyan sahibinin hukuki işlemin yapılmasına yönelen beyanının içeriğini teşkil etmektedir. İşlem iradesi ile beyanda bulunan amaçladığı hukuki sonuç belirtilmektedir (ANTALYA, s. 143; EREN, s. 131; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 80; OĞUZMAN/BARLAS, s. 204; SEROZAN, s. 315). “...bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için, bunun işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarının tespit edilmesi gerekir.” (TOPUZ Seçkin/CANBOLAT Ferhat, “Tasınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Haziran 2011, s. 5).

³⁶⁷TOPUZ/CANBOLAT, s. 5.

³⁶⁸AYAN, s. 135; EREN, s. 137-139. Ismarlanmamış şeyin kullanılması ya da yapılan iş teklifine teşekkür mektubu yazılmasının örnek verilebileceği yönünde bkz. ATAAY, s. 263. Kahve dükkanına girerek filtre kahve isteyen kimsenin kahvesini sütlü veya sade istediğinin anlaşılamaması sebebiyle beyanının belirsiz olduğu; ancak aynı kişinin her gün aynı kahve dükkanından sade filtre kahve aldığı ihtimalde bu beyanın içeriğinin yorumlanarak tespit edileceği yönünde bkz. TAŞATAN, s. 44-45. Öte yandan, irade beyanına anlam verebilmek adına beyan dışı unsurların değerlendirilmesinin doğrudan irade beyanın zımni olduğu anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. SARIKAYA, s. 137.

³⁶⁹AKSOY DURSUN, Sanem, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008, www.lexpera.com, s. 102.

³⁷⁰TAŞATAN, s. 43.

³⁷¹EREN, s. 138. Zımni irade beyanı sadece pasif durumdan değil; duruma göre, iradenin varlığı anlamı çıkarılabilecek söz veya davranıştan da meydana gelebilmektedir (VON TUHR, s. 155).

³⁷²AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 89. CISG m. 18/1 ve UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Esaslar, m. 2.1.1 kapsamında bu husus düzenlenmiştir.

Zımnî irade beyanının tespiti de bir yorum meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷³. İrade beyanının yorumu; beyanın içeriğine, muhatabın kişiliğine ve irade beyanının varlığına ilişkindir³⁷⁴. Ancak güven teorisine göre yapılacak bu yorum ile irade net olarak ortaya çıkarılabilmektedir³⁷⁵. Zımnî irade açıklamalarında kullanılan yorum yöntemleri ile açık irade açıklamalarında kullanılan yorum yöntemleri, ilke ve kuralları aynıdır³⁷⁶. Zımnî irade beyanının tespiti, somut olayın şartlarının dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmasıyla gerçekleşmektedir³⁷⁷. Zımnî irade beyanının varlığını kabul etmek için iradenin ortaya konmak istenildiği ve başka bir yorumun mümkün olmadığı yönünde inandırıcı işaretlerin varlığı gerekmektedir³⁷⁸.

Kanunda düzenlenen zımnî irade beyanı kavramı, biri dar diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır³⁷⁹. *Dar anlamda*, zımnî irade beyanı susma, *geniş anlamda* zımnî irade ise beyanı iradenin varlığını ifade eden davranışlar şeklindedir³⁸⁰. Zımnî irade beyanı sayılabilecek iradi fiiller, iradeyi gösteren davranışlar, irade faaliyeti veya susmadır³⁸¹. Bu çerçevede, söz konusu zımnî irade beyanı türleri ayrı ayrı incelenmelidir.

³⁷³SARIKAYA, s. 137; TAŞATAN, s. 43; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 63. Kişinin iradesini dışa vurduğunun kabulünün yorum ile mümkün olduğu yönünde bkz. NÖMER, s. 48.

³⁷⁴EREN, s. 158; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 78-79; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 87. Sözleşmenin yorumu ile münferit irade beyanlarının yorumunda kullanılan yorum araçlarının aynı olduğu yönünde bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 42.

³⁷⁵TAŞATAN, s. 43.

³⁷⁶AKYOL, s. 37.

³⁷⁷AKYOL, s. 37. Objektif-somut yorum yöntemiyle subjektif yorum yönteminin zımnî irade beyanları bakımından da uygulanabileceği ve fakat susmanın kural olarak irade açıklaması teşkil etmemesinden ötürü, yoruma ilişkin genel ilke ve kurallara zımnî irade beyanlarına uygulanmasının istisnasını susma halinin oluşturduğu yönünde bkz. GÜVENÇ, Özgür, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2021, s. 360.

³⁷⁸FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 82.

³⁷⁹EREN, s. 137. Zımnî irade beyanları bakımından dar/gerçek ve geniş/gerçek olmayan şeklindeki ayrımın, bu kavramın anlaşılması bakımından yeterli olmadığı; mutad yöntemler ve davranış aracılığıyla gerçekleştirilmesi şeklinde yapılacak ikili ayrımın daha yerinde olduğu ve davranış aracılığıyla gerçekleştirilen zımnî irade beyanlarının da kendi içinde iradeyi gösteren davranış, irade faaliyeti ve susma olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulması gerektiği yönünde bkz. TAŞATAN, s. 44.

³⁸⁰EREN, s. 137-139. *Antalya*, açık irade beyanı sayılmayan her türlü irade beyanını, iradenin varlığını gösteren davranışları ve pasif davranış olan susmayı geniş anlamda zımnî irade beyanı olarak değerlendirmektedir (ANTALYA, s. 146). İradeyi gösteren davranışın söz konusu olduğu hallerde, iradenin yöneltildiği ve fakat irade faaliyeti ve susma halinde iradenin yöneltmediği yönünde bkz. TAŞATAN, s. 44.

³⁸¹ANTALYA, s. 146-149. Zımnî irade beyanlarından bahsederken özellikle irade faaliyeti ve susmanın zikredilmesi gerektiği yönünde bkz. GÜVENÇ, s. 359. İradenin yöneltilmesinin amaçlanmadığı ve davranış vasıtasıyla gerçekleştiği hallerde, bahsi geçen davranış yorumlanması neticesinde irade açıklaması olarak nitelendirildiğinden iradeyi gösteren davranış, irade faaliyeti ve susma kavramlarının zımnî irade açıklaması başlığı altında incelenmesinin yerinde olduğu yönünde bkz. TAŞATAN, s. 15-16, dn. 43.

a. İradeyi Gösteren Davranışlar

İrade açıklamaları, somut olay kapsamında değerlendirilerek sonuç bağlanacak şekilde iradeyi gösteren davranışlarla ortaya konabilir³⁸². Maddi fiil ve hareketler olarak ortaya çıkan zımni irade beyanlarında, işlem iradesi kişinin hal ve hareketlerinden anlaşıldığından bu fiiller iradeyi gösteren davranış olarak nitelendirilmektedir³⁸³. Bu hallerde, sözlü veya yazılı açıklama olmadan hayatın olağan akışı ve işlem teamülleri kapsamında, bazı hareketlere irade açıklaması anlamı atfedilmektedir³⁸⁴. Diğer bir ifadeyle, ticari teamüller kapsamında somut olayın hal ve şartları değerlendirildiğinde, dış dünyada varlık bulan davranış, işlem iradesinin mevcudiyeti sonucunu doğuruyor ise iradeyi gösteren davranışın varlığı kabul edilmektedir³⁸⁵. Dolayısıyla, kişi bu halde de iradesini başkasına aktarmak için davranıyor olsa da bu, mevcut durum ve koşullara anlam atfetmek suretiyle dolaylı şekilde olmaktadır³⁸⁶. Sonuç olarak, tek başına iradenin beyan edilmesine uygun olmayan ancak muhatabın iradenin varlığı çıkarımını *dolaylı yoldan* yapmasının makul olduğu bir davranışın söz konusu olduğu hallerde, iradeyi gösteren davranıştan söz edilmektedir³⁸⁷. İradeyi gösteren davranışlar, bazen zımni irade beyanı anlamında ve bazen zımni irade beyanından ayrı anlamda kullanılmaktadır³⁸⁸.

³⁸²SARIKAYA, s. 64; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144; OĞUZMAN/BARLAS, s. 209-210; ANTALYA, s. 146.

³⁸³EREN, s. 138. İradeyi gösteren davranış kavramının, delalet edici fiiller şeklinde adlandırılması için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 65.

³⁸⁴AKYOL, s. 37. Örneğin, tiyatro yazarı yazdığı piyesi belirterek bir tiyatro şirketine göndermiş ve tiyatro şirketi dönüş yapmaksızın oyunu sahneye koymuştur. Bu örnekte beyan iradesi mevcut olmasa da zımni irade beyanı vardır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 66).

³⁸⁵KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144; ANTALYA, s. 146; NOMER, s. 48. Kişinin beyan iradesi ve hatta hukuki sonuç iradesi olmamasına rağmen belirli bir davranışı ilgili hukuk düzeninde o yönde irade beyan edilmiş gibi değerlendirilerek hukuki sonuç doğuruyorsa buna “iradeyi ortaya koyan davranış” veya “iradeyi gösteren hareketler” denilmektedir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 209-210).

³⁸⁶KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144.

³⁸⁷NOMER, s. 48; ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih, Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1- 48), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2017, s. 30. Yazar, bu kavramı “kanaat verici davranışlar” olarak isimlendirmektedir (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 77). Kişinin beyan isteği ve hatta hukuki bir sonuca yönelmesi söz konusu olmaksızın ortaya koyduğu davranışı irade beyanı gibi sonuç doğuruyorsa bunun iradeyi gösteren davranış olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 209. Örneğin, kirli elbisenin kuru temizlemeciye verilmesi veya bozulan bir ürünün tamirciye teslimi gibi fiili öneri hallerinde öneri, davranış aracılığıyla ortaya koyulduğundan ve bu davranışın yorumlanması neticesinde gerçek anlamı ortaya çıkarıldığından zımni nitelik taşımaktadır (TAŞATAN, s. 75).

³⁸⁸Örtülü irade beyanı şeklinde kullanıldığı yönünde bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 91. Zımni irade beyanı ile iradeyi gösteren davranışlar arasındaki ilişki bakımından *Oğuzman/Barlas*, iradeyi gösteren davranışların beyan iradesiyle yapılmışsa zımni irade beyanı olduğunu; ancak, bu arzusun bulunmadığı hallerde irade beyanı olmasa bile bu davranışın güven prensibi kapsamında irade beyanıymışçasına sonuç doğuracağını ve zımni irade beyanından ayrılacağını belirtmektedir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 209-210). İrade belirtileri olarak adlandırdığı iradeyi gösteren davranışların, zımni irade beyanı teşkil

b. İrade Faaliyeti

İradenin mevcudiyeti halinde, beyan isteği olmaksızın yapılan bazı davranışların karşı tarafın öğrenmesine gerek olmadan irade beyanı gibi sonuç doğurması irade faaliyeti olarak adlandırılmaktadır³⁸⁹. İrade faaliyeti halinde kabul iradesi, iradenin ortaya konması amacı güdülmekten varlık kazanmaktadır³⁹⁰. Dolayısıyla bu durumda kişinin işlem iradesi mevcuttur; ancak, kişi bu davranışı dış dünyaya yansıtmak amacıyla yapmamaktadır³⁹¹. Dolayısıyla irade faaliyetinin iradeyi açıklama yöntemlerinden birisi olduğu ve fakat irade faaliyetinin beyan iradesinden yoksun olduğu belirtilmektedir³⁹². İfa suretiyle kabul iradesinin beyan edilmesi, günlük hayatta en sık karşılaşılan irade faaliyeti türüdür³⁹³.

Öğretide, irade faaliyetlerinin beyan iradesi mevcut olmadığından³⁹⁴ irade beyanı gibi sonuç doğurmayacağı yönünde görüşler mevcut olsa da³⁹⁵, irade

etmediği; ancak, zımni irade beyanının, irade açıklamalarını içine alan iradeyi gösteren davranışların bir türü olduğu yönünde bkz. ESENER/GÜNDOĞDU, s. 10, dn. 10, s. 30. Her halde iradeyi gösteren davranışların irade beyanı teşkil ettiği yönünde bkz. DEMİRSATAN, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2021, www.lexpera.com, s. 7.

³⁸⁹Örneğin, terzinin kendine gönderilen kumaşı dikmeye başlaması kabul niteliğindedir (NOMER, s. 50). Otopark işletmecisi ile araç sürücüsü ya da otomat ile otomattan ürün alan kişi arasındaki sözleşme de irade faaliyetine örnek verilebilir (EREN, s. 130).

³⁹⁰AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 88; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144.

³⁹¹Beyan iradesinin, en azından iradenin dış dünyaya vurulması anlamında mevcut olmadığı yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144.

³⁹²EREN, s. 142; ANTALYA, s. 147; TAŞKIN, Zeynep Damla, Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2020, www.lexpera.com, s. 144.

³⁹³Önerinin ifa fiilleriyle kabulünün de bir tür irade faaliyeti olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 145, dn. 6; TAŞKIN, s. 145. Ciltçinin ciltlenmek üzere kendisine gönderilen kitapları beyanda bulunmaksızın ciltlemesi, irade faaliyetine örnek verilebilir. Bu durumda sözleşmenin irade faaliyeti yoluyla kurulduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu gibi hallerde kabulün irade faaliyeti kavramına ihtiyaç duyulmaksızın güven teorisinin uygulanması neticesinde zımni irade beyanıyla gerçekleştiği yönündeki değerlendirmeler ve bunun sebeplerine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. SARIKAYA, s. 171-173. Aksi yöndeki görüş için bkz. TAŞATAN, s. 93-94.

³⁹⁴İrade faaliyetinde beyan mutlaka tüketme, kullanma, sahiplenme ve ifa fiilleri gibi maddi fiillerle dışa vurulur. İrade faaliyeti söz konusu olduğunda, işlem iradesinin doğrudan icra edilmesi sebebiyle, beyan iradesinin mevcut olmadığı ifade edilmektedir (EREN, s. 135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 144-145; ANTALYA, s. 147). İrade faaliyeti söz konusu olduğunda, irade açıklanmadan hukuki sonucun direkt yerine getirildiği yönünde bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 208, dn. 346.

³⁹⁵*Kocayusufpaşaoğlu*'nun katıldığı görüşe göre, irade faaliyetleri, iradeyi dış dünyaya yansıtan davranışların eksikliğinden ötürü, irade beyanı olarak nitelendirilememektedir. Dolayısıyla hukuk teorisi bakımından irade faaliyeti kavramını, irade beyanı içinde değil yanında değerlendirmek gerektiği ancak yakın ilişki ve benzerliği dikkate alarak irade faaliyetlerinin geniş anlamda zımni irade beyanlarıyla birlikte de değerlendirilebileceği yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 145-146. Öte yandan, Serozan, irade faaliyetinin (yazar irade etkinliği olarak isimlendirmektedir) gerçek anlamda irade beyanı

faaliyetinin irade beyanı niteliğinde olduğu görüşü de mevcuttur³⁹⁶. Bu doğrultuda, irade faaliyetlerinin, irade beyanı veya başka bir başlık içinde mi ele alınması gerektiği doktrinde farklı görüşlere sebebiyet vermiştir³⁹⁷. Zımni irade beyanı söz konusu olduğunda, beyan iradesi mevcut ama eksik olduğundan, irade faaliyetiyle zımni irade beyanı kavramları da birbirinden farklı değerlendirilmiştir³⁹⁸. Kanaatimizce daha yerinde olan bir görüşe göre, irade faaliyetinin mevcudiyeti halinde irade beyanının varlığından söz edilemese de muhatabın bahsi geçen fiili irade beyanı olarak anlamasının dürüstlük kuralı uyarınca makul olduğu hallerde, zımni irade beyanı varmış gibi sonuca gitmek gerekmektedir³⁹⁹. Beyan iradesi bulunmayan hallerde karşı tarafın haklı güveninin korunması için beyan sahibinin alışveriş hayatına katılan normal, makul ve dürüst bir kimseden beklenen özeni göstermeden hareket etmesi gerekmektedir⁴⁰⁰.

sayılmayacağı görüşünde olunduğu takdirde, irade beyanı yerine sadece irade etkinliğinden oluşabilen hukuki işlemler ortaya çıkabileceğinden; hukuki işlem ile irade beyanını özdeş tutma noktasında imkânsızlık olacağını belirtmektedir. Yazar salt irade faaliyeti ile oluşacak hukuki işlemlerin olduğunu da kabul etmektedir (SEROZAN, s. 324).

³⁹⁶ANTALYA, s. 147.

³⁹⁷SEROZAN, s. 324; SARIKAYA, s. 131-134, 170-173; OĞUZMAN/BARLAS, s. 208, dn. 346; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 145-146; EREN, s. 139-140; ANTALYA, s. 145. İrade faaliyetinin, aktif örtülü davranış olarak adlandırıldığı yönünde bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s. 5. İrade faaliyetinin zımni irade beyanından farklı olduğu yönünde bkz. DURAL/SARI, s. 162.

³⁹⁸EREN, s. 142. İrade faaliyetini, zımni irade beyanı içerisinde değerlendiren bir görüş için bkz. SEROZAN, s. 324. *Sarıkaya*'ya göre, irade beyanının güven teorisine göre değerlendirildiği bir sistemde, en azından yöneltmesi gereken irade beyanları bakımından irade faaliyeti kavramına gerek yoktur. Beyan iradesinin eksikliği halinde güven teorisi kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, belirli bir davranışın muhatap bakış açısıyla kendisine yönelen irade beyanı olup olmayacağı sorgulanmaktadır ve bu değerlendirme olumlu sonuçlanırsa beyan iradesi eksik olsa da ilgili davranış irade beyanı olarak kabul görmektedir. Yazara göre bu ihtimalde kabul iradesi, irade faaliyetinden ziyade güven teorisi uygulanarak zımni irade beyanı ile ortaya konmaktadır (SARIKAYA, s. 131-134). *Nomer*, irade faaliyeti ve etkinliği kavramını zımni irade beyanından ayrı bir başlık olarak incelese de spesifik olarak irade faaliyetlerinin bir tür zımni irade beyanı olup olmadığına değinmemiştir (NOMER, s. 50).

³⁹⁹ŞAHİN/ÇELT, s. 707-708. İrade faaliyetlerinin geniş anlamda zımni irade beyanlarıyla birlikte değerlendirilebileceği yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 145-146.

⁴⁰⁰KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 142.

c. Susma

Kural olarak pasif bir davranış olan susma, irade beyanı teşkil etmemektedir⁴⁰¹. Sükût ikrardan gelir ifadesi hukukta geçerli kabul edilmemektedir⁴⁰². Zira normalde yapılan öneriye kimsenin cevap verme yükümlülüğü olmadığından, kimse tek başına başka bir kimseyi sustuğu için sözleşme yapmaya zorlayamaz⁴⁰³. Bununla birlikte, istisnai olarak bir kimsenin susması zımni irade beyanı olarak kabul edilebilir⁴⁰⁴. Esasen kişi sustuğunda ortaya çıkacak sonucu öngörmüş ve istemiş olarak susmaya devam etmişse, bu davranış zımni irade beyanı teşkil etmektedir⁴⁰⁵. Tarafların susmanın kabul anlamına geleceğini kararlaştırmaları halinde de susma, gerçek anlamda zımni irade beyanı niteliği kazanmaktadır⁴⁰⁶. Bununla birlikte, aksi yöndeki görüşe göre, taraflar sözleşmelerinde susmanın kabul anlamına geldiğini kararlaştırmışsa, susma açık irade beyanı teşkil edecektir⁴⁰⁷. Kişinin kanundan ötürü ret beyanında bulunması gerekiyorsa ve kişiye yönelen irade açıklamasını kişi reddetmiyorsa, susma kabul anlamına gelecektir⁴⁰⁸. Bir görüşe göre, kanun kapsamında susmaya kabul beyanı sonucu bağlandığında, susmanın açık irade beyanı olacağı ifade edilmiştir⁴⁰⁹.

Susmanın irade beyanı olarak kabulü bir güven teorisi problemidir⁴¹⁰. Susma objektif unsur eksikliğinden ötürü gerçek anlamda bir irade beyanı sayılmamaktadır; ancak, güven teorisi gerektiriyorsa irade beyanı olarak hüküm doğurmaktadır⁴¹¹. Nitekim susulduğu takdirde normalde yok kabul edilecek bir irade beyanı, muhatabın kimliği veya işin doğası kapsamında yorumlanarak dürüstlük kuralı gereği, irade

⁴⁰¹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146; VON TUHR, s. 156; SEROZAN, s. 324. Kanunda aksine düzenleme olduğu takdirde susmanın kabul beyanı anlamına geleceği yönünde bkz. NOMER, s. 49; AYAN, s. 135; AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 90; EREN, s. 139; OĞUZMAN/ÖZ, s. 72; DURAL/SARI, s. 161. TBK m. 6 ve 503 hükümlerinden bu durumun anlaşıldığı yönünde bkz. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 82-83; ANTALYA, s. 148.

⁴⁰²NOMER, s. 50; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 217. Mecelle m. 67 kapsamında da bu prensip kabul edilmiştir (AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146).

⁴⁰³EREN, s. 138; VON TUHR, s. 183-184.

⁴⁰⁴KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146.

⁴⁰⁵OĞUZMAN/BARLAS, s. 211.

⁴⁰⁶TAŞATAN, s. 95.

⁴⁰⁷EREN, s. 138.

⁴⁰⁸OĞUZMAN/ÖZ, s. 72; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 64.

⁴⁰⁹ŞAHİN/ÇELT, s. 708.

⁴¹⁰OĞUZMAN/BARLAS, s. 211; TAŞATAN, s. 23. Güven teorisine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. "Güven Teorisi" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁴¹¹TAŞATAN, s. 16-17.

beyanı olarak kabul edilebilmektedir⁴¹². Güven teorisi kapsamında yorumlandığında irade beyanı olarak nitelendirilen susma, bu halde zımni niteliğe bürünecektir⁴¹³. Susmanın zımni irade beyanı sayılması için susanın, hareketinin zımni irade beyanı teşkil ederek kendisini bağlayacak bir hale bürünmesine yol açan olguları bilmesi veya en azından bilebilecek halde olması gerekmektedir⁴¹⁴. Keza öneri sahibinin iyiniyetli olarak somut olayın şartlarından diğer tarafın susmasının kabul beyanı teşkil ettiği sonucunu çıkarması ve diğer tarafın da, susmasının öneri sahibince kabul beyanı şeklinde yorumlanabileceğinin farkında olması gerekmektedir⁴¹⁵.

Susmaya hukuki sonuç atfedilen hallerin başında TBK m. 6 hükmü gelmektedir⁴¹⁶. İlgili hükme göre, “öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği⁴¹⁷ açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.”⁴¹⁸ Görüldüğü üzere, susmaya sözleşmenin kurulması hukuki sonucunun bağlanması kanundan kaynaklanabileceği

⁴¹²TAŞATAN, s. 23-24; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 64; DURAL/SARI, s. 161; Yargıtay 3. HD., 08.03.2021 tarihli ve 2020/5025 E., 2021/2396 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Susmanın irade beyanı olarak kabulü dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak yorum ile mümkün olup bu irade sorunundan ziyade yükümlülük sorunudur ve yükümlülük doğmuşsa susma bir irade açıklamasıdır (AKYOL, s. 37). Bir kişinin dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, cevap verme ya da bir davranış gerçekleştirme şeklinde aktif hareketi gerekiyorsa ve kişi bunu yapmıyorsa bu halde susmaya sonuç bağlanabilir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 212).

⁴¹³TAŞATAN, s. 47. Bununla birlikte, *Akyol*, susma söz konusu ise beyan iradesinin olmadığını ve fakat işlem güvenliği kaygısının beyanda bulunma niyeti eksikliğini bertaraf ettiğini ve susmanın zımni irade beyanı olarak kabul edildiğini ileri sürmektedir. *Akyol*’a göre, öneri kendisine ulaşan muhatapın genelde cevap verme yükümü olmadığından, susma olumlu, olumsuz veya zımni irade beyanı olarak değerlendirilmeyecektir (AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 90).

⁴¹⁴KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 148; AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 96; Yargıtay 11. HD., 19.09.2016 tarihli ve 2015/7624 E., 2016/7345 K. sayılı kararı, Yargıtay 14. HD., 21.09.2010 tarihli ve 2010/6852 E., 2010/8960 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

⁴¹⁵ESENER/GÜNDOĞDU, s. 65-66. *Kocayusufpaşaoğlu* bu şartları çok daha detaylı işlemektedir. Susmanın zımni irade beyanı sayılabilmesi için öncelikle olayın özelliği ile mevcut hal ve şartlar dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirildiğinde, susan kişinin aktif davranışta bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla muhatap kendisi tarafından bilinen ve bilebilecek tüm durum ve şartları dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirdiğinde, susanın cevap vermesi gerektiği sonucuna haklı olarak varmalıdır. İkinci şart ise susan kişinin susmasının zımni irade beyanı sonucu doğuracağına yol açan durum ve şartları bilmesi veya bilebilecek halde olmasıdır. Dolayısıyla susan kişide ya beyan iradesi bulunmalı ya da bu sonuca varılmasını doğuran olguları bilmesine veya bilebilecek olmasına rağmen gerekli özeni gösterip susmasının diğer tarafça nasıl yorumlanacağını farkına varmaması onun için ihmal teşkil etmelidir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146-148).

⁴¹⁶EREN, s. 139. Kabul beyanının sonuçlandırıcı olgular, ifa fiilleri veya susma ile meydana gelebileceği yönünde bkz. AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 88.

⁴¹⁷İşin özelliği ölçütünün tek başına yeterli olmadığı ve durumun gereği ibaresinin kanunda yer almasının susmanın güven teorisi ışığında değerlendirilmesi kapsamında yerinde olduğu yönünde bkz. AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 95. Benzer şekilde *Taşkın*’a göre, sadece işin özelliği esas alınarak susmaya kabul anlamı yüklenemez. Mutlaka somut olayın şartları da *-kanundaki ifadesiyle durumun gereği-* dikkate alınarak, işin özelliği ve somut olayın şartlarının susmaya kabul anlamı verilmesini haklı çıkarması gerekmektedir (TAŞKIN, s. 154).

⁴¹⁸TBK m. 6 hükmünün uygulama alanına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. TAŞKIN, s. 156-159.

gibi işin özelliği ya da durumun gereği de bunu gerektirebilecektir⁴¹⁹. Kanun, tarafların önceki ilişkileri veya tarafların akdettiği sözleşmeler de, susmanın hukuki sonuç doğurmasına sebep olabilir⁴²⁰.

Zımni kabulü düzenleyen TBK m. 6 hükmü güven teorisi uygulamasının özel bir halini oluşturmaktadır⁴²¹. Bu hüküm kapsamında, tarafların önceki ilişkilerinin sonucu olarak veya somut olaydaki işin niteliğinden, muhatabın kabul için beyanda bulunmasına gerek yoksa⁴²² ve öneride bulunanın muhatabın susmasının kabul anlamına geldiğini düşünerek açık kabul beklememesi konusunda haklı bir güveni söz konusuysa⁴²³, susmaya kabul anlamı atfedilebilmektedir. Bu duruma, süreklilik arz eden ticari ilişkilerde mal gönderileceğine yönelik bildirimden sonra muhatabın susması veya muhatap yararına sözleşmenin söz konusu olması halleri örnek olarak verilebilir. Dolayısıyla tarafların süregelen ticari ilişkileri dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirildiğinde susma halinde zımni irade beyanının var olduğu sonucu çıkarılabilecektir⁴²⁴.

TBK m. 1/2 hükmüyle de irade açıklamalarının örtülü olabileceği düzenlendiğinden bu hükmün zımni kabulü öngören TBK m. 6 hükmüyle ilişkisi öğretide tartışmalıdır⁴²⁵. TBK m. 1/2 hükmü gereğince susmanın zımni irade beyanı

⁴¹⁹FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 83; EREN, s. 138-139.

⁴²⁰AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 92.

⁴²¹SARIKAYA, s. 361. Bağışlama teklifi gibi niteliği gereği açık kabulün gerek olmadığı durumlarda, sözleşmeyi kurmak amacıyla susulduysa, zımni irade beyanının var olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 72. Muhatabın gerçekten sözleşme yapmak amacıyla susmasının önemli olmadığı ve burada bir irade karinesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. NOMER, s. 50. Güven teorisinin susmanın muhatap tarafından irade beyanı sayılmasının gerekliliği noktasında devreye girdiği ve bu hallerde irade karinesi ya da irade beyanı faraziyesinin olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 211. TBK m. 6 hükmünün güven teorisinin özel bir uygulama alanı olmasından hareketle, muhatabın işlem iradesi eksikliği halinde susması durumunda beyanda bulunan diğer tarafın işlem iradesi eksikliğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağı yönünde bkz. TAŞATAN, s. 95-96.

⁴²²TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 217-218; NOMER, s. 49-50; DURAL/SARI, s. 161.

⁴²³TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 217-218; EREN, s. 139; DURAL/SARI, s. 161.

⁴²⁴KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 147-148. Öte yandan, *Merz*'e göre tarafların aralarında süregelen şekilde uyguladığı beyan yöntemi, açık irade beyanı olabilir. Örneğin, ticari uygulamada önerinin bir süre reddedilmediğinde kabul edilmiş sayılması kapsamında susma hali gibi (MERZ, Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Universitätsverlag, Freiburg, 1992, s. 99, SARIKAYA, s. 139, dn. 383'ten naklen).

⁴²⁵TBK m. 1/2 hükmü, hem önerinin sonuçlandırıcı olgular, irade faaliyeti ve susma şeklinde zımni irade beyanları ile hem de kabulün sonuçlandırıcı olgular, irade faaliyeti ve susma şeklindeki zımni irade beyanları ile yapılabileceğini düzenlerken TBK m. 6 sadece kabul bakımından susmaya hüküm ve sonuç bağlamaktadır (AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 94). Dolayısıyla TBK m. 1/2 hükmünün TBK m. 6 hükmünü kapsadığı yönünde bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s. 6. TBK m. 1/2 ile m. 6 arasındaki ilişkiye yönelik daha detaylı açıklamalar için bkz. ESENER/GÜNDOĞDU, s. 67-69; TAŞKIN, s. 147-151.

sayılabilmesi için öncelikle, kişinin somut olayın koşulları ve dürüstlük kuralı gereğince aktif davranışta bulunma yükümlülüğü olmalıdır⁴²⁶. Cevap verme yükümlülüğü öneride bulunanın, açık kabul beyanı beklemeden muhatabın susmasının kabul olacağını varsaydığı hallerde doğar⁴²⁷; ancak, muhatabın susmasının kabul beyanı olarak yorumlanması dürüstlük kuralı sebebiyledir⁴²⁸. Muhatabın cevap vermesi gerekirken cevap vermemesi, güven teorisi ve dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilirken; öneride bulunan, susmaya ilişkin tüm objektif ve subjektif şartları değerlendirmelidir ve öneride bulunanın muhatabın susmasına iddia ettiği anlamı vermeye hakkı olup olmadığı sorgulanmalıdır⁴²⁹. Dolayısıyla öneride bulunanın, muhatabın susmasını güven teorisi uyarınca olumlu beyan olarak yorumlaması yerinde olmalıdır⁴³⁰.

Uluslararası ticarete sıkça kullanılan teyit mektupları, susmanın hukuki sonuç doğurduğu mektuplardır⁴³¹. Teyit mektuplarının amacı, TTK m. 21/3 hükmünde ifade edildiği şekliyle kurulmuş bir sözleşmenin içeriğini doğrulamak ve sözleşmenin esaslı unsurları haricinde belirlenmeyen veya sözleşme görüşmelerinde üzerinde hiç durulmayan ikincil noktaları bakımından kesinlik sağlamaktır⁴³². Teyit mektubunu alan tarafın susmasına, teyit mektubunda yer alan hukuki sonuçla bağlı kalması sonucunun bağlanması, dürüstlük kuralından kaynaklanacağı gibi bunu kanun da

⁴²⁶KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146; DURAL/SARI, s. 161; ATAAY, s. 263; OĞUZMAN/ÖZ, s. 72. Muhatabın ret iradesini açıkça ortaya koyması gereken hallerde susmasının kabul olarak nitelendirilmesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. GÜVENÇ, s. 361. Yazar burada somut olayın şartları ve işin özelliğine atıf yapmaksızın özel yükümlülüklerden söz etmiştir (KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 63).

⁴²⁷TAŞATAN, s. 24. Cevap verme zorunluluğu bulunmayan bazı durumlarda dahi, dürüstlük kuralı gereğince cevap vermesi gerekirken bunu yapmayan kimsenin iradesinin zımni irade beyanı teşkil edebileceği yönünde bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 213.

⁴²⁸EREN, s. 138-139. Cevap verme yükümünün varlığı, susmanın doğrudan kabul anlamına gelmesi için yeterli değildir. Ayrıca susmanın kabul sayılmasının kurucu unsurlarından olan cevap verme yükümünün olmadığı hallerde de, güven teorisi tek başına susmayı kabul addetmeye yetmeyecektir (AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 97).

⁴²⁹AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 95-96.

⁴³⁰KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146-147.

⁴³¹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 148. TTK m. 21/3 hükmünde, teyit mektubunu alan kişinin susmasına anlam atfedilmiş ve susma, muhatabın önceden sözlü olarak veya başka şekilde ortaya koyduğu iradesinin tıpkı teyit mektubunda ifade edildiği gibi olduğu konusunda kabulü olarak değerlendirilmiştir (KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 65-66). Tarafların satın alma işlemiyle ilgili temel unsurlar üzerinde sözlü anlaşmaya varmasının ardından satıcı veya alıcının, bu temel unsurları yazılı hale getiren teyit mektubu göndermesinin uluslararası ticari uygulamada oldukça yaygın olduğu yönünde bkz. VAN DEN BERG, NYC, s. 205; OĞUZMAN/ÖZ, s. 81.

⁴³²AYHAN Rıza, "Teyit Mektupları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 2, 2013, s. 66.

öngörmüş olabilir⁴³³. Zira teyit mektupları, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴³⁴ kapsamında ticari işlere ilişkin özel olarak düzenlenmiştir. Böylece muhataba yazılan mektupta belirtilen sözleşme, muhatabın susması neticesinde teyit mektubundaki haliyle kurulmaktadır⁴³⁵. Bu halde, teyit mektubunu gönderen kişinin mektubun içeriğinin ortaklaşa kabul edildiği konusunda haklı güveni korunacağından, kanun muhatabın susmasına kabul anlamı vermektedir⁴³⁶. Teyit mektubunu alan taraf, susarak mektubun içeriğine itirazda bulunmuyorsa ve bu durum ticari hayat kurallarıyla somut olayın hal ve şartları değerlendirildiğinde, dürüstlük kuralı gereği diğer tarafın mektup içeriğini kabulü olarak yorumlanabiliyorsa, teyit mektubu olduğu gibi kabul edilmiş sayılmaktadır⁴³⁷. Dürüstlük kuralı, TTK m. 21/3 hükmü için de geçerlidir ve bu bağlamda yapılacak tüm değerlendirmelerde göz önüne alınmalıdır⁴³⁸.

TTK m. 21/3, bildirici ve kurucu teyit mektuplarını birlikte düzenlemiştir⁴³⁹. Teyit mektupları önceden ortaya koyulan taraf iradelerinin uyduğu teyit amaçlı bildirici etkiye haiz bir şekilde gönderildiğinde⁴⁴⁰, ispat aracı işlevi görmektedir⁴⁴¹. Öte yandan, taraflarca daha önce üzerinde anlaşılan konulardan başka veya değişik

⁴³³ANTALYA, s. 149.

⁴³⁴RG., T. 13.01.2011, S. 6102. Ticari iş kavramına girmeyen iş ve ilişkiler kapsamında yapılan mektuplaşmalar, itirazda bulunulmaması halinde ilgili kişinin mektubun içeriğini kabul ettiğini varsayan TTK m. 21/3 hükmünde düzenlenen sonucu doğurmamaktadır. Nitekim tacir sıfatını haiz olmayan muhataba bu derece ağır bir külfet yüklemek uygun değerlendirilmemektedir (NOMER, s. 46). Sadece tacirin diğer bir tacire gönderdiği teyit mektubuna dayanabileceği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 81. Öte yandan, teyit mektupları genelde tacirler arasında kullanılmakta ise de tarafların her zaman tacir olmasına gerek olmadığı yönünde bkz. AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 99. TBK m. 14/2 hükmü ile de teyit mektuplarının düzenlendiği yönünde bkz. ANTALYA, s. 149. Ticari olmayan bazı işlerde de itiraz edilmeyen teyit mektuplarına susmanın somut olayın şartları uyarınca kabul beyanı sayılabileceği yönünde bkz. EREN, s. 142.

⁴³⁵ANTALYA, s. 148-149.

⁴³⁶EREN, s. 141. Teyit mektubu kendisine iletilen muhatabın susmasının kabul beyanı sayıldığı hallerden bazıları şu şekildedir: Muhatabın tacir sıfatını haiz olması ve mektubun konusunun iştigal alanında olması, ticari teamül gereği cevabın şart olması, mektubu ileten ve alan tarafların tacir sıfatına sahip olması, taraflar arasında senelerdir süren ilişki çerçevesinde bu tür mektupların teati edilmiş olması, muhatap yüzünden teyit mektubunun iletilmiş olması ya da mektubun içeriğinin muhatap lehine olması, tarafların tacir olduğu senaryoda teyit mektubunun tarafların görüşmesinden hemen sonra kaleme alınması ve bunun açıkça anlaşılması, muhatabın mektup konusu sözleşmeyi kısmen ifa etmiş olması (AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 100).

⁴³⁷KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 148-149.

⁴³⁸KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 151.

⁴³⁹AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 101.

⁴⁴⁰TAŞATAN, s. 98; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 65.

⁴⁴¹TAŞATAN, s. 98; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s. 65. Sadece sözlü sözleşme görüşmelerini bizzat yansıtan teyit mektuplarının ispat aracı olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 149. Teyit mektubunun süresinde itiraz edilmediği takdirde ancak başka bir kesin delille çürütülebilecek bir karine teşkil ettiği yönünde bkz. NOMER, s. 46.

hususlar içeren teyit mektupları, yeni bir öneri teşkil etmektedir⁴⁴². Bu anlamda, ilgili teyit mektubunu alan muhatabın susması, dürüstlük kuralına göre yapılacak değerlendirmeye kabul beyanı olarak değerlendirilebilir⁴⁴³. Bu halde, teyit mektubu kurucudur⁴⁴⁴ ve kabul zımni niteliktedir⁴⁴⁵.

3. Farazi İrade Beyanı

Farazi irade beyanı, tarafların iradelerini gerçek anlamda hiç açıklamamış olması şartıyla, “*iradenin tartışıldığı meseleye ilişkin olarak bu şekilde bir irade gösterirlerdi*” şeklinde bir değerlendirmenin yapıldığı durumlarda söz konusu olan irade beyanlarına verilen addır⁴⁴⁶. Zımni irade beyanı ve farazi irade beyanının en

⁴⁴²TAŞATAN, s. 98; GÜVENÇ, s. 363-364. Teyit mektubuna zamanında itiraz edilmemesinin, sözleşmeyi değiştirici etkiyi haiz olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 82. Teyit mektubunun karşı tarafa sözlü şekilde sözleşmenin yapıldığını veya yapılan sözleşmenin değiştirildiğini ya da sonlandırıldığını bildirmek için gönderildiğinde teyit mektubunun ilke olarak kurucu nitelikte olduğu ancak teyit mektubunun sözlü anlaşmaya uygun olmaması halinde kurucu etkisinin olmadığı yönünde bkz. EREN, s. 141. Teyit mektubunu aldıktan sonra susan tarafın, daha sonra teyit mektubunun sözlü olarak yapılan sözleşme görüşmelerini doğru yansıtmadığını ileri sürmesi durumu ayrıca tartışılabilir. Kurucu nitelik taşıyan teyit mektupları söz konusu olduğunda, TBK m. 6 hükmü kapsamında sözleşmenin zımni kabul neticesinde kurulduğu sonucuna varılabilse de, taraflar arasındaki sözlü görüşmelerden ayrılan teyit mektupları bakımından, teyit mektubunu farklı içerikte gönderenin kötü niyetli olup olmamasına göre farklı değerlendirme yapılabileceği gibi teyit mektubuna sözlü görüşmelerden farklı olarak eklenen hususların sözleşmenin ikinci derecede bazı noktaları tamamlamasına göre ya da gönderenin niyeti önemli olmaksızın karşı tarafın menfaatlerini ciddi anlamda zedelemesine ve bu durumunda dürüstlük kuralı kapsamında susmanın kabul anlamına gelmesi yorumuna müsait olmaması haline göre farklı değerlendirme yapılabilmesi mümkündür (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 149-151).

⁴⁴³TAŞATAN, s. 98-99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 149; OĞUZMAN/ÖZ, s. 81-82. Eren, öneri sayılan teyit mektubu karşısında susulmasının doğrudan kabul sayıldığını belirtmiştir (EREN, s. 141).

⁴⁴⁴TAŞATAN, s. 98. “*Buna mukabil, gönderilen teyit mektubu, sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmekle birlikte yan unsurlar hakkında açıklamayı da içeriyorsa, teyit mektubuna süresi içinde itiraz edilmemesi kurucu bir nitelik arz eder.*” (AYHAN, s. 67). Taraflarca müzakere edilen ikinci derecedeki noktalardan farklı hususlar içeren teyit mektuplarının kurucu nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. AKYOL, *Genel Hükümler*, s. 98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 149; NOMER, s. 46. Eren, muhataba sözleşmenin akdedildiğini, değiştirildiğini veya sonlandırıldığını bildiren teyit mektuplarının ancak daha öncesinde yapılan sözlü görüşmelere uygun olması halinde kurucu niteliğe sahip olduğunu belirtir (EREN, s. 141).

⁴⁴⁵TAŞATAN, s. 98. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, cevapsız bırakılan teyit mektubunun kurucu niteliğine dair, zımni kabule ilişkin kanuni düzenlemenin sözlü akdedilen sözleşmelerin teyit mektubu formatına büründüğü ve muhatabın uygun sürede itiraz etmediği durumlara da kıyasen uygulanacağını kabul ile tarafların esaslı unsurlarda anlaşmamış olmaları halinde dahi, gönderenin bile isteye yalan beyanda bulunması hali hariç olmak üzere hukuki sonuç doğuracağını kabul etmiştir. Bu kabulün esas nedeni dürüstlük kuralı olmakla birlikte, bu kuraldan sapma halinde muhatap herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir. Sapmanın varlığı ise gönderenin subjektif yaklaşımıyla değil, objektif birtakım kriterler çerçevesinde çözümlenmelidir. Ayrıca dürüstlük kuralına uygun bir değerlendirme yapılırken teyit mektubuna kurucu etki tanınacak sınırlar, dürüstlük kuralının uygulanmasından kaynaklı hukuki bir problem teşkil etmektedir (Karar No: ATF 114 II 250, JdT 1989 I 591, Karar için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 20-22).

⁴⁴⁶AKSOY DURSUN, s. 102-103. Farazi iradenin, hâkimin objektif olarak taraf menfaatleri ve diğer objektif unsurları değerlendirmesiyle ya da subjektif olarak taraf iradelerini tahmin etmesiyle tespit edildiği yönünde bkz. TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku

önemli farkı, zımni irade beyanının gerçek bir irade olmasına karşın farazi irade beyanının yaratılmış nitelikte olmasıdır⁴⁴⁷.

C. Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Zımni İrade Beyanının Kabulünde Uygulama Alanı Bulması

Zımni irade beyanının tespiti somut olayın şartlarının dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması ile mümkün⁴⁴⁸ olup zımni irade beyanının varlığının kabulü için iradenin ortaya konmak istenildiği ve başkaca bir yorumun mümkün olmadığı yönünde inandırıcı işaretlerin varlığı gerekmektedir⁴⁴⁹. Konumuz açısından düşünüldüğünde, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanı ile akdedildiğinin kabul edildiği hallerde zımni tahkim iradesinin tespitinin dürüstlük kuralına ve bu dürüstlük kuralı temelli güven teorisine sırtını dayadığı ve gücünü ondan aldığı sarıh biçimde görülmektedir. Bu sebeple, bu kısımda kısaca dürüstlük kuralı kavramı ve işlevi ile güven teorisi aktarılacak ve “*Zımni Tahkim İradesinin Kabulünde Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Rolü*” başlığı altında ise dürüstlük kuralı ve güven teorisinin tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kuruluşundaki rolü açıklanacaktır. Tarafların tahkim iradesi yorumlanırken uygulama alanı bulan dürüstlük kuralı, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir işleve sahip olmadığından bu başlık ile yapılacak açıklamalar tahkim anlaşmalarının kurulmasıyla sınırlı olarak yapılacaktır.

1. Dürüstlük Kuralı Kavramı ve İşlevi

Dürüstlük kuralı, sadece maddi hukuk ile sınırlı olarak değil hukukun tüm alanlarında uygulanan temel bir hukuk prensibidir⁴⁵⁰. Dürüstlük kuralı, hâkim tarafından re’sen dikkate alınacak şekilde⁴⁵¹, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu⁴⁵² m.

Kuralları, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Aralık 2020, s. 284; ESEN, *Teşmil*, s. 21.

⁴⁴⁷AKSOY DURSUN, s. 102-103.

⁴⁴⁸AKYOL, s. 37.

⁴⁴⁹FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 82.

⁴⁵⁰OĞUZMAN/BARLAS, s. 280-283; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 60-61. Dürüstlük kuralının, ahde vefa ve güven ilkesi gibi alt ilkeleri doğurduğu yönünde bkz. YHGK, 30.01.2013 tarihli ve 2012/670 E., 2013/171 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁴⁵¹AKYOL, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 9-10; OĞUZMAN/BARLAS, s. 344.

⁴⁵²RG., T. 22.11.2001, S. 4721.

2 hükmünde “herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır” demek suretiyle düzenlenmiş olup bu kurala aykırılığın yaptırımını TMK m. 2/2 hükmü kapsamında “bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” şeklinde öngörülmüştür. Dürüstlük kuralı, hukuk sükelerine yükümlölük yükleyen genel bir kural olup⁴⁵³ bu kimselerden “namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranışı” ifade etmektedir⁴⁵⁴. Hukuki işlemlerin yorumlanması ve tamamlanması ile borçların ifası noktasında kilit rol oynayan⁴⁵⁵ dürüstlük kuralı tarafların hak ve borçlarının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁵⁶.

Dürüstlük kuralının tanımını yapmak oldukça zordur⁴⁵⁷. *Lex mercatoria*’nın⁴⁵⁸ bir parçası ve milletlerarası sözleşmeler hukukunun⁴⁵⁹ temel prensiplerinden birisi olan bu kural, sözleşme taraflarının sözleşmelerin müzakere süreci, kuruluşu, ifası ve yorumuna ilişkin olarak dürüst davranma borcu olarak tanımlanabilir⁴⁶⁰. Dürüstlük kuralı, hukuk kurallarıyla çözülemeyen hukuki uyuşmazlıkları çözerek adaletin gereğini yerine getirmektedir⁴⁶¹. Dürüstlük kuralının temel amacı, kanunun katı uygulanması neticesinde doğması muhtemel hakkaniyete aykırı sonuçların

⁴⁵³ AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 5; OĞUZMAN/BARLAS, s. 278-279.

⁴⁵⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s. 279; DURAL/SARI, s. 203-204. Bu yönde verilen kararlar için bkz. Yargıtay 10. HD., 25.09.2024 tarihli ve 2024/8583 E., 2024/9048 K. sayılı kararı, Yargıtay 10. HD., 25.09.2024 tarihli ve 2024/7411 E., 2024/9049 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

⁴⁵⁵ AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 6; OĞUZMAN/BARLAS, s. 311-322.

⁴⁵⁶ AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 6.

⁴⁵⁷ Dürüstlük kuralı ve iyiniyet prensibine ilişkin “neredeyse cevapsız sorularla dolu karmaşık bir hukuki arı kovani” benzetmesi için bkz. ZELLER Bruno/ANDERSEN Camilla Baasch: “Good Faith- The Gordian Knot Of International Commerce”, *Pace International Law Review*, C. 28, S. 1, Bahar 2016, <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol28/iss1/1/>, s. 1.

⁴⁵⁸ *Lex mercatoria*’nın ortak sözleşmesel ve ticari uygulamalardan türetilmiş bir kavram olduğu yönünde bkz. MEYNIEL, s. 54. *Lex mercatoria* hakkında daha detaylı bilgi için bkz. OĞUZ Arzu: “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*)-Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 3, Ağustos 2001, s. 11-52.

⁴⁵⁹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 7/1 hükmü (Antlaşma metninin İngilizce ve Türkçe versiyonu için bkz. <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/cisg-metni/>), UNCITRAL Model Kanunu m. 2A hükmü, Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Unidroit İlkeleri 2010 m. 1.7 hükmü (İlgili hükmün orijinal versiyonu için bkz. <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>) örnek verilebilir.

⁴⁶⁰ AYOĞLU, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2011, s. 128-129. Dürüstlük kuralının uygulama alanı her hukuk sisteminde aynı değildir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 3-5; GÜLTEKİN, Esra, *CISG Açısından Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 61-69.

⁴⁶¹ Tıpkı Akylol’un dürüstlük kuralına hasrettiği kitabının önsözünde belirttiği gibi, “*Dürüstlük kuralı hukuku daha insani boyutları yücelten bir kuraldır. Adaletin tatmin etmediği özel durumlar olabilir. Dürüstlük kuralı müdahale eder, adili hakkaniyete çevirir.*” (AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 15).

önlenmesidir⁴⁶². Her ne kadar önemli bir amaca hizmet ediyor olsa da sınırlı bir uygulama alanına sahip dürüstlük kuralı, mutlaka gerekçesi açıklanarak uygulanmalıdır⁴⁶³.

Dürüstlük kuralı maddi hukuk alanında temel bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte, yargılama hukuku bakımından da oldukça önemli bir role sahiptir⁴⁶⁴. Örneğin, HMK m. 29 hükmünde, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 124/3 ve 327 hükümlerinde de yargılama hukuku bakımından dürüstlük kuralına atıf yapılmaktadır⁴⁶⁵. Yargılama özelinde dürüstlük kuralına ilişkin getirilen düzenlemelere, İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 52⁴⁶⁶ hükmü de örnek verilebilir. Yargılama bakımından taraflara verilen dürüst davranma ödevi, sağlanması hedeflenen hukuki korumanın elde edilmesini sağlamaktadır⁴⁶⁷.

2. Güven Teorisi

İrade beyanları, tarafların ilgili beyana değişik anlamlar vermesi sebebiyle yoruma ihtiyaç duyabilir⁴⁶⁸. Özellikle iradeyi açıklamak için kullanılan araçların doğurduğu anlam açık değilse, hâkim veya hakem bunların gerçek anlamını araştırmaya girişecektir⁴⁶⁹. İrade beyanlarının yorumunda irade teorisi, beyan teorisi veya güven teorisi gibi yorum metotlarından faydalanılmaktadır⁴⁷⁰. İrade teorisi ve

⁴⁶²OĞUZMAN/BARLAS, s. 340. “Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukukî yolların kapalı bulunduğu hâllerde, MK. m. 2 f. 2 hükmünün amacı zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır.” (YİBBGK, 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁴⁶³OĞUZMAN/BARLAS, s. 341-344; YHGK, 20.02.2020 tarihli ve 2017/2618 E., 2020/184 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁴⁶⁴PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 208-210; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Aralık 2020, s. 170; OĞUZMAN/BARLAS, s. 280-284; KILIÇOĞLU, Evren, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2021, www.lexpera.com, s. 215; YILMAZ, s. 232-233.

⁴⁶⁵HMK m. 124 hükmünde, dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edileceği düzenlenirken, HMK m. 327 hükmünde dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk düzenlenmektedir.

⁴⁶⁶“All those who participate in proceedings must act in good faith.” (İlgili hükmün İngilizce versiyonu için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/en>).

⁴⁶⁷OĞUZMAN/BARLAS, s. 280-283; ÜÇÜNCÜ, S. Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2019, www.lexpera.com, s. 176.

⁴⁶⁸EREN, s. 150.

⁴⁶⁹EREN, s. 150.

⁴⁷⁰TAŞATAN, s. 18-19; EREN, s. 152-162; DENİZ, Defne, Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu’ndaki Temsil İlişisine Yansımaları, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2022, www.lexpera.com, s. 23 vd.

beyan teorisi, Türk hukukunda kabul edilmemektedir; ancak, güven teorisi Türk ve İsviçre hukuklarında yaygın olarak uygulanmaktadır⁴⁷¹.

TBK kapsamında düzenlenmeyen güven teorisinin temeli, hukuki güven ve istikrarı sağlamak amacından hareketle dürüstlük kuralı ve hakkaniyettir⁴⁷². İşlem ve hukuk güvenliği ile ticari hayatın sürekliliğinin sağlanması için oldukça önemli olan⁴⁷³ bu teori kapsamında irade beyanları, dürüstlük kuralı uyarınca objektif olarak sözleşmenin bütünlüğü ve amacı unutulmadan yorumlanmalıdır⁴⁷⁴. Böylece gerçek irade dolaylı kanıtlar ve tarafların irade beyanlarının yorumlanması çerçevesinde belirlenecektir⁴⁷⁵. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespitinde sözleşmenin

⁴⁷¹TAŞATAN, s. 18-20; ANTALYA, s. 293. Türk hukukunda TBK m. 19 hükmü kapsamında, beyan teorisinin, m. 1/1 hükmü kapsamında ise irade teorisinin kabul edilmediği yönünde bkz. EREN, s. 153, 155. Öte yandan, irade teorisinin Türk ve İsviçre hukukunda öncelikli uygulandığı yönündeki aksi görüş için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 48. İrade teorisinde, beyan sahibinin irade beyanına vereceği anlam esas alınarak irade beyanı yorumlanmaktadır. İrade teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 152-153; ANTALYA, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 132-135. Beyan teorisi ise, beyan sahibinin gerçek iradesinden ziyade beyanı esas almakta ve kendi içinde objektif ve sübjektif beyan teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Beyan teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 153-155; ANTALYA, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 132-135.

⁴⁷²EREN, s. 155-156; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 78-79, 185. YHGK, 30.01.2013 tarihli ve 2012/670 E., 2013/171 K. sayılı kararı kapsamında güven kavramı oldukça detaylı bir şekilde ifade edilmiştir: *“Güven kavramı, anlam itibarıyla sadece, etik ve moral beklentilerin mevcut olduğu bir kavram değildir. O, aynı zamanda, toplum içerisindeki bireylerin iletişimde çok ciddi rol oynayan ve bazı durumlarda eksik kalmış, tamamlanamamış ya da üstü kapalı olarak geçirilmiş, bazı irade beyanlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli derecede etkisi olan psikolojik-sosyolojik bir kavramdır. Bilgilendirme gereksinimi içinde, güven kavramının, ekonomik, sosyal ve kültürel anlamları da mevcuttur. Bir görüşe göre güven kavramı, toplum içerisinde, bir bireyin diğer bireylerle olan ilişkilerini tanımlayan; bu ilişkilerin yorumlanmasında kullanılan; ya da o bireyin geleceği ile ilgili olan olaylarda yol gösterici bir rol oynayan, tamamen insanın kendi iç dünyasıyla ilgili bir davranış, bir ruh hali, bir zihniyet, bir anlayıştır. Güven kavramının temelinde; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük, içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmakta; güven kavramının anlamı da sayılan bu ilkelere dayanmaktadır. Bu anlamda güven, iki taraflıdır. Bir birey ya karşısındakine güvenir, ya da karşısındaki, o bireye güven verir. Bir kimsenin, çevresine verdiği güven, aynı derecede bir karşılık ve hukuki olarak korunma gerektirmektedir. Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Kendisine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretide ileri sürülmüştür.”* (YHGK, 30.01.2013 tarihli ve 2012/670 E., 2013/171 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁴⁷³KALKAN OĞUZTÜRK, s. 49; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 78-79, 185.

⁴⁷⁴TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 338; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 151; OĞUZMAN/BARLAS, s. 314, 317. Güven teorisi, bir tarafın iç iradesine aykırı olması hilafına yorumlanan beyan ve davranışına objektif anlam verilmesini sağlamaktadır. Bir sözleşme metin olarak açık gibi gözükse de sadece lafzi yorum yapılamayacağından *-ki lafzi anlamdan kopmak için ciddi nedenler bulunmalıdır-* bu belirleyici olmayacaktır ve sözleşme amacı da dahil olmak üzere bir bütün olarak yorumlanmalıdır (Karar No: ATF 130 III 417, JdT 2004 I 268 (SJ 2004 I 533), Karar için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 143-145).

⁴⁷⁵TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 203-204.

süregelen uygulanma biçimi de önem taşımaktadır⁴⁷⁶. Bu anlamda, beyanda bulunulma anı ve yerindeki hal ve şartlar ile tarafların sahip olduğu spesifik bilgi ve özellikler de dikkate alınmalıdır⁴⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi, irade beyanının somut olayın tüm koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁷⁸. Bu anlamda, sadece sözleşmenin kuruluş aşamasındaki davranışların dikkate alınması suretiyle güven teorisinin sınırlı uygulanacağı doktrinde ifade edilmiştir⁴⁷⁹.

Güven teorisine, hukuki işlemin varlığına karar verilirken ve var olduğuna karar verilen hukuki işlem yorumlanırken başvurulmaktadır⁴⁸⁰. Böylece gerçek irade beyanının varlığı, içeriği veya muhatabı gibi hususlar netleştirilmektedir⁴⁸¹. Benzer şekilde, irade açıklanarak dış dünyada varlık kazansa bile bazen anlaşılabilir olması bakımından açıklanırken mevcut olan koşullara göre değerlendirme yaparak gerçek anlamının yorum yoluyla tespiti gerekebilmektedir⁴⁸². Susma hali de dahil olmak üzere, zımni irade beyanları yorumlanırken güven teorisi esas alınmaktadır⁴⁸³. Özellikle taraflardan birinin beyanının yorumlanması çerçevesinde mevcut hukuki problem çözülecekse, güven teorisinden doğrudan yararlanmak gerekmektedir⁴⁸⁴.

Hâkim veya hakem, önce beyanın gerçek ve subjektif anlamını yorumlamalı ve fakat bunun beyana anlam vermeye yetmediği hallerde beyanın objektif anlamını

⁴⁷⁶FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 257-258; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 153. Bu yönde verilen Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 1. HD., 29.09.1989 tarihli ve 1989/9085 E., 1989/10692 K. sayılı kararı, YHGK, 09.06.1978 tarihli ve 1978/261 E., 1978/567 K. sayılı kararı, YHGK, 18.11.1983 tarihli ve 1981/420 E., 1983/1173 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

⁴⁷⁷FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 89.

⁴⁷⁸Karar No: ATF 143 III 157, JdT 2017 II 383, Karar için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 298-299.

⁴⁷⁹Objektif yorum faaliyetinde hâkimin, dürüstlük kuralından doğan güven teorisini uygulayarak her iki tarafın perspektifinden sadece sözleşmenin kuruluş aşamasını dikkate alacağı ve sonraki davranışların yorum açısından etkili olmayacağı yönünde bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 206, 337. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, tarafların sözleşmenin kurulmasından sonrasına ilişkin davranışlarını sadece fiili iradenin tespitinde dikkate alabileceğinden hareketle, güven teorisine göre sözleşmelerin yorumunda dikkate almadığı karar örnekleri için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 43, dn. 33.

⁴⁸⁰OGUZMAN/BARLAS, s. 311-312.

⁴⁸¹TAŞATAN, s. 20.

⁴⁸²TAŞATAN, s. 17.

⁴⁸³TAŞATAN, s. 43-47. "Yorumu şüpheye mahal bırakmayan ve sadece bir anlama gelecek bir davranışın varlığı halinde güven prensibinden hareketle zımni irade beyanının varlığı kabul edilebilir; ancak her daim pasif davranışın kişiyi yükümlülük altına sokacak bir irade beyanı ve özellikle kabul olarak nitelendirilemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır." (Karar No: ATF 123 III 53, JdT 1999 I 179 (SJ 1997 409), Karar için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 58-59).

⁴⁸⁴KALKAN OGUZTÜRK, s. 46.

araştırmalıdır⁴⁸⁵. Dolayısıyla güven teorisine göre irade beyanına atfedilen anlam, somut olayın özelliklerine göre beyana verilen objektif anlam olsa da bu objektif anlam, her iki tarafın gerçek iradesinden bağımsız olarak tek başına belirleyici olmamaktadır. Nitekim güven teorisinin temel amacı, tarafların irade beyanlarına farklı anlamlar yüklemesi halinde hangi tarafın güveninin korunması gerektiğini tespit etmektir⁴⁸⁶. Bu anlamda güven teorisi, beyan sahibi ve muhatabın haklı menfaatlerini dengeli olarak gözetken ve taraf çıkarları arasında adil denge kuran normatif bir yorum teorisidir⁴⁸⁷. Zira hem muhatabın dürüstlük kuralı kapsamında beyana vermesi gereken anlama haklı güveni hem de beyan sahibinin gereken özeni göstererek aktardığı beyanının makul bir şekilde anlaşılacağına dair haklı güveni temin edilmektedir⁴⁸⁸. Dolayısıyla muhatabın beyanı halihazırda nasıl anladığından ziyade nasıl anlaması gerektiği önem arz etmektedir⁴⁸⁹.

Bununla birlikte, güven teorisine göre, asıl olarak muhatabın haklı güveninin korunduğunu söylemek mümkündür⁴⁹⁰. Muhatabın duyduğu güven, beyanda bulunanın gerçek iradesiyle çelişen beyanlarını tam irade beyanı haline

⁴⁸⁵EREN, s. 158. Hâkimin hukuki işlemin yapıldığı esnada tarafların gerçekten istediklerine odaklanarak gerçek ve ortak iradelerinin tespiti için yaptığı yorum, subjektif yorumdur. Şayet hâkim, subjektif yorum neticesinde irade tespiti yapamazsa, sözleşmeyi alternatif şekillerde yorumlamaktadır ve tarafların işlem anında objektifleştirilen iradelerini tespit etmeye çalışmaktadır (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 333-337).

⁴⁸⁶SARIKAYA, s. 102.

⁴⁸⁷TAŞATAN, s. 19-20; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 19; EREN, s. 157-162; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 134.

⁴⁸⁸KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 134; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Güven Nazariyesi*, s. 9; ANTALYA, s. 141. Güven teorisi kapsamında yapılacak incelemenin normatif haklılık bakış açısıyla, diğer bir ifadeyle, sadece korunmayı hak eden güvenin korunacağı bakış açısıyla, yapılacağı yönünde bkz. SEROZAN, s. 278. “Bilindiği ve müşahade edildiği gibi, çoğu kez tarafların yapmış olduğu sözleşmelerde kullanılan sözler, gerçek ve ortak amaçları tereddütsüz belirtecek yeterlikte ve açıklıkta değildir. Sözleşmelerde ve bütün hukuki işlemlerdeki kesinlik ifade etmeyen irade beyanlarının gerçek anlam ve amacı hâkim tarafından BK. 18/1'e göre, yorum yoluyla tespit edilecektir. Gerek sözleşmelerin kurulmasında ve gerekse yorumunda bilimsel ve yargısal görüşler (irade teorisi) nden ayrılmış ve tarafların iradelerine değil, beyanlarına üstünlük tanıyıp, sözleşmelerin kurulmasında iradelerde değil, irade beyanları arasında bir uygunluğun şart ve yeter olduğu sonucuna varmıştır. Sözleşmelerin yorumunda da kabul edilen bu teori (güven prensibi) dir. Beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına ya da kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralları gereğince değerlendirilerek nasıl anlaması gerektiğine bakılması icabeder ki, bu (güven ilkesi) nin bir sonucudur. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında aynı ilkeyi açıkça benimsemiştir. (HGK. 3.4.1963 gün 2/93 E., 29 K.)” (Yargıtay 4. HD., 26.10.1978 tarihli ve 1977/13113 E., 1978/12134 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁴⁸⁹TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 78-79; TAŞATAN, s. 19-20; OĞUZMAN/BARLAS, s. 314-316.

⁴⁹⁰KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 133-134.

getirmektedir⁴⁹¹. Dolayısıyla beyan sahibinden ziyade muhatapın bakış açısı esas alınarak tarafların irade beyanları objektif yorum yöntemiyle yorumlanmaktadır⁴⁹². Her ne kadar yapılacak yorumun merkezi muhatap olsa da bu yorum subjektif bakış açısı ile değil; somut olayın şartları ve dürüstlük kuralı ilkeleri ışığında yapılacağından muhatapın bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durum ve şartlar muhatapın beyana verdiği anlamı haklı çıkarmalıdır⁴⁹³. Güven teorisinde söz konusu olan objektiflik, somut olayın koşullarından ve taraflara dair bilgilerden kopuk olmadığından içinde subjektif unsurlar barındırmaktadır⁴⁹⁴. Buna göre, güven teorisi, muhatapın beyan sahibini doğru anlamak için dürüstlük kuralının gereği olarak kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği ve muhatapın irade açıklamasını makul ve dürüst bir kişi olarak somut olayın tüm hal ve şartları çerçevesinde nasıl anlayacağı ya da anlaması gerektiği şeklinde biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki basamaklı bir değerlendirme içerir⁴⁹⁵.

Güven teorisi kendi içinde klasik güven teorisi ve yeni güven teorisi olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁴⁹⁶. Klasik güven teorisi tamamen objektif bir teori olmasına rağmen, beyanı, salt muhatap bakış açısıyla ele almaktadır. Bu teoriye göre, makul, dürüst ve objektif bir kişi olarak değerlendirilen farazi bir muhatap yaratılarak sözleşmenin tarafları olan muhatapın bildiği özel birtakım durumlar görmezden gelinmektedir⁴⁹⁷. Yeni güven teorisi ise tam bu noktada devreye girerek “*makul ve dürüst muhatap*” kavramını gündeme getirmektedir⁴⁹⁸ ve muhatap beyanı fiilen doğru anlarsa güven

⁴⁹¹KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Güven Nazariyesi*, s. 11. Varlığını güven teorisinden kazanan irade beyanlarının tam değil, TBK m. 31 hükmü kapsamında iptal edilebilir irade beyanı olduğu yönündeki görüş için bkz. SARIKAYA, s. 103-104.

⁴⁹²DALCI ÖZDOĞAN, s. 38.

⁴⁹³FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 89; TAŞATAN, s. 19-20.

⁴⁹⁴FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 89.

⁴⁹⁵FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 89. Muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmese de somut olayın şartları kapsamında gereken özeni gösterseydi beyanda bulunanın gerçek iradesini bilebilecek halde ise güven teorisinin uygulanmayacağı yönünde bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 49-50.

⁴⁹⁶EREN, s. 156. Klasik güven teorisinin objektif beyan teorisi olarak adlandırılması için bkz. ANTALYA, s. 141. Eren’in klasik güven teorisi olarak adlandırdığı bu teorisin *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*’un beyan teorisi tanımı ile çakıştığı yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72, dn, 5a. *Kocayusufpaşaoğlu*’na göre, güven teorisi irade teorisinden tamamen bağımsız olmayıp bu teori muhatapın haklı güvenini koruma gayesiyle irade teorisini tamamlamakta ve irade özerkliği prensibi güven teorisine sınırlı olarak varlığını sürdürmektedir. Yine yazar klasik irade özerkliği prensibinin güven prensibinin ipoteği altında olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bu iki teori borçlar hukukunun temelini teşkil etmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 134-135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Güven Nazariyesi*, s. 12).

⁴⁹⁷EREN, s. 156-157.

⁴⁹⁸ANTALYA, s. 141; DURAL/SARI, s. 158, 210. Orta seviye makul ve dürüst kişi, muhatapın mesleği, cinsiyeti, yaşı, eğitim durumu ve sosyal çevresi gibi hususlar ölçüt alınarak belirlenmektedir (EREN, s. 159).

teorisine gerek olmadığını ve TBK m. 19 hükmünden hareketle gerçek iradenin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁹⁹. Dolayısıyla muhatabın bildiği ve muhatap bilmese bile orta seviyede makul ve dürüst üçüncü kişi muhatabın bilebileceği şartlar beraber değerlendirilmektedir⁵⁰⁰. Böylece somut olaydaki muhatabın bilgisi göz önünde tutularak somut olay adaleti yerine getirilmektedir⁵⁰¹. Bu teori subjektif somut muhatap ve objektif farazi muhatabı birleştirmekte ve böylece irade beyanı yorumlanırken somut olaya özgü koşullardan uzaklaşmamaktadır⁵⁰². Sonuç olarak, beyan sahibinin ve muhatabın kendine göre beyana vereceği *subjektif anlam* da muhatabın üçüncü bir kişi gibi beyana vereceği *objektif anlam* da dikkate alınmaz; muhatap makul ve dürüst bir şekilde gereken özeni göstererek beyana dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde anlam vermelidir⁵⁰³.

IV. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zimni İrade Beyanıyla Kurulabilmesine İlişkin Esaslar

Tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını zorunlu kılar. Zira tahkim anlaşmasının bulunmaması veya geçersiz olması, hakem kararının iptali ve tenfizinin reddi sebebi teşkil etmektedir⁵⁰⁴. Bu anlamda, tahkim iradesi olmayan tarafa ilişkin verilen bir hakem kararı, MTK m.

⁴⁹⁹EREN, s. 160.

⁵⁰⁰Bundan ötürü, bir yandan dürüst ve makul muhatabın beyana vereceği anlam esas alınırken muhataba, beyan sahibinin gerçek iradesinin tespiti için dürüstlük kuralı gereği bildiği veya bilmesi gerektiği tüm durum ve şartları (buna beyan sahibine ilişkin durum ve şartlar da dahil) göz önünde tutma yükümlülüğü yüklenmektedir (EREN, s. 159). Ancak *Kocayusufpaşaoğlu* klasik beyan teorisini olayla ilgisiz üçüncü bir kişinin objektif yorum tarzının beyana verilecek anlamda esas alınmasını tatmin edici bulmamaktadır. Bununla birlikte, güven teorisi kapsamında beyan sahibinin beyanını “*makul ve dürüst bir sözleşen tarafından anlaşılması mutad olan biçimde*” anlaşılmasına dair haklı güveninin korunduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak yazara göre, güven teorisine göre irade beyanının anlamı, muhatabın bildiği veya bilebileceği bütün hal ve şartlar dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilerek beyana verdiği anlama göre tespit edilmektedir. Buna göre, karşı tarafın bildiği veya bilebileceği bütün hal ve şartlar kapsamında beyana o anlamı vermeye hakkı olduğu halde, beyanı o şekilde anlaması TMK m. 2 hükmü uyarınca haklı görülmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 134).

⁵⁰¹EREN, s. 159.

⁵⁰²EREN, s. 159. Yorum esnasında, tarafların sözleşme görüşmeleri öncesi hal ve hareketlerine ve tarafların elindeki belgelere dayanılması mümkündür; ancak, bunun gerçekleşmesi için sözleşmenin son halinde tarafların anlaştıkları tüm konuların ilgili sözleşmede yer aldığına ilişkin bir klos bulunmaması gerekmektedir (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 338). Taraf iradelerinin yorumunda subjektif veya objektif yorumun esas alınmasının pratik bir önemi olmadığı ve iradenin tespitinde temel hukuki meselenin hangi yorum yönteminin seçileceğinden ziyade bir ispat sorunu haline indirgendiği yönünde bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 49-51.

⁵⁰³EREN, s. 159. *Antalya*, bu teoriyi içerik olarak aynı yorumlarsa da modern güven teorisi olarak adlandırmaktadır (ANTALYA, s. 141).

⁵⁰⁴ESEN, *Teşmil*, s. 4; ÖZEL, s. 304.

15/A/1/a hükmü kapsamında iptal edilebilir⁵⁰⁵ ve NYK⁵⁰⁶ m. V/1-a hükmü kapsamında tenfiz engellerine takılabilir⁵⁰⁷. Özellikle tahkim anlaşmasını imzalamayan tarafça, NYK m. V/1-a hükmü kapsamında “...yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğuş” şeklinde ifade edilen geçersizlik, tahkim iradesinin mevcut olmadığı temelinde ileri sürülebilecektir⁵⁰⁸. Dolayısıyla, tahkim yargılamasının doğru taraflar arasında gerçekleşmesi, hakem kararının hukuka uygunluğunu sağlayarak, hakem kararının tenfizi veya iptali davasının sonucunu etkiler⁵⁰⁹. Bu sebeple, zımni tahkim iradesi iddiası ile karşılaşan hakemler veya hâkimler, öncelikle tahkim iradesinin zımni olabileceğini tespit etmeli ve daha sonra somut uyuşmazlıkta tahkim anlaşması bakımından zımni bir irade beyanının var olup olmadığını değerlendirmelidir.

Tahkim anlaşmasının taraflarının kim olduğunun belirlenmesi, kimlerin anlaşmaya rıza gösterdiğinin veya duruma göre, kimlerin açık rıza eksikliğine dayanmasının haklı görülemeyeceğinin tespiti anlamına gelmektedir⁵¹⁰. Genel olarak, tahkim iradesi problemi, tahkim yargılamasına taraf olanlar ile tahkim anlaşmasına taraf olanların tam olarak örtüşmediği ve tahkim yargılamasına dahil olanların hakem heyetinin yetkisine ilişkin itiraz ileri sürdüğü durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵¹¹. Bu kapsamda, tahkim anlaşmaları bakımından zımni tahkim iradesi iki farklı senaryoda incelenebilir. İlk senaryoda tahkim anlaşmasının asli tarafları arasında zımni tahkim

⁵⁰⁵İlgili hükümde, iptal başvurusunu yapan tarafın, “tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunuş” ispat etmesi halinde hakem kararının iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

⁵⁰⁶NYK m. V/1-a hükmüne göre, tarafların ehliyetsizliği veya tahkim anlaşmasının tarafların seçtiği hukuka, böyle bir kararlaştırma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz olması bir tenfiz engelidir.

⁵⁰⁷TİRYAKİÖĞLU Bilgin: “Çok Taraflı Tahkim”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri, (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s. 106; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 30-31. MTK m. 15/A/1-a kapsamında belirlenecek hukukun, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk olduğu yönünde bkz. ESEN Emre: “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 105.

⁵⁰⁸LAHLOU Yasmine/POPLINGER Andrew/WALTERS Gretta: “Chapter 9: Substantive Barriers to Recognition and Enforcement of Foreign Awards under Article V (1) of New York and Panama Conventions”, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York* (eds. FRISCHKNECHT Andreas A./LAHLOU Yasmine/WALTERS Gretta L./POPLINGER Andrew/SADO Stephanie), Kluwer Law International, 2018, s. 117; DEV SETH Sumer: “Enforcement of Foreign Awards against Non-Signatories under the New York Convention in India: A Critique of the Decision in Gemini Bay”, *New York University Journal of International Law and Politics*, C. 54, S. 2, 2022, s. 748.

⁵⁰⁹SARIOZ BÜYÜKALP, *Usul Hukuku Sorunları*, s. 185; PEARSON, s. 116.

⁵¹⁰STUCKI/WITTMER, s. 2.

⁵¹¹HANOTIAU, *Common Vision*, s. 540.

iradesinin varlığı değerlendirilmektedir. İkinci senaryoda ise asli taraflar arasındaki geçerli şekilde akdedilen bir tahkim anlaşmasının, bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan üçüncü kişiyi zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle bağlayıp bağlamayacağı değerlendirilmektedir.

Tahkim anlaşmalarının asli tarafları ve üçüncü kişiler bakımından zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri, farklı görünüm şekillerine sahip olduğu gibi⁵¹², genel anlamda zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kavramları da birbirlerinden farklıdır⁵¹³. Bu çerçevede, bu başlık altında öncelikle tahkim iradesinin zımnen beyan edilebileceği ortaya koyulacak ve daha sonra, zımni tahkim iradesinin tespitinde dürüstlük kuralı ve güven teorisinin rolü incelenecektir. Daha sonra, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması ve tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili meselelerinin, birbirinden farklı hukuki kavramlar olduğu ortaya konulacaktır. Çalışmamızın İkinci Bölümü'nde yer alan “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri*” başlığı altında ise uyuşmazlık öncesi ve uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımni tahkim iradesi detaylarıyla ele alınacaktır.

A. Zımni Tahkim İradesi

Çalışmamızın “*Maddi Hukuk Bakımından İrade Beyanı Türleri*” başlığı altında detaylıca incelendiği üzere, irade beyanları sözleşmeler hukuku bağlamında açık irade beyanı, zımni irade beyanı ve farazi irade beyanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Açık tahkim iradesinin varlığında, tahkim anlaşmasından tarafların uyuşmazlıkları tahkime taşıma istekleri açıkça anlaşılabilir⁵¹⁴. Açık tahkim iradesi, genel olarak tahkim anlaşmasının imzalanmasıyla ortaya çıkmaktadır⁵¹⁵. Tahkim anlaşmalarının farazi irade beyanıyla kurulması, doktrinde oybirliğiyle kabul edilmemektedir⁵¹⁶. Tahkim

⁵¹²Zımni tahkim iradesinin, tahkim anlaşmasının asli tarafları ve üçüncü kişiler bakımından detaylı değerlendirmesi için bkz. “*Zımni Tahkim İradesi*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵¹³Bu iki hukuki kavramın birbirinden farkına ilişkin bkz. “*Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵¹⁴AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha Yayıncılık, Ocak 2017, www.lexpera.com, s. 522; YÖNEY, s. 7.

⁵¹⁵MATHEUS LÓPEZ, s. 73.

⁵¹⁶ESEN, *Teşmil*, s. 33; TİRYAKİOĞLU, s. 104. “...Çarterparti hükümlerini konişmento kapsamına ithal eden atıf hükmünde tahkim şartının da açıkça zikredilmesi ihtimalinde, konişmento hâmilinin,

anlaşmalarının zımni irade beyanı ile kurulabilmesi ise oldukça tartışmalı bir konu olarak bu çalışmanın temel konusudur.

Öğretide tahkim anlaşmasına zımni irade beyanı ile taraf olunabileceğini savunan yazarlar⁵¹⁷ olduğu gibi, tahkim anlaşmasına yönelik irade beyanının açık olması gerektiğini savunan yazarlar da vardır⁵¹⁸. Her ne kadar, *yargılama aşamasında* beyan edilen tahkim iradesi ile *tahkim anlaşmasının kuruluşu* aşamasında beyan edilen tahkim iradesi farklı olsa da, bazı yazarlar, zımni tahkim iradesini münhasıran uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra başlatılan tahkim yargılamasına hasrederek kabul

konişmentoyu iktisap ederken, onun tahkim şartına tâbi kılınmış olduğunu görmekte ve konişmentoyu bu klotla birlikte iktisap etmekte olduğu gerekçesiyle taşıyan ile konişmento hâmile arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğu görüşü tahkim şartının farazî (varsayıma dayalı) bir irade beyanı ile akdedildiği esasına dayanır.” (Farazi irade beyanı ile tahkim anlaşmasının kurulmuş kabul edileceği yönündeki bu örnek için bkz. ESEN, Teşmil, s. 173).

⁵¹⁷TİRYAKİOĞLU, s. 104; YILMAZ, s. 162; TOK Ozan: “Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi”, Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, www.lexpera.com, s. 65; KELEŞ GÜVEN Ayşe Begüm: “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Bağlamında Grup Şirketler Doktrininin Türk Ticaret Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, Haziran 2021, s. 1132; ESKİYÖRÜK Serhat: “Yargıtay Kararları Işığında Temsilci Vasıtasıyla Yapılan Tahkim Anlaşmalarında Özel Yetki Aranması”, Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, www.lexpera.com, s. 250; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 269-271; ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 653; PARK, s. 3; ÖZEL Sibel/ERKAN Mustafa/PÜRSELİM Hatice Selin/KARACA Hüseyin Akif Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2024, s. 792; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38; HANOTIAU Bernard: “Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues An Analysis”, Journal of International Arbitration, C. 18, S. 3, Kluwer Law International, 2001, s. 293; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 6, 69. Açık irade beyanı ile kurulan yazılı tahkim anlaşmalarını zorunlu kılmanın, NYK'nin tahkim anlaşmalarının etkinliğini artırma amacına aykırı olacağı yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 687. Tahkim klotuna açık rıza gösterilmesi gerekliliğine ticari hassasiyet ve usul ekonomisinden daha fazla öncelik verilmemesi gerektiği ve ticari tarafların sözleşmenin akdi sırasında tahkim klotunu genellikle esas sözleşmenin ayrı bir parçası olarak değerlendirmedeği yönünde bkz. YİĞİT, s. 73. Açıkça zımni tahkim iradesini kabul etmeseler de, tahkim iradesinin doktrin ve Yargıtay kararlarında açık olmasının aranmasına karşın yazarlar, tahkim yargılaması kapsamında da hakem kararlarının iptal yargılamasına tabi olması sebebiyle, temel haklar ve AİHS koruması devam ettiğinden ötürü, tahkim anlaşmasının geçerliliği yorumlanırken basit sebeplerle tahkim anlaşmasını geçersiz saymak yerine, tarafların gerçek iradelerine odaklanmak gerektiğini ifade etmektedir (PEKCANİTEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4583-4592). “*Tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanı ile rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişilerin, tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabilmesi için “üçüncü kişi konumundaki şahsın bir tutum veya davranışının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması” gerekir. Bu tutum ve davranışlar hukuken üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanı teşkil eder.*” yönündeki görüş için bkz. ŞANLI, s. 598-599.

⁵¹⁸TÖRE, s. 8; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 58; COURTNEY Tae: “Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad”, Richmond Journal of Global Law & Business, C. 8, S. 4, 2009, s. 590-591; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 9-10; YAVUZ, s. 150; EKŞİ, *Incorporation*, s. 45; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 414; YENER KESKİN, s. 46; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 45; AYDEMİR, s. 159, 403-404; SPOORENBERG Frank/FELLRATH Isabelle: “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, 2012, s. 249; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160-164. Zımni tahkim iradesiyle veya “*esas sözleşmenin fiili uygulaması*” ile tahkim anlaşmasının kurulamayacağı yönünde bkz. SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2034, dn. 39.

etmektedir. Bu anlamda, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına, cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi halinde, tahkim anlaşmasının davalının zımni irade beyanıyla kurulmuş olduğu belirtilmektedir⁵¹⁹. Nitekim aksi yönde bir görüş mevcut olsa da⁵²⁰, MTK m. 4/2 hükmü, susmaya tahkim anlaşmasının kurulması sonucunu bağladığından ve susma TBK bağlamında zımni irade beyanı teşkil ettiğinden, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanı ile kurulması mümkün denebilecektir⁵²¹. Dolayısıyla MTK m. 4/2 hükmünde yer alan, davalının itirazda bulunmaması şeklindeki usuli işlemin geriye dönük etkisinin, maddi hukuk alanında ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bununla beraber, “*makul ticari beklentiler kriterinin*”, mahkemeleri, açık tahkim iradesi olmamasına rağmen, tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkartılması konusunda yetkilendirdiği de doktrinde ifade edilmektedir⁵²².

Bir diğer görüşe göre, Türk tahkim mevzuatında, tahkim iradesinin açık veya kesin olması gibi ifadeler mevcut değildir⁵²³. Açık tahkim iradesi aranmasının altında yatan sebep, tahkimin istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmesidir; ancak, tahkim istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir⁵²⁴. Dolayısıyla, tahkim iradesinin açık olması şart olmayıp yorum yoluyla tespit edilebilen tahkim iradeleri, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması kurabilir⁵²⁵. Bir başka görüş ise tahkim anlaşmasının tereddüde mahal vermeyecek şekilde olmak kaydıyla zımni irade beyanıyla kurulmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir⁵²⁶. Tereddüde mahal vermeyecek şekilde olmak kaydıyla zımni irade beyanı kavramıyla anlatılmak istenen ve kabul edilen, tahkim iradesinin tereddüde yer vermeyecek

⁵¹⁹EKŞİ, *Incorporation*, s. 60-61.

⁵²⁰MTK m. 5/2 hükmü uyarınca, yargılama devam ederken tarafların tahkim yargılamasına başvurma konusunda anlaşmaları düzenlenmektedir ve bu hüküm MTK m. 5/1 tahkim ilk itirazı hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasında açık ve tereddütsüz bir tahkim anlaşmasının varlığını aramaktadır. Dolayısıyla söz konusu hüküm istisnai karaktere sahip olduğundan, susma ya da açık ret olmadığında, zımni tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna varılamaz. Kaldı ki, ancak bu şekilde tahkim anlaşmasının yazılı olmasına ilişkin şekil şartının altında yatan amaç korunabilir (YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 520).

⁵²¹ÇATAKLI, Ahmet Onur, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 7

⁵²²TÖRE, s. 66.

⁵²³TOK, s. 62-63.

⁵²⁴TOK, s. 65.

⁵²⁵TOK, s. 65.

⁵²⁶ESEN, *Teşmil*, s. 33.

davranışlar ve tutumlar ile doğrudan tahkim klotuna yönelik olmasıdır⁵²⁷. Tahkim iradesi bakımından oldukça ileri giden bir diğer görüşe göre, uluslararası ticari tahkimin yıllar içerisinde geçirdiği evrim göz önüne alındığında, tahkim iradesine atfedilen önem artık ortadan kalmıştır ve tahkim *varsayılan bir kural* olarak değerlendirilmelidir⁵²⁸.

Yargıtay 11. HD.’nin 15.02.2011 tarihli ve 2009/3257 E., 2011/1675 K. sayılı kararı kapsamında, tahkim anlaşmasından, taraflar arasındaki uyuşmazlığın “mutlaka” tahkimde çözümleneceği “duraksamasız” olarak aranmalıdır şeklinde hüküm kurulmuştur⁵²⁹. Yargıtay, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek biçimde varlığını aramakla birlikte, kesin iradeyi ortadan kaldıran veya zayıflatan kayıtların tahkim klotunu geçersiz kılacağı yönünde kararlar vermektedir⁵³⁰. Özellikle, uyuşmazlığın çözümünde önce tahkim yoluna başvurulacağını; ancak, uyuşmazlığın bu yolla çözülememesi halinde devlet

⁵²⁷ESEN, *Teşmil*, s. 33; ŞANLI, s. 599-600. Esen, yetkisiz temsilcinin özel yetkisi olmadan akdettiği tahkim anlaşmaları bakımından yaptığı değerlendirmeler kapsamında, temsil olunanın esas sözleşme haricinde tahkim anlaşmasına yönelik özel olarak açık tahkim iradesiyle icazet vermesi gerektiğini de belirtmektedir (ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 393-395). Kanaatimizce, zımni tahkim iradesinin varlığı halinde, tahkim iradesinin varlığı zaten tereddütsüz bir şekilde evleviyetle tespit edildiğinden, tahkim iradesinin kesinlik anlamında “tereddüde mahal bırakmayacak surette” beyan edilmesi gerektiğinin ayrıca vurgulanmasına ihtiyaç yoktur.

⁵²⁸CUNIBERTI, Gilles, *Rethinking International Commercial Arbitration, Towards Default Arbitration*, Rethinking Law series, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2017, s. 1 vd. Ancak *Lanbrecht*’e göre, tahkim taraf iradesine dayalı olarak varlığını sürdürecektir (LANBRECHT, s. 217-219).

⁵²⁹Yargıtay 11. HD., 15.02.2011 tarihli ve 2009/3257 E., 2011/1675 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Yargıtay’ın tahkim iradesinin kesin olması gerektiğine dair bakış açısını yansıttığı bazı kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD., 27.06.2007 tarihli ve 2007/2145 E., 2007/4389 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD., 01.07.2014 tarihli ve 2014/3330 E., 2014/4607 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Benzer şekilde, “*uyuşmazlıkların halinde İstanbul Ticaret Odası Tahkim kuralları çerçevesinde İTO Tahkim Kurullarının görevli ve yetkili oldukları, İTO Tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olmadığı halde, İstanbul mahkeme ve icra müdürlüklerinin yetkili olduğunu*” öngören bir tahkim anlaşmasının geçerli kabul edildiği Yargıtay kararı için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 170. Bu kararların, tahkim anlaşmasını geçerli kılmak amacıyla yapılan zorlama yorumlar içerdiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 532.

⁵³⁰Yargıtay 13. HD., 23.10.2019 tarihli ve 2018/2348 E., 2019/10372 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD., 13.11.2017 tarihli ve 2016/5313 E., 2017/3922 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Yargıtay 3. HD., 15.04.2025 tarihli ve 2025/225 E., 2025/2164 K. sayılı oldukça güncel bir kararında kanaatimizce yanlış bir hukuki gerekçelendirmeyle, taraflar arasındaki sözleşmede, önce arabuluculuğa başvurunun öngörüldüğü tespitinden hareketle, arabuluculuğa başvuru şartının tahkim şartını geçersiz kıldığı kabul edilmiştir. İlgili kararın gerekçesi şu şekildedir: “*Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde; arabuluculuğun maddi hukuka ilişkin olduğu, Mahkemelerde dava açılmadan önce başvurulması gerektiği hatta bazı davalarda arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak düzenlendiği görülmektedir. Tarafların tahkim iradesini açıkladıkları tahkim şartının tartışma ve karışıklığa neden olmayacak biçimde açık ve kesin olarak belirtmiş olması gerekmekte olup öncelikle arabulucuya gidileceğine dair yaptıkları anlaşma nedeniyle sözleşmeye uygulanacak hükümler bakımından kendi içerisinde kesin ve hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek derecede tahkim şartının düzenlenmediği bu nedenle de tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilmelidir.*” (Yargıtay 3. HD., 15.04.2025 tarihli ve 2025/225 E., 2025/2164 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

mahkemelerine başvurulabileceğini öngören tahkim anlaşmaları, tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı gerekçesiyle geçersiz kabul edilmektedir⁵³¹. Bununla birlikte, Yargıtay'ın taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yargılaması yoluyla çözülememesi halinde mahkemeye sevk edileceği yönünde hükümler içeren tahkim anlaşmaları bakımından tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı sonucuna vardığı kararlar incelendiğinde, esas gerekçenin uyuşmazlık çözümünde tek yetkili merci olarak hakem heyetinin belirlenmemesi olduğu göze çarpmaktadır⁵³². Dolayısıyla tahkim iradesinin açık ve kesin olmasıyla ifade edilmek istenen, tahkim iradesinin ifade ediliş biçimine atıf içermemektedir. Kanaatimizce, zımni tahkim iradesinin gerçek bir irade beyanı olduğu ve zımni tahkim iradesini beyan ettiği iddia edilen tarafın uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sadece tahkimi kabul ettiği göz önüne alındığında, bu yönde verilen kararların zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından engel teşkil etmemesi gerekir⁵³³. Dolayısıyla, zımni irade

⁵³¹ “...Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında ... Mahkeme ve İcra Daireleri'nin yetkili olacağının belirtilmesi yanında hakemlerin uyuşmazlığı çözememeleri halinde son yol olarak mahkemelerin tercih edileceğinin ifade edildiği, bu şekilde uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, taraflara mahkemede de dava açma yetkisi verildiği anlaşılmakta olup tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından tahkim şartı geçersizdir.” (Yargıtay 15. HD., 13.11.2017 tarihli ve 2016/5313 E., 2017/3922 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Kademeli tahkim anlaşmalarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 100-102; DEĞİRMENCİOĞLU, Müge, Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Anlaşmaları ve Hibrit Tahkim Anlaşmaları, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2021, www.lexpera.com, s. 165-166, 187-190.

⁵³² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 520-522.

⁵³³ Tarafların belirli bir hukuki ilişkiden doğacak hukuki uyuşmazlıklar bakımından, tahkim yargılamasıyla birlikte yetkili devlet mahkemesini de belirlediği sözleşme kayıtlarında yer alan tahkim anlaşmalarının, seçimlik veya kademeli olarak yapıldığı ihtimallerde, zımni tahkim iradesi değerlendirilmesinin yapılamayacağı kanaatindeyiz. Nitekim tahkim anlaşmalarının bu şekilde düzenlenmesi halinde, tahkim iradesi ya açık bir irade beyanı olarak var kabul edilecek ya da tahkim iradesinin hiç olmadığı kabul edilecek ve beyan edilen tahkim iradesine zımni nitelik veren bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bu durumlarda tahkim anlaşmasını geçersiz kılma noktasında asıl vurgunun, “kesin tahkim iradesi” kavramıyla ilişkili olduğu düşüncesindeyiz. Açık ve zımni tahkim iradesi kavramları, iradenin somut olayın koşulları kapsamında değerlendirilmesini gerektirirken; kesin veya belirsiz tahkim iradesi kavramları, tahkim anlaşması metni üzerinden tespit edilebilen bir durumdur. Nitekim Yargıtay, uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesinin kararlaştırılmasına rağmen yetkili mahkemenin de belirlendiği hallerde, tahkim iradesinin “kesin” olmaması gerekçesiyle tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmektedir. Bu yönde verilen kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD., 18.06.2007 tarihli ve 2007/2680 E., 2007/4137 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD., 13.04.2009 tarihli ve 2009/1438 E., 2009/2153 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Tahkim ve yetkili mahkeme klotlarına birlikte yer verildiği durumların tahkim iradelerinin belirsizliğine yol açacağı yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 164-173. Bir taraftan tahkim yargılamasının diğer taraftan devlet mahkemelerinin yetkili kılındığı hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışmaya açıldığı, tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkartılması gerektiği ve tahkim yargılamasından bir sonuç alınamadığı takdirde, aynı uyuşmazlık bakımından devlet mahkemelerine başvurulacağı yönündeki sözleşme kayıtları bakımından, Yargıtay'ın tahkim iradesinin kesin olmadığı şeklinde yorum yaptığı yönünde bkz. TÖRE, s. 9-10. *Sarıöz Büyükalp*, kademeli tahkim anlaşmalarında tahkim iradesi tam olarak yansıtılmadığından ve açık olmadığından, tahkim anlaşmasını hükümsüz kabul etmektedir. Yazara göre, seçimlik tahkim anlaşmaları ise icrası mümkün olmayan tahkim anlaşması niteliğini haiz kabul edilmelidir. Nitekim tahkimden önce belirlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının anlaşmada öngörüldüğü şekilde tüketilmemesi

beyanıyla tahkim anlaşmalarının kurulduğu örnekler ile Yargıtay'ın tahkim iradesini zayıflatan kayıtların varlığından hareketle tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmesi birbirinden farklı durumlardır. Tahkim iradesinin kesin olarak aranması, zımni tahkim iradesi halinde de geçerlidir. Nitekim zımni tahkim iradesinin varlığını tespit etmek üzere yapılan yorum faaliyeti, bizzat zımni tahkim iradesinin kesinliğini göstermek amacıyla yapılmaktadır. Ancak Yargıtay'ın tahkim iradesinin beyan ediliş tarzına atıf yapmak suretiyle, tahkim iradesinin açık bir şekilde beyan edilmesi gerektiğini kabul ettiği kararları da mevcuttur⁵³⁴.

Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasının değerlendirildiği diğer bir senaryo, tahkim anlaşmasının asli tarafları dışında üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesinin değerlendirildiği senaryodur. Nitekim uluslararası ticari sözleşmelerin genel olarak ikiden çok tarafı içeren karmaşık yapısı sebebiyle⁵³⁵, üçüncü kişilerin tahkim anlaşması bakımından taraf statüsü çoğu zaman tartışma konusu olmaktadır. Zımni tahkim iradesinin üçüncü kişiler açısından değerlendirildiği hallerde, tahkim anlaşmasında imzası olmayan bir ya da birden fazla kişinin, tahkim yargılamasında davacı veya davalı olarak taraf statüsü kazanabilmesi bakımından

halinde, tahkim anlaşması artık icra edilemez hale gelecektir (SARIÖZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2034-2035, 2047-2048, 2054). Kademeli tahkim anlaşmaları bakımından nihai olarak devlet mahkemelerinin yargı yetkisi öngörüldüğünden, tahkim iradesinin açık olmaması sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde ayrıca bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 541; SARIÖZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2048.

⁵³⁴Açık tahkim iradesini tahkim anlaşmalarının esaslı unsuru olarak kabul eden Yargıtay 11. HD.'nin 10.03.2022 tarihli ve 2020/1634 E., 2022/1742 K. sayılı kararında, somut uyuşmazlık, taraflar arasında çeşitli tarihlerde akdedilen birden fazla distribütörlük sözleşmesinden doğmuştur. Bu sözleşmelerden son tarihli olanın sözleşme süresini düzenleyen hükmünde, sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren iki sene boyunca tam olarak yürürlükte kalacağı ve her iki taraf da sona erme tarihinden en az otuz gün önce yenilemeyi kabul etmedikçe, sözleşmenin bu sürenin sonunda sona ereceği düzenlenmiştir. Sözleşme süresinin bu şekilde sona ermesini takiben, sözleşmeye ilişkin taslak bir metin gündeme gelse de, bu metin taraflarca kabul edilmemiş ve sözleşmenin yenilendiğine dair yazılı hiçbir belge düzenlenmemiştir. Yargıtay, tahkim klozu içeren distribütörlük sözleşmesinin süresinin bitmesinden sonra, taraflar arasında yazılı sözleşmeye bağlı olmayacak şekilde distribütörlük ilişkisinin devam ettiği belirtilmiş ve dolayısıyla bu ilişkinin ilgili sözleşme kapsamında aynen devam ettiği veya bu sözleşme hükümlerinin taraflarca aynen kabul edildiğinin sözleşmenin süreye ilişkin hükmü karşısında mümkün olmadığının kabulü gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'a göre, açık bir irade gösterilmediğinden, taraflar arasındaki ilişkinin ilgili sözleşme kapsamında devamının kabulünde dahi, tahkim klozuyla tarafların bağlılığının kabul edilmemesi gerekmektedir (Yargıtay 11. HD., 10.03.2022 tarihli ve 2020/1634 E., 2022/1742 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Benzer şekilde verilen bir diğer karar için bkz. YHGK, 29.11.2023 tarihli ve 2023/103 E., 2023/1185 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁵³⁵LAMM Carolyn B./AQUA Jocelyn A.: "Defining the Party-Who is a Proper Party in an International Arbitration before the American Arbitration Association and Other International Institutions", *George Washington International Law Review*, C. 34, S. 3, 2002-2003, s. 711; PATHAK Harshad: "India's Tryst with Non-Signatories to an Arbitration Agreement in Composite Economic Transactions", *ASA Bulletin*, C. 36, S. 3, Eylül 2018, s. 598; HOSKING, *The Quest For Consent*, s. 289; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 95.

tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gündeme gelmektedir⁵³⁶. İmzacı olmayanların tahkim yargılamasına dahil edilmesi meselesi, uluslararası sözleşmeler, kurumsal tahkim kuralları veya UNCITRAL Model Kanunu kapsamında düzenlenmediğinden, tahkim anlaşmalarının imzacı olmayanları bağlamasını haklı gösterecek ortak yasal bir dayanak mevcut değildir⁵³⁷. Dolayısıyla mesele, tarafların gerçek iradelerine ilişkin yapılacak sağduyulu bir sorgulamayla çözülecektir⁵³⁸. Zira iki taraflı tahkim anlaşmasının sınırlarını aşan çok taraflı ilişkiler, tipik olarak grup şirketler doktrininde olduğu gibi, üçüncü kişinin davranışlarından kaynaklanabilmektedir⁵³⁹.

İmzacı olmayan kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi, birbirine zıt iki menfaati karşı karşıya getirmektedir. Bunlar, ilk olarak, tahkimin rızaya dayalı doğasını korumak ve ikinci olarak ilgili kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı kılarak verilecek hakem kararının pratik etkinliğini en üst düzeye çıkarmaktır. Zımni tahkim iradesi değerlendirmesiyle bu gerilim bir nebze de olsa çözülmeye çalışılmaktadır⁵⁴⁰. Nitekim zımni tahkim iradesinin tespit edildiği noktada, gerçek bir iradenin varlığı tespit edilmiş olacağından tahkimin iradi doğası korunacak ve verilecek hakem kararının zımni irade beyanı kapsamında tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen kişi üzerindeki bağlayıcı gücü tanınmış olacaktır. Dolayısıyla tahkim anlaşmalarının, nispiyet ilkesi gereği, tarafı olmayan kişilere sirayet etmemesi kural olsa da ve tahkim anlaşmalarının dar yorumlanması gerektiği çoğunlukla ileri sürülse de⁵⁴¹, zımni

⁵³⁶HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 279; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 25-26.

⁵³⁷YİĞİT, s. 57.

⁵³⁸ZUBERBÜHLER Tobias: “Non Signatories and the Consensus to Arbitrate”, ASA Bulletin, C. 26, S. 1, Kluwer Law International, 2008, s. 18; WOOLHOUSE Sarita Patil: “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, Arbitration International, C. 20, S. 4, 2004, s. 33. Tahkim anlaşmasında imzası olmayan kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı kılabilmek adına zımni irade teorisine dayanıldığı ve bu teorinin tarafların gözle görülür iradeleri ve iyiniyet prensibine dayandığı yönünde bkz. India No. 49, *Chloro Controls (I) P. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. (US) et al.*, Supreme Court of India, Civil Appeal No. 7134 of 2012 with Civil Appeal Nos. 7135-7136 of 2012, 28.09.2012, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2013 (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), C. XXXVIII, 2013, Kluwer Law International. Kararın ilgili kısmı için ayrıca bkz. indiankanoon.org, prg. 100 (*Chloro Controls (I) P. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. (US)*).

⁵³⁹BREKOUKAKIS Stavros L: “The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room”, Penn State Law Review, C. 113:4, 2009, s. 1181. Tahkimin çift taraflı doğasının, çok taraflı ve boyutlu modern iş ilişkilerinin gerekliliklerini karşılamakta yetersiz kaldığı, uluslararası ticaretin ölçek ve karmaşıklığının, günümüzde milletlerarası ticari tahkim için kritik zorluklar sunduğu ve onun geleneksel rolüyle sözleşmesel doğasının sınırlarını test ettiği yönünde bkz. BREKOUKAKIS, *A General Theory*, s. 611.

⁵⁴⁰PARK, s. 3.

⁵⁴¹ESEN, *Teşmil*, s. 17. Aksi yöndeki görüş için bkz. DEMİRKOL, s. 305-307. Özel de, tahkim anlaşmalarını dar yorumlayarak uyumsuzluğu devlet yargısına tabi kılmak yönündeki yorumların artık geride kaldığını ve tahkim iradesinin geniş yorumlanarak tahkim anlaşmalarının geçerliliği yönünde

tahkim iradesinin tespit edildiği durumlarda, nispilik ilkesiyle de çelişen bir durum ortaya çıkmayacak ve tahkim anlaşması olduğu gibi yorumlanarak gerçek tarafları tespit edilecektir.

Ayrıca tahkim klotunun imzacı olmayan kişileri kapsayacak şekilde yorumlanmasının usule ilişkin en önemli avantajı, hakemler ve devlet mahkemeleri tarafından verilebilecek çelişkili kararların önlenmesi⁵⁴² olduğu kadar, sonradan çeşitli hukuki kavramlar ışığında bu kişilere karşı hak aramak zorunda kalınmaması ile de usul ekonomisine hizmet etmesidir⁵⁴³. Bu gerçek göz önüne alındığında, eğer mümkün ise zımni tahkim iradesi kavramı kapsamında imzacı olmayanları tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmanın, tüm tarafların menfaatine hizmet ettiği söylenebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, mahkemelere erişim hakkından feragat edilmesi, nihai karara itiraz etmek için kısıtlı olanaklara sahip olunması ve tahkimin genelde daha yüksek masraflar gerektirmesi⁵⁴⁴ gibi sebeplerle, tarafların tahkim iradelerinden

karar verildiğini belirtmiştir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 105). Öte yandan, tahkim anlaşmalarının kısıtlayıcı şekilde yorumlanması gerektiği, uluslararası ticari tahkim uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde giderek artan şekilde rağbet görse de tahkim anlaşmalarının katı yorumlanarak imzacı olmayan kişilerin tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmemesi gerektiği, tahkim anlaşmaları için öngörülen şekil şartlarının da aynı amaca hizmet ederek imzacı olmayanların tahkim yargılamasına dahil edilmesini engellediği, hem katı yorum hem de şekil şartının sözleşmelerin nispiliğini garanti altına aldığı ve fakat bunun istisnalarının olduğu yönünde bkz. SANDROCK, s. 948-950.

⁵⁴²BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1187; GRAVEL/PETERSON, s. 529. Tacirlerin farklı yargılama makamında birden fazla ve potansiyel olarak tutarsız yargılamalar yerine, tüm uyuşmazlıklarının tek bir yargılama mercinde çözülmesini arzu edeceği ve iradenin ispatı için liberal standart uygulanmasının, ticari hayatın gerçekleri ve NYK'nin tahkim yanlısı politikalarıyla uyumlu olduğu sonucuna varmak için güçlü argümanlar olduğu yönünde bkz. YİĞİT s. 85-86. Milletlerarası ticari alanda faaliyet gösteren tacirlerin, akdettikleri sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin farklı talep türlerinin tek bir yargılama makamında çözüme kavuşmasını arzuladığı ve bu sebeple tahkim anlaşmasının geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. BORRIS Christian/HENNECKE Rudolf, Article V, New York Convention Article-by-Article, Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019, s. 324. Aksi yönde açık bir iradenin bulunmaması halinde, tarafların sözleşmelerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tek ve aynı uyuşmazlık çözüm merci tarafından karara bağlanmasını istediklerini varsaymanın makul olduğu yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 168. Paralel yargılama sorununun, şirketler hukuku uyuşmazlıkları boyutuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. AYOĞLU Tolga: “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi”, *Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim* (eds. YASAN TEPETAŞ Candan/AKINCI Ziya), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2018, s. 101-111.

⁵⁴³Usul ekonomisi ve adalete erişim hakkı sebebiyle tahkim iradesine farklı bir yaklaşımın geliştirilebileceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 208, 238-240. Zımni tahkim iradesinin tenfiz davalarında özellikle üçüncü kişiler bakımından kabul edilmesinin usul ekonomisine hizmet etmesine ilişkin detaylı incelememiz için bkz. dn. 636'da yaptığımız açıklamalarımız.

⁵⁴⁴Tahkim masraflarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. BALKAR Süheylâ: “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”, *Tahkim Anlaşması* (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, www.lexpera.com, s. 131 vd.

şüphe duyulması halinde, tahkim iradesini kısıtlayıcı bir şekilde yorumlamaktadır⁵⁴⁵. Bu kısıtlayıcı yaklaşım, İsviçre Federal Anayasası m. 30/1 ve AİHS m. 6/1 hükümleriyle güvence altına alınan, herkesin davasının kanunla kurulmuş mahkemelerde görülmesini isteme hakkına dayanmaktadır⁵⁴⁶. Taraflar tahkim anlaşması akdederek bu güvenceden feragat ettiklerinden, tarafların tahkim iradelerinin titizlikle incelenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁴⁷. Benzer şekilde, Türk hukukunda da, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı bakımından, anlaşmanın gerçek tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına tabi kılınmasının, Anayasa m. 9 hükmünde korunan adil yargılanma hakkına aykırı olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁸. Halbuki *Demirkol*, adil yargılanma hakkı ve adalete erişim

⁵⁴⁵KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 128; VOSER, s. 166; YILMAZ, s. 92-93. Tahkim klotunun ayrı bir anlaşma olarak açık rızayı gerektirmesinden ötürü, tahkim anlaşmasını imzalamayan tarafın tahkim yargılamasına katılmaya zorlanması, adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği yönünde bkz. COURTNEY, s. 590-591. Tahkim iradesi bakımından, ispat eşliğinin yükseltilmesinin, açık kabulün aranmasının ve yazılılık şartının öngörülmesinin esas sebebinin, tarafların tahkim anlaşması akdederken feragat ettiği haklarının farkında olmalarını sağlamak olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 753. *Esen*'e göre, milletlerarası alanda ticari faaliyetlerle iştigal eden tacirlerin hukuki güvenceden yoksun bırakılmaması için tahkimden değil; devlet mahkemelerinden korunmaları gerektiği görüşü kabul edilemez (ESEN, *Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, s. 113). Ancak *Cuniberti*'ye göre tüketiciler ve işçiler gibi ekonomik olarak zayıf olan taraflar hariç olmak üzere, milletlerarası alanda ticari faaliyetlerle iştigal eden tacirleri, tahkim yargılamasından korumaya ihtiyacı yoktur (CUNIBERTI, s. 10-12).

⁵⁴⁶KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 128. “Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça yer aldığı üzere; adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir.” (Yargıtay 8. HD., 14.10.2019 tarihli ve 2018/8465 E., 2019/8954 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Mahkemeye erişim hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu yönünde bkz. Abdullah Karataş, Başvuru No. 2019/4150, 3/2/2022, prg. 26. Devlet mahkemelerinin icra edeceği yargılamalardan tahkim lehine gönüllü olarak feragat etmenin AİHS m. 6 hükmü açısından kabul edilebilir olduğuna şüphe olmadığı yönünde bkz. *Suovaniemi and others v. Finland*, Başvuru No. 31737/96, 23.02.1999, hudoc.echr.coe.int. Adalete erişim hakkından hiçbir koşulda feragat edilemese de, tarafların serbest iradeleriyle akdettikleri bir tahkim anlaşmasıyla, uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak mahkemeye (devlet yargısına) başvurma hakkından feragat ettikleri yönünde bkz. BALKAR, *AİHS md. 6*, s. 705-709. Hakem kararlarının iptali ve tanıma/tenfiz davaları kapsamında, hukuki denetim yine devlet mahkemeleri nezdinde gerçekleştirileceğinden, tahkim anlaşması ile gerçek anlamda mahkemeye başvurma hakkından feragat edildiğinin söylenemeyeceği yönünde bkz. SARIOZ BÜYÜKALP, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 140-142, dn. 381-382. Tahkim anlaşmalarının, AİHS m. 6/1 hükmünde öngörülen usule ilişkin güvencelerden feragat edildiği anlamına gelmediği yönünde bkz. JAKSIC, s. 159 vd.

⁵⁴⁷KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 128. İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim anlaşmalarının olumsuz sonuçlarından hareketle tahkim iradesinin belirsiz olduğu hallerde kısıtlayıcı yorum yapmaktadır. Nitekim herkesin kanun ile kurulmuş mahkemelerde davasını gördürebilmek yönünde hakkı vardır ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin kabulüyle bu temel haktan vazgeçilmektedir. Dolayısıyla eğer bir tahkim anlaşmasının varlığı tartışılıyorsa tahkim aleyhine yorum yapılmalıdır. İlgili yaklaşım için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 41, dn. 37. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde verdiği diğer karar örnekleri için bkz. VOSER, s. 165, dn. 12. Nitekim AİHM, mahkemeye başvurma hakkından feragat edilerek uyumsuzlukların tahkime tabi kılınmasını kabul ederken serbest, meşru ve çelişkiden uzak irade neticesinde ortaya çıkan bir feragatin söz konusu olmasını şart koşmaktadır (*Suda v. Czech Republic*, prg. 48-49).

⁵⁴⁸ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 654. Bu yönde verilen Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 19. HD., 24.10.2002 tarihli ve 2002/7495 E., 2002/6932 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD., 11.03.2004 tarihli ve 2003/2654 E., 2004/2603 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. *Jaksic* de paralel bir

hakkının sınırlandırıldığı endişeleriyle, tahkim anlaşmalarının kurulması ve üçüncü kişilere sirayet etmesi değerlendirmelerinde, tahkim anlaşmalarının, diğer herhangi bir sözleşmenin kurulması ve üçüncü kişiyi bağlamasından daha zor şartlara tabi olması sonucunu doğurmaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴⁹. Yazara göre, bir anayasal hak mahiyetinde olan devlet mahkemelerine başvuru hakkı, tahkim anlaşmalarının kurulması bakımından, borçlar hukuku kurallarından ayrılmak suretiyle kanunda karşılığı olmayan soyut ve afaki nitelikteki mutlak irade şartının aranmasını haklı göstermemektedir⁵⁵⁰. Tahkim iradesine bakış açısında mutlaka, ticari hayatın gerçekleri, borçlar hukukunun temel ilkeleri ve adalete erişim bakımından tahkimin daha çok ön plana çıkması gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁵¹. Bununla birlikte, kimi yazarlara göre, tüketici veya iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda görüldüğü gibi sözleşme tipine ve davanın koşullarına göre, tahkim iradesinin kısıtlayıcı bir şekilde değerlendirilmesi daha makul kabul edilebilir⁵⁵². Oysa, tahkim anlaşmasıyla

görüş ile imzacı olmayan kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesinin, hangi teori kapsamında olursa olsun, AİHS m. 6 hükmü anlamında mahkemeye erişim hakkının ihlali teşkil edeceğini belirtmiştir (JAKSIC, s. 166).

⁵⁴⁹DEMİRKOL, s. 305-306, 309. Tahkimin artık temel haklardan feragat olarak değil; milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü bakımından olağan bir yargılama merci olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 270. Benzer şekilde bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4591-4592.

⁵⁵⁰DEMİRKOL, s. 305-306. Kaldı ki, AİHM, tahkimi adil yargılanma hakkına dahil bir şekilde değerlendirmektedir. Bu kapsamda, tahkim yargılamalarında da m. 6/1 hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. SVOBODOVÁ, Klára: “Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration”, 2010, Erişilen Site: https://dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/áll_és_jog_alap_értékei_2010/2.%20köt/klára.pdf, s. 119. Bununla birlikte, iradi tahkim söz konusu olduğunda, adil yargılanma hakkının doğrudan değil dolaylı olarak uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. ESEN Emre: “Violation of the Right to A Fair Trial in Arbitration: Analysing the Turkish Court of Cassation’s Decision of 10 February 2021”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, S. 71, Aralık 2022, s. 108. Nitekim, “*Tahkim yargılaması lehine devlet mahkemelerinden feragat etmek, devletin sorumluluğunun tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Zira hakem kararının Alman mahkemeleri tarafından tanınması ve bu mahkemeler tarafından bu karara icrai etki kazandırılması gerekmektedir. Böylece mahkemeler, temel haklara ve özellikle de başvuru şirketine hukuki dinlenilme hakkına uygun olarak yürütüldüğünü düşündükleri tahkim yargılamasının adilliği ve doğruluğu konusunda belirli bir kontrol ve garanti sağlamaktadır.*” şeklinde verilen karar için bkz. *Jacob BOSS Söhne KG v. Germany*, (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No. 18479/91, 01.12.1991, hudoc.echr.coe.int. Ayrıca MTK kapsamında da adil yargılanma hakkının gereklerinin tahkim yargılamaları bakımından da gözetileceği m. 8/B hükmü kapsamında, “*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır.*” demek suretiyle düzenlenmiş ve adil yargılanma hakkının sağlanması konusunda hakemlere yükümlülük yüklenmiştir. Aksi halde bu durum, MTK m. 15/A/1-g hükmü kapsamında, iptal sebebi olabilecektir. Bu yönde pek çok uluslararası düzenleme de vardır. Örneğin, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu Açıklayıcı Notu m. 28 ve 29, UNCITRAL Model Kanunu’nun iptale ilişkin m. 34/f. 2/a/ii ve tanıma tenfize ilişkin m. 35/f. 2/a/ii hükümleri, ICC Tahkim Kuralları m. 22/f. 4, LCIA Tahkim Kuralları md 19/1 ve ISTAC Tahkim Kuralları m. 19.

⁵⁵¹DEMİRKOL, s. 305-306.

⁵⁵²Yazarların da katıldığı, tahkim iradesine ilişkin kısıtlayıcı yorumun, davanın koşullarına ve tarafların türüne dayalı yaklaşım lehine terk edilmesi gerektiği, bu kapsamda tüketici ve iş uyuşmazlıkları gibi yargılama maliyetlerinin ve yargısal denetim eksikliğinin endişe yaratabileceği alanlarda, kısıtlayıcı bir yaklaşımın benimsenebileceği yönünde bkz. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 129.

zımni tahkim iradesi sebebiyle bağlı kabul edilen bir kişi söz konusu ise gerçek bir iradenin var olması sebebiyle tahkim iradesinden şüphe duyulan bir durumdan söz edilemeyeceğinden, kısıtlayıcı yorum yapılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır.

Çalışmamızın “*Esas Sözleşmenin İfası*” başlığı altında ayrıca inceleneceği üzere, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması değerlendirmelerinde, tahkim klotunun esas sözleşmede yer alan diğer hükümlerden nitelik bakımından farkı olup olmadığı sorusu, önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁵³. Öğretide, taraf iradesinin tüm sözleşmeler için aynı önemde olmasından ötürü, tahkim anlaşmaları için özel ve ayrı bir irade aramanın gereksiz olduğu belirtilmiştir⁵⁵⁴. Bu görüşü, özellikle esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle zımni tahkim iradesi yorumu yapılan haller bakımından yerinde bulmaktayız. Nitekim tahkim anlaşmasına yönelik özel ve ayrı bir irade arandığı kabulünde, zımni tahkim iradesi kural olarak tahkim anlaşmasının ifası gibi doğrudan tahkim anlaşmasına yönelen hareketlerin varlığı halleriyle sınırlı olarak kabul edilebilecektir⁵⁵⁵. Halbuki esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle de tahkim klotlarına zımni irade beyan edildiği haller söz konusu olabilmektedir.

⁵⁵³ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40. Tahkim klotunun esas sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik olarak bir farkı olmadığı sonucuna varılırsa, esas sözleşmeye yönelen davranışların tahkim klotu bakımından da bir irade teşkil ettiği sonucuna varılabileceği yönünde bkz. BİNGÖL, Hande, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2025, s. 47-48. Aksi halde, esas sözleşme iradesi ve tahkim iradesinin ayrışacağı yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 39.

⁵⁵⁴TOK, s. 65. *Demirkol*’a göre, taraflarca tahkim yargılamasının seçilmesi bakımından özel veya mutlak bir irade aranması, tahkime uluslararası ticari uyuşmazlıklarda atfedilen anlam ve öneme uygun değildir. *Demirkol*, tahkim anlaşmalarının istisnai niteliğine karşı çıkmakta ve tahkim iradesini dar yorumlamamaktadır (DEMİRKOL, s. 298, 305-307). *Kurtcebe Noyan Göksu*, Galatasaray Üniversitesi’nde 10 Mayıs 2019 tarihinde düzenlenen “*Tahkim Anlaşması*” konulu konferansta yaptığı “*Patolojik ve Asimetrik Tahkim Klotları*” başlıklı sunumunda, bu konudaki görüşünü şu şekilde aktarmıştır: Her ne kadar Yargıtay tahkim anlaşmalarının borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu kabul etse dahi, tahkim anlaşmaları bakımından iradenin tereddüde yer vermeyecek şekilde olmasının aranmasını da kabul etmektedir; ancak, burada söz konusu olan sözleşmenin kurulması ise tahkim anlaşmalarının kurulması için diğer sözleşmelerde beklenen irade eşliğinden daha yüksek bir çıta aranması anlamsızdır. Ayrıca Yargıtay’a göre asıl olan devlet mahkemeleri ve istisnai olan tahkim yargılamasıdır; ancak, bu yaklaşım konuyu basite indirgemektir ve tahkim iradesi meselesine kural ve istisna perspektifinden yaklaşmak yanlıştır. Bu görüş hakkında bilgi için bkz. DEMİRKOL, s. 305, dn. 49. Aksi yönde olacak şekilde *Nomer ve Şanlı*, tahkim yargılamasının özel irade beyanına dayandığını açıkça ifade etmektedir (NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 562; ŞANLI, *Konışmento*, s. 775).

⁵⁵⁵Tahkim klotuna ilişkin ayrı ve özel bir irade aranırsa, zımni irade teorisinin uygulama alanı bulamayacağı yönünde bkz. BİNGÖL, s. 47. Benzer şekilde bkz. YILMAZ, s. 183.

Zımni irade, tarafların gerçek niyetlerine odaklanmaktadır⁵⁵⁶. Dolayısıyla zımni tahkim iradesinin varlığı halinde, ortada gerçek anlamda bir irade beyanı mevcut olup zımni irade beyanı sahibi kişi ya da kişiler gerçek anlamda tahkim anlaşmasının tarafıdır⁵⁵⁷. Kanaatimizce, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması mümkün kabul edilmelidir. Aksi kabul, tahkimin bugüne dek kat etmiş olduğu yol karşısında, tarafların ve ticari hayatın makul beklentileri karşısında isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu kapsamda, mevcut ve karmaşık uluslararası ticari hayatta yaşanan gelişmeler ve sözleşmelerin hukuki normlar dahilinde koşullarının değerlendirilmesi çerçevesinde, tahkim iradesine yeni bir bakış açısı ile yaklaşmak yerinde kabul edilebilir⁵⁵⁸. Zımni tahkim iradesi kavramıyla ortaya koymaya çalıştığımız bu yeni bakış açısı, aslında mevcut bir hukuki kavramın tahkim anlaşmalarına uyarlanarak kabul edilmesinden başka bir şey değildir.

Ayrıca kanunların hukuki işlemler bakımından açık irade beyanı araması istisnaidir⁵⁵⁹. Tahkim anlaşmaları, MTK m. 4/1 hükmünde, “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu hükümden de görüldüğü üzere, kanunda tahkim iradesinin açık olması gerekliliği düzenlenmemiştir. TBK m. 133/1⁵⁶⁰ veya m. 179/2 hükümlerinde olduğu gibi tahkim anlaşmaları bakımından da açık irade beyanı arandığına dair kanuni bir düzenleme olsaydı, açık irade beyanı olmaksızın akdedilen tahkim anlaşması yok hükmünde değerlendirilebilirdi⁵⁶¹. Halbuki, tahkim anlaşmaları açık irade beyanı aranmaksızın tipik borçlar hukuku sözleşmeleri gibi tarafların davranışları temelinde bağlayıcılık kazanabilir⁵⁶². Dolayısıyla, taraf davranışları incelenerek, tahkim iradesi değerlendirilen kişinin hukuki işleme katılım derecesi ve

⁵⁵⁶PARK, s. 4; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 128; MATHEUS LÓPEZ, s. 83.

⁵⁵⁷LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 839.

⁵⁵⁸HANOTIAU, *Common Vision*, s. 554.

⁵⁵⁹SARIKAYA, s. 134-135.

⁵⁶⁰Örneğin, TBK m. 133 hükmü ile “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.*” şeklinde bir düzenleme getirilerek yenilemenin ancak “*tarafların açık iradesi*” ile mümkün olacağı kabul edilmiştir.

⁵⁶¹SARIKAYA, s. 134-136.

⁵⁶²BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 800.

imzacı tarafla etkin ilişkisi kapsamında bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmelidir⁵⁶³.

Zımnî tahkim iradesi, her bir somut olay özelinde, maddî hukuk boyutuyla incelediğimiz şekilde, zımnî irade beyanının türleriyle paralel olarak beyan edilebilir. Bu anlamda, zımnî irade beyanı türlerinden susma özel bir öneme sahiptir. Nitekim milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline geldiğini kabul ettiğimiz tahkim yargılamasına dayanak oluşturan tahkim anlaşmalarının kurulmasında, bazı hallerde muhatabın susmasının kabul beyanı olarak nitelendirilebileceği kabul edilebilir⁵⁶⁴. Bu anlamda, teamül gereği veya tarafların tercihleri sebebiyle, sözleşmelerinde sürekli olarak tahkim klotuna yer veren tacirler bakımından susma, zımnî tahkim iradesi olarak değerlendirilebilir⁵⁶⁵. Nitekim, Türk tahkim mevzuatında tarafların tahkim iradesinin açık olması gerekliliği düzenlenmediğinden, TBK m. 6 hükmü çerçevesinde bir tarafın tahkim önerisi karşısında muhatabın susmasının zımnî tahkim iradesi teşkil etmesi için öneren, kanun gereği açık kabulü beklemek zorunda değildir.

Keza zımnî tahkim iradesi, ticari örf ve âdet hukuku ve teamüllerin, tahkim anlaşmasının zımnî irade beyan edilerek kabul edildiği çıkarımı yapılmasına sebep olması halinde, iradeyi gösteren davranış görünümüne de bürünebilir. Bu gibi hallerde sergilenen davranış, ancak ticari teamüller kapsamında ve somut olayın şartları birlikte değerlendirildiğinde geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması sonucunu doğurmaktadır⁵⁶⁶. Örneğin, devam eden ticari ilişkiler veya tahkimin mutad niteliğine ilişkin ticari örf ve adetler konusunda tarafların farkındalıklarına dayanarak yazılı bir

⁵⁶³MATHEUS LÓPEZ, s. 83. Taraf davranışlarının maddî hukuktan ve yargılama hukukundan kaynaklanan çeşitli sebepler kapsamında yorumlanması neticesinde, zımnî tahkim iradesinin varlığı kabulünü gerektiren somut olay örnekleri, çalışmamızın “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımnî Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri*” başlığı altında, uyuşmazlık öncesi ve uyuşmazlık sonrası şeklinde bir ayrıma gidilerek aktarılacaktır.

⁵⁶⁴VAN DEN BERG, NYC, s. 197-198. ABD mahkemeleri bir kararında, sessizliğin kabul anlamına gelmediğini ve fakat tarafların önceki ilişkileri de göz önünde tutularak, tarafın davranışının kabul olup olmadığının değerlendirilebileceğini belirtmiştir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 805).

⁵⁶⁵ABD mahkemelerinin uluslararası ticari işlemlerde tahkimin yaygın bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması sebebiyle, açıkça reddedilmediği hallerde, tahkim anlaşmasına yönelik önerinin kabul edildiğine dair kararlar verdiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 804.

⁵⁶⁶Devlet mahkemelerinin ticari uygulamaya atıfla, taraflar arasında açık ve yazılı bir kabul olmaksızın da geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğuna karar verdiği ve hatta Amerika mahkemelerinin sözlü olarak kurulan esas sözleşme içerisinde yer alan ve sözlü olarak dahi atıf yapılmayan tahkim anlaşmalarını da ticari teamüle atıfla geçerli kabul ettiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 801.

tahkim anlaşması mevcut olmamasına rağmen, tahkim anlaşmasının geçerliliğine hükmedilebilir⁵⁶⁷. Tarafların farkındalıkları, özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından, basiretli tacir kavramını akla getirmekte ve basiretli tacir kavramının irade beyanının varlığının tespitinde ve yorumunda doğrudan etkisi gözlemlenmektedir. Hatta zımni irade beyanının varlığının kabulü tacirler bakımından daha kolay kabul edilmektedir. İşte bu gibi hallerde iradeyi gösteren davranışların mevcut olduğu söylenebilir. İradeyi gösteren davranış ve susma hallerinin ikisinde de ticari teamüllere atıf mevcut olsa da bu ikisi arasındaki temel fark, iradeyi gösteren davranışın varlığı halinde aktif bir davranışın söz konusu olmasıdır. Susma yoluyla beyan edilen zımni tahkim iradesinin varlığı halinde pasif bir durum söz konusudur.

Susmanın zımni tahkim iradesi teşkil edebileceği bir diğer durum, teyit mektuplarını ilgilendirmektedir. Zira teyit mektuplarıyla ilgili klasik senaryo, imzalanıp geri iletilmesi talebiyle birlikte bir nüshanın gönderilmesi, ancak bu talep yerine getirilmese de teyit mektubunda belirtilen koşullara herhangi bir itirazda bulunulmamasıdır⁵⁶⁸. Bu anlamda, teyit mektuplarında esas sözleşmeye ilişkin hükümlerle birlikte tahkim klozu da yer alabileceğinden, teyit mektuplarında yer alan tahkim klotlarının geçerliliği, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulması bakımından tartışma konusu yapılabilir. Ancak teyit mektuplarına sonradan eklenen tahkim klotları, diğer tarafın durumunu ağırlaştıran bir hüküm olarak değerlendirilebileceğinden, bu halde diğer tarafın susması zımni kabul olarak değerlendirilmemelidir. Meğerki taraflar sözlü olarak yapılan sözleşme görüşmelerinde bu konuda müzakere etmiş olsun. Öte yandan, sözlü görüşmelerde bu konu müzakere edilse bile, *Kalpsüz*'e göre, tahkim anlaşmaları sözlü olarak

⁵⁶⁷Bu duruma özellikle deniz ticareti alanında taraflarca kullanılan ve birtakım kuruluşlarca düzenlenen matbu sözleşmeler kapsamında sıkça rastlanılmaktadır (ESEN, *Teşmil*, s. 26). Nitekim Alman mahkemelerine göre, sektörel bazda yapılan değerlendirme ile belirli sözleşme grupları söz konusu ise ve tahkim anlaşmasının tarafları bu sektörün mensubu ise ticarî örf ve âdet kuralları kapsamında tahkim anlaşmasının zimnen akdedildiğinden söz edilebilir. Bu yönde verilen bir karar hakkında bilgi için bkz. HOUTTE Vera Van: "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", *Arbitration International*, C. 16, S. 1, 2000, s. 5-6; YILMAZ, s. 204, dn. 969. Alman mahkemelerinin koyun derisi ticaretinde, tahkim klotlarının zımni olarak kabul edilebileceğine karar verdiği yönünde ayrıca bkz. PARK, s. 11, dn. 28. *Lyman v. Greater Boston Radio, Inc.* kararında mahkeme, her iki tarafın da yıllardır sergiledikleri davranışlarla anlaşmazlıkları tahkim yoluyla çözme tercihlerini teyit ettiklerini belirtmiştir. Böylece taraflar arasındaki süregelen ilişkilerden yapılacak çıkarımla tahkim anlaşmalarının kurulduğuna karar verilebilmektedir (U.S. District Court Eastern District of Michigan Southern Division, *Lyman v. Greater Boston Radio, Inc.*, Case No. 09-14502, 13, 21.06.2010, law.justia.com, s. 14-15).

⁵⁶⁸Ulusal hukuklarda, bu sessizliğin kabul anlamına gelip gelmediğinin farklı yorumlandığı ve tarafların aynı koşullar çerçevesinde sözleşme yapma sıklığı değerlendirilse de, bunun genel kabul görmediği yönünde bkz. VAN DEN BERG, NYC, s. 205-206.

kurulamayacağından, sözlü olarak kararlaştırılan tahkim anlaşmasının daha sonra teyit mektubuna işlenerek diğer tarafa gönderilmesi halinde, diğer tarafın süresinde bu mektuba itiraz etmemesinden ötürü, mektubun yapılan sözlü görüşmelere uygun olduğunun kabulüyle geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması mümkün değildir⁵⁶⁹. Ayrıca, daha önceden akdedilen esas sözleşmenin ifası aşamasında düzenlenen faturalara eklenen tahkim klostarı faturaların mutad içeriğini oluşturmadığından, süresinde itiraz edilmedikleri takdirde, diğer bir ifadeyle faturayı alan kişinin susması halinde, bu kişinin zımni olarak tahkim klostunu kabul etmiş sayılmaması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir⁵⁷⁰.

Görüldüğü üzere, zımni tahkim iradesi, susma, irade faaliyeti veya iradeyi gösteren davranış görünümüne bürünebilir. Zımni tahkim iradesinin bu görünüm biçimleri, çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri*” başlığı altında özel olarak incelenecektir; bu kısımda sadece zımni tahkim iradesinin var olabileceği kabul edilmiş ve her bir zımni irade beyanı türünün tahkim iradesine yansımaları kısaca ele alınmıştır.

B. Zımni Tahkim İradesinin Kabulünde Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Rolü

Tahkim anlaşması, hukuki niteliği bakımından usul hukuku sözleşmesi veya maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi fark etmeksizin, kurulması ve geçerliliği yönünden borçlar hukuku hükümlerine tabi olduğundan⁵⁷¹, tahkim anlaşmalarının geçerliliği tıpkı diğer sözleşmeler gibi tarafların, aralarındaki mevcut ve muhtemel uyuşmazlıkları tahkim yargılamasına tabi kılmak noktasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirmektedir⁵⁷². Dolayısıyla, geçerli bir tahkim

⁵⁶⁹KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1034.

⁵⁷⁰KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1035.

⁵⁷¹Tahkim anlaşmalarının sonuçlarını usul hukuku alanında doğuruyor olması, kuruluşu bakımından maddi hukuk kurallarının uygulanmasını bertaraf edemez (YILMAZ, s. 232).

⁵⁷²ESEN, *Teşmil*, s. 9; ŞANLI, *Konışmento*, s. 774; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 414-415; AYDEMİR, s. 145-218; Yargıtay 15. HD., 01.07.2014 tarihli ve 2014/3330 E., 2014/4607 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD., 09.04.2013 tarihli ve 2013/1574 E., 2013/2445 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD., 24.11.2016 tarihli ve 2016/7909 E., 2016/15104 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD., 13.11.2017 tarihli ve 2016/5313 E., 2017/3922 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Yargıtay’ın davacının tahkim iradesini göstermesine rağmen davalı tarafın aynı iradeyi gösterdiğine dair açık veya örtülü irade beyanında bulunmadığı ve davacının iddia ettiği sözleşme koşullarını aynen ifa etmek suretiyle fiili bir kabul iradesi de göstermediği gerekçesiyle, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun

anlaşması için tarafların tahkime yönelik karşılıklı ve ortak irade beyanlarının varlığına ihtiyaç vardır⁵⁷³. Tahkim anlaşmalarının esaslı unsurları ise tarafların uyuşmazlığın devlet yargılamasını bertaraf etmek suretiyle hakemler nezdinde bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümlenmesini kararlaştırması ve tahkim yoluyla çözülecek hukuki uyuşmazlıkların kapsamının belirlenmesidir⁵⁷⁴.

Aynı şekilde, tahkim anlaşmasına yönelik zımni bir iradenin varlığının kabulü de, tahkim iradesinin bu unsurlara sahip olmasına ve tarafların ortak irade beyanlarının varlığına bağlıdır. Dolayısıyla, zımni irade tartışmalarında imzacı olmayan kişinin iradesi genelde tartışma konusu olsa da, diğer tarafların imzacı olmayan kişi ile tahkim anlaşmasına bağlanma iradesi de gerekmektedir⁵⁷⁵. Bu anlamda, kişinin sözleşmeyi imzalamamasına rağmen fiilen yerine getirmesi, en azından sözleşmeye bağlılığının kanıtı olarak görülebilir ve diğer tarafların sessiz kalması, bu bağlılığın onlar tarafından da kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir⁵⁷⁶. Ancak mahkemeler ve hakemler çoğu zaman, sadece imzacı olmayan kişinin tahkime rıza gösterip göstermediğine odaklanmakta, imzacı tarafın imzacı olmayan kişiyle tahkim

tahkim iradelerinin varlığının söz konusu olamayacağı yönündeki karara ilişkin bilgi için bkz. Yargıtay 19. HD., 24.05.2012 tarihli ve 3057/8736 sayılı kararı, Karar için bkz. PEKCANİTEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4612, dn. 259.

⁵⁷³BREKOUKAKIS, *Third Party*, s. 188; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 21. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı kuralının tahkim için de geçerli olmasının, tahkim için özel rıza gerekmediğini gösterdiği ve bu durumun “*tahkim iradesi miti*” olarak adlandırılabilceği yönünde bkz. DEMİRKOL, s. 298.

⁵⁷⁴LALIVE, P./POUDRET, F./REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, s. 314, ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 519'dan naklen; BESSON Sébastien/XOUDIS Julia: “Conventions d'arbitrage pathologiques: la volonté d'arbitrer peut-elle tout guérir?”, *L'électique juridique*, Recueils d'articles en l'honneur de Jacques Python, 2011, s. 202, ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 519'dan naklen. Tahkim anlaşmalarının esaslı unsurlarının, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, bağlayıcı bir karar vermek amacıyla hakeme tebliği, hakemin çözüme kavuşturacağı uyuşmazlığın tahkime elverişli olmakla birlikte, belirli veya belirlenebilir olması veya tahkim anlaşmasına rıza gösteren tarafların belirli veya belirlenebilir olması şeklinde olduğu yönünde bkz. SPOORENBERG/FELLRATH, s. 243-244.

⁵⁷⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1427; BREKOUKAKIS, *Third Party*, s. 188. Bir ICC kararında hakem heyeti, üçüncü kişinin, sözleşmede yer alan tahkim klozu ile bağlı olmasının ancak üçüncü kişi de dahil tüm tarafların zımni dahi olsa ortak iradelerinin varlığı halinde mümkün olduğunu ve bunun sözleşmenin ifasına katılım derecesi üzerinden her bir uyuşmazlık özelinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Yayımlanmayan bu karar hakkında bilgi için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 292-294; HANOTIAU, *Lessons*, s. 351; BİNGÖL, s. 90. Fransız hukukunda, üçüncü kişilerin tahkim klozuyla bağlı kabul edilmesi, tarafların bu kişiyi de kapsayan açık veya zımni ortak iradelerinin tespitine bağlı kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmasının tüm potansiyel taraflarının ortak iradesi aranırken, taraflardan her birinin objektif davranışları aracılığıyla subjektif iradesi tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda, tarafların sözleşmenin müzakeresi, ifası ve sona erdirilmesi süreçlerine katılımları ve davranışlarını dikkate alınarak somut olayın koşulları değerlendirilmektedir (*Dallah v. Pakistan*, prg. 17-19).

⁵⁷⁶MAYER Pierre: “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories Under French Law”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press Ocak, 2009, s. 191-192.

yargılamasına tabi olmak konusundaki rızasına daha az dikkat etmektedir⁵⁷⁷. Zımni irade değerlendirmeleri, karşılıklı onay şartını, anlaşmanın kendisini sözlerden ziyade davranışlarda gösterdiği durumlara genişletse ve özel teorilerin uygulama alanı bulmadığı hallerde somut olaya göre uygulama alanı bulabilse de⁵⁷⁸, aslında zımni tahkim iradesinin varlığının tespit edilmesi halinde, başka bir teorinin uygulanmasına ihtiyaç kalmamaktadır.

Genel niteliği nedeniyle çeşitli senaryolarda uygulanabilecek kadar esnek olması ve sözleşmeler hukukunun temelleriyle kesişerek ulusal sınırları aşabilen bir nitelik taşıması, zımni irade değerlendirmelerinin en temel iki avantajıdır⁵⁷⁹. Bununla birlikte, tahkimin salt sözleşmesel niteliğe değil; yargısal niteliğe de sahip olması, durumu sadece sözleşmesel perspektiften değerlendiren zımni tahkim iradesi zayıf kalmasının nedenidir⁵⁸⁰.

Zımni tahkim iradesi değerlendirmelerindeki esas hukuki sorun, karar mercinin tahkim iradesinin ispatlanması bakımından kabul ettiği eşiktir⁵⁸¹. Bu sebeple,

⁵⁷⁷BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 188. Örneğin, *Dallah v. Pakistan* davasında İngiliz mahkemelerinin imzacı olmayan Pakistan hükümetinin iradesini gösterdiği iddia edilen delillere çok fazla vurgu yapılırken, imzacı *Dallah*'ın imzacı olmayan kişiyle tahkim anlaşması akdetmek konusundaki iradesine çok az dikkat edildiğinin altını çizdiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 195.

⁵⁷⁸PARK, s. 4; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 128.

⁵⁷⁹BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 128.

⁵⁸⁰BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 2011, <https://transnational.law.nyu.edu/2011/07/third-parties-in-international-commercial-arbitration/>.

⁵⁸¹HOSKING, *The Quest For Consent*, s. 303. Zımni tahkim iradesinin kabulü, ispat faaliyetiyle yakından ilgilidir. Bu anlamda, kimi ulusal kanunlarda tahkim iradesinin diğer sözleşmelere kıyasen daha net ve kesin bir şekilde ortaya koyulması gerekirken, diğer bazı ulusal kanunlarda bu eşik düşürülmüş ya da tahkim anlaşmasının geçerliliği diğer sözleşmelerle eş bir şekilde değerlendirilmiştir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 751). Örneğin, ilk başta imzacı olmayan kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı tutma konusunda negatif bir tutum sergileyen Hindistan mahkemelerinin, artık yazılılık şartını bir engel olarak görmeyerek ve tahkim iradesini esnek yorumlayarak, zımni tahkim iradesinin tespiti yoluna başvurduğu ve pragmatik bir yaklaşım sergilediği yönünde bkz. PATHAK, s. 597, 602-614. Benzer şekilde, Fransız hukukunda, tahkimin, milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından varsayılan uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmesinin, tahkim iradesi değerlendirmelerinde kabul edilen eşik üzerindeki etkisi büyüktür. Nitekim bu sebeple, tahkim iradesinin kabulünde, daha esnek bir değerlendirme yapılarak, tahkim için özel bir iradenin aranmadığı yönünde bkz. PINSOLLE Philippe: "Chapter 12: A French View on The Application of The Arbitration Agreement to Non-Signatories", *The Evolution and Future of International Arbitration* (eds. BREKOULAKIS Stavros L./LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), *International Arbitration Law Library*, C. 37, Kluwer Law International, 2016, s. 210-213. Hatta tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözmenin doğal ve tercih edilen yolu olduğundan hareketle faydaları da düşünüldüğünde, tarafların iradelerinin tahkim lehine olacağını varsaymanın makul olduğu dahi ifade edilmektedir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 760-762). Bununla birlikte, tahkim iradesi saptanırsa zaten tahkim lehine yorum ilkesini devreye sokmaya gerek olmadığı da belirtilmektedir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 106). Dolayısıyla, zımni irade beyanının varlığına hükmedildiği hallerde de, aslında ortada net bir şekilde tahkim iradesi var denildiğinden geçerlilik ilkesine veya tahkim dostu bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmayacaktır.

uygulanacak hukuk zımni tahkim iradesi bakımından varılan sonucu doğrudan etkiler. Nitekim tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve kapsamı bakımından, devlet mahkemeleri ve hakem heyetleri, taraf iradelerini farklı yorumlayabilir⁵⁸². Zımni tahkim iradesinin varlığını ispat külfeti ise şüphesiz bunu iddia eden tarafa aittir⁵⁸³. Genellikle, tahkim mevzuatlarında, tahkim klotlarının iradenin varlığı veya kanıtlanması açısından esnek değerlendirilmesini öngören istisnai bir kural yer almaz⁵⁸⁴. Bu sebeple, imzacı olmayanların davranışlarından hareketle zımni tahkim iradesi kesinlik derecesinde ortaya çıkartılmalıdır⁵⁸⁵. Zira unutulmamalıdır ki kural, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişilere sirayet etmemesidir⁵⁸⁶. Zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri kapsamında da, tahkim yargılamasının gerçek taraflarının teşkili sağlandığından, tahkim iradesi değerlendirmelerinin esnetildiği söylenemez.

Zımni tahkim iradesi, yorum kuralları kapsamında tespit edilmektedir⁵⁸⁷. Kişinin tahkim iradesi davranışları vasıtasıyla anlaşılıyorsa, zımni tahkim iradesi söz konusudur⁵⁸⁸. Dolayısıyla kişinin davranışlarından dolayı, diğer sözleşmelerde olduğu

⁵⁸²ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 85 vd. Tahkim iradesine ilişkin ispat standartlarının düşürülmesi gerektiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 760-762. Kaplan, taraflar arasında esas sözleşmenin kurulduğuna dair hiçbir şüphe yok iken, tahkim anlaşmasının daha ağır ispat şartlarına tabi olmasını eleştirmiş ve bu şekilde ticari hayatın gerçeklerine aykırı kararlar verilme riskinin olduğunu belirtmiştir ([1994] 2 HKC 526, Karara ilişkin bilgi için bkz. KAPLAN Neil: “Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, *Arbitration International*, C. 12, S. 1, Mart 1996, s. 30).

⁵⁸³HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 297. Genel ve soyut niteliği sebebiyle, zımni iradenin kanıtlanmasının zor olduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 129. Özellikle davranış yoluyla tahkime rıza gösterildiğinin tespitinin çok zor olduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 628.

⁵⁸⁴BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 187.

⁵⁸⁵FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 254, 257-258, 262; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 197. Tahkim iradesinin kanıtlanması için sadece imza veya yazılı bir belgeye ihtiyaç duyulmadığı ve fakat tahkim iradesinin hâlâ önemini korumasından ötürü, zımni irade beyanının sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin belirli yorum ilkeleri ve teknikleriyle bir olasılıktan ziyade kesinlik derecesinde tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. AĞAOĞLU, Cahit, *Arbitration in Merger and Acquisition Transactions, Problem of Consent in Parallel Proceedings and in the Transfer of Arbitration Agreements in Merger And Acquisition Arbitration*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2016, s. 213-214.

⁵⁸⁶AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 180.

⁵⁸⁷TİRYAKIOĞLU, s. 103; ESEN, *Teşmil*, s. 16-17. Tahkim iradesi değerlendirilirken, sözleşme kapsamında tarafların adil ve makul beklentileri ve sözleşmenin sessiz kaldığı durumlarda, tarafların davranışlarıyla karşı tarafta uyandırdığı izlenim, özellikle imzacı olmayan kişinin sözleşmeye aktif katılımı ve sözleşmeden elde ettiği ekonomik menfaatler dikkate alınmalıdır (BLESSING, Marc, *Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives*, Swiss Commercial Law Series (ed. VOGT Nedim Peter), Swiss Commercial Law Series; Vol. 10, Helbing und Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1999, s. 188).

⁵⁸⁸LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 840; STUCKI/WITTMER, s. 4; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1428, dn. 118. 7 Mayıs 2009 tarihinde verilen *Suba France v. Pujol* kararında Fransız mahkemelerinin yaklaşımı bu açıdan önemlidir. Söz konusu uyuşmazlıkta, *Pujol* 17 Temmuz 2005 tarihinde *Suba France* ile sebze tohumu üretmek için sözleşme imzalamış ve tohumların satın alınmasıyla ilgili uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, *Pujol* söz konusu sözleşmede yer alan tahkim klotuna dayanarak hem *Suba France* hem de tahkim anlaşmasını içeren esas sözleşmenin müzakeresi

gibi, tahkim klozu içeren esas sözleşmelerin de tahkim klozuyla birlikte, ilgili kişi üzerindeki bağlayıcılığı kabul edilebilir⁵⁸⁹. Zımni irade beyanına ilişkin sorular çok sayıda olgusal faktörün değerlendirilmesini gerekli kılar⁵⁹⁰. Bu kapsamda, taraflarca ortaya koyulan irade beyanlarının, iyiniyet prensibi ve sözleşmenin kurulması anında ve sonrasında sergilenen hareketler çerçevesinde yorumlanması gerekir⁵⁹¹. Tarafların zımni irade beyanlarının yorumlanması, somut olayın şartlarına bağlı kabul edilmekte ve bu şartlardaki ufak değişiklikler dahi tarafların zımni iradelerinin tespiti sonucunu etkileyebilmektedir⁵⁹². Bu yüzden, imzacı olmayan kişinin tahkim yargılamasının tarafı kabul edilmesi, her davanın özel koşullarının dikkatle incelenmesini gerektirmektedir⁵⁹³.

Tahkim anlaşmalarının yorumlanması, sözleşmeler bakımından geçerli olan yorum ilkeleri kapsamında gerçekleşmektedir⁵⁹⁴. Böylece tahkim anlaşmasında imzası olmayan kişi ya da kişiler, sözleşmeler hukuku prensiplerine göre tahkim yargılamasına taraf kılınabilmektedir⁵⁹⁵. Aynı şekilde, dürüstlük kuralı da sadece maddi hukuk konularıyla sınırlı değil, hukukun tüm alanlarında uygulanan temel bir hukuk prensibi olduğundan⁵⁹⁶, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuktan bağımsız

ve ifasında doğrudan yer aldığını iddia ederek *Suba France* grubunun parçası olan İtalyan şirketi *Suba & Unico*'ya karşı tahkim yargılaması başlatmıştır. Paris İstinaf Mahkemesi, uluslararası sözleşmelerdeki tahkim anlaşmalarının bağımsız bir geçerliliğe sahip olduğu ve bu nedenle, sözleşmenin ifasında doğrudan yer alan ve bundan kaynaklanabilecek uyuşmazlıklara dâhil olan tarafların da tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi imzacı olmayan kişinin iradesini, sözleşmenin ifası sırasındaki davranışlarıyla ortaya koyduğunu belirtmiştir (*Suba France v. Pujol*, Cour d'appel, Paris, 1^e ch. (section C), 07.05.2009, Case No. 08/2025, Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 84, dn. 63; PINSOLLE, s. 217).

⁵⁸⁹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 800. Hindistan sözleşmeler hukukunda, davranış yoluyla da irade beyan edilebileceğinden, aynı kuralın tahkim anlaşmaları için de geçerli olduğu yönündeki karar incelemesi için bkz. SINGH Aditya: "Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another", Supreme Court of India, Arbitration Petition (Civil) No. 38 of 2020, 06.12.2023, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

⁵⁹⁰BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1428.

⁵⁹¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 105.

⁵⁹²PARK, s. 5.

⁵⁹³DIMOLITSA Antonias C.: "Issues Concerning the Existence, Validity and Effectiveness of the Arbitration Agreement", ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 7, S. 2, 1996, s. 17.

⁵⁹⁴ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 105; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 132. Bu konuda detaylı bilgi bkz. "Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımni İrade Beyanıyla Kurulmasına İlişkin Değerlendirmelerde Tahkimin ve Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliğinin Etkisi" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵⁹⁵EISEN, s. 40. Özellikle ABD mahkemelerinin, tahkim anlaşmalarının kapsamını ve geçerliliğini belirlerken "sözleşmeler hukukunun tüm cephaneliğini" kullandığı ve bu cephaneliğin sözleşmeler hukuku savunmaları içerdiği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 20. Bununla birlikte, imzacı olmayanları tahkim anlaşmasına taraf kılabilme adına, grup şirketler doktrini gibi özel doktrinlerin de geliştirildiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1413.

⁵⁹⁶PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4597, 4647-4649; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 1011; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 625. Özellikle üçüncü kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmak amacıyla ortaya çıkan tüm teorilerin hukuki temelini dürüstlük kuralı olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR

olarak, tahkim anlaşmalarının kurulmasında dikkate alınabilir⁵⁹⁷. Dürüstlük kuralının tahkim anlaşmalarındaki uygulama alanına örnek olarak, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına engel olabilecek durumların varlığına rağmen, aksi sonuca varılması dürüstlük kuralına aykırılık doğuracak ise, üçüncü kişilerin dürüstlük kuralı temelinde tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gösterilebilir⁵⁹⁸. Teşmil bakımından da dürüstlük kuralı bir gerekçe teşkil edebilir⁵⁹⁹. Yargıtay da tahkim anlaşmalarına ilişkin içtihatlarında, dürüstlük kuralına önem atfetmektedir⁶⁰⁰.

Dolayısıyla zımni tahkim iradesinin tespiti açısından, temelinde dürüstlük kuralının yer aldığı güven teorisi başta olmak üzere, maddi hukuk anlamında irade beyanlarının yorumunda kabul edilen ilke ve prensipler, tahkim anlaşmalarına da uygulanabilir. Örneğin, İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmaları, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel kurallar ışığında yorumlanmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle tarafların gerçek ve ortak iradeleri, sözleşmenin lafzıyla birlikte sözleşmeyi çevreleyen diğer tüm koşullar dikkate alınarak araştırılmaktadır. Bu iradenin tespit edilememesi halinde ise iyiniyet prensiplerine uygun olarak tarafların varsayılan iradeleri belirlenmeye çalışılmaktadır⁶⁰¹. Buna göre, İsviçre hukukunda, hem irade

KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 36-37, 60-61; YILMAZ, s. 232; Yargıtay 15. HD., 04.10.2010 tarihli ve 2010/4423 E., 2010/4960 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁵⁹⁷PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4597, 4649-4650; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 60-61; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 80; EKŞİ, *Incorporation*, s. 68; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 257-258; Yargıtay 15. HD., 04.10.2010 tarihli ve 2010/4423 E., 2010/4960 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Nitekim Fransız mahkemeleri, tahkim anlaşmalarını yorumlarken tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almadan doğrudan uluslararası hukukun genel prensiplerini esas almakta ve dürüstlük kuralına başvurmaktadır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 106; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 74; BERNARDINI, s. 202).

⁵⁹⁸ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 36-37.

⁵⁹⁹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 36-37.

⁶⁰⁰Yargıtay 11. HD., 09.04.2004 tarihli ve 2003/6774 E., 2004/3751 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 07.11.2024 tarihli ve 2023/6475 E., 2024/7846 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Yargıtay'ın tahkim anlaşmaları bakımından dürüstlük kuralına yer verdiği diğer karar örnekleri için bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 250, dn. 21. Öte yandan Şanlı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kapsamında yaptığı değerlendirmelerinde, tamamen iradi nitelikteki tahkim anlaşmasına, dürüstlük kuralı gibi maddi bir hukuk normuna dayalı olarak geçerlilik atfedilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 430-432; ŞANLI, s. 609-610).

⁶⁰¹KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 132. Taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olup olmadığının tespiti, irade beyanlarının yorumlanması neticesinde belirleneceğinden, öncelikle mahkemenin somut olay kapsamında tarafların sözleşme akdetme yönündeki açık veya zımni de olsa, gerçek ve ortak iradesini değerlendirmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, tarafların sözlü ve yazılı beyanlarının, taraflar arasındaki ilişkinin, sözleşmenin kurulması öncesi ve sonrası durumun ve tarafların eskiye yönelik iradelerini ortaya koyan sonraki davranışlarının kolektif olarak incelenmesini gerektirir. İşbu emareler genel hayat tecrübeleri doğrultusunda hâkim tarafından vakıa bazında takdir edilmektedir. Taraflardan biri diğerinin irade beyanını anlamadıysa veya gerçek ve ortak irade yukarıda bahsedilen subjektif yorum çerçevesinde tespit edilemiyorsa, bu durumda normatif veya objektif yorum yapılacaktır. Objektif irade araştırılırken dürüstlük kuralı kapsamında tarafların birbirinin beyanına mantık çerçevesinde verebileceği ya da vermesinin beklenebileceği anlam güven teorisi uyarınca

hem de sözleşmenin yorumlanması konularını değerlendirmek zorunda olan bir mahkeme veya hakem heyetinin öncelikli görevi, mümkünse tarafların gerçek ve ortak iradesini tespit etmek olup; bu iradenin tespit edilememesi durumunda, objektif veya normatif yorum yöntemi olarak adlandırılan yorum yöntemiyle, tarafların tahkim anlaşmasının kurulduğunu iddia ettikleri zamandaki zımni iradelerini tespit etmektir. Nitekim, zımni tahkim iradesi bağlamında temel sorun, tarafların objektif iradelerinin tahkim anlaşmasına taraf olmak yönünde olup olmadığı değerlendirmesidir⁶⁰².

Zımni irade beyanı kavramı sayesinde tahkim anlaşmasının etkisi, anlaşmanın kabul edildiğini gösteren davranışlar sebebiyle imzacılar dışındaki kişilere uzanmaktadır⁶⁰³. Nitekim zımni tahkim iradesinin davranışlardan ortaya çıkarıldığı hallerde, imzacı olmayan kişinin, başka biri tarafından imzalanan tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayı beklemesi makul ve haklı kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Bu anlamda zımni tahkim iradesinin varlığı, her zaman tahkim klozu içeren çok taraflı ticari sözleşmelerin müzakere, ifa veya nadir durumlarda feshi aşaması gibi farklı aşamalarında yapılan davranışlardan hareketle, iradesi sorgulanan kişilerin gerçekten tahkime gitmeyi kabul ettikleri yönündeki çıkarımın yapılmasının makul olmasına dayandırılmaktadır⁶⁰⁵. Özellikle, esas sözleşmenin akdine, ifasına veya feshine yönelik

yapılacak yorumla tespit edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin TF, 4A_139/2018 numaralı kararı için bkz. DEVELİOĞLU/KARA, s. 384-386.

⁶⁰²BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1427. Böylece, delillerin toplamının tahkim yargılamasının kabul edilmesi yönünde objektif bir iradeyi desteklemesi halinde, tahkim anlaşmasının kurulduğu tespit edilmektedir (BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 152, dn. 16). Benzer bir yaklaşımın, İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından *Peterson Farms* davasında da benimsendiği yönünde bkz. BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 152, dn. 16; England and Wales High Court (Commercial Court), *C&M Farming Limited (Formerly known as Nasik Breeding and Research Farm Limited) v. Peterson Farms Inc.*, [2002] EWHC 121 (Comm), 04.02.2004, jusmundi.com. Öte yandan, *Peterson Farms* davasındaki asıl hukuki problemin, tahkimde davacı olan alıcıların, maruz kaldıkları zararın ötesinde, kendileriyle ve sözleşmeyle yakından bağlantılı diğer grup şirketlerinin maruz kaldığı zararları da talep edip edemeyecekleri olduğu ve aslında kişi bakımından yetki meselesinin söz konusu olmadığı ve karar verilirken grup şirketler doktrinine dayanılmasının da gerekmediği yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 345.

⁶⁰³PARK, s. 3; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 798, dn. 888. Zımni irade beyanı kavramının, imzacı olmayanları tahkim anlaşması ile bağlı kılmak için kullanıldığı; ancak, imzacı olmayanların sözleşme müzakerelerinde aktif rol oynadığı ve sözleşmeye doğrudan dahil olduğu durumlarda bunun mümkün olduğu yönünde bkz. *Shapoorji Pallonji And Co. Pvt. Ltd v. Rattan India Power Ltd & Anr.*, Delhi High Court, AIR ONLINE 2021 DEL 472, 07.04.2021, indiankanoon.org, prg. 25-26 (*Shapoorji Pallonji And Co. Pvt. Ltd v. Rattan India Power Ltd & Anr.*). İmzacı olmayan bir tarafın davranışları veya ilişkileri, onu tahkimin imzacı taraflarından biriyle ilişkilendiriyorsa, hakem heyetinin zımni irade beyanına dayalı tespit yapabileceği yönünde bkz. LAMM/AQUA, s. 720.

⁶⁰⁴MATHEUS LÓPEZ, s. 73, 83; PARK, s. 4.

⁶⁰⁵BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 128; ZUBERBÜHLER, s. 22-23. İmzacı olmayan tarafın davranışı, tahkim anlaşmasını zımni olarak kabul ettiği çıkarımını mümkün kılıyorsa veya diğer tarafta bu anlaşmaya tabi olma niyetinde olduğu yönünde intiba bırakıyorsa, tahkim iradesinin açık olması gerektiğini kabul etmek iyiniyet prensibinin ihlaline yol açabileceğinden, imzacı olmayan kişi tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmelidir (MATHEUS LÓPEZ, s. 99).

davranışların sözleşmenin tarafı olma ve dolayısıyla tahkim klozuyla bağlı olma iradesini gösterecek şekilde olması veya karşı tarafın gözünde sözleşmenin tarafı olduğu izlenimi yaratılmış olması hallerinde, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan kişiler tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilebilmektedir⁶⁰⁶. Bu anlamda, tahkim klotunun sözleşmenin diğer hükümlerinden farkı olmadığının kabul edilmesi halinde⁶⁰⁷, esas sözleşmenin akdine, ifasına veya feshine aktif katılım gösteren kişinin irade beyanı, güven teorisi kapsamında yorumlandığında, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanı ile kurulduğu kabul edilebilecektir. Aynı gerekçeler, tahkim anlaşmasının asli tarafları arasında zımni irade beyanı ile kurulması halinde de geçerlidir. Örneğin, Hollanda mahkemeleri sözleşmenin diğer tarafının imzaladığı bir tahkim anlaşmasını alan tarafın, esas sözleşmede teslimi öngörülen malların tesliminden iki ay sonra tahkim klotuna itiraz ettiği bir davada, tarafların bu konuda bilgi sahibi olmaları nedeniyle, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanı çerçevesinde kurulduğuna hükmetmiştir⁶⁰⁸.

Benzer şekilde, tarafların sözleşmesel ilişkileri bakımından sürekli olarak tahkim yargılamasını uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak seçmeleri sebebiyle, tahkimin taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıklar için olağan yargılama biçimi haline geldiği söylenebiliyorsa, tarafların irade beyanları dürüstlük kuralı ve güven ilkesine göre yorumlanırken, bu durum gerçek ve ortak iradenin tespitinde dikkate alınmalıdır. Tahkim anlaşmalarının taraflarının tacir olmasından ötürü, bu yorum yapılırken, zımni tahkim iradesi tespit edilmeye çalışılan taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilerin devamlılığı ve tarafların icra ettiği ticari faaliyetler kapsamında akdetmeye alışık oldukları standart sözleşme tipleri gibi somut ticari ilişkinin birtakım kriterleri göz önünde bulundurularak oluşturulan haklı güven nazara alınacaktır. Nitekim ABD mahkemeleri, tekstil sektöründe tahkimin yaygın bir uygulama olması nedeniyle, sözlü olarak akdedilen bir sözleşmenin dahi zımni tahkim iradesi içerebileceğine hükmetmiştir⁶⁰⁹. Böylece, zımni tahkim iradesinin varlığı halinde, tahkim klozuyla

⁶⁰⁶VOSER, s. 164, 175.

⁶⁰⁷Tahkim klotlarının esas sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik bakımından bir farkı olup olmadığına ilişkin detaylı bilgi için özellikle bkz. “*Esas Sözleşmenin İfası*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁰⁸Rechtbank Rotterdam 26 June 1970, YCA 1 (1976) 195, Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. KAPLAN, s. 31; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 685; VAN DEN BERG, NYC, s. 197-198.

⁶⁰⁹U.S. Court of Appeals Fourth Circuit, *In re Cotton Yarn Antitrust*, 505 F.3d 274, 280, 12.10.2007, Karara ilişkin bilgi için bkz. HUBER Christopher: “*In re Cotton Yarn Antitrust Litigation*”, *South Carolina Law Review*, C. 60, S. 5, Yaz 2009, s. 1179-1180. *Impetex International Corp. v. Lorprint Inc.*

bağlı olunmadığı iddiası, dürüstlük kuralı ve güven teorisine aykırı olduğu için ileri sürülemeyecektir⁶¹⁰.

Öte yandan, İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisi için hukuki görünüşe güven ilkesinin, hakkın kötüye kullanılması yasağı ya da iyiniyet prensibinden bağımsız bir yöntem olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak hukuki sorumluluğun görünüşe dayalı doğabileceği yönündeki genel ilkeye dayanarak, üçüncü kişilerin davranışlarıyla tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesine sahip olduğu izlenimini yaratması halinde, bu kişinin, zımni irade beyan etmemiş veya hakkın kötüye kullanılması durumuna sebep olmamış olsa bile, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinin mümkün olabileceği söylenebilmektedir⁶¹¹. Bu anlamda, öğretide ve uygulamada, tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişilerin bağlı tutulmasında taraf iradesinin belirlenmesi esas olmakla birlikte, özellikle hukuki görünüşe güven ilkesi çerçevesinde üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına tarafmış gibi izlenim yaratması durumunda, bu kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilebilir. Bu yaklaşım, Türk hukukunda işlem güvenliği ilkesine dayandırılmıştır. *Yıldırım Develioğlu*'na göre, tahkim iradi olduğundan üçüncü kişinin tahkim iradesi her türlü araştırılmalıdır⁶¹². Türk hukukunda uygulama alanı bulan, işlem güvenliğinin korunması ilkesiyle paralel “*etkili görünüm teorisine*” göre, eğer üçüncü kişi sözleşmenin diğer tarafında tahkim anlaşmasının tarafı olduğu yönünde iyiniyetle güvenebileceği bir izlenim yaratmışsa, bu kişi tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmelidir⁶¹³.

kararında, New York mahkemeleri, tahkim anlaşmalarının tekstil sektöründe yaygın olarak kullanılması nedeniyle, alıcının, hem satıcı tarafından imzalanan satış sözleşmesini hem de malların ilk sevkiyatını aldıktan sonra, tahkim klotuna itiraz etmediğinden alıcının tahkim klotuyla bağlı olduğunu kabul etmiştir (U.S. District Court Southern District of New York, *Imptex International Corp. v. Lorprint Inc.*, 625 F. Supp. 1572 (S.D.N.Y. 1986), 23.01.1986, law.justia.com). Bu karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 701, dn. 354.

⁶¹⁰*Dalico* kararında, tarafların tahkim anlaşmasına taraf olmak konusundaki ortak iradeleri olduğu ve bu iradenin imzacı olmayan kişinin sözleşmenin ifasındaki aktif rolü dikkate alınarak subjektif yorum yöntemiyle belirlendiği yönünde bkz. *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Soc. Dalico*, 20 December 1993, 1994 Rev. Arb., 116, Karara ilişkin bu bilgi için bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 545. Karara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 164; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 123; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 93; NAZZINI, s. 695; DERAİNS Yves: “Is There a Group of Companies Doctrine?”, *Multiparty Arbitration Institute Dossier VII* (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric A.), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, 2010, s. 134.

⁶¹¹VOSER, s. 176.

⁶¹²YILDIRIM DEVELİOĞLU, s. 325.

⁶¹³YILDIRIM DEVELİOĞLU, s. 325.

Bir an için, esas sözleşme ve tahkim anlaşması ilişkisi bakımından, esas sözleşmeye yönelen iradenin zımni tahkim iradesi olarak kabulüne, bağımsızlık prensibinin engel olabileceği düşünülse de, aşağıda detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, aslında bağımsızlık prensibine atfedilen anlamın amacıyla sınırlı olması gerekmesinden ötürü, vardığımız sonuç değişmeyecektir⁶¹⁴. Tahkim anlaşmaları, tarafların gerçek ve ortak iradesine öncelik verilerek, iyiniyetle, bağlam içinde bir bütün olarak ve tarafların tutumları dikkate alınarak yorumlanmalıdır⁶¹⁵.

Çalışmamızda, bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmasının tamamıyla zımni irade beyanı sebebiyle olduğu durumlar ele alınmıştır. Bu anlamda, cevaplandırılması gereken temel soru, tarafların davranışları, objektif olarak ve ticari hayatta kabul gören iyiniyet prensibi uyarınca değerlendirildiğinde, bu kişilerin tahkim klotuna taraf olmayı amaçlayıp amaçlamadıklarıdır. Bu soru, zımni kabul, garanti, üçüncü taraf lehdar, halefiyet ve grup şirketler doktrini gibi çok farklı bağlamlarda ortaya çıksa da, temel soru her durumda aynı kalmaktadır ve sorunun çözümü, tarafların anlaşmalarında ve iletişimlerinde kullanılan dilin, tarafların davranışlarının ve ilişkilerinin ticari arka planının analizini gerektirmektedir⁶¹⁶. Dolayısıyla salt dürüstlük kuralı veya çelişkili davranış yasağı gerekçesiyle, bir kişinin tahkim anlaşmasının tarafı kabul edilmesi, otomatik olarak ilgili tarafın zımni tahkim iradesi olduğu anlamına gelmemektedir⁶¹⁷.

Bir kişinin zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasına taraf olması, tahkim anlaşmalarının kurulmasıyla ilgilidir. Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili hallerinde ise üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf sayılması söz konusudur. Nitekim tarafın açık veya zımni bir iradesinin olduğu hallerde, ilgili kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmasının esas sebebi *iradesi* olduğundan, taraf statüsünü teşmil ile açıklamaya veya teşmil değerlendirmesi yapılmasına ihtiyaç olmayacaktır. İşte bundan

⁶¹⁴Çalışmamızın devamında, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi kısaca, “*bağımsızlık prensibi*” olarak ifade edilecektir. Bağımsızlık prensibine ilişkin detaylı bilgi için bkz. “*Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeden Bağımsızlığı Prensibi*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶¹⁵FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 257-258. Örneğin, İspanyol mahkemelerinin, zımni rızanın tespitinde, iyiniyet ilkesine oldukça önem atfettiği yönünde bkz. YILMAZ, s. 93-94.

⁶¹⁶BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1484.

⁶¹⁷ESEN, *Teşmil*, s. 20. Öte yandan, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin verilen bazı kararlarda, her ne kadar çelişkili davranış yasağının üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına yol açtığı iddia edilse de, aslında zımni tahkim iradesinin bulunduğu yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 239.

sonraki başlık altında, zımni tahkim iradesi kavramı ile teşmil kavramlarının farkı ortaya koyularak zımni tahkim iradesinin ne olmadığı netleştirilecektir.

C. Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı

Teşmilin çoğu halde birden fazla hukuki sebeple kabul edilmesinden ötürü, hangi hallerde ve koşullarda söz konusu olabileceğine dair bir tespitin yapılması zor olsa da⁶¹⁸, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilerin zımni irade beyanıyla kuruluşu ile tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin farkı net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Böylece, dolaylı yoldan neyin zımni tahkim iradesi olmadığı ortaya koyulmuş olacaktır. Öncelikle, tahkim anlaşmasının teşmilinin sadece üçüncü kişiler özelinde mümkün olduğu ve tahkim anlaşmasının, asli taraflarına teşmilinden söz edilemeyeceğini belirtmek gerekir⁶¹⁹. Buna karşın, zımni tahkim iradesi üçüncü kişiler söz konusu olmasa da gündeme gelebilecektir⁶²⁰.

Günümüzde imzacı olmayanların dahil olduğu uyuşmazlıklar, modern uluslararası ticari ilişkiler bağlamında kaçınılmazdır⁶²¹. Üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesi ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kavramları arasındaki temel fark değerlendirilmeden önce, üçüncü kişilerin ve imzacı olmayanların kim olduğuna dair terminolojik bir netleştirme yapılmalıdır. Esasen tartışılan meselenin özü, imza eksikliği değil irade eksikliği olduğundan, aslında imzacı olmayan terimi yanlışlı yaratılmaktadır⁶²². Bilindiği gibi, imza sadece bir kanıt ve formalite meselesi olarak

⁶¹⁸PATHAK, s. 598; BREKOULAKIS, Stavros L., Third Parties in International Commercial Arbitration, 2011, <https://transnational.law.nyu.edu/2011/07/third-parties-in-international-commercial-arbitration/>. İmzacı olmayanları tahkim yargılamasına tabi kılmak için çeşitli hukuki teoriler kullanılsa da, bu hukuki teorilerin imzacı olmayanlara uygulanabilmesini sağlayan ortak özelliklerin neler olduğu ve nasıl sınıflandırılabilirliğinin tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. YİĞİT, s. 59. İmzacı olmayanları tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak için yedi teori olsa da, genelde davaların sadece bir kategoriye tam olarak uymadığı ve somut olayın koşulları kapsamında söz konusu davanın bu kategorilerden birden fazlasına dahil edilmesi gerekebileceği yönünde bkz. DILEO, s. 44. Hatta üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasıyla bağlayan teorilerin kendi içinde dahi örtüşmesinin muhtemel olduğu yönünde bkz. PARK, s. 4, 8.

⁶¹⁹ESEN, *Teşmil*, s. 20.

⁶²⁰ESEN, *Teşmil*, s. 20.

⁶²¹HOSKING, *The Quest for Consent*, s. 289.

⁶²²BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 143. İmzacı olmayan teriminin, tahkim klozunun “açık olmayan” tarafları, yani ilgili iş ilişkisinin koşulları altında tahkimin bir parçası olması gereken kişiler ve kuruluşlar için kullanışlı olduğu ve fakat bu ifadenin potansiyel olarak yanıltıcı olmaya devam ederek imza eksikliğinin kendi başına tahkim anlaşmasının geçerliliğini azalttığını düşündürdüğü yönünde bkz. PARK, s. 6; PATHAK, s. 598. İmzacı olmayan teriminin, tahkim yargılamasına başvurma hakkı veya yükümlülüğü açık olmasa da, tahkim anlaşmasına gerçekten taraf olan kişiler için kullanıldığı; ancak,

değerlendirilmektedir⁶²³. Tahkim klozu içeren esas sözleşmenin imzalanmamış olması, ilgili kişinin bu klotun tarafı olarak kabul edilmesine tek başına mutlak olarak engel olmaz⁶²⁴. Nitekim tahkim iradesi başka şekillerde de tezahür edebilmektedir⁶²⁵. Dolayısıyla tahkim anlaşmasını imzalamamış kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınması, ilgili kişinin açık veya zımni geçerli bir tahkim iradesinin var olması gerektiği gerçeğine hanel getirmemektedir; sadece tahkim anlaşması bağlayıcılığını imza dışında başka bir durumdan almaktadır⁶²⁶. İmzacı olmayan taraf ifadesi, tahkim anlaşmasını imzalamamış olmasına rağmen tahkime fiilen rıza göstermiş kişileri ifade ettiğinden, tahkim klozu içeren sözleşmeyi imzalamak dışında başka yollarla tahkimi kabul eden bir kişinin varlığında, bu terim gerçek anlamını kazanmaktadır⁶²⁷. Bir görüşe göre, üçüncü taraf veya imzacı olmayan üçüncü kişi ifadeleri ile imzacı olmayan kişi ifadeleri, birbirinden farklı değerlendirilmelidir⁶²⁸. İlk durumda üçüncü tarafın usule ilişkin bir sebeple⁶²⁹ tahkim yargılamasına müdahalesi söz konusudur. Bu halde, yargılamada üçüncü taraf mevcuttur. İkinci durumda ise sözleşmenin taraflarına ilişkin bir problem olarak ele alınıp değerlendirilen *iradenin* varlığı kabul edildiği

bu terimin imza eksikliğinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine şüphe düşürdüğü izlenimi oluşturduğu ve fakat birçok tahkim kanununda zaten imzanın şart olmadığı yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 74. İmzacı olmayan terimini tanımlamak kolay olmadığından, karşılaştırmalı bir yol izlenerek, imzacı olmayanlar ile imzacılar ve ardından üçüncü taraflar karşı karşıya getirilerek bu terimin açıklanabileceği, imzacı olanın tahkim anlaşmasına şeklen rıza gösteren kimse olduğu ve tahkim anlaşmasını şeklen kabul eden imzacının, uyumsuzluğunun tahkim yoluyla çözülmesine tamamen rıza gösterdiği, diğer bir ifadeyle imza sahiplerinin tahkim anlaşmasının tarafı olduklarının varsayıldığı; buna karşılık, tahkim anlaşmasına şeklen rıza göstermeyen imzacı olmayanların tahkim anlaşmasının üçüncü tarafı olduğunun varsayıldığı yönünde bkz. MEYNIEL, s. 24. Bu yönde verilen kararlar için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 190, dn. 74-75.

⁶²³LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 839; DERAİNS, *Group of Companies*, s. 138. İmza iradenin varlığı veya yokluğu iddiasından ayrı tutulmalı ve tahkim iradesini kanıtlamak için sadece bir yol olarak kabul edilmelidir (BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 197). Nitekim, tahkim iradesinin imza dışında davranış, susma, sözlü iletişim veya belge teatisi gibi başka şekillerde de kanıtlanabileceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 796-797.

⁶²⁴MAYER, s. 189.

⁶²⁵U.S. Court of Appeals Fourth Circuit, *International Paper v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen*, 206 F.3d 411, 14.03.2000, newyorkconvention.org. Zımni tahkim iradesinin, tahkim klotunu içeren esas sözleşmenin imzalanarak iradenin açıklanmadığı; ancak, ortaya koyulan davranışlarla fiilen tahkime irade beyan edildiği hallerde söz konusu olduğu yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 73, 83-84. Dolayısıyla zımni irade beyanının varlığı halinde tahkim anlaşması imzalanmasa da, başlangıçta veya sonradan ortaya koyulan iradenin başka şekillerde kanıtlanabileceği yönünde bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 839.

⁶²⁶PARK, s. 7; MATHEUS LÓPEZ, s. 74.

⁶²⁷BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 128, 143. Tahkim anlaşmasının tarafı olmayanlara teşmilin söz konusu olmaması ve teşmilin tahkim anlaşmasını imzalamamış olmalarına rağmen iradeleri nedeniyle tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen tarafların gerçekten kimler olduğunun belirlenerek tahkim anlaşmasının kapsamının kişi bakımından sınırlandırıldığı sebepleriyle, teşmil kavramı yerine “kapsam” tabirinin kullanılmasının daha yerinde olduğu yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 74.

⁶²⁸MATHEUS LÓPEZ, s. 75.

⁶²⁹Bununla birlikte, üçüncü taraf müdahalesini düzenleyen çok az sayıda kurumsal tahkim kuralı ve tahkim kanunu olduğu yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 75.

andan itibaren, üçüncü kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı addedilmektedir. Dolayısıyla imzacı olmayan kişiler, tahkim iradelerinin varlığı halinde, tahkim anlaşmasının gerçek tarafı olduğundan üçüncü kişi olarak sayılmamaktadırlar⁶³⁰.

Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulması ve teşmil benzer hukuki ilke ve kavramlara dayansa da bu kavramlar tamamen aynı değildir. Her ne kadar teşmilin iradi bir temele dayandığı ifade edilse de, tüm teşmil halleri böyle değildir. Nitekim teşmil hallerinin bir kısmı, herhangi bir irade araştırması yapılmaksızın tahkim anlaşmasının tamamen usul hukuku veya maddi hukuk düzenlemeleri kapsamında, otomatik olarak üçüncü kişileri kapsamasından ibarettir. Teşmilin diğer bir kısmı ise adeta olmayan bir irade beyanı varmış gibi kabul edilerek, diğer bir ifadeyle, farazi iradenin tespitiyle, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına dahil edildiği hallerden oluşmaktadır. Bu hallerde, hakem heyetinin yetkisi, objektif temellere ya da adalet ve hakkaniyet kaygılarına dayanan teşmil vasıtasıyla kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, taraflardan birinin tahkim anlaşmasına fiilen rıza gösterip göstermediğine veya temelde yatan hukuki ilişkiye bakılmaksızın, hakkaniyet ilkesi ve iyiniyet prensibi gibi hukuki kavramlara atıfla tahkim iradesi adeta kurgulanmaktadır⁶³¹. Böylece, üçüncü kişinin zımni tahkim iradesinin tespit edilemediği noktada, sözleşmelerin nispiliği ilkesi ile yargılamaya ilişkin taraf menfaatleri çatışmakta ve uyuşmazlığı çözmekle görevli hakem ya da hâkim o noktada bu çatışan ilke ve menfaatler arasında bir seçim yapmaktadır. Bu sebeple, temelini hakkaniyetin oluşturduğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

⁶³⁰MATHEUS LÓPEZ, s. 75.

⁶³¹Teşmil teorilerinin temelini, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı oluşturduğundan, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmamasından dolayı bu anlaşmanın kendisi açısından bağlayıcı olmadığını ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırı değerlendirilmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 37; HABEGGER Philipp: “Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form”, ASA Bulletin, C. 22, S. 2, 2004, s. 402). Tahkim iradesinin önemini yitirdiği hallere, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya *estoppel* gibi teorilerin uygulama alanı bulması örnek verilmiştir (LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 840). Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktriniyle tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığı ilkesi ve sınırlı sorumluluğunun yol açabileceği adaletsizlikleri önlemenin amaçlandığı hakkında bkz. FERRARIO, s. 673. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrinine ilişkin detaylı bilgi için bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 91-92. Doktrinde, sorumluluk hukukuna ilişkin geliştirilen hukuki teorilerin yetki sorunlarını çözmek için kullanılması halinde, yanlış sonuçlar doğurabileceği ifade edilmiştir. Örneğin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin imzacı olmayan hâkim şirketin bağlı şirketi tarafından imzalanan tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağını belirlemek için değil; hâkim şirketin, bağlı şirketinin borçlarından sorumlu tutmak için geliştirildiği belirtilmiştir. Bu sebeplerle, yetki sorunları ile esasa ilişkin sorunların ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 628. Maddi hukuk müesseseleri esas sözleşmenin teşmili bakımından dikkate alınabilir olsa da, tahkim anlaşmalarının teşmili için maddi hukuk vasıtalarıyla birlikte tahkimin usuli niteliğinin de gözetilerek hareket edilmesi gerektiğinden, tahkim mevzuatında buna ilişkin net hükümler düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 117.

doktrinde olduğu gibi, üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasına taraf kabul etmemenin doğurduğu sonuç üzerinden dürüstlük kuralına dayalı yorum yapılan haller ile ilgili tarafın gerçek bir irade olan zımni tahkim iradesinin varlığından hareketle tahkim anlaşmasıyla bağı kılındığı haller birbirinden tamamen farklıdır⁶³². Zımni tahkim iradesi meselesi, gerçekte daha basit bir temele dayanır. Şöyle ki, teşmilde tahkim iradesi olan asli tarafın iradesi, kendisi dışında bir üçüncü kişiye sirayet ettirilerek, üçüncü kişi tahkim yargılamasına taraf kabul edilmektedir. Dolayısıyla teşmil halinde tahkim iradesi olan *asıl taraf* olup bu tahkim iradesinin *üçüncü kişiyi de kapsadığı* kabul edilmektedir. Bu sebeple, teşmil teorilerinin tahkimin iradi niteliğiyle uzlaştırılmasının zor olduğu belirtilmiştir⁶³³. Nitekim *Brekoulakis*, tahkim iradesinin belirli olgulara atıfta bulunularak belirlenebileceği ve hatta bazen varsayılabileceğini savunmanın yanlış olduğunu belirtmiştir⁶³⁴. Öte yandan, zımni tahkim iradesiyle teşmilin ayrıldığı nokta ise şudur: üçüncü kişi, zımni tahkim iradesi sebebiyle tahkim anlaşması bakımından *taraf* statüsüne sahip olurken, teşmilde ise üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının tarafı olmasından ziyade *taraf sayılması* söz konusudur.

Zımni tahkim iradesiyle teşmili birbirinden ayıran en önemli noktalardan bir diğeri de teşmilin istisnai özelliğidir⁶³⁵. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisi kapsamında, verilen hakem kararının tahkim yargılamasının tarafı olmayan üçüncü

⁶³²Esen, *estoppel* doktrini de dürüstlük kuralı temelinde açıklamıştır (ESEN, *Teşmil*, s. 225 vd.). Çalışmamızın “*Menfaat Esaslı Estoppel Doktrini*” başlığı altında detaylıca inceleyeceğimiz üzere, menfaat esaslı *estoppel* doktrininin uygulama alanı bulduğu uyumsuzluklar bakımından, zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilir.

⁶³³BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 618. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiler üzerindeki etkisi bakımından, iradenin rolünü korumak için görünüşte birtakım yasal kurgulara başvurulduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 621. Bu durumun, çeşitli faktörlerin değerlendirilmesiyle ortaya çıkan ve sözleşmeler hukuku ilkelerinin ötesine geçen dinamik bir tahkim iradesi kavramı yarattığı ve fakat tahkim iradesinin kodifikasyona tabi olmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. AĞAOĞLU, s. 269. Doktrinde *Yılmaz*, çok taraflı tahkim yargılamalarına ilişkin geliştirilen çözümlerin, tahkimin iradi niteliği göz önünde tutularak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Hakemin yetkisinin kapsamını belirlemek suretiyle, “*uyumsuzluğun sağlıklı biçimde çözülebilmesi*” ve “*adil bir karar verebilmek*” amacıyla, imzacı olmayanların tahkim yargılamasına taraf olarak kabul edilmesi gerekebilir. Bu şekilde imzacı olmayanları tahkim yargılamasına dahil etmek, her ne kadar tartışmalı olsa da, usul hukuku kurallarıyla, taraf davranışlarıyla, tahkim anlaşmasının lafzıyla veya tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun izniyle mümkün kabul edilebilir. Bu konuda görüş ayrılıklarının temel sebebi, tahkime rızanın tespitine ilişkin yaklaşım farklılıklarıdır. Nitekim taraf iradelerinin, uyumsuzluğun etkin bir şekilde çözülmesi yönünde olduğuna dair bir karine oluşturmada durumunda, hakemler imzacı olmayanları tahkim anlaşmasıyla bağı kabul etmeye daha açık olabilecekleri gibi, bu konuda tarafların açık iradesi de aranabilir ya da tarafların seçtiği usul kurallarında veya *lex arbitri* kurallarında düzenlemelere dayanılabilir. Dolayısıyla rıza karinesinin sınırlarının ne olduğuna ve örtülü rızayı kapsayıp kapsamadığına karar verilmesi gerekmektedir (YILMAZ, 89-91, 94-95).

⁶³⁴BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 279.

⁶³⁵Teşmilin istisnai olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 62.

kişi veya kişiler aleyhine açılacak bir tenfiz davasına konu olabilmesi bakımından da zımni tahkim iradesinin kabulü ve tahkim anlaşmasının teşmil edilmesi farklı sonuçlar doğurabilecektir⁶³⁶.

İmzacı olmayan üçüncü kişinin zımni tahkim iradesinin kabulü tahkim anlaşmasının teşmiliyle kesişir gibi gözükmemektedir. Nitekim *Esen* de, “...*tahkim anlaşmasının zımnî yahut farazî irade beyanıyla akdedilip akdedilemeyeceği hususunda örnek olarak yer vereceğimiz kararların bazıları, tahkim anlaşmasının*

⁶³⁶Doktrinde, zımni tahkim iradesi veya teşmil fark etmeksizin, tenfiz hâkiminin üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasının tarafı kabul edebilmesinin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre, üçüncü kişinin tahkim iradesinin varlığını gerektirdiği belirtilmektedir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 16). Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uyarınca, üçüncü kişinin tahkim iradesinin varlığı kabul edilse bile, tenfiz ülkesinde bu durumun kamu düzenine aykırı kabul edilebileceği de ifade edilmiştir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 17, dn. 57). *Şit Köşgeroğlu*’na göre, hakem kararının tahkim yargılamasının tarafı olmayan üçüncü kişiler aleyhine tenfiz edilebilmesi oldukça istisnaidir. Hatta külli halefiyet hali hariç olmak üzere, bu imkân yoktur. Tahkim yargılamasına katılım göstermemiş bir üçüncü kişi aynı grupta yer alan bir diğer şirket olsa da, tahkim anlaşmasının olmaması ve husumet yokluğu sebebiyle tenfiz davası reddedilecektir. Bununla birlikte, ABD hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve grup şirketler doktrini veya bağlantılı sözleşmelerin varlığı hallerinde üçüncü kişiler aleyhine tenfiz davaları kabul görebilmektedir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 22 vd.; LAMM/AQUA, s. 739). ABD mahkemelerinin, özellikle “*asıl mâli gücü elinde bulunduran*” konumunda olan imzacı olmayan kişiler aleyhine, bu kişilerin taraf olmadıkları tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının tenfizi taleplerini, istisnai olarak kabul ettiği görülmektedir. Özellikle, menfaatleri tahkim yargılamasının taraflarıyla örtüşüyorsa ve söz konusu menfaatler tahkim yargılamasında hukuka uygun bir şekilde temsil edilmişse durum böyledir. Bununla birlikte doktrinde, tahkim yargılamasında kendini temsil etme imkânı bulamamış kişiler aleyhine ikame edilen tenfiz davalarının kabul görmesinin kaygı verici olduğu, öncelikle imzacı olmayan kişinin zımni tahkim iradesinin tespit edilmesi gerektiği; aksi halde, bu kişiye karşı kararın tenfiz edilmesinin, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan bir kişinin devlet mahkemelerine başvurma hakkının ihlali olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, imzacı olmayan kişinin tahkim yargılamasından haberdar edilmemesi, NYK uyarınca tenfizin reddi sebeplerindendir (LAMM/AQUA, s. 739-740). Bizce de, tahkim anlaşmasının aslı tarafı olmayan ve dolayısıyla aleyhine hakem kararı verilmemiş olan üçüncü kişinin, tahkim yargılamasının temelini oluşturan tahkim anlaşmasına yönelik zımni tahkim iradesi tespit edildiğinde, aleyhine olacak şekilde verilen hakem kararını konu edinen bir tenfiz davası ikame edildiğinde, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı gerekçesiyle tenfizin reddi talebi kabul görmemelidir. Örneğin, bir *joint venture* ile bir şirketler topluluğu içerisinde yer alan bağlı şirket arasında gerçekleşen tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının, bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisinde olmasından ötürü aralarında organik bağ bulunan hâkim şirket aleyhine tenfizi talebi, somut olayın koşullarının değerlendirilmesi suretiyle hâkim şirketin tespit edilen zımni tahkim iradesi neticesinde kabul edilebilir. Sözleşmenin diğer tarafında, TTK m. 209 anlamında yaratılan güven ve hâkim şirketin esas sözleşme müzakerelerine ve ifasına aktif katılımı gibi veriler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, zımni tahkim iradesi tespit edilebilecektir. Tenfizin, üçüncü kişinin kendini savunma imkânına sahip olmaması gibi irade dışı bir sebeple reddi ise ayrı bir tartışma konusudur (Ancak Yargıtay, esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının tarafı olmayan ve fakat esas sözleşmenin kuruluş ve ifasına katılan topluluk şirketlerinden birine, tahkim anlaşmasının teşmil edildiği hakem kararının tenfizin reddine karar vermiştir. İlgili karar hakkında bilgi için bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 39, dn. 35). Kanaatimizce, sözleşmesel ilişkiye sokulduğu tarihe kadar aktif iş yapmayan ve çeşitli vergisel yükümlülüklerden kaçmak amacıyla araçsallaştırılan bir bağlı şirketin varlığı, zımni irade değerlendirilmesinde dikkate alınmasa da, hukukun tanıdığı imkânlardan hukuka aykırı amaçlar için faydalanılmasına müsaade edilmemesi gerektiğinden, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi teşmil teorilerine dayanılarak hakem kararı yine üçüncü kişi aleyhine tenfiz edilebilmelidir. Dolayısıyla sırf tahkim yargılamasına taraf olmadığı için üçüncü kişi aleyhine tenfiz talebinin doğrudan reddedilmemesi gerekmekte ve her bir dava kendi koşulları özelinde titiz bir şekilde değerlendirilmelidir.

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.” diyerek üçüncü kişinin zımnî tahkim iradesinin olduğu hallerde teşmilin gündeme gelebildiğini belirtmiştir⁶³⁷. Sırf bu sebeple, teşmil amacıyla geliştirilen bazı doktrinlerde aynı sonuca zımnî tahkim iradesinin tespitiyle de ulaşıldığı görülmektedir⁶³⁸. Örneğin, grup şirketler doktrininin uygulandığı somut olay örnekleri incelendiğinde, aynı sonuca zımnî tahkim iradesinin kabulüyle de varılabileceği söylenebilecektir⁶³⁹. Ancak bu durum zımnî tahkim iradesi ve teşmilin aynı anlama geldiği yanılgısına sebep olmamalıdır. Nitekim teşmilde zımnî tahkim iradesi her zaman mevcut değildir⁶⁴⁰. Zımnî tahkim iradesinin tespit edildiği noktada teşmil devre dışı kalacağından, gerçek bir iradenin olduğu yerde, kural olarak teşmil olmamalıdır.

İmzacı olmayanların tahkime taraf kılınması, irade araştırması neticesinde zımnî de olsa tarafların gerçek iradesinin tespit edilmesini gerektirmektedir⁶⁴¹. Zımnî irade, sözleşmeler hukukunda yer alan diğer teorilerin dayandığı teknik koşullara dayanmadığından, imzacı olmayan üçüncü kişilerin talepleri için ayrı ve özerk olarak varlık göstermektedir⁶⁴². Özellikle davranış yoluyla ortaya koyulan zımnî iradenin, spesifik olarak ortaya atılan teşmil teorilerinden hiçbirine dayanılamadığı durumlarda kullanılabileceği belirtilmektedir⁶⁴³.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde teşmil, “*kapsamına alma*” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁴⁴. Teşmil teorilerinin ortaya çıkış amacı, ticari uyumsuzlukların kompleks ve çok yönlü yapısı dikkate alınarak, ticari hayatın gelişimine ayak

⁶³⁷ESEN, *Teşmil*, s. 20.

⁶³⁸HANOTIAU Bernard/OHLROGGE Leonardo: “40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award”, ASA Bulletin, C. 40, S. 2, 2022, s. 305-307.

⁶³⁹Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. “*Grup Şirketler Doktrini*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁴⁰YOUSSEF Karim A.: “Chapter 4: The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies”, Multiparty Arbitration (eds, HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, C. 7, Kluwer Law International, 2010, s. 107; WAINCYMER, s. 524; BİNGÖL, s. 63.

⁶⁴¹MEYNIEL, s. 22.

⁶⁴²BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 128. Yazılılık şartını karşılayan bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisinin, tahkim anlaşmasının gerçek kapsamının belirlenmesi anlamına geldiği ve bu belirlemenin, tahkim anlaşmasının zımnî irade beyanıyla kurulması imkânı tartışmalarını da beraberinde getirdiği yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1132.

⁶⁴³BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 279.

⁶⁴⁴Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr.

uydurabilmek için uygulanmak üzere yeni bir yol arayışıdır⁶⁴⁵. Hukuken teşmil, şeklen tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişi ya da kişilerin tahkim yargılaması başlatması halinde ya da bu kişiler aleyhine tahkim yargılaması başlatıldığında gündeme gelmektedir⁶⁴⁶. Dolayısıyla tahkim anlaşmasını yazılı olarak akdedenler için teşmil tartışması yapılmamaktadır⁶⁴⁷.

Teşmil, tahkim anlaşmasının iradi niteliğiyle iç içe değerlendirilerek tahkim anlaşmasının geçerliliği kapsamında incelenmiştir⁶⁴⁸. Bu kapsamda, teşmil halinde de tahkim iradesinin başından beri var olduğu⁶⁴⁹ ve tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının tespit edildiği belirtilmektedir⁶⁵⁰. Halbuki tahkim iradesinin olduğu yerde teşmil kurumuna ihtiyaç olmadığından bu yönde yapılan tespit isabetli değildir. Zira teşmil halinde esasen, asıl tarafın tahkim iradesi geriye dönük olarak üçüncü kişilere sirayet etmektedir. Nitekim bu sebeple, teşmilin yaygın kullanılmasının tahkim iradesini zedeleyerek tahkimin meşruiyetine zarar verdiği ifade edilmektedir⁶⁵¹. Dolayısıyla teşmil halinde tahkim anlaşmasıyla bağlılık tahkim iradesiyle eşit düşünülmemelidir⁶⁵².

⁶⁴⁵HALİS KASAP Gizem: “Etching the Borders of Arbitration Agreement: The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration under the U.S. and Turkish Law”, University of Bologna Law Review, C. 2, S. 1, 2017, s. 92; BREKOUŁAKIS, *Elephant*, s. 1185.

⁶⁴⁶ESEN, *Teşmil*, s. 1. Teşmilin nadiren kabul edilmesi gerektiği ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukta teşmile imkân tanınan teorilerin kabul edilmesi halinde, somut olayın koşullarından bağımsız bir şekilde otomatik olarak teşmile imkân tanınmaması gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 62. Benzer şekilde, tahkim anlaşmalarının teşmiline yönelik aşırı liberalleşmenin sözleşmeler hukuku ve anayasa hukukunun temel ilkelerine zarar vermesi açısından tehlikeli olduğu yönünde bkz. MEYNIEL, s. 50. Teşmilin şirketler, gerçek kişiler ve devletler açısından gündeme gelebileceği yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 343. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere davalı sıfatı kazandırmak amacıyla teşmil ettirilmek istenmesinin esas amacının, mevcut tarafın ekonomik güçsüzlüğü olduğu ve üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına taraf olarak dahil edilmesiyle, verilecek hakem kararının bu kişiler aleyhine de tenfiz edilerek alacak tahsilinin hedeflendiği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 5.

⁶⁴⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 28; PAVIC Vladimir: “Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction”, *Resolving International Conflicts-Liber Amicorum Tibor Varady* (eds. HAY Peter/VÉKÁS Lajos/ELKANA Yehuda/DIMITRIJEVIC Nenad), Central European University Press, 2009, s. 218; BİNGÖL, s. 14-15.

⁶⁴⁸ESEN, *Teşmil*, s. 4; ZUBERBÜHLER, s. 443.

⁶⁴⁹PATHAK, s. 599; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 554. Teşmilin kelime anlamından hareketle okuyucuda yanlış bir algı yaratabileceği, teşmil kelimesinin bir kimsenin tahkim iradesi olmaksızın tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği izlenimi yarattığı ve fakat iradenin zımnı de olsa tahkim yargılamasının temelini oluşturduğu yönünde bkz. PARK, s. 2. Teşmil kelimesinin yapılan analizin sonucunu doğru tanımlasa bile, analiz sürecini doğru tanımlamadığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 343.

⁶⁵⁰PARK, s. 2; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 554; HANOTIAU, *Lessons*, s. 343; MRÁZ, s. 55; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1413.

⁶⁵¹HOSKING, *The Quest for Consent*, s. 290, 303.

⁶⁵²HANOTIAU, *Common Vision*, s. 543.

Teşmil teorileri bakımından doktrinde, *iradeye dayanan ve iradeye dayanmayan* teoriler ayrımı yapılmaktadır⁶⁵³. Bununla birlikte, aksi yönde görüşler olsa bile, üçüncü kişilerin tahkim anlaşması ile bağlı kılınmasında kullanılan tüm teorilerin, zımni irade beyanı ve iyiniyet prensiplerine dayandığı da doktrinde belirtilmektedir⁶⁵⁴. Öte yandan, *Brekoulakis*'e göre, tahkim anlaşmalarının teşmil edilmesine müsaade eden teorilerin çoğu iradeye dayalı değildir⁶⁵⁵. Hatta yazara göre bu teoriler, iradeyi görmezden gelmektedir ve milletlerarası tahkim için geliştirilmediğinden karmaşık ticari gerçeklikle bağdaşmamaktadır⁶⁵⁶. Dolayısıyla teşmil teorilerinin hukuki gerekçeleri ve şartları, doktrinde ve yargı kararlarında ciddi tartışmalara sebep olmuş ve adeta içinden çıkılmaz bir düğüm haline gelmiştir.

⁶⁵³BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1414, 1525, 1531; CHHURA Tejas: "The Need To Re-Think the Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration", NUJS Law Review, C. 15, S. 1, Ocak-Mart 2022, heinonline.org, s. 2. Ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri, imzacı olmayanların tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesinin, irade meselesi olduğunu belirtse de, uygulanan teorilerde iradenin olmadığı; bu teorilerin, eşitlik temelinde tahkim yargılamasına katılıma müsaade eden teoriler ve tahkim anlaşmasından ziyade esas sözleşmeyi ilgilendiren işlevsel bir irade kavramı temelinde tahkime katılıma müsaade edenler şeklinde iki gruba ayrılacağı yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 618.

⁶⁵⁴MATHEUS LÓPEZ, s. 96-97. İsviçre mahkemelerinin, sözleşmeye dayalı sebeplerle teşmil halleri hariç olmak üzere, teşmil kararını genelde zımni irade beyanına dayalı olarak verdiği yönünde bkz. BÄRTSCH Philippe/PETTI Angelina M.: "The Arbitration Agreement", *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (eds. GEISINGER Elliott/VOSER Nathalie), Kluwer Law International, 2013, s. 36; VOSER, s. 176-177. Özellikle sözleşmeler hukukuna ilişkin teorilerin temel amacının, imzacı olmayan kişinin zımni iradesini tespit etmek olduğu yönünde bkz. YİĞİT, s. 84. Her hukuk sisteminde farklı şekilde açıklansa da, teşmilin çoğu halde zımni irade veya tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi ile ilgili olduğu yönünde bkz. PARK, s. 3-4. Teşmilin temelinin, üçüncü kişinin esas sözleşmeye yönelen tutum ve davranışlarının dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirildiği ihtimalde, zımni tahkim iradesi olabileceği yönünde bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4647. Teşmil teorilerinin çoğunda üçüncü kişi zımni tahkim iradesinden hareketle tahkim anlaşmasına taraf olmaktadır. Bununla birlikte, yazar bazı uyumsuzlukların, bir tarafın davranışının mutlaka zımni irade beyanı olarak değerlendirilmesinden ziyade, sözleşmenin müzakeresine ve ifasına önemli ölçüde dahil olmasının ve tahkim kloxunun varlığından haberdar olmasının rızanın yerine geçecek şekilde kendi başına bir konuma sahip olduğunu gösterdiğini belirtmiştir (HANOTIAU Bernard: "Groups of Companies in International Arbitration", *Pervasive Problems in International Arbitration* (eds. MISTELIS Loukas A./LEW Julian D.M.), International, Arbitration Law Library, C. 15, Kluwer Law International, 2006, s. 281; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 76). Tarafların zımni iradesine dayanmayan halefiyet veya *alter ego* gibi hukuki müesseselerle tahkim anlaşması ile bağlı kılınma durumunda bile, tarafların zımni irade beyan ettiği yönünde bkz. ABOLAFIA, dn. 10. *Alter ego* değerlendirmesi halinde, tahkim iradesinin değerlendirme konusu yapılmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. MEYNIEL, s. 50. *Estoppel*, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya *alter ego* hallerinde tahkim iradesinin tamamen silikleştiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 543. Öte yandan, üçüncü kişinin zımni iradesinin varlığının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bakımından tamamen dışlanmadığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu: "İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Tahkim Anlaşmasının Ana ya da Bağlı Şirkete Teşmili: Hukukî İlişkinin Ekonomik Gerçekliği ve İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (ed. ÖZKORKUT Korkut), C. 39, S. 1, Mart 2023, www.lexpera.com, s. 40.

⁶⁵⁵BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 618. *GE Energy v. Outokumpu* davasında, Yargıç Sotomayor, tahkim anlaşmasının teşmilini sağlayan doktrinlerin tahkim iradesine dayanıp dayanmadığını belirlemenin zor olduğunu belirtmiştir (MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 273-274, dn. 106, 111).

⁶⁵⁶BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 618.

Gerçekten de, teşmil çeşitli maddi hukuk ve usul hukuku teorileri kapsamında kabul edilen bir hukuki kavramdır. Bu çerçevede, üçüncü kişiye hak, borç veya sorumluluk devri öngören borçlar hukuku teorileri tahkim anlaşmalarına uygulanabilir ve bir sözleşme, borçlar hukuku ilkeleri kapsamında hangi şartlarda üçüncü kişi üzerinde bağlayıcı hale geliyorsa, bu şartlar tahkim anlaşmaları için de kabul edilebilir⁶⁵⁷. Üçüncü kişilerin açık veya zımni tahkim iradesinin varlığından ziyade, halefiyet gibi birtakım kanuni düzenlemeler⁶⁵⁸ ve hakkaniyet⁶⁵⁹ gibi hukuki araçlar vasıtasıyla⁶⁶⁰, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlılığının kabul edildiği haller çalışmamızın inceleme kapsamı dışındadır⁶⁶¹. Hatta halefiyet, sözleşmenin devri veya alacağın devri gibi hallerde, teknik olarak üçüncü kişinin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir⁶⁶². Dolayısıyla yapılan hukuki işlemin bir sonucu olarak üçüncü kişinin

⁶⁵⁷DEMİRKOL, s. 288; AYDEMİR, s. 404; DILEO, s. 34, 44; 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*, C. 4, S. 3, 2004, s. 578. ABD mahkemelerinin bu yönde bir tutum sergilediği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 21.

⁶⁵⁸Sigortalı konişmento hamilinin sigortacısının, TTK m. 1472 hükmünde düzenlenen halefiyet ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasıyla bağlı hale geleceği yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., 22.09.2022 tarihli ve 2021/5125 E., 2022/6217 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Bununla birlikte, sigortacının sigortalı ile zarar veren arasındaki tahkim anlaşmasından faydalanması için sadece halefiyet prensibine dayanılamayacağı ve tarafların tahkim iradesinin açık veya tereddütsüz bir şekilde zımni olarak yine de ortaya koyması gerektiği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 201; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 67. Bu hallerde, kanuni düzenlemelerin işleyişi nedeniyle iradenin işlemle yakından bağlantılı olan tahkim anlaşmasını kapsadığı varsayılmaktadır. Örneğin, külli veya cüz’i halefiyet veya müteselsil sorumluluk hallerinde, tahkim anlaşması temelde yatan maddi hukuki ilişkiyi takip edecek ve orijinal sözleşmeyi imzalamak önemsizleşecektir (LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 840).

⁶⁵⁹Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla adaletsizliğin önlenmesinin amaçlandığı yönünde bkz. FERRARIO, s. 673. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrinine ilişkin detaylı bilgi için bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 91-92. Özellikle aynı sözleşme ilişkilerini ilgilendiren uyumsuzlukların aynı yargılama kapsamında çözümlenmesinde etkin ve adil yargılama bakımından güçlü gerekçeler olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1416-1417.

⁶⁶⁰BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1416; MATHEUS LÓPEZ, s. 81; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 842; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 542. *Chloro Controls (I) P. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. (US)* kararının ilgili kısmı için bkz. indiankanoon.org, prg. 100.

⁶⁶¹Tahkim anlaşmalarının hem maddi hukuktan hem de usul hukukundan kaynaklanan sebeplerle üçüncü kişilere teşmili meselesine ilişkin kapsamlı ve detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 1 vd. Yargıtay’ın tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisine ilişkin yaklaşımına dair detaylı bilgi için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 11-14.

⁶⁶²MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 267. Halefiyet halinde, maddi haklarla birlikte usul hukukuna ilişkin hakların da halefe, hukuken zorunlu bir şekilde geçeceği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 8, 26. Benzer şekilde, doğrudan temsil ilişkisinin varlığı halinde de, hak ve borçlar temsil olunan üzerinde doğacağından teşmilin tartışma konusu olmayacağı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 12, dn. 41. Tahkim anlaşmasının imzacı olmayan üçüncü kişilere teşmili ile tahkim anlaşmasının imzacı tarafının imzacı olmayana bu anlaşmayı kanunen veya rızaen temlik ederek tarafların ikame edilmesi hallerinin birbirinden farklı olduğu ve alacağın/sözleşmenin devri veya halefiyet hallerinde, sözleşmenin esas tarafının yerine geçen kişiler bakımından tahkim anlaşmasının durumuna ilişkin daha detaylı değerlendirmeler için bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 77-83. Öte yandan, alacağın devri halinde tahkim klotunun alacağına bağlı hak olarak yorumlanmasının bağımsızlık prensibiyle çelişeceği; ancak, tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesiyle anlam kazanması, esas sözleşmenin diğer hükümleri gibi müzakeresi neticesinde sözleşmeye eklenmesi, esas sözleşme ekonomisine dahil bir unsur olması gerekçeleriyle, esas sözleşmeden doğan alacak hakkının devriyle tahkim klotunun da devralan açısından bağlayıcı olacağı yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL,

tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulduğu, sözleşmenin devri veya borcun nakli gibi maddi hukuk işlemlerinin varlığı halinde, zımni tahkim iradesi bir yana teknik anlamda teşmilin söz konusu olmadığı bile ileri sürülmektedir⁶⁶³. Sözleşmeden doğan haklara halef olan veya hakları devralan tarafın, sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kaçamayacağı mantığıyla hareket edildiğinde⁶⁶⁴, bir an için, halefin ve devralanın zımni iradesiyle bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu düşünülebilecek olsa da; halefiyet ve alacağın devrinin kanunda yer almasının hukuki etkisi göz ardı edilmemelidir. İlgili kanuni düzenlemelerin bir sonucu olarak, halef ve devralan istese de istemese de esas sözleşmeden doğan haklara sahip olduğu gibi yükümlülüklerle de kanun gereği bağlı olacaktır. Zaten alacağın temliki halinde, taraf iradesinden ziyade önem verilen temlik kurumunun kendisi ve sözleşmenin ekonomisidir⁶⁶⁵.

Üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesinin tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına mı, yoksa tahkim anlaşmasının kuruluşuna mı ilişkin olduğu da ayrı bir tartışma konusudur⁶⁶⁶. Tahkim anlaşmasının kurulmasına dair ispat yükü ile tahkim anlaşmasının kapsamına dair ispat yükü birbirinden farklı olduğundan, bu belirleme özellikle uygulanacak ispat standartlarının belirlenmesi bakımından önemlidir⁶⁶⁷. Zira geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti tespit edildikten sonra, hangi kişilerin bu anlaşma ile bağlı olduğunu belirlemek farklı bir adımdır⁶⁶⁸. Bununla birlikte, zımni tahkim iradesi tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamıyla alakalı olup tahkim iradesini sorgulamayı gerektirmektedir⁶⁶⁹.

İptal Sebepleri, s. 69-70. Sözleşmenin devri halinde, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla akdi meselenin özü olmadığı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 427; MAYER, s. 199; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 541-542.

⁶⁶³VOSER, s. 175; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 58.

⁶⁶⁴MATHEUS LÓPEZ, s. 77, dn. 30.

⁶⁶⁵DEMİRKOL, s. 283; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 148. 2016 yılında Fransa'da getirilen kanuni düzenlemeyle, alacağın temliki halinde tahkim anlaşmalarının da ilgili üçüncü kişiyi bağlayacağını kabul edildiği yönünde bkz. DEMİRKOL, s. 309. Öte yandan, temellük edenin tahkim iradesinin açıkça veya tereddüde mahal vermeyecek şekilde zımnen ortaya konulup konulmadığı açısından konuya yaklaşan bir görüşe göre, bu yönde bir iradenin yokluğu halinde alacağı temellük edenin tahkim şartıyla bağlı olamayacağı sonucuna varılmaktadır (ESEN, *Teşmil*, s. 194).

⁶⁶⁶BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1416; RAU Scott: ““Consent” to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-Signatories”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press, Ocak 2009, s. 122.

⁶⁶⁷BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1416-1417; BİNGÖL, s. 33.

⁶⁶⁸*Chloro Controls (I) P. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. (US)*, prg. 103; DERAİNS, *Group of Companies*, s. 138.

⁶⁶⁹WOOLHOUSE, s. 443. Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına imzacı olmayanların da girip girmediği meselesi, imza sahibi olmayan kişinin tahkim iradesinin değerlendirilmesini gerektirmektedir (MEYNIEL, s. 24-25).

Nitekim hakem heyetinin yetkisini kişi bakımından sorguladığı süreç, tahkim anlaşmasının taraflarının kim olduğunu belirlediği aşamadır⁶⁷⁰.

Tahkim anlaşmalarının kapsamı kişi bakımından ve uyuşmazlık bakımından olmak üzere, ikiye ayrılmaktadır ve bazen teşmil durumunda uyuşmazlığın kapsamı yönünden değerlendirme yapıldığı görülmektedir⁶⁷¹. Hatta bazı durumlarda “*bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlık*” gibi geniş bir dille kaleme alınan tahkim anlaşmalarının varlığı halinde, tahkim iradesi değerlendirilmeden üçüncü kişiler tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmektedir⁶⁷². Bu doğrultuda, tahkim yargılamasına konu edilen uyuşmazlık odaklı geliştirilen ve teşmil kavramına tepki olarak ileri sürülen bir görüşe göre, geleneksel tahkim iradesi kavramı ticari gerçeklik ile uyuşmadığından, tahkim anlaşmasında imzası bulunmayanların tahkim yargılamasına taraf olmasının teorik temelini “*tahkim iradesi*” kavramı yerine “*uyuşmazlık*” kavramı olması gerekmektedir⁶⁷³. Bu görüş kabul edilirse, tahkim iradesi

⁶⁷⁰MEYNIEL, s. 24.

⁶⁷¹Bu yönde verilen çeşitli karar örnekleri için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 168, 218-219. İmzacı olmayan kişinin esas sözleşmeye ve tahkim klotuna taraf olması yönünde, tüm tarafların en azından zımni iradesi gerektiği; ancak, her zaman sözleşmenin kurulması ve ifasında rol oynamış olması gerekse de bazı mahkemelerin kendilerini tahkim klotunun farkında olma ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen davacı veya davalının uyuşmazlıkla ilgili olması gerekliliği ile sınırlandığı yönünde bkz. HANOTIAU Bernard: “May an Arbitration Clause Be Extended to Non-signatories: Individuals, States or Other Companies of the Group?”, (HANOTIAU Bernard, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue-A comparative Study*, 2. Baskı, International Arbitration Law Library, C. 14, Kluwer Law International, 2020), s. 194.

⁶⁷²Örneğin, ABD mahkemeleri, tahkim klotunun imzacı olmayan kişiler için bağlayıcılığını iradeden ziyade, tahkim anlaşmasının kapsamıyla ilgili bir mesele olarak değerlendirmektedir. Mahkemeler talebin imzacı olmayan kişiyle ilgili olup olmadığına veya imzacı olmayan kişinin tahkim iradesinden ziyade, tahkim klotunun ilgili talebi kapsayacak kadar geniş olup olmadığına odaklanmaktadır (BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 147). Taraflar “*her türlü uyuşmazlık*” ifadesini kullanarak her türlü ilişkinin, tarafın ve konunun tahkim anlaşmasının kapsamına dahil edilmesini sağlayabilecektir. Birçok davada mahkemeler, “*her türlü uyuşmazlığı*” kapsayan geniş bir tahkim klotunun varlığı halinde, tarafların iradelerinin, bu klotun taraflar arasındaki ilişkinin tüm yönlerini kapsamaması olduğuna karar vermiştir (DILEO, s. 73). Öte yandan, tahkim klotunun “*...bu çarter parti kapsamında ortaya çıkan her türlü uyuşmazlık tahkime götürülecektir.*” şeklinde geniş bir dil ile kaleme alınmasının, uyuşmazlığın klotun kapsamına girmesi halinde, anlaşmada imzası olmayan kişileri otomatik olarak bağlamayacağı yönünde bkz. SCHLOSSER Karin A.: “Arbitration Clauses in Maritime Contracts and their Binding Effect on Groups of Companies”, *Journal of International Arbitration*, C. 11, S. 4, Aralık 1994, s. 132. Tahkim anlaşması, ister esas sözleşme içerisinde bir klot isterse ayrı bir anlaşma olarak akdedilsin, sadece iradesi olan tarafları bağlayacağından geniş bir dille kaleme alınmış tahkim klotunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülecek talepleri kapsadığını kabul etmenin mümkün olmadığı yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 316-317. Tahkim anlaşmasıyla ilişkisi olmayan kişileri, tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak için tahkim klotunun geniş kaleme alınmasının dayanak olamayacağı yönündeki bir ABD mahkemesi kararı için bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 106.

⁶⁷³Uyuşmazlığın kapsamına dayalı bir değerlendirmenin önerildiği bu görüşe ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. BREKOUAKIS, *A General Theory*, s. 629-638. *Brekoulakis*, hakem heyetinin imzacı olmayan kişiler üzerindeki yargı yetkisini tesis etmek için yeni bir hukuki teoriye gerek olmadığını, hakem heyetinin yargı yetkisinin hukuki dayanağının tahkim anlaşmasının kapsamına bağlı olduğunu ve hakem heyetinin sözleşmeyi imzalamayan tarafı ilgilendiren uyuşmazlığı karara bağlama yetkisine sahip olup olmadığının *kompetenz-kompetenz* prensibi kapsamında uyuşmazlığın “*sözleşmeyle*

değerlendirilmeksizin tamamen uyuşmazlık odaklı ve yapılacak yargılamanın sonucundan hareketle taraf teşkili sağlanmış olacağından, tipik bir teşmil hali ortaya çıkacaktır. Halbuki, üçüncü kişilerin, açık veya zımni tahkim iradesi tespit edilmeksizin salt usul ekonomisi kaygılarıyla tahkim yargılamasına taraf kabul edilmesi, tahkim yargılamasının tamamen iradeye dayanması bakımından hukuken doğru bir yaklaşım değildir⁶⁷⁴. Tahkim yargılamanın doğurduğu sonuçlardan hareketle, taraf teşkilinin sağlanması, tahkim iradesi olmayan kişileri de tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmak sonucu doğuracak ve bu durum da verilecek hakem kararının icra edilmesi noktasında, hakem kararı vasıtasıyla hedeflenen taraf menfaatlerine halel getirecektir. Keza üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması, tahkim anlaşmasının kapsamından ziyade yargılama usulüne ilişkin bir mesele olarak da görülebilmektedir⁶⁷⁵. Ancak birtakım usul hukuku araçlarıyla üçüncü kişilerin tahkime tabi kılınması⁶⁷⁶ ve tahkim anlaşmasının uyuşmazlık bakımından kapsamına ilişkin teşmil değerlendirmeleri, zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilmediğinden çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir.

bağlantılı” olduğunu tespit etmesine bağlı olacağını belirtmiştir. Yazar birçok durumda somut olayın koşullarına bağlı olarak, imzacı olmayan kişiyi içeren uyuşmazlığın, tahkim yargılamasına taşınan uyuşmazlıkla yeterince bağlantılı olmayacağını da kabul etmektedir. Dolayısıyla hakem heyetleri yargı yetkisinin sınırlarını belirlemek için, derdest uyuşmazlığın tüm sonuçlarını dikkate alarak, tahkim yargılamasının esas konusu olan uyuşmazlığa güçlü şekilde dahil olmaları koşuluyla, imzacı olmayanlar üzerinde yargı yetkisi olduğu sonucuna varmalıdır. Yazarın önerdiği görüş, imzanın varlığı ve iradenin kanıtından ziyade, uyuşmazlık odaklı bir değerlendirme yapılması gerektiğidir. Bu yaklaşım, hakem heyetinin yargı yetkisinin kapsamını, ticari gerçekliğe daha uygun belirlemesine de olanak tanıyacaktır (BREKOULAKIS Stavros L.: “Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”, The Evolution and Future of International Arbitration (eds. BREKOULAKIS Stavros/LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), International Arbitration Law Library, C. 37, Kluwer Law International, 2016, s. 119-160). Tahkim iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. YILDIRIM DEVELİOĞLU, s. 324-325. *Brekoulakis* görüşünde her ne kadar tahkim anlaşmasını temeldeki maddi hukuk ilişkisinden koparmaya çalışsa da, ulaştığı sonucu büyük ölçüde temeldeki maddi hukuk ilişkisine atıfla kurguladığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 59-63.

⁶⁷⁴*Yılmaz*, tahkim anlaşmalarının kuruluşuna ilişkin olan tahkim iradesinin, adil ve eşit yargılanma hakkı ya da usul ekonomisi ilkesi gibi ilkelerden feragat edildiği anlamına gelmediğini, tahkimin iradi olmasının adaletin tesisi önünde bir engel olamayacağını, hakemlerin somut olaya bağlı olarak birleştirme ve katılmaya karar verebileceğini ve devlet yargılamasına kıyasen tahkimin dezavantajlı bir konuma sokulmaması gerektiğinden, adaleti tesis etmenin hakemlerin de görevi olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, tahkimin yargısal yönü ön plana alındığında, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi de, usul ekonomisi ilkesi gibi yargılama hukuku ilkelerinin bir gereği olarak hakemlerin yetkileri dahilindedir (YILMAZ, s. 111-116, 397-398).

⁶⁷⁵Bu yönde verilen bir ICC kararı hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 301.

⁶⁷⁶Bununla birlikte, tahkim klotunun kapsamına ilişkin spesifik meselenin ötesinde, şirketler grubunun varlığının bir tarafın tahkim yargılamasına katılmasına veya yargılamaların birleştirilmesine karar verilirken dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (DERAINS, *Group of Companies*, s. 137). Ancak teşmil ve tahkim yargılamalarının birleştirilmesi ve tahkim yargılamasına bir üçüncü kişinin dahil edilmesi meselelerinin birbirinden farklı olduğu yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 346.

Bununla birlikte, teşmilin varlığının kabul edildiği uyuşmazlıklarda zaman içerisinde tahkim iradesinin objektifleştirildiği gözlemlenmiştir. Örneğin, Fransız hukukunda yapılan değerlendirmelerde teşmilin varlığına, tahkim iradesinden tamamen soyut ve objektif bir yaklaşım benimsenerek karar verildiği gözlemlenmektedir⁶⁷⁷. Hatta Paris İstinaf Mahkemesi'nin tahkim iradesinin özel olarak kanıtlanmasını talep etmediği de belirtilmektedir⁶⁷⁸.

Öğretide, konuya çok başka bir perspektiften yaklaşan bir görüşe göre, tahkim anlaşmasının taraflarını belirlemek şeklindeki irade serbestisinin, özellikle uyuşmazlığın etkin bir şekilde çözümlenmesinin engellendiği durumlarda, esas sözleşmenin daha geniş olan maddi arka planıyla uyumlu hale getirilecek şekilde sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷⁹. Bu bağlamda, üçüncü kişinin yargılamaya müdahalesine ilişkin ulusal kanunlarda düzenlenen usuli hakların, kişinin uyuşmazlıkla maddi hukuk anlamında ne kadar yakından ilişkili olduğuna göre belirlendiği; ulusal kanunların, derdest uyuşmazlığın maddi hukuk boyutu uyarınca yargılamaya tabi tutulabilecek kişilerin kapsamının belirlenebileceği usuli bir düzen öngördüğü; ayrıca, uyuşmazlık çözüm mekanizmasının amacının tarafların hak ve yükümlülüklerine işlerlik kazandırmak olması sebebiyle, usuli düzenlemelerin tarafların maddi hukuka ilişkin düzenlemeleriyle uyumlu olmasının kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁸⁰. Dolayısıyla hakem heyetlerinin hâkimlere benzer yargı yetkisine sahip olması ve verilen kararların tıpkı mahkeme kararları gibi *res judicata* etkisi taşıması göz önünde tutulduğunda, esas ve usul arasındaki kurulumaya çalışılan dengenin tahkim yargılamaları bakımından da gözetilmesi gerekmektedir⁶⁸¹.

⁶⁷⁷Hatta tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınan tarafın, tahkim anlaşmasının varlığından varsayımsal olarak dahi haberdar olmasının aranmadığı yönünde bkz. PINSOLLE, s. 219, 216-218; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 45. Fransız hukukunda zaman içerisinde şirketler grubunun ekonomik bütünlüğünden ziyade, uyuşmazlık konusu belirli ilişki veya bağlantılı ilişkilerin ekonomik bütünlüğüne ve bu ilişkiye esaslı katılıma önem verilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda, *Orri* kararında Paris İstinaf Mahkemesi'nin *Dow Chemical* kararından farklı olarak üçüncü kişinin sözleşme ifasına esaslı katılımını ve tahkim anlaşmasının varlığından haberdar olmasını, tahkim iradesi bakımından yeterli gördüğü ve hatta Paris İstinaf Mahkemesi'nin 2021 tarihli bir kararında sadece üçüncü kişinin sözleşmeye aktif katılımına bakıldığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 41-44. *Orri* kararı için bkz. Cour d'appel de Paris, *Orri v. Lubrifiants Elf Aquitaine*, 11.01.1990, Revue de l'Arbitrage, 1992, 95, ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 43-44, dn. 24. *Dow Chemical* kararına ve grup şirketler doktrinine ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmelerimiz için bkz. "*Grup Şirketler Doktrini*" başlığı altında s. 184-187 arasındaki açıklamalarımız.

⁶⁷⁸PINSOLLE, s. 216-217.

⁶⁷⁹BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1182-1184.

⁶⁸⁰BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1182-1183.

⁶⁸¹BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1184.

Usulün doğası gereği esasa bağlı olduğunu⁶⁸² kabul etmekle birlikte, bu görüşe özellikle zımni tahkim iradesinin tespit edildiği haller bakımından katılmamaktayız. Nitekim zımni tahkim iradesinin tespit edildiği hallerde, tahkim anlaşmasına yönelik zımni olsa dahi gerçek bir iradenin varlığından söz edildiğinden, kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması için ayrı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, zımni irade öyle bir hukuki kavramdır ki çok farklı durumlarda kendine uygulama alanı bulabilir⁶⁸³ ve bu kavramı belirli münferit hallere özgülemek mümkün değildir. Dolayısıyla bahsi geçen hukuki kavram ve doktrinler çerçevesinde teşmilin kabul edildiği hallerde, somut olayın koşullarının değerlendirilmesi neticesinde zımni irade beyanının tespiti ihtimal dahilindedir. Nitekim alacağın devri, halefiyet, garanti sözleşmesi veya üçüncü taraf lehdar gibi başkaca hukuki müesseselerin varlığında da, zımni tahkim iradesi somut olayın koşulları kapsamında tespit edilebiliyorsa⁶⁸⁴, bu durumda aynı sonucu doğuran iki farklı hukuki dayanak söz konusu olacaktır ve fakat evvelce belirtmiş olduğumuz üzere, teşmil kavramına dayanılmasına gerek kalmayacaktır. Hal böyle iken, çalışmamızda sadece bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesindeki hukuki dayanağın zımni iradeyle ikame edilebilir olduğu veya doğrudan zımni irade olduğu hallerle sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

D. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanının Kabulü Bakımından Maddi Hukuktan ve Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar

Doktrinde çeşitli gerekçelerle zımni tahkim iradesinin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu gerekçeler, tahkim anlaşmalarının nispiyeti, tahkim

⁶⁸²BREKOUOLAKIS, *Elephant*, s. 1183.

⁶⁸³Sözleşmeler hukuku ya da şirketler hukukuna ait spesifik teoriler veya kurumsal tahkim kuralları ve tahkim kanunlarındaki hükümler kapsamında, üçüncü kişi yargılamaya dahil edilemediğinde, zımni irade iddiasıyla tahkimde taraf sıfatı kazanılmaya çalışılabileceği yönünde bkz. BREKOUOLAKIS, *Third Party*, s. 128.

⁶⁸⁴Örneğin, üçüncü kişi kefilin ifayı tamamlaması ve bu durumun yükümlülüklerin kaynaklandığı sözleşmeye ve bu sözleşmedeki tahkim klotuna rıza gösterildiği anlamına geldiği, imzacı olmayan kişinin imzacı taraf lehine ödeme yaparak akreditif açması veya tahkim klotu içeren sözleşme müzakerelerinde aktif rol alması ya da bir şirketin imzalamadığı hissedarlar ve tazminat sözleşmesinin faydalarını kabul etmesi gibi hallerde zımni iradenin varlığı sonucuna ulaşılabileceği yönünde bkz. BREKOUOLAKIS, *Third Party*, s. 128-129.

yargılamalarının devlet yargılamalarına göre istisnai niteliği, tahkim anlaşmaları bakımından ulusal tahkim mevzuatlarında ve uluslararası sözleşmelerde öngörülen yazılılık şartı ve bağımsızlık prensibidir⁶⁸⁵. Dolayısıyla zımni tahkim iradesinin kabulü, maddi hukuktan ve tahkim hukukundan kaynaklanan çeşitli sorunların aşılabilmesini gerekli kılar. Bu çerçevede, bu başlık altında öncelikle maddi hukuktan kaynaklanan bir sorun olarak tahkim anlaşmasının nispiyeti ilkesi ile devletin ve devlet birimlerinin ehliyetsizlik iddiaları; daha sonra, tahkim hukukundan kaynaklanan sorunları teşkil eden, tahkimin istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmesinin yanı sıra, çeşitli ulusal tahkim mevzuatlarında ve uluslararası sözleşmelerde öngörülen yazılılık şartı ve istisnasız bir şekilde kabul edilen bağımsızlık prensibi ele alınacaktır.

1. Maddi Hukuktan Kaynaklanan Sorunlar

a. Nispiyet İlkesi

Borçlar hukukunun en temel prensiplerinden olan nispiyet ilkesi, borç ilişkisinin sadece ilişkinin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracağını ifade eder⁶⁸⁶. Tahkim anlaşmaları da sözleşmelerin nispiyeti ilkesi kapsamında, genel borçlar hukuku prensiplerinden ayrılmayarak sadece taraflarını bağlamaktadır⁶⁸⁷. Tahkim anlaşmalarının nispiyeti ilkesi, özellikle üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesi bakımından önem arz etmektedir. Doktrinde tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiler üzerinde etki doğurmasını sağlayan teşmil teorilerinin, tahkim anlaşmalarının nispiyeti ilkesine istisnalar tanınmadıkça kabul edilemeyeceği belirtilmiş⁶⁸⁸ ve tahkim

⁶⁸⁵Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisi için dayanan gerekçelere duyulan ihtiyacın sebeplerinin, çoğu hukuk sisteminde hâlâ yazılılığın bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi, tahkimin tarafları ilgili uyuşmazlık bakımından devlet mahkemelerine başvurma hakkından mahrum bıraktığı düşüncesi ve tahkimin istisnai olduğu yönündeki inanış olduğu yönünde bkz. PINSOLLE, s. 209.

⁶⁸⁶PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4643; EREN, s. 18-19.

⁶⁸⁷PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4643; ESEN, *Teşmil*, s. 10-12; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 535; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 27; SANDROCK, s. 948; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 59-60; DEMİRKOL, s. 280; Yargıtay 19. HD., 11.05.2017 tarihli ve 2016/17898 E., 2017/3683 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD., 24.11.2016 tarihli ve 2016/7909 E., 2016/15104 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 25.06.2015 tarihli ve 2014/9538 E., 2015/8707 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

⁶⁸⁸DEMİRKOL, s. 282; TİRYAKIOĞLU, s. 102.

anlaşmasının nispiyeti ilkesinin de, tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişilerin bağlı kabul edildiği hallerde birtakım istisnalar barındırdığı ifade edilmiştir⁶⁸⁹.

Halbuki üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesi bakımından, tahkim anlaşmalarının nispiyeti ilkesine herhangi bir istisna tanınmasına ihtiyaç yoktur. Nitekim, zımni tahkim iradesinin varlığı halinde, üçüncü kişinin zımni şekilde beyan edilmiş olsa da, aslında gerçek bir tahkim iradesi mevcuttur. Dolayısıyla nispiyet ilkesi, üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesi bakımından sorun oluşturmamaktadır. Hatta öğretide yer alan bir görüşe göre, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı hale gelmesi durumunda, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan üçüncü kişinin gerçekten tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı bir sözleşmeler hukuku sorunu olarak çözümlendiğinden, nispiyet ilkesi üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmesine herhangi bir engel teşkil etmemektedir⁶⁹⁰.

b. Devletin veya Devlet Birimlerinin Ehliyet Sorunu

Çalışmamızda, devletin veya devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleriyle tahkim anlaşmasına taraf kabul edilip edilemeyeceği meselesi ve kabul edilebileceği örneklerin⁶⁹¹ de incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemenin devlet ve devlet birimleri bakımından özel olarak değerlendirilmesinin sebebi, subjektif tahkime elverişlilik kavramının yerindeliğini sorgulamaktır. Devletin ve devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleri çerçevesinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmeleri tartışmalarındaki hukuki problemin çözülmesi için öncelikle, devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşmasına taraf olmasının, bir ehliyet problemi mi, yoksa subjektif tahkime elverişlilik problemi mi teşkil ettiği tespit edilmelidir. Nitekim bazı ülkelerde, devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşması akdedebilmesi, anayasal veya yasal sınırlamalara tabi tutulmaktadır⁶⁹². Türk hukukunda ise Anayasa m. 125 hükmüne,

⁶⁸⁹ESEN, *Teşmil*, s. 12-16; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 61; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 180-186. Sözleşmelerin nispiyeti ilkesinin bazı istisnalarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 108-110.

⁶⁹⁰ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 27.

⁶⁹¹Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “Devletin veya Devlet Birimlerinin Dahil Olduğu Uyuşmazlıklar” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁹²Örneğin, İran İslam Cumhuriyeti Anayasası m. 139 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “*The settlement of claims relating to public and state property or the referral thereof to arbitration is in every case dependent on the approval of the Council of Ministers, and the Assembly must be informed of these matters. In cases where one party to the dispute is a foreigner, as well as in important cases that are purely domestic, the approval of the Assembly must also be obtained. Law will specify the important cases intended here.*” (İran İslam Cumhuriyeti Anayasası’nın ingilizce metni için bkz.

“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” şeklinde bir ekleme yapılarak kamu tüzel kişilerinin, ihtiyari olarak⁶⁹³ milli ve milletlerarası tahkim yargılamalarına taraf olabilmeleri anayasal temele kavuşturulmuştur⁶⁹⁴.

Her ne kadar, kamu tüzel kişilerinin, tahkim anlaşması bakımından taraf statüsüne sahip olamayacakları ifade edilse de⁶⁹⁵, birçok ülkede, devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşmasının tarafı olmasına ilişkin sınırlamalar, milletlerarası tahkim bakımından geçerli kabul edilmemektedir⁶⁹⁶. Nitekim, günümüzde devletin ve

https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989. Bilgi için ayrıca bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 728.). Devletin veya devlet birimlerinin tahkim yargılamasına başvurmasını tamamen yasaklayan veya sınırlayan diğer örnek devlet kanunları için bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 75-76.

⁶⁹³YILDIZ Hayrettin: “Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 111, 2014, s. 291.

⁶⁹⁴Türk idare hukukunda, kamu hizmeti yürütmek amacıyla idare ve özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına tabi olmasının yasak olduğu kabul edilse de, zaman içerisinde bu yaklaşımın değiştiği, öncelikle 1999 tarihli bir Anayasa değişikliğiyle m. 47 hükmü kapsamında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesiyle dolaylı olarak tahkim anlaşması akdetme imkânının kabul edildiği ve nihai olarak Anayasa m. 125 hükmü değişikliğiyle tahkimin açık bir şekilde anayasal bir temele kavuşturulduğu yönünde bkz. YILDIZ, s. 287-291; GÜNEŞ Sena: “İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 37, S 2, 2017, s. 423-424. Anayasa m. 125 hükmünde yapılan değişikliği takiben, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları” belirlemek amacıyla, 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun çıkarılmıştır (RG., T. 21.01.2000, S. 4501). Devletlerin milletlerarası ticari hayatın “en büyük tacirleri” haline dönüşmeleri sebebiyle, bu kanunun yürürlüğe girdiği ve kamu hizmeti ve imtiyazlarına dair uyuşmazlıkların tahkim yargılamasıyla çözüme kavuşturulmasının kabul edildiği yönünde bkz. HUYSAL, s. 26.

⁶⁹⁵İŞİK, Serpil, MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2022, www.lexpera.com, s. 295-296. Bazı ülke hukuklarında, kamu tüzel kişilerinin, özellikle iç hukuka ilişkin uyuşmazlıkları tahkim yargılamasına taşımalarının tamamen yasak ya da sınırlamalara tabi olduğu yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 313-315.

⁶⁹⁶Fransız hukukunda, kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurmasını engelleyen yasakların Fransız mahkemeleri tarafından milletlerarası tahkim bakımından uygulanamaz kabul edildiği ve Fransız mahkemelerinin, Fransız ve yabancı kamu tüzel kişilerinin uluslararası sözleşmeler kapsamında tahkim yoluna başvurabileceğini ve iç hukuk düzenlemelerinde öngörülen yasaklarının buna engel oluşturmayacağını kabul ettiği yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 317, 319-322; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 729. Benzer şekilde, Yunanistan, İngiltere, İtalya, Tunus, Cezayir, Lübnan ve Mısır gibi ülkeler, bu konuda benzer yaklaşımlar sergilemektedir. Bu gelişmeler, devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşmalarına yönelik itirazlarının, milletlerarası tahkim hukukunda giderek sınırlandığını göstermektedir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 323-325; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 728). Öte yandan, gelişmekte olan devletlerin ve kontrolündeki kamu tüzel kişilerinin, yerel ve milletlerarası tahkim yargılaması bakımından ehliyetlerinin, idari karar veya idari sözleşme gibi kavramlarla kısıtlandığını ileri sürdükleri yönünde bkz. SILVA-ROMERO Eduardo: MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler,

devlet birimlerinin kendi serbest iradeleriyle akdettiği tahkim anlaşmalarına, kendi iç hukuklarındaki sınırlayıcı kurallara dayanarak itiraz edemeyecekleri yönündeki kural, milletlerarası tahkim hukukunun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir⁶⁹⁷. Hatta Avrupa Sözleşmesi m. II/1 hükmü⁶⁹⁸, kamu tüzel kişilerinin ehliyetsizliği iddiasını bertaraf eden bir düzenleme içermektedir⁶⁹⁹. Aynı şekilde, devletin doğrudan veya devlet birimi aracılığıyla akdettiği bir tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaktan, iç hukukunda yaptığı değişiklikler veya sözleşmeyi tek taraflı feshetmesi gibi, kendi iradesine dayanan bir durumu gerekçe göstererek kurtulamayacağı da ifade edilmiştir⁷⁰⁰. Dolayısıyla, günümüzde devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşmasına taraf olabilmesi mümkün olmakla birlikte; tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürebilmeleri imkânı, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti bakımından sınırlandırılmıştır. Tartışılması gereken, tahkim anlaşmasının ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu iddiasının, özellikle devletin ve devlet birimlerinin zımni tahkim iradesi sebebiyle de etkisiz kılınabilmesi imkânının olup olmadığıdır. Dolayısıyla, öncelikle devletin veya devlet birimlerinin, kendi hukuklarına dayanarak,

(Çeviren: ESEN Emre), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 27, S. 1-2, 2007, s. 122-126.

⁶⁹⁷BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 727; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 321-322. Milletlerarası alanda devletin yabancı bir özel hukuk tüzel kişisiyle sözleşme akdetmesi halinde, devletin yasama organı vasıtasıyla kendi koyduğu kuralların işleyeceğini iddia etmesi kabul edilmemelidir (SILVA-ROMERO, s. 145-146). Milletlerarası tahkim alanında hakemler de, devletin ve devlet birimlerinin özgür iradeleriyle taraf oldukları tahkim anlaşmalarını, kendi ulusal hukuklarındaki kısıtlamalarla geçersiz sayamayacakları görüşünde birleşmiş ve devletlerin bu şekildeki iddialarıyla tahkim yargılamasından kaçınma çabalarını, milletlerarası kamu düzenine dayanarak reddetmiştir. Bu yönde verilen çeşitli ICC karar örnekleri için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 325-329. ICC hakemlerinin, milletlerarası kamu düzeni ve iyiniyet prensipleri kapsamında, tarafı devlet veya devlet birimleri de olsa, özgür iradeyle kurulan bir tahkim anlaşması aleyhine yapılan ehliyetsizlik iddiasını kabul etmediği yönünde bkz. SILVA-ROMERO, s. 121. Devletlerin, sadece tahkim anlaşmalarına özgü kabul ettikleri yasaklayıcı veya sınırlayıcı yasal düzenlemelerin, NYK m. II/3 hükmünde yasaklanan ayrımcı ve çağ dışı ulusal hukuk düzenlemelerine örnek olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 732.

⁶⁹⁸İlgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “İşbu sözleşmenin birinci maddesinin birinci paragrafında derpiş olunan hallerde haklarında tatbiki gereken kanun tarafından “amme hukuku tüzel kişileri” olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber surette hakemlik anlaşmaları aktetmek yetkisini haizdirler.”

⁶⁹⁹TANRIKULU, s. 124. Avrupa Sözleşmesi’nin kamu tüzel kişilerini ilgilendiren uyumsuzlukların subjektif olarak tahkime elverişli olduğu yönünde maddi bir kural getirmekle birlikte, taraf devletlere bu hükme çekince koyma imkânı da tanıdığı ve sadece Belçika’nın, devlete özgü olacak şekilde bu maddeye çekince koyduğu yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 322-323. Aynı zamanda, uygulama alanına girdiği ölçüde, Türk hukuku bakımından idare ve özel hukuk kişileri arasında akdedilen yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde MTK uygulanacaktır. Nitekim MTK m. 1/5 hükmünde de bu durum şu şekilde öngörülmüştür: “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca, yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbidir.”

⁷⁰⁰*Company Z and Others v. State Organization ABC*, Award, Nisan 1982, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1983 (ed. SANDERS Pieter), C. VIII, 1983, Kluwer Law International, s. 105-111 (*Company Z and Others v. State Organization ABC*).

ehliyetsizlik iddiasında bulunmasını engellemek amacıyla geliştirilen subjektif tahkime elverişlilik kavramının yerindeliği sorgulanmalıdır.

Subjektif tahkime elverişlilik, tarafların hukuk nezdinde “*tahkim anlaşması akdedebilme kabiliyetine sahip olmaları*” anlamına gelmektedir⁷⁰¹. Nitekim tahkim iradesinin hukuken kabul edilebilmesi, tarafın tahkim anlaşması akdedebilme kabiliyetine sahip olması ile mümkün olacaktır⁷⁰². Örneğin, İsviçre’de, subjektif tahkime elverişlilik konusu, maddi hukuk kuralları çerçevesinde ele alınmakta ve devletin veya devlet birimlerinin, kendi iç hukuklarına dayanarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz etmesi engellenmektedir⁷⁰³. Dolayısıyla subjektif tahkime elverişlilik kavramı sayesinde, tahkim iradesinin olduğu yerde, ehliyetsizlik gerekçesiyle devlet veya devlet birimleri ilgili tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaktan kurtulamamaktadır⁷⁰⁴. Tahkim iradesini beyan eden bir devletin veya devlet biriminin, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaktan kurtulmak için kendi hukukuna dayanması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında da kabul edilmemektedir⁷⁰⁵.

Bununla birlikte, İsviçre hukuku, devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşması akdetme ehliyeti meselesini subjektif tahkime elverişlilik uyarınca *lex fori* kapsamına alsa da⁷⁰⁶, İsviçre’de verilmiş ve ilgili devletin hukuku uygulanmaksızın devletin veya devlet biriminin tahkim yargılamasına taraf kabul edildiği bir hakem

⁷⁰¹İŞİK, *İptal Davası*, s. 295-296. Subjektif tahkime elverişliliğin, devletin veya devlet birimlerinin tahkim yargılamasına başvurmak konusunda anlaşabilme imkânını ifade ettiği ve devletin veya devlet birimlerinin, milletlerarası ticari faaliyetlerinde tacirlerle aynı muamele görmesini sağlamaya çalışan bir kural ve uygulama olduğu yönünde bkz. SILVA-ROMERO, s. 116, 120.

⁷⁰²İŞİK, *İptal Davası*, s. 295-296.

⁷⁰³FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 324; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 731. iMÖHK m. 177/2 hükmünün orijinal metni şu şekildedir: “A state, or an enterprise held by or an organisation controlled by a state, that is party to an arbitration agreement, may not invoke its own law in order to contest its capacity to arbitrate or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.” (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. SILVA-ROMERO, s. 116). iMÖHK m. 177/2 hükmünde, bir devlet ya da devlet tarafından kontrol edilen kurum veya organizasyonun tarafı olduğu tahkim anlaşmaları bakımından geçersizlik iddialarının kısıtlandığı, bu düzenlemeyle tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun taraf ehliyeti meselesi bakımından öncelendiği ve bu düzenlemenin NYK ve UNCITRAL Model Kanunu’nda yer almadığı yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 78-79.

⁷⁰⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 732.

⁷⁰⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 732-733. Devletin veya devlet birimlerinin akdettiği bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, devlet temsilcisinin tahkim anlaşması akdetme konusunda yetkisiz olduğunu iddia etmesinin dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebileceği yönünde bkz. SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 91.

⁷⁰⁶ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 79.

kararının ilgili devlet ülkesinde tenfiz problemi yaşaması da olasıdır⁷⁰⁷. Ancak yaşanacak bu potansiyel tenfiz problemi, zımni irade beyanı kavramının evrensel olarak kabul gören bir hukuki kavram olması sebebiyle spesifik uyuşmazlıklarda zımni tahkim iradesi değerlendirilmesiyle aşılabilecektir.

Subjektif tahkime elverişliliğin ve temel hedefinin ne olduğu bu şekilde izah edildikten sonra, tahkim anlaşması akdetme ehliyetinin hangi hukuka göre inceleneceği de tespit edilmelidir. Böylece, devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşmasına taraf sıfatı değerlendirilirken, konunun subjektif tahkime elverişlilik ve ehliyet meselesi olarak vasıflandırılması tartışmalarının en önemli sonucunun, bu vasıflandırmanın uygulanacak hukuku doğrudan etkilemesi olduğu ortaya konulacaktır. Nitekim, doğal olarak, devletin veya devlet birimlerinin “*tahkim anlaşması yapma hakkının*”⁷⁰⁸ ehliyet veya subjektif tahkime elverişlilik olarak vasıflandırılmasına bağlı olarak, bu konuda uygulanacak hukuk değişebilecektir⁷⁰⁹.

Tahkim anlaşmasının taraflarının tahkim anlaşması akdetmeye ehil olması, tahkim anlaşmaları bakımından bir geçerlilik şartıdır⁷¹⁰. Ehliyetsizlik, NYK kapsamında tenfiz engeli⁷¹¹, UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2-a-i ve 36/1-a-i hükümleri kapsamında tenfiz engeli ve iptal sebebi⁷¹², MTK m. 15/A/1-a kapsamında da iptal sebebi oluşturmaktadır⁷¹³. Tahkim anlaşması akdetme ehliyetinin kapsamı, sınırları ve bu ehliyeti sona erdiren sebepler, ehliyeteye uygulanacak hukuk uyarınca

⁷⁰⁷ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 79; SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 91-92. İsviçre’de devletin tahkim anlaşmasına taraf olduğu yönünde verilen hakem kararı, Türkiye’de tenfiz edilmek istendiğinde, NYK m. 5/1-a hükmü uyarınca, ilgili devletin kendi hukukuna göre ehliyet iddiasının inceleneceği ve bu hakem kararının tenfiz edilemeyeceği; ancak, tahkim yeri NYK’ye taraf olmayan bir devlet ise MÖHUK m. 62 hükmü uyarınca hakem kararının Türkiye’de tenfiz edilebileceği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 80.

⁷⁰⁸Avrupa Sözleşmesi m. 2 hükmünün İngilizce versiyonunda ilgili hükmün başlığı, “*Right of legal persons of public law to resort to arbitration*” olarak düzenlenmişken iken; aynı hüküm Türkçe’ye, “*Amme Hukuku Tüzel Kişilerinin Hakemliğe Tabi Olma Ehliyeti*” şeklinde çevrilmiştir.

⁷⁰⁹FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 316; İLHAN, s. 119-120.

⁷¹⁰AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 526, 642; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 71; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244; WILSKE/FOX, *Article V*, s. 283.

⁷¹¹AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 642; ÖZEL, s. 309; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244. NYK m. V/1-a hükmünün, New York Konferansı’nın son gününde Pieter Sanders tarafından önerilerek NYK metnine derç edildiği yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article V*, s. 281.

⁷¹²ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

⁷¹³Buna rağmen, ehliyeteye uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlenmediği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

belirlenmektedir⁷¹⁴. Tartışmalı olmakla beraber, tahkim anlaşması akdetme yetkisi de, ehliyeteye uygulanacak hukuka tabi kabul edilmektedir⁷¹⁵.

NYK m. V/1-a uyarınca tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyeti, tarafların “*haklarında tatbiki gereken kanuna göre*” belirlenecekse de, NYK kapsamında “*haklarında tatbiki gereken kanun*” ifadesinden ne anlaşılabileceği düzenlenmemiştir⁷¹⁶. NYK m. V/1-a hükmü lafzından anlaşıldığı üzere, ehliyet taraflarca seçilen hukuk kapsamında da değerlendirilmemektedir⁷¹⁷. Dolayısıyla, bu hukuk tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuktan farklı olabilecektir⁷¹⁸. Benzer şekilde, Avrupa Sözleşmesi m. VI/2 hükmü, ehliyeteye ilişkin hukuki problemlerin tarafların haklarında uygulanması gereken hukuka göre inceleneceğini öngörmekle yetinmektedir. UNCITRAL Model Kanunu da, tahkim anlaşması akdetme ehliyetine uygulanacak hukuk düzenlememiştir⁷¹⁹. MTK ve UNCITRAL Model Kanunu’nu örnek alan diğer modern tahkim kanunları bakımından da durum farklı değildir⁷²⁰. Dolayısıyla NYK, Avrupa Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu ve MTK kapsamında ehliyeteye uygulanacak hukuka ilişkin net bir saptamanın mevcut olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır⁷²¹.

Bu doğrultuda, kural olarak *lex fori*’leri olmadığından hakemler, ehliyeteye uygulanacak hukuku, zorunlu bir şekilde tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralları

⁷¹⁴ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 413; ÖZEL, s. 309.

⁷¹⁵ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244. “*Tahkim anlaşması yapma ehliyeti*” ile temsilcinin tahkim anlaşması akdi konularının birbirinden farklı olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 40. Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında yazılan karşı oy yazısı kapsamında, tahkim anlaşmasının esası için değil; ancak, tahkim anlaşması akdetme yetkisine, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması gerektiği belirtilmiştir (YHGK, 11.10.2000 tarihli ve 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Tahkim anlaşması akdetme yetkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. dn. 992’deki açıklamalarımız.

⁷¹⁶LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 118; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 6; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 410. Hükümde yer alan “*...haklarında tatbiki gereken kanun...*” ifadesinin, tek başına hangi hukukun uygulanacağını belirleyemeyeceği yönünde bkz. *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 30. Tahkim anlaşması akdetme ehliyetine ilişkin NYK kapsamında kanunlar ihtilafı kuralının yer almamasının, NYK’ye taraf devletlerin bu meseleye farklı bağlama noktaları uygulaması sonucunu doğurarak NYK’nin uygulanmasındaki bütüncül yaklaşımı zedelediği yönünde bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 116, dn. 396.

⁷¹⁷WILSKE/FOX, *Article V*, s. 285.

⁷¹⁸NACIMIENTO, s. 219.

⁷¹⁹NYK hükümlerinden farklı olarak, UNCITRAL Model Kanunu’nda “*haklarında tatbiki gereken kanun*” ifadesinin karışıklığı mahal vermemek adına kullanılmadığı yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

⁷²⁰ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

⁷²¹ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 32.

uyarınca tespit edecektir⁷²²; devlet mahkemeleri ise tenfiz davalarında uygulanacak olan NYK m. V/1-a hükmünün uygulandığı uyuşmazlıklar⁷²³ ile Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamına giren uyuşmazlıklarda kendi kanunlar ihtilafı kurallarını⁷²⁴ uygulayarak ehliyeteye uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu anlamda, tahkim veya tenfiz yeri Türkiye ise HMK veya MTK bu konuyu düzenlemediğinden, MÖHUK'ta yer alan genel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır⁷²⁵. MTK'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda, iptal mahkemesi ya da NYK kapsamında Türkiye'de açılan tanıma ve tenfiz davalarında, tanıma ve tenfiz mahkemesi ehliyeteye uygulanacak hukuku Türk kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak belirleyecektir ve gerçek kişilerde MÖHUK m. 9/1 ve tüzel kişilerde ise MÖHUK m. 9/4 uygulanacaktır⁷²⁶. Dolayısıyla tahkim anlaşması akdetme ehliyeti, gerçek kişiler bakımından vatandaşı oldukları devletin milli hukukuna, tüzel kişiler bakımından ise statülerindeki idare merkezi hukukuna göre belirlenecektir⁷²⁷.

⁷²²İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 114; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 627; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 31.

⁷²³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 117-118; WILSKE/FOX, *Article V*, s. 285; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 32; ÖZEL, s. 309; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72; İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 106; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 410; AKINCI, *Tenfiz*, s. 116. Tahkim anlaşması akdetme ehliyetine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını belirleme görevi ulusal hukuklara bırakılmıştır. NYK m. V/1-a, ehliyet ve esastan geçerlilik bakımından farklı kanunlar ihtilafı analizi öngörmüştür. Zira ilgili hüküm, bu iki konu için iki ayrı kanunlar ihtilafı kuralına atıf yapmaktadır. NYK m. V/1-a hükmünde yer alan ibare, açıkça bir tarafın milli hukukuna atıfta bulunmaktadır ve bu hukuk da bir şirketin kuruluş yeri hukuku veya bir gerçek kişinin ikametgâh ya da vatandaşlık devleti hukuku olabilecektir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 626).

⁷²⁴AKINCI, *Tenfiz*, s. 117. Avrupa Sözleşmesi m. VI/2-c kapsamında, tahkim anlaşması akdetme ehliyetine, taraflar hakkında uygulanması gereken hukuk, diğer bir ifadeyle tarafların milli hukuku uygulanacaktır. İlgili hükümde açıklık olmaması sebebiyle, bu hukuk ehliyet meselesinin tartışıldığı devletin kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında çözümlenmelidir (ÖZEL, s. 309).

⁷²⁵NOMER, *Görev Belgesi*, s. 6; YÖNEY, s. 17; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 244; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 32. “*Tahkim anlaşması yapma ehliyetinin*”, fiil ehliyetinin özel bir görünümü olduğu ve bu meseleyi düzenleyen ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığından MÖHUK m. 9 hükmünün uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 40.

⁷²⁶ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 410; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 32; İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 106-107; SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 309-310. Türk hukukunda tahkim anlaşması akdetmek için özel ehliyet kuralı olmadığı ve fiil ehliyetinin varlığının yeterli olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 40.

⁷²⁷“*Tahkim anlaşması yapma ehliyeti*” bakımından gerçek kişiler açısından sorun yaşanmasa da, özellikle ticaret şirketlerinde meselenin şirket statüsüne uygulanacak hukuka göre mi, yoksa temsil yetkisine uygulanacak hukuka göre mi değerlendirileceğinin tartışmalı olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 40-42. Yazara göre, bu konuda şüphesiz şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 41). Genelde tarafların kişisel statülerine uygulanacak hukukun ehliyet meselesini çözümleyeceği; ancak, bu hukukun, her hukuk düzenlemesinde farklı olabileceği yönünde bkz. MEZA-SALAS, s. 12. Gerçek kişiler söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilafı kurallarının genelde tarafların milli hukukuna işaret ettiği ve bu hukukun farklı hukuk sistemlerinde farklı belirlendiği; şirketler söz konusu olduğunda ise şirketin merkezinin bulunduğu yer hukuku veya kuruluş yeri hukukunun uygulandığı yönünde bkz. NACIMIENTO, s. 219. Gerçek kişi ve tüzel kişiler bakımından, bahsi geçen MÖHUK düzenlemelerine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 72.

Ehliyetle ilişkin açıklamalarımızdan da görüldüğü üzere, devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşmasına taraf olup olmadıkları, bir ehliyet problemi olarak vasıflandırılırsa, devletin veya devlet biriminin taraf olduğu bir sözleşmesel ilişkiden doğmuş uyuşmazlıkların tahkim yargılamasında görülüp görülemeyeceğine, ilgili devletin hukuku karar verecektir⁷²⁸. Geleneksel yaklaşım uyarınca, kamu hukuku kişilerinin tarafı oldukları bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasına başvurup başvuramayacağı, bir ehliyet meselesi olarak değerlendirilmektedir⁷²⁹. Hatta özellikle devlet birimlerinin tahkim anlaşması akdetmeleri herhangi bir onaya tabi ise meselenin tahkim anlaşması akdetme yetkisi kapsamında da değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁷³⁰. Öte yandan, konu ehliyet meselesi olarak değerlendirildiği vakit, uygulanacak olan devletin hukukunda, devletin veya devlet birimlerinin tarafı olduğu uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına taşınmasının yasaklanması karşısında, bazı devlet hukukları bu meseleyi subjektif tahkime elverişlilik olarak vasıflandırarak çözüme kavuşturmuştur⁷³¹. Dolayısıyla, kamu tüzel kişilerinin tahkim anlaşması akdetmesi yasağının, özellikle devletlerin ülke çıkarlarını korumak için sahip olduğu geniş yetkiler göz önüne alındığında, bir kişinin kendi çıkarlarını gözetemeyecek durumda olduğu varsayımına dayanan ehliyet kurallarıyla veya tahkim anlaşması

⁷²⁸İLHAN, s. 120, 123. Nitekim bu ihtimalde, Kıta Avrupası hukuk sisteminde ilgilinin milli hukuku, *common law* ülkelerinde ilgilinin ikametgâh yeri veya mutad meskeni hukuku olarak yine devletin kendi hukuku uygulanacaktır (SILVA-ROMERO, s. 120; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 316). Devlet ya da devlet birimlerinin, tahkim anlaşması akdetme ehliyetine kendi hukuklarının uygulanmasının sözleşmenin diğer tarafı nezdinde yarattığı korunmasız durumu bertaraf edebilmek adına, tahkim yeri hukukunun, sözleşmeye uygulanacak hukukun, milletlerarası kamu düzeni veya iyiniyet prensiplerinin uygulanması gerektiği şeklinde görüşler olduğu yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 78.

⁷²⁹İŞİK, *İptal Davası*, s. 295-296; HUYSAL, s. 18. Geleneksel yaklaşıma göre, kamu hukuku kişilerinin tahkim yargılamasına başvurup başvuramayacaklarının bir ehliyet meselesi olarak değerlendirildiği yönünde bkz. SILVA-ROMERO, s. 120. *Born*'a göre, devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşmasının tarafı olabilmeleri, subjektif tahkime elverişlilikten ziyade ehliyet meselesidir. Dolayısıyla devletin veya devlet birimlerinin tahkim anlaşması akdetmelerini yasaklayan düzenlemeler, NYK m. V/1-a hükmüne tabidir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 730). *Silacı Korkmaz*, devletin ve devlet birimlerinin hak ve fiil ehliyetini incelerken, problemi sadece ehliyet perspektifinden değerlendirmiş ve devletlerin tahkim iradesi kendi hukukuna göre belirleneceğinden, devlet ya da devlet biriminin tahkim anlaşması akdetme ehliyeti bakımından ileride sorun çıkmaması adına, gerekli izinleri alarak formaliteleri yerine getirmesi ve özellikle devletin müdahalesi olan durumlarda tahkim anlaşmasına açık bir şekilde taraf olması konusunda hassas davranılması gerektiğini belirtmiştir (SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 89-92). Benzer şekilde devletin tahkim anlaşmasına taraf olması arzulanıyorsa, bunun açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 78.

⁷³⁰Bu yöndeki görüş için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 316.

⁷³¹SILVA-ROMERO, s. 121; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4558. Hakem kararını denetleyen mahkemelerin, tahkime elverişlilik meselesini, kendi hukuk sistemlerinde tanınan milletlerarası kamu düzeni ilkelerini ve milletlerarası tahkime elverişlilik anlayışını gözeterek değerlendirmesi gerektiği; hakemlerin ise adaleti gözeterek, milletlerarası nitelikte olan kamu düzeni kurallarını kendileri belirlemesi gerektiği yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 317-318.

akdetme yetkisiyle açıklanması mümkün kabul edilmemektedir⁷³². Halbuki bize göre, devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşmasının tarafı kabul edilebilmesi bakımından, kendi hukuklarına dayanmasını önlemek amacıyla, subjektif tahkime elverişlilik kavramı gibi bir kavram yaratılmasına ihtiyaç yoktur. Devletin veya devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleri önceliklendirildiğinde, bu iradenin tespit edildiği noktada, ehliyetsizlik iddiası çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçersizliği de ileri sürülemeyecektir⁷³³. Nitekim iradenin var olduğu noktada, milletlerarası tahkim hukukunun ve milletlerarası kamu hukukunun⁷³⁴ temel ilke ve prensipleri ön plana çıkacak ve ehliyetsizlik iddiası, zımni tahkim iradesinin kabul edilmesi suretiyle devletin veya devlet biriminin tahkim anlaşması bakımından taraf statüsünün varlığının kabulünü engelleyemeyecektir. Burada, özellikle devletin ehliyetsiz olduğu ileri sürülen taraftan bağımsız olarak tahkim anlaşmasına taraf olması durumu söz konusudur. Keza konu ehliyet meselesi olarak vasıflandırılıp ilgili devletin hukukuna göre değerlendirilse de, devletin veya devlet biriminin sonradan ehliyetsizlik iddiasında bulunması, hakkın kötüye kullanılması yasağına ve dürüstlük kuralı çerçevesinde diğer tarafta yaratılan korunmaya değer haklı güvene aykırılık teşkil edeceğinden kabul edilmemelidir⁷³⁵.

Örneğin, bir devlet birimi olan ABC'nin akdettiği bir sözleşmeden doğan uyumsuzluğa ilişkin yürütülen tahkim yargılamasında ABC, kendi ülke hukukuna dayanarak tahkim klotunun, ehliyetsizlik ve yetkisizlik sebepleriyle geçerli olmadığını ileri sürmüştür. Nitekim *Utopia* Anayasası, tahkim anlaşmasının geçerliliği için parlamento onayı öngörmektedir. Hakem heyeti ise *Utopia* Devleti'nin en yüksek

⁷³²FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 317-318.

⁷³³Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. “*Esas Sözleşmenin İfası*” başlığı altında s. 201-206 arasındaki açıklamalarımız.

⁷³⁴Bir devlet biriminin, devleti tahkim anlaşmasıyla bağlı kılabilmek bakımından ehliyetinin olup olmadığı meselesinin, temsil veya vekalet hukuku ilkelerine göre değil; milletlerarası kamu hukuku ilkelerine göre tespit edileceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 186.

⁷³⁵Sözleşmeyi imzalayan devlet yetkililerinin, devleti bağlayacak bir tahkim anlaşması akdetme ehliyeti veya yetkileri olmaması sebebiyle, devletin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı iddiasının ele alındığı 6474 sayılı ICC kararında, hakem heyeti, iMÖHK m. 177/2 hükmüne ve milletlerarası tahkim hukuku ilkelerine dayanarak, devlet yetkililerinin, ehliyetsiz oldukları veya devleti temsil etme konusunda fiili yetkiye sahip olmadıkları kabul edilse dahi, bunun davacılar karşı ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir. Nitekim davacılar, devlet yetkililerinin yetkisizliği konusunda bilgi sahibi olmadığından ve iyiniyet prensipleri kapsamında bilgi sahibi olmaları da beklenemeyeceğinden hareketle, görünürde yetki durumu yaratıldığı iddiasını ileri sürmüştür. Hakem heyeti, sözleşmelere ilişkin kanuni prosedürlere uyulmadığında, bu sorumluluğun devlete atfedilebilir olduğunu belirtmiştir (BREKOUKAKIS Stavros: “Chapter 24: The Various Forms of ‘Consent’ in International Arbitration”, Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. KRÖLL Stefan/BJORKLUND Andrea K./FERRARI Franco), Cambridge University Press, 2023, s. 704).

makamlarının bilgisi ve onayıyla açıkça üstlenilmiş bir tahkim anlaşmasının, iyiniyet prensipleri çerçevesinde, devlete atfedilebilecek usulsüzlüklere dayalı olarak geçersiz kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Nitekim, iddia edilen usulsüzlük *Utopia* tarafından zaten bilinen ve bizzat *Utopia*'nın kendi eylemlerinden kaynaklanan usulsüzlüklerdi. Hakem heyetine göre, sözleşmenin birkaç ay boyunca herhangi bir itiraz ileri sürülmeksizin her iki tarafça ifa edilmesi ve tahkim klotunun geçerliliğinin hiç tartışılmaması, söz konusu klotun onaylanması olarak yorumlanabileceğinden, taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşması geçerlidir⁷³⁶. Esas sözleşmesel ilişkisinin ifasına yönelik davranışlara örnek olarak, bağlantılı kredi sözleşmelerinin ifa edilmesi ve sözleşme kapsamındaki işlerin yürütülmesi veya sözleşme kapsamında gerekli çalışmaların yapılması örnek verilmiştir. Dolayısıyla, aslında esas sözleşmenin geçerliliği tahkim anlaşmasına sirayet ettirilerek tahkim anlaşması da geçerli kabul edilmiştir. Hakem heyeti, ehliyetsizlik durumu söz konusu olsa bile, sözleşmenin ifa edilmesi sebebiyle, sözleşmenin diğer tarafında tahkim anlaşmasıyla bağlılık konusunda yaratılan haklı güven sebebiyle, bu iddianın ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Kanaatimizce, esas sözleşmenin ifasına katılımı sebebiyle beyan edilen zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle, devlet de tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulabilirdi. Nitekim esas sözleşmeyi ifa eden bir devletin, daha sonra ehliyetsizlik iddiasıyla tahkim klotunun geçersizliğini ileri sürmesi, zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle kabul edilmemeli ve ilgili devlet tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmelidir⁷³⁷. Bu senaryoda devletin, ehliyetsiz olduğu ileri sürülen taraftan bağımsız bir şekilde tahkim anlaşmasına taraf olduğu sonucuna varılabilecektir.

⁷³⁶*Company Z and Others v. State Organization ABC*, s. 105-111. Milletlerarası tahkim pratiğinde, kamu tüzel kişileri tarafından akdedilen tahkim anlaşmaları aleyhine, yetkisizliğe dayalı itirazlar sınırlı olarak kabul edilmektedir. Nitekim tahkim anlaşmaları genel olarak, devletin ya da devlet birimlerinin en üst düzey yetkililerinin bilgisi ve onayı dahilinde yapılmaktadır (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 329). Öte yandan, devletlerin tahkim yargılaması bakımından yargı bağımsızlığı iddia edemeyeceği ve fakat tahkim anlaşmasını akdeden kişinin devleti bağlayıcı bir şekilde tahkim anlaşması akdetme yetkisi olmaması halinde ilgili sözleşmenin devleti bağlamayacağı yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 77-78. Devlet birimleri tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarıyla devletin bağlı kabul edilmesinin, tahkim anlaşmasını akdeden devlet biriminin tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği, taraflar arasındaki ilişkinin esasının da önemli olduğu ve ilgili devlet birimi sözleşmesel ilişki çerçevesinde adeta bir özel hukuk tüzel kişisiymiş gibi hareket ediyorsa, tahkim anlaşmasıyla devletin bağlı tutulmaması gerektiği yönünde bkz. İLHAN, s. 124-125.

⁷³⁷Esas sözleşmenin ifa edilmesinin tahkim klotuna etkisi bakımından detaylı değerlendirme için bkz. “*Esas Sözleşmenin İfası*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

2. Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar

Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasının kabul edilmemesinin temel gerekçelerinden biri, tahkim yargılamasının devlet yargısına kıyasen istisnai karaktere sahip olduğunun kabulüdür⁷³⁸. Nitekim doktrinde yer alan bir görüşe göre asıl olan devlet yargısıdır ve tahkim yargılaması devlet yargılamasına kıyasen istisnaidir⁷³⁹. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre, tahkim istisnai nitelikte bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmemelidir⁷⁴⁰. Hatta milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından, çeşitlilik gösteren hukuk düzenleri ve ahengi sağlanamayan tenfiz imkânları “*resmî hukuki himayeye*” olan güvenin yitirilmesine sebep olduğundan, tahkim yargılaması adeta ihtiyaç teşkil eder hale gelmiştir⁷⁴¹.

⁷³⁸HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 69, dn. 214.

⁷³⁹ŞANLI, *Konışmento*, s. 774; GRAVEL/PETERSON, s. 511; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 49; Yargıtay 19. HD., 11.03.2004 tarihli ve 2003/2654 E., 2004/2603 K. sayılı kararı, YHGK, 21.12.2023 tarihli ve 2023/688 E., 2023/1348 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 10.03.2022 tarihli ve 2020/1634 E., 2022/1742 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Türk hukukunda açık tahkim iradesinin aranmasının sebebinin, anayasal bir hak olan mahkemelere başvuru hakkının istisnai olarak tahkim anlaşmasıyla ortadan kaldırılması olduğu yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160. Tahkim dostu İsviçre’de bile, tahkim anlaşmasına dayanarak devlet mahkemesi önünde yapılan yetki itirazı incelemelerinde tahkimin istisnai olmasından bahsedildiği yönünde bkz. PINSOLLE, s. 212. Esen’e göre, tahkim yargılamasının istisnai karakterde olmasının sebebi, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerine taşınması bakımından hiçbir anlaşmaya gerek olmazken, tahkim yargılamasının mutlaka bir tahkim anlaşmasıyla mümkün olmasıdır (ESEN, *Teşmil*, s. 19).

⁷⁴⁰YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 270; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 26; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 660; AYOĞLU, *Sermaye Şirketleri*, s. 1; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 260; HERRMANN, s. 41-42; EKŞİ, *Incorporation*, s. 1; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4597; TOK, s. 64. Tahkim yargılamasına başvurulmasının, artık her bireyin temel bir hakkı haline geldiği yönünde bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 749; DEMİRKOL, s. 305-309. Ticari ilişkilerin çok uluslu yapısı karşısında, herhangi bir devlet mahkemesinin, ilgili uyuşmazlığın doğal hâkimi olduğunu iddia edemeyeceği gerçeğinden hareketle tahkimin istisnai karakterde olmadığı yönünde bkz. PINSOLLE, s. 212-213. Benzer şekilde, yerel mahkemelerin doğal yargı yeri olduğu görüşünü savunmanın, tahkimin gelişimi karşısında zorlaştığı yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 637. Paralel yargılamaları önleyerek tutarsızlıkların önüne geçilmesi gerekliliği, ticari gerçeklik ve NYK’nin tahkim dostu politikası ile daha tutarlı olacağından, tahkimin ticari uyuşmazlıkları çözmek konusunda olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline geldiği yönünde bkz. YİĞİT, s. 57. Özel, tahkime yönelen talebin her geçen gün daha fazla artmasını, bu yöntemde, “ulusal bayraklar, devlet otoritesi sembolleri, mübaşirler, cübbeler, peruklar olmaksızın bu amaçla kiralanan bir odada bir grup insanın bir masa etrafında toplanıp karar vermesine” bağlamaktadır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 3; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 3). Ulusal tahkimde, devletlerin tahkime temkinli yaklaşması normal olsa da, milletlerarası tahkim söz konusu olduğunda, ABD ve Fransız mahkemeleri gibi tahkim dostu bir tutum sergilenecek tahkimin en başarılı uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. CUNIBERTI, s. 10.

⁷⁴¹NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 559-560. “Devlet yargısına göre hızlı olması, öngörülebilir olması, yargılama koşullarını belirli sınırlar içerisinde tarafların belirliyor olması, hakemlerin uzmanlık alanlarına göre taraflarca seçilmesi, arzu edilmesi hâlinde gizliliğin sağlanabilmesi gibi birçok avantajı nedeniyle tahkim, uluslararası alanda olduğu gibi ülkemizde de uygulama alanını giderek genişleten bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi hâline gelmiştir.” (YHGK, 21.12.2023 tarihli ve 2023/688 E., 2023/1348 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Hatta tahkim klozu olağandışı şekilde dar bir lafza sahip değilse, tarafların aralarındaki uyuşmazlıklarını tahkim yargılaması yoluna başvurarak çözmeyi amaçladığının varsayılması gerektiği yönünde bkz. MAYER Pierre: “The Limits

Gerçekten, devlet mahkemelerinin doğal *forum* olduğu ve tahkimin istisna olduğu düşüncesi, yerel uyuşmazlıklar için mantıklı kabul edilebilir. Nitekim bu durumda, uyuşmazlığın tarafları iletişim kurabilecekleri dil dahil olmak üzere pek çok ortak noktaya sahiptir. Aynı zamanda, taraflar devlet mahkemesi sistemine doğrudan ve kolay erişimlerinin yanı sıra bu konuda bilgi sahibidirler ve devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar çoğu zaman tahkimden daha ucuzdur⁷⁴². Buna karşılık, yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından, doğal *forum* kavramı, milletlerarası nitelikte olmayan uyuşmazlıklarla aynı anlama sahip değildir. Farklı ülkelerden gelen, farklı dile, hukuki anlayışa ve beklentilere sahip taraflar için, uyuşmazlıkların çözümü bakımından doğal bir *forum* yoktur ve uluslararası ticari ihtiyaçlara uygun olması bakımından olmaması da gerekmektedir⁷⁴³.

Bu çerçevede, bu başlık altında ilk olarak, zımni tahkim iradesi esasa ilişkin bir problem olarak vasıflandırıldığından, çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde öngörülen yazılılık şartının, bir tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulması önünde hukuki bir engel teşkil etmediği ortaya konacaktır. İkinci olarak, esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilen tahkim anlaşmalarının, bu bağımsızlığının

of Severability of the Arbitration Clause”, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, Kasım 1999, s. 262-264.

⁷⁴²PINSOLLE, s. 212.

⁷⁴³Basit bir örnek bu durumu açıklamaktadır. Eğer Brezilyalı bir taraf ile Türk bir taraf, Etiyopya kanunlarının uygulanacağı bir sözleşme akdederse bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından, doğal bir *forum* yoktur. Bu örnekte, hiçbir devlet mahkemesi, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde doğal *forum* olduğunu iddia edemez. (PINSOLLE, s. 212). Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından, davacının, birden fazla yetkili devlet mahkemesinden en lehine olanı seçerek davasını orada ikame etmesi, *forum shopping* olarak nitelendirilmektedir. *Forum shopping* davalının temel haklarının gözetilmesi şartıyla kabul edilmektedir (NUYTS Arnaud: “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared, International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States”, Bruylant Bruxelles, 2005, s. 181; SARIOZ BÜYÜKALP, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 204). *Forum shopping* etkisinin hukuka uygun, kanuni ve meşru kabul edilmesinin sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır (NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 498-499; SÜRAL, s. 197, dn. 116; SARIOZ BÜYÜKALP, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 203-204). *Forum shopping* kavramının, TMK m. 2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği yönündeki görüş ve bu kavrama ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2000, s. 264-273; TEKİNALP, s. 398. Bununla birlikte, Türk hukukunda *forum shopping* kavramı doğrudan reddedilmese de, tarafların oldukça zayıf, geçici veya tesadüfi irtibat noktalarından hareketle, kendileri lehine avantaj sağlayacak bir mahkemede davalarını ikame etmesi ve bu mahkemenin verdiği kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizinin davalının MÖHUK m. 54/b hükmü kapsamında itiraz etmesiyle engellenebileceği yönünde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 469. Bu anlamda, davacının zayıf irtibatlı mahkemede davasını ikame etmesiyle, ilgili mahkemenin, davayla yakın irtibatlı bir mahkeme lehine olacak şekilde, milletlerarası yetkisinden feragat etmesi anlamına gelen *forum non conveniens* doktrinine ilişkin detaylı bilgi için bkz. AVCI, Ayşe Betül, *Forum Non Conveniens* Doktrini ve Doktrinin Türk Milletlerarası Usul Hukukuna Etkisi, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2025, s. 1 vd.

zımni tahkim iradesi ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk değerlendirmeleri açısından sınırları çizilecektir.

a. Yazılılık Şartı

Yazılılık şartı, ulusal mevzuatlarda ve uluslararası sözleşmelerde herhangi bir kanunlar ihtilafı problemine mahal vermeyecek şekilde, milletlerarası maddi hukuk kuralı öngörülme suretiyle düzenlenmektedir⁷⁴⁴. Örneğin, Türk tahkim mevzuatı bakımından, tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklara ilişkin verilen hakem kararlarının iptali davalarında ve tahkim ilk itirazı hallerinde uygulanacak olan⁷⁴⁵ MTK m. 4/2 hükmünün ilk cümlesi, tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmasını düzenlemektedir⁷⁴⁶. Keza yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından açılacak potansiyel bir tanıma ve tenfiz davasında uygulama alanı bulabilecek NYK m. II/2 hükmü, yazılı tahkim anlaşmasından, “*karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesinin*” anlaşılacağını öngörmektedir. Avrupa Sözleşmesi m. I/2-a hükmü ile de NYK m. II hükmüne oldukça paralel bir düzenlemeyle tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde akdedileceği öngörülmektedir⁷⁴⁷. UNCITRAL Model Kanunu m. 7/2 hükmünde ise öncelikle tahkim anlaşmalarının yazılı olacağı belirtilmiş ve daha sonra tahkim anlaşmalarının sözlü olarak, davranışla veya başka bir şekilde akdedilmiş olması halleri bir bütün olarak değerlendirilerek, tahkim anlaşmalarının içeriği herhangi bir şekilde kaydedilmişse yazılılık şartının karşılanacağı kabul edilmiştir. Hükmün devamında ise tahkim anlaşması bakımından yazılılık şartı, içerdiği bilgilerin daha sonra erişilebilir olması halinde, elektronik

⁷⁴⁴LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 112-113; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 409-410; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 65; ÖZEL, s. 307; YÖNEY, s. 756; SCHRAMM Dorothee/GEISINGER Elliott/PINSOLLE Philippe: “Article II”, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (eds. KRONKE Herbert/NACIMIENTO Patricia/OTTO Dirk/PORT Nicola Christine), Kluwer Law International, 2010, s. 54; ŞANLI, *Konşimento*, s. 788; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 27; VAN DEN BERG, NYC, s. 173-178.

⁷⁴⁵Bu hüküm, iptal davaları ve tahkim itirazı halinde devlet mahkemeleri tarafından veya MTK m. 7/H hükmü kapsamında hakem heyetleri tarafından uygulanmaktadır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 26).

⁷⁴⁶MTK m. 4/2 hükmünün tahkim anlaşmasını şeklini emredici olarak düzenlediği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 25. UNCITRAL Model Kanunu m. 7/1 ve 2 hükümlerinin çevirisinin, MTK m. 4 hükmünün ilk iki paragrafına tekabül ettiği yönünde bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 245.

⁷⁴⁷WOLFF, *Article II*, s. 153; EKŞİ, *Incorporation*, s. 61-62.

iletişim araçlarıyla da yerine getirilebilir denilerek elektronik iletişimden ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir⁷⁴⁸.

Çalışmamızda incelediğimiz temel hukuki problem ise tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini ilgilendiren ve bu sebeple, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre değerlendirilmesi gereken bir mesele olan tahkim anlaşmalarının zımni tahkim iradesiyle kurulup kurulamayacağı meselesidir. Bu değerlendirme yapılırken, tahkim anlaşmasının gerçek tarafları tespit edildiğinden, esas hukuki problem tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğidir⁷⁴⁹. Dolayısıyla zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulması, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun izin verdiği ölçüde mümkün kabul edilecektir. Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasına ilişkin değerlendirmelerimiz, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk sınırları içerisinde kalarak yapıldığından, yazılılık olarak öngörülen şekil şartı, çalışmamızda varılan sonuçlar bakımından hukuki bir engel teşkil etmemektedir. Zira bu durum tahkim anlaşmalarının kurulmasındaki iradeye ilişkin bir mesele değil, tahkim anlaşmalarının şeklen geçerli olup olmadığına ilişkin bir meseledir. Hiç şüphesiz, böyle bir meselede hüküm vermek zorunda kalan hâkimin yukarıda bahsedilen hukuki düzenlemelerden hangisini esas alacağı, bu meselenin tahkim itirazı, iptal veya tenfiz aşamalarından hangisinin içerisinde doğduğuna bağlı olarak değişecektir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 tarihli versiyonunda, sözlü tahkim anlaşmaları, taraflardan birinin tahkim anlaşmasına susmak dahil olmak üzere zımni irade beyan etmesi ve tahkim anlaşmalarına ilişkin sonradan tutulan kayıtlar kapsam dışı bırakılmıştır; artık, tahkim anlaşmasının zımnen kabulü, yazılılık ve teati şartlarını karşılamak koşuluyla kabul edilmiştir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 695-696). Dolayısıyla yeni versiyonun zaman içinde esnediği yönünde bkz. ABOLAFIA, s. 69. Pek çok devlet tarafından benimsenen UNCITRAL Model Kanunu'nda yazılılık şartının esnek düzenlendiği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 49. Öte yandan, bu hükmün belge teatisini öngördüğü, modern haberleşme araçları ile diğer tarafa iletilen teyit mektubunun, satış talimatlarının veya konişmentolara ve üçüncü kişilere hak bahşeden belgelere sözlü atıf halinin, bu hüküm kapsamında şekil şartını karşıladığının tereddütlü olduğu ve yazılı sözleşmelerde tahkim anlaşması içeren başka bir belgeye atıf halinde tahkim anlaşmasının kabulü veya reddi meselesinin teyidi gerekliliğinin de cevapsız kaldığı yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 60-61.

⁷⁴⁹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 29. Yazılılık şartının, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasında bir engel olmadığı ve önemli olanın üçüncü kişinin açık veya zımni tahkim iradesinin tespiti olduğu yönünde bkz. MRÄZ, s. 57.

⁷⁵⁰Tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulup kurulmadığı değerlendirilirken, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre pozitif bir sonuca varılırken; tahkim anlaşmalarının şekli NYK kapsamında ayrı bir hükümle düzenlendiğinden, mesele ayrıca şekil açısından değerlendirildiğinde negatif sonuca varmak ihtimal dahilindedir. Ancak bu uygulamanın aksine, tıpkı Miami Taslağı m. 5/3-a hükmünde öngörüldüğü gibi, tahkim anlaşması şekil, ehliyet, temsil yetkisi ve esas bakımından tahkim yeri hukukuna tabi kılınırsa, yapılacak inceleme daha tutarlı olacaktır (TANRIKULU, s. 216). Miami Taslağı'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.newyorkconvention.org/draft+convention>.

Bu anlamda, zımni tahkim iradesinin kabul edildiği somut bir olayda, yazılılık şartının karşılanıp karşılanmadığı meselesi, tahkim anlaşmalarının şekil bakımından geçerliliğini ilgilendiren başka bir meseledir⁷⁵¹. Yazılılık şartı, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği ilgilendiren bir hukuki mesele olarak geçerlilik ve dolayısıyla tanıma ve tenfiz veya iptal davaları bakımından, önemli bir şart olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulduğunun kabulü bakımından hukuki bir engel teşkil etmemektedir. Zira tahkim anlaşmalarının kuruluşu ve geçerliliği incelemeleri birbirinden ayrı incelemeler gerektirmektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile sınırlı olarak kuruluşunda ve özellikle potansiyel bir tehdit olarak tanıma ve tenfiz veya iptal davalarında⁷⁵², zımni tahkim iradesinin mevcudiyeti halinde yazılılık şartının nasıl karşılanacağı tartışmaları çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Kaldı ki, yazılı olarak beyan edilen tahkim iradesi ile zımni tahkim iradesi kavramları, birbirini tamamen dışlayan iki durumu ifade eder. Zira zımni irade, doğrudan yazılı olarak beyan edilemeyeceğinden, zımni tahkim iradesinin tespit edildiği durumlarda yazılı bir tahkim anlaşmasından söz edilemeyecektir. Zaten yazılı olarak akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, zımni tahkim iradesi değerlendirmesi yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁷⁵³. Bu doğrultuda, tahkim iradesini ve yazılılık şartını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Yazılılık, tahkim iradesinin açıklanma yöntemlerinden sadece birisidir⁷⁵⁴. Dolayısıyla, bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilip edilmeyeceği tartışmaları, tahkim anlaşmasının şekil şartlarından ayrı değerlendirilmelidir⁷⁵⁵. Yazılılık şartını karşılayan bir tahkim anlaşması, tahkim iradesi bakımından geçersiz olabileceği gibi tam tersi de söz konusu olabilecektir⁷⁵⁶. Keza imzanın varlığı halinde tahkim iradesi kolayca tespit

⁷⁵¹BERGER, s. 304; TANRIKULU, s. 216.

⁷⁵²LANDAU Toby Thomas: "The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When "Written" Means "Oral"", International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series (London 2002), C.11, Kluwer Law International, 2003, s. 34. Özellikle imzacı olmayan üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesine, yazılılık şartına aykırılık sebebiyle itiraz edilebileceği yönünde bkz. HOSKING, *The Quest For Consent*, s. 300.

⁷⁵³ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 28.

⁷⁵⁴EKŞİ, *Incorporation*, s. 44.

⁷⁵⁵MRÁZ, s. 55. İmzacı olmayanların tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasına hizmet eden teorilerin imzaya atfedilen öneme meydan okuduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 178.

⁷⁵⁶BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 739; AĞAOĞLU, s. 213. Bu sebeple, yazılı bir tahkim anlaşmasının, sadece iradenin varlığına ilişkin bir karine teşkil ettiği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 22. Yine de tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğinin tahkim iradesiyle yakından ilişkili olduğu yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 43.

edilebilse⁷⁵⁷ ve bu irade genelde sözleşmenin imzalanmasıyla beyan edilse de, tahkim anlaşmasında imzanın varlığı bile imzacıyı her zaman tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmamaktadır⁷⁵⁸. Bu sebeple, irade beyanının var olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler, bu irade beyanının beyan ediliş şekline yönelik değerlendirmelerden ayrılmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde, zımni tahkim iradesinin kabul edildiği hallerde, yazılılık şartı eksikliği sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersiz kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre, taraflar arasında yazılı ve hatta imzalı iletişimin mevcut olduğu durumlarda birçok ulusal hukuk sisteminde maddi hukuk meselesi olarak kabul edilen zımni irade beyanının kabul edilmemesi, NYK kapsamında düzenlenen şekil şartını tahkim anlaşmalarının maddi geçerliliği alanına genişletmektedir⁷⁵⁹. Benzer şekilde doktrinde yer alan bir başka görüşe göre, kişinin sözleşme müzakerelerine katılarak tahkim klotundan haberdar olduğu ve hatta tahkim klotunu da içeren esas sözleşmenin ifasında kendi adına yer alarak kendi hesabına menfaat elde ettiği hallerde, sözleşmesel külfet niteliğini haiz tahkim klotundan kaçınabilme imkânının kabul edilmesi, şekil şartıyla korunması amaçlanan menfaatlerin aşılması anlamına gelebileceğinden, bu sonuç milletlerarası ticareti hayatın gereklilikleri, dürüstlük kuralı ve iyiniyet prensipleri ile çelişecektir⁷⁶⁰. Bizim

⁷⁵⁷YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 283.

⁷⁵⁸PARK, s. 6, dn. 12; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 799; ESEN, *Teşmil*, s. 21; HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 270; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 70. Dolayısıyla imzanın bulunmadığı durumlarda, kişinin sonraki davranışları tahkim yargılamasına başvurma yükümlülüğünü üstlendiğini gösteriyorsa, kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmelidir (U.S. Court of Appeals Second Circuit, *Thomson-CSF, S.A. v. Am. Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 777, 24.08.1995, Karara ilişkin bilgi için bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 800, dn. 905). Tahkim anlaşması imzalanmamış olsa da, davranışlarla tahkim iradesinin beyan edildiğinin ileri sürülebileceği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 540.

⁷⁵⁹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 686-687. Davranışlarıyla tahkim klotu içeren esas sözleşmenin tarafıymış gibi hareket eden ve muhatapta bu konuda haklı bir güven yaratan kişinin, tahkim yargılamasında aleyhine husumet yöneltildiğinde, tahkim anlaşmasına taraf olmadığını iddia etmesinin ve bu iddianın kabulünün, çelişkili davranış yasağının ihlali anlamına geleceği ve bu durumda sergilenen davranışların şekil şartı yerine geçeceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 208. Benzer şekilde, kişinin esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde, esas sözleşmenin geçerli ve fakat tahkim klotunun yazılılık koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz kabul edilmesinin, “uyumsuz” olduğu da vurgulanmaktadır (KAPLAN, s. 36, dn. 20). Dolayısıyla kişinin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi veya karşı tarafın ifasını kabul etmesi gibi davranış yoluyla iradesini beyan etmesi, çoğu hukuk sisteminde sözleşmeye yönelik irade olarak kabul edildiğinden, aynı sonuç tahkim anlaşmaları için de geçerli olmalı ve sözlü veya zımni irade beyanıyla akdedilen tahkim anlaşmaları, prensip olarak, diğer birçok sözlü veya zımni irade beyanıyla akdedilen milletlerarası ticari sözleşme gibi geçerli kabul edilmelidir. Bu anlamda, NYK m. II hükmünün, NYK’ye taraf devletlerin tahkim iradesi noktasında diğer sözleşme türlerine uygulanmayan özel şartlar getirmemesi gerektiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 661, 800-801.

⁷⁶⁰YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 751-752; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, s. 4647-4648.

de katıldığımız görüşe göre, tarafların gerçek iradesi, her zaman bir hukuki işlem için öngörülen şekil şartından üstün olmalıdır⁷⁶¹.

Özellikle üçüncü kişilerin zımnî tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından, yazılılık şartı, üçüncü kişiler ve asli taraflar bakımından farklı ele alınmaktadır; ancak, yazılılık şartı, üçüncü kişilerin zımnî tahkim iradeleri değerlendirilirken yine doğası gereği dışlanmaktadır⁷⁶². Bu doğrultuda, üçüncü kişilerin zımnî iradelerini beyan etmeleri sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulduğu hallerde, yazılı şekil şartı sadece tahkim anlaşmasının asli tarafları bakımından aranmaktadır⁷⁶³. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen (X) SA Libanaise, (Y) SA Libanaise, (A) v. (Z) Société à Responsabilité Limitée Libanaise kararında⁷⁶⁴, iMÖHK m. 178/1 hükmünde düzenlenen şekil şartı, tahkim iradelerini ortaya koyan esas sözleşmenin asli taraflarına hasredilmiştir. Bu kararda tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının tahkim anlaşmalarının maddi geçerliliğine yönelik olduğu belirtilmiş ve şeklen geçerli bir

⁷⁶¹MIRAMBELL FARGAS Miquel: “Case Note Choosing Spanish arbitration law to apply the group of companies doctrine”, Arbitration International, Oxford University Press, C. 39, S. 1, Mart 2023, s. 103-104; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 28-29. NYK kapsamında öngörülen şekil şartına, delil niteliği ve kanıt işlevi perspektifinden bakıldığında, üçüncü kişinin zımnî tahkim iradesinin tespiti değerlendirmesinde asıl odağın, bu kişinin gerçekten tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayı kabul edip etmediği olduğu görülecektir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1490; EKŞİ, *Incorporation*, s. 45). NYK m. II hükmünde öngörülen yazılılık şartının amaçlarından birinin tarafların gerçek iradelerinin somut olarak belirlenerek güvenli şekilde delillendirilmesi olduğu ve olası ihtilaflarda tarafların hukuki güvenliklerinin sağlanmasının amaçlandığı yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., 18.04.2024 tarihli ve 2023/811 E., 2024/3012 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁷⁶²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 28; PAVIC, s. 218. Bir başka görüşe göre, şekil şartı, sadece tahkim anlaşmasının asli tarafları için değil; tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmek istenen herhangi bir üçüncü kişi için de geçerli kabul edilmelidir (POUDRET/BESSON, s. 220-221; MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 269). Bu görüşte olan yazarlar, şekil şartı bir sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsadığından ve tahkim anlaşmasına taraf olanların kimliği tahkim anlaşmasının kurucu unsuru olduğundan, tahkim anlaşmasıyla bağlı olan tüm tarafların, kiminle tahkim anlaşması akdettiklerini NYK’de öngörülen şekilde belirtmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişiler bakımından tahkim anlaşmaları için öngörülen şekil şartından, bu hukuki problemin sırf esasa ilişkin olması sebebiyle, vazgeçilmemesi gerekmektedir. İradenin varlığının, bu irade için geçerli olan özel şekil şartlarına uyma ihtiyacını ortadan kaldırdığına hükmetmek, şekil şartlarını anlamdan yoksun bırakmaktadır. NYK m. II hükmünde yer alan şekil şartına ilişkin eleştiriler, üçüncü kişi söz konusu olduğunda mevcut şekil şartlarının göz ardı edilmesini haklı çıkarmamaktadır (MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 269-270).

⁷⁶³BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1605; ESEN, *Teşmil*, s. 58; SINCLAIR Anthony C.: “Chapter 13: The Assignment of Arbitration Agreements”, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention Practice* (eds. GAILLARD Emmanuel/PIETRO D. Di), Cameron May International Law & Policy, 2008, s. 388; MIRAMBELL FARGAS, s. 103; DEMİRKOL, s. 308; BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 620-621.

⁷⁶⁴BGE 129 III 727, 16.10.2003, Karara ilişkin bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 54-55; YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 284-285; STUCKI/WITTMER, s. 3; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 29, dn. 14; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1428; HABEGGER, s. 405-406; MIRAMBELL FARGAS, s. 103. Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının asli taraflarına kıyasen, sözleşmesel ilişkiye dair farkındalığı yüksek olduğundan, tahkim anlaşmaları bakımından yazılı şekil şartının tahkim anlaşmasının ilk kuruluşunda aranması gerektiği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 58.

tahkim anlaşmasının subjektif kapsamının belirlenmesi esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırıldığından m. 178/2 hükmü⁷⁶⁵ ışığında çözülmesi gerektiğine karar verilmiştir⁷⁶⁶. Dolayısıyla üçüncü kişiler söz konusu olduğunda, zaten mevcut olan yazılı bir tahkim anlaşması üzerinden değerlendirmeler yapılmaktadır. Doktrinde, bu yönde yapılan değerlendirmeler kapsamında esas sözleşmenin tarafları ve üçüncü kişiler bakımından iki farklı şekil şartı yaratılması eleştirilmektedir⁷⁶⁷. Bununla birlikte, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılımı halinde, iyiniyet prensibi veya *estoppel* doktrini kapsamında asli taraflar ve üçüncü kişiler arasında şekil şartının uygulanması bakımından yapılan ayırımın kabul edilebileceği de doktrinde ifade edilmektedir⁷⁶⁸.

Bununla birlikte, yazılılık şartı, tahkim yargılamasından önce ve sonra farklı değerlendirilmektedir. Nitekim tahkim yargılamasında, yazılı tahkim iradesinin yerini yargılama esnasında yapılan usuli işlemlerle beyan edilen tahkim iradesi almaktadır⁷⁶⁹. Kaldı ki, tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen başlatılan bir tahkim yargılamasında, davalının MTK m. 7/H-2 hükmü uyarınca tahkim iradesinin olmadığı yönünde bir

⁷⁶⁵iMÖHK m. 178/2 hükmü, tahkim anlaşmasının subjektif kapsamına uygulanacak hukuku belirlemektedir (LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 856).

⁷⁶⁶KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 149; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 838. Bu karardan itibaren, tahkim anlaşmasında imzası bulunmayan üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini düzenleyen iMÖHK m. 178/2 kapsamında değerlendirilmektedir (VOSER, s. 167-168; YILDIRIM DEVELİOĞLU, s. 321). Hem tahkim anlaşmalarına ilişkin NYK kapsamında öngörülen şekil şartının tahkim anlaşmasının asli taraflarına hasredildiği hem de tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişilerin bağlı tutulması meselesinin tahkim klotunun maddi geçerliliğiyle ilgili olduğunun kabul edildiği bir başka İsviçre Federal Mahkemesi karar örneği için bkz. MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 251-255.

⁷⁶⁷PAVIC, s. 217. *Poudret/Besson*'a göre, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmalarının yazılı olması şartına tabi olmaması, tahkim anlaşmasının asli tarafları ile üçüncü kişiler arasında kanunda düzenlenmeyen özel bir statü yaratılması anlamına gelmektedir ve fakat tahkim anlaşmasının asli taraflarının sahip olduğu güvencelerden üçüncü kişiler de yararlanmalıdır (POUDRET/BESSON, s. 221). Sözleşmenin asli taraflarına ve üçüncü kişilere, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği değerlendirmeleri bakımından neden farklı davranıldığına açık olmadığı yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1489; MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 262. *Magliana/Hovaguimian*, şekil şartının tahkim anlaşmasının asli taraflarına hasredilmesini, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına zımni irade beyanıyla taraf kabul edildiği durumlarda, üçüncü kişi sırf sözlü bir şekilde veya davranış yoluyla ortaya koyduğu iradesiyle tahkim anlaşmasına taraf kabul edildiğinden daha sorunlu olduğunu ve bu durumun şekil şartlarının, asli taraflara ve üçüncü kişilere uygulanması arasında ciddi tutarsızlık yarattığını belirtmektedir (MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 265-267). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararlarına yönelik en büyük eleştiri, kararın “yarım yamalak” olduğu yönündedir. Yazarlara göre, İsviçre Federal Mahkemesi, bir tahkim anlaşmasının, şekil şartı sağlanmaksızın akdedilebileceğini kabul etmeye hazırdır. Bu anlamda, iMÖHK m. 178 hükmünde yer alan yazılılık şartının göz ardı edilebilmesinin, sadece bu şartın sözleşmenin asli tarafları arasında geçerli olduğu, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilecek üçüncü kişi bakımından geçerli olmadığı şeklinde bir kabulde mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak yazarlara göre bu çözüm, herhangi bir gerekçe olmaksızın, tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri bağlaması için, asli taraflar ve üçüncü kişiler arasında farklı statüler yarattığı için yerinde değildir (STUCKI/WITTMER, s. 7).

⁷⁶⁸MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 265-267.

⁷⁶⁹Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “Yazılılık Şartı” başlığı altındaki açıklamalarımız.

itiraz ileri sürmemesi, yazılılık şartını düzenleyen MTK m. 4/2 hükmünde, “*dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması*” şeklinde ifade edilerek özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla yazılılık şartının amacı olan iradenin görünür olması, MTK m. 4/2 hükmündeki düzenlemeyle ikame edilmiştir. Böylece, yazılı bir tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen davalı, esas hakkındaki savunmasından önce⁷⁷⁰, hakem heyetinin yetkisizliği konusunda bir itirazda bulunmazsa tahkim anlaşmasıyla bağlı hale gelecektir⁷⁷¹. Tahkim anlaşmasının şekil veya esas bakımından geçersizliğine ilişkin yargılamanın başındaki suskunluk, dürüstlük kuralı kapsamında bu geçersizliğin ileriki safhalarda ileri sürülmesine engel teşkil etmektedir⁷⁷². Dolayısıyla, yazılılık şartı hâlâ tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından hukuki bir engel teşkil etmese de, tahkim yargılamasında beyan edilen zımni tahkim iradesi söz konusu ise tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından zımni tahkim iradesinin daha az problem teşkil edeceği söylenebilecektir. Belirtmek gerekir ki, NYK kapsamında, davacının dava dilekçesinde dayandığı tahkim anlaşmasına davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi halinin, şeklen geçerli bir tahkim anlaşması sonucu doğuracağı düzenlenmemiştir⁷⁷³.

⁷⁷⁰LEW, s. 132.

⁷⁷¹LEW, s. 132.

⁷⁷²AYDEMİR, s. 417.

⁷⁷³NYK’nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından, davacı tarafından yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı iddiasına, davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi halinin şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı sonucu doğurması konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bu farklı yaklaşımlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 241; EKŞİ, *Incorporation*, s. 160–161; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 335; LAMM/AQUA, s. 725, dn. 53; BAGOT Michael H./HENDERSON Dana A.: “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, *Tulane Maritime Law Journal*, C. 26, Yaz 2002, s. 455–456. NYK m. II hükmü uygulanırken, çelişkili davranış yasağının dikkate alınması gerekmektedir. Davalı cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine itiraz etmediği sürece, artık tahkim anlaşmasının yazılı bir kanıtı olması sebebiyle, yazılı şekil şartının getirilme amaçlarının ihmal edilmediği belirtilmektedir. Nitekim bu şekilde akdedilen tahkim anlaşmaları ile ticari teamül gereği veya tacirler tarafından düzenlenen teyit mektubuna cevap verilmeksizin akdedilen tahkim anlaşmaları arasındaki en önemli farkın da bu olduğu ifade edilmektedir (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*, C. 19, S. 4, Kluwer Law International, 2002, s. 371–373). Avrupa Sözleşmesi m. I/2-a hükmü kapsamında, tahkim yargılamasının taraflarının mutad meskenleri veya muamele merkezleri hukuk düzenlemelerinin UNCITRAL Model Kanunu m. 7/5 hükmüne benzer bir hüküm içermesi halinde, davalının yetki ilk itirazında bulunmadan cevap dilekçesi sunması halinde, hem esas hem de şekil bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulacağı ve dolayısıyla Avrupa Sözleşmesi’nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından NYK kapsamındaki yazılılık şartı sağlanmasa bile tahkim anlaşmasının m. I/2-a hükmü kapsamında şeklen geçerli kabul edileceği yönünde bkz. TANRIKULU, s. 118–119.

b. Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeden Bağımsızlığı Prensibi

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi, özellikle esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle zımni tahkim iradesinin kabul edildiği haller ve esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni hukuk seçimi teşkil ettiği görüşü aleyhine ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, bu başlık ile önce bağımsızlık prensibi genel hatlarıyla izah edilecek; akabinde, bu prensibe yönelik doktrinde yer alan farklı yaklaşımlar ele alınacaktır.

b.1) Genel Olarak

Bağımsızlık prensibinin ne olduğu ve bu prensibe yönelik çeşitli yaklaşımlar incelenmeden önce, bu prensibin özellikle bir tahkim klotunun varlığı halinde ön plana çıktığı belirtilmelidir. Zira tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak akdedilmesi halinde, tahkim anlaşmasının maddi ve şekli geçerliliğinin esas sözleşmeden tamamen bağımsız değerlendirileceği konusunda şüphe yoktur⁷⁷⁴. Bu anlamda, bağımsızlık prensibini oldukça farklı perspektiflerden değerlendiren mutlak ve sınırlı bağımsızlık yaklaşımlarının konusu tahkim klotlarıdır.

Bağımsızlık prensibi, uluslararası ticari tahkimin evrensel bir ilkesi olarak kabul görmektedir⁷⁷⁵. Bağımsızlık prensibi kapsamında, tahkim klotlarına ayrı bir statü kazandırılmakta ve tahkim klotlarının esas sözleşmeden bağımsız olarak kurulduğu varsayılmaktadır⁷⁷⁶. MTK m. 4/4⁷⁷⁷ ve MTK m. 7/H-1 hükümleri, bağımsızlık

⁷⁷⁴LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 101; ERKAN, s. 537.

⁷⁷⁵MEZA-SALAS, s. 5; NAZZINI, s. 684; ULUSU, s. 36; ERKAN, s. 539; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 199; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 106; PRIMROSE Blake: "Separability and Stage one of the Sulamérica inquiry", Arbitration International, Oxford University Press, C. 33, S. 1, Mart 2017, s. 142; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 108; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 350; MILES Wendy J./GOH Nelson: "Chapter 24: A Principled Approach Towards the Law Governing Arbitration Agreements", Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, s. 386. Bağımsızlık prensibinin *lex mercatoria arbitralis* teşkil ettiği yönünde bkz. AYOĞLU, *Lex Mercatoria*, s. 160.

⁷⁷⁶LANDOLT, s. 513; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 352.

⁷⁷⁷MTK m. 4/3 hükmünün de bağımsızlık prensibini güçlendirdiği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96. Türk hukukunda devlet mahkemeleri tahkime yoğun bir şekilde müdahale ettiğinden, bağımsızlık prensibini düzenleyen MTK m. 4/4 ve HMK m. 412/4 hükümlerinin getirildiği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 83-84. Bu anlamda, bağımsızlık prensibi tahkimin varlığını sorunsuz devam ettirebilmesi için *sine qua non* bir koşuldur. Zira pratik ihtiyaçlara dayalı olarak ortaya çıkan bu prensip sayesinde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazların devlet mahkemelerinde sürüncemede kalması önlenmektedir (ESEN, *Teşmil*, s. 45-46; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 218-222, 246-247).

prensibini düzenlemektedir⁷⁷⁸. NYK kapsamında bağımsızlık prensibi doğrudan düzenlenmese de⁷⁷⁹, NYK m. V/1-a hükmü açıkça tahkim anlaşmasına esas sözleşmeden farklı belirli bir ulusal hukukun uygulanmasını öngördüğünden, bu prensip zımnen kabul edilmektedir⁷⁸⁰. NYK'ye paralel olacak şekilde düzenlenen UNCITRAL Model Kanunu m. 8 ve m. 16 hükümleri de bağımsızlık prensibini kabul etmiştir⁷⁸¹.

Bağımsızlık prensibi, tahkim anlaşmalarının NYK II/1, II/2 ve III/3 hükümleri uyarınca, hem maddi hem de şekli geçerliliğe ilişkin maddi uluslararası özel hukuk kurallarına tabi olduğu öncülüne dayanmaktadır⁷⁸². Zira tahkim anlaşmalarının hem şekli hem de maddi geçerliliği, esas sözleşmeden bağımsız değerlendirilmektedir⁷⁸³. Fransız mahkemeleri tarafından verilen *Dalico* kararında⁷⁸⁴, bağımsızlık prensibi vurgulanmış ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin varlığı ve geçerliliği ile bu sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olduğuna karar verilmiştir⁷⁸⁵. Yargıtay kararlarında da bu prensibin benimsenerek uyuşmazlıkların çözümlendiği görülmektedir⁷⁸⁶.

⁷⁷⁸ULUSU, s. 63.

⁷⁷⁹FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 202.

⁷⁸⁰BORN, s. 820, dn. 11; VAN DEN BERG, NYC, s. 146; ULUSU, s. 62. NYK'yi hazırlayanların bağımsızlık prensibinin, ulusal hukuklarda düzenleneceğini düşünmüş olmalarının daha muhtemel olduğu yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 202.

⁷⁸¹BORN, s. 820, dn. 11. Bağımsızlık prensibinin kabul edildiği birçok farklı hukuk sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 259.

⁷⁸²BORN, s. 819. Bahsi geçen maddi uluslararası hukuk kurallarının, tahkim anlaşmasını kısmen de olsa, esas sözleşmeden farklı bir hukuki rejime tabi kıldığı yönünde bkz. BORN, s. 819; NAZZINI, s. 684.

⁷⁸³ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 324; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 218; LEW, s. 119; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 82; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1041; ÖZMUMCU Seda: "The Principle of Separability and Competence-Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 45, S. 62, 2013, s. 266-267; ERKAN, s. 539; YENER KESKİN, s. 105-106.

⁷⁸⁴Kararın açık atfı için bkz. dn. 610.

⁷⁸⁵Karara ilişkin bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 49-50; YASAN TEPETAŞ, s. 286; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 261.

⁷⁸⁶YHGK. 22.02.2012 tarihli ve 11-742/82 sayılı kararı, www.lexpera.com; Yargıtay 19. HD., 15.11.1995 tarihli ve 1995/9108 E., 9685 K. sayılı kararı ve Yargıtay 13. HD., 22.04.1993 tarihli ve 1993/2051 E., 1993/3488 K. sayılı kararı, Kararlar yayımlanmamıştır (Kararlara ilişkin bilgi için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 423-424). Her ne kadar bağımsızlık prensibi Yargıtay kararlarında kabul edilmiş olsa da, Yargıtay bir kararında, taşınmaz satım sözleşmesinin geçersizliğini tahkim klotuna sirayet ettirmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "*Taraflar arasındaki uyuşmazlık, gayrimenkul satış vaadi ve alıcı kredisi temini sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin 21. maddesinde tahkim şartı bulunmakta ise de, tapuda kayıtlı bir taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noterde yapılması gerektiğinden ve somut olayda sözleşme noterde yapılmadığından geçersiz olup, geçersiz sözleşmedeki tahkim şartının da geçersiz olduğu gözetilmeden mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*" (Yargıtay 19. HD., 18.02.2016 tarihli ve 2015/11423 E., 2016/2596 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Yargıtay'ın esas sözleşmenin kanunen tabi olduğu şekle aykırı akdedildiği hallerde, bu geçersizliği tahkim anlaşmasına sirayet ettirdiği diğer kararlar ve bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. KORKMAZ, s. 1067 vd. *Korkmaz'a göre*,

Bağımsızlık prensibinin temel dayanağı, tahkim anlaşmalarının konu, amaç ve işlev itibarıyla esas sözleşmeden farklı olmasıdır⁷⁸⁷. Nitekim tahkim anlaşmalarının amaç ve konusu, taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözümünü, hakeme sevk etmektir⁷⁸⁸. Temel olarak bu prensip ile amaçlanan, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin geçerliliklerinin birbirinden etkilenmesini önlemektir⁷⁸⁹. Bağımsızlık prensibi sayesinde, tahkim anlaşması veya esas sözleşmeden birisinin geçersiz olması halinde, diğerinin geçerli olma ihtimali her zaman vardır. Bu anlamda, esas sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu ile tahkim anlaşmasının geçersizliği veya yokluğu birbirini her zaman etkilememektedir⁷⁹⁰. Özellikle, esas sözleşmenin kanunen tabi olduğu şekil şartına aykırılıktan kaynaklı geçersizliğinin tahkim klotuna sirayet ettirilmemesi ve taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın hakemler nezdinde görülmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁹¹. Bu

şekle aykırı esas sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasını etkilemesi mevzuatta öngörülen bağımsızlık prensibine aykırılık teşkil etmektedir (KORKMAZ, s. 1079-1080). Yargıtay'ın esas sözleşmenin geçersizliğinden tahkim klotlarının da etkileneceği yönündeki bazı kararları için bkz. ERKAN, s. 540, dn. 27.

⁷⁸⁷ULUSU, s. 34; ŞANLI, *Konışmento*, s. 783; ESEN, *Teşmil*, s. 43, 51; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 84-85; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1041; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 420-421.

⁷⁸⁸ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 420.

⁷⁸⁹CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 49; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 218-222; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 259; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 82-83. Bağımsızlık prensibinin amacının, tahkim klotlarının etkinliğini arttırmak ve tahkim yargılamasını devletten bağımsız kılmak olduğu yönünde bkz. LANDOLT, s. 512.

⁷⁹⁰MEZA-SALAS, s. 5; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 421-422; ULUSU, s. 35; MILES/GOH, s. 386; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1042-1043. Bu sebeple, iptal edilebilir bir esas sözleşmeye ve bu esas sözleşmede yer alan tahkim klotuna ilişkin uyuşmazlıkların, bağımsızlık prensibi sebebiyle hakem heyeti tarafından çözülmesi gerektiği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 87-88. UNCITRAL Model Kanunu ve İsveç Milletlerarası Tahkim Kuralları kapsamında tahkim anlaşmasının yokluğuna ya da esas sözleşmenin yokluğu iddiasının tahkim anlaşmasına etkisine yönelik iddiaları inceleme yetkisinin, bağımsızlık prensibi uyarınca hakem heyetlerine verildiği; ancak, esas sözleşmeye ilişkin örtüşen taraf iradelerinin yokluğunun tahkim klotunu da kapsayacağı, yok olan bir hukuki ilişkinin ayrılabilirliğinin söz konusu olmadığı ve dolayısıyla tahkim yargılamasına başvuran davacıların *prima facie* olacak şekilde tahkim anlaşmasını ispatlaması gerektiği, aksi halde bu meselenin yetkili ve görevli devlet mahkemelerinde incelenmesi gerektiği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 92-93. Özellikle esas sözleşmenin hükümsüzlüğünün doğrudan tahkim anlaşmasını etkilemeyeceğinin söylenemeyeceği ve somut olayın koşulları kapsamında varılacak sonucun her zaman değişebileceği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 49.

⁷⁹¹Tahkim anlaşmaları bakımından yazılı şekil şartı mevzuatta ayrı ve geniş anlamda düzenlendiğinden, tahkim anlaşmalarının, uyuşmazlık konusundan ve esas sözleşmeden bağımsız bir şekilde bu şekil şartına tabi kılınması gerektiği, aksi halde daha sıkı şekil şartlarının tahkim anlaşmasına uygulanması gibi amaca aykırı bir sonuç doğacağı, bağımsızlık prensibi düzenlemesinde esas sözleşmenin geçersizlik gerekçesine ilişkin ayırım yapılmadığından, esas sözleşmenin şekil şartına aykırılığı hallerinin de bağımsızlık prensibine tabi olduğu, her iki sözleşme bakımından geçersizlik gerekçelerinin ayrı ele alınması gerektiği ve fakat bazı geçersizlik gerekçelerinin her iki sözleşmeyi de etkileyebileceği, esas sözleşmenin tabi olduğu şekil şartını tahkim anlaşmasına sirayet ettiren yargı kararlarının bağımsızlık prensibine aykırılık teşkil ettiği, bu sonucun usul hukuku sözleşmesi niteliğini haiz tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğiyle de bağdaşmadığı ve tahkim anlaşmasını esas sözleşmeye bağlı kıldığı, bu iki sözleşmenin şekil şartı bakımından birbirinden etkilendiğinin kabulünün tarafların başlangıçta var olan tahkim iradelerini dolanmalarına imkân tanıyabileceği, kanunen tabi olduğu şekle aykırı akdedilen esas sözleşmedeki bu hukuki kusurun tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemesini kabul etmenin tahkim anlaşmalarının uygulamadaki etkisini kaybetmesi sonucunu doğuracağı ve tahkime

nedenle, esas sözleşmeye ilişkin bir geçersizlik iddiası olsa bile, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakemler tarafından ayrıca karara bağlanabilecektir⁷⁹². Nitekim tarafların tahkim anlaşmasından ve esas sözleşmeden birini kabul edip diğerini etmemesi her zaman mümkündür⁷⁹³. Bu anlamda, bağımsızlık prensibinin temelinde, tarafların varsayılan iradelerinin yer aldığı ve tarafların bu iradelerinin esas sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası da dahil olmak üzere, aralarındaki hukuki ilişkiden doğacak tüm sorunları tahkim yoluyla çözmek istemeleri olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁴. Bununla birlikte, hiç kuşkusuz iradeyi sakatlayan müşterek geçersizlik sebepleri, her iki sözleşmeyi de sakatlayabilir⁷⁹⁵.

Esas sözleşme ve tahkim anlaşmasına farklı hukukların uygulanması her zaman mümkündür⁷⁹⁶. Nitekim bağımsızlık prensibinin bir sonucu olarak esas sözleşmenin tabi olduğu hukuk doğrudan tahkim anlaşmasına uygulanmayacaktır⁷⁹⁷. Bununla birlikte, esas amacı aynı hukuka tabi olsalar dahi bu sözleşmelerin birbirinden farklı değerlendirilmesini sağlamak olan bağımsızlık prensibi⁷⁹⁸, tahkim anlaşması ve esas

elverişli olmayan bir uyumsuzluğun söz konusu olması halinde ise tahkim itirazının konusunun şekil şartlarından ziyade tahkime elverişliliğe ilişkin olması gerektiği yönünde bkz. KORKMAZ, s. 1072-1079. Yazar tarafından varılan sonuçların kabul edilebilmesi için tahkim iradesinin açık ve kesin olması şartı kapsamında, tahkim anlaşmasının içerik yönünden kapsamının tereddüde mahal vermemesi gerektiği ve esas sözleşmenin geçersizliğine ilişkin uyumsuzlukların da tahkim anlaşmasının kapsamına dahil edilmiş olması gerektiği yönünde bkz. KORKMAZ, s. 1075.

⁷⁹² AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 218-219; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 87-88.

⁷⁹³ BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 792.

⁷⁹⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz. LANDOLT, s. 525.

⁷⁹⁵ BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 799; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 421-422; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 86; KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1044; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 91. Genel olarak sözleşme akdetme ehliyeti olmayan veya başka birisi adına bağlayıcı bir sözleşme akdetme ehliyeti olmayan kişilerin esas sözleşmeyi akdetmesinin, tahkim klotunun da geçersizliği sonucu doğuracağı yönünde bkz. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 91. Kanaatimizce, İsviçre hukukundaki bu yaklaşımın yerindeliği tartışılabilir. Özellikle esas sözleşmenin özel yetki gerektiren bir sözleşme olması ihtimalinde, yetkisiz temsilcinin esas sözleşmeyi akdetmesi sebebiyle bu sözleşmenin geçersizliği söz konusu ise tahkim klotunun da geçersiz olacağını kabul etmek bağımsızlık prensibi ile çelişebilecektir. Nitekim vekilin taşıdığı yetkinin kapsamına göre, esas sözleşmenin geçerli olduğu ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu veya tam tersi senaryoların mümkün olabileceği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları* s. 89-90. Aksi yöndeki görüşler için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 50. Şanlı, esas sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından akdedilmesi sebebiyle geçersiz olmasına rağmen ifayla geçerli kılındıysa, bu geçerliliğin tahkim anlaşması bakımından kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 422).

⁷⁹⁶ ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 259-260; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 90; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 107; SANDROCK, s. 947-948; MILES/GOH, s. 386; BORN, s. 819; NAZZINI, s. 684; FERRARIO, s. 664.

⁷⁹⁷ ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 259-260; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107; SANDROCK, s. 947-948; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 54; BUCOVALA Diana/RUSU Raluca, "Midnight Problems: Finding the Law Applicable to the Arbitration Agreement" *Romanian Arbitration Journal/Revista Romana de Arbitraj*, C. 16, S. 2, Nisan-Haziran 2022, s. 87.

⁷⁹⁸ İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 95-96.

sözleşmeye mutlaka farklı hukukların uygulanmasını gerektirmemektedir⁷⁹⁹. Dolayısıyla bağımsızlık prensibi, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasını tamamen engellemeyerek, sadece uygulanacak hukuk bakımından ayrı ve özel bir değerlendirme yapılmasını öngörür⁸⁰⁰. Bağımsızlık prensibi, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulması hallerinde olduğu gibi, tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin taraflarının farklı olabilmesini de sağlamaktadır⁸⁰¹.

Bağımsızlık prensibinin çalışmamız kapsamındaki esas önemi, esas sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun tahkim anlaşmasına doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı⁸⁰² ya da bu hukukun tahkim anlaşması için zımni hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği ve bağımsızlık prensibi karşısında esas sözleşmeye yönelen iradenin nasıl zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilebileceği noktalarında ortaya çıkmaktadır. Nitekim bağımsızlık prensibi sebebiyle, tarafların tahkim iradesi ile esas sözleşmenin kurulmasına yönelik ortaya koydukları irade birbirinden farklı değerlendirilebilir⁸⁰³. Keza esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka ilişkin irade ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçimine yönelik irade de birbirinden farklı değerlendirilebilmektedir. Bu başlık çerçevesinde cevaplanması gereken asıl soru, devlet mahkemeleri veya hakem heyetlerinin bağımsızlık prensibini ne zaman uygulaması gerektiği sorusudur⁸⁰⁴.

Bu anlamda, bağımsızlık prensibinin avantajları söz konusu olsa da sınırlı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Nitekim tahkim anlaşması esas sözleşmeden tamamen bağımsız kabul edilmemelidir⁸⁰⁵. Örneğin, tehdit altında imzalanması gibi

⁷⁹⁹ULUSU, s. 38; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96; England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Sulamérica Cia. Nacional De Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others*, [2012] EWCA Civ 638, 16.05.2012, bailii.org, prg. 25 (*Sulamérica v. Enesa*).

⁸⁰⁰NAZZINI, s. 683; BERNARDINI, s. 197; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 421; ULUSU, s. 38; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 212; NACIMIENTO, s. 221. Bağımsızlık prensibi kabul edilmekle birlikte, tarafların esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının aynı hukuk sistemine tabi olmasını arzuladıklarının varsayılabilirliği yönündeki karar için bkz. *Sulamérica v. Enesa*, prg. 11.

⁸⁰¹SARİÖZ BÜYÜKALP, *Usul Hukuku Sorunları*, s. 186.

⁸⁰²Nitekim tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti, zorunlu olarak bağımsızlık prensibini düşünerek başlamaktadır (BORN, s. 818; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 95-96; EKER AYHAN, Zeynep Feyza, *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2018, www.lexpera.com, s. 47).

⁸⁰³İLHAN, s. 13; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 792.

⁸⁰⁴Yazar, bu sorunun cevabının tarafların esas sözleşmeye uygulanmak üzere açık bir şekilde seçtiği hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere taraflarca zımni olarak seçilip seçilmediğinden ziyade, açıkça seçilip seçilmediği değerlendirmesini etkilediğini de belirtmiştir (PRIMROSE, s. 140-141).

⁸⁰⁵NAZZINI, s. 684.

geçersizlik sebeplerinin hem tahkim klotunu hem de esas sözleşmeyi etkiler nitelikte olması halinde, tahkim klotu esas sözleşmeden bağımsız kabul edilememektedir⁸⁰⁶. Keza üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği kimi hallerde, tahkim anlaşması esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir⁸⁰⁷. Bu konu öğretide bağımsızlık prensibinin farklı değerlendirilmesine yol açarak, *mutlak bağımsızlık* ve *sınırlı bağımsızlık* yaklaşımlarına sebep olmuştur. Her iki yaklaşımın ortak özelliği, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim klotuna doğrudan teşmilini reddetmesidir⁸⁰⁸.

b.2) Mutlak Bağımsızlık Yaklaşımı

Mutlak bağımsızlık yaklaşımı, tahkim anlaşmasını her açıdan esas sözleşmeden ayrı kabul etmektedir⁸⁰⁹. Bu görüş, tahkim anlaşmasının ve esas sözleşmenin sonuçlarını hukukun farklı alanlarında doğurmasından hareketle, tahkim anlaşmasının amaç, kapsam ve işlev bakımından tam anlamıyla esas sözleşmeden bağımsız olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁸¹⁰.

Tahkim anlaşmasına ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk da, ilgili sözleşmelerin amaçları da göz önünde bulundurularak farklı sebepler dikkate alınarak

⁸⁰⁶ESEN, *Teşmil*, s. 51-52; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 80.

⁸⁰⁷ESEN, *Teşmil*, s. 46.

⁸⁰⁸ULUSU, s. 63-64.

⁸⁰⁹Mutlak bağımsızlık yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. ULUSU, s. 53-56. Bazı yazarlara göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği hallerde, bu hukuk seçimini tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin açık bir hukuk seçimi olarak yorumlamamak gerekir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 222; PEARSON, s. 121). *Fouchard/Gaillard/Goldman*, bağımsızlık prensibini olgusal bir tespitten ziyade hukuki bir kavram olarak nitelendirerek, bağımsızlık prensibinin, tahkim anlaşmasının kabulünün esas sözleşmeden ayrı olması gerektiği veya tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasının devredildiği esas sözleşmeyi takip edemeyeceği anlamına gelmeyeceğini belirterek, en azından zımnî tahkim iradesi bakımından sınırlı bağımsızlık yaklaşımını da reddetmemektedir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 209). Yine aynı şekilde, *Craig/Park/Paulsson*, esas sözleşme için açık bir hukuk seçildiğinde tahkim klotunun da geçerliliğinin bu hukuka göre belirlenmesinin bağımsızlık prensibi sebebiyle kesin olmadığını belirtmektedir (CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 52). Türk doktrininde de, tahkim yerinin ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği bir senaryoda, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması, bağımsızlık prensibine aykırı değerlendirilmiştir (SARIOĞ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması*, s. 2030-2031; ÖZBEK Mustafa Serdar: “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, Aralık 2019, s. 216).

⁸¹⁰ULUSU, s. 53; GLICK Ian/VENKATESAN Niranjan: “Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement”, *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, s. 142-146.

seçilmektedir⁸¹¹. Özellikle, tahkim yeri devletin esas sözleşmeye uygulanacak hukuk devletinden farklı olması ihtimalinde, tarafların zımni iradelerinin, başka amaçlarla akdedilen ve farklı sonuçlar doğuran esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması yönünde olamayacağı belirtilmektedir⁸¹². Keza hukuk seçimi ve tahkim klorları, esas sözleşmenin son hükümlerinden olsa da, taraflar hukuk seçimi hükmünü müzakere ederken tahkim klorunu genelde dikkate almazlar⁸¹³. Bu yaklaşıma göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilirken yapılan değerlendirme, tahkim kloru ve esas sözleşmenin birbirinden mutlak bağımsızlığı göz önünde tutularak yapılmalıdır. Dolayısıyla mutlak bağımsızlık yaklaşımı, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak zımnen seçildiğinin tespitini ve esas sözleşmeye yönelik ifa hareketleri sebebiyle zımni tahkim iradesinin tespitini zorlaştırmaktadır.

Mutlak bağımsızlık yaklaşımının en uç örneği, Fransız mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk yaklaşımında görülmektedir⁸¹⁴.

⁸¹¹ULUSU, s. 53. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden farklı bir hukuki rejime tabi olduğu ve tarafların esas sözleşme için hukuk seçerken göz önünde bulundurduğu nedenlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla ilgisiz olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 590. Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına otomatik uygulanmasının bağımsızlık prensibini göz ardı ettiği yönünde bkz. BORN, s. 832. Benzer şekilde Berger de, tahkim anlaşmalarının hem maddi hem de usuli boyutlarının olmasının, onu esas sözleşmeden farklı bir niteliğe sahip olmasına neden olduğunu ve bu sebeple, esas sözleşmede yer alan hukuk seçimi klorunun kendiliğinden tahkim anlaşmasına uygulanmayacağını belirtmektedir (BERGER, s. 319-320). Esas sözleşme ile tahkim klorunun amaçları farklıdır ve esas sözleşme taraflar arasındaki maddi ilişkiyi düzenlemekteyken, tahkim kloru bu sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözümüne ilişkin usulü belirlemektedir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, açık ve ayrı bir anlaşmayla mümkündür (VAN DEN BERG, NYC, s. 293). Aksi yöndeki bir görüşe göre, tahkim anlaşması için ayrı bir hukuk seçilmemişse, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim kloruna da uygulanacağı varsayılmaktadır. Fakat yazar eserin devamında, bu yorumun bağımsızlık prensibiyle aşılabileceğini, esas sözleşme ile tahkim anlaşmasının kendi hukuk seçimi rejimine tabi olan iki ayrı anlaşma olduğunu belirtmektedir (NACIMIENTO, s. 224-225).

⁸¹²BERGER, s. 319-320; GLICK/VENKATESAN, s. 142-146. Bununla birlikte, bu sonuca varılmasının, tahkim yerinin tek başına belirleyici olacağı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 222-223. Mutlak bağımsızlık yaklaşımının benimsendiği kararlara, aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz *FirstLink* ve *C v. D* kararları örnek olarak verilebilir (ULUSU, s. 55-56, dn. 45-47; High Court of The Republic of Singapore, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12, Case No. 915 of 2013 (Summons No. 5657 of 2013), 19.06.2014, elitigation.sg (*FirstLink*); The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division), *C v. D*, [2007] EWCA Civ 1282, 05.12.2007, translex.com (*C v. D*)). Bu kararlar, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi imkânının tartışıldığı bölümde detaylıca incelenecektir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Zımnen Seçilmesi*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸¹³BERGER, s. 320. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda genelde bir düşünceye sahip olmadığından hareketle, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşması bakımından “açık hukuk seçimi” olamayacağı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 222.

⁸¹⁴ULUSU, s. 53, dn. 43.

Nitekim Fransız mahkemeleri, *Dalico* kararında⁸¹⁵, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğini belirlemek konusunda, tarafların ortak iradeleri ve uluslararası hukukun genel prensiplerinin dikkate alınması yaklaşımını benimsemiştir⁸¹⁶. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği, milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukundaki müdahaleci kurallara uygun olmak şartıyla, hiçbir ulusal hukuka atıf yapılmadan, tarafların ortak iradeleri temelinde değerlendirilmiştir⁸¹⁷. Fransız mahkemelerinin bu yaklaşımı, zımni tahkim iradesi değerlendirmesi yapılırken taraf iradeleri bakımından yapılan değerlendirmeler için aslında pozitif bir anlam taşımaktadır. Bununla birlikte, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni olarak seçildiği görüşünün kabulü bakımından, bu değerlendirmenin olumlu bir etkisi bulunmamaktadır.

Sınırlı bağımsızlık yaklaşımı başlığında detaylı olarak aktarılacağı üzere, mutlak bağımsızlık yaklaşımı, bağımsızlık prensibinin temel amacını görmezden gelmektedir. Bağımsızlık prensibiyle amaçlanan, tarafların tahkim anlaşması akdederek doğmasını arzuladıkları usuli sonuçların, esas sözleşmeye ilişkin herhangi bir engele takılmadan gerçekleşmesidir. Dolayısıyla bağımsızlık prensibinin nihai amacı, tarafların ilgili uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesi yönündeki iradelerine aykırı sonuçlar doğmasının önlenmesi şeklinde ifade edilebilir. Halbuki mutlak bağımsızlık yaklaşımı, bağımsızlık prensibine amacını aşan bir anlam atfetmektedir.

⁸¹⁵Kararın açık atfı için bkz. dn. 610.

⁸¹⁶Karara ilişkin bilgi için bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 101; DERAİNS, *Group of Companies*, s. 134; NAZZINI, s. 695; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 545; LEW, s. 134; GRAVEL/PETERSON, s. 516-520; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 481; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 164; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 123; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 93. Tarafların ortak iradeleri ve uluslararası hukukun genel ilkeleri yaklaşımının en belirgin örneğinin *Dow Chemical* kararında görüldüğü yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 126; NAZZINI, s. 696. Bu yaklaşımın, tahkim anlaşmalarına hukuki etkisini vermeyi amaçladığı yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 481. Tarafların ortak iradeleri kavramını, Fransız mahkemeleri kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tahkim klotuna uygulanabilecek ulusal hukukları dikkate almaksızın uygulamaktadır. Bu kavramın Fransız maddi hukukunun bir parçası olarak değerlendirildiği yönünde bkz. DERAİNS, *Group of Companies*, s. 134.

⁸¹⁷ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 101. Fransız hukukunda, bağımsızlık prensibinin kesin bir şekilde tanındığı ve hatta tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin bir varsayım olarak kabul edildiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 142.

b.3) Sınırlı Bağımsızlık Yaklaşımı

Mutlak bağımsızlık yaklaşımının aksine, sınırlı bağımsızlık yaklaşımı, tahkim anlaşması ile esas sözleşmeyi birbirine yakınlaştırmaktadır. Bu yaklaşıma göre, tahkim anlaşması esas sözleşmeden sadece amacı ile sınırlı olarak bağımsız kabul edilmelidir⁸¹⁸. Bağımsızlık prensibinin temel amacı ise esas sözleşmenin yokluğu ve geçersizliğinden tahkim anlaşmasını korumaktır⁸¹⁹. Benzer şekilde, *BCY v. BCZ* kararında⁸²⁰ Singapur Yüksek Mahkemesi, bağımsızlık prensibinin temel amacının,

⁸¹⁸DEMİRKOL, s. 309. Tahkim klotu ile esas sözleşme arasında maddi bağın görmezden gelinmesinin her zaman doğru sonuçlar doğurmayacağı, tahkim klotunun esas sözleşmeden ayrı değil ve fakat ayrılabilir olduğu, bağımsızlık prensibinin üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinde engel teşkil etmemesi gerektiği yönünde bkz. YILMAZ, s. 209. İngiliz Tahkim Kanunu’nun yedinci bölümünde düzenlenen maddede yer alan, “*bu amaçla*” ifadesi, bağımsızlık prensibinin uygulamasını, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin, esas sözleşmenin var olmaması veya geçersizliği nedeniyle tehdit altında olduğu durumlarla sınırlandırıyor gibi görünmektedir. Keza Tahkim Departmanı Danışma Komitesi de hazırladığı raporda İngiliz Tahkim Kanunu’nun yedinci bölümüyle ilgili olarak, bağımsızlık prensibinin bağımsız bir ilke olmaktan ziyade, esas sözleşmenin geçersizliği gibi durumların tahkim anlaşması üzerindeki etkisiyle sınırlı olduğunu açıkça belirtmek amacıyla bu bölümün yeniden kaleme alındığını belirtmiştir (PRIMROSE, s. 141-142). Benzer şekilde, bağımsızlık prensibini benimseyen UNCITRAL Model Kanunu m. 16/1 hükmünün de, bu prensibi geçerlilikle ilgili ihtilaflarla sınırlandırdığı yönünde bkz. PRIMROSE, s. 144. Bağımsızlık prensibinin temel amacının, esas sözleşmenin akıbetinin otomatik olarak tahkim anlaşmasını etkilemesini önlemekle sınırlı olduğu yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 104.

⁸¹⁹MILES/GOH, s. 388; İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96; GLICK/VENKATESAN, s. 136-137; PRIMROSE, s. 140; LEW, s. 118; MAYER, s. 195; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40; KORKMAZ, s. 1059. Salt esas sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasına etkilemeyeceği vurgusuyla bağımsızlık prensibinin anlatıldığı bir diğer kaynak için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 49. Bağımsızlık prensibinin hukuki sonucunun, tahkim anlaşmasının ve esas sözleşmenin geçersizliğinin birbirini etkilememesi olduğu yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 26. MTK’de düzenlenen bağımsızlık prensibinin, tahkim klotuna uygulanacak hukukun tayininde esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun dikkate alınmasını etkilemeyeceği belirtilmektedir. UNCITRAL Model Kanunu m. 16/1 hükmüne paralel olarak düzenlenen MTK m. 7/H-1 hükmünde, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verirken “*bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirileceği*” ifade edilerek “*hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesinin, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı*” düzenlenmiştir. Dolayısıyla bağımsızlık prensibinin amacı “*...hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında...*” karar vermesini sağlamaktır. Bağımsızlık prensibinin, hakemlerin kendi yetkisi hakkında nihai kararı kendilerinin verebilmesi amacı çerçevesinde düzenlenmesi, MTK kapsamında sınırlı bağımsızlık yaklaşımının kabul edildiğini göstermektedir (ULUSU, s. 63-64). İngiliz Tahkim Kanunu incelendiğinde sınırlı bağımsızlık yaklaşımının benimsendiği ancak İngiliz mahkemelerinin bağımsızlık prensibini geniş yorumlama eğiliminde olduğu yönünde bkz. PRIMROSE, s. 144. Doktrinde sınırlı bağımsızlık yaklaşımının potansiyel olumsuz sonuçları da olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim *Primrose*, İngiliz hukukuna özgü olarak, davalının ileri sürdüğü yetki itirazının niteliğinin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme kabiliyetine sahip olduğu görüşündedir. Bu görüşün gerekçeleri ve bu soruna ilişkin çözüm önerileri için bkz. PRIMROSE, s. 140, 147-150.

⁸²⁰Tahkim anlaşmasına esas sözleşmeden farklı bir hukukun uygulanması, genel olarak bağımsızlık prensibiyle gerekçelendirilmektedir. Bu prensip, esas sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edilse veya tespit edilse bile, tahkim klotunun geçerli kalacağı yönündeki taraf beklentilerini karşılamaktadır. Ancak bu prensip, esas sözleşmenin kurulduğu andan itibaren tahkim klotunun ayrı bir anlaşma olduğu anlamına gelmemekle beraber, tahkim anlaşmasının tüm amaçlar için esas sözleşmeden bağımsız olduğu anlamına da gelmemektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazlar, genelde esas sözleşmenin geçerliliğine yönelik itiraz şeklinde ileri sürüldüğünden, bu prensibe sadece tahkim

tarafların esas sözleşmenin geçerliliğine itiraz edilse dahi, tahkim anlaşmasının geçerliliğini sürdüreceği yönündeki beklentilerini korumak olduğunu belirtmiştir. Tıpkı bu karar gibi, sınırlı bağımsızlık yaklaşımının benimsendiği birçok farklı karar mevcuttur⁸²¹. Tahkim anlaşmasına rıza, genelde esas sözleşmeye rıza olarak beyan edildiğinden, tahkim anlaşmasının ispatlanmasının her iki tarafın da esas sözleşmeye rıza gösterdiğinin ispatlanmasından geçtiği yönündeki görüş de, sınırlı bağımsızlık yaklaşımının doğruluğunu pekiştirmektedir⁸²².

Bağımsızlık prensibi, tahkim anlaşmalarını, ulusal hukukun kendine özgü veya ayrımcı kurallarına dayalı geçersizlik iddialarından koruyarak tahkim sürecini önemli ölçüde etkili kılmaktadır⁸²³. Pratik ihtiyaçlardan ortaya çıkan⁸²⁴ bağımsızlık prensibinin uygulanma biçimine bakıldığında, genel olarak esas sözleşmeye ilişkin hukuki anlamda olumsuz herhangi bir durumun tahkim anlaşmasını etkilememesinin amaçlandığı gözlemlenmektedir. Dolayısıyla bağımsızlık prensibi, tahkim anlaşmasını

anlaşmasının geçerliliğine itiraz edildiğinde başvurulmalıdır. Bağımsızlık prensibi uyarınca, bir tarafın yalnızca esas sözleşmenin varlığını inkâr ederek uyumsuzluğun çözümü için tahkim yargılamasına başvurma yükümlülüğünden kaçınamayacağını söylemek başka bir şeydir; bağımsızlık prensibi nedeniyle, tarafların esas sözleşmeden bağımsız bir tahkim anlaşması akdetme iradelerinin olduğunu söylemek başka bir şeydir. Tahkim anlaşması hükümleri genelde müzakere aşamasında önemsenmemekte ve esas sözleşmenin bir parçası olarak müzakere edilmektedir. Kaldı ki, bağımsız olarak müzakere edilmeleri ticari hayatta pek olası değildir (High Court of The Republic of Singapore, *BCY v. BCZ*, [2016] SGHC 249, Singapore Law Reports, [2017] 3 SLR, Reported by Sim Bing Wen, ss. 357-385, prg. 60-61 (*BCY v. BCZ*)). Bu kararda, tahkim anlaşması için zımni hukuk seçiminin, esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçilen hukuk ile aynı olmasının muhtemel olduğu kabulüyle sınırlı bağımsızlık yaklaşımı benimsenmiştir. Ancak *BCY v. BCZ* kararında bağımsızlık prensibi uygulanmamıştır. Nitekim temel sözleşme tartışmalı olsa da henüz akdedilmemişti ve bu nedenle tahkim anlaşmasının ayrılabilceği bir sözleşme yoktu. Bununla birlikte, bağımsızlık prensibi uygulanmamasına rağmen, mahkeme tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık hukuk seçiminin söz konusu olup olmadığını değerlendirirken, esas sözleşmenin tamamı yerine sadece tahkim anlaşmasını ele almıştır. *Sulamérica v. Enesa* kararıyla kabul edilen üç aşamalı incelemenin ilk aşamasını bu şekilde daraltmasının nedeni, tahkim anlaşmasının gerçekten esas sözleşmeden bağımsız olduğu düşüncesi olabilir (PRIMROSE, s. 145-146). *Sulamérica v. Enesa* kararına ilişkin detaylı bilgi için bkz. s. 295-300 arasındaki açıklamalarımız.

⁸²¹“Bağımsızlık prensibi, esas sözleşmenin geçersizliği veya sona erdirilmesinin, tahkim anlaşmasının da geçersizliğini veya sona erdirilmesini gerektirmeyeceği anlamına gelmektedir. Tahkim anlaşması ayrı bir anlaşma olarak değerlendirilmelidir ve sadece doğrudan tahkim anlaşmasıyla ilgili gerekçelerle geçersiz kabul edilmelidir. Bununla beraber, esas sözleşmenin geçersizliği sebebi ile tahkim anlaşmasının geçersizliği sebebi aynı olabilir. Örneğin, esas sözleşme ve tahkim anlaşması aynı belgede yer alıyorsa ve taraflardan biri belgede yer alan hiçbir şeyi kabul etmediğini ve imzasının sahte olduğunu iddia ediyorsa, bu tahkim anlaşmasının geçersizliğine de sebep olabilecektir. Ancak bu durumda hukuki sebep esas sözleşmenin geçersizliği değildir; ayrı bir anlaşma olarak tahkim anlaşmasına atılan imzanın sahte olmasıdır.” (Fiona Trust v. Privalov, prg. 17). *Enka v. Chubb Russia* kararında da, sınırlı bağımsızlık yaklaşımı kabul edilmiştir (The Supreme Court of the United Kingdom, *Enka İnşaat ve Sanayi AŞ v. OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38, 09.10.2020, supremecourt.uk, prg. 41 (*Enka v. Chubb Russia*)).

⁸²²BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 741.

⁸²³BORN, s. 820.

⁸²⁴EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 95.

her koşulda esas sözleşmeden bağımsızlaştırmayı amaçlamamaktadır⁸²⁵. Tahkim anlaşmasının kendine özgü kapsam ve işleve sahip olmasının uygulanacak hukukun ayrı incelenmesini gerektirmesi de, tahkim klotunun esas sözleşmeden tamamen bağımsız değerlendirilmesi sonucunu doğurmamaktadır⁸²⁶.

Bazı hallerde esas sözleşmenin butlanına sebep veren durumların tahkim anlaşmasının da butlanına sebebiyet vereceğini⁸²⁷ veya hak ya da hukuki ilişki devirlerinde tahkim anlaşmasının da devrinin kabul edilmesi gerekeceği belirtilmektedir⁸²⁸. Bağımsızlık prensibi, bu iki sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimlerinin birbirini etkilemesinde bir engel olarak görülmediğinden, tahkim anlaşmasına ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti de birbirinden etkilenebilecektir⁸²⁹. Nitekim tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, sözleşmenin bir maddesine uygulanacak hukukun özel olarak belirlenmesinden ibarettir⁸³⁰. Ayrıca probleme irade serbestisi açısından yaklaşan bir görüşe göre,

⁸²⁵PRIMROSE, s. 143; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 159; YILMAZ, s. 209. Bu bağımsızlaştırmının, sadece tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazlar ile sınırlı olduğu yönünde bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 132, 137. *Sulamérica v. Enesa* kararında *Moore Bick LJ*, bağımsızlık prensibinin amacının, tahkim anlaşmasını tüm amaçlar için esas sözleşmeden izole etmekten ziyade, tahkim iradesine etkinlik kazandırmak olduğunu belirtmiştir (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 26). *Enka v. Chubb Russia* kararında da, bağımsızlık prensibinin, tahkim anlaşmasını tüm amaçlar için esas sözleşmeden ayırmadığı ve sadece tahkim anlaşmasının geçerliliğini temin etmek amacıyla geliştirildiği belirtilmiştir (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 41). Bu yöndeki doktrin görüşü için ayrıca bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 234.

⁸²⁶NAZZINI, s. 684.

⁸²⁷Bazı hallerde, taraflardan birinin esas sözleşmeye rızası olmaması sebebiyle esas sözleşmenin geçersiz olmasının, tahkim anlaşmasının da geçersizliği anlamına gelebileceği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 27.

⁸²⁸ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 27.

⁸²⁹GLICK/VENKATESAN, s. 132; ULUSU, s. 63-64; YASAN TEPETAŞ, s. 298. Öte yandan, en azından İngiliz hukuku açısından, bağımsızlık prensibinin tahkim anlaşmasını genel olarak esas sözleşmeden ayrı bir anlaşma haline getirdiği yönünde herhangi bir hukuki dayanak olmadığı, bağımsızlık prensibinin sadece tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazları önlemek için kullanıldığı, İngiliz Tahkim Kanunu kapsamında da UNCITRAL Model Kanunu'na paralel getirilen düzenlemeye göre lafzi yorum yapıldığında, bağımsızlık prensibinin tahkim anlaşmasının geçersizliği iddialarıyla sınırlı olarak öngörüldüğü, bağımsızlık prensibinin daha geniş yorumlanması için ileri sürülen gerekçelerin net olmadığı ve tarafların tahkim anlaşmasının esas sözleşme geçersizliğinden etkilenmemesini istemeleri ile bu anlaşmalara aynı hukukun uygulanmasını istemelerinin farklı meseleler olduğu yönünde bkz. PRIMROSE, s. 141-147.

⁸³⁰GLICK/VENKATESAN, s. 132. Nitekim esas sözleşmede yer alan “*bu Sözleşme’nin herhangi bir maddesinde yapılacak değişikliklerin yazılı yapılacağını*” öngören hükmün tahkim anlaşmasını da kapsayacak şekilde yorumlandığı ve bağımsızlık prensibinin bu yoruma bir engel olarak görülmediği yönünde bkz. England and Wales High Court (Commercial Court), *Ronly Holdings Ltd v. JSC Zestafoni G Nikoladze Ferroalloy Plant*, [2004] EWHC 245 (Comm), 16.02.2004, jusmundi.com, prg. 30-31. Yazarlar bu kararda varılan sonucu desteklemektedir. Karar ve yazarların görüşleri için ayrıca bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 139. Tahkim klotu esas sözleşmeyi oluşturan birçok hükümden sadece birisidir. Örneğin, tahkim klotu gibi, hukuk seçimi klotu da taraflar arasındaki esas sözleşme ilişkisini tanımlamaya yardım etmektedir (MAYER, *The Limits of Severability*, s. 261-262). Sınırlı bağımsızlık yaklaşımına göre, esas sözleşmede yer alan hukuk seçimi maddesi diğer tüm sözleşme hükümleriyle birlikte, taraf iradeleri yorumlanarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açık veya zımni olarak

tahkim anlaşmasının taraflarının detaylarını özgürce belirleyebildikleri bir maddi hukuk sözleşmesi olmasından hareketle, kanunda kabul edilen bağımsızlık prensibinin, tahkim klotuna uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradelerinin yorumlanmasını sınırlandırdığını kabul etmek, irade serbestisi ilkesine aykırı olacaktır⁸³¹. Sonuç olarak, bağımsızlık prensibinin temel amacı dışında tahkim anlaşması, hâlâ esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmelidir⁸³².

Temel amaç esas sözleşmenin geçersizliği halinde de tahkim klotunu ayakta tutmak olduğundan, bağımsızlık prensibi, esas sözleşmenin ifası halinde olduğu gibi esas sözleşmeye yönelen iradenin aksi açıkça anlaşılmadıkça tahkim klotuna da sirayet etmesini engellemektedir⁸³³. Bu sonuç, borçlar hukuku anlamında sözleşmelerin kuruluşunda ortaya koyulan irade beyanının, özel olarak hariç tutulmadıkça kural olarak sözleşmenin tüm hükümlerini kapsamı kuralıyla da uyumludur⁸³⁴. Hatta doktrinde yer alan bir görüş, bir sözleşme tarafının esas sözleşmeyi ifa ederek bunu benimsemesi halinde, neden tahkim klotunun geçerli olmadığını anlamadığını belirterek bunun adeta “*bağımsızlık prensibi için ödememiz gereken bir bedel*” olarak nitelendirilebileceğini ve ticari gerçeklikle bağdaşmadığını ifade etmiştir⁸³⁵.

seçilip seçilmediği tespit edilmelidir (YASAN TEPETAŞ, s. 298). Dolayısıyla irade serbestisi kapsamında tahkim klotuna yönelen açık veya zımni hukuk seçimi, esas sözleşmenin hukuk seçimi klotu başta olmak üzere diğer hükümleri ve sözleşme görüşmeleri kapsamında değerlendirilmelidir (ULUSU, s. 64).

⁸³¹BANTEKAS İlias: “The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy”, Journal of International Arbitration, C. 27, S. 1, Kluwer Law International, 2010, s. 2-3.

⁸³²NAZZINI, s. 684. Bir sözleşmenin hükümleri arasında birçok ayırım yapmak mümkün olsa da, aslında sözleşme hükümlerinin bir bütün olarak anlamlı olduğu yönünde bkz. MAYER, *The Limits of Severability*, s. 261-262. Hakem heyetinin *kompetenz-kompetenz* prensibi kapsamında kendi yetkisi hakkında yapacağı inceleme haricinde, sözleşmenin tüm hükümleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 134.

⁸³³Bağımsızlık prensibinin amacının, bir bütün olarak geçerli olduğu kabul edilen bir esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu geçersiz kılmak olmadığı yönünde bkz. *Company Z and Others v. State Organization ABC*, s. 111.

⁸³⁴Yazar, tahkimin devlet mahkemelerine kıyasen sebep olduğu olumsuzluklar karşısında, tahkim klotunun doğrudan alelade bir sözleşme hükmü olduğu sonucuna varılamayacağını da belirtmektedir. Zira geçerli bir tahkim anlaşmasıyla taraflar devlet yargısına başvurma hakkından ve doğal hâkim güvencesinden feragat edip nispeten daha yüksek yargılama gideri ödemekte ve esas bakımdan denetim yasağı karşısında hakem kararı aleyhine sınırlı başvuru seçeneklerine sahip olmaktadır. Dolayısıyla tahkim klotuna yönelen iradenin, net olarak ortaya koyulmasının aranması gerekmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40). Benzer yönde, tahkimin usule ilişkin doğurduğu sonuçlar karşısında herhangi bir sözleşme hükmü gibi değerlendirilemeyeceğinin aşikâr olduğu ve tahkim iradesinin diğer sözleşmeler için kabul edilen irade kavramından farklı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 622.

⁸³⁵KAPLAN, s. 29-30.

Sınırlı bağımsızlık yaklaşımının, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bağlamında değerlendirilmesinde kullanılan gerekçelerin, esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde de dikkate alınabileceği kanaatindeyiz⁸³⁶. Bağımsızlık prensibinin temel ve yegâne amacı, bu iki sözleşmenin yokluğu veya geçersizliğinin birbirini etkilemesinin önlenmesidir. Halbuki iki sözleşmenin geçersizliklerinin birbirini etkilemesinin önlenmesi ile sözleşmeler hukuku bağlamında irade beyanının yorumlanması meseleleri, birbirinden tamamen farklı hukuki meseleler olduğundan, bağımsızlık prensibi zımni tahkim iradesinin kabul edildiği somut uyuşmazlıklarda hukuki bir engel olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim tıpkı bir tarafın esas sözleşmeyi imzalamasının tahkim iradesini göstermesi gibi, çoğu halde bir tarafın esas sözleşmeye yönelik iradesi tahkim iradesi olarak kabul edilmelidir⁸³⁷. Dolayısıyla esas sözleşmenin kabulünün tahkim klotunun da kabulünü gerektirmesi karşısında, tahkim klotu ve esas sözleşmenin birbirinden tamamen bağımsız olmadığı söylenebilir⁸³⁸. Keza tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisi açısından, üçüncü kişinin tahkim anlaşması veya esas sözleşmeyle bağlı tutulması bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmadığı da belirtilmektedir⁸³⁹. Bu gerekçeyle, özellikle esas sözleşmenin ifası halinde, sırf bağımsızlık prensibi engeli yüzünden, ilgili kişiyi esas sözleşmeyle tahkim klotu hariç olmak üzere bağlı kabul etmemek gerekmektedir. Nasıl ki bir sözleşmeye yönelen irade, sözleşmenin cezai şart, sorumsuzluk kaydı veya başka herhangi bir hükmü bakımından ayrıca sorgulanmıyorsa; bu iradenin, bağımsızlık prensibi gerekçe gösterilmek suretiyle, tahkim klotu bakımından da ayrıca sorgulanmaması ya da iradenin doğrudan tahkim klotuna yönelik olması gerekliliğinden söz edilmemesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁸³⁶Bu hususta detaylı bilgi için bkz. “Uyuşmazlık Öncesi Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸³⁷BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1430.

⁸³⁸BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 159. Tersinden düşünüldüğünde, tarafların tahkim anlaşmasına zımnen rıza beyan etmelerinin, esas sözleşmeden doğan herhangi bir maddi yükümlülüğün kabulünü içermediği yönünde bkz. *Malicorp Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*, CRCICA Case No. 382/2004, Final Award, 07.03.2006, Kluwer Law International, s. 12.

⁸³⁹Yazar bununla birlikte, bağımsızlık prensibinin evrensel olarak kabul edilen temel bir ilke olduğunu da belirtmektedir (EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 99). Bağımsızlık prensibine aykırı olduğunu kabul etmekle beraber, imzacı olmayan üçüncü kişilerin esas sözleşmeyi ifa etmesinin tahkim anlaşmasını kabul iradesi teşkil ettiğini belirten *Brekoulakis*, bağımsızlık prensibinin tahkim anlaşmalarını geçerli kılacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmektedir (BREKOUAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 148).

Son olarak, YHGK'nin çeşitli kararlarında esas sözleşme ve tahkim anlaşmalarının sadece geçersizlik şeklindeki etkileşimlerini değil; geçerliliğe ilişkin etkileşimlerini de çağrıştıracak ifadeler kullanılması varılan sonucu değiştirmemektedir⁸⁴⁰. Zira ilgili kararlar lafzen yorumlandığında güdülen amacın esas sözleşmenin geçerli olduğu halde, bu geçerliliğin otomatik olarak tahkim anlaşmasına teşmilinin engellenmesi olduğu görülecektir. Bizim bahsettiğimiz senaryolarda ise esas sözleşmenin geçerli kabul edilmesi halinde, bu geçerliliğin tahkim anlaşmasına otomatik olarak teşmili söz konusu değildir. Tespit edilen, esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin, tahkim anlaşması bakımından zımni irade beyanı olarak kabul edilip edilmeyeceğinin somut olayın koşulları kapsamında yorumlanmasıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasını geçerli kılmak amacıyla esas sözleşme ve tahkim anlaşması arasında ilişki kurulabilmelidir⁸⁴¹. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığına kabulü, esas sözleşmenin geçerliliğinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır.

b.4) Tek Sözleşme Teorisi

Ulusal ve milletlerarası tahkim düzenlemelerinde bağımsızlık prensibi açık bir şekilde öngörüldüğünden, bugün geçerliliğini yitiren bir görüş olsa da, *tek sözleşme teorisi* (“one-contract theory”) de konumuz açısından önem taşır. Bu teoriye göre, tahkim anlaşmaları esas sözleşmeye dahil olduğundan ve sadece bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacı taşıdığından, esas sözleşmeden bağımsız kabul edilmemelidir⁸⁴². Dolayısıyla bu teoride tahkim klorları esas sözleşmenin sadece bir parçası muamelesi görmektedir⁸⁴³. Örneğin, tahkim anlaşmasının ve esas sözleşmenin

⁸⁴⁰“...Bu sebeple tahkim klorunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kalmaz.”, (YHGK, 22.02.2012 tarihli ve 2011/11-742 E., 2012/82 K. sayılı kararı, www.kararara.com). “...ayrıca ana sözleşmenin geçerli olması, sözleşmedeki tahkim kaydının geçerli olacağını ifade etmemektedir...” (YHGK, 11.10.2000 tarihli ve 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸⁴¹Benzer yönde değerlendirilebilecek bir görüş için bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 87.

⁸⁴²GIRSBERGER Daniel/HAUSMANINGER Christian: “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate, Arbitration International”, Arbitration International, C. 8, S. 2, Haziran 1992, s. 137-138, dn. 102; ESEN, *Teşmil*, s. 44-45; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 95.

⁸⁴³Yazar İngiliz hukukunda tahkim kloru ile esas sözleşme arasındaki ilişkinin en iyi tanımının, tahkim klorunun esas sözleşmenin parçası olduğu şeklinde olduğunu belirtmiştir (SAMUEL Adam: “Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which it is Contained?”, Journal of International Arbitration, C. 3, S. 3, Kluwer Law International, 1986, s. 96). Ancak yazarın makalesinden 10 sene sonra yürürlüğe giren

devri hallerinde, tahkim anlaşmasının, esas sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından usuli bir çare niteliğinde olmasından ötürü, ayrı bir anlaşmaya gerek kalmadan esas sözleşmeyle birlikte devredilmiş kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, bu teori uyarınca, bağımsızlık prensibine rağmen tahkim anlaşması ve esas sözleşme adeta tek bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tahkim klozu ile esas sözleşmenin geri kalanının geçerliliklerinin farklı hukuklar tarafından farklı değerlendirilmesi uygunsuz sonuçlar doğurduğunda, bu iki anlaşmanın ayrılabilmesi de kabul edilmiştir⁸⁴⁵.

Bu teoriye göre, bir sözleşme iki farklı hukuki işlem içeriyorsa bu sözleşmeler, kavramsal olarak ayrı oldukları yönünde açık bir istek yoksa aynı değerlendirilmelidir. Nitekim tahkim anlaşması ile öngörülen tahkimin konusu, esas sözleşmenin diğer maddeleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar olduğundan ve tahkim anlaşması, kurulması amaçlanan hukuki ilişkinin bir unsuru olduğundan tahkim anlaşması esas sözleşmenin geri kalanından ayrı düşünülmemelidir. Bölünebilirliğin temeli, tarafların esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri ve aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen usul mekanizması arasındaki ayırmadır. Sözleşmenin bir maddesinin geçersizliğinin diğerleri üzerindeki etkisi, bölünebilirlik prensibi ile değerlendirilebilir ve geçersiz madde, tarafların anlaşmayı bir bütün olarak yapma rızası konusunda belirleyici olmadığı sürece, sözleşme bütün olarak geçerli kalmaktadır⁸⁴⁶. Taraflar esas sözleşmenin varlığı ve geçerliliği değerlendirmesinin hakemlerce yapılmasını arzulamışsa, tahkim anlaşması esas sözleşmenin geri kalan kısmının geçersizliğinden etkilenmeyecektir⁸⁴⁷.

İngiliz Tahkim Kanunu'na göre, artık günümüzde İngiliz hukukunda tahkim anlaşmalarının esas sözleşmeden bağımsız kabul edildiğine şüphe yoktur.

⁸⁴⁴BREKOUAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 148.

⁸⁴⁵MAYER, *The Limits of Severability*, s. 267.

⁸⁴⁶MAYER, *The Limits of Severability*, s. 261-262.

⁸⁴⁷MAYER, *The Limits of Severability*, s. 262-264.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ KURULMASINDA ZİMNİ İRADE BEYANININ UYGULANMA YÖNTEMLERİ VE MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM ANLAŞMALARININ ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN ZİMNEN SEÇİLMESİ

I. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Zımnî Tahkim İradesiyle Kurulmasının Farklı Görünüm Şekilleri

Tahkim anlaşmalarının zımnî irade beyanıyla kurulduğu, çeşitli durumlarda kabul edilebilir. Bu anlamda, tahkim anlaşmasının kuruluşu ve tahkim anlaşmasının ifası aşamaları arasındaki ayrıma vurgu yapılması amacıyla, zımnî tahkim iradesinin uyuşmazlık öncesi veya uyuşmazlık sonrası çeşitli şekillerde beyan edilebileceği kabul edilebilir. Uyuşmazlık öncesi beyan edilen zımnî tahkim iradesi, özellikle tahkim klotzlarını ilgilendirecek şekilde esas sözleşmeye yönelik birtakım davranışların, dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında yorumlanmasıyla tespit edilmektedir. Uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımnî tahkim iradesi ise esas sözleşmeyi ilgilendirmeyen ve doğrudan tahkim anlaşmasının ifası teşkil edebilecek şekilde tahkim anlaşmasına yönelen birtakım hareketlerin, dürüstlük kuralı ve güven teorisi çerçevesinde değerlendirilmesiyle ortaya çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, uyuşmazlık öncesi beyan edilen zımnî tahkim iradesinin, tahkim anlaşmasının kuruluşu aşamasıyla ilgili olduğu ve uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımnî tahkim iradesinin ise tahkim anlaşmasının ifası aşamasıyla ilgili olduğu ve geriye etkili bir şekilde tahkim anlaşmasının kuruluşuna etki ettiği söylenebilir. Bu çerçevede, bu bölümde tahkim anlaşmalarının zımnî irade beyanıyla kurulması *uyuşmazlık öncesi* ve *uyuşmazlık sonrası* şeklinde kategorize edilerek ele alınacaktır.

A. Uyuşmazlık Öncesi Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi

Zımni tahkim iradesinin varlığı, bazı durumlarda uyuşmazlık öncesi birtakım olguların birlikte yorumlanmasıyla tespit edilmektedir. Özellikle üçüncü kişilerin esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle tahkim anlaşmasını zımnen kabul ettiği çıkarımı yapılabilecek durumlar bu kapsama girmektedir. Bu doğrultuda, üçüncü kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı tutabilmek amacıyla ortaya atılan grup şirketler doktrininin, zımni tahkim iradesinin kabulü halinde işlevsiz kalacağı aşağıda incelenecektir. Zira tahkim iradesinin zımni olarak beyan edilebileceği kabul edildiği takdirde, grup şirketler doktrini uygulanarak üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna, zımni tahkim iradesinin varlığı gerekçesiyle de ulaşılabilecektir.

Maddi hukuk anlamında zımni irade beyanının gri bir alan olması gerçeği, yansımasını zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde de göstermektedir⁸⁴⁸. Bununla birlikte, zımni tahkim iradesi ve tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili kavramlarının ayrıştırıldığı başlıkta, *neyin zımni tahkim iradesi olmadığı* ortaya konularak, en azından zımni tahkim iradesinin hangi durumlara mevcut olmadığı konusunda netlik sağlanmıştır⁸⁴⁹. Bu bölüm, neyin zımni tahkim iradesi olmadığı bakış açısıyla meseleye yaklaşılarak çeşitli alt başlıklara ayrılmıştır. Bu çerçevede, bu başlık ile uyuşmazlık öncesi döneme ilişkin özellikle esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle, tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulduğunun kabul edildiği haller incelenecek ve zımni tahkim iradesinin uygulamadaki yansımaları çeşitli hakem kararı ve mahkeme kararlarıyla somutlaştırılacaktır.

1. Grup Şirketler Doktrini

a. Genel Olarak

Ticaret hayatının küreselleşmesi ve buna bağlı olarak milletlerarası ticari ilişkilerdeki artış başta olmak üzere, ticari gereklilikler ve vergisel problemlerden⁸⁵⁰

⁸⁴⁸Zımni tahkim iradesinin kabul edilebileceği hallerin, bir listesini çıkarmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. STUCKI/WITTMER, s. 4-5.

⁸⁴⁹Bu hususta detaylı bilgi için bkz. “Zımni Tahkim İradesi ile Tahkim Anlaşmalarının Kurulması ve Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Farkı” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸⁵⁰HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 279; HANOTIAU, *Lessons*, s. 341. Bağlı şirketler, ulusal hukuklar gerektirdiğinden ya da birtakım vergisel amaçlar veya hâkim şirketleri

ötürü uygulamada, sözleşmeleri imzalayan şirket ya da şirketler ile sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasını gerçekleştiren şirket ya da şirketler aynı olmayabilmektedir⁸⁵¹. Dolayısıyla giderek karmaşıklaşan milletlerarası ticari dünyada şirketler, farklı şekillerde örgütlenebilmektedir. Hal böyle olunca, grup şirketlerin ve karmaşık uluslararası işlemlerin varlığı halinde tahkim iradesi özel bir boyut kazanmaktadır⁸⁵². Bu sebeple tahkimin, her geçen gün gelişmekte olan milletlerarası ticari hayata ayak uydurabilmek amacıyla evrimleşmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁵³.

Grup şirketler doktrininin uygulandığı davalarda tartışmanın özü, ticari gerçekler ve tahkim yargılamasının kişi bakımından kapsamı arasındaki çatışmadır⁸⁵⁴. Çok uluslu şirketlerin, ticari hayat bakımından alışıldık bir durum olarak grup şirketlerinden birisi tarafından müzakere edilen veya fiilen yerine getirilen sözleşmeyi imzalaması için grup şirketlerinden bir diğerini belirlemesi durumunda, imzacı olmayan şirketin sözleşmesel ilişkiye aktif katılıp katılmadığını incelenerek tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığına karar verilmektedir⁸⁵⁵. Bu anlamda, özellikle grup şirketlerinden birisinin sözleşmeyi imzalamak üzere seçilmesinin hukuken mümkün ve bilinçli olduğu gözetildiğinde, aynı grup içinde imzacı olmayan şirketlerin karşı tarafa yönelteceği taleplere veya sözleşmeyi imzalamayan ve fakat sözleşmeyle bağlantılı olan şirketlere karşı talepte bulunulmasına ilişkin yaklaşım önem arz etmektedir⁸⁵⁶. Bu taleplerin ileri sürülmesi gereken merci, imzacı olmayan şirketlerin, dahil olduğu sözleşmesel ilişkide yer alan tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı sorusunun irdelenmesi gerektiğini göstermektedir.

sorumluluktan ve yabancı mahkemelerin yargı yetkisinden kurtarmak için yaygın olarak kurulmaktadır (ZUBERBÜHLER, s. 19). Grup şirket yapısının, çok uluslu şirketlerin grup içindeki iş bölümü üzerinde etkili bir kurumsal organizasyon ve operasyon modeli olduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 611.

⁸⁵¹ESEN, *Teşmil*, s. 98-99; CHHURA, s. 2.

⁸⁵²HANOTIAU, *Lessons*, s. 344. Tarafların tahkim iradesini dar yorumlamanın, ticari girişimde menfaati olan ve aynı kurumsal ailenin üyesi olan diğer şirketlerin taleplerini tahkim yargılaması dışında bırakmanın ne mantıklı ne de pratik olacağı yönünde bkz. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 76.

⁸⁵³BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 2011, <https://transnational.law.nyu.edu/2011/07/third-parties-in-international-commercial-arbitration/>.

⁸⁵⁴BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1182. Bu doktrinin uygulanabilmesi için tahkim klozunu içeren esas sözleşme kurulduğunda, grup şirketinin mevcut olması gerektiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 162; MATHEUS LÓPEZ, s. 85.

⁸⁵⁵BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 157. Tahkim yargılamasının kişi bakımından kapsamını tespit edecek hakemlerin, imzacı olmayan şirketleri tahkim yargılamasının tarafı kabul etmesinin, doğrudan hakemlerin yetkisine ilişkin bir karar olduğu yönünde bkz. GAFFNEY, s. 1.

⁸⁵⁶GRAVEL/PETERSON, s. 515.

Şirketler topluluğu, hukuken bağımsız ve ayrı tüzel kişilikleri bulunan şirketlerin ekonomik bütünlük arz edecek şekilde birleşerek oluşturduğu şirket grubu olarak tanımlanabilir⁸⁵⁷. Devlet mahkemeleri ve hakemler, şirketler grubunun genel bir tanımını yapmasa da, somut olayın koşulları kapsamında, bir şirketin diğeri üzerindeki kontrolü veya ortak yönetim gibi unsurlara göre şirketler grubunun varlığı tespit edilebilir⁸⁵⁸.

Grup şirketler doktrini, Fransız mahkemeleri ve ICC kararlarıyla geliştirilmiştir⁸⁵⁹. Hatta *Kis France* kararında⁸⁶⁰, Fransız mahkemeleri grup şirketler doktrininin uluslararası ticari teamülün bir parçası olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir. Bu doktrin, hâkim şirketin ya da bağlı şirketlerin imzaladığı tahkim anlaşmasıyla imzacı olmayan diğer şirketlerin bağlı tutulmasını sağlamakta⁸⁶¹ ve farklı merciler önünde aynı uyuşmazlık için farklı davaların açılmasını önlemektedir⁸⁶². Öte yandan, tahkim anlaşmasının sadece taraflarını bağlaması ve tacirlerin ticari beklentileriyle uyumlu olarak, diğer şirketlerin devlet mahkemelerine başvurma

⁸⁵⁷GRAVEL/PETERSON, s. 515; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 48; ESEN, *Teşmil*, s. 98. Türk hukukunda şirketler topluluğu, doğrudan ya da dolaylı hâkimiyet altında olan ve bu hâkimiyete sahip bütün ticaret şirketlerinden oluşmaktadır (PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2024, s. 530). Şirketler topluluğu kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 521 vd.

⁸⁵⁸DERAINS, *Group of Companies*, s. 130.

⁸⁵⁹FERRARIO, s. 647; ESEN, *Teşmil*, s. 99; GAFFNEY, s. 1; SANDROCK, s. 944-945. 5103 sayılı ICC kararında hakem heyeti, grubu oluşturan şirketlerin çıkarları yerine, grubun bir bütün olarak genel çıkarlarının üstün tutulduğu bir sözleşmesel ilişki içine girildiğini, uluslararası ticari ilişkilerin güvenilirliğinin sağlanması bakımından bu ekonomik gerçekliğin dikkate alınması gerektiğini ve gruptaki tüm şirketlerin doğrudan veya dolaylı olarak kazanç sağladıkları borçlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacağını belirterek aynı grup içinde imzacı olmayan şirketleri de tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul etmiştir (*ICC Case No. 5103* (1988), 20 ICC Bull. (No. 2, 1991), Karar hakkında bilgi için bkz. FERRARIO, s. 668-669; SANDROCK, s. 944). Öte yandan, tahkim yerinin Fransa olmadığı uyuşmazlıklarda veya Fransız mahkemeleri haricinde diğer devlet mahkemelerinde, ayrı tüzel kişiliklerin kurumsal bir grup olarak değerlendirilebileceği fikri kabul edilmeyerek ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkesine sıkı bir şekilde bağlı kalındığı yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 617. Grup şirketlerinden birisi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının imzacı olmayan diğer grup şirketleri üzerindeki bağlayıcı etkisine ilişkin farklı yönlerde verilen hakem heyeti ve devlet mahkemeleri karar örnekleri için bkz. SANDROCK, s. 941-942, dn. 1-4.

⁸⁶⁰Paris Court of Appeal, 31 October 1989, *revue de l'arbitrage* (1992) p. 90, note by I. Aynès, Karara ilişkin bilgi için bkz. DERAİNS, *Group of Companies*, s. 138-139. Öte yandan, tahkim anlaşmasının görünüşte tarafı olmayan üçüncü kişilerin, grup şirketler doktrini kapsamında tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmayacağı yönünde çeşitli karar örnekleri bkz. ŞANLI, s. 600-607.

⁸⁶¹OTAZU Juan Marcos: "The Law Applicable to Veil Piercing in International Arbitration", *McGill Journal of Dispute Resolution*, *Revue de règlement des différends de McGill*, C. 5, S. 2, 2018-2019, heinonline.org, s. 35. Doktrinin uygulanması sonucu, ayrı tüzel kişiliği bulunan şirketlerin tahkim yargılamasında taraf olmasının sağlandığı yönünde bkz. ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 656; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 282.

⁸⁶²Nitekim üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu iddiası reddedildiğinde, imzacı olmayan şirketler aynı uyuşmazlığı devlet mahkemelerine taşıırken; imzacı şirketler aynı uyuşmazlığı tahkim yargılamasına taşıyacaktır (FERRARIO, s. 671, 673; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 53, dn. 79).

hakkının elinden alınmaması gerektiği belirtilmektedir⁸⁶³. Halbuki imzacı olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutularak tahkim yargılamasının tarafı haline getirilmesi, ilgili şirketlerin zımni olarak beyan ettikleri tahkim iradesi neticesinde mümkün olmaktadır.

Tahkim anlaşmasıyla bağlı olması istenen üçüncü kişinin, somut olayın koşulları kapsamında sözleşme müzakereleri, sözleşmenin ifası ve sona erdirilmesi bakımından üstlendiği rolün ölçüsüne ilişkin yeknesak bir uygulama mevcut değildir⁸⁶⁴. Dolayısıyla hakem heyetleri ve devlet mahkemeleri hâkim şirket, bağlı şirketler ve hatta şirket yöneticisi ve hissedarı olan gerçek kişiler ve devletlerin⁸⁶⁵ tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına ilişkin birbirinden farklı değerlendirmeler yapmaktadır⁸⁶⁶. Grup şirketler doktrininin uygulamasını tereddütsüz reddeden ülke içtihatları⁸⁶⁷ olduğu kadar, liberal bir yaklaşımla grup şirketler doktrinini kabul eden

⁸⁶³PARK, s. 16.

⁸⁶⁴FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 288; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 297; ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 659.

⁸⁶⁵FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 282. Devletlerin söz konusu olduğu durumlarda, grup şirketler doktrininin uygulanabilirliğinin kesin olmadığı yönünde bkz. MEYNIEL, s. 50. Devlet birimleri tarafından imzalanan tahkim anlaşmasıyla devletin bağlı tutulması, yargı dokunulmazlığı gibi ek sorunlar doğurabilse de, grup şirketler doktrini değerlendirmesinde tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı belirlenirken tahkim iradesi esas alındığından, farklı bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmayacağı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 290 vd.; HANOTIAU, *Lessons*, s. 346-347. Fransız mahkemelerinin, imzacı olmayan kişiler veya devletleri de esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshinde davranış yoluyla ortaya koydukları irade sebebiyle, tahkim klotunun kişi bakımından kapsamına dahil edebileceği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 547. Grup şirketler doktrininin gerçek kişiler ve devletler bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin çeşitli görüşlere ilişkin bilgi için bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 266.

⁸⁶⁶Grup şirketler doktrininin uygulanması ile tahkim anlaşmasına taraf kabul edilen tüzel kişiler çoğunlukla, tahkime taraf olan şirketin hâkim şirketi ile iştirakleridir; ancak, gerçek kişi olarak, şirketin yöneticileri ve pay sahiplerinin de tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması mümkündür (ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 656-657; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 288-289). Hakemden tahkim klotunun, imzacı şirkette önemli yönetsel role sahip imzacı olmayan gerçek kişiyi kapsamı talep edilebilir. Ancak gerçek kişi tarafından dolandırıcılık yapıldığına dair kanıt bulunmadıkça veya gerçek kişi tahkim klotu dahil olmak üzere sözleşmeyle şahsen bağlı olmayı kabul etmedikçe, grup şirketler doktrini uyarınca, gerçek kişi üzerinde yargı yetkisi kabul etmeme yönünde belirgin bir eğilim olduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 156.

⁸⁶⁷DERAINS, *Group of Companies*, s. 134; SANDROCK, s. 945-947; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 845. Örneğin, İngiliz mahkemelerinin grup şirketler doktrinini kabul etmediği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1454; PARK, s. 23-24; WOOLHOUSE, s. 435. Bununla birlikte, her ne kadar İngiliz hukukunda bu konuya ilişkin muhafazakar bir yaklaşım benimsense de, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun grup şirketler doktrinini tanıması halinde, İngiliz mahkemelerinin bu hakem kararını tenfiz edeceği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 31. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda grup şirketler doktrininin kabul edilmediği yönünde bkz. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, s. 144; DERAINS, *Group of Companies*, s. 136; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 843, 847; PARK, s. 23-24. Özdemir Kocasalak'a göre, İsviçre hukukunda grup şirketler doktrininin kabul edilmediği belirtilse de, 2014 yılında Federal Mahkeme tarafından verilen kararda dayandırılan gerekçeler, grup şirketler doktrini uygulanırken kullanılan gerekçelerden çok da farklı değildir. Her iki halde de asıl önemli olan, tahkim anlaşmasıyla bağlı olması istenen şirketin, görünürde tahkim anlaşmasına taraf olan şirketin yanında sözleşmeye taraf olma iradesi ve sözleşmenin karşı tarafının imzacı olmayan şirketin sözleşmenin tarafı olması yönündeki iradelerinin buluşmasıdır. İmzacı

tahkim dostu ülke içtihatları⁸⁶⁸ da mevcuttur. Bu içtihat farklılığı, grup şirketler doktrininin cesur bir şekilde uygulanması konusunda, taraflar ve hakem heyetleri nezdinde belirsizlik yaratmakta⁸⁶⁹ ve verilecek hakem kararının icrasında doğuracağı olası problemler⁸⁷⁰ sebebiyle tereddütlere yol açmaktadır. Dolayısıyla, gerekliliği sıkça sorgulanan bu doktrin milletlerarası arenada ciddi bir şüpheyile karşılanmaktadır⁸⁷¹.

Grup şirketler doktrinine karşı gelişen bu şüpheli tutumun gerekçeleri, ticaret hukuku ve tahkim hukukunu ilgilendirmektedir. İlk sebep, temel ticaret hukuku

olmayan şirket, tahkim iradesini sözleşmenin her bir aşamasında adeta sözleşmenin tarafı gibi hareket ederek ortaya koymaktadır. İsviçre hukukunda grup şirketler doktrininin nasıl ele alındığına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 52-53. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda, grup şirketler doktrininin uygulanmasının sınırlı olduğu ve tarafların gerçek ortak iradelerini yansıttığı sürece reddedilmediği yönünde bkz. MEYNIEL, 30. İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasının diğer tarafının yaratılan izlenim sebebiyle adeta aldatıldığı durumlarda, çok istisnai olarak grup şirketler doktrininin uygulanmasının kabul edildiği ve yaratılan güven temelinde dürüstlük kuralına dayalı olarak yapılan değerlendirmelerde, tarafların zımni iradelerinin yorumlanmasından ve tahkim iradesi temelinden uzaklaşıldığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 48, 59-63. ABD hukukunda, bu doktrin doğrudan grup şirketler doktrini adı altında uygulanmadığı ancak farklı doktrinler ışığında, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesine imkân tanındığı yönünde bkz. HALİS KASAP, s. 94-101. *Sarhank v. Oracle* gibi bazı davalarda (Kararın açık atfı için bkz. dn. 907) ABD mahkemelerinin grup şirketler doktrinini uygulamayı ve hatta adını zikretmeyi dahi reddettiği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 39-42. Almanya’da ise bu doktrininin uygulanmasının grup şirketlerden birisi sözleşmenin kurulması, ifası veya feshinde aktif rol oynamış olsa da kabul edilmediği ve Brezilya’da ise bu doktrin açıkça desteklenmese de, bu doktrine güncel bir kararda karşı da çıkmadığı yönünde bkz. MEYNIEL, s. 30.

⁸⁶⁸Almanya, İsviçre ve Hindistan hukuklarının pozitif anlamda sürpriz kararlar verebileceği yönünde bkz. CHHURA, s. 4-7. *Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another* davasında Hindistan Yüksek Mahkemesi, grup şirketler doktrininin Hindistan tahkim hukukunda kabul edilebilirliğini, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına taraf olarak katılımını ve tahkim kanunun tarafların davranışlarına dayanarak tahkim iradesinin belirlenmesine izin verip vermediğini değerlendirmiştir. Verilen kararda, imzacı olmayanlar bakımından şekilci bir irade şartından artık yavaş yavaş vazgeçildiği, Hint Tahkim Kanunu hükümleri kapsamında taraf sıfatının kazanılması bakımından, ilgili kişinin tahkim anlaşmasını veya esas sözleşmeyi mutlaka imzalamış olmasının gerekmediği, grup şirketler doktrininin birden fazla taraf ve sözleşme içeren karmaşık işlemler bağlamında, tarafların iradelerini belirlemede faydalı olduğundan Hindistan hukukunda kabul edilmesi gerektiği, *kompetenz-kompetenz* prensibi kapsamında imzacı olmayan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığına karar verme yetkisinin hakem heyetine bırakılması gerektiği ve grup şirketler doktrinin kabul edilmesinin tahkim anlaşmasını imzalamayan tarafları bağlamak için diğer doktrin ve ilkelerin uygulanmasını dışlayacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir (*Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another*, Judgment of The Court).

⁸⁶⁹HALİS KASAP, s. 106. Tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk, farklı yargı mercileri tarafından aynı belirlense de, bu hukukun yorumu neticesinde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması değerlendirmesi değişebilecektir. Dolayısıyla somut olayın koşullarının ve buna karar verecek yargı mercinin takdir yetkisi oldukça önemlidir (DIMOLITSA Antonias: “L’« extension » de la clause compromissoire à des non-signataires: rien de neuf”, ASA Bulletin, C. 30, S. 3, 2012, ss. 516-538, ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 63’ten naklen).

⁸⁷⁰SAMAL Adyasha: “Extending Arbitration Agreements to Non-Signatories: A Defence of the Group of Companies Doctrine”, *The King’s Student Law Review*, C. 11, S. 1, 2020, heinonline.org, s. 74; CHHURA, s. 4-7. Bu doktrin uygulanması neticesinde tahkim anlaşmasına taraf kabul edilen şirketin, tenfiz aşamasında NYK m. II hükmüne dayanarak tenfize engel olmaya çalışması ihtimali de bu doktrin uygulanmasında şüpheli yaklaşımı beslemektedir (ÖZEL, s. 322).

⁸⁷¹PINSOLLE, s. 213; FERRARIO, s. 647-673; HALİS KASAP, s. 94; İLHAN, s. 141.

kurallarından biri olan, aynı gruba dahil şirketlerin tüzel kişiliğinin ayrı olması ve sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler topluluğunun varlığı halinde de devam ediyor olmasıdır⁸⁷². Nitekim, grup şirketler doktrini uygulandığında, farklı tüzel kişiliklerin varlığı olgusu görmezden gelinmektedir⁸⁷³. İkinci sebep ise, grup şirketler doktrininin tahkim iradesine ve irade serbestisi kavramına aykırı değerlendirilmesidir⁸⁷⁴.

Grup şirketler doktrini, aynı grupta yer alan imzacı olmayan şirketin tahkim yargılaması başlatması veya yine aynı grupta yer alan imzacı olmayan şirket aleyhine tahkim yargılaması başlatılması halinde uygulama alanı bulabilir⁸⁷⁵. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini kapsamında davalılar bakımından bağlayıcılığı için ele alınan ilke ve ölçütler, davacılar bakımından bağlayıcılığı değerlendirilirken de dikkate alınmalıdır⁸⁷⁶. Bir başka görüşe göre ise tahkim anlaşmasının tarafı olan kişinin, imzacı olmayan kişi aleyhine tahkim yargılaması başlatması ile imzacı olmayan kişinin, tahkim anlaşmasının tarafı olan kişi aleyhine tahkim yargılaması başlatması, birbirinden farklı değerlendirilmeli ve ikinci ihtimalde taraf iradelerinin varlığı daha kolay kabul edilmelidir. Nitekim bu ihtimalde, tahkim anlaşmasında imzası bulunan taraf, tahkim iradesini sözleşme imzalanırken beyan etmiş iken; imzacı olmayan kişi, tahkim iradesini uyuşmazlığı tahkim

⁸⁷²HACKNEY William P./BENSON Tracey G.: "Shareholder Liability for Inadequate Capital", University of Pittsburgh Law Review, C.43, S. 4, Yaz 1982, heinonline.org, s. 872-873; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 165. Bir hâkim veya bağlı şirketin, sözleşmenin kurulmasında ve ifasında aktif rol oynadığı hallerde, grup şirketlerini ayrı tüzel kişilikler olarak kabul etmek, iyiniyet prensibine ve ekonomik gerçekliğe aykırı olacaktır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 146). Şirketler grubunun varlığı halinde de, grubu oluşturan şirketlerin bağımsız tüzel kişiliklerinin devam ettiği ve bu sebeple, imzacı olmayan şirketlerin tahkim iradesinin önemli olduğu yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 45. Türk hukukunda, şirketler topluluğu düzenlemeleri uyarınca, hâkim şirketin talimatıyla bağlı şirketine tahkim anlaşması akdettirebileceği ve fakat bu durumun tahkim anlaşmasının diğer tarafının hâkim şirket aleyhine tahkim yargılaması başlatabileceği anlamına gelmeyeceği, tam hâkimiyet halinde dahi bağlı şirketin bağımsız tüzel kişiliği olgusunun hâlâ devam ettiği yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1153, 1155. Kanaatimizce bu durumda, hâkim şirket sadece yönlendirme fonksiyonu gördüğünden, kendi iradesi söz konusu değildir. Dolayısıyla hâkim şirketin zımni tahkim iradesi de tartışılmamaktadır.

⁸⁷³CHHURA, s. 4. Sınırlı sorumluluk ilkesinin ve ayrı tüzel kişiliklerin varlığının, sözleşmenin tarafı olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesini engelleyeceği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 276. Bu çerçevede, İsviçre hukukunda grup şirketlerinin bağımsız tüzel kişiliklerinin varlığının katı bir şekilde kabul edildiği örnekler için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 47-48. Bununla birlikte, ahlak kuralları açısından değerlendirme yapıldığında, aslında grup şirketler doktrini ile tüzel kişiliklerin bağımsızlığı prensibinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 285.

⁸⁷⁴ESEN, *Teşmil*, s. 132; CHHURA, s. 7.

⁸⁷⁵HALİS KASAP, s. 90.

⁸⁷⁶HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 298; HANOTIAU, *Lessons*, s. 353. Hanotiau tarafından önerilen bu testin, yani üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlılığı değerlendirmesinde taraf sıfatı değiştiğinde aynı sonuca varılıp varılmayacağı incelemesinin, oldukça önemli olduğu yönünde bkz. WAINCYMER, s. 539.

yargılamasına taşıyarak beyan etmiş kabul edilmelidir⁸⁷⁷. Aksi yöndeki görüşe göre ise imzacı olmayan kişinin tahkim klotuyla bağlı olup olmadığı sorusu, tahkim anlaşmasının geçerliliğini ilgilendiren bir mesele olduğundan, tahkim anlaşmasının varlığı için taraflardan birinin *in abstracto* yani “soyut ve genel olarak” tahkim iradesini beyan etmesi yeterli değildir; bu iradenin belirli bir kişiyle tahkim anlaşmasına taraf olmak şeklinde beyan edilmesi şarttır⁸⁷⁸. Bu nedenle, bu iki grup arasında tahkim iradesinin ispatı bakımından farklı eşikler belirlenerek, imzacı kişinin imzacı olmayan bir kişiyle aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkimi kabul ettiğinin varsayılması gerekir⁸⁷⁹. Sözleşmeler hukuku açısından imzacı ya da imzacı olmayan kişilerle ilgili irade karineleri oluşturmak bir oksimorondur⁸⁸⁰. Biz de zımni tahkim iradesinin tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gerekliliğini dışlamadığından hareketle, imzacı olmayan kişinin davacı veya davalı olduğu hallerde ispat eşiği bakımından farklı bir değerlendirme yapılmaması gerektiği görüşüne iştirak etmekteyiz⁸⁸¹.

⁸⁷⁷PONGRACZ Irina Adriana: “The “Group of Companies” Doctrine-Between Myth and Reality”, Romanian Arbitration Journal/Revista Romana de Arbitraj, C. 5, S. 2, Nisan-Haziran 2011, s. 5. İmzacı olmayan tarafın, imzacı tarafa karşı tahkim yargılamasına başvurduğu ihtimalde, bu talebe direnen tarafın, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebileceğini kabul etmesinden hareketle, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi için ispat eşiğinin daha düşük kabul edilebileceği ve fakat imzacı olmayan bir tarafa karşı tahkim yargılamasına başvurulursa, açık kabul aranacağı yönünde bkz. PARK, s. 21. İmzacı olmayan davacı tarafın tahkim yargılaması başlattığı senaryo ile imzacı olmayan davalının hakemin yetkisine itiraz ettiği senaryolar birbirinden farklıdır. İlk durumda, davacı taraf, tahkim klotuna yönelik iradesini zaten açıkça beyan etmiştir. İkinci durumda ise öncelikle davalının tahkim iradesinin kanıtlanması gerekmektedir (HANOTIAU, *Lessons*, s. 353, dn. 28). Bir senaryoda, imzacı olmayan kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına itiraz ederken (*pasif hal*), diğer bir senaryoda, imzacı olmayan kişi, imzacı aleyhine taleplerinin tahkim yoluyla çözümlenmesini isteyerek tahkim iradesini beyan etmektedir (*aktif hal*). Buna bağlı olarak, mesele genelde imzacı olmayan kişinin bakış açısıyla değerlendirildiğinden, aktif halin meşrulaştırılması daha kolay kabul edilebilir (MEYNIEL, s. 25-26).

⁸⁷⁸BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 189; BREKOULAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 149-150.

⁸⁷⁹BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 189; BREKOULAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 149-150.

⁸⁸⁰BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 189. *Dow Chemical* kararında, imzacı olmayan kişilerin davacı sıfatının değerlendirildiği, bu kararın imzacı olmayanların davalı sıfatıyla tahkim yargılamasına dahil edilip edilemeyeceği meselesini doğrudan kapsamasa da, irade değerlendirmeleri olgusal olduğundan bu durumun bir karine yaratmadığı ve dolayısıyla imzacı olmayanın davacı olmasının tahkim yargılamasına katılmasını kolaylaştırdığı yönündeki varsayımı haklı kılmadığı yönünde bkz. WAINCYMER, s. 524.

⁸⁸¹Nitekim bazı yazarlara göre, imzacı olmayan kişinin tahkim yargılaması başlatan veya tahkim yargılamasına direnen kişi olmasına bağlı olarak, farklı ispat standartlarının uygulanması için hiçbir gerekçe yoktur. Tahkim yargılaması iradeye dayanır ve kişi tahkim iradesini bir kez beyan ettiğinde, bu irade tüm dünyaya yönelik değildir. Bu irade, sadece belirli bir tarafla, belirli uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yoluyla çözümlenmesi konusunda bir iradedir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1416; MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 263-264). *Meyniel*’e göre de imzacı tarafın iradesi ile imzacı olmayan kişinin iradesi eşit değerlendirilmelidir. Dolayısıyla imzacı taraf sözleşmenin asli tarafıyla, belirli bir sözleşmeden doğacak hukuki uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yoluyla çözümlenmesi konusunda anlaşmış olsa da, imzacı olmayanların kendisine karşı sahip olabileceği tüm taleplere karşı genel bir şekilde tahkim yargılamasını kabul ettiği söylenemeyecektir (MEYNIEL, s. 25-26).

b. Grup Şirketler Doktrininin Zımni Tahkim İradesi Kapsamında Yorumlanması

Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi bakımından, grup şirketler doktrini ile zımni tahkim iradesi kavramları ciddi oranda örtüşmektedir⁸⁸². Nitekim grup şirketler doktrini, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına yönelik çeşitli davranışlarıyla beyan ettiği zımni tahkim iradesine dayanmaktadır⁸⁸³. Diğer bir ifadeyle, zımni irade beyanının varlığı tespit edildiğinde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesini meşrulaştırmak için bir doktrin yaratmaya gerek yoktur⁸⁸⁴. Grup şirketler doktrini, irade temelinde kurgulandığından, bütün ulusal kanunlarda yer alan zımni irade gibi sözleşmeler hukuku ilkeleri ve sözleşmelerin kurulması ve yorumlanmasına ilişkin genel kurallar kapsamında da, imzacı olmayan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı belirlenebilecektir⁸⁸⁵.

⁸⁸²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 53. Grup şirketler doktrini çerçevesinde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, her somut olayın koşullarına göre değişecekse de, hakem heyetleri ve mahkemeler tarafından takip edilen mantık benzerdir. Ulaşılan sonuç genelde adalet kaygısından ziyade, tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının, sözleşmeler hukuku analizine dayanarak belirlenmesidir (HANOTIAU, *Lessons*, s. 358; MEYNIEL, s. 22). Bu doktrin, şirketler grubu içerisindeki şirketlerden birisi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla, esas sözleşmenin müzakereleri, ifası veya sona erdirilmesinde oynadığı rol sebebiyle, grup içindeki diğer bir şirketin zımni tahkim iradesiyle bağlı olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla bu doktrin, imzacı olmayan şirketin tahkim anlaşmasının kurulmasına ilişkin farkındalığını, somut olayın koşulları kapsamında yorumlayarak, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanı ile kurulması bakımından “*kendine has bir geçerlilik*” öngörmektedir (ESEN, *Teşmil*, s. 29; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 272–274). Birçok farklı kriteri içinde barındıran ve tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişileri bağlı tutabilmek için geliştirilen grup şirketler doktrininin, temelinde zımni iradeye dayandığı ve sadece zımni iradenin kanıtlanması zor olduğundan yaratıldığı yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 279.

⁸⁸³BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1449; YILMAZ, s. 215; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 39; LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 840; MANTILLA-SERRANO Fernando, “Multiple Parties and Multiple-Contracts: Divergent and Comparable Issues?”, *Multiparty Arbitration* (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 7, Kluwer Law International, 2010, s. 25; ZUBERBÜHLER, s. 25; CHHURA, s. 8; *Shapoorji Pallonji And Co. Pvt. Ltd v. Rattan India Power Ltd & Anr.*, prg. 39. Grup şirketler doktrini *lex mercatoria* kaynaklı ortaya çıkarılmış olsa da, aslında tamamen irade kavramı üzerine kurulu olduğundan, irade yoksa bu doktrin kapsamında imzacı olmayan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilemeyeceği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 32. Grup şirketler doktrinin uygulandığı hallerde, iradenin davranışlar vasıtasıyla beyan edildiği yönünde bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 269. Tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının belirlenmesinin, sözleşmenin kurulması, ifası ve feshinde oynanılan rolden anlaşılan zımni iradeye ya da sınırlı olarak başka şirketler hukuku teorilerine dayandığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 358.

⁸⁸⁴Fransız uygulamasında, tahkim iradesinin varlığının, imzacı olmayan kişinin sözleşmenin ifasına önemli ölçüde dahil olmasından doğrudan kabul edilebileceği ve bu sebeple grup şirketler doktrininin önemsiz hale geldiği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 44. Konuya farklı bir açıdan yaklaşan SANDROCK, grup şirketler doktrinine karşı çıkmaktadır. Yazara göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun izin verdiği ölçüde hâkim şirketin, fiilen sözleşmenin tarafı gibi davranması veya bu yönde bir izlenim yaratmasıyla sınırlı şekilde, bu doktrine gerek kalmadan zımni temsil ve görünüşte temsil gibi hukuki kurumlarla da aynı sonuca ulaşılabilecektir (SANDROCK, s. 952-959).

⁸⁸⁵BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 153; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 86. ABD mahkemelerinin, grup şirketler doktrinini zikretmeksizin, sözleşmeler hukuku teorilerini uygulayarak benimsediği sözleşmeye dayalı yaklaşım, hem ekonomik kontrol hem de zımni irade

Öte yandan, grup şirketler doktrini ve zımni tahkim iradesinin örtüşmediği durumların mevcut olduğu da belirtilmelidir. Bu durumlar, imzacı olmayan şirketi tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edebilmek amacıyla, şirketler grubunun varlığının tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline gerekçe teşkil etmesinde kendini göstermektedir. Nitekim, bir grup şirketinin varlığı halinde, zımni irade değerlendirmelerinden ziyade, başka gerekçeler kapsamında doğrudan grup şirketinin varlığı sebebiyle üçüncü kişiye tahkim anlaşmasının teşmil edildiği görülmektedir⁸⁸⁶. Örneğin, imzacı olmayan kişiler özellikle usul ekonomisi sebebiyle, adeta tahkim

beyanının kombinasyonunu gerektirmediğinden, imzacı olmayan kişileri tahkim anlaşması ile bağlı kabul etmek için daha esnek koşullar sunmaktadır (MEYNIEL, s. 45-46). *Dow Chemical* kararının grup şirketler doktrinini doğurmadığı, bu doktrinin Fransız hukukunun bir parçası olmadığı, grup şirketin varlığının imzacı olmayan şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması için tek başına yeterli olmadığı konusunda hemfikir olunduğu, bu doktrinin sadece davranış yoluyla beyan edilen iradenin garip bir ifadesi olduğu ve davranışın belirli durumlarda irade olarak değerlendirilebilmesi için dikkate alınması gereken tüm faktörler ve çevresel koşullar arasında şirketler grubunun varlığına atıf yaptığı, grup şirketler doktrininin kendi başına bir geçerliliği olmadığı, bu doktrinin hukuki değerlendirmeden kaçmak için kestirme bir yol olarak kullanıldığı, bu doktrine atıf yapmaktan vazgeçilmesi gerektiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 546. Hatta bir görüşe göre, imzacı olmayan şirket sözleşmeyle bağlı kabul edilirken, grup şirketler doktrini yerine sözleşmeler hukuku kurallarının uygulanması halinde, gerçek veya tüzel kişi fark etmeksizin devletlerin de dahil olduğu herhangi bir hukuk süjesinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 50.

⁸⁸⁶Grup şirketler doktrininin bazı kriterleri zımni irade beyanı olarak kabul ederek “rıza yerine kullandığı” yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 29. Bazı ICC kararlarında, esas sözleşmenin akdi ve ifası aşamalarında, grup şirketler bünyesinde yer alan birden fazla şirket tarafından yaratılan karmaşa sebebiyle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumunda olan şirketlere teşmiline karar verilmiştir. Kararlar için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 293-294, 298. İsviçre hukuku kapsamında, teşmil talebinde bulunan kişinin, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan grup şirketlerinden hangisiyle sözleşmeyi akdettiğini belirleyemeyecek kadar karışık bir grupla karşı karşıya olması halinde, sözleşmenin karşı tarafının hatalı fakat makul inancının korunması gerektiğinden ve hukuki görünüme güven ilkesinden hareketle üçüncü kişiye tahkim anlaşmasının teşmilinin gündeme gelebileceği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 57-58. Bazı mahkemelerin, salt tahkim klotunun varlığını bilmekle ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmek istenen davacı veya davalının, uyuşmazlıkla ilgili olması sebepleriyle sınırlı bir inceleme yaptığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 352. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 108. Şirketler grubunun varlığı halinde her zaman fiili rızanın aranmayacağı ve kimi hallerde temsil ilişkisi, *alter ego* kavramı veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi gibi teorilerin devreye girebileceği yönünde bkz. WAINCYMER, s. 524-525.

anlaşmasının tarafı muamelesi görebilmektedir⁸⁸⁷. Bu durumlarda, zımni tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceğinden, tipik bir teşmil durumu söz konusudur. Bir teşmil doktrini olarak, sırf bu alanla sınırlı şekilde, grup şirketler doktrininin kabul edilip edilemeyeceği ise çalışmamızın değerlendirme kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, usul ekonomisi kaygıları ve uyuşmazlık süreci ve sonrasına ilişkin birtakım gerekçelerle, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının genişletilmesi, tahkimin iradeye dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması sebebiyle doğasına aykırıdır. Nitekim, imzacı olmayan bir kişinin zımni tahkim iradesi, somut olayın koşulları açısından bir olasılıktan ziyade kesinlik derecesinde tespit edilmelidir⁸⁸⁸.

Sözleşmeler hukukunun en temel kavramlarından birisi olan zımni irade beyanı kavramının, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasına gerekçe olması, farklı hukukların bu konuya farklı yaklaşması ihtimali kapsamında, olası tenfiz

⁸⁸⁷ICC tarafından, devlet mahkemelerinde ve tahkimde yürütülecek birbirinin kopyası ayrı iki yargılama yerine, tek bir tahkim yargılamasının daha makul olacağından hareketle, talepler ve âkit tarafların yükümlülüklerinin iç içe geçtiği gerekçe gösterilerek tahkim anlaşmasının üçüncü kişi sıfatını haiz bağlı şirketlere teşmiline imkân tanındığı yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 108. *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile and others* davasında, bir hâkim şirkete ve bağlı şirketine yönelik iddialar aynı olaylara dayandığında ve doğal olarak birbirinden ayrılamaz olduğunda, hâkim şirket tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmasa bile, hâkim şirkete yönelik iddiaların tahkim yargılamasında ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Mahkeme, hâkim şirketin devlet mahkemelerinde ikame edilen davada kendini savunması beklenirse, başlatılan tahkim yargılamasının anlamsız olacağını ve tahkim lehine olan federal politikanın engelleneceğini de belirtmiştir (US Court of Appeals Fourth Circuit, *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile and others*, 863 F.2d 315, 13.12.1988, law.justia.com). *Zuberbühler*'e göre, *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile and others* kararının temelinde yatan düşünce, hâkim şirketin mahkemeye başvurmaya zorlanması halinde, bağlı şirketin başlattığı tahkim yargılamasının anlamsız hale geleceği ve böylece tahkim lehine federal politikanın engelleneceğiydi. İmzacı tarafların tahkim anlaşmasına ilişkin gerçek iradelerinin tespiti mahkemenin öncelikli meselesi değildi (ZUBERBÜHLER, s. 32). ABD hukukunda, grup şirketinin varlığı halinde esastan ziyade usule ilişkin kaygılarla imzacı olmayan şirketler tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiğinden, grup şirketler doktrininin Fransız hukukunda uygulanma biçimiyle ABD hukukunda uygulanma biçiminin oldukça farklı olduğu yönünde bkz. DERAİNS, *Group of Companies*, s. 136-137. Grup şirketler doktrini bağlamında, tahkim anlaşmasında şeklen taraf olarak gösterilmeyen şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinin sebebinin, eşitlik ilkesi ve adalet kavramı olduğu ve başlatılan tahkimde ciddi etkileri olacak üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılımının kabul edilmesinin, mantık ve adaletin gereği olduğu ve fakat bu kabulün ancak tahkim anlaşmasında spesifik olarak belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin olduğu durumlar halinde ya da kapsamı dar bir şekilde düzenlenmiş olması ihtimalinde kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. CHHURA, s. 17. Öte yandan, Yargıtay verilecek kararın üçüncü kişi konumunda olan şirketin haklarını doğrudan etkilemesini, ilgili şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi bakımından yeterli görmemiştir (Yargıtay 11. HD., 14.07.2006 tarihli ve 2005/7964 E., 2006/8410 K., www.lexpera.com). Doktrinde, *Dow Chemical* kararında ortaya koyulan ilkelerin hepsinin her zaman aranmadığı ve gruba dahil şirketlerin işlemlerinin, tek taraf muamelesi görmelerini gerektirecek kadar iç içe geçmesinden hareketle, imzacı olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1136-1137.

⁸⁸⁸YİĞİT, s. 78.

engellerini ve iptal sebeplerini bir noktada bertaraf edebilecektir⁸⁸⁹. Nitekim grup şirketler doktrininin uygulandığı bir hakem kararını konu edinen tanıma/tenfiz veya iptal davasında, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun sözleşmeler hukuku kuralları uygulanarak imzacı olmayanın tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığına karar verilecektir. Bu şekilde tespit edilen hukukta, grup şirketler doktrininin kabul edilmiyor olması ihtimali her zaman mevcut iken; her ne kadar yapılacak yorum faaliyeti kapsamında farklı sonuçlara ulaşılması ihtimali her zaman mevcut olsa da, zımni irade beyanı kavramının tanınmıyor olması mümkün değildir. Dolayısıyla, uygulama alanı bakımından, grup şirketler doktrini aslında oldukça sınırlı bir role sahiptir⁸⁹⁰ ve temel olarak tahkim iradesinin nasıl kanıtlanabileceği konusunda yol göstermektedir⁸⁹¹.

Grup şirketler doktrininde belirleyici unsur, tarafların ortak iradelerinin, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının tarafı olması yönünde olduğunun tespiti⁸⁹². Dolayısıyla, önemli olan tarafların gerçek niyetidir⁸⁹³. Bu doktrinin uygulandığı durumlarda, yazılı bir tahkim anlaşması mevcuttur ve bu anlaşmayla bağlı olmayı kabul eden taraflar tespit edilmektedir⁸⁹⁴. Tahkim anlaşmasına ilişkin tarafların ortak iradelerinin bu doktrin kapsamında tespiti bakımından, imzacı olmayan şirketin imzacı şirketlerden biriyle aynı şirketler grubuna dahil olması ve imzacı olmayan şirketin tahkim klozu içeren sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya feshine aktif olarak katılması gerekmektedir⁸⁹⁵. Böylece tarafların gerçek iradeleri, esas sözleşmenin

⁸⁸⁹Şartları net bir şekilde belirlenmiş bir doktrinin, uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilerek sonuca varılması gerektiği ve bu yaklaşımın milletlerarası ticari ilişkilerde hukuki öngörülebilirliği sağlayacağı yönünde bkz. GAFFNEY, s. 3.

⁸⁹⁰DERAINS, *Group of Companies*, s. 130; MATHEUS LÓPEZ, s. 86.

⁸⁹¹MEYNIEL, s. 29-30.

⁸⁹²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 51; HANOTIAU, *Lessons*, s. 343-344, 352; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 283

⁸⁹³MAYER, s. 190. Grup şirketler doktrini, 11405 sayılı ICC kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Fransız milletlerarası tahkim hukukunda, aynı şirketler grubuna dahil imzacı olmayan kişilerin, her zaman veya belirli koşullarda, bir tahkim klotuyla bağlı olacağını öngören genel bir kural yoktur. Önemli olan, tüm tarafların imzacı olmayan kişinin tahkim klotuyla bağlı olmasını isteyip istemediğidir. Sadece imzacı taraflar değil, imzacı olmayanlar da tahkim klotuyla bağlı olmayı amaçlamış (veya diğer tarafları amaçladıklarına makul ölçüde inandırmış) olmalıdır.”, (ICC Case No. 11405 (2001), Interim Award of November 29, 2001, Kararın ilgili kısmı için bkz. FERRARIO, s. 651; DERAİNS, *Group of Companies*, s. 135). 11405 sayılı ICC kararında, sözleşmenin ifasında yer alan, sözleşmeden doğan bazı yükümlülükler bakımından müşterek ve müteselsil sorumluluğu olan ve sözleşmeden doğan bazı haklara sahip olan kişinin, uyuşmazlık konusu sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, tahkim anlaşmasıyla zımni iradesi sebebiyle bağlı olduğuna hükmedildiği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 25.

⁸⁹⁴DERAINS, *Group of Companies*, s. 134, 138. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 42-43.

⁸⁹⁵BREKOUŁAKIS, *Third Party*, s. 279; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 42-43. İmzacı olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulabilmesi için aranan diğer şartların,

ifasına katılım neticesinde tespit edilmektedir⁸⁹⁶. Ortak irade, imzacı olmayanların tahkim anlaşması hakkında bilgi sahibi olduğuna dair karinenin varlığından da tespit edilmektedir⁸⁹⁷. Zira bir şirketler grubunun varlığı, imzacı olmayanların esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshine aktif olarak katılarak tahkim kloxunun varlığını bildiklerini açıklayan bir işleve sahip olmaktadır⁸⁹⁸. Bu kabul, grup şirketler doktrininin zımni tahkim iradesinin tespitindeki işlevselliğine işaret etmektedir⁸⁹⁹. Bu doğrultuda, grup şirketler doktrininin, zımni tahkim iradesinin ispatında birtakım kriterler öngördüğü ve zımni tahkim iradesinin ispatı bakımından işlevsel nitelikte olduğu söylenebilir.

Tüm tarafların ortak iradeleri bakımından incelenmesi gereken en önemli soru, şirketler grubunda yer alan imzacı olmayan şirketin tahkim anlaşmasını imzalamamasına rağmen sözleşmeye taraf olduğu yönünde bir inanç yaratıp yaratmadığıdır⁹⁰⁰. Dolayısıyla, öncelikle grupta iş yapan kişinin tutum ve davranışları;

grup içindeki şirketlerin faaliyet alanlarındaki iç içelik ve şirketlerin tamamının sözleşmeden doğan hak ve borçlara katılması olduğu yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 52; HANOTIAU, *Groups of Companies*, s. 286-287. İmzacı tarafla olan ilişkinin doğrudanlığı ve uyumsuzluk konusunun ortaklığı gibi faktörlerin, imzacı olmayan kişilerin istisnai olarak tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesine sebep olacağı ve tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesinde iç içe geçmiş sözleşmelerin değerlendirilmesinin, imzacı olmayan kişilerin tahkim iradesini gösterebileceği yönünde bkz. PATHAK, s. 604-607.

⁸⁹⁶MAYER, s. 199. İmzacı şirketlerin belirlenmesinin sadece sözleşmenin ifasına ilişkin ayrıntıları ilgilendirdiği varsayımıyla, esas sözleşmenin diğer tarafının da sözleşmesel ilişkiye bütün grup ile girdiği düşüncesine sahip olması ve grup şirketlerinden hangisinin sözleşmeyi ifa edeceğiyle ilgilenmemesi veya ilgili şirketlerin, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerle katılım göstermesi gibi durumlar da, imzacı olmayanları tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul ederken dikkate alınmaktadır (HANOTIAU, *Lessons*, s. 352).

⁸⁹⁷DERAINS, *Group of Companies*, s. 134.

⁸⁹⁸DERAINS, *Group of Companies*, s. 140. Bu sebeple, bazı durumlarda, bir tarafın davranışının mutlaka zımni irade olarak değerlendirilmemesi gerekir. Nitekim, bir tarafın sözleşme müzakerelerine ve sözleşmenin ifasına önemli ölçüde dahil olması ve tahkim kloxunun varlığından haberdar olması, iradenin yerine geçerek kendi başına bir konuma sahip olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla, bir tüzel veya gerçek kişinin sözleşme müzakereleri ve sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları, devlet mahkemeleri ve hakem heyetleri tarafından bazen zımni irade olarak değerlendirilse de, bazen de irade yerine geçen bir unsur olarak değerlendirilebilir. Karar örnekleri için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 270-274.

⁸⁹⁹Grup şirketler doktrininin, tahkim iradesini gösteren spesifik olgu ve davranışlara dikkat çektiğinden, imzacı olmayan şirketin zımni tahkim iradesini belirlemeyi kolaylaştıran bir araç olarak kullanılabileceği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 546. Nitekim Dow Chemical kararında grup şirketler doktrininin aslında zımni irade beyanının tespitinde araç olarak kullanıldığı yönünde bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 844. Grup şirketler doktrininin, tahkim anlaşmasının taraflarının belirlenmesi bakımından objektif bir kural koymaktan ziyade, taraf iradelerinin yorumlanmasında dikkate alındığı yönünde bkz. ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 659. Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesini sağlayan teoriler, üçüncü kişilerin tahkim iradelerini değerlendirmek için analiz gerektiren çeşitli gereklilikler sunsa da, bu gereklilikler, tarafların gerçek iradesini ortaya çıkarmak amacıyla kullanılacak birer araçtan ibarettir (ABOLAFIA, s. 68).

⁹⁰⁰BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 162; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 51; HANOTIAU, *Groups of Companies*, s. 286.

ikinci olarak ise grubu oluşturan şirketlerin ve özellikle imzacı olmayan şirketin tutum ve davranışları incelenmektedir⁹⁰¹. Bu kapsamda, grupla iş yapan kişinin, grubun imzacı olmayan şirketinin sözleşmenin tarafı olduğuna gerçekten inanıp inanmadığı ve sonra diğer tarafın grubun imzacı olmayan şirketinin sözleşmenin gerçek tarafı olduğuna meşru olarak inanmasına yol açan tüm grubun tutum ve davranışları incelenmektedir⁹⁰². Bu yönde yapılan inceleme güven teorisinin bir uygulamasını oluşturmakta ve bu değerlendirme neticesinde, *tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden ziyade, üçüncü kişinin zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının tarafı olduğu* kabul edilmektedir.

Grup şirketler doktrininin ekonomik bir faktör olarak farklı tüzel kişilik olgusunun görmezden gelinmesi, milletlerarası ticari hayatın bunu gerektirmesi ve tarafların ortak iradelerinin sözleşmenin kurulması, ifası veya feshini karakterize eden koşullara göre tespiti gerekliliği şeklinde üç unsur mevcuttur⁹⁰³. Bu anlamda, salt iştirak ve/veya hâkimiyet ilişkisinin var olduğu şirketler ile sınırlı olarak uygulanmayan ve “*tek bir ekonomik gerçeklik*” kavramından hareket eden bu doktrinin en önemli unsuru, somut olayın koşulları kapsamında yorumlanan ekonomik ilişkinin tekliğidir⁹⁰⁴. Dolayısıyla öncelikle grubun sıkı kurumsal yapısı, güçlü örgütsel ve mali

⁹⁰¹BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 162-164.

⁹⁰²BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 162-164; FERRARIO, s. 648, 669; HANOTIAU, *Lessons*, s. 344.

⁹⁰³DERAINS, *Group of Companies*, s. 132-133. *Lex mercatoria* kapsamında hâkim ve bağlı şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu kabul eden hakem heyetlerinin, grubun ekonomik gerçekliği, tarafların iradesi ve esas sözleşmenin müzakeresine, kurulmasına, ifasına veya feshine katılımları şeklinde üç faktöre dayandığı yönünde bkz. MEYNIEL, s. 21. *Fouchard/Gaillard/Goldman*, hâkim şirketin sözleşmelerin kurulması, ifası ve feshinde oynadığı rol ve şirketler grubunun tek bir ekonomik gerçeklik teşkil etmesinin, hukukta kabul edilen genel bir kuralmışçasına değerlendirilmesinin doğru olmadığı ve bu sonucun sadece somut olayın koşullarından çıkarılabileceği görüşündedir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 287-288). Aynı şekilde, Fransız mahkemelerinin grup şirketler doktrinini bir hukuk kuralı ilan edecek kadar ileri gittiği yönünde kararları olduğuna ilişkin bkz. MEYNIEL, s. 28.

⁹⁰⁴Mahkemelerin, hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde önemli ölçüde kontrol sahibi olup olmadığına özellikle vurgu yaptığı ve fakat bu kontrolün sadece sahiplik yüzdesiyle kanıtlanamayacağı ve genelde hâkim şirketin belirli eylemleri veya kararları, bağlı şirketin mali veya hukuki durumunu önemli ölçüde etkilediğinde, hâkim şirketin bağlı şirketi kontrol ettiğine karar verildiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 155. Hâkim ya da bağlı şirketin, temelde yer alan hukuki ilişkiye esaslı katılımı halinde, davranışlarla beyan edilen zımni tahkim iradesinin varlığı yorumu yapıldığı ve bu halde şirketler grubunun ekonomik gerçekliğinin bir adım öne çıktığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 35. Hakem heyetinin şirketler grubu içindeki yapı ve organizasyonu ve bu anlamda şirketler grubunun “*tek bir ekonomik gerçeklik*” oluşturup oluşturmadığını değerlendirmesi ve imzacı olmayan kişinin belirli bir sözleşmenin kurulmasında doğrudan menfaati veya çıkarı olup olmadığını incelemesi gerektiği yönünde bkz. BLESSING, *Introduction to Arbitration-Swiss*, s. 188. 1434 sayılı ICC kararında, davalı şirketlerden grup olarak bahsedilmesi ve birden fazla sözleşmenin yarattığı karmaşa sebebiyle bu sözleşmelerin tek bir sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmesi neticesinde, imzacı olmayan şirket, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmiştir. Bu kararda gruptaki bazı kuruluşlar bir anlaşmayı imzalamış, diğerini imzalamamıştı; bazı anlaşmalar tahkim klozu içeriyor, bazıları içermiyordu. Bir örnekte, bir belgede açıkça davalı

bağlantılarının olup olmadığı incelenmektedir⁹⁰⁵. Kanaatimizce, bir şirketler grubunun varlığı halinde, imzacı olmayan şirketlerin zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi durumunda, şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu hukuki gerçeği reddedilmemektedir. Aksine farklı tüzel kişilikler birbirinden bağımsız olarak tahkim iradesini beyan etmiş kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ekonomik ilişkinin tekliği gibi şirketler grubuna ilişkin faktörler zımni tahkim iradesinin tespitinde sadece bir faktör olarak dikkate alınmalıdır⁹⁰⁶.

Somut olayın koşulları kapsamında, bir şirketler grubunun varlığına rağmen, grup şirketler doktrini uyarınca üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi mümkün olmayabilir⁹⁰⁷. Salt şirketler grubunun varlığı, grubun üyelerinin imzalamadıkları tahkim anlaşmasına taraf olma iradesini ya da sözleşmenin diğer taraflarının imzacı olmayan şirketlerle aralarındaki uyumsuzlukları tahkim yargılamasına tabi kılma iradesini ortaya koymamaktadır⁹⁰⁸. Dolayısıyla sadece grup şirketinin varlığı yeterli olmayıp⁹⁰⁹ her somut olay özelinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması amaçlanan kişinin, sözleşme müzakerelerinin başlangıcından sözleşme

şirketlerden grup olarak bahsediliyordu. İşte bu karışıklık durumu karşısında mahkeme, tek bir tahkime tabi bütünlük bir sözleşmesel ilişki yaratılması sebebiyle, taraf iradeleri kapsamında, davalının tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar vermiştir (103 J. Droit Int'l (Clunet) 978 (1976); Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985 263 (Sigvard Jarvin & Yves Derains eds., 1990, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 257; ESEN, *Teşmil*, s. 111-112; DERAİNS, *Group of Companies*, s. 132; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 78).

⁹⁰⁵Örneğin, sıkı bir grup yapısı grubun bölünmüş veya hiyerarşik bir operasyon yapısını benimsemiş olması halinde kanıtlanabilir; burada hâkim şirket, grubun iş stratejisinde komuta rolüne sahiptir ve diğer birkaç bağlı şirket, alt bağlı şirket veya hatta sadece bir iş projesini yürütmek için kurulan şirketler yürütme kollarını oluşturmaktadır (BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 154).

⁹⁰⁶Sözleşmenin kurulması, ifası, olası feshi ve şirketler grubunu oluşturan şirketlerin arasındaki kontrolün derecesi, tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişinin bağlı kabul edilmesini gerektiriyorsa, şirketler hukuken birbirinden bağımsız olsa da, tek bir ekonomik gerçeklik olarak kabul edilmektedirler (ZUBERBÜHLER, s. 25).

⁹⁰⁷BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 154; U.S. Court of Appeals Second Circuit, *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, 404 F.3d 657, 14.04.2005, newyorkconvention1958.org. *Sarhank v. Oracle* kararına ilişkin detaylı bilgi, eleştiri ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. MEYNIEL, s. 34-38. Örneğin, bu konuda verilmiş bir ICC kararında, şirketler grubunun varlığına rağmen, esas sözleşme imzalandığında tahkim klotunun da kabul edildiği gösterilmediğinden, aynı grup içerisindeki bir diğer şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu iddiasının reddedildiği yönünde bkz. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 76. Bu kararda aslında, esas sözleşmeye yönelen irade ile tahkim iradesinin ayrıştırıldığı yönünde bkz. BİNGÖL, s. 50. Hissedarlardan birinin hâkimiyetinin de, tahkim anlaşmasının imzacı olmayan üçüncü kişileri bağlamasını haklı çıkarmak için tek başına yeterli olmadığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 293.

⁹⁰⁸DERAİNS, *Group of Companies*, s. 140; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 41.

⁹⁰⁹FERRARIO, s. 648; MATHEUS LÓPEZ, s. 86; HANOTIAU, *Lessons*, s. 343, 345; ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 659.

ilişkisinin sonlandırılması aşamasına kadar üstlendiği role odaklanmak gerekmektedir⁹¹⁰.

Grup şirketler doktrini bakımından bir başka mesele de, esas sözleşmenin ifasına doğrudan katılım ve bu katılımın derecesini belirleyen faktörler meselesidir⁹¹¹. Zira esas sözleşmenin ifasına sadece tesadüfi bir katılım, sözleşmeye veya tahkim kloxuna zımni irade beyan edildiğinin kabulü için yeterli değildir⁹¹². Bu faktörler, zımni tahkim iradesinin tespiti bakımından da oldukça önemlidir. Bu anlamda, tarafların sözleşmenin hangi şirket ile akdedileceğine veya sözleşmeden doğan edimleri hangi şirketin ifa edeceğine önem vermeden şirketler grubunu bütün olarak sözleşmenin tarafı olarak görmesi ve sözleşmede imzası olmayan şirketlerin sözleşmelerin müzakeresi aşamasından sona erdirilmesine kadar aktif katılımı aranmaktadır⁹¹³. Bu aktif katılım, imzacı olmayanların zımni tahkim iradesini oluşturmakla beraber, aynı zamanda ilgili tüm tarafların tek bir ekonomik bütünlük olarak kabul edilen grup şirketlerinin tümüyle sözleşme yapma konusundaki ortak iradelerini kanıtlamaktadır⁹¹⁴. Somut olayın koşulları kapsamında, yapılan sözleşmenin niteliği

⁹¹⁰ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 659; PONGRACZ, s. 10; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 297.

⁹¹¹HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 75-76. Katılımın doğrudan olması gerekmektedir. Sözleşmenin ifasına sınırlı olarak dahil olan ya da belirli bir sıfatla, örneğin bir başkasının temsilcisi olarak, katılan taraflar genellikle doğrudan katılım kapsamında değerlendirilmeyecektir (PINSOLLE, s. 215).

⁹¹²Genel olarak, hakem kararlarında da sözleşmenin ifasına yalnızca tesadüfi olarak katılmanın, esas sözleşmeye veya tahkim kloxuna rıza gösterildiği anlamına gelmeyeceğine hükmedildiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1428.

⁹¹³FERRARIO, s. 648, 652, 669; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 146; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 285; BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 164; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 51; HANOTIAU, *Groups of Companies*, s. 285-287. Zımni irade beyanının tespitinde, imzacı olmayan kişinin sözleşmenin müzakeresi, kurulması, ifası veya sona erdirilmesinde, doğrudan ve belirleyici şekilde yer alması, tahkim anlaşmasına taraf olmayı kabul ettiğine dair güçlü bir gösterge olacaktır (MATHEUS LÓPEZ, s. 83). Üçüncü kişilerin sözleşme müzakerelerine katılması tahkim iradesi olarak nitelendirilirse, tahkim yargılamasına dahil olabilecekleri ve bu kişilerin sözleşme görüşmeleri ve ifası aşamasındaki davranışları ve rollerinin zımni iradenin tespiti bakımından önemli olduğu ve sadece verilen talimatları uygulayan ve taraflar arasındaki ilişkide sınırlı bir rolü olan tarafın zımni iradesinin olmadığı yönünde bkz. *E. Holding v. Z Ltd., Mr. G. and others*, Final Award, 24.08.2011, ASA Bulletin, C. 29, S. 4, Kluwer Law International, 2011, ss. 884-896. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda, sözleşmenin ifasına esaslı katılım temelinde tahkim iradesinin tespitinin oldukça önemli olduğu karar örnekleri için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 49-53.

⁹¹⁴FERRARIO, s. 666-667. *Dow Chemical* kararında önem arz eden esas kavramın, grup şirketleri oluşturan ve davacı tarafından tahkim yargılamasında taraf olarak gösterilmiş olan şirketler arasındaki, tek bir ekonomik bütünlük kavramı olduğu ve fakat bu kavramın zaman içerisinde yerini taraf iradeleri ile tarafların sözleşmesel rollerine bıraktığı yönünde bkz. ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 657. *Dow Chemical* kararında, imzacı olmayan kişinin sözleşme müzakerelerine katılması, sözleşmenin şeklen tarafı olan kişilerin, imzacı olmayan kişiyi sözleşmenin tarafı addettikleri yönündeki iradelerini destekleyebilecek faktörlerden biri olarak tanımlanmaktadır (GRAVEL/PETERSON, s. 528). Grup şirketler doktrini kapsamında, imzacı olmayanların tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınması yönünde tarafların ortak iradelerinin araştırıldığı, bu belirleme kapsamında tarafların karşılıklı iradelerinin,

ve içeriği de, imzacı olmayan kişilerin sözleşmesel ilişkiye aktif katılım eşiğini etkilemektedir⁹¹⁵.

Grup şirketler doktrini bakımından, imzacı olmayan kişinin, sözleşmenin müzakereleri, ifası ve feshi gibi aşamalarına aktif katılımının, *birlikte* mi yoksa *alternatif olarak* mı gerekli olduğu tam olarak açık değildir⁹¹⁶. Bir görüşe göre, özellikle esas sözleşmenin müzakerelerine aktif katılım çok önemli kabul edilmelidir. Nitekim bu aşamada, tarafların kimin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmasını beklediğinin anlaşılabilceği belirtilmektedir⁹¹⁷. Bir diğer görüşe göre, esas sözleşme müzakerelerine, esas sözleşmenin ifasına ve sona erdirilmesi aşamalarına katılımın birlikte mevcut olması aranmalıdır⁹¹⁸. Aksi yöndeki görüşe göre ise esas sözleşmenin müzakere, ifa veya fesih aşamalarından herhangi birine aktif bir şekilde katılım sağlanmasıyla, tahkim iradesi kanıtlanabilecektir⁹¹⁹. Kanaatimizce esas sözleşmenin

üçüncü kişinin imzacı olan tarafla ilişkisinin, ihtilaf konusunun ortaklığının, işlemlerin bütünlük niteliğinin ve esas sözleşmenin ifasının dikkate alındığı yönünde bkz. *Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another*, Headnote. Öte yandan doktrinde yer alan bir görüşe göre, bir kişinin sözleşmeye imzacı olarak dâhil edilmeme kararı, spesifik olarak ilgili sözleşmeyle bağlı olmama yönünde bilinçli bir karar olarak kabul edilmeli ve bu durum, hem imzacının hem de imzacı olmayan kişinin tahkim iradesi olmadığına dair güçlü bir karine oluşturmalıdır. Bir imzacı ile imzacı olmayan arasındaki yakın kurumsal bağların, tahkim iradesinin kanıtı açısından neden imzacı olmayanın esas sözleşmeyi veya içindeki tahkim klotunu imzalamamış olmasından daha ağır basması gerektiğini anlamak zordur (DERAINS Yves: “L’Extension de la clause d’arbitrage aux non signataires: la doctrine des groupes de sociétés”, *The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects*, ASA Special Series 8 (ed. BLESSING Marc), Aralık 1994, s. 242, BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 180’dan naklen). Üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı sayılması için, çoğu ulusal kanunda, üçüncü kişinin tahkim anlaşması içeren sözleşmenin müzakeresine veya ifasına aktif ve esaslı katılımının tek başına yeterli kabul edilmediği yönünde bkz. STUCKI/WITTMER, s. 4-5.

⁹¹⁵BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 160. Dolayısıyla üçüncü kişilerin sözleşmeye katılımının yorumlanma şeklinin, her somut olayda değişebileceği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 52-53.

⁹¹⁶BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 161.

⁹¹⁷PARK, s. 21. Bununla birlikte, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin üstlenilmesi veya sözleşmeyle ilgili karar alma sürecine katılma ilişkin istisnalarının olabileceğini kabul ederek, sözleşme müzakerelerine katılan imzacı olmayan kişinin, sözleşmeyi imzalayan tarafından temsil edildiği tespit edilemediği sürece müzakerelere katılımın hiçbir zaman tek başına yeterli olmayacağı yönünde bkz. GRAVEL/PETERSON, s. 530. Esas sözleşmenin maddi hükümlerinin müzakere edilip tahkim klotunun müzakere edilmeden imzalanması halinde de zımni tahkim iradesinden söz edilebilecektir. Bu ihtimalde diğer taraf, tahkim anlaşmasının taraflar arasında esas sözleşmeden ayrı olarak müzakere edilmediğini iddia edemeyecektir. Öte yandan, örneği tersine çevirirsek, milletlerarası ticari uygulamada gerçekleşme ihtimali düşük olan, tarafların esas sözleşme ve tahkim klotu hükümleri üzerinde ayrı müzakereler yürüttüğü bir senaryoda ise tahkim klotu hükümlerinde anlaşılabilirse bile esas sözleşme akdedilmezse tahkim anlaşmasının varlığını kabulünün zor olduğu belirtilmektedir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 795).

⁹¹⁸*Dow Chemical* kararında ve doktrinde, sözleşmenin ifasına, sözleşme müzakerelerine ve sözleşmenin sona erdirilmesi aşamalarına katılımın birlikte mevcut olmasının arandığı yönünde bkz. PARK, s. 20-21. *Dow Chemical* kararına göre, esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshine katılmadığı sürece, imzacı olmayan kişinin zımni irade beyan ettiği kabul edilmemelidir ve zımni irade beyanının varlığı, imzacı olmayan kişinin sözleşmenin akdi, ifası, “ve” feshine katılmış olması halinde ancak kanıtlanmış olacaktır (MEYNIEL, s. 46).

⁹¹⁹MATHEUS LÓPEZ, s. 85; YILMAZ, s. 217.

feshi aşaması ikincil öneme sahip olsa da, özellikle esas sözleşme müzakereleri ve esas sözleşmenin ifası aşamaları, zımni tahkim iradesinin tespiti bakımından birincil önemi haizdir. Nitekim diğer tarafta uyandırılan haklı güven, tam olarak esas sözleşmenin kurulması ve ifası aşamalarında tespit edilebilecektir.

Sonuç olarak, imzacı olmayan şirketin tahkim klozu içeren esas sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar tüm sözleşmesel sürece aktif olarak katılması, karşı taraf nezdinde sözleşmenin tarafının kendisi olduğu yönünde bir güven yaratması ve imzacı olmayan şirketin sözleşmede bir tahkim klozu yer aldığını bildiği ya da bilmiyor olsa bile, bilmesi gerektiğinin makul olarak beklenebildiği bir durumda imzacı olmayan şirketin, grup şirketler doktrini kapsamında tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹²⁰. Bununla birlikte, tahkim iradesinin varlığının şart olmasından hareketle, tek bir ekonomik bütünlük veya aktif katılım gibi kavramlar kapsamında, esas sözleşmeye yönelik birtakım davranışlar neticesinde üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulamayacağı ifade edilmektedir⁹²¹. Daha önce de belirttiğimiz üzere, üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasıyla bağlı kılan tek başına tek bir ekonomik bütünlük veya esas sözleşmenin ifasına aktif katılım değil; kişinin zımni tahkim iradesinin kabulüdür. Grup şirketlerinin tek bir ekonomik bütünlük oluşturması veya esas sözleşmenin ifasına aktif katılım, üçüncü kişinin zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde dikkate alınacak kriterlerden sadece bazılarıdır. Doktrinde ayrıca, modern iş dünyasında maksimum verim elde etmek amacıyla tek bir sözleşmeye dayalı bir işlemin farklı aşamalarında farklı şirketler, sadece bir araç olarak sürece dahil edilebileceğinden, aslında bir şirketin esas sözleşmenin müzakerelerinde

⁹²⁰Bu şartlar mevcut ise dürüstlük kuralı çerçevesinde, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmemesinin, adeta “*dürüstlük kuralına aykırı davranışların ödüllendirilmesi*” durumu teşkil edeceği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 54. Bu gibi hallerde şirketler grubu teşkilatlanmasının ve sözleşmenin tarafı olmayan şirketin, karşı tarafı sözleşmenin gerçekten tarafı olduğuna inandırması hususunun oldukça önemli olduğu yönünde bkz. MAYER, s. 191.

⁹²¹ESEN, *Teşmil*, s. 125-133. Grup şirketler doktrini uygulamak, hakem heyetleri genelde tahkim anlaşmasına değil, esas sözleşmeyle ilgili koşullara dayanarak tahkim iradesi çıkarımında bulunmaktadır. Birçok durumda, hakemler, imzacı olmayan şirketin esas sözleşmenin ifasında aktif olarak yer almasının, tahkim iradesi olarak kabul edilebileceğine karar vermektedir. Bununla birlikte, Brekoulakis’e göre, hakemlerin imzacı olmayan kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul ettiği hallerde, ilgili kişilerin zımni tahkim iradelerinden ziyade, esas sözleşmeye yönelik iradesi mevcuttur (BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 620; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 279). Sözleşmeler hukuku kapsamında, tahkim anlaşmaları da dahil olmak üzere, gruptaki şirketlerden herhangi biri tarafından akdedilen herhangi bir sözleşme, temsil veya vekalet ilişkisi söz konusu değilse grubun diğer şirketleri açısından bağlayıcı değildir ve şirketler grubunu ilgilendiren işlemlerle ilgili olarak tahkim iradesinin gözetilmeyeceğini öngören herhangi bir tahkim hukuku kuralı veya kanuni düzenleme de mevcut değildir (BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 151).

ve ifasında yer almasının, bu şirketin sözleşmeye yönelik bağlanma iradesini göstermeyeceği de belirtilmektedir⁹²².

Yukarıda bahsedildiği üzere, grup şirketler doktrini her bir hukuk sisteminde farklı algılanarak geniş çapta kabul görmemiş ve eleştirilmiştir⁹²³. Bu eleştirilerin temelinde, somut olay incelenmeksizin, salt grup şirketler doktrinine dayalı olarak tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişilerin bağlı kabul edilmesine karar verilmesi ihtimali yatmaktadır⁹²⁴. Nitekim şirketler grubunun varlığı, tarafların zihninde tüm grubun sürece dahil olduğu ve tüm grubun sözleşmeye taraf olarak kabul edildiği anlamına gelebileceği gibi; tarafların grubun varlığının farkında olarak, sadece sözleşmeyi imzalayan belirli bir şirketi sürece dahil etmek istedikleri anlamına da gelebilecektir⁹²⁵. Ayrıca grup şirketler doktrinine ilişkin olarak, bu doktrinin bir yandan taraf iradelerinden soyut, diğer yandan iradeye dayalı olduğu yönündeki

⁹²²Örneğin, hâkim şirketin uyumsuzluk konusu hizmeti, belirli bir ücret karşılığında yapması halinde zımni tahkim iradesine yönelik çıkarımı yapmanın zor olduğu yönünde bkz. PARK, s. 5. Bu durumda, şirket yapısının hileli kullanımı hariç olmak üzere, ilgili şirketlerin takdir yetkisini meşru olarak kullandığı yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 180-181. Yazar eserin devamında, modern iş dünyasında, imzacı ile imzacı olmayan kişiler arasındaki yakın kurumsal bağlantılar veya imzacı olmayan bir şirketin aynı gruptaki başka bir şirket tarafından imzalanan bir sözleşmeye aktif olarak dahil olması gibi olguların, zımni tahkim iradesine dair kesin bir kanıt teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Nitekim bu tür davranışlar, daha ziyade çok uluslu gruplar olarak örgütlenmiş birkaç şirketin standart ticari uygulamalarının sonucudur. Dahası, mahkemeler ve hakemler tarafından dayandırılan teoriler, genellikle tahkim klotundan ziyade esas sözleşmenin maddi şartlarıyla ilgili olduğundan, bu teorilerin tahkim iradesinin tespitinde kullanılması meseleyi daha sorunlu hale getirmekte ve tahkim iradesinden ödün verilmektedir (BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 193). Bağlı şirketler, özellikle ulusal yasalara uymak, vergisel amaçlar veya hâkim şirketleri sorumluluktan ve yabancı mahkemelerin yargı yetkisinden kurtarmak için ticari hayatta yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir düzenlemeden haberdar bir şekilde hâkim şirketin de tahkim anlaşmasına taraf olarak dahil olmasını talep etmeyen kişiler, sadece zımni tahkim iradesi gerekçesiyle, hâkim şirkete karşı tahkim anlaşmasından yararlanmamalıdır (ZUBERBÜHLER, s. 19).

⁹²³MATHEUS LÓPEZ, s. 86. Doktrinin belirsizliği vurgusu için bkz. LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 845. İmzacının imzacı olmayanla tahkim yargılamasına tabi olmaya rıza gösterdiğine dair kanıt olup olmadığına yeterince dikkat edilmediğinden, tahkim iradesi kavramının önemsizleştirildiği de, bu doktrine yöneltilen eleştirilerden birisidir (DERAINS, s. 242, BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 180'den naklen).

⁹²⁴HANOTIAU, *Common Vision*, s. 546; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 265; DERAINS, *Group of Companies*, s. 140. Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasında, salt grup şirketler doktrininin gerekçe gösterilmesinin oldukça eleştirildiği yönünde bkz. ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 656.

⁹²⁵DERAINS, *Group of Companies*, s. 140. Şirketler grubu kavramının, ekonomik birlik anlamına gelebileceği gibi bağımsızlık ve sorumluluğun izole edilmesi anlamına da gelebileceği yönünde bkz. GRAVEL/PETERSON, s. 515. Bu anlamda, bu doktrin kapsamında verilen hakem kararları incelendiğinde, sadece esas sözleşmenin kurulması ve ifasında yer alan şirketlerin tahkim anlaşması ile bağlı olacağı kabul edilmekle birlikte, hâkim şirketin bağlı şirketlerinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna dair aksi ispat edilebilir bir varsayımın ortaya çıkmasına da yol açıldığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Lessons*, s. 352. Grup şirketler doktrininin, kurumsal bir grup yapısının varlığı ve imzacı olmayan kişilerin sözleşmenin müzakeresi veya ifasıyla bir şekilde ilişkili olması gibi sebeplerden hareketle, kişilerin iradeleri dışında tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilebilecekleri oldukça tehlikeli bir varsayımın yol açtığı ve bu durumun kötüye kullanılmaya açık olduğu yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 177-178.

çelişkili görüşlerin varlığının, grup şirketler doktrini muğlak ve kabul edilemez bir hale getirdiği de belirtilmiştir⁹²⁶. Tüm bu eleştiriler yerinde olmakla birlikte, grup şirketler doktrini uygulanarak imzacı olmayan bir şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği somut örneklerde, aynı sonucun zımni tahkim iradesinin tespitiyle de kabul edilebileceği söylenebilecektir. İşte zımni tahkim iradesinin tespit edildiği haller dışında, imzacı olmayan bir şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, tahkim anlaşmasının o şirkete teşmili anlamına gelecektir ve bu yönde varılan sonucun yerindeliği çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

c. Yargı Kararları Işığında Grup Şirketler Doktrininin Zımni Tahkim İradesi Kapsamında Yorumlanması

Yukarıda da bahsedildiği üzere, grup şirketler doktrininin tartışıldığı birbirine tamamen zıt birçok mahkeme ve hakem kararı mevcuttur. Bu bağlamda, zımni tahkim iradesinin grup şirketler doktrini değerlendirmesiyle kabul edildiği veya edilmediği bazı kararlar konumuz açısından önem taşımaktadır. Örneğin, 11160 sayılı ICC kararında⁹²⁷, Latin Amerika menşeli bir mühendislik şirketinin Venezuela şubesi ile Avrupa menşeli bir başka mühendislik şirketinin Venezuela'daki iştiraki arasında, Avrupa menşeli mühendislik şirketinin dahil olduğu konsorsiyuma verilen inşaat projesine ilişkin akdedilen bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık incelenmiştir. Latin Amerika menşeli mühendislik şirketi, ICC tahkim klozu içeren esas sözleşmeyi imzalamamış olan Avrupa menşeli mühendislik şirketinin Venezuela'daki iştiraki Davalı 1 ve onun hâkim şirketi Davalı 2 aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştır. Bu kararda hakem heyeti, tarafların davranışlarını yorumlayarak tespit ettiği zımni tahkim iradeleri temelinde, imzacı olmayan hâkim şirket Davalı 2 üzerindeki yargı yetkisini kabul etmiştir. Somut olay kapsamında, hakem heyetini, hâkim şirketin tahkim anlaşmasını zımnen kabul ettiği sonucuna götüren koşullar, 1993 yılındaki ihale ile 1998 yılında sözleşmenin imzalanması arasında, davacının projeye bağlantılı tüm ticari ve yasal ilişkilerinin Davalı 2 ile olması, sözleşme müzakerelerinin Davalı 2 ile yapılması, ilk dönemlerinde sözleşme uyarınca yapılan ödemelerin Davalı 2 tarafından yapılması, Davalı 2 ve Davalı 1'in bu projeden sorumlu yöneticilerinin aynı olması ve

⁹²⁶HANOTIAU/OHLROGGE, s. 305-306.

⁹²⁷(2005) 16(2) ICC Bull 99, Karara ilişkin bilgi ve kararın ilgili kısmı için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 158.

bu projeyle ilgili toplantıların çoğunun Davalı 2'nin proje merkezinin bulunduğu yerde yapılması şeklinde değerlendirilmiştir.

6519 sayılı ICC kararında da⁹²⁸ hakem heyeti, imzacı olmayan şirketin, müzakerelerin kalbinde olmasından ve esas sözleşme uyarınca kendisine devredilecek mal varlıklarını teslim almak için çeşitli işlemler yapmasından dolayı, esas sözleşmenin geri kalanıyla bölünmez bir bütün oluşturan tahkim klozunu zımnen kabul ettiğini tespit etmiştir. Portekiz Yüksek Adalet Divanı tarafından 2019 yılında verilen bir kararda⁹²⁹, tahkim anlaşmasına zımni irade beyanıyla taraf olunması,

⁹²⁸ICC Case No. 6519 (final award), (1991) 118 JDI 1065, Karara ilişkin bilgi için bkz. GRAVEL/PETERSON, s. 512-515. Ancak Gravel/Peterson'a göre, işlemlerin merkezinde yer alan şirket sadece bir araçtı. Bu şirketin araç rolüyle önemli varlıklar elde edecek olması, yalnızca üçüncü taraf lehdar olduğu ve bu nedenle sözleşmeye taraf olmadığı yönündeki bulguları desteklemekteydi. Bu kararda hakem heyeti sözleşmenin ifasına dahil olmaktan ziyade, sözleşmeyle doğrudan ilgili olma testini uygulamıştır. Karara ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. GRAVEL/PETERSON, s. 511 vd.

⁹²⁹Karara konu olayda Portekiz'de mukim ve tekstil sektöründe faaliyet gösteren BB, GG grubunun holding şirkettir ve CC'nin %97 oranında hisselerine sahiptir. Kahire'de mukim ve yine tekstil sektöründe faaliyet gösteren DD ise FF grubunun holding şirkettir ve EE'nin %92,2 oranında hisselerine sahiptir. 17.09.2008 tarihinde BB ve DD, BB'nin (ve iddiaya göre CC'nin) 10 yıllık süreyle Mısır'daki fabrikalarla irtibat kuracak olan DD'ye müşteri temin etmek ve sipariş vermekle yükümlü olduğu bir çerçeve sözleşme imzalamıştır. Bu amaçla, BB ve DD iki şirket kuracak ve herhangi bir zamanda sahip oldukları hisselerle göre kâr paylaşımı yapacaklardır. Akdedilen çerçeve sözleşme uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, Kahire Bölgesel Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi tarafından İngilizce yürütülecek bir tahkim yargılaması öngörmektedir ve *lex contractus* Mısır hukukudur. Uyuşmazlık, farklı gruplardan iki şirket olan BB ve DD tarafından imzalanan çerçeve sözleşmede yer alan tahkim klozunun, bu şirketlerin sahip olduğu CC ve EE şirketlerini de bağlayıp bağlamayacağı ve dolayısıyla Portekiz Tahkim Kanunu m. 5 ve 36 hükümleri ile Portekiz Medeni Kanunu m. 217/1 ve m. 406/2 hükümleri uyarınca devlet mahkemelerinin uyuşmazlığa bakma yetkisine sahip olup olmadığına ilişkindir. BB ve CC, sözleşmeyi ihlal ettikleri iddiasıyla DD ve EE aleyhine devlet mahkemelerinde dava açmıştır. DD ve EE, taraflar arasında tahkim anlaşması olduğu iddiasıyla mahkemenin yetkisini reddetmiştir ve ilk derece mahkemesi DD ve EE lehine karar vererek davayı reddetmiştir. BB ve CC'nin kararı temyiz etmesi üzerine *Coimbra* Temyiz Mahkemesi, devlet mahkemelerinin DD'nin aksine EE aleyhindeki davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Daha sonra, EE bu kararı temyiz etmiştir. EE uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında olduğunu, tahkim anlaşmasına bağlı kalarak ona zımnen rıza gösterdiğini ve tahkim anlaşmasını imzalayanlar ile kendisi arasında tam bir bağlantı olduğunu ileri sürmüştür. Yüksek Adalet Divanı ise ilk derece mahkemesi ile paralel CC ve EE'nin Portekiz Medeni Kanunu m. 217/1 hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterdikleri sonucuna varmıştır. Bu madde, sözleşmeye dayalı beyanların, açık ya da zımni olabileceğini ve her ihtimalde bunu ortaya çıkaran birtakım olgulardan tespit edildiğinde zımni olacağını düzenlemektedir. Bu doğrultuda, Yüksek Adalet Divanı, zımni iradenin, tarafların yargılama sürecindeki pozisyonları ve çerçeve anlaşmanın yorumlanması dahil olmak üzere, çeşitli olgulardan kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Yüksek Adalet Divanı ilk olarak, CC ve EE'nin sözleşmeye şeklen dahil olup olmadığına bakmaksızın BB ve CC'nin, DD ve EE aleyhindeki iddialarını çerçeve sözleşmeden doğan yükümlülüklerle dayandırmaları gerekçesiyle CC'nin tahkim iradesini tespit etmiştir. İkinci olarak, mutabık kalınan ticari ilişki, BB ve DD tarafından yönetilen ve sırasıyla CC ve EE'yi kontrol eden iki grup şirket yaratmayı amaçlamıştır. Üçüncü olarak, EE tahkim klozunun geçerliliğini sorgulamadan kabul etmektedir. Dördüncü olarak, tahkim klozu, anlaşmadan doğan veya anlaşmayla ilgili her türlü uyuşmazlığın, münhasıran tahkim yargılaması yoluyla çözülmesini gerektirmektedir. Bu davada, uyuşmazlığın çözümü, şirketler arasında var olan kontrol ilişkisi de dahil olmak üzere, uyuşmazlığın tüm koşullarının ortak bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Yüksek Adalet Divanı, tüm tarafların tahkim anlaşmasından haberdar olduğunu ve gelecekteki anlaşmazlıkların buna göre çözüleceğinin farkında olduklarını da vurgulamıştır (JÚDICE José Miguel: “DD, S.A.E. & EE, CO v.

tarafların sözleşmesel ilişki devam ederken sergiledikleri davranışlarının ve devlet yargılamasında ileri sürdükleri iddiaların değerlendirilmesiyle kabul edilmiştir. Tahkim anlaşmasını imzalayan şirketlerin yüksek oranda hisselerine sahip oldukları imzacı olmayan başka iki şirketin zımni tahkim iradesinin değerlendirildiği bu kararda; imzacı BB şirketi ile %97 hissesine sahip olduğu imzacı olmayan CC şirketinin, imzacı DD şirketi ile DD'nin %92,2 hissesine sahip imzacı olmayan EE şirketi aleyhine devlet mahkemelerinde açtığı davada, DD ve EE tarafından yapılan tahkim itirazı incelenmiştir. Kararda, BB ve CC'nin taleplerini esas sözleşmeye dayandırmaları sebebiyle, CC'nin zımni tahkim iradesinin bulunduğu ve EE'nin de devlet mahkemeleri nezdinde taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olduğunu iddia etmesiyle zımni tahkim iradesini beyan ettiği ve tarafların tahkim anlaşmasına taraf olmak konusunda ortak iradelerinin olduğu belirtilmiştir. Bu kararda, hem uyuşmazlık öncesi hem de uyuşmazlık sonrası birtakım davranışlar birlikte değerlendirilerek tarafların ortak zımni tahkim iradelerinin varlığı kabul edilmiştir.

Kahire Bölgesel Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi tarafından verilen ve tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulmasının değerlendirildiği bir başka kararda⁹³⁰, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulabileceği kabul edilmekle beraber, somut olayda üçüncü kişinin zımni tahkim iradesinin olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu kararda davacı, esas sözleşmenin kurulması ve ifasına katılımı sebebiyle, imzacı olmayan üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin davranışlarıyla tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayı zımni olarak kabul edip etmediği incelenmiş ve üçüncü kişinin esas sözleşme ilişkisine yüzeysel veya tesadüfi katılımının zımni tahkim iradesini kabul etmek için yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Üçüncü kişi esas sözleşmenin müzakerelerine, kurulmasına, ifasına veya feshine “yeterince” katıldığında tahkim iradesi kabul edilebilirse de, somut olay kapsamında, üçüncü kişinin esas sözleşme kapsamında satıcıya karşı hiçbir yükümlülüğü yoktur. Kaldı ki, üçüncü kişinin esas sözleşmede bazı yükümlülükleri olsa bile, bunlar sözleşmenin belirli maddelerinde koşula bağlı olarak ve alıcının iflası gibi tahkim dışı konularla sınırlı olarak öngörülmüştür. Sonuç olarak, Mısır Medeni Kanunu kapsamında, üçüncü kişinin tarafı olmadığı sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü söz konusu

BB, S.A. & CC, S.A.”, Supreme Court of Justice of Portugal, Case No. 28/14.3TBOHP.C1.S1, 15.01.2019, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International).

⁹³⁰CRICA Case No. WWW/2017, Final Award, 08.04.2020, Kluwer Law International, prg. 61-71.

olamayacağından, esas sözleşmede belirli yükümlülükleri üstlenmesine rağmen bu durumun üçüncü kişinin tahkim iradesini ortaya koymak için yeterli olmayacağına karar verilmiştir.

Aynı kararda, ekonomik bir yaklaşım yerine, hukuki bir yaklaşımla dosyaya sunulan delillerin değerlendirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Nitekim davalı, basın bültenleri ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmak istenen üçüncü kişinin, esas sözleşmenin akdedilmesinden dört sene sonra hazırlanan Yıllık Rapor'una dayanarak, esas sözleşmenin müzakeresine veya ifasına katıldığını iddia etmiştir. Kararda ise grup faaliyetlerini sanki tamamen hâkim şirketin faaliyetleriymiş gibi ekonomik bir bakış açısıyla sunduğu kabul edilen bu belgelerin, şirketlerin hukuki yapılarını ve gruptaki şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri olduğu gerçeğini göz ardı ettiği ve bu ekonomik bakışın, piyasaya ve yatırımcılara bilgi sağlasa bile, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulup tutulamayacağını belirlemek için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin esas sözleşmenin kurulmasında, ifasında veya sonlandırılmasında etkin bir rol oynamasının beklense de, somut olay kapsamında bunun kanıtlanmadığı belirtilerek, üçüncü kişinin zımni tahkim iradesinin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

*Dow Chemical*⁹³¹ ve *Sponsor A.B. v. Lestrade*⁹³² kararlarında, tahkim klotunu içeren esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshi aşamalarında aktif rol alınması, imzacı olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi için yeterli görülmüş ve bu rol, tahkim klotunu içeren esas sözleşme ile bağlı olma iradesi olarak ifade edilmiştir⁹³³. Hakem heyeti tarafından *Dow Chemical* kararında, grup şirketler

⁹³¹Yearbook Commercial Arbitration, Vol:9, 1984, s. 131 (*Dow Chemical*), Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 103-104; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 48. *Dow Chemical* kararında, grup şirketinin varlığı yerine taraf iradelerine odaklanıldığı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 288-289. *Dow Chemical* kararında, tüm tarafların imzacı olmayanların tahkim anlaşmasıyla bağlı olması konusunda zımni iradelerine dayanıldığı yönünde bkz. MAYER, s. 190. *Dow Chemical* kararında, taraf iradelerine ve uluslararası ticari teamüllere uygun olduğu düşünülen sonucun elde edilmeye çalışıldığı yönünde bkz. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 75. Grup şirketler doktrinin değerlendirildiği *Dow Chemical* kararında yapılan değerlendirmelere ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 41-43.

⁹³²Cour d'appel Pau, 26.11.1986, Rev. Arb. 1998, s. 153, Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 49; ESEN, *Teşmil*, s. 105-106; FERRARIO, s. 667-668.

⁹³³DERAINS, *Group of Companies*, s. 132. *Esen*, *Dow Chemical* kararına ilişkin yaptığı değerlendirmelerinde, olaya ilişkin maddi vakıaların, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen şirketlerin, tahkim anlaşmasına yönelik açık ya da tereddüde yer vermeyecek şekilde beyan edilen zımni iradelerinin olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (ESEN, *Teşmil*, s. 127). Bu şekilde beyan

doktrini uyarınca, üçüncü kişilerin tahkim anlaşması ile bağlı kabul edilmesi değerlendirilirken, grubu oluşturan şirketlerden bazıları tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, bu klozun yer aldığı esas sözleşmelerin kurulması, ifası veya feshinde oynadıkları rolün ve bu sözleşmelerin gerçek tarafları olarak veya bu sözleşmelerle ve bunlardan doğabilecek uyuşmazlıklarla genel olarak ilgili görünenlerin ortak iradelerinin varlığı göz önünde bulundurulmuştur⁹³⁴.

Önemine binaen ana hatlarıyla kararı açıklamak gerekirse, 1965 yılında *Dow Chemical Venezuela*, bir Fransız şirketi olan *Boussois-Isolation* ile, Fransa’da termal izolasyon ekipmanlarının dağıtımını amacıyla, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri daha sonra *Isover Saint Gobain*’e devredilen bir distribütörlük sözleşmesi imzalamıştır. *Dow Chemical Venezuela* ise daha sonra sözleşmeyi *Dow Chemical Company USA*’nın bir iştiraki olan *Dow Chemical A.G.*’ye devretmiştir. 1968 yılında, *Dow Chemical A.G.*’ye bağlı bir şirket olan *Dow Chemical Europe* tarafından, aynı ürünlerin Fransa’da dağıtımını için *Boussois-Isolation* dahil diğer üç şirketle, yine hak ve yükümlülükleri daha sonra davalı *Isover Saint Gobain*’e devredilen ikinci bir distribütörlük sözleşmesi akdedilmiştir. ICC tahkim klozları içeren distribütörlük sözleşmelerinin her ikisi, teslimatların *Dow Chemical France* veya *Dow Chemical Company USA*’nın başka bir iştiraki tarafından yapılabileceğini öngörmekte olup bu anlamda teslimatların yapıldığı şirkete taraflarca önem atfedilmemiş ve neticeten *Dow Chemical Company USA*’nın bir diğer iştiraki olan *Dow Chemical France* sözleşmelerde öngörülen teslimatları yapmıştır. Sözleşmenin ifası sürecinde, *Roofmate* isimli ürüne ilişkin yaşanan problemlerle ilgili, *Dow Chemical Group* şirketleri aleyhine Fransız mahkemelerinde davalar açılması üzerine *Dow Chemical Company USA*, *Dow Chemical France*, *Dow Chemical A.G.*, ve *Dow Chemical Europe*, *Dow Chemical A.G.* ve *Dow Chemical Europe* ile yapılan distribütörlük sözleşmelerindeki tahkim klozlarına dayanarak, *Isover Saint Gobain*’in Fransa’da bahsi geçen ürünün kullanımından kaynaklanan zararlardan tek başına sorumlu olduğu iddiasıyla tahkim yargılaması başlatmışlardır⁹³⁵. Bu tahkim yargılamasında, hakem heyeti, *Dow Chemical Company USA* ve *Dow Chemical France* şirketlerinin tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığını incelemiştir.

edilen iradenin, tahkim anlaşmasıyla alakası olmadığı ve iradeye ilişkin yapılacak geniş yorumların sözleşmeler hukuku ve tahkim hukuku ilkelerine aykırı olacağı yönünde bkz. CHHURA, s. 10-11.

⁹³⁴ESEN, *Teşmil*, s. 103-104.

⁹³⁵Karara konu olan somut uyuşmazlığa ilişkin bilgi için bkz. https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/#toc_3.

Kararda ilk olarak grup şirketlerinin tek bir ekonomik bütünlük olarak ifade edilebilecek bir birliktelik oluşturup oluşturmadığı ve tahkim anlaşmasının kapsamının belirlenmesi amacıyla, sözleşmenin kurulması, ifası veya feshini çevreleyen koşullar kapsamında, imzacı olmayanların zımni tahkim iradelerinin var olup olmadığı incelenmiştir⁹³⁶. Hakem heyeti, verilen kararın, ekonomik gerçeklik kavramından hareketle verildiğinin ve milletlerarası ticari tahkime özgü kuralların cevap vermesi beklenen uluslararası ticari hayatın ihtiyaçlarına uyduğunun altını çizmiştir. Kaldı ki, mevcut davada, incelenen koşullar ve belgelerin böyle bir uygulamanın tarafların davranışlarıyla ortaya koydukları zımni iradeleri kapsamında, ortak iradelerine de uygun olduğu ve üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olması sonucunun, hiçbir uluslararası kamu politikası ilkesine veya kuralına, özellikle Fransız hukukuna aykırı olmadığı vurgulanmıştır. Zira Fransız hukuk sistemi, bu kararda olduğu gibi aynı şirketler grubunun parçasını oluşturan şirketlerden, tahkim anlaşmasını imzalamayan şirketlerin tahkim anlaşmasına taraf olmasını yasaklayacak bir kural içermemektedir. Hatta milletlerarası ticari tahkim kurallarının cevap vermesi beklenen uluslararası ticari hayatın ihtiyaçlarının dikkate alındığı içtihat örnek alınmalıdır⁹³⁷. Bu yönde verilen hakem kararı aleyhine, Fransa’da açılan iptal davası

⁹³⁶FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 286-287; HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 295-296; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 126; ESEN, *Teşmil*, s. 103-105; PONGRACZ, s. 3; HALİS KASAP, s. 92.

⁹³⁷Kararın ilgili kısımlarına ilişkin alıntılar ve bilgi için bkz. www.trans-lex.org; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 126-127; NAZZINI, s. 695; GAFFNEY, s. 1-2. Bu karar kapsamında hakem heyetinin, *Dow Chemical Company USA* ve *Dow Chemical France* şirketlerinin, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinde dikkat ettiği kriterler şu şekildedir: Distribütörlük sözleşmesinin *Dow Chemical Company USA* içerisinde hangi şirket ile imzalandığına *Isover Saint Gobain*’in önem vermemesinin davacıların tek bir ekonomik bütünlük olarak kabul edilmesini kolaylaştırması, *Dow Chemical France*’ın sözleşmede öngörülen teslimatları gerçekleştirmesi göz önünde tutulursa sözleşmenin ifası aşamasındaki önemli rolü, *Dow Chemical Company USA*’nın sözleşmeye konu ürüne ilişkin marka haklarına sahip olmasının hâkim şirketin sözleşme kapsamındaki etkin ve önemli rolüne işaret etmesi, hem *Dow Chemical France* hem de *Dow Chemical Company USA*’nın sözleşmenin sona erdirilmesinde rolünün göz ardı edilemeyecek derecede esaslı olması, *Isover Saint Gobain*’in *Dow Chemical Company USA* isimli hâkim şirketin, Fransız mahkemeleri nezdinde tahkim yargılamasından önce başlatılan sürece katılması için başvuruda bulunması sebebiyle, sözleşmesel ilişki şemasına bu şirketin dahil olduğunun farkında olduğu, *Dow Chemical Company USA*’nın iştirakleri üzerindeki tam hâkimiyetinden ötürü onun rızası olmadan her iki distribütörlük sözleşmesinin de akdedilmesinin imkânsız olması (HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 295-296). *Dow Chemical* kararında, taraflar arasındaki yazışmalar incelenmiş ve *Dow* grubu içinde hangi kuruluşun sözleşmeyi imzaladığının en ufak bir fark yaratmadığı sonucuna varıldığı tespit edilmiştir. Nitekim davalı, hem *Dow Chemical USA* hem de *Dow Chemical France* personeliyle, resmî olarak imzalanan sözleşmenin ifasıyla ilgili yazışmalar yapmıştır. Davalı *Dow* grubuyla bir bütün olarak sözleşme yapma iradesine sahip olduğundan, *Dow Chemical USA* ve *Dow Chemical France* sözleşmenin tarafı olarak kabul edilebilecektir (CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 75-76). Özdemir Kocasakal’a göre, bu karar özelinde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasında esas alınan gerekçeler, salt bir şirketler grubunun varlığı veya uluslararası ticari hayatın gerekleri değildir. Kararda, tarafların tahkim klozu içeren esas sözleşme ile bağlanma iradelerinin olup olmadığı araştırılmış ve *Dow Chemical Company USA* ve *Dow Chemical France*’ın sözleşmenin kuruluşundan feshine kadar oynadığı aktif rol, bu iradenin var olduğu sonucunu doğurduğundan, bu şirketlerin tahkim yargılamasında taraf sıfatını haiz

da Fransız mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Fransız mahkemelerinin esas odağı, grup şirketler doktrininden ziyade, tahkim anlaşması imzalanmamış olsa da tarafların davranışlarından ve aralarında teati ettikleri belgelerden tespit edilen tahkim iradeleri olmuştur⁹³⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 2003 yılında verilen bir kararda⁹³⁹ ise Lübnan menşeli şirketler arasında akdedilen inşaat sözleşmesine binaen ortaya çıkan uyuşmazlıkta, aynı iş insanı tarafından kontrol edilen Lübnan menşeli şirketleri kontrol eden iş insanının tahkime taraf olup olamayacağı tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, Fransız içtihadının milletlerarası tahkim uygulamasındaki eğilime iyi bir örnek teşkil ettiğini belirterek, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinde, imzacı olmayan kişinin esas sözleşmenin kurulmasına veya ifasına katılımının belirleyici unsur olduğunu vurgulamıştır. Tahkim anlaşmasını içeren esas sözleşmenin ifasına katılmış olan ve bu katılımdan tahkim iradesi tespit edilebilen üçüncü kişi, adeta sözleşmenin tarafı gibi hareket ettiğinden, imzacı olmayan kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilebilir. Esas sözleşmenin ifasına sürekli olarak katılan bir kişinin, esas sözleşmeyi imzalayan tüzel kişilerin arkasına sığınması ve sözleşme hükümleriyle, özellikle tahkim klotuyla bağlı olmadığını iddia etmesi, uluslararası ticari ilişkileri düzenleyen iyiniyet prensiplerine aykırı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla esas sözleşmenin ifasına dahil olan kişinin zımni tahkim iradesini beyan ettiği kabul edilebilecektir⁹⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi,

olduklarına hükmedilmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 49). Benzer şekilde, bu kararda varılan sonucun şirketler grubunun varlığından ziyade, tarafların iradelerine dayandırıldığı yönünde bkz. FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 287.

⁹³⁸DERAINS, *Group of Companies*, s. 133.

⁹³⁹ATF 129 III 727, 16.10.2003, Karara ilişkin detaylı bilgi ve İngilizce alıntılar için bkz. KAUFMAN-KOHLER/RIGOZZI, s. 145-150. Açık veya zımni tahkim iradesinin tespitinde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin İsviçre sözleşmeler hukuku prensiplerini uyguladığı yönünde bkz. MRÁZ, s. 57. İsviçre hukukunda üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine dayalı olarak ele alınmaktadır ve İsviçre hukukuna tabi tahkim anlaşmaları da dahil olmak üzere, sözleşmelerin yorumlanması için iki aşamalı bir yöntem uygulanmaktadır: Tarafların gerçek ve ortak iradesinin tespiti, bu irade tespit edilemezse güven teorisine dayalı objektif yorum. Objektif yorumun uygulanması halinde devreye giren tamamlayıcı standartlar, tahkim iradesinin belirlenmesi söz konusu olduğunda kısıtlayıcı "*tahkim şüphesi*" bir yaklaşım ve tahkim anlaşması kapsamına giren uyuşmazlıkların belirlenmesi söz konusu olduğunda, liberal "*tahkim dostu*" bir yaklaşım içermektedir (VOSER, s. 182).

⁹⁴⁰MEIER Andrea: "Multi-party Arbitrations", *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (ed. ARROYO Manuel), B. 2, Kluwer Law International, 2018, s. 2510. Bu kararda, İsviçre hukuku ve *lex mercatoria*'nın uygulandığı yönünde bkz. ZUBERBÜHLER, s. 23. İsviçre hukukunda yer alan yakın tarihli içtihatlar, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi için gereken katılım derecesinin, önceki kararlardan daha düşük kabul edildiği yönünde bkz. BÄRTSCH/PETTI, s. 34-35. Üçüncü kişinin zımni tahkim iradesi sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği bir ICC kararında, somut uyuşmazlık taraflar arasında Bangladeş'teki enerji santrallerinin inşası ve özel işletmesiyle ilgili akdedilen mal tedarik sözleşmesinden doğmuştur. Daha sonra, tedarikçi A.A., tesis

özellikle imzacı olmayan kişinin, imzacı olana yönelik güvenebileceği beyanlarda bulunması halinde, bu doktrinin uygulanabileceğini belirtmiştir⁹⁴¹.

4402 sayılı ICC kararında ise hâkim şirketi sözleşmeye dâhil etme arzusunda olan tarafın sözleşmeyi imzalamadan önce bunu düşünerek bu yönde hareket etmesi gerekliliği vurgulanarak hâkim şirketin sözleşmeye taraf olmadığına karar verilmiştir⁹⁴². Keza şirketler hukukuna ve tanıdığı hukuki imkânlarla vurgu yapan ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması özelinde verilmiş olsa da grup şirketler doktrini bakımından da geçerliliği kabul edilebilecek *Adams v. Cape Industries plc.* kararında⁹⁴³ yer alan vurgu, şirket yapısının kullanılma biçimine bizzat hukukun müsaade ettiği. Diğer bir ifadeyle, hâkim şirketin ve bağlı şirketlerinin bir sözleşmesel ilişki içerisinde araçsallaştırılmasına şirketler hukuku müsaade ettiğinden ve bunu yapan şirketler kanundan doğan haklarından istifade ettiğinden, sözleşmeyi imzalamayan bir şirketi tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmamak gerekir. Kanaatimizce, zımni tahkim iradesi bu bakış açısına da çözüm sunmaktadır. Nitekim bir şirketin

için dizel motorların teslimatı işini alt yüklenici A.B.'ye taşere etmiştir. Dizel motorların teslimatı ve kurulumunu takiben, çeşitli teknik sorunlardan dolayı alıcılar, tedarik sözleşmelerindeki ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine tedarikçi, ilgili mal tedarik sözleşmelerinde yer alan aynı tahkim anlaşmalarına dayanarak, alıcılar aleyhine Cenevre'de tahkim yargılaması başlatmıştır. Alıcılar alt yüklenicinin de ICC tahkimine taraf olarak dahil edilmesini talep etmiş, ancak söz konusu alt yüklenici hakem heyetinin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Daha sonra hakem heyetinin uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi olduğunu kabul eden kararı aleyhine İsviçre mahkemelerinde iptal davası açılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, öncelikle tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında, irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerin göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, tarafların subjektif iradelerinin dosyada mevcut deliller kapsamında değerlendirilebileceğini ve gerçek bir anlaşmanın yokluğunda, tahkim anlaşmasının güven teorisine uygun olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme, hakem heyetinin yargı yetkisine ilişkin kararını, imzacı olmayan alt yüklenicinin mal tedariki sözleşmesinin tarafı olmadığı, bu sözleşmenin kurulmasında da herhangi bir rol almadığı, somut olayda alt yüklenici ile tedarikçinin kimliğinde karışıklık meydana getirecek bir durum olmadığı ve alt yüklenicinin dizel motor tedariki şeklindeki alt yüklenicilik sözleşmesindeki tanımlanmış rolünün, tahkim anlaşmasına zımni irade beyanı ile taraf olduğunun kabul edilmesini engellediği sebebiyle iptal etmiştir (VON SEGESSER Georg: “BGer – 4A_124/2020”, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 4A_124/2020, 13.11.2020, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International).

⁹⁴¹LANDBRECHT/WEHOWSKY, s. 847, dn. 73.

⁹⁴²ICC matter no. 4402, award of March 17th, 1983, reprinted in Sigvard Jarvin & Yves Derains, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1974-1985, at 153-57 (1990), Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, s. 601; HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 281; SANDROCK, s. 946-947; ESEN, *Teşmil*, s. 117-118. Bu kararda uyuşmazlığın, bağlı şirketin akdettiği tahkim anlaşmasıyla hâkim şirketi bağlı kılmak anlamında temsil yetkisi olup olmadığı perspektifinden değerlendirildiği yönünde bkz. SANDROCK, s. 946-947; ESEN, *Teşmil*, s. 117-118. Sözleşmeyi imzalamayan tarafın bu yöndeki hareketinin tam olarak esas sözleşmeye veya tahkim klotuna taraf olmama amacı taşıdığı yönünde verilen bir ICC kararına ilişkin bilgi ve değerlendirme için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 180-181. Aynı yönde bir diğer ICC kararına ilişkin bilgi için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 180.

⁹⁴³[1990] 1 Ch. 433, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 284; ESEN, *Teşmil*, s. 133; KELEŞ GÜVEN, s. 1138-1139.

zımni tahkim iradesinin varlığı tespit edildiğinde, şirketler hukukundaki haklarına dayanması artık dürüstlük kuralına aykırı kabul edilecektir.

Türk hukuku bakımından ise grup şirketler doktrini temelinde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, mevcut kanuni düzenlemeler ve mahkeme içtihatları kapsamında pek mümkün gözükmemektedir⁹⁴⁴. Türk kanunlarına göre, tahkim anlaşmasında imzası bulunmayan tarafın, tahkim anlaşması ile bağlı kabul edilebilmesine ilişkin düzenleme olmadığı gibi grup şirketler doktrinine ilişkin yerleşmiş veya detaylıca incelenip gerekçelendirilmiş bir içtihat da mevcut değildir⁹⁴⁵. Bununla birlikte, zımni tahkim iradesi kavramı kabul edildiğinde, zaten grup şirketler doktrinine ihtiyaç kalmayacağından, grup şirketler doktrininin uygulanması yerine aynı sonuca zımni tahkim iradesi değerlendirmeleriyle ulaşılacaktır⁹⁴⁶. Özellikle Türk mahkemelerinin ve doktrininin tahkim iradesine olan muhafazakâr yaklaşımı dikkate alındığında, her ne kadar tamamen iradeye dayandığını kabul etsek de hâlâ doktrinde iradi bir temele dayanıp dayanmadığı bile tartışmalı olan ve koşulları yerleşmemiş grup şirketler doktrini yerine, borçlar hukukunun en temel kavramlarından birisini oluşturan ve istisnasız her hukuk sisteminde varlığı kabul edilen zımni irade beyanı kavramı temelinde, tahkim iradesinin değerlendirilmesini ve zımni tahkim iradesi kavramına ılımlı yaklaşılmasını beklemek en azından Türk hukuku bakımından daha makul bir beklenti olacaktır.

⁹⁴⁴ESEN, *Teşmil*, s. 101; ERDEM, *Ticaret Hukuku*, s. 658. Özdemir Kocasakal'a göre, şayet tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği Türk hukuku kapsamında karara bağlanacaksa, TTK'de yer alan düzenlemeler, bağlı şirketin akdettiği tahkim anlaşmasıyla hâkim şirketin bağlı kabul edilmesi için yeterli değildir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 54). Benzer yönde bkz. İLHAN, s. 139-140. Türk ticaret hukukunda yer alan şirketler topluluğu düzenlemeleri uyarınca, grup şirketler doktrininin uygulanabilirliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1148-1158.

⁹⁴⁵Türk mahkemelerinin, uygulanan teori fark etmeksizin detaylı bir gerekçe göstermeden, tahkimin iradi olması ve mahkemelerin yargı yetkisinin birincil niteliği temelinde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasını reddettiği karar örnekleri için bkz. Yargıtay 11. HD., 25.06.2015 tarihli ve 2014/9538 E., 2015/8707 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD., 11.03.2004 tarihli ve 2003/2654 E., 2004/2603 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com. Yargıtay 11. HD.'nin 07.11.1989 tarihli ve 1990/2931 E., 1991/6828 K. sayılı kararının tahkim anlaşmasında imzası olmayan şirketin sözleşme görüşmelerine katılması gibi doktrinin uygulanma şartlarının gerçekleştiği bir karar olması bakımından güzel bir örnek teşkil etse de, Yargıtay'ın hukuki gerekçelendirme konusunda sığ kaldığı yönünde bkz. HALİS KASAP, s. 110. Sadece aynı grupta bulunmaları sebebiyle, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan bir şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasının TTK'de öngörülen topluluk düzenlemelerinin amacını aşacağı yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1148-1149.

⁹⁴⁶Gruba ait şirketlerden birinin, esas sözleşmenin kurulması, ifası, sona ermesi süreçlerinde aktif olarak yer alması, diğer tarafta sözleşmenin tarafı olduğu yönünde haklı güven oluşturmaları ve esas sözleşmede tahkim klozu olduğunu bilmesi veya bilmesinin beklenmesinin makul olması halinde, dürüstlük kuralı gerekçesiyle ilgili şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gerektiği; aksi halde, "dürüstlük kuralına aykırı davranışın ödüllendirileceği" yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 54. Esas sözleşmenin kuruluşuna, ifasına veya sona ermesine katılım yoluyla zımni tahkim iradesinin beyan edildiği yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1139.

2. Esas Sözleşmenin İfası

Grup şirketler doktrininin uygulanma kriterlerinden birisi olan “*esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshinde oynanılan aktif rol*” kriterinden, sadece esas sözleşmenin ifası halinde dahi, esas sözleşme içerisinde yer alan tahkim klotunun zımni olarak kabul edildiği değerlendirilmesi yapılabilmektedir⁹⁴⁷. Böylece, somut olayın koşulları ve uluslararası ticari teamüller göz önüne alınarak iradeyi gösteren davranış niteliğinde olacak şekilde zımni tahkim iradesi teşkil eden durumlar söz konusu olabilir⁹⁴⁸. Bu çerçevede, herhangi bir doktrine dayanılmadan, doğrudan esas sözleşmenin ifa edildiği hallerde, aynı sözleşme içerisinde bir hüküm olarak yer alan tahkim klotunun da zımnen kabul edilip edilmediği, esas sözleşmenin asli tarafları ve üçüncü kişiler bakımından değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda, özellikle üçüncü kişiler açısından, esas sözleşmenin ifasının zımni tahkim iradesi olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılsa, bir kez daha grup şirketler doktrininin ulaştığı sonuca zımni tahkim iradesi kavramıyla da ulaşılabileceği tespit edilmiş olacaktır.

Esas sözleşme, şekil şartına aykırılık veya ehliyetsizlik gibi sebeplerle geçersiz olabilir. Esas sözleşmenin ifası halinde, tahkim klotunun zımnen kabul edilip edilmediği, geçersiz bir esas sözleşmenin ifa edilmesi neticesinde, geçerli hale geldiğinin kabul edildiği durumlar bakımından, esas sözleşmeye yönelik iradenin tahkim klotuna sirayet edip etmeyeceği açısından değerlendirilecektir. Bu çerçevede,

⁹⁴⁷Lizbon Temyiz Mahkemesi tarafından, 2015 tarihinde verilen bir kararda, grup şirketler doktrini bağlamında zımni tahkim iradesi değerlendirilmiştir. Bu karar, esas sözleşmenin ifası durumu ve grup şirketler doktrininin kesişmesine güzel bir örnektir. Karara konu olayda, A ve B’nin akdettiği ve *ad hoc* tahkim klotu içeren esas sözleşme, B tarafından ihlal edilmiştir. A ve C, Portekiz devlet mahkemelerinde B aleyhine tazminat davası açmıştır. B, tahkim klotunun geçerli ve C tarafı da dahil olmak üzere tüm taraflar için bağlayıcı olduğunu iddia ederek mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmiştir. C ise tahkim iradesi olmaması sebebiyle tahkim anlaşmasına taraf olmadığını iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, tahkim klotunun tüm taraflar için bağlayıcı olduğuna karar vermiş ve uyuşmazlığı hakeme sevk etmiştir. A ve C, Lizbon Temyiz Mahkemesi’nde bu karar aleyhine temyiz başvurusunda bulunmuştur. Lizbon Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin C ile ilgili kararını bozmuş; ancak A, ile ilgili kararını onamıştır. Karara göre, esas sözleşmede yer alan bir tahkim klotu sadece sözleşmeyi imzalayan tarafları bağlar (Portekiz Medeni Kanunu m. 406). Bununla birlikte, imzacı tarafların, imzacı olmayan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu kabul etmesi ve üçüncü kişinin, bu tahkim klotunu açıkça veya zımni olarak kabul etmesi halinde, bu klotun imzacı olmayan üçüncü kişiyi bağladığı kabul edilebilir. Zımni rıza, bu katılımı önemli bir olasılık düzeyinde gösteren olgulardan kaynaklanmalıdır (Portekiz Medeni Kanunu m. 217/1). Zımni irade beyanının varlığını kabul etmek için, imzacı olmayan üçüncü kişinin tahkim klotunun yer aldığı esas sözleşmenin müzakeresine ve ifasına katılması ve imzacı olmayan üçüncü kişinin tahkim klotunun varlığından fiilen haberdar olduğunun tespiti gerekmektedir. Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, s. 185-186.

⁹⁴⁸VAN DEN BERG, NYC, s. 198.

bu başlık altında, özellikle yetkisiz temsil durumunun söz konusu olduğu hallerde, tahkim anlaşması ve esas sözleşme arasındaki ilişki odaklı bir değerlendirme yapılacaktır.

Temel hukuki problem, tahkim anlaşmasına yönelik açık bir kabul beyanında bulunulmadan, taraflar arasındaki maddi ilişkiyi düzenleyen esas sözleşmenin bir hükmü olan tahkim klotuyla, doğrudan maddi ilişkiden doğan yükümlülükleri ifa eden kişinin zımni tahkim iradesi sebebiyle bağlı olduğunun kabul edilip edilemeyeceğidir⁹⁴⁹. Dolayısıyla, bahsedilen senaryoda, maddi ilişkiden kaynaklanan yükümlülükleri ifa eden kişi, davranışlarıyla esas sözleşmeye taraf olma iradesini beyan etmişse de, bu iradenin esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu da kapsayıp kapsamayacağı değerlendirilmelidir⁹⁵⁰.

Esas sözleşmeye yönelik iradenin tahkim klotu açısından kabul edilebilmesi için kritik eşiklerden birisi, tahkim klotunun esas sözleşmede yer alan diğer hükümlerden nitelik bakımından herhangi bir farkı olup olmadığının tespiti⁹⁵¹. Yargıtay tarafından, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik bakımından farkı olmadığının kabulüne ilişkin yapılan değerlendirmeler, zımni tahkim iradesinden ziyade, iyiniyet prensibine atıfla yapılmıştır. Örneğin, İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 27.01.1989 tarihli ve 1988/715 E., 34 K. sayılı kararı ile esas sözleşmede yer alan tahkim klotu haricindeki diğer sözleşme hükümlerinin ifa yoluyla geçerliliğini kabul ederek, sadece tahkim anlaşmasını ayrı tutmanın iyiniyet prensiplerine aykırı olacağına hükmetmiştir⁹⁵².

⁹⁴⁹YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 274.

⁹⁵⁰ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 39. Bir kişinin, zımni tahkim iradesi sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulup tutulamayacağı tartışmasının, esas sözleşmenin kurulmasına veya sonradan kabul edilmesine ilişkin zımni irade beyanının, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu kapsayıp kapsamadığı noktasında düğümlendiği yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1131-1133.

⁹⁵¹Örneğin, esas sözleşmenin ifaya ilişkin hükümleriyle tahkim klotu arasında nitelik bakımından fark olduğu kabul edildiği takdirde, esas sözleşmeye yönelen iradenin tahkim klotuna yönelen irade olarak kabul edilemeyeceği söylenebilecektir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40). Esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun, esas sözleşme hükümlerinden daha farklı şekilde kanıtlanması zorunluluğunun gerekçelendirilemeyeceği yönünde bkz. KAPLAN, s. 29-30. Tahkim anlaşmalarının esas sözleşmeden nitelik bakımından farklı olup olmadığı tartışmalarının altında yatan düşünce, esas sözleşmenin tahkim klotu hariç diğer hükümlerinin, tarafların maddi hukuk anlamında hak ve yükümlülüklerini belirlerken, tahkim klotunun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak usuli nitelikte olduğu düşüncesidir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 420-421; ESEN, *Teşmil*, s. 33-34, 239).

⁹⁵²İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 27.01.1989 tarihli ve 1988/715 E., 34 K. sayılı karar, Karar yayımlanmamıştır (Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 424; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 45). Benzer şekilde, borçlar hukuku anlamında iptal edilebilir bir esas sözleşme ifa yoluyla geçerli hale gelirse, tahkim anlaşmasına özel başkaca sebeplerin

Bununla birlikte, Yargıtay 11. HD., 11.05.2015 tarihli ve 2015/1687 E., 2015/6696 K. sayılı kararı⁹⁵³ kapsamında, tahkim klozu içeren bir taşıma sözleşmesi uyarınca, davacının taşımayı yaparak navlun alacağını ödenmesini talep etmesi sebebiyle, taşıma sözleşmesini tahkim klozu da dahil olmak üzere kabul ettiği sonucuna varılmıştır.

Aslında, mantık çerçevesinde düşünüldüğünde, esas sözleşme imzalandığında tüm hükümleriyle kabul edilmiş olacağından, tahkim klotuna yönelik özel olarak itiraz etmek gibi bir durum olmadıkça, esas sözleşmenin imzalanarak veya başka bir şekilde kabul edilmesi, aynı sözleşmede yer alan tahkim klotunun da kabul edilmesidir⁹⁵⁴. Hatta genelde tahkim klotuna özel olarak bir irade beyan edilmediğinden, tahkim iradesine ilişkin tek kanıtın esas sözleşmeye yönelik irade olarak kabul edilmesi

yokluğunda tahkim klotunun da geçerli hale geleceği yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 87. Şanlı'ya göre bu karar kapsamında bağımsızlık prensibi göz ardı edilmiştir ve tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir ifa hareketi söz konusu değildir. Dolayısıyla, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasında bulunmak, dürüstlük kuralına aykırı değerlendirilmemelidir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 424-427).

⁹⁵³Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda taraflar arasındaki uyumsuzluk; asıl taşıyıcı davalı ile fiili taşıyıcı davacı arasında dava dışı O. firmasına ait malların İspanya'dan Türkiye'ye nakliyesine ilişkin taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dosya içerisinde yer alan "Yükleme Antlaşması" başlıklı taşıma sözleşmesinin, yazılı şekilde düzenlendiği, taraflarca icap ve kabulün teyitleşilerek yapıldığı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen sözleşmede; sözleşme koşullarına 24. saat içinde itiraz edilmediği takdirde teyit edilmiş sayılacağı, sözleşmeden doğabilecek uyumsuzlukların İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma ve Hakem Birliklik Yönetmeliği uyarınca çözümleneceği belirtilmektedir. Sözleşme uyarınca davacı firma tarafından taşımanın yapılması, davacı tarafından bu taşımadan kaynaklı navlun alacağını talep edilmesi karşısında davacı tarafından "Yükleme Antlaşması" başlıklı taşıma sözleşmesindeki koşulların tahkim şartı da dahil olmak üzere kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. HMK'nın 116. maddesinde tahkim itirazı ilk itirazlar arasında sayılmış olup davalı vekilince süresinde tahkim ilk itirazında bulunulmuştur. Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar uyarınca geçerli bir tahkim şartının mevcudiyeti gözetilmeksizin tahkim ilk itirazının reddiyle işin esasının incelenip yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 11. HD., 11.05.2015 tarihli ve 2015/1687 E., 2015/6696 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁹⁵⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 792-794. İstisnaları olmakla birlikte, tahkim klotunun kabul edilmesine ilişkin tek kanıtın, esas sözleşmenin kabul edilmesi olduğu ve bu durumlara özgü olarak, tarafların esas sözleşmeye ve tahkim klotuna yönelik kabul beyanları bakımından ayırım yapılmasının nedensiz olduğu yönünde bkz. AĞAOĞLU, s. 218. Özellikle esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin, tahkim klotu bakımından zımni irade beyanı olarak kabul edilebilirliği konusunda, bir tarafın esas sözleşmeyi tahkim klotuna hiç atıfta bulunmadan kabul ettiği senaryoda, tahkim klotunun ayrı olarak kabul edilmedikçe bağlayıcı olmayacağı sonucunun oldukça anlamsız olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla esas sözleşmenin ifası halinde, tahkim anlaşmasının da zımnen kabul edildiği sonucuna ulaşılmalıdır (MAYER, *The Limits of Severability*, s. 264). Davacının sözleşmede yer alan tahkim klotunu hariç tutmadan, sözleşmeyi ifa etmesi tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak yönündeki irade beyanı olarak değerlendirilebilir. Aksi yönde açık bir irade beyan etmeksizin, esas sözleşmeyi bütün olarak ifa etmiş olan bir kişinin, hem esas sözleşme hem de tahkim klotuna zımni irade beyan ettiği sınırlı bağımsızlık yaklaşımı kapsamında kabul edilmelidir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40-41, 45). Tahkim klotunun esas sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik bakımından farkı olmadığı sürece, esas sözleşmenin ifasına dahil olmak gibi esas sözleşmenin benimsendiğini gösteren davranışların, açıkça aksi belirtilmedikçe tahkim klotunu da kapsayabileceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 209.

gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵⁵. Özellikle tahkim klozu içeren esas sözleşmenin itirazda bulunulmaksızın ifa edilmesi halinde⁹⁵⁶, esas sözleşmeyi ifa eden kişinin bu davranışı, esas sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ettiğini göstermekte ve diğer tarafta da bu yönde haklı bir güven oluşturmaktadır⁹⁵⁷. Diğer yandan, esas sözleşmenin ifasını zımni tahkim iradesi olarak kabul eden bir diğer görüş, esas sözleşmenin müzakerelerine veya ifasına sınırlı katılım halleri ile esas sözleşmenin geneline ya da temel unsurlarına aktif katılım halleri arasında ayırım yapmış ve ikinci durumda, zımni tahkim iradesinin kabul edilebileceğini belirtmiştir⁹⁵⁸. Nitekim 6769 sayılı ICC kararında⁹⁵⁹ hakem heyeti, iki şirket arasında akdedilen ve tahkim klozu içeren sözleşme kapsamında sadece parça imalatı yapmakla görevlendirilen şirketin, esas sözleşmenin kuruluşu ve ifasında rolü olmadığını, sözleşmenin kendisini ilgilendiren kısmının ifasına ilişkin kısımlarını parafladığını ve sözleşmenin taraflarına karşı yükümlülük altına girmediğini gerekçe göstererek tahkim iradesi olmadığına hükmetmiştir.

Öğretide, zımni tahkim iradesinin tereddüde yer vermeyecek davranış ve tutumlar ile doğrudan tahkim kloxuna yönelik olması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶⁰. Nitekim esas sözleşmeye yönelen ifa hareketlerinin, tahkim iradesi olarak yorumlanamamasına temel gerekçe olarak, tahkim anlaşmalarının etkilerini usul hukuku alanında doğurması ve bağımsızlık prensibi gösterilmektedir⁹⁶¹. Bu kapsamda, esas sözleşmeyi ifa eden kişilerin, bağımsızlık prensibi karşısında, zımni tahkim iradesinin varlığının nasıl kabul edilebileceği de incelenmelidir⁹⁶². Zira doktrinde

⁹⁵⁵Bağımsızlık prensibi sebebiyle tahkim iradesinin ispatlanması için esas sözleşmeye yönelen iradenin mutlaka ispatlanmasının gerekmediği ve tahkim iradesinin başka şekillerde de ispatlanabileceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 792-794.

⁹⁵⁶VAN DEN BERG, NYC, s. 198.

⁹⁵⁷VAN DEN BERG, NYC, s. 198.

⁹⁵⁸BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429.

⁹⁵⁹119 J. Droit Int'l (Clunet) 1019 (1992), Kararın ilgili kısmı için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 270-271; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 70.

⁹⁶⁰ESEN, *Teşmil*, s. 340; ŞANLI, s. 599-600. Örneğin, hakem heyetinin yargı yetkisine itiraz etmeden hakem tayini veya görev belgesinin düzenlenmesi halleri gibi (TİRYAKİOĞLU, s. 104; ŞANLI, s. 600). Tahkim anlaşmasına yönelik birtakım hareketlerle zımni tahkim iradesinin beyan edildiği kabul edilen diğer örnekler için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 239-240.

⁹⁶¹ESEN, *Teşmil*, s. 33-34, 239. Gerekçe olarak bağımsızlık prensibi vurgusu için bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 104; COURTNEY, s. 590. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 182.

⁹⁶²BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 57-58. İsviçre Federal Mahkemesi'nin A. d.d. v. B. Suisse SA kararında (Swiss Federal Supreme Court, A. d.d. v. B. Suisse SA, Case No. 4A_646/2018, 17.04.2019), bağımsızlık prensibinin, tarafların esas sözleşmeye yönelen davranışlarının, tahkim kloxunu kabul ettikleri şeklinde yorumlanmasını engellediğinin belirtildiği; ancak, mahkemenin bağımsızlık prensibi vurgusuna rağmen, esas sözleşmeye uygulanan kurallarla aynı şekilde, tahkim kloxuna da şekil şartı muafiyeti tanınmasının dikkat çekici olduğu ve bu kararın salt esas sözleşmenin ifasına dayanarak üçüncü kişinin tahkim yargılamasına taraf olarak dahil

bağımsızlık prensibinden ötürü, esas sözleşmeye yönelik zımni irade beyanının, tahkim klotunu kapsamadığı belirtilmiştir⁹⁶³. Dolayısıyla, bağımsızlık prensibi kapsamında, imzacı olmayan kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilebilmesi için tahkim iradelerinin bağımsız olarak mevcudiyetinin varlığı, tarafların tahkim anlaşmasından haberdar olmaları ve özellikle tahkim anlaşması özelinde zımnen de olsa anlaşmalarını gösteren kanıtların aranması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶⁴. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise bağımsızlık prensibi, tahkim anlaşmaları bakımından ayrı bir anlaşmanın gerektiği anlamına gelmemektedir⁹⁶⁵. Nitekim bağımsızlık prensibi, bu iki sözleşmenin geçerlilik değerlendirmesinin ayrı yapılmasını⁹⁶⁶ ve esas sözleşmenin geçersizliğinden tahkim anlaşmasının etkilenmesini önlemeyi amaçlamaktadır⁹⁶⁷. Sınırlı bağımsızlık yaklaşımı kabul edilerek bağımsızlık prensibine çekilen sınır, esas sözleşmenin herhangi bir sebeple sona erme ihtimalinde, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların devam edebilme ihtimali dahilinde, bu uyuşmazlıkların hakeme sevk edilebilme imkânı sağlanması olmalıdır⁹⁶⁸. Örneğin, Hindistan mahkemeleri tarafından, garanti sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa ilişkin verilen bir kararda, esas sözleşmeye taraf kabul edilmenin tahkim anlaşmasına da taraf kabul edilmeyi gerektirdiği sonucuna ulaşılmıştır⁹⁶⁹. Dolayısıyla bağımsızlık prensibi ve tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmek bakımından, iradenin doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olması gerektiği görüşü benimsenmemiştir⁹⁷⁰.

edilmesini kabul ettiği yönündeki değerlendirmeler ve karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 268.

⁹⁶³ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 422-427; ESEN, *Teşmil*, s. 33-34. Esas sözleşme ve tahkim klotu ilişkisi bağlamında bağımsızlık prensibinin farklı hukuklarda farklı yorumlanmasına ilişkin bilgi için bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 115-116.

⁹⁶⁴BREKOUKAKIS, *Third Party*, s. 182.

⁹⁶⁵KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1042; AĞAOĞLU, s. 217-218.

⁹⁶⁶ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40; MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 1. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 18.

⁹⁶⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 40; MOSES, s. 18; DEMİRKOL, s. 309. “Buradaki amaç, asıl sözleşmedeki geçersizliğin tahkim şartını geçersiz hâle getirmesini ya da tahkim şartındaki geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkilemesini engellemek ve böylece tahkim yargılaması için gerekli olan rızanın ayakta kalmasını sağlamaktır.” (YHGK, 29.11.2023 tarihli ve 2023/103 E., 2023/1185 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁹⁶⁸DEMİRKOL, s. 294.

⁹⁶⁹*M/S. Chand Chits & Finance (P) Ltd. v. M/S. Super Advertisers and Ors*, Delhi High Court, (1991) 2 ARBILR 1, 08.04.1991, indiankanoon.org (*M/S. Chand Chits & Finance (P) Ltd. v. M/S. Super Advertisers and Ors*).

⁹⁷⁰*M/S. Chand Chits & Finance (P) Ltd. v. M/S. Super Advertisers and Ors* kararı kapsamında Delhi Yüksek Mahkemesi, çeşitli gerekçelerle garanti sözleşmesine taraf olduğu kabul edilen asıl borçlunun, garanti sözleşmesindeki tahkim klotuna da taraf olduğunu ve dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözüme kavuşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Bu davada davacının iddiası, tahkim klotu içeren üç taraflı bir anlaşma olan garanti sözleşmesinin, asıl borçlu tarafından imzalanmadığından ona karşı geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığıdır. Mahkeme, garanti sözleşmesinin imzalanmadığını kabul etmiş ve fakat somut olayın koşulları kapsamında, asıl

Sonuç olarak, esas sözleşmeye yönelen ifa hareketleri durumunda, bu hareketlerin iradeyi gösteren davranış şeklinde zımni tahkim iradesi olarak kabul edilmesine bağımsızlık prensibi bir engel oluşturmamaktadır. Zira burada esas sözleşmenin ifayla geçerli hale gelmesi gerekçesinden ziyade, esas sözleşmeye yönelen ifa hareketlerinin zımni tahkim iradesi oluşturduğu kabulünden hareket edilmektedir.

Fransız mahkemeleri bazı kararlarında zımni tahkim iradesi kavramı yerine, tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar olunması kavramını vurgulamıştır; ancak, bu kavram açık veya zımni tahkim iradesi yerine ikame edilebilir bir kavram değildir⁹⁷¹. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi, *Korsnas Marma v. Durand–Auzias* kararında⁹⁷², milletlerarası sözleşmelerde yer alan tahkim klotlarının kendi

borçlunun garanti sözleşmesinin içeriği hakkında tam bilgi sahibi olduğunun kabul edilmesi gerektiğinden, bu sözleşmeye asıl borçlunun taraf olmayı zımnen kabul ettiğini belirtmiştir. Zira garanti sözleşmesinde belirtilen meblağı talep üzerine davacıya ödemenin taahhüt edildiği senet, hem asıl borçlu hem de garantörler tarafından imzalanmıştır. Aynı zamanda, davacıya olan borçların ödenmemesi durumunda, davacının dava açma hakkına sahip olduğu bir mektup, hem asıl borçlu hem de garantörler tarafından imzalanmıştır. Mahkemeye göre, bu mektup ve senet, asıl borçlunun imzalamadığı garanti sözleşmesi hakkında tam bilgiye sahip olduğunu açıkça gösterdiğinden, garanti sözleşmesine zımni irade beyanıyla taraf olan asıl borçlu, tahkim anlaşmasına da taraftır. Mahkeme son olarak daha önceki içtihadına atıfla, yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı için taraflarca imzalanmasının gerekli olmadığını, şartların yazılı hale getirilmesinin ve tarafların mutabık kalmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, tahkim klotu içeren bir esas sözleşme hakkında “*tam bilgi sahibi olunması*”, kişinin hem esas sözleşme hem de tahkim anlaşmasına taraf olmasına sebep olmuştur (*M/S. Chand Chits & Finance (P) Ltd. v. M/S. Super Advertisers and Ors*, prg. 1-12). Üçüncü kişi yararına sözleşme ve garanti sözleşmelerinde, tahkim anlaşmasının imzacı olmayanlar üzerindeki etkisinin, temel sözleşmeler hukuku prensiplerinin uygulanmasıyla imzacı olmayan kişinin zımni rızasının tespit edilmesine bağlı olduğu ve bazı hakem heyetlerinin, garantörün tahkim yargılamasına tabi tutulması için yükümlülüklerinin borçlununkine eş olması ve tahkim klotundan haberdar olması gibi ön koşulların, garantörün zımni rızasını tespit etmeye yeterli olmadığı şeklinde karar verdiği yönünde bkz. YİĞİT, s. 60, 74. Yine özellikle garantörün esas sözleşmenin ifasında ticari açıdan artan rolü ve garanti türü sebebiyle tahkim anlaşmasına zımni irade beyan ettiğinin kabul edilebileceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1461-1462. Bir görüşe göre ise garantörler, tahkim klotunu açıkça veya tereddütsüz şekilde zımnen kabul etmedikçe tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacaktır. Garantör ile lehdar arasındaki sözleşmesel ilişki, esas sözleşmeden bağımsızdır. Dolayısıyla ilgili kişinin, esas sözleşmedeki tahkim klotuna yönelik açık veya tereddütsüz olarak beyan edilen zımni iradesi olmadıkça bu kişi tahkim yargılamasına taraf olamayacaktır (ESEN, *Teşmil*, s. 211).

⁹⁷¹Tahkim klotu içeren bir esas sözleşmenin ifasındaki rolünden dolayı, ilgili kişinin, tahkim klotunu bilmediğini öne süremeyeceği varsayımı ve tahkim anlaşmasına yönelik açık veya zımni irade beyanı kavramları, birbiri yerine ikame edilemez. Dolayısıyla, tahkim klotundan veya anlaşmasından haberdar olmak, tahkim anlaşmasının kurulması için yeterli değildir. Zira tereddüde mahal vermeyecek şekilde zımni de olsa, iradenin tahkim anlaşmasına yönelik olması gereklidir (ESEN, *Teşmil*, s. 127-128). Verilen kararlarda, tarafların iradelerine doğrudan atıf yapılmadığı ve sözleşmeyi imzalamayan tarafın tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar olduğunu varsaymaya izin verecek koşullara vurgu yapıldığı yönünde bkz. GRAVEL/PETERSON, s. 525. Tarafların farkındalığı ve tahkim iradesi arasındaki sınırın belirlenmesinde, tahkim anlaşması akdederken tarafların sözleşmesel ilişkilerinin maddi koşullarının -örneğin, sürece birden fazla kişinin dahil olması veya çeşitli tarafların haklarının ve sorumluluklarının birbirine bağlı olması gibi- farkında olduğu veya olması gerektiği temelinde, esas sözleşmenin maddi bakımdan arka planına ilişkin farkındalıkları da göz önünde tutularak oldukça hassas olunması gerektiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Elephant*, s. 1185-1186.

⁹⁷²Cour d’Appel, Paris, 30 November 1988, *Korsnas Marma v Durand-Auzias*, (1989) Rev Arb 691, at 694 with note P-Y Tschanz (*Korsnas Marma v. Durand–Auzias*), Karara ilişkin bilgi için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 185; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 288.

başına geçerliliğe ve etkinliğe sahip olduğunu belirtmiş⁹⁷³ ve tahkim klotunu içeren esas sözleşmeyi imzalamamış olsalar da, esas sözleşmenin ifasıyla birlikte, esas sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa doğrudan dahil olan kişilere de, durumlarının tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar olduklarının varsayılabilmesi koşuluyla, tahkim klotunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁷⁴. Bununla birlikte, imzacı olmayan kişilerin tahkim anlaşmasının varlığından ve kapsamından haberdar olmaları şart olsa da, bunun koşullara göre varsayılabilmesi kabul edilerek, imzacı olmayan kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi için, imzacı olmayanların esas sözleşmenin ifasında yer almaları ve tarafların en azından varsayımsal olarak tahkim anlaşmasının varlığından haberdar olmaları kriterleri kümülatif olarak aranmıştır⁹⁷⁵. Bu iki kriterin birlikte aranması subjektif yaklaşıma, diğer bir ifadeyle, tahkim anlaşmasını imzalamayan tarafın, tahkim iradesini tespit etmeye yönelik yaklaşıma işaret etse de, Paris İstinaf Mahkemesi'nin hiçbir zaman tahkim iradesinin özel olarak kanıtlanmasını talep etmediği belirtilmektedir⁹⁷⁶. Daha

⁹⁷³Tahkim anlaşmasının kendi başına geçerliliği ve etkinliği olduğu yönündeki atıf ile bağımsızlık prensibinin kastedildiği ve bu prensibin Fransız mahkemelerine göre, milletlerarası tahkim hukukunun temel ilkelerinden birisi olduğu yönünde bkz. PINSOLLE, s. 214; MAYER, s. 190-191.

⁹⁷⁴*Korsnas Marma v. Durand-Auzias* kararını *Brekoulakis*, milletlerarası bir sözleşmedeki tahkim klotunun varlığından sadece haberdar olmanın bile, imzacı olmayan kişinin tahkim yargılamasına zorlanması için yeterli olabileceğinin tespit edildiği bir karar olarak yorumlamıştır (BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 621). Bu yönde verilen diğer Fransız mahkemeleri karar örnekleri için bkz. DERAİNS, *Group of Companies*, s. 134; PINSOLLE, s. 214; MAYER, s. 191, dn. 5. Fransız hukukunda kademeli olarak subjektif analizden, objektif analize geçildiği ve son kararlarda tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınan tarafın tahkim anlaşmasının varlığından varsayımsal olarak haberdar olmasının dahi aranmadığı yönünde bkz. PINSOLLE, s. 210.

⁹⁷⁵BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 185; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 288. Somut uyuşmazlıkların çoğunda, imzacı olmayanların esas sözleşmeye ve tahkim klotuna taraf olmaları yönünde, tüm tarafların en azından zımnî rızalarının varlığının kanıtlanması beklenmiştir. Bununla birlikte, bazı mahkemeler kendilerini tahkim klotunun farkında olma ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen davacı veya davalının, uyuşmazlıkla ilgili olması gerekliliği ile sınırlandırmaktadır. Ancak ilgili şirketin sözleşmenin kurulmasında ve ifasında rol oynamış olması ve bu rolün kanıtlanmış olması gerekmektedir. (HANOTIAU, s. 194; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 78). Hatta Paris İstinaf Mahkemesi *Jaguar France v. Renault* kararında, “Milletlerarası tahkim hukukunda, tahkim klotu, sözleşmenin ifasına doğrudan katılan tarafları da kapsar; ancak, bu tarafların durumları, hakemin uyuşmazlığın tüm ekonomik ve hukuki yönlerini dikkate alabilmesi için tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar oldukları varsayımını (karinesini) doğurur.” şeklinde bir tespit yapmış ve bu durumu açıkça bir varsayım (karine) olarak nitelendirmiştir (V2000 (formerly Jaguar France) v. Renault, Court of Appeal Paris (7 December 1994) (1996) *Revue de l'Arbitrage*; affirmed Cass. Ie civ. (21 May 1997), (1997) *Revue de l'Arbitrage* 537, Kararın alıntılanan kısmı için bkz. HOSKING, *The Quest For Consent*, s. 296). Öte yandan, bu kararda tahkim iradesinden ziyade, adalet kavramına odaklanıldığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 77; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 545. Ancak Fransız mahkemeleri daha sonra varsayım (karine) kavramına atıfta bulunmaktan vazgeçmiştir (HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 77).

⁹⁷⁶Aksine, *Korsnas Marma v. Durand-Auzias* davasında, iradenin, imzacı olmayanın pozisyonu ve katılımı temelinde varsayılabilmesi veya isnat edilebileceği belirtilmiştir. Kullanılan formül “durumlarının ve faaliyetlerinin, tahkim klotunu içeren esas sözleşmeyi imzalamamış olsalar bile, tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar olduklarını varsaymaya izin verdiği tespit edildiğinde” şeklindedir (PINSOLLE, s. 216-217).

sonra verilen kararlar kapsamında, artık objektif yaklaşımın hâkim olduğu kesin bir şekilde kabul edilmiştir. Nitekim esas sözleşmenin imzacı olmayan kişi tarafından doğrudan ifasının, tahkim anlaşmasının biliniyor olması veya imzacı olmayan kişiye fiilen ya da hukuken atfedilmesi gerekmeksizin, tahkim anlaşmasıyla imzacı olmayan kişinin de bağlı kabul edilmesini gerektireceği şeklinde kararlar verilmiştir⁹⁷⁷. Bu yöndeki Fransız yaklaşımının, tahkim anlaşmasına atıfta bulunmaksızın, esas sözleşmenin ifasına katılıma dayalı *objektif* bir teste sıkı sıkıya dayandığı gözlemlenmektedir⁹⁷⁸.

Kanaatimizce, objektif bir yaklaşım ve zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri birbiriyle bağdaşmazlar⁹⁷⁹. Esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin başka hiçbir koşul değerlendirilmeden, kendiliğinden tahkim anlaşmasını kapsadığı kabul edilmemelidir. Zira esas sözleşmenin ifası yoluyla zımni tahkim iradesinin tespiti için somut olayın şartları değerlendirilir ve bu değerlendirme, objektif bir kontrol listesinden ziyade, her bir somut olayın koşullarına göre varılacak sonucun

⁹⁷⁷HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 78. Örneğin, 2007 yılında, ABS davasında, Fransız mahkemeleri, tahkim anlaşmasının imzacı olmayan tarafından bilinmesine, bir varsayım olarak dahi atıfta bulunmayı reddetmiştir (ABS, Cour de Cassation, Civ. 1, 27 March 2007, no. 04-20.842, 2007 Rev. Arb. 788 (2007), Karara ilişkin bilgi için bkz. PINSOLLE, s. 216). Fransız mahkemeleri, 2009 tarihli bir davada da, esas sözleşmenin ifasına dahil olmanın, tahkim anlaşmasının imzacı olmayan kişi açısından bağlayıcı olması için yeterli olduğunu teyit etmiştir. Bununla birlikte, mahkeme koşullar göz önüne alındığında, imzacı olmayan kişinin tahkim anlaşmasından haberdar olmadığını iddia edemeyeceğini de belirtmiştir. Keza 2011 tarihli *SociétéKosa France* davasında da, benzer şekilde karar verilmiştir (SociétéKosa France, Paris Court of appeal, 5 May 2011, no. 10/04688, Karara ilişkin bilgi için bkz. PINSOLLE, s. 216-217).

⁹⁷⁸PINSOLLE, s. 217. Mayer, Fransız mahkemelerinin bağımsızlık prensibi konusunda ısrarcı olduğunu ve bir kişinin tahkim klotu içeren esas sözleşmeye taraf olmasa bile, tahkim klotuyla bağlı kabul edilebileceğini, bir tarafın tahkim klotunun varlık ve kapsamından haberdar olması ve esas sözleşmenin ifasına ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklara doğrudan dahil olması halinde, davranışlarının tahkim klotuyla bağlı olma iradesini ortaya koymasının gerekmeyeceğini ve dahil olma kavramının zımni irade beyanından ziyade doğrudan objektif bir durum oluşturduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, yazar, Fransız mahkemelerinin bu yönde verdiği kararların, ilk bakışta sadece taraflardan birinin zımni irade beyanının, esas sözleşmenin ifası sırasındaki davranışlarına dayanarak tespit edilebileceği anlamına geleceğini, bir kişinin sözleşmeyi imzalamamış olmasına rağmen fiilen yerine getirmesi, en azından sözleşmeyle bağlılığının kanıtı olarak görülebileceğini ve diğer tarafların sessiz kalması, bu bağlılığın onlar tarafından da kabul edildiği şeklinde yorumlanabileceğini belirtmiştir (MAYER, s. 191-192). Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasıyla üçüncü kişinin bağlı tutulmasına ilişkin değerlendirme yapılırken, üçüncü kişinin beyanlarına veya davranışlarına uygulanacak objektif standartlardan ziyade, uyuşmazlığın taraflarının adil ve makul beklentileri dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, üçüncü kişinin ne söylediği ya da ne yaptığının incelenmesinin yanı sıra, beyanların ya da davranışların kime karşı yapıldığı da önem arz etmektedir (MRÁZ, s. 62-63).

⁹⁷⁹Örneğin, *Alcatel Business Systems v. Amkor* kararında, Fransız mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliği ve etkinliğine ilişkin *Korsnas Marma v. Durand-Auzias* kararında yapılan atfı yapmadığı ve lafzi olarak üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinin bir koşulu olan tahkim iradesini ortadan kaldırıp kaldırmadığının tartışmalı olduğu yönünde bkz. *Alcatel Business Systems v. Amkor* (March 27, 2007), JDI 2007. 968, Karara ilişkin bilgi için bkz. MEYNIEL, s. 43.

değişebileceği subjektif bir değerlendirmeyi gerektirir⁹⁸⁰. Bu anlamda, tarafları tacir olan milletlerarası ticari sözleşmeler bakımından, bir tacirin sözleşme müzakerelerine veya edimlerin ifasına katılmasına rağmen, tahkim klotundan haberdar olmadığını iddia etmesi kolay kolay makul karşılanmayacaksa da, özellikle esas sözleşmenin müzakerelerine katılan veya ifasında rol oynayan üçüncü kişinin, tahkim klotundan haberdar olması ve tahkim klotuna taraf olma iradesini beyan ettiğinin makul olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir⁹⁸¹. Bu doğrultuda yapılacak tüm değerlendirmeler, somut olayın koşullarına sıkı sıkıya bağlıdır. Dolayısıyla objektif bir teste tabi bir şekilde tahkim iradesinin belirlendiği durumlarda, zımni tahkim iradesinden ziyade, çeşitli varsayımlardan hareketle farazi tahkim iradesinin tespit edildiği söylenebilecektir.

Türk hukukunda, zımni tahkim iradesine ilişkin emsal niteliğinde kabul edilen 15.11.1995 tarihli ve 9108 E., 9685 K. sayılı yayımlanmamış kararında⁹⁸² Yargıtay, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen esas sözleşmenin ifa nedeniyle geçerli hale gelmesi sebebiyle, tahkim klotunun geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği yönündeki ilk derece mahkemesi görüşünü benimsememiştir. Bunun yerine Yargıtay, müstakil bir şekilde değerlendirdiği tahkim klotunun

⁹⁸⁰İsviçre Federal Mahkemesi'nin, esas sözleşmenin ifasına katılan üçüncü kişinin "*tahkim iradesini ortaya koyacak şekilde*" esas sözleşmenin ifasına katılması kavramına odaklanarak verdiği karar örnekleri için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 41-42. İsviçre Federal Mahkemesi, 2008 yılında verdiği bir kararında, tahkim klotu içeren esas sözleşmenin ifasına katılan üçüncü kişinin, bu katılımından tahkim anlaşmasına taraf olmak istediği sonucu çıkarılabiliyorsa, üçüncü kişinin sergilediği kesin davranışlarla anlaşmayı kabul etmiş sayılacağına hükmetmiştir. Garantör özelinde verilen bu kararda, garantörün açıkça veya kesin bir tavırla, alacaklının güven teorisine göre iyiniyetle yorumlayabileceği iradesini, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu kabul iradesi olarak beyan etmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi, bu kararıyla odak noktasına "*tahkim anlaşmasına taraf olmak yönündeki iradesinin anlaşılabilmesi*" kavramını almış ve bu anlaşılabilirdiği takdirde tahkim klotunun bağlayıcı olacağına hükmetmiştir (MRÁZ, s. 60).

⁹⁸¹Üçüncü kişinin esas sözleşmenin müzakerelerinde kilit rol oynaması gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 43-44; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1428.

⁹⁸²Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 18.7.1995 tarihli ve 1994/571 E., 1995/391 K. sayılı kararı ve Yargıtay 19. HD., 15.11.1995 tarihli ve 1995/9108 E., 9685 K. sayılı kararı için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 422-423, dn. 577; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 44; EKŞİ Nuray, "Tahkim Anlaşması Yapma Konusunda Temsilcinin Özel Yetkisinin Yokluğunun Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Etkisi", *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, Konferansı Düzenleyen Prof Dr. Nuray EKŞİ (eds. EKŞİ Nuray/KALPSÜZ Turgut/YILMAZ Müslüm)*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008, s. 134-135; ESEN, *Teşmil*, s. 31-32, 52, 236. Bu kararda, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen esas sözleşme, ifa yoluyla zımnen beyan edilen irade çerçevesinde kurulmuş kabul edilse de, esas sözleşmeden bağımsız değerlendirilen tahkim klotuna yönelik herhangi bir ifa hareketi olmadığından, ortada geçerli bir tahkim anlaşması da olmadığı yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 31-32.

geçerliliğine yönelik ayrıca bir ifa hareketi aramıştır⁹⁸³. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik ayrıca ifa hareketi aranmasıyla, aslında mutlak bağımsızlık prensibi ifade edilmiştir. Bu bağlamda, usuli bir sözleşme olan tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olan esas sözleşmeden bağımsız olduğu, bu sözleşmelerin geçerliliklerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve esas sözleşmenin geçerliliğinin kabulünün doğrudan tahkim anlaşmasını geçerli hale getirmeyeceği vurgulanmıştır⁹⁸⁴. Benzer şekilde, Yargıtay’ın esas sözleşmenin geçerli olmasının tahkim anlaşmasını da geçerli kılmayacağı yönündeki bir başka kararında⁹⁸⁵, esas sözleşmenin “*geçerli olması, sayılması ya da geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılmasının*”, esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilen tahkim klotunun da, bu şekilde değerlendirilmesini gerektirmediği ifade edilmiştir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, Yargıtay’ın geçersiz olan bir sözleşmeden doğan edimlerin ifasının o sözleşmeyi geçerli hale getirdiği yönündeki içtihadı, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi değerlendirmelerinde kıyasen

⁹⁸³Esas sözleşmenin ifa edilmekle geçerli hale gelmesinin, tahkim anlaşmasını da geçerli hale getirmeyeceği ve bu iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu yönünde bir başka Yargıtay kararı örneği için bkz. EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 136-137. *Şanlı*’ya göre, tenfiz davasında, esas sözleşmenin tamamen ya da kısmen ifasından hareketle, davalının tahkim klotunun geçersizliği iddiasında bulunması iyiniyet prensiplerine aykırı değildir. NYK m. V/1-a hükmü, davalıya bu hakkı tanımıştır ve kanunun tanıdığı bir itiraz hakkının ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte *Şanlı*, esas sözleşmenin ifasına yönelik hareketlerin, tahkim anlaşmasına teşmil edemeyeceği görüşündedir. Yazar, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hiçbir hareketi olmayan bir kişiyi, tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmamanın dürüstlük kuralına aykırı olmayacağını, bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi bakımından mutlaka ilgili kişinin tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketlerinin gerektiğini ve bağımsızlık prensibi düşünüldüğünde, esas sözleşmenin ifasına yönelik hareketlerin, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu anlamda, hakem seçmek, tahkim yargılamasına katılmak veya açıkça hakem heyetinin yetkisini kabul etmek gibi haller, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler teşkil etmektedir. Dolayısıyla, sadece bu hallerde tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 424-427). Aynı yönde bir başka görüşe göre, NYK kapsamında taraflara bahsedilmiş bir hak olarak, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet prensiplerine aykırı olarak değerlendirilemez. Burada önemli olan, kişinin tahkim yargılamasında sergilediği tutum ve davranışlardır. Nitekim kişi, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketlerde bulunmuş, hakemini seçmiş veya tahkim yargılamasına katılarak hakemin yetkisini kabul etmişse, tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 104-105). Öte yandan, *Esen*, aslında kanunda bir hak olarak düzenlenen itirazların ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edebileceğini belirtmektedir (ESEN, *Teşmil*, s. 239).

⁹⁸⁴ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 44. Tahkim klotunun ve esas sözleşmenin sonuçlarını hukukun farklı alanlarında doğurması ve bağımsızlık prensibi sebebiyle, esas sözleşmenin ifa edilmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hukuki meseleleri birbiriyle alakalı değildir ve tahkim klotunun içinde yer aldığı esas sözleşmenin ifa sebebiyle geçerli olduğunun kabul edilmesi, tahkim anlaşmasının da yine bu ifa hareketlerine binaen geçerli olduğu anlamına gelmemektedir (ESEN, *Teşmil*, s. 332).

⁹⁸⁵YHGK, 11.10.2000 tarihli ve 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

uygulanabilecektir⁹⁸⁶. Nitekim üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi halinde, esas sözleşmeden doğan edimleri ifa etmesinden veya esas sözleşme müzakerelerine katılmasından ötürü, üçüncü kişinin tahkim iradesi tespit edilmekte ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesinin, dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmektedir⁹⁸⁷. Yukarıda zikredilen 15.11.1995 tarihli ve 9108 E., 9685 K. sayılı yayımlanmamış kararda, İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 27.01.1989 tarihli ve 1988/715 E., 34 K. sayılı kararında ve Yargıtay 11. HD'nin 13.02.2001 tarihli ve 2000/9903 E., 2001/1170 K. sayılı kararında⁹⁸⁸, esas sözleşme ve tahkim klotu yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı için başlangıçta geçersiz kabul edilmiştir. Halbuki, şirketi temsile yetkili kişinin icazeti veya şirketin esas sözleşmeyi doğrudan ifası durumunda, esas sözleşmeyle birlikte tahkim anlaşmasının da geçerli hale geldiğini kabul etmek gerekmektedir. Zira her iki sözleşmenin geçersizlik gerekçesi ortak olduğunda, esas sözleşmenin ifası halinde bu gerekçe ortadan kalkacaktır. Esas sözleşmenin sonradan ifa edilmesiyle sözleşme bütün hükümleriyle yürürlüğe gireceğinden ve tahkim klotunun da zımni irade beyanıyla kabulü mümkün olduğundan, sözleşme tahkim klotu dahil olmak üzere geçerli hale gelecektir. Bu halde, esas sözleşmeyi geçerli kabul etmek ve fakat tahkim klotunu geçersiz kabul etmek, çelişki teşkil etmektedir. Bu çelişki, sözleşmeyi ifa eden şirketin sözleşme içinde tahkim klotu olduğunu bilmediği ve bilmesinin de makul olarak beklenemeyeceği hallerde kabul edilebilir. Bu durum ise basiretli davranmakla yükümlü tacirlerin akdettiği sözleşmeler için makul bir durum olmayacaktır⁹⁸⁹. Öte

⁹⁸⁶ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 44-45.

⁹⁸⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 44-45.

⁹⁸⁸Bu kararda, sözleşme yetkisiz temsilci tarafından imzalanırsa da, davalı şirketin “*bu sözleşmenin varlığı ve içeriğini benimsendiğini*” gösteren hareketlerinin söz konusu olmasından ötürü, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı sonucuna ulaşılmıştır (Yargıtay 11. HD., 13.02.2001 tarihli ve 2000/9903 E., 2001/1170 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

⁹⁸⁹ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 46. Esas sözleşmenin ifasının, kendiliğinden tahkim klotunun geçerliliğine sebep olmayacağı ve fakat tahkim yargılamasına itiraz edilmeden devam edilmesi halinde, zımni olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul eden kişinin, sonradan tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebileceği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 45, dn. 22. Esas sözleşme ve tahkim klotunun ilişkisi bakımından, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen “*tahkim anlaşmasının benimsenmesi*” kavramına vurgu yapılan bir Yargıtay kararında, buğday fiyatlarındaki düşüş sebebiyle sözleşmeye devam edilemeyeceğinin ve fakat sözleşmenin yeni şartlarla devam edebileceğinin bildirildiği ihtarnameyle, geçerli bir tahkim anlaşmasının da esas sözleşmeyle birlikte kurulduğu kabul edilmiştir (YHGK, 11.10.2000 tarihli ve 2000/19-1122 E., 2000/1256 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 43-44). Bu kararda Yargıtay, tahkim anlaşması içeren bir esas sözleşmenin, şirketin yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanması halinde, tahkim anlaşması akdetme konusunda özel yetkisi olmasa da, tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır. *Ekşi*'ye göre şirket yöneticileri özel yetki olmadan tahkim anlaşması yapamamalı ve fakat bu sonuç iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Yargıtay'ın kararı bu yönüyle şirketler hukuku perspektifinden adil bir sonuca ulaşmıştır (EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 135-136). Özdemir Kocasal'a göre, yetkisiz temsilcinin akdettiği tahkim

yandan, esas sözleşme geçerli olsa ve hatta ifa edilse bile, temsil olunanın tahkim anlaşmasına özel olarak icazet vermediği ihtimalde tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulamayacağını kabul eden görüşler de vardır⁹⁹⁰.

Bize göre de, sınırlı bağımsızlık yaklaşımı akla getirildiğinde, hem yetkisiz temsil hem de üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi konularında, sadece esas sözleşmeye yönelen ifa hareketleriyle esas sözleşme geçerlilik kazandığında, bu geçerliliğin tahkim anlaşmalarını da kapsadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Esas sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasına etkisi ve esas sözleşmenin geçerliliğinin tahkim anlaşmasına etkisi aynı kefeye koyulmamalıdır. Esas sözleşmeden kaynaklanan geçersizlik sebeplerinin tahkim klozları bakımından negatif etkisini önlemek amacıyla ortaya çıkan bağımsızlık prensibi ve tahkim klozu şeklindeki tahkim anlaşmalarının, cezai şart ve hatta yetki klozları gibi esas sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik bakımından farkı olmayan bir hükmü olduğu gözetildiğinde⁹⁹¹, esas sözleşmenin tahkim klozu hariç olmak üzere geçerli kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Yukarıda bahsi geçen kararlar, esas sözleşmenin ifa edilmesi suretiyle beyan edilen zımni iradenin tahkim anlaşmasını da kapsadığı görüşü uyarınca, özellikle yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemler açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, esas sözleşmenin ifasının zımni tahkim iradesi teşkil etmesi meselesi ve burada tartışılan mesele birebir örtüşmemektedir. İlgili senaryolarda, esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının geçersizlik sebebi, sözleşmeleri yetkisiz temsilcinin akdetmesi olduğundan, tartışılması gereken hukuki problemin iki unsuru vardır: ehliyet ve

anlaşmasının şirket yönetim kurulu başkanı tarafından onaylanmasıyla, esas sözleşmenin bütün hükümleriyle şirket tarafından kabul edildiği görüşü yerindedir; tahkim anlaşmasının kurulması için ayrıca bir teyide gerek yoktur (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 44-45, dn. 20). Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre, dürüstlük kuralına dayalı zımni irade teorisi gibi teoriler uygulandığında, esas sözleşmeye ve tahkim anlaşmalarına ayrı muamele gösterilmemesi gerekmektedir ve esas sözleşmeye uygulanan teoriyle sorumluluğu doğan veya hak sahibi olduğu kabul edilen üçüncü kişinin, esas sözleşmeyle bağlantılı tahkim anlaşmasıyla da bağlı kabul edilmesi gerekmektedir. Hatta, esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının ayrı hukuklara tabi olması ihtimalinde dahi, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesine ilişkin ayrı bir inceleme yapılmasına gerek yoktur ve üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi, esas sözleşmede yer alan hak, borç veya sorumluluğun kendisine geçip geçmediğine bağlı olarak değerlendirilmelidir (DEMİRKOL, s. 310-311).

⁹⁹⁰AKINCI, *Millîterarası Tahkim*, s. 176-177. Esas sözleşmenin ifasına yönelik hareketlerin, hiçbir şekilde tahkim anlaşmasına teşmil edemeyeceği yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 104; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 422-427; ESEN, *Teşmil*, s. 37.

⁹⁹¹LANDOLT, s. 518-519; MAYER, *The Limits of Severability*, s. 262; BİNGÖL, s. 60.

irade⁹⁹². Temsil olunan, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasına icazet vermediği sürece, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilemeyecektir⁹⁹³. Bununla birlikte, temsil olunanın, uyuşmazlıktan önce tahkim anlaşmasına icazet vermemesine rağmen, tahkim anlaşmasının geçerli kabul edileceği durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin, tahkim yargılaması başlatması halinde temsil olunan, mantıken tahkim anlaşmasının geçerliliğini savunacağından, temsil olunanın zımni tahkim iradesi, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra beyan edilen zımni bir icazet olarak değerlendirilecektir. Bu ihtimalde, tahkim anlaşmasının tacir olan diğer tarafı ise yetkisiz temsilcinin tahkim anlaşmasının kurulması anında, tahkim anlaşması akdetmek bakımından ehil olmadığını biliyor ya da bilebilecek durumdaysa, sonradan tahkim anlaşmasının ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunu iddia edemeyecektir. Temsil olunanın tahkim yargılaması başlatması şeklindeki hareketi, Yargıtay 15. HD., 26.10.2017 tarihli ve 2016/6273 E., 2017/3638 K. sayılı kararı⁹⁹⁴ kapsamında da,

⁹⁹²Tenfiz davaları bakımından, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından akdedildiği iddiasına, NYK açıkça cevap vermemektedir. Bununla birlikte, hukuki mesele, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin kabul edilirse, NYK m. II; ehliyetle ilişkin değerlendirilirse, NYK m. V/1-a, bağımsız olarak ele alınırsa da ilgili şirketin bulunduğu ülke hukuku uygulanarak, temsilcinin özel yetkili olması şartının var olup olmadığı incelenecektir (EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 132). Tahkim anlaşması akdetme yetkisine uygulanacak hukuk, NYK veya MÖHUK kapsamında özel bir kanunlar ihtilafı kuralıyla düzenlenmediğinden, bu konuda hangi hukukun uygulanacağını nasıl tespit edileceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması akdetme yetkisini tahkim iradesine ilişkin bir sorun olarak nitelendirdiğinden, bu hukuki meseleyi tahkim anlaşmasının esasına ilişkin vasıflandırmaktadır. Bu kapsamda, tahkim anlaşması akdetme konusunda, özel bir yetkinin olmaması, bir ehliyetsizlik meselesi değil, yetkisizlik meselesi olarak değerlendirilmektedir (ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 384-387, 395-396; YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 257). Diğer bir görüş ise tahkim anlaşması akdetme yetkisini, taraf ehliyeti meselesi olarak vasıflandırmaktadır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 141; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 7; ŞİT, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, Şubat 2005, s. 47 vd.). Başka bir görüş ise bu meseleyi, temsil statüsü olarak vasıflandırarak MÖHUK m. 30/2 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 83; ÖZEL, s. 314-315; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 33; TANRIKULU, s. 125). Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının, gerçek veya tüzel kişi fark etmeksizin bir kişiyi temsilen üçüncü bir kişi tarafından akdinde -özellikle ticaret şirketleri bakımından şirketin yetkili organı dışında bir üçüncü kişi tarafından- MÖHUK m. 30 hükmüne göre belirlenecek hukukun, tahkim anlaşmasının geçerli şekilde kurulmasına izin vermesi gerekmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 42). Bu konuda öğretide yer alan diğer görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 33, dn. 46; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 69 vd.

⁹⁹³AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 173-174.

⁹⁹⁴Yargıtay 15. HD., 26.10.2017 tarihli ve 2016/6273 E., 2017/3638 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Benzer şekilde, tahkim klotunun geçerliliğinin kabul edilmediği ve fakat tahkim yargılamasına ilişkin birtakım usuli işlemleri yerine getiren tarafın daha sonra tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasında bulunamayacağı kabulü, Yargıtay'ın bir başka kararında şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “Ne var ki, davalı yan tahkim ilk itirazında bulunduktan sonra sözleşmenin belirtilen hükmü nedeniyle hakeme başvurmuş, davacı yanın hakem belirlediği, taraf hakemlerinin üçüncü hakemin seçimi konusunda uyuşmamaları nedeniyle mahkemece üçüncü hakemin atandığı ve dava konusu uyuşmazlığın oluşturulan hakem heyetince görülerek karar verildiği görülmüştür. Bu itibarla, artık tahkim şartının geçersiz olduğunun savunulması, çelişkili davranma yasağına aykırı olduğu gibi MK'nın 2. maddesine de aykırı olduğundan tahkim şartı nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmelidir.” (Yargıtay 23. HD., 01.07.2015 tarihli ve 2014/9731 E., 2015/5113 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Yargıtay'ın şirketi temsile yetkili olmayan bir kişi tarafından yapılan tahkim anlaşmasına ilişkin olarak, şirketin

zımni irade beyanı olarak değerlendirilmiştir. Nitekim bu kararda, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşması çerçevesinde, temsil olunanın tahkim yargılaması başlatmasının, temsil olunanın yetkisiz temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmasını zımnen kabul etmesi anlamına geleceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmenin diğer tarafının da, tahkim yargılamasında karşı dava açarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul ettiği ifade edilmiştir. Böylece tarafların ortak zımni tahkim iradelerinin varlığı sebebiyle, her iki tarafın tahkim anlaşmasına yönelik ehliyetsizlik veya geçersizlik iddiasının dinlenilmeyeceğine hükmedilmiştir.

Temsil olunanın esas sözleşmeyi ifa etmemesi, doğrudan tahkim anlaşmasına uyuşmazlıktan önce veya sonra herhangi bir şekilde icazet vermemesi veya esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin, tahkim anlaşması bakımından zımni irade beyanı olarak kabul edilemeyeceği görüşünün benimsenmesi halinde ise tahkim anlaşması bakımından ehliyetsizlik iddiası ön plana çıkacak ve tahkim iradesi tartışması arka planda kalacaktır. Bu halde, üçüncü kişi nezdinde yaratılan “*görünüşe dayanan yetki*” tartışması devreye girecektir. Görünüşe dayanan yetki durumunda, somut olayın koşulları değerlendirilerek, üçüncü kişinin, yetkisiz temsilcinin yetkili olduğuna iyiniyetle duyduğu güven korunmakta ve tahkim anlaşması temsil olunan

derhal karşı tarafı bilgilendirmeden sessiz kalması halinde, tahkim anlaşmasını zımnen onayladığı yönündeki kararları ve bu yöndeki kararlara katılan bir görüş için bkz. Yargıtay 11. HD., 13.02.2001 tarihli ve 2000/9903 E., 2001/1170 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. HD., 07.11.2002 tarihli ve 2002/2249 E., 2002/7219 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com; SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 110. Tahkim yargılaması aşamasına kadar, şirket yöneticisinin herhangi bir itirazda bulunmadığı tahkim anlaşmasını zımnen kabul ettiği sonucuna varıldığı bir ICC kararı için bkz. ESKİYÖRÜK, s. 246. YHGK tarafından verilen, 19.10.2011 tarihli ve 2011/549 E., 2011/644 K. sayılı kararda, tıpkı tahkim anlaşmaları gibi, özel yetki gerektiren kambiyo senedi düzenlenmesi halinde, ilgili şirketin teamül haline gelen bu işleme sessiz kalması halinde, yapılan işlemi zımnen kabul ettiği belirtilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...örneğin kambiyo senedi şirket adına yetkili olmayan kişi tarafından düzenlendiğinde, şirket yetkilisinin bu işlemi kabul etmesi halinde 388.maddedeki koşullar artık aranmaz; bu şekilde işlem yapıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de bu tür işlemler yapılagelmiş ve teamül halini almışsa burada da zımni kabulün varlığı söz konusu olur ki, bu durumda da adına işlem yapılan şirketin sorumluluğunun kabulü gerekir.” (YHGK, 19.10.2011 tarihli ve 2011/549 E., 2011/644 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Öte yandan, Türk hukuku bakımından temsil olunanın tahkim anlaşmasına yönelik zımni onayının tahkim anlaşmasını geçerli hale getirmediği ve özel yetki olmaksızın imzalanan tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı yönünde başka bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 19. HD., 01.05.2003 tarihli ve 2002/3763 E., 2003/4764 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. Benzer şekilde, kanun kapsamında, tahkim anlaşmasının kurulması bakımından özel yetki gerektiğinden, kamu düzenine aykırı bir tahkim anlaşması bakımından sessizliğin icazet sayılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 4578. Yetkili kişinin esas sözleşmeyi kabule yönelik iradesinin, açık bir şekilde tahkime de yönelik olduğu anlaşılmadıkça, esas sözleşmenin geçerliliğinin tahkim anlaşmasına sirayet etmeyeceği yönünde bkz. ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 395. Yine aynı yazar, tahkim anlaşması akdetmek bakımından TBK kapsamında öngörülen düzenlemelerin emredici olduğunu, anayasal anlamda güvence altına alınan kanuni hâkim güvencesini pekiştirdiğini ve hiç kimsenin açık tahkim iradesi olmadıkça yetkisiz temsilcinin iradesiyle bağlanmamasının yerinde olduğunu belirtmiştir (ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 393, 403).

bakımından da geçerli kabul edilebilmektedir⁹⁹⁵. Buradaki nüans, üçüncü kişi nezdinde yaratılan haklı güvenin, temsil olunanın aktif tutum ve davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Nitekim üçüncü kişi nezdinde yaratılan haklı güven, temsil olunanın tutum ve davranışlarından kaynaklanmıyorsa, tartışılması gereken mesele temsil olunanın zımni tahkim iradesiyle ilgili olmayacaktır. Temsil olunanın rızası hilafına tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınması durumunda, *zımni tahkim iradesinden değil, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumunda olan temsil olunana teşmilinden* söz edilebilecek ve ehliyet tartışma konusu olabilecektir. Örneğin, içinde tahkim klozu barındıran birden fazla esas sözleşmenin, aynı yetkisiz temsilci tarafından akdedilmesi şeklindeki bir somut olayda, temsil olunanın ehliyetsizlik sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia etmesi, yetkisiz temsilci sanki yetkiliymiş gibi diğer tarafta haklı güven yaratıldığından kabul edilmeyecektir⁹⁹⁶. Bu noktada, tahkim iradesi bakımından, özellikle temsil olunanın sessizliğinin karşı tarafta yarattığı haklı güvenin, zımni tahkim iradesi teşkil ettiği kabul edilebilecektir. Bununla birlikte, Türk hukukunda tahkim anlaşması akdetmek özel yetki gerektirdiğinden temsil olunanın, kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle, yetkisiz temsilcisinin akdettiği tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir⁹⁹⁷. Temsil olunanın veya üçüncü kişinin esas sözleşmeyi ifa ettiği ve bu

⁹⁹⁵Fransız ve Alman hukuklarında kabul edilen “*görünüşe dayanan yetki*” kavramına ilişkin detaylı bilgi ve örnek kararlar için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 89-94. Temsilcinin özellikle yetkisini aştığı veya temsilci sıfatını açıklamadığı durumlarda, temsil olunan ile veya ondan bağımsız bir şekilde, tahkim yargılamasına zorlanabileceği ve fakat bu ihtimalde tahkim iradesinin oldukça zayıfladığı yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 541. Temsil ile alakalı olmamakla beraber, hâkim şirketin, bağlı şirketinin girdiği sözleşmesel ilişkiye yönelik üçüncü kişi nezdinde yarattığı hukuki görünüşüne güven bağlamında, TTK m. 209 uyarınca da sorumlu tutulabileceği ve fakat sözleşmenin tacir olan diğer tarafının basiretli davranma yükümlülüğüne göre iyiniyetli olması düşük bir ihtimal olduğundan, hâkim şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasının zor olduğu yönünde bkz. KELEŞ GÜVEN, s. 1157-1158.

⁹⁹⁶Her ne kadar tahkim anlaşmaları bakımından verilmemiş olsa da, 2015 tarihli bir kararında Yargıtay, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen bir sözleşmenin, “ *taraflar arasında dava konusu sözleşme tarihinden önce imzalanan başka sözleşmelerin aynı kişi tarafından imzalanması ve bunun da davalı şirket tarafından benimsenmesi ve taraflar arasında bu şekilde bir teamül oluşması*” halinde, yetkisiz temsilcisinin akdettiği sözleşmenin temsil olunanı güven teorisi uyarınca bağlayacağını belirtmiştir (Yargıtay 23. HD., 02.04.2015 tarihli ve 2014/10780 E., 2015/2182 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. YILMAZ, s. 189-190.

⁹⁹⁷ESEN, *Teşmil*, s. 92-95. Türk hukukunda tahkim anlaşması akdetmek özel yetki gerektirdiğinden, zımni temsil yetkisi halinde, temsilcinin geçerli bir şekilde tahkim anlaşması akdetmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 12, dn. 41. Türk hukukunda, temsilci bakımından tahkim anlaşması akdetmek özel yetki gerektirdiğinden ve bu kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu yetkinin açık ve tam bir şekilde verilmesi gerekir (ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 252-253; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 7-8). Dolayısıyla, kamu düzenini ilgilendiren emredici bir kanun hükmünün, zımni veya farazi irade beyanıyla veya kanunun yorumlanmasıyla etkisizleştirilmesinin kabul edilemeyeceği yönünde bkz. NOMER, *Görev Belgesi*, s. 7-8. Öte yandan, özel olarak yetkilendirilmeyen yetkisiz temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının temsil olunanı bağlaması açısından, İsviçre hukukunda uygulandığı gibi Türk hukukunda da güven teorisinin kabul

yöndeki ifa hareketlerinin tahkim anlaşması bakımından zımni irade beyanı teşkil ettiğinin kabulü noktasında veya uyuşmazlık öncesinde veya sonrasında doğrudan tahkim anlaşmasının ifası teşkil edebilecek davranışların varlığı halinde ise ehliyet tartışmaları bir kenara bırakılacak ve hukuki tartışma, zımni tahkim iradesi tartışmasına dönüşecektir.

Yargıtay'ın, yetkisiz temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmaları bakımından esas sözleşme ve esas sözleşmede yer alan tahkim klozu arasında, irade yönünden çifte standart yaratan yorumlarının yerinde olmadığı görüşündeyiz. Yetkisiz temsilci tarafından akdedilen esas sözleşmenin ve tahkim kloxunun, temsil olunanı bağlaması açısından ileri sürülebilecek ilk iddia, yetkisiz temsilcinin akdettiği esas sözleşmenin sonradan ifasıyla esas sözleşmenin geçerli hale gelmediği, sadece geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı sebebiyle engellendiği iddiasıdır. Bu ihtimalde aynı sebebin tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği kabul edilse de, bu zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının akdedildiği anlamına gelmemektedir. Bu durumda, dürüstlük kuralı geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmeyerek, sadece geçersizlik iddiasının ileri sürülmesi engelleme fonksiyonu göstermektedir⁹⁹⁸.

İleri sürülebilecek ikinci iddia, temsil olunanın, esas sözleşmeyi sonradan ifa etmekle esas sözleşmeyle ve dolayısıyla tahkim kloxuyla, zımni irade beyanı çerçevesinde bağlı kabul edilmesi gerektiği iddiasıdır. Bu ihtimalde, temsil olunanın, esas sözleşmeyi ifa ederek esas sözleşmenin diğer hükümlerine olduğu gibi tahkim kloxuna da zımni olarak bağlanma iradesini beyan etmesi söz konusudur. Bununla birlikte, Türk hukukunda temsilcinin tahkim anlaşmasını geçerli bir şekilde akdedebilmesi için TBK m. 504/3 hükmü⁹⁹⁹ kapsamında özel yetki aranmaktadır ve özel olarak yetkilendirilmeyen temsilcinin akdettiği tahkim anlaşması geçersiz kabul

edilmesi gerektiği ve bu konuda milletlerarası ticari tahkime özel olarak yasal düzenlemeler getirilebileceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 190.

⁹⁹⁸ESEN, *Teşmil*, s. 240; ESEN, *Yetkisiz Temsilci*, s. 400. Yetkisiz temsilci tarafından tahkim anlaşmasının akdedilmesi halinde, yetkisizlik iddiasında bulunmanın dürüstlük kuralına aykırı değerlendirildiği örnekler için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 44-45. Nitekim Yargıtay'ın, özel yetkili olmayan temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmasının, yetkisizlik sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde verdiği karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 09.04.2004 tarihli ve 2003/6774 E., 2004/3751 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

⁹⁹⁹İlgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandırılmaz.*”

edilmektedir¹⁰⁰⁰. Dolayısıyla esas sözleşme, ifa gerekçesiyle geçerli hale gelirken, ehliyet yönünden özel yetkisi olmayan yetkisiz temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmasının ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunun ileri sürülebileceği belirtilmektedir¹⁰⁰¹. Bununla birlikte, ehliyet yönünden ortaya çıkan hukuki kusur, somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilmesiyle tespit edilen zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle, tahkim anlaşmasının temsil olunan üzerindeki bağlayıcı gücünü etkilemeyecektir. Zira tahkim anlaşması esas sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik olarak farklı olmadığından, temsil olunanın esas sözleşmeyi ifası, tahkim anlaşması bakımından da gerçek bir irade beyanı olarak değerlendirilecek ve temsil olunan tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulacaktır.

Aynı bağlamda üçüncü kişiler açısından ise hukuki problem, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen ve tahkim klozu barındıran bir esas sözleşme, bu sözleşmeye taraf olmayan temsil olunan dışındaki herhangi bir üçüncü kişi tarafından ifa edilirse üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanının varlığından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu senaryoda, üçüncü kişi ile yetkisiz temsilci arasında hiçbir temsil ilişkisi olmadığından, esas sözleşmeden doğan borç, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmektedir. Bu durumda, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen esas sözleşmeyi açık veya zımni olarak kabul etmek gibi bir irade beyan etmeyen temsil olunanın, esas sözleşme ve tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı açık olup esas sözleşmeyi ifa eden üçüncü kişi ise ifa yoluyla beyan ettiği zımni iradesiyle esas sözleşmenin ve onun bir hükmü olan tahkim kloxunun tarafı haline gelecektir. Ehliyet bakımından temsilci ve üçüncü kişi arasında bir temsil ilişkisi olmadığından ve üçüncü kişi, temsilci ve temsil olunandan bağımsız bir şekilde esas sözleşmeyi ifa

¹⁰⁰⁰AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 173; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, s. 4574-4578. Yargıtay'ın tahkim anlaşması akdetme yetkisini, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmadan doğrudan TBK m. 504/3 hükmüne göre incelediği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 43-44. TBK m. 504 hükmüne göre, özel olarak yetkilendirilmeyen bir temsilcinin akdettiği tahkim anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu ve temsil olunanı bağlamadığı yönünde bkz. NOMER, *Görev Belgesi*, s. 7. Bununla birlikte, TTK'nin ticari temsilciler bakımından özel yetki aramadığı yönünde bkz. EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 133. Ticaret şirketlerinin temsil organı olarak hareket eden kişilerin şirket adına tahkim anlaşması akdetmesi için özel yetkiye ihtiyaç duymadıkları yönünde bkz. IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 32.

¹⁰⁰¹YENER KESKİN, s. 57-58; AYDEMİR, s. 119-120; KORKMAZ, s. 1058. Özel yetki şartı sebebiyle, temsilcinin akdettiği esas sözleşme geçerliken; tahkim kloxunun özel yetki yokluğu nedeniyle geçersiz olabileceği yönünde bkz. IŞIK Fatih: "Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi-Temsilci İçin Aranılan Özel Yetki", Tahkim Anlaşması (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, www.lexpera.com, s. 215. Yargıtay'ın özel yetki şartının tahkim anlaşmasına etkisini, her somut olay özelinde farklı değerlendirdiği karar örnekleri için bkz. EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 134-140.

ettiğinden, esas sözleşme ve dolayısıyla tahkim anlaşması aleyhine ehliyetsizlik iddiası ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak, olası senaryoların birçoğunda esas sözleşmenin ifası, tahkim anlaşmasına zımni tahkim iradesi olarak sirayet etmektedir. Özellikle sınırlı bağımsızlık yaklaşımı ve esas sözleşmenin diğer tarafının meşru tahkim beklentisi, bu sonucu haklı çıkarmaktadır. Bununla birlikte, yetkisiz temsil halinde esas sözleşmenin ifasının irade bakımından tahkim anlaşmasına sirayet etmesi için ehliyet yönünden karşımıza çıkabilecek geçersizlik engeli, esas sözleşmenin ifası kapsamında tespit edilen zımni tahkim iradesiyle aşılmaktadır. Böylece temsil olunan esas sözleşmeyi ifa ederek, esas sözleşmenin maddi hükümlerinden doğan menfaatleri elde ettiğinde, esas sözleşme ve dolayısıyla tahkim anlaşmasıyla zımnen beyan ettiği iradesiyle bağlı kabul edilmelidir. Bu ihtimalde artık hukuki problem ehliyetsizlik sahasından irade sahasına geçmektedir.

3. Menfaat Esaslı Estoppel Doktrini

Estoppel doktrini, ABD hukukunda *menfaat esaslı estoppel* ve *bağlantı esaslı estoppel*¹⁰⁰² olmak üzere, iki farklı şekilde uygulanmaktadır¹⁰⁰³. *Estoppel* doktrininin

¹⁰⁰²Örneğin, *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers* kararında, ABD mahkemeleri açıkça, hâkim şirkete ve onun yan şirketine karşı yöneltilen iddiaların, “aynı olaylara dayanması ve doğal olarak birbirinden ayrılamaz olması” halinde, hâkim şirket tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmasa bile, hâkim şirket aleyhine olan iddiaların, tahkim yargılamasında ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, şirketler arasındaki yakın ilişkiye vurgu yaparak, sözleşmeye aykırılık iddialarının imzacı olmayan kişinin sözleşmesel yükümlülükleriyle olan ilişkisine dikkat çekmiş ve nihayetinde iddiaların “temel sözleşmesel yükümlülüklerle sıkı sıkıya bağlı ve bunlarla iç içe geçmiş” olduğuna karar vermiştir (U.S. Court of Appeals Eleventh Circuit, *Sunkist Soft Drinks, Inc. and others v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 30.12.1993, law.justia.com). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 106-107. Aynı yönde bir başka karar için bkz. U.S. Court of Appeals Eleventh Circuit, *McBro Planning Development Company and Mccarthy Brotherscompany v. Triangle Electrical Construction Company, Inc.*, 741 F.2d 342, 06.09.1984, law.justia.com. Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 232. Bağlantı esas *estoppel* doktrini ile ilgili çeşitli karar örnekleri ve daha detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 231-234; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 47-58; DILEO, s. 57-60; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 136-142.

¹⁰⁰³BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 131, 144; MEYNIEL, s. 46-47; MATHEUS LÓPEZ, s. 93; DILEO, s. 37, 52-53; ESEN, *Teşmil*, s. 229, 231. Hakkaniyete uygun (adil) *estoppel* ve iç içe geçmiş *estoppel* şeklinde adlandırma ve bu kategorilere ilişkin detaylı bilgi için bkz. YILMAZ, s. 233 vd. *Estoppel* doktrininin, uluslararası alanda genel bir ilke olarak kabul gördüğü yönünde bkz. HOSKING, s. 537. Öte yandan, *estoppel* doktrininin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilse de, Anglo-Amerikan hukukunda doğmuş bir kavram olduğu yönünde bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 47. *Estoppel* doktrininin, ulusal bir hukuk kuralı olduğu ve ulusal hukuk kurallarının uluslararası nitelik kazanmasının, dünya genelinde hakemler ve mahkemeler arasında diyalog içinde geliştirilmesine ve zamanla daha fazla yargı bölgesi tarafından benzer görüşlerin paylaşılmasına bağlı olduğu yönünde bkz. NAZZINI, s. 702-703.

uygulanmasıyla üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesi, taraflardan birinin davranışlarından ötürü, diğer tarafın tahkim anlaşmasına dayanma hakkını reddetmesinin engellendiği hallerde gündeme gelmektedir¹⁰⁰⁴. Hem imzacı tarafın imzacı olmayan kişiyle tahkim yargılamasından kaçınmasını engellemek hem de imzacı olmayan kişinin imzacı tarafla tahkim yargılamasından kaçınmasını engellemek için bu doktrine başvurulmaktadır¹⁰⁰⁵.

Bu doktrinin temelinde hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır¹⁰⁰⁶. Bu sayede, esas sözleşmenin tahkim klozu hariç diğer hükümlerinin kendi yararına uygulanmasını talep eden imzacı olmayan üçüncü kişinin, esas sözleşmede imzasının olmaması sebebiyle tahkim klozuyla bağlı olmadığını iddia etmesi önlenmektedir¹⁰⁰⁷. Bu doktrin uyarınca, somut olayın koşulları temel sözleşmeler hukuku ilkeleri kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁰⁸.

Bağlantı esaslı *estoppel*'in söz konusu olduğu hallerde, tarafların, sözleşmelerin ve ihtilafların sıkı ilişkisi gibi rızayı adeta varsaymak için ön plana çıkartılan standartlara dayalı bir değerlendirme yapıldığından ister zımni ister açık olsun tahkim iradesine verilen önem kıyasen azalmaktadır¹⁰⁰⁹. Dolayısıyla bağlantı esaslı *estoppel*

¹⁰⁰⁴HOSKING, s. 531.

¹⁰⁰⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1474-1475. Bununla birlikte, son zamanlarda imzacı olmayanların esas sözleşme hükümlerine dayandığı durumlarda, bu prensibin daha çok uygulandığı belirtilmektedir (BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 133, 135). İmzacı tarafın, imzacı olmayan kişiyi tahkim yargılamasına zorlamak için yaptığı talep ile imzacı olmayan kişinin, imzacı tarafı tahkim yargılamasına zorlamak için yaptığı talep arasında farklı değerlendirmeler yapıldığı yönünde bkz. HOSKING, s. 532-533. *Estoppel* doktrininin imzacı olan ve imzacı olmayan kişiler bakımından, farklı hukuki değerlendirmelere tabi olsa da, eşit şekilde uygulanabilir olduğu yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1475. Menfaat esaslı *estoppel* doktrininin, NYK'de öngörülen şartlara uygunluğunun değerlendirildiği ve bu bağlamda, NYK hükümlerinin bu doktrininin uygulanmasını yasakladığı şeklinde yorumlanamayacağını ve NYK m. II hükmünün açık uçlu ifadesinin, mahkemelerin boşlukları doldurmak için ulusal hukuka dayanmasını gerektirdiğini belirttiği ABD mahkemesi kararı ve bu kararın detaylı incelemesi için bkz. MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 255-258; *GE Energy Power v. Outokumpu*, s. 1 vd.

¹⁰⁰⁶BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 132; HANOTIAU, *Common Vision*, s. 541; MATHEUS LÓPEZ, s. 93-94; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 110; PARK, s. 15. *Estoppel* doktrininin, tarafların önceki davranışlarına veya sessizliklerine aykırı hareket etmesini yasaklayarak, adaletsizliği önlemeyi amaçladığı yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 93.

¹⁰⁰⁷MATHEUS LÓPEZ, s. 94. Bir kişinin, esas sözleşmenin bazı kısımlarını benimseyip tahkim anlaşması gibi sözleşmenin diğer kısımlarına sırt çeviremeyeceği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 47.

¹⁰⁰⁸Örneğin, *Louisiana* hukukunda, tahkim anlaşmasını imzalamamış olsa da, davalının sözleşme müzakereleri sırasındaki davranışları tahkim klozu içeren sözleşmeyi onayladığını gösterdiğinden, *estoppel* doktrinine göre, imzacı olmayanın tahkim yargılamasına taraf olabileceğine karar verilmiştir (DILEO, s. 52).

¹⁰⁰⁹BREKOUAKIS, *Third Party*, s. 142-143. Bağlantı esaslı *estoppel* doktrininde, rızası olmayan imzacı taraf, sırf imzacı olmayan kişinin talepleri esas sözleşmeyle bağlantılı olduğundan bu kişiyle tahkim yargılamasına başvurmayaya zorlandığından, zımni iradeye ve hatta herhangi bir şekilde iradeye önem atfedilmediği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 48-49. Benzer şekilde bkz. YILMAZ, s. 237.

halleri tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kapsamında değerlendirilebilecektir.

Öte yandan, *estoppel* doktrininin iradeye alternatif olduğu¹⁰¹⁰ ve hatta bu doktrinin tahkim iradesine değil; doğrudan adalet ve hakkaniyet düşüncesine dayandığı belirtilse de¹⁰¹¹, menfaat esaslı *estoppel* doktrini, taraflardan birinin içinde tahkim klozu yer alan esas sözleşmedeki haklardan istifade ettiğinde, tahkim klotuyla bağlı olacağı düşüncesine dayanmaktadır¹⁰¹². Kritik faktör, tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı tartışılan kişinin, tahkim anlaşması içeren esas sözleşmeden önemli ve doğrudan bir menfaat elde edip etmediğidir¹⁰¹³. Doktrinin bu versiyonu, imzacı olmamalarına rağmen, sözleşme süresince esas sözleşmeyi benimseyen ancak uyuşmazlık esnasında tahkim klotunu reddetmeye çalışan kişileri içermektedir¹⁰¹⁴. İmzacı olmayan kişi, esas sözleşmenin hükümlerinden doğrudan faydalandığından, imzacı taraf, imzacı olmayan kişinin tahkim yargılamasına taraf olmasını sağlayabilir¹⁰¹⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre, imzacı olmayan kişinin tahkim iradesinin kabulünün dayanağı, esas sözleşmenin maddi hükümlerinden doğrudan

Öte yandan, bağlantı esaslı *estoppel* doktrininin, diğer bir ifadeyle talep ve tahkim klotunu içeren esas sözleşme arasındaki ilişki ve taraflar arasındaki bağın analizine dayalı bir şekilde üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği hallerin, zımni tahkim iradesinin temeli olarak, sadece imzacı ve imzacı olmayan kişiler arasındaki yakın ilişkiyi kullanan argümanlara zemin oluşturduğu yönünde bkz. HOSKING, *The Quest For Consent*, s. 293. Bununla birlikte, bağlantı esaslı *estoppel* doktrininde, imzacının baştan kabul ettiği usuli düzenlemelere aykırı bir sonuç doğduğundan, tarafların karşılıklı edim dengesinin bozulduğu, örnek olarak imzacı tarafın imzacı olmayan kişiyle tahkim yargılamasına tabi olacağını ve bunun doğurabileceği maliyetleri hiç beklemediği ve bu durumda bu doktrini uygulamanın anayasal hakların ihlali anlamına gelebileceği ifade edilmiştir (MEYNIEL, s. 52-54).

¹⁰¹⁰Hosking'e göre, *estoppel* doktriniyle varılan sonucun aynısına, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi sözleşmeler hukuku prensipleriyle de varılabilir ve böylece tahkim iradesi kavramı zarar görmemiş olur. Yazarın genel yaklaşımı, *estoppel* doktrininin, iradenin yaratılması faaliyeti olduğu şeklindedir (HOSKING, s. 530, 534-535, 537, 561). Aynı yöndeki bir başka görüş için bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 112. Benzer şekilde, *estoppel* doktrininin varsayılan rızaya dayandığı yönünde bkz. PARK, s. 13-14. Menfaat esaslı *estoppel* doktrininin, uygulanacak hukuk kapsamında özelliklerinin değişebileceği, ancak tahkim hukukunda genelde imzacı olmayan kişinin, tahkim anlaşması içeren esas sözleşmeyi imzalayan ve iddialarını bu sözleşmeye dayandıran diğer tarafa karşı, tahkim anlaşmasını ileri sürebileceği ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmak noktasında devlet mahkemesinde dava açan tarafın, üçüncü kişiyle tahkim anlaşmasının kurulmasına irade beyan etmesinin önemli olmadığı yönünde bkz. MAGLIANA/HOVAGUIMIAN, s. 270.

¹⁰¹¹*Estoppel* doktrininin irade temelli olmadığı yönünde bkz. PAVIC, s. 224. Menfaat esaslı *estoppel* doktrini kapsamında, imzacı olmayan kişinin tahkim iradesinden ziyade, hakkaniyet temelli bir değerlendirmeye tahkim yargılamasına taraf kabul edildiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 144.

¹⁰¹²BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 134-135; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1474; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 110; LAMM/AQUA, s. 726.

¹⁰¹³BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 134; DILEO, s. 56-57; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1474; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 111; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 52-55. Doğrudan ve dolaylı menfaat kavramına ilişkin bilgi için bkz. HOSKING, s. 532.

¹⁰¹⁴HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 52.

¹⁰¹⁵MEYNIEL, s. 47.

menfaat elde etmesi ise zımni tahkim iradesinin varlığından söz edilebilecektir¹⁰¹⁶. Bu sebeple, menfaat esaslı *estoppel* doktrininin uygulandığı uyuşmazlıklar, taraflar arasında tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulduğu gerekçesiyle de çözümlenebilecektir¹⁰¹⁷. Nitekim *estoppel* doktrini kapsamında, esas sözleşmeden menfaat elde edilmesi, esas sözleşmeye yönelik irade olarak kabul edilmektedir¹⁰¹⁸. Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim klozu da esas sözleşmenin hükümlerinden biri olduğundan, esas sözleşmeye yönelen zımni irade beyanı tahkim anlaşmasını da kapsamaktadır¹⁰¹⁹. Kaldı ki, zımni irade beyanının tespit edildiği senaryolarda, çelişkili davranış yasağı veya hakkaniyet ilkesi gibi son çare niteliğindeki genel hukuk prensiplerine başvurulmasına ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla Türk hukukunda, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlılığının hukuki gerekçesi, ilk tahlilde zımni tahkim iradesinin varlığı olmalıdır. Bu halde, imzacı olmayan ancak esas sözleşme kapsamında menfaat talep eden üçüncü kişi, zımni tahkim iradesini menfaat talebiyle beyan ederken; imzacı taraf, tahkim başlatarak menfaat talep eden üçüncü kişiyle tahkim yargılamasına tabi olmayı kabul etmektedir. Böylece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun tahkim iradelerinin mevcudiyetinden hareketle, tahkim anlaşması kurulmuş olmaktadır. Menfaat elde eden üçüncü kişinin, tahkim yargılamasına başvurması halinde ise zımni iradesi hem esas sözleşmeden menfaat talep etmesi sebebiyle hem de tahkim anlaşmasını doğrudan ifa etmesi sebebiyle var kabul edilecektir. Bununla birlikte, bu ihtimalde diğer tarafın da üçüncü kişiyle tahkim

¹⁰¹⁶BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 143; YILMAZ, s. 237. *Estoppel* doktrininin de, özellikle şartları ve sonuçları itibarıyla büyük ölçüde zımni irade teorisiyle bağdaştığı ve *estoppel* doktrini sayesinde, sözleşmede yer alan maddi hükümlerden faydalanan kişinin, tahkim klotunu içeren esas sözleşmeye zımni irade beyan etmiş sayılacağı yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 47; DIMOLITSA, *Compromissoire*, s. 520, ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 47’den naklen. İmzacı olmayan kişinin, tahkim klotuna dayalı olarak hak ileri sürdüğünde ya da bu klot uyarınca başlatılan tahkim yargılamasında herhangi bir itirazda bulunmayarak yer alması halinde, bu durumun zımni kabul iradesi olabileceği gibi yeni bir tahkim anlaşması olarak da değerlendirilebileceği yönünde bkz. WAINCYMER, s. 527. Öte yandan, bu halde tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanının varlığının kabul edilemeyeceği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 240.

¹⁰¹⁷BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 145.

¹⁰¹⁸HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 266; HOSKING, s. 531; LAMM/AQUA, s. 726. Doktrinde *estoppel* doktrini uygulanarak verilen kararlarda yapılan değerlendirmeler, açık irade beyanı bir kenara zımni irade beyanına atıf dahi yapmadığından, *estoppel* doktrinde iradenin göz ardı edildiği belirtilmektedir. Ancak *Brekoulakis*’e göre ABD mahkemeleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yargılamasına taşınıp taşınmayacağına karar vermek için hem hakkaniyeti hem de iradeye dayalı hususları dikkate almaktadır. Diğer bir ifadeyle, imzacı olmayan kişi, özellikle imzacı olmayan kişinin, tahkim klotu içeren esas sözleşmeden doğrudan menfaat elde etmesi halinde, zımni olarak iradesini beyan etmektedir. Nitekim imzacı olmayan kişinin, esas sözleşmenin maddi şartlarına dayanması, esas sözleşmede yer alan tahkim klotuna zımni olarak irade beyan ettiğini aklılara getirebilir (BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 143).

¹⁰¹⁹Bu hususta detaylı bilgi için özellikle bkz. “*Esas Sözleşmenin İfası*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

anlaşması akdetmek yönündeki iradesinin varlığı ayrı bir tartışma konusu yapılabilecektir.

Menfaat esaslı *estoppel* doktrininde, zımni irade beyanı, imzacı olmayan kişinin esas sözleşmenin kurulması, ifası ve feshine katılımıyla kanıtlanmamaktadır; aksine, imzacı olmayan kişinin sözleşmeden bir şekilde faydalanması yeterli olduğundan, bu doktrinin uygulanma şartlarının, grup şirketler doktrinine göre oldukça esnek olduğu belirtilmektedir¹⁰²⁰. Örneğin, iştirakinin akdettiği esas sözleşmenin kurulmasına, ifasına ve feshine katılmayan ancak yine de esas sözleşmeden menfaat elde eden imzacı olmayan hâkim şirket, grup şirketler doktrini kapsamında olmasa da menfaat esaslı *estoppel* doktrini uyarınca tahkim yargılamasına taraf kabul edilebilir¹⁰²¹. Yukarıda benimsediğimiz görüşe göre bu durumda, imzacı olmayan şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesindeki temel gerekçenin zımni tahkim iradesinin varlığı olması gerekmektedir.

Menfaat esaslı *estoppel*, pek çok kararda kendini göstermiştir. Örneğin, *Avila Group, Inc. v. Norma J. of California* kararında¹⁰²² alıcı, tahkim klozu içeren esas sözleşmenin ihlali nedeniyle satıcıya karşı tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak, alıcı, satıcının tahkim anlaşmasını satın alma siparişlerinde hiçbir zaman kabul etmediğini belirterek, tahkim anlaşmasının satıcı için bağlayıcı olmadığını iddia etmiştir. ABD mahkemeleri, alıcının zararlarını tazmin etmek için sipariş formu kapsamında geçerli bir sözleşmenin varlığını ileri sürmesine rağmen, çelişkili olarak tarafların taleplerinin tahkim yargılamasına taşınmasını önlemek amacıyla, taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunmadığını iddia edemeyeceğini belirtmiştir¹⁰²³. Öte yandan, *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, US* uyuşmazlığına¹⁰²⁴ konu

¹⁰²⁰MEYNIEL, s. 47.

¹⁰²¹MEYNIEL, s. 47. Benzer şekilde, İngiliz hukuku grup şirketler doktrini tanımlıyor olsa da, esas sözleşmede, grubun imzacı olmayan şirketlerinin isminin açıkça zikredilmesi ve imzacı olmayan şirketlerin esas sözleşmeden açıkça hak ya da menfaat elde etmesi halinde, sözleşmenin yorumu, sözleşmeden üçüncü kişi şirketlerin de faydalanmasına imkân tanınmasının amaçlandığı şeklinde bir sonuç doğurursa, tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri de bağlayabileceğine karar verilebilecektir (WOOLHOUSE, s. 443). Ancak bu çıkarımı yaparken yazar zımni iradeye atıf yapmamıştır.

¹⁰²²U.S. District Court Southern District of New York, *Avila Group, Inc. v. Norma J. of California*, 426 F. Supp. 537 (S.D.N.Y. 1977), 16.02.1977, law.justia.com.

¹⁰²³Menfaat esaslı *estoppel* doktrininin uygulandığı diğer karar örnekleri için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 229-231; DİLEO, s. 53-57.

¹⁰²⁴U.S. Court of Appeals Second Circuit, *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*, 9 F.3d 1060, 22.11.1993, law.justia.com (*Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, US*). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 54; ESEN, *Teşmil*, s. 231, dn. 917; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 111. Öte yandan, *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*,

sözleşme, Norveçli muhasebe şirketinin muhasebe hizmetleriyle bağlantılı *Deloitte* ticari unvanının kullanımına ilişkin akdedilmiştir ve tahkim klozu içermektedir. Bu sözleşme kapsamında, *Deloitte Haskins & Sells International* şirketinin yerel iştiraklerinin, sözleşmenin hükümlerine uymaları şartıyla *Deloitte* ticari unvanını kullanma hakkına sahip olacakları düzenlenmiştir. Norveçli muhasebe firması, sözleşmenin şartlarına itiraz etmemiş ve sözleşmeyi imzalayıp *Deloitte US* şirketine geri göndermemiş olmasına rağmen, ticari unvanı kullanmaya devam etmiştir. ABD mahkemeleri, *Noraudit* muhasebe şirketinin anlaşmayı bilerek ticaret unvanını kullanmasının ardından, esas sözleşmeyi imzalamamış olsa da tahkim yargılamasına tabi olduğunu belirtmiştir. *Noraudit* muhasebe şirketi, sözleşmeye itirazda bulunmayıp bilinçli olarak sözleşmenin faydalarını kabul ettiğinden, tahkim klotuyla bağlı kabul edilmiştir.

Türk hukukunda ise çelişkili davranış yasağı ve hakkaniyet ilkesi *estoppel* doktrinine duyulan ihtiyacı gidermektedir¹⁰²⁵. Dolayısıyla bu doktrinin uygulanabilmesi, ABD hukukunda kabul edildiği haliyle¹⁰²⁶ Türk hukukunda kabul edilmesini gerektirmemektedir. Bununla birlikte, şüphesiz çelişkili davranış yasağı ve hakkaniyet ilkesi son çare olarak başvurulabilecek temel hukuk ilkeleridir¹⁰²⁷. Hal böyle iken, *estoppel* doktrininin zımni irade fikrine dayansa da Türk hukukunda uygulama alanı olmadığı, hatta Türk hukukundaki karşılığının da kavramsal olarak zımni irade beyanıyla örtüşmediği söylenebilir. Fransız hukukunda ise *estoppel* doktrini fonksiyonunu, sözleşmeye yönelen iradeyi ortaya koyan davranış şeklinde

US kararında olduğu gibi Norveçli muhasebe şirketinin davranışlarıyla tahkim anlaşmasına irade beyan ettiği veya yazılı bir esas sözleşmenin tahkim klozu dahil sözlü kabulü gibi gerekçelerle de aynı sonuca ulaşılacağı yönünde bkz. HOSKING, s. 531-532. Aslında firmanın adını kullanma kararı, bu kullanımın sözleşmenin kabulüne bağlı olduğu bilindiğinden, davranış yoluyla kabul iradesinin beyan edildiği yönünde bkz. WAINCYMER, s. 526-527.

¹⁰²⁵*Estoppel* doktrininin Kıta Avrupası hukuk sistemindeki karşılığının “çelişkili davranış yasağı” olduğu yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 228; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1473, 1476; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 56; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 101. Benzer şekilde, menfaat esaslı *estoppel* doktrininin genel bir hukuk ilkesi olan “*non-venire contra factum proprium*” ilkesinin bir yansıması olduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 132; WILSKE/FOX, *Article II*, s. 178-179. *Estoppel* doktrininin, Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olmadığından uygulanmadığı; ancak, verilen bazı hakem kararlarında iyiniyet prensibine dayalı olarak *estoppel* benzeri bir yaklaşım benimsendiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s. 267.

¹⁰²⁶ABD hukukunda *estoppel* doktrininin uygulanmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 131-148; ESEN, *Teşmil*, s. 228-234.

¹⁰²⁷AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 16 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, s. 340-344; TANRIKULU, s. 128-129, 211.

değerlendirilmek suretiyle yerine getirmektedir¹⁰²⁸. Bu anlamda, *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, US* kararındaki sonuca, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki sonraki davranışa bağlı kabul iradesine dayanılarak da varılabilecektir¹⁰²⁹. Dolayısıyla ABD hukukunda hakkaniyete dayalı olarak kabul edilen bu sonuç, Kıta Avrupası hukukunda zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulduğu anlamına gelecektir¹⁰³⁰.

4. Üçüncü Taraf Lehdar

Üçüncü taraf lehdar statüsünün kendine has özellikleri de göz önünde tutularak, menfaat esaslı *estoppel* doktrini kapsamında bir önceki başlıkta zımni irade beyanının varlığı bakımından yapılan değerlendirmelerin, üçüncü taraf lehdarın söz konusu olduğu durumlar için de geçerli olduğu düşünülebilir¹⁰³¹. Nitekim esas sözleşmeden doğan maddi haklardan fayda talep eden üçüncü taraf lehdarın, bu menfaat talebi çerçevesinde tıpkı menfaat esaslı *estoppel* doktrininde olduğu gibi, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu zımnen kabul ettiği sonucuna varılabilir¹⁰³². Böylece, üçüncü

¹⁰²⁸ESEN, *Teşmil*, s. 235; HOSKING, s. 536-537. Örneğin, *estoppel* doktrininin, Fransız hukukunda ve İsviçre hukukunda da farklı kavramlarla kabul edilebileceği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 145, dn. 75. Bununla birlikte, doğrudan *estoppel* doktrinine atıf yapılan bir Fransız mahkemesi karar örneği için bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 58, dn. 172. Fransız hukukunda *estoppel* doktrininin uygulanmasına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 820, dn. 187-188; HOSKING, s. 536; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 113.

¹⁰²⁹HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 58.

¹⁰³⁰ESEN, *Teşmil*, s. 239-240, 341-342.

¹⁰³¹İLHAN, s. 168. Menfaat esaslı *estoppel* doktrini kriterleri ve üçüncü taraf lehdar kriterleri büyük oranda benzerlik gösterse de, tahkim klotunun içinde yer aldığı esas sözleşmedeki maddi haklardan faydalanmanın tahkim anlaşmasının zımnen kabulü olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 224, 229. *Estoppel* doktrininin uygulandığı davalarda, üçüncü taraf lehdar perspektifiyle, hukuki temeli daha sağlam bir şekilde aynı sonuca ulaşılabileceği yönünde bkz. HOSKING, s. 530, 533-536. Öte yandan, *estoppel* doktrininin uygulandığı davaların çoğunun, üçüncü taraf lehdar davalarına benzese de, bu iki hukuki kurum arasında fark olduğu ve bu farkın *estoppel* doktrininin sözleşmenin imzalanmasından sonraki davranışları dikkate almasına rağmen; üçüncü taraf lehdar tartışmalarında sözleşmenin imzalandığı tarihteki taraf iradelerine odaklanılması olduğu yönünde bkz. U.S. Court of Appeals Third Circuit, *E.I. Dupont De Nemours & Company v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S.*, 269 F.3d 187, 15.10.2001, law.justia.com. Bazı kararlarda, üçüncü taraf lehdar statüsünün üçüncü kişiyi kendiliğinden tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmayacağı belirtilmiş olsa bile, ABD hukukunda üçüncü taraf lehdaire ilişkin genel kabul, bu kişinin menfaat elde ettiği sözleşmeden doğan hakları kullanması halinde, bu sözleşmedeki tahkim anlaşmasıyla da bağlı kabul edilmesidir (EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 104-107). Üçüncü taraf lehdarın varlığı halinde, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasını asıl taraflara karşı ileri sürebilmesine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, asıl tarafların üçüncü taraf lehdaire esas sözleşme kapsamında gerçek bir menfaat sağlamayı amaçlayıp amaçlamadığı ve menfaatin esaslı olup olmadığı incelemesi, üçüncü taraf lehdarın ifayı talep etme hakkının varlığı veya üçüncü taraf lehdarın kendisine tanınan maddi hakları kabul etmesi ve bu maddi hakların ifasını talep etmesi sebebiyle tahkim iradesinin mevcut olduğunun kabul edilmesi gibi durumların göz önünde tutulduğu yönünde bkz. YİĞİT, s. 61-66.

¹⁰³²Öte yandan, Fransız hukukunda, tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmak istenen üçüncü taraf lehdar bakımından, “sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilgili” olma durumunun önem arz ettiği, bu durumun *estoppel* doktriniyle benzediği iddia edilse de, Fransız hukukunda yargısal dayanağın, varsayılan irade

taraf lehdar, esas sözleşmedeki asli hakları talep ettiğinde ve esas sözleşmeden menfaat elde ettiğinde, tahkim anlaşmasıyla da bağlı kabul edilmektedir¹⁰³³. Bu sonucun doğması için somut olayın şartları ve sözleşmenin lafzı çerçevesinde, sözleşmenin üçüncü taraf lehdar lehine esaslı bir menfaat talep hakkı vermesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰³⁴. İsviçre hukukunda üçüncü taraf lehdarın ifayı talep hakkının varlığına, esaslı bir menfaatin varlığından daha çok önem atfedilmektedir¹⁰³⁵.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, üçüncü kişinin, esas sözleşmeden doğan haklara sahip olması ve tahkim anlaşmasından doğan haklara sahip olması bağımsızlık prensibi kapsamında farklı durumlar olarak değerlendirildiğinden, üçüncü kişinin esas sözleşmeden yararlandırılması yönündeki iradenin, doğrudan aynı kişinin tahkim anlaşmasının da lehdarı olduğu sonucunu doğuracağı tartışmalı bulunmaktadır¹⁰³⁶.

üzerine olduğu yönünde bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 113; HOSKING, s. 538; YİĞİT, s. 65-66.

¹⁰³³Bu halde, üçüncü taraf lehdarın, açık bir şekilde beyan edilmese de tahkim iradesinin varsayılabilirliği yönünde bkz. YİĞİT, s. 85; SANDROCK, s. 951; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 70. Mahkemeler ve hakemlerin, üçüncü taraf lehdarın esas sözleşmenin hükümlerine dayanarak haklarını talep etmesi halinde, esas sözleşmede yer alan tahkim klotuyla bağlı olduğuna hükmettiği ve üçüncü taraf lehdarın, esas sözleşmeden menfaat sağlaması olgusunun önemli olduğu; üçüncü taraf lehdarın varlığında, bazen mahkemeler ve hakemlerin tahkim anlaşmasının ve diğer sözleşmelerin hükümlerini lafzen inceleyerek karar verdiği; üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi için özel ispat kurallarının öngörülmemesi gerektiği, bununla birlikte bağımsızlık prensibinin de dikkate alınması gerektiği, üçüncü taraf lehdarın olduğu davalarda temel incelemenin taraf iradeleri olduğu, bu kapsamda tarafların, objektif olarak iyiniyetli iradesini belirlemek amacıyla, üçüncü taraf lehdara tahkim yargılamasına başvurma hakkının tanınmasının amaçlanıp amaçlanmadığına bakıldığı ve bazı hallerde de aynı sonuca *estoppel* doktrini uygulanarak da varıldığı yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1456-1459.

¹⁰³⁴YİĞİT, s. 62-67. Deniz yük sigortalarının konusunu oluşturan satım sözleşmelerinin anlamlı bir kısmını teşkil eden CIF satımlarda, mal taşınmak üzere gemiye yüklendiği anda, yarar ve hasar alıcıya geçtiğinden, satıcı deniz yolculuğuna ilişkin olarak alıcı lehine yük sigortası yaptırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla üçüncü taraf lehdar sıfatını haiz alıcının, söz konusu sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim klotuyla bağlı olup olmayacağı değerlendirilmelidir. İlk ihtimalde, bir CIF satımın söz konusu olduğu halde, alıcının, tahkim anlaşmasına yönelik açık bir kabulü söz konusu ise tahkim anlaşması uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra da akdedilebileceğinden, tahkim anlaşmasının alıcı üzerindeki bağlayıcılığı bakımından bir problem söz konusu olmayacaktır. İkinci ihtimal ise alıcının tahkim anlaşmasını açık bir şekilde kabul etmemesidir. Bu ihtimalde, yükün zarar görmesi durumunda, alıcının zararlarını tazmin etmek bakımından sigortacıya başvurmaktan başka bir çaresi olmadığından, alıcı, ifayı zorunlu bir şekilde ifanın tabi olduğu şartlarla birlikte talep etmek durumunda kalacaktır. Alıcı, sigorta sözleşmesinden fayda sağlamaması halinde, zararını karşılayacak bir muhatap bulamayacaktır çünkü sigorta ettiren bu zarardan sorumlu değildir. *Sarıöz Büyükalp*, CIF satımlar bakımından, alıcının ifayı reddetme imkânı olduğundan söz edilemeyeceğinden, alıcının tahkim anlaşmasının varlığını bilmesine rağmen ifayı talep etmesi sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasının haklarına hâlel gelmesi rizikosunu barındırdığını ve sigorta sözleşmesinde menfaatler dengesinin dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde sigortalı aleyhine bozulması durumunda sigortalı alıcının tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. SARIÖZ BÜYÜKALP A. İpek: “Deniz Yoluyla Taşımalarda Yük Sigortalarına Uygulanacak Hukuk ve Sigorta Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Sigortalı Açısından Bağlayıcılığı Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Ocak 2024, s. 157-159.

¹⁰³⁵YİĞİT, s. 64, 67.

¹⁰³⁶EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 98; HOSKING, s. 516-517. Tahkim klotunun açık lafzının, esas sözleşmenin taraflarının, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasından da faydalanmasını

Bundan çıkan sonuç, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasına yönelik açık veya tereddüde yer vermeyecek şekilde zımni iradesinin tespitinin gerektiği yönündedir¹⁰³⁷.

Doktrinde, üçüncü taraf lehdarın davacı olduğu¹⁰³⁸ ve doğrudan esas sözleşmeden doğan asli haklarına dayandığı ihtimalde, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edileceği yorumunun daha isabetli olduğu belirtilmektedir. Üçüncü taraf lehdarın zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasına binaen tahkim yargılaması başlatmasından ziyade, esas sözleşmeden menfaat talep etmesiyle tespit edildiğinden, esas sözleşmeden esaslı bir menfaat talebinin varlığı halinde, üçüncü taraf lehdarın davacı veya davalı olmasının farklı değerlendirilmemesi gerektiği görüşündeyiz¹⁰³⁹. Nitekim genel yaklaşımın da üçüncü taraf lehdarın esaslı bir menfaat elde ettiği ihtimalde, tahkim yargılamasına başvurma hakkı olduğu kadar, aleyhine başlatılan

amaçladıklarına müsaade etmesi gerektiği yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 95-96. Bu yönde bir ayrım yapılmamasının, tahkimin iradi niteliğine ve bağımsızlık prensibine aykırı olduğu yönünde bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 103. Aksi yöndeki görüşe göre, bağımsızlık prensibi üçüncü taraf lehdarın tahkim klozuyla bağlı kabul edilmesine engel değildir; önemli olan, üçüncü taraf lehdarın sözleşmeden doğan menfaatleri bilerek elde etmesidir. Nitekim bu ihtimalde sözleşmede yer alan tahkim klotunun da farkında olduğu kabul edilmelidir (PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, s. 4649).

¹⁰³⁷ESEN, *Teşmil*, s. 224-225. Benzer şekilde, tahkim istisnai bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan, üçüncü taraf lehdar, açık veya zımni bir şekilde irade beyan etmediğinde, esas sözleşmede yer alan tahkim klotuyla bağlı olmayacağı yönünde bkz. SILACI KORKMAZ Melis: "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", Galatasaray Liseli Hukukçuların Cumhuriyetin 100. Yılına Armağanı (eds. HELVACI Mehmet/DEVELİOĞLU H. Murat/ MAKARACI BAŞAK Aslı/YILDIZ Ozan Ali/BAYRAK Tolga/DEMİR Zeynep Rana), Onikilevha Yayıncılık, Aralık 2023, www.lexpera.com, s. 208; İLHAN, s. 167-170. Örneğin, Fransız hukukunda üçüncü taraf lehdarı tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul etmek için menfaat kriterinden ziyade, tahkim iradesine önem atfedildiği ve üçüncü kişi ayrıca tahkim anlaşmasını kabul etmedikçe tahkim yargılamasına taraf kabul edilmediği yönünde bkz. HOSKING, s. 525. Üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği hallerde, hukuki öngörülebilirliği engellemek pahasına, tahkim iradesinin adil sonuçlar elde etme amacıyla göz ardı edildiği; ancak, tahkim iradesi kavramının ön plana alınması gerektiği ve esas sözleşmeden yararlanılan üçüncü taraf lehdarın yine de tahkim anlaşmasına yönelen açık veya tereddüde yer vermeyecek şekilde beyan ettiği zımni iradesinin tespitinin gerektiği, üçüncü kişinin dürüstlük kuralı sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması halinde de benzer şekilde tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanının varlığının aranması gerektiği yönünde bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 116.

¹⁰³⁸Üçüncü taraf lehdarın, davacı veya davalı olması fark etmeksizin tahkim iradesinin varlığının gerektiği; ancak, üçüncü taraf lehdar tahkim yargılamasını başlatarak tahkim iradesini beyan ettiğinden, üçüncü taraf lehdarın, davacı olması durumunda tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasının daha makul olduğu yönünde bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 24. Bir başka görüşe göre, rızaları olmaksızın üçüncü kişiler üzerinde borç doğuracak işlemler yapılamayacağından, bağlı şirket üçüncü taraf lehdar sıfatıyla tahkimde zaten sadece davacı olarak yer alabilecektir (SANDROCK, s. 951). Hiç kimse üçüncü kişiyi borç altına sokacak bir sözleşme yapamayacağından, üçüncü kişinin mutlaka tahkim iradesinin mevcut olması gerektiği ve tarafların açıkça üçüncü kişinin tahkim anlaşmasından faydalanabileceğini öngörmemesi halinde, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasından faydalanma imkânının tartışmalı olduğu yönünde bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 70. İsviçre hukukunda bu konudaki baskın yaklaşımın, üçüncü taraf lehdarın menfaat elde ettiği veya haklarının icrasını talep ettiği ihtimalde, tahkim anlaşmasından doğan yükümlülüklerle de bağlı kabul edileceği yönünde bkz. YİĞİT, s. 66.

¹⁰³⁹Tahkim iradesi açık olmak zorunda olmadığından, üçüncü taraf lehdarın esas sözleşmeden doğan haklardan faydalandığında ve bu hakların icrasını talep ettiğinde tahkim iradesinin var kabul edilebileceği yönünde bkz. YİĞİT, s. 67.

tahkim yargılamasına katılma yükümlülüğü olduğu da kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. Esas sözleşmenin menfaatlerini elde edip yükümlülüklerinden kaçmayı hukuk himaye etmeyecektir¹⁰⁴¹. Öte yandan, üçüncü taraf lehdarın, kendi lehine olan haklardan faydalanmadığı veya bu hakların yerine getirilmesini talep etmediği hallerde, diğer tarafların üçüncü taraf lehdar aleyhine taleplerini tahkim yargılamasında ileri süremeyeceği belirtilmelidir¹⁰⁴². Nitekim bu durumda üçüncü taraf lehdarın tahkim iradesinin mevcut olduğu söylenemez; buna rağmen, üçüncü taraf lehdarın tahkim yargılamasına taraf kabul edilmesi, tahkim anlaşmasının üçüncü taraf lehdera teşmiliyle mümkün kabul edilebilir.

Üçüncü taraf lehdarın, doğrudan tahkim anlaşmasını ifa etmek mahiyetinde tahkim yargılaması başlatması halinde de, zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilir. Bahsedilen bu iki durum arasındaki fark, aralarındaki uyumsuzlukları tahkime tabi kılmak noktasında tarafların ortak tahkim iradesi gerektiğinden, esas sözleşmenin diğer tarafının da, üçüncü taraf lehdar ile sözleşmeden doğacak hukuki uyumsuzlukları tahkim yargılamasına tabi kılmak yönündeki tahkim iradesinin varlığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, diğer taraf davacı olduğunda, tahkim iradesini tahkim yargılaması başlatarak beyan etmiş kabul edilebilse de; davalı olduğu bir ihtimalde, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasının tarafı olmadığı iddia edildiğinde, ortak tahkim iradesi tartışmalı hale gelecektir. Bu ihtimalde, sözleşmenin diğer tarafının bu yöndeki iradesi, hiçbir sözleşme üçüncü kişi aleyhine borç doğuramayacak olsa da, sözleşmenin üçüncü taraf lehdarın da tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı sonucunu doğuracak bir lafza sahip olması halinde mümkün kabul edilebilecektir¹⁰⁴³. Üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınması borçlar hukuku prensipleri kapsamında mümkün olmasa da, bahsedilen hükmün lafzı, sözleşmenin diğer taraflarının üçüncü taraf lehdar ile tahkim anlaşması akdetmek

¹⁰⁴⁰İngiliz hukukunda, üçüncü kişiye tahkim yargılamasına başvurma yönünde bir hak tanınmakla birlikte aynı yönde bir yükümlülük de yüklendiği yönünde bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 103; HOSKING, s. 516; YİĞİT, s. 64-65. Bu konudaki genel kabulün de, bu şekilde olduğu yönünde bkz. YİĞİT, s. 62-63.

¹⁰⁴¹Yazar, bu cümleyi makalesinin dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağını incelediği kısımda kurmuştur (EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 110). Bu sebeple, bu cümlenin *estoppel* doktrinini çağırıldığını ve *estoppel* doktrini ve üçüncü taraf lehdar durumlarının örtüştüğü noktalar olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁰⁴²EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 107.

¹⁰⁴³Tarafların, üçüncü taraf lehdera esaslı bir menfaat sağladıkları yönündeki iradelerinin, üçüncü taraf lehine sözleşmeye nadiren yansıdığı yönünde bkz. YİĞİT, s. 63. Dolayısıyla, esas sözleşmenin üçüncü taraf lehdarın da tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı sonucunu doğuracak bir lafza sahip olmasına pek rastlanmayacaktır.

konusunda ortak tahkim iradesini gösterebilecek niteliktedir. Bununla birlikte, bir kişinin tahkim anlaşması imzaladığında, o sözleşmeden doğacak tüm uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yoluyla çözüleceğine ilişkin bir irade beyan ettiği kabul edilebilse de, bu iradenin, uyuşmazlıkların sadece ilgili sözleşmeden kaynaklanmasının yeterli kabul edilebileceği genel bir irade olarak yorumlanamayacağı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ilgili sözleşmeyi imzalayan kişinin, yalnızca sözleşmenin diğer tarafıyla doğacak uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasına başvurmayı kabul ettiği düşünülse bile; temelde üçüncü tarafa haklar bahşeden sözleşmeyi imzalayan tarafın, üçüncü kişiyle de ilgili sözleşmeden doğabilecek hukuki uyuşmazlıkları öngörerek tahkim anlaşmasını akdettiği kabul edilebilir. Bu şekilde, tarafların ortak tahkim iradesinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilir.

İngiliz¹⁰⁴⁴ ve Singapur¹⁰⁴⁵ hukuklarında tahkim anlaşmaları bakımından üçüncü taraf lehdar statüsü, yasal olarak düzenlenmiş olduğundan, üçüncü taraf lehdarın tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilip edilmeyeceği bu düzenlemeler kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁴⁶. Öte yandan, İngiliz ve ABD hukuklarında esas sözleşmeden menfaat elde eden üçüncü kişinin iradesi araştırılmaksızın tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁴⁷. Çalışmamızda benimsediğimiz yaklaşım

¹⁰⁴⁴*Contracts (Rights of Third Parties) Act (England) 1999*, m. 8/1 ve 8/2, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/section/8>.

¹⁰⁴⁵*Singaporean Contracts (Rights of Third Parties) Act 2001*, m. 9/1 ve 9/2, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CRTPA2001>.

¹⁰⁴⁶Bu düzenlemelere ilişkin daha fazla bilgi için bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1457, dn. 270. İngiliz hukukundaki bu düzenlemelerin, üçüncü kişilere taraf sıfatını haiz olmadıkları halde, pratik amaçlarla tahkim yargılaması bakımından taraf sıfatı bahşedildiği yönünde bkz. EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 102. İngiltere hukukundaki u düzenlemeyle, üçüncü taraf lehdarın, menfaat talep ettiği esas sözleşmede yer alan tahkim klotuyla bağlı olacağının düzenlendiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 542.

¹⁰⁴⁷EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 101. İngiliz hukukunda, tahkim klotu esas sözleşmeye bağlı fer'i bir hak olarak değerlendirildiğinden, üçüncü taraf lehdarın tahkim klotuyla bağlı kabul edildiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 542. Çoğu hukuk sisteminde, asıl tarafların tahkim klotundan doğan yararın üçüncü taraf lehdara sağlanması konusunda anlaşmaya vardıklarına dair delil mevcut olmasa da, tahkim klotuna dayanabileceğinin kabul edildiği ve üçüncü taraf lehdarın, tahkim klotundan faydalanabilmesi için asıl tarafların üçüncü taraf lehdara maddi bir fayda sağlamayı kabul etmelerinin yeterli kabul edildiği yönünde bkz. BREKOULAKIS, *Consent v. Commercial Reality*, s. 126. Öte yandan, *Esen*'e göre, esas sözleşmenin maddi hükümlerinden menfaat elde etmek zımnı tahkim iradesi olarak değerlendirilemez (ESEN, *Teşmil*, s. 224). Tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler aleyhine verilen hakem kararının iptali için ikame edilen bir davada Yargıtay, davacıların tahkim klotunu ihtiva eden sözleşmeyi onaylamalarından hareketle, uyuşmazlık konusu imtiyaz sözleşmesinin lehdarı olan davacılar yönünden tahkim anlaşmasının bağlayıcı olduğuna ilişkin ilk derece mahkemesi kararını yerinde görmemiştir. Yargıtay, davacıların tahkim anlaşmasının tarafı olmadığını, davacıların tahkim klotu içeren imtiyaz sözleşmesini onaylamadığını, kural olarak tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere karşı tahkim yargılaması başlatılmasının mümkün olmadığını ve sırf tahkim klotu içeren esas sözleşmede lehlerine hükümler konulduğu için sözleşmeye taraf olmayan davacıların tahkim anlaşmasına taraf oldukları yönündeki kabulün yerinde olmadığını belirtmiştir. İmtiyaz sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesinin de varılan bu sonucu değiştirmeyeceği

kapsamında, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinin hukuki temeli, kanuni bir düzenleme, varsayılan irade veya salt hakkaniyet gibi hukukun temel prensipleri ise zımni tahkim iradesinden değil, teşmilden söz edilecektir.

5. Tahkim Anlaşmalarının Atıf Yoluyla Kurulması

Tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması durumunda ise tahkim klozu içeren ve atıf yapılan sözleşme imzalanmamış olsa bile, bu sözleşmeye atıf yapılan sözleşmenin imzalanmış olması nedeniyle, ilgili kişi tahkim anlaşmasına taraf sayılmakta ve bu durum bir tür irade beyanı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁸. Gravel/Peterson, tahkim klotunun zımni olarak kabul edilmesinin, tahkim klotunun atıf yoluyla sözleşmeye dahil edilmesi durumunda daha kolay olacağını belirtmektedir. Zira taraflar en azından esas sözleşmeyi imzalamışlardır ve tartışılan konu esas sözleşmenin hükümlerine ilişkindir¹⁰⁴⁹.

MTK'nin uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta, atıf yoluyla kurulup kurulmadığı değerlendirilen bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, buradaki tartışmanın tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine mi, yoksa tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine mi ilişkin olduğu tartışmalıdır. Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları, tahkim anlaşmalarının şekil şartlarını düzenleyen MTK m. 4/2 hükmünün son cümlesinde, “*Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*” şeklinde düzenlenmiştir¹⁰⁵⁰. Doktrinde bir görüş, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulmasının şekli geçerlilik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini

belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay’a göre hem tahkim sözleşmesinin istisnai niteliği hem tahkim iradesinin, açıkça ya da tereddüde mahal bırakmamak kaydıyla zımni olarak ortaya konulması gerektiği gözetildiğinde lehine sözleşme düzenlenen kişi tahkim anlaşmasına taraf kabul edilemeyecektir (Yargıtay 11. HD., 25.06.2015 tarihli ve 2014/9538 E., 2015/8707 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

¹⁰⁴⁸MATHEUS LÓPEZ, s. 89.

¹⁰⁴⁹GRAVEL/PETERSON, s. 525, dn. 45. Bununla birlikte, ihtilaf konusunu kapsayan sözleşmede olmayan tahkim klotunun, ilgili başka bir sözleşmede yer alması halinde, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla kurulması için tahkim iradesinin açık olması gerektiği şeklinde bir görüş de olduğu yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 89, dn. 80.

¹⁰⁵⁰Atıf yapılan sözleşmenin, MTK m. 4/2 hükmü gerekliliklerini karşılamaının da kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 49. Türk hukuku özelinde *Kalpüstü*, MTK'nin atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları için atıf yapılan sözleşmenin yazılı olması gerekliliğine dair şart bakımından, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün hazırladığı kanun taslaklarından ayrılarak düzenleme getirilmesini sert bir şekilde eleştirmiştir. Yazara göre, herhangi birinin “*devlet yargısının ona bahsettiği teminattan bu kadar basit bir şekilde sarfinazar etmiş sayılması*” mümkün kabul edilmemelidir (KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1033-1034).

belirtmektedir¹⁰⁵¹. Bununla birlikte, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğine ilişkin bir hüküm olan MTK m. 4/2 düzenlemesi, hukuki problemin kanun koyucu tarafından şekli geçerlilik meselesi olarak kabul edildiği izlenimi doğursa da, aslında atfın varlığı halinde şekil şartından önce üzerinde düşünülmesi gereken, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir mesele olarak tarafların tahkim iradesinin var olup olmadığıdır¹⁰⁵². Kanun hükmünde, “*esas sözleşmenin bir parçası haline getirilmek*” yönündeki taraf amaçlarına yapılan atıf, tartışmanın tamamen tahkim anlaşmasının esasıyla ilgili olan taraf iradelerine ilişkin yönünü belirlemektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması halinde de, tartışılması gereken hukuki mesele öncelikle tahkim iradesinin varlığı olduğundan; ilk olarak, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk MTK m. 4/3 hükmü uyarınca tespit edilecek ve daha sonra bu hukuka göre tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması bakımından öngörülen şartlar kapsamında tahkim iradesi değerlendirilecektir¹⁰⁵³. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda MTK m. 4/2 hükmü son cümlesinin uygulama alanı bulabileceğini ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun uygulamada pek seçilmediği göz önünde tutulduğunda, *fiilen* bu hükmün MTK kapsamındaki tüm tahkim anlaşmalarına uygulanabileceğini belirtmektedir¹⁰⁵⁴. Diğer taraftan, bu tartışma salt şekle ilişkin bir hukuki mesele olarak kabul edilirse, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla kurulması, şekli geçerliliğini doğrudan kanundan aldığından, tarafların bu konunun aralarında müzakere edilmediği ya da gönderilen belgede tahkim klotu olduğunu bilmediği iddiasının dikkate alınmayacağı da doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁵⁵.

MTK uyarınca, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulduğunun kabul edilebilmesi için, atıf yapılan sözleşmede yer alan tahkim klotuna özel atıf gerekip gerekmediği de doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁵⁶. Yapılan atfın özel olmasından kasıt, atıfta

¹⁰⁵¹EKŞİ, *Incorporation*, s. 43.

¹⁰⁵²Tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulmasında, hukuki sorunun tahkim anlaşmasının şekline değil; esasına ilişkin bir sorun olduğundan, MTK m. 4/3 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 51. Benzer şekilde, konişmentonun devri halinde, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişileri bağlaması, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk kapsamında incelenmektedir (ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 64; ŞANLI, *Konişmento*, s. 780).

¹⁰⁵³ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 51.

¹⁰⁵⁴ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 51.

¹⁰⁵⁵ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 68. Şanlı, MTK m. 4/2 hükmündeki düzenleme kapsamında tahkim klotu içeren bir belgeye atıf yapılması halinde, bu atfın tahkim anlaşmasının geçerliliğini sağlamadığını iddia etmenin mümkün olmadığı kanısındadır (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 418).

¹⁰⁵⁶Genel ve özel atıf gerekip gerekmediğine ilişkin yapılan tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65; İLHAN, s. 97-101; EKŞİ, *Incorporation*, s. 110-125.

tahkim klotunun açıkça belirtilmesidir¹⁰⁵⁷. Uygulamada daha çok karşılaşılan genel atıf ise “*bütün diğer şartlar charter partideki gibidir*” şeklinde yapılan atıftır¹⁰⁵⁸. Kimi yazarlar, tahkim anlaşmasını da kapsamak üzere diğer sözleşmeye yapılan atfın, genel atıf olmasının tahkim anlaşmasının kurulması bakımından yeterli olduğunu kabul ederken¹⁰⁵⁹; başka yazarlar, yapılan atfın mutlaka atfı gören kişinin, sözleşmedeki tahkim klotunun varlığını görebilir olmasını sağlayacak bir şekilde, özel atıf olması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁶⁰. Kanaatimizce, tarafları basiretli davranmakla yükümlü tacirlerden oluşan milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından özel atıf şartı aranması yerinde bir yaklaşım olmayacak ve tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğüyle çelişecektir.

Tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması bakımından, MTK’de m. 4/2 hükmünde yer alan düzenleme, NYK’de bulunmamaktadır¹⁰⁶¹. Öte yandan, NYK kapsamında da, bu meselenin şekil şartı bakımından olmasa da, esastan geçerlilik bakımından sorun doğuracağı belirtilmektedir¹⁰⁶². Dolayısıyla bu konu daha çok maddi hukuk meselesi olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁶³. Benzer şekilde, konunun maddi hukuk meselesi olduğu tespitinden sonra, NYK’nin, özel atıf şartı aradığı şeklinde yorumlanamayacağını belirten *Born*, konu maddi hukuk meselesi olarak

¹⁰⁵⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 50; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65; ŞANLI, *Konışmento*, s. 774.

¹⁰⁵⁸ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 418.

¹⁰⁵⁹KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1037-1039; TÖRE, s. 272; YENER KESKİN, s. 265. Genel atıf halinde, tarafların tahkim klotundan haberdar olmasına göre bir ayırım yapılarak inceleme yapılabileceği; ancak, basiretli tacirlerin referans yapılan belgeyi inceleme yükümlülükleri olduğu ve çalıştığı sektörde yer alan standart sözleşmelerde yer alan tahkim klotlarını bildiklerinin kabul edileceği veya bilmeleri gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 51-52.

¹⁰⁶⁰ŞANLI, *Konışmento*, s. 774-779; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 69. Öte yandan Şanlı, charter partilerde tahkim klotlarının yer almasının mutlak bir uygulama olduğunu ve özel veya genel olarak nitelendirmeksizin charter partiye atıf halinde bu tahkim klotunun hamili bağlayacağını ifade etmiştir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 418-419).

¹⁰⁶¹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690, 891. NYK m. II/2 hükmünde öngörülen şekil şartının, tahkim klotlarının başka belgeye atıf yoluyla sözleşmeye dâhil edilmesini engellemeyeceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690. NYK kapsamında bir açıklık yoksa da, atıf yoluyla sözleşmeye dahil edilen tahkim anlaşmasının, yazılı olması gerektiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690. NYK kapsamında yazılı şekil esas olduğundan ve sadece matbu bir metne yapılan atıf NYK kapsamında düzenlenmediğinden, bu yöntemle yapılan tahkim anlaşmasının şekil koşullarını karşılayıp karşılamadığına ilişkin detaylı tartışmalar için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 165-168.

¹⁰⁶²BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 819.

¹⁰⁶³BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690. NYK kapsamında bir açıklık yoksa da, atıf yoluyla sözleşmeye dahil edilen tahkim anlaşmasının, yazılı olması gerektiği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690.

değerlendirilmese de, NYK'nin şekle ilişkin azami sınır öngördüğü gerekçesiyle, özel atıf şartı gibi gerekliliklerin dışlanması gerektiğini de ifade etmiştir¹⁰⁶⁴.

Bu doğrultuda, esas sözleşmenin arka yüzünde bulunan standart hükümlere genel atıf ile bir tahkim anlaşması kurulmuşsa¹⁰⁶⁵ veya sözleşmede ayrı bir belge olarak standart hükümlere genel atıf yapılmışsa ve bu belge diğer tarafa gönderilmişse, her iki durumda da tahkim klozunu inceleme ve değerlendirme fırsatı olmasına rağmen itiraz ileri sürmeksizin susan kişinin, tanıma ve tenfiz davalarında uygulama alanı bulabilecek NYK kapsamında kabul edilebilir bir şekilde, zımni tahkim iradesini beyan ettiği söylenebilir. Keza tarafların süregelen ilişkilerinde kullandığı standart bir sözleşme varsa veya bu sözleşme milletlerarası ticari hayatta sık kullanılan bir sözleşmeysen, yine genel atıf halinde¹⁰⁶⁶, susan kişinin tahkim anlaşmasını zımni olarak kabul ettiği ileri sürülebilecektir. Tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması senaryosunda tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerliliği meselesi konişmentolar özelinde, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1031/4 hükmünde NYK m. II hükmünün sebep olabileceği hukuki problemleri bertaraf etmek amacıyla açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁶⁷.

Uluslararası deniz taşımacılığında oldukça yaygın olan konişmentolar, genel olarak doğrudan tahkim klozu içermemektedir; ancak, tahkim klozunun yer aldığı taşıma sözleşmesine atıfta bulunularak, tahkim klozu atıf yoluyla konişmentoya dahil

¹⁰⁶⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 690, 819-820. Bununla birlikte, uygulama bakımından, konişmentoların taşıtan tarafından imzalanmamasının, NYK amaçsal yorumlandığında, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği için sorun teşkil etmemesi gerektiği belirtilmektedir (İLHAN, s. 70-71).

¹⁰⁶⁵Bu ihtimalde, genel atıf yapılmış olsa da, NYK kapsamında şekil şartlarının sağlanacağı ve diğer tarafın sözleşmenin arka yüzünü kontrol ederek, tahkim klozunu fark etmesi için yeterli imkânâ sahip olduğu yönünde bkz. VAN DEN BERG, *NYC*, s. 216, 221. NYK m. II/2 hükmü açısından genel atfın yeterli kabul edildiği diğer örnekler için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 167-168.

¹⁰⁶⁶VAN DEN BERG, *NYC*, s. 221-222. Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmasının tarafları eğer tacir ise tacirin basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle, genel atfın kabul edilmesi gerektiği ve taraflar daha önce genel atıfla tahkim yargılaması yürütmüşse de, genel atfın yeterli kabul edilebileceği yönünde bkz. AYDEMİR, s. 406. İsviçre mahkemeleri tarafından, atıf halinde tahkim klozunun farkında olmaya önem verilmediği, tarafların irade beyanında bulunmak suretiyle imzaladıkları belgenin içeriğini bilmeleri önemli olmaksızın sonuçlarına katlanması gerektiği, tacirlerin zaten basiretli davranması gerektiği ve dolayısıyla geçerlilik için özel atfa gerek olmadığına hükmedildiği yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 172.

¹⁰⁶⁷Alman Medeni Usul Kanunu m. 1031/4 hükmünde, konişmentonun taşıma sözleşmesine özel atıf yapması gerektiği düzenlenmiştir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 68; EKŞİ, *Incorporation*, s. 55-56). Benzer şekilde, Alman hukukuna göre, taşıyan ve konişmento hamili bakımından tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için atfın açık olması ve konişmento hamilinin durumun mahiyetini anlayabilmesi gerektiği yönünde bkz. ÜLGNER, s. 614. Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 2/8 hükmünde de, konişmentolarda tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması, özel olarak düzenlenmiştir (<https://sso.agc.gov.sg/act/iaa1994?ProvIds=P12-#pr2A->).

edilmektedir¹⁰⁶⁸. Dolayısıyla, konişmentoyu ciroyla devralan hamilin, taşıyan ve taşıtan arasındaki taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim klotuyla bağılı kabul edilmesi bakımından tarafların tahkim iradeleri tartışma konusu yapılabilir. Bu konudaki tartışmalar, yapılan atfın niteliğı, sözleşmenin taraflarının tacir olup olmaması ve sözleşmenin standart sözleşmelerden olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşulları, tahkim iradesinin tespitinde doğrudan etkili olmaktadır. Örneğın, İsviçre Federal Mahkemesi, taşıyıcının senelerdir iş yaptığı bir yükletenin doldurduğu konişmentoda yer alan tahkim klotunu arkasındaki diğeri genel koşullar dahil olmak üzere kabul ettiğine iyiniyetle inanma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir¹⁰⁶⁹.

Yapılan atfın niteliğı bakımından Türk hukukunda, konişmentoda tahkim klotuna özel atf yapılması, tahkim anlaşmasının kurulabilmesi bakımından bir şart olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷⁰. Bu kapsamda, hamilin konişmentonun devri esnasında, taşıma sözleşmesindeki tahkim klotunun varlığını tereddütsüz anlaması gerektiğı ifade edilmektedir¹⁰⁷¹. Öte yandan, Türk hukukunda, taşıma sözleşmesine genel atf

¹⁰⁶⁸MATHEUS LÓPEZ, s. 90.

¹⁰⁶⁹Tribunal fédéral (Federal Tribunal), *Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, 16.01.1995, Kararın resmî olmayan çevirisi için bkz. newyorkconvention1958.org; MBAYE Kéba: “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, Kasım 1999, s. 98–99; HOUTTE, s. 4; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 691, dn. 293; ESEN, *Teşmil*, s. 26.

¹⁰⁷⁰ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65; ŞANLI, *Konışmento*, s. 774–779; İLHAN, s. 97–101; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 69. İngiliz hukukunda tahkim klotunun doğrudan konişmento metninde yer alması halinde ya da konişmentodan navlun sözleşmesine tahkim klotu da dahil olacak şekilde özel atf yapılması halinde, konişmento hamili tahkim klotuyla bağılı kabul edilmektedir. Öte yandan, konişmentodan navlun sözleşmesine yapılan genel atf halinde, bunun tahkim klotunu da kapsaması için konişmentoda yapılan atf dilinin, “klot” kelimesini içermesi ve navlun sözleşmesindeki tahkim klotunun konişmento ve şartlarına uygun olmasının gerektiğı yönünde bkz. ÜLGNER, s. 610–613. Hollanda hukukunda özel atf arandığı yönünde bkz. İLHAN, s. 94. ABD hukukunda da, konişmentodan çarter partiye özel atf yapılması ve konişmento hamilinin bu atıftan haberdar olması kriterlerinin arandığı yönünde bkz. İLHAN, s. 95. Öte yandan, ABD hukukundaki yaklaşımın, tahkim anlaşmasının sadece taraflarını bağıladığına dair bir kayıt yoksa, çarter partiye yapılan genel bir atfın yeterli kabul edildiğı şeklinde olduğu da belirtilmektedir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 68). Fransız hukukunda, genel atf halinde, konişmento hamilinin tahkim anlaşmasıyla bağılı tutulabilmesi için çarter partinin karşı tarafa verilmesi gerektiğı ve yükü teslim alarak taşıma sözleşmesinin tarafı haline gelen yük alıcısının, tahkim anlaşmasına da taraf olabilmesi için “özel onayının gerektiğı” yönünde bkz. İLHAN, s. 94. UNCITRAL Model Kanunu kapsamında, geçerli bir tahkim anlaşması akdetmek adına yapılacak en sağlıklı atf şeklinin, tahkim anlaşmasının konişmento metnine dahil edilmesi iradesinin, atıftan anlaşılacak şekilde açık olarak metne yansıtmak olduğu yönünde bkz. İLHAN, s. 93–94.

¹⁰⁷¹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 69; EKŞİ, *Incorporation*, s. 117; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65; ŞANLI, *Konışmento*, s. 777. Ülgner’e göre, Türk hukukuna göre, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim anlaşmasının konişmento hamilini bağılaması için “hamilin konişmentoyu devralması sırasında bunun metninden herhangi bir tereddüte yer bırakmayacak bir şekilde tahkim sözleşmesinin bulunduğunu anlayabilmesi” gerekmektedir (ÜLGNER, s. 615). Tahkim klotu sadece konişmentolarda değil; genel anlamda ticari bir senette yer alıyorsa, ilgili kişilerin senetteki tahkim anlaşmasını görerek kabul, ciro

yapılan hallerde ise zımni tahkim iradesi kabul edilmeyebilir¹⁰⁷². Zira bu ihtimalde konişmentoyu devralan hamilin, taşıma sözleşmesindeki tahkim klozunun farkında olup olmadığını tespit etmek zordur. Bununla birlikte yapılan atıf genel nitelikte olsa da sözleşmenin taraflarının sıfatı göz önünde tutulduğunda, tahkim anlaşmasının ticari bir teamül haline geldiği uluslararası deniz ticareti alanında, genel atıf halinde dahi, zımni tahkim iradesinin varlığının kabul edilmesi aşırı bir yorum teşkil etmeyecektir¹⁰⁷³. Benzer bir görüşe göre de, özellikle basiretli tacirlerin söz konusu olduğu ticari ilişkilerde, esas sözleşmenin parçası haline getirilmek amacıyla tahkim klozu içeren herhangi bir belgeye atıf yapılması, tahkim anlaşmasının kurulması için yeterlidir ve atıf yapmanın, ilgili belgeyi sözleşmeye aktarma iradesi olduğu gözetildiğinde, özel olarak tahkim iradesinin belirtilmesine gerek yoktur¹⁰⁷⁴. Dolayısıyla, somut olayın koşulları ve dürüstlük kuralı kapsamında, atıf yapılan belgede tahkim klozu olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği söylenebilen tarafın, zımni tahkim iradesinin bulunduğu kabul edilebilecektir¹⁰⁷⁵. Kanaatimizce de, konişmentolar da dahil olmak üzere tarafları tacir olan sözleşmeler bakımından, özel atıf şartı aranmasına gerek yoktur. Nitekim basiretli tacir kavramı kapsamında ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü olan tacirlerin, sözleşmede yer alan veya sözleşmenin atıf yaptığı tüm hükümlerin bilincinde olarak sözleşmesel ilişkiye girdiği kabul edilmektedir. Hatta konişmentoda atıf yapılan sözleşme, taraflar arasındaki ticari

veya aval gibi hukuki işlemleri yaptıklarından hareketle, tahkim klozunun senedi imzalayanları bağlayacağı yönünde bkz. KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1034.

¹⁰⁷²ÜLGENER, s. 615.

¹⁰⁷³MTK m. 4/3 hükmü uyarınca, Türk hukuku uygulanıyor ve genel atıf mevcut ise tahkim anlaşmasından haberdar olma odaklı değerlendirme yapılması gerektiği, basiretli tacirlerin de atıf yapılan belgeyi inceleme yükümlülükleri olduğunun kabul edilebileceği ya da belirli sektörlerde faaliyet gösteren tacirlerin, ilgili sektörde özel olarak kullanılan tip sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarını bildiklerinin ya da bilmeleri gerektiğinin kabul edileceği, tacirlerin söz konusu olmaması halinde ise bu kimselerin tahkim klozunun varlığından haberdar olmasının makul olduğu durumların dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 51-52. Taraflar arasında uzun zamandır mevcut ticari ilişkilerin varlığı ve içinde tahkim klozu bulunan standart sözleşmenin taraflarca daha önceden kullanıldığı ya da bu standart sözleşmenin tahkim klozu içerdiğinin kabul edilmesinin olağan olduğu hallerde, standart sözleşmeye yapılan atıf tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulduğu anlamına gelecektir (ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 251; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65; ŞANLI, *Konişmento*, s. 774-775). Tacirlerin özen yükümlülüğü sebebiyle, atıf yapılan belgede tahkim klozunun varlığını bilip bilmemelerinin önemli olmadığı yönünde bkz. KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1038-1040. Öte yandan, *Esen*'e göre, tahkim klozundan haberdar olunduğunun ortaya konulması yeterli değildir. Nitekim, tahkim iradesinin tereddütsüz şekilde zımnen beyan edildiği, ancak iradeyi gösteren davranışların, esas sözleşmeye değil, tahkim anlaşmasına yönelik olduğu hallerde kabul edilebilir (ESEN, *Teşmil*, s. 132).

¹⁰⁷⁴TÖRE, s. 272; YENER KESKİN, s. 265.

¹⁰⁷⁵ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 50-51. Tacirlerin bütün ticari faaliyetlerinde göstermesi gereken özen yükümlülüğü sebebiyle, milletlerarası ticari sözleşmeyi imzalayan tacirin bu sözleşme içinde atıf yapılan diğer tüm belgeleri de inceleme yükümlülüğü olduğundan, bu sözleşmelerin itiraz edilmeden imzalanması halinde, atıf yapılan belgede mevcut tahkim anlaşması da dahil tüm kayıtlar ilgili kişileri bağlayacaktır (KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1038).

ilişkilerde rutin olarak kullanılan standart bir sözleşme ise, tahkim iradesi tartışılan tarafın bu iradesinin olmadığını iddia etmesi nerdeyse imkânsız hale gelecektir. Benzer bir sonuç, üçüncü kişi hamil haricinde taşıyan ve taşıtan bakımından da tartışılabilir. Nitekim, taşıyanın ve taşıtanın taşıma sözleşmesi akdetmeden doğrudan konişmento düzenlediği ve o konişmentoda tahkim klozu içeren standart sözleşmelere genel atıf yaptığı senaryo için de tarafların tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilir. Yargıtay da yerinde bir şekilde konişmentolardan charter partiye yapılan genel atfı yeterli görmektedir¹⁰⁷⁶.

Tahkim anlaşmasının doğrudan konişmento metninde yer alması da mümkündür¹⁰⁷⁷. Bu ihtimalde Yargıtay, tahkim klozuyla bağlı olmak istemeyen tarafa, konişmentodaki tahkim klotunu çizerek konişmentoyu ciro etme şeklinde, aktif bir davranış yükümlülüğü yüklemektedir¹⁰⁷⁸. Örneğin, Yargıtay 11. HD.'nin eski tarihli bir kararında, konişmentoya tahkim klozu eklenebileceği, hamilin klozu kabul etmediği halde, tahkim klotunu çizerek konişmentoyu ciro etmesi gerektiği, çizerek ciro etmezse tahkim klotunun hamili bağlayacağı belirtilmiştir¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla hamilin, konişmentonun devri esnasında tahkim klotunun varlığını anlaması ve buna rağmen susması zımni tahkim iradesi olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁸⁰. Zira TBK m. 6

¹⁰⁷⁶EKŞİ, *Incorporation*, s. 115; ARSLAN İbrahim/AYDIN Sevgican: “Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Ocak 2013, s. 135; İLHAN, s. 99-100. Örneğin, Yargıtay 11. HD., 02.05.2012 tarihli ve 2012/5132 E., 2012/7052 K. sayılı kararında, genel atıf yeterli görülmüştür. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Mahkemece, 04.03.2011 tarihli konişmentonun önyüzünde 18.02.2011 tarihli charterpartiye atıf yapıldığı ve yine charterpartinin atıf yaptığı sözleşmenin 37. maddesi uyarınca uyuşmazlıkların hallinde Londra’da oluşturulacak hakem heyetinin görevli olduğunun belirtildiği, TTK’nun 1110. maddesinde taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ihtilaflarda konişmentonun esas tutulacağı hükme bağlandığı, davacıya gönderilen ve konişmentoya göre teslim alınan malların millileştirilmesinin yapıldığı, bu durumda davacı tarafça konişmentonun kullanıldığı açık olup konişmento ile birlikte kullanılacak charterparti hükümlerinin de artık davacı için bağlayıcı hale geldiği, bu charterpartide mevcut tahkim klotuna göre taraflar arasındaki uyuşmazlığın Londra’da oluşturulacak hakem heyetince çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle, davalının tahkim itirazının kabulü ile davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. HD., 02.05.2012 tarihli ve 2012/5132 E., 2012/7052 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Öte yandan, özel atıf halinde tarafların tahkim klozuyla bağlı olacağı yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., 21.10.2003 tarihli ve 2003/3623 E., 2003/9639 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

¹⁰⁷⁷ARSLAN/AYDIN, s. 131-132; SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 50.

¹⁰⁷⁸EKŞİ, *Incorporation*, s. 110-111; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 69-70; ARSLAN/AYDIN, s. 131-132; TÖRE, s. 97; İLHAN, s. 71. Yargıtay’ın, konişmentodaki tahkim klotunu kabul etmeyen hamilin bunu çizerek ciro etmesi gerektiğine dair görüşünün, tahkimin istisnai niteliğiyle uyumlu olmadığı yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 173-174.

¹⁰⁷⁹Yargıtay 11. HD., 13.03.1998 tarihli ve 1997/9447 E., 1978/17043 K. sayılı kararı, Karara ilişkin bilgi için bkz. KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1037; ESEN, *Teşmil*, s. 172, dn. 689. Aynı yönde verilen başka kararlar için bkz. SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 50, dn. 68.

¹⁰⁸⁰Devralanın çekince koymamasının, tahkim iradesini ortaya koyduğu yönünde bkz. SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 50. Bir başka görüşe göre, konişmento hamilinin tahkim klotundan haberdar olması sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi,

hükmü ve Yargıtay'ın hamile yüklediği aktif davranış yükümlülüğü kapsamında, aksi yönde bir iradesi varsa susmaması gereken üçüncü kişi hamil susarsa, tahkim anlaşmasıyla zımni tahkim iradesinin varlığı sebebiyle bağlı kabul edilecektir¹⁰⁸¹.

Türk hukukunda, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması senaryosu, konişmentolar özelinde ayrıca düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, TTK kapsamında, taşıyan ve hamil arasındaki hukuki ilişkilerde konişmento esas teşkil ettiğinden, hamil, her ne kadar konişmentoyu imzalamamış olsa da, kanuni düzenlemeler gereği, konişmentoyu tesellüm etmekle hükümleriyle bağlı hale gelmektedir. Zira TTK m. 1237/1 hükmünde, taşıyan ile konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkilerde konişmentonun esas alınacağı düzenlenmiştir. Aynı hükmün üçüncü fıkrasında ise konişmentodan yolculuk charterine yapılan bir atfın varlığı halinde, konişmento devredilirken charter partinin bir suretinin de yeni hamile ibrazı gerektiği ve charter partide yer alan hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde konişmento hamilini de bağlayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, sadece buna uygun devir halinde tahkim klotunun yeni hamili bağlayacağı ifade edilmekte¹⁰⁸² ve hamilin, konişmentoda atıf yapılan taşıma sözleşmesindeki tahkim klotuyla bağlı olmadığını ileri süremeyeceği belirtilmektedir¹⁰⁸³. Bu değerlendirme, doğrudan kanun hükmü kapsamında yapıldığından irade araştırması yapılmamaktadır. Dolayısıyla TTK kapsamında taşıyan ve hamil arasındaki hukuki ilişkilerde konişmento esas teşkil ettiğinden, konişmentoyu tesellüm etmekle hükümleriyle bağlı hale gelen hamilin, tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması noktasında temel gerekçe, kanun hükmü olduğundan ve irade araştırması yapılmadığından, tipik bir teşmil durumunun varlığı söz konusudur. Buradaki nüans, hamilin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesinin gerekçesinde

tahkim anlaşmasının farazi irade beyanıyla kurulduğunun kabulü anlamına gelir; ancak, varılan bu sonuç kabul edilmemelidir. Varılan bu sonucu, hamilin charter partiyi görmüş olması, benzer sözleşmeleri daha önce kullanmış olması veya charter partinin taraflar arasında yaygın uygulama olması da değiştirmeyecektir (ESEN, *Teşmil*, s. 173).

¹⁰⁸¹Benzer bir görüş, grup şirketler doktrini bağlamında İsveç hukukunda kabul edilmiştir. Buna göre, İsveç hukukunda, zımni rıza ve grup şirketler doktrini kabul edilmese de, itiraz etmeyen üçüncü kişinin bu itirazını diğer taraflara bildirme yükümlülüğü olduğundan, sessizliğinin tahkim anlaşmasına zımni rıza sayılacağı yönündeki görüş için bkz. YILMAZ, s. 92.

¹⁰⁸²ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 65-66. Benzer şekilde, TTK m. 1237/2 hükmüne göre, charter partinin bir örneğinin konişmentoyla birlikte hamile ibrazı gerektiğinden, bu koşul gerçekleşmezse charter partide yer alan tahkim klotunun konişmento hamiline karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 50.

¹⁰⁸³KALPSÜZ, *Tahkim*, s. 1035-1037. Bu konuda yazarın atıf verdiği kararlarda tahkim anlaşmasını çizerek ciro etme yükümlülüğüne dahi atıf mevcut değildir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda konişmento hamilinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı değerlendirmesinin, çeşitli Yargıtay kararlarında ilgili uluslararası sözleşmeler incelenmeden doğrudan Türk hukukuna göre belirlenmesine yönelik eleştirisi için bkz. ÜLGNER, s. 604.

kendini göstermektedir. Dolayısıyla, hamilin zımni tahkim iradesinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin, konişmentonun devrine rağmen tahkim klozu içeren çarter partinin bir suretinin devredilmemesi halinde hâlâ yapılabileceği kabul edilmelidir¹⁰⁸⁴. Konişmentoyla birlikte taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi hamile ibraz edilmediği hallerde, hamilin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi açısından, çarter partiye özel atıf yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁸⁵. Ayrıca, TTK m. 1237/3 hükmünde yer alan “*nitelikleri elverdiği ölçüde*” ibaresinin, konişmentoda yer alan tahkim klotunu kapsamadığı sonucuna varılırsa da, zımni tahkim iradesine yönelik değerlendirmelerin mümkün olacağı söylenebilecektir.

Konışmentolar özelinde tahkim anlaşmasının varlığının değerlendirildiği bir diğer Yargıtay kararında¹⁰⁸⁶ hukuki problem, tahkim anlaşmasının sigortalı konişmento hamilini ve sigortacıyı bağlayıp bağlamadığı noktasında toplanmıştır. Somut uyuşmazlıkta konişmentonun ön yüzünde çarter partiyle birlikte kullanılacağı ve arka yüzünde çarter partinin tahkim klozu da dahil, tüm hükümleriyle geçerli olduğu kaydı yer almaktadır. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına özel atıf vardır. Yargıtay’a göre, malın alıcısı olan sigortalı, konişmentoyu ciroyla devralıp bunu ibraz ederek yükü teslim alma amacıyla kullandığında, tahkim klozu dahil konişmento şartlarıyla bağlı hale gelmektedir. Kararda ayrıca TTK m. 1472 hükmünde düzenlenen halefiyet ilkesi gereğince sigortacının da tahkim klotuyla bağlı olacağı¹⁰⁸⁷ ve konişmentonun arka yüzündeki özel atfın taşıyanın açık tahkim iradesi olduğu vurgulanmıştır. Son olarak Yargıtay, konişmentoya özel atıf yoluyla eklenen tahkim klotuyla bağlı olmadığını ileri sürme hakkının konişmento hamiline tanındığını, hamilin kendini bu klotla bağlı gördüğü durumda, tahkim klotunun geçersizliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce,

¹⁰⁸⁴Yargıtay’ın TTK m. 1237 hükmünün devreye sokulmasını, çarter partinin bir suretinin verilmesi şartına bağlı tuttuğuna ilişkin karar örnekleri için bkz. Yargıtay 11. HD., 29.11.2017 tarihli ve 2016/8794 E., 2017/6687 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 19.09.2017 tarihli ve 2016/1662 E., 2017/4494 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 10.01.2018 tarihli ve 2016/13105 E., 2018/146 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁰⁸⁵ARSLAN/AYDIN, s. 137. TTK m. 1237 hükmü kapsamında yolculuk çarteri sözleşmesindeki tahkim klotunun konişmento hamiline karşı ileri sürülebilmesi için çarter partinin konişmento ekinde olması gerektiği, çarter parti konişmento ekinde yer almazsa konişmento hamilinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olabilmesi için özel atfın gerektiği yönünde bkz. YENER KESKİN, s. 266-267; TÖRE, s. 99.

¹⁰⁸⁶Yargıtay 11. HD., 22.09.2022 tarihli ve 2021/5125 E., 2022/6217 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Halefiyet prensibi kapsamında, konişmentoda imzası olmayan sigortacının tahkim anlaşmasına taraf olduğu yönünde verilen benzer karar örnekleri için bkz. İLHAN, s. 67-69.

¹⁰⁸⁷Yargıtay’ın halefiyet prensibini uygulayarak sigortacıyı tahkim klozu ile bağlı tuttuğu kararlarda, sigortacının, zarar verenle veya zarar verenin sigortacıyla ortak tahkim iradesinin varlığının araştırılmadığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 14.

konişmentoda özel bir atfin varlığı halinde tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen hamilin aksi yöndeki iradesini açık bir şekilde ifade etmesi gerekmektedir; ancak, özel atıf söz konusu olduğunda bu yöndeki iradesini beyan etmeyen hamilin açık tahkim iradesinin olduğu görüşüne iştirak etmemekteyiz. Bu senaryoda da tahkim iradesi somut olayın koşulları kapsamında değerlendirildiğinden, bu değerlendirme neticesinde pozitif bir sonuca varılmasıyla olsa olsa zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir.

Son olarak, konişmentonun devri meselesine benzer şekilde, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1031/2 hükmünde, tahkim anlaşmasının bir tarafça diğer tarafa veya üçüncü bir tarafça her iki tarafa gönderilen bir belgede yer alması ve bu belgeye itiraz edilmemiş olması halinde, ticari teamüllere göre sözleşmenin parçası olarak kabul edileceği ve bu halde şekil şartı eksikliğinin söz konusu olmayarak geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulacağı düzenlemiştir¹⁰⁸⁸. Bu hüküm, tahkim anlaşması ile bağlı kabul edilmek istemeyen kişiye, itiraz etme yükümlülüğü yüklemektedir¹⁰⁸⁹. Aslında bu durumda, kişi susarak ortaya koyduğu zımni iradesiyle bağlı kabul edilmekte ve ilgili düzenleme, yazılı tahkim teklifinin zımni kabulünde şekil şartının gerçekleşmesini sağlamaktadır¹⁰⁹⁰. Öte yandan, Yargıtay'ın doğrudan konişmentoda yer alan tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen üçüncü kişi hamilin, tahkim anlaşmasını çizerek konişmentoyu ciro etmesi gerektiği yönündeki içtihadı bir kenara bırakılırsa, Türk mevzuatında böyle bir kanuni düzenleme olmadığından, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen tarafın aktif bir edim yükümlülüğü olduğu söylenemez. Dolayısıyla benzer bir senaryo söz konusu olduğunda, açık veya zımni tahkim iradesi ve tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği değerlendirmeleri, Türk ve Alman hukuklarında farklı sonuçlar doğurabilecektir.

¹⁰⁸⁸https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 805; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 66; EKŞİ, *Incorporation*, s. 55-56; ESEN, *Teşmil*, s. 23. Bu hükümde, muhatabın reddetmemesi halinde tahkim anlaşmasının tek tarafı olarak kurulduğunun kabul edildiği yönünde bkz. BLESSING Marc: "The Law Applicable to the Arbitration Clause", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, s. 174.

¹⁰⁸⁹ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 66. Alman Medeni Usul Kanunu m. 1031/2 hükmüne göre, tahkim anlaşmasına hemen itiraz edilmediği takdirde bunun tahkim anlaşmasının zımni kabulü anlamına geleceği ve bu doğrultuda Alman kanunlarının tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen tarafa açık bir şekilde ret yükümlülüğü öngördüğü yönünde bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 278.

¹⁰⁹⁰BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 706; YILMAZ, s. 204, dn. 966.

6. Bağlantılı Sözleşmeler

Zımnî tahkim iradesinin, ilgili başka bir sözleşmenin imzalanmasından çıkarılabileceği ve bu kapsamda yapılacak analizin, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması değerlendirmelerine paralel olacağı söylenebilir¹⁰⁹¹. Örneğin, garanti sözleşmelerinde, garantörün zımnî tahkim iradesini belirlemek için en sık kullanılan yöntem, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulmasıdır¹⁰⁹².

Öte yandan, sözleşmeler zincirinde sadece bir sözleşme tahkim klozu içerebileceği gibi, sözleşmelerin birden fazlası da tahkim klozu içerebilir. Sözleşmeler zincirini başlatan temel sözleşmenin tahkim klozu içerdiği durumlarda, örneğin, esas sözleşmede yer alan tahkim klotunu, alt yüklenicilik sözleşmesine dahil etmek yönünde tarafların iradelerini ortaya koymak için *back-to-back* niteliğindeki bir sözleşmenin varlığı yeterli kabul edilebilir¹⁰⁹³.

Bununla birlikte, sözleşmeler zincirinde tahkim klozu içeren birden fazla sözleşmenin varlığı ve bu sözleşmelerin birbiriyle uyumsuz tahkim klotları içermesi halinde, zımnî irade beyanının varlığını kabul etmek zorlaşabilir¹⁰⁹⁴. Kanaatimizce de, tahkim klotlarının tamamen veya büyük oranda uyuşması halinde, zımnî tahkim iradesinin tespiti çok daha kolay olacaksa da¹⁰⁹⁵, tahkim klotlarının birbirinden ciddi derecede farklı olması ihtimalinde, zımnî tahkim iradesinin hangi tahkim anlaşması

¹⁰⁹¹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429-1430.

¹⁰⁹²YİĞİT, s. 85. Bununla birlikte, garanti sözleşmesi ancak tahkim klozu dahil olmak üzere esas sözleşmenin hükümlerini içeriyorsa atıf hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1461. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, garantinin bağımsız bir yükümlülük olmasından hareketle, sadece ayrı bir garanti sözleşmesi akdeden hâkim şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu kabul etmediği; bağlı olabilmesi için garanti sözleşmesinin ayrı bir tahkim klozu içermesi veya esas sözleşmedeki tahkim klotuna atıf yapması gerektiğine, bunların yokluğu halinde ise garanti veren kişinin tahkim iradesini beyan etmesine veya iyiniyetli borçlunun garanti veren kişinin davranışlarını tahkim iradesi olarak yorumlaması gerektiğine karar verdiği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*, s. 54-55; VOSER, s. 171.

¹⁰⁹³Bu karar ve aynı yönde verilen diğer karar örnekleri için bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429, dn. 121. Sözleşmeler zincirini başlatan temel sözleşmedeki tahkim klotunun varlığının bilinmesinin makul olabileceği durumlarda, tahkim anlaşmasının mevcut olmadığı yönündeki itiraz haklı kabul edilebilir; ancak, dürüstlük kuralı gereği, tahkim klotunu bilmesi kendisinden makul olarak beklenen kişilerden olan tacirler, bu şartı açıkça hariç tutmadıkları sürece, tahkim klotunu temel sözleşmeyle birlikte zımnen kabul etmiş sayılır. Örneğin, devredilen inşaat işinin konusunun ve amacının aynı olması ve alt sözleşmelerin homojen olması halinde, standart inşaat sözleşmelerinde yer alan tahkim klotundan alt-alt-alt yükleniciler de makul olarak haberdar olabileceğinden, bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olacakları kabul edilebilir (YILMAZ, s. 261-265).

¹⁰⁹⁴HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 6.

¹⁰⁹⁵Bir inşaat projesinde, çerçeve ve uygulama sözleşmelerinde aynı tahkim klotunun yer almasının, tarafların uyumsuzlukların birlikte görülmesine zımnî rıza gösterdiği ve bu konuda hakemlere örtülü yetki verdikleri şeklinde yorumlanabileceği yönünde bkz. YILMAZ, s. 259.

bakımından kabul edileceğine ilişkin belirsizliğin çözülmesi kolay bir hukuki problem teşkil etmediğinden, tahkim iradesinin olmadığı sonucuna varılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

7. Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları

Zımni tahkim iradesi, grup şirketler doktrini haricinde şirketler hukuku ve tahkim hukuku ilişkisi bağlamında da tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda, şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim maddesinin üçüncü kişileri bağlaması ve şirket birleşmelerinde zımni tahkim iradesi meseleleri tartışılabilir¹⁰⁹⁶.

Doktrinde, şirket esas sözleşmesinin şekli bir hükmü niteliğindeki tahkim klotunun, yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davalarında işlerlik kazanmasının sadece ilgili yönetim kurulu üyelerinin açık tahkim iradesiyle mümkün olacağı belirtilmektedir¹⁰⁹⁷. Öte yandan, *X v. Système U* davasında¹⁰⁹⁸, Fransız mahkemeleri, prensipte, kooperatif şirketinin tüzüklerinde veya iç yönetmeliklerinde yer alan tahkim maddesinin sadece kooperatifin ortaklarını bağlayacağına karar vermekle birlikte, iç yönetmeliklerin ilgili tarafların, kooperatife ortak sıfatına sahip her şirket ile onların sahipleri, yöneticileri, müdürleri, hissedarları ve şirket temsilcilerinin olduğunu belirttiği durumlarda, bu kişilerin bu kurallara ve özellikle de tahkim anlaşmasına bağlı olmayı zorunlu olarak kabul etmiş sayıldıklarına karar vermiştir. Kanaatimizce, ilgili tüzüğün veya iç yönetmeliğin hazırlanmasında iradesi olmayan kişilerin, tahkim anlaşmasıyla zorunlu olarak bağlı olduğu kabul edilmemelidir; aksi takdirde, iradenin değerlendirilmediği tipik bir teşmil durumu söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, bu kararın birkaç ay öncesinde, bu kararda atıf yapılan hükme benzer bir hüküm içermemesine rağmen, şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim maddesinin şirketin hissedarı olmayan kişiler üzerinde de bağlayıcı olduğu kabul

¹⁰⁹⁶Örneğin, birleşme ve devralma halinde, iradenin önceliklendirilmesi gerektiği ve somut olayda gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinin koşullarının yorumlanması kapsamında zımni iradenin de tahkim anlaşmasının kurulmasında kabul edilebileceği yönünde bkz. AĞAOĞLU, s. 212-215, 294-296.

¹⁰⁹⁷AYOĞLU, *Sermaye Şirketleri*, s. 75; KELEŞ GÜVEN, s. 1153, dn. 86.

¹⁰⁹⁸Cas., 1st Civ. Ch., 22 Oct. 2008, JCP, G 2008, I, 222, para. 2, obs. J. Ortscheidt, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 78, dn. 242.

edilmiştir. Bu davada, *Albert Abela Corporation* adlı holdingin hissedarları olan aile vakıfları arasında uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Holding esas sözleşmesine göre, şirketin ömrü boyunca veya tasfiye döneminde, hissedarlar ile şirket arasında veya hissedarların kendi aralarında ortaya çıkabilecek tüm uyuşmazlıklar tahkim yargılamasına tabidir. Daha sonra taraflar arasında çıkan uyuşmazlık çerçevesinde, vakıflardan biri diğeri, iki azınlık hissedarı ve davalı vakfın arkasındaki üç kişi aleyhine bir tahkim yargılaması başlatmıştır. Bu üç kişi, hissedar olmadıkları ve bu nedenle tahkim anlaşması ile bağlı olmadıkları yönünde itirazda bulunmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi ise bu üç kişinin davalının vakfı altında holdingin gerçek çoğunluk hissedarları olarak davrandıkları sırada, şirketin işleyişine ve tasfiyesine müdahale etmeleri ve tahkim anlaşmasının farkında olmamalarının imkânsız olması sebepleriyle, tahkim anlaşmasını zımni olarak kabul ettiklerine karar vererek itirazı reddetmiştir¹⁰⁹⁹. Bu uyuşmazlığın bir önceki karardan temel farkı, somut olayın koşulları değerlendirilerek zımni tahkim iradesinin tespit edilmesidir.

Şirket birleşmeleri bakımından açılacak sorumluluk davalarına ilişkin, birleşme sözleşmesinde tahkim klozu olması halinde, ortakların yöneticiler aleyhine açabileceği sorumluluk davalarında, tahkim klotunun üçüncü kişileri bağlaması zımni tahkim iradesi bağlamında düşünülebilir. Bu doğrultuda, birleşme sözleşmesinin tarafları birleşen şirketler olsa da, üçüncü kişi olan ortak ve yöneticilerin zımni tahkim iradesi tartışılabilir. Ancak *Sarıkaya*'ya göre, zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasına yönelik olmalıdır ve esas sözleşmeye yönelen ifa hareketleri tahkim iradesi olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim şirket esas sözleşmesi ve tahkim anlaşması nitelik itibarıyla birbirinden farklı olup hukuken bağımsızdır. Dolayısıyla birleşme sözleşmesi, bizzat davalı yönetici tarafından organ sıfatıyla hazırlanarak uygulanmış ve genel kurulda da davacı ortak onaylamışsa da tahkim anlaşmasının bu üçüncü kişiyi bağladığı kabul edilmemelidir. Zira devlet mahkemelerinin yargı yetkisinin bertaraf edilmesi, açık irade beyanı veyahut hiçbir tereddüt bırakmayacak şekilde ifaya yoğun katılım gibi davranışlarla mümkün kabul edilmelidir. Sadece tahkim anlaşmasının varlığını bilmek yetmemelidir. Özellikle ortakların birleşme sözleşmesini külli olarak onaylaması da ortakların tahkim anlaşmasına yönelen açık irade beyanı olmadığını göstermektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu

¹⁰⁹⁹ *Joseph Abela Family Foundation v. Albert Abela Family Foundation et Autres*, Paris Court of Appeal, 1st Ch., 22 May 2008, 2008 Rev. Arb. 730 and note François-Xavier Train, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 78-79, dn. 244.

hallerde, sadece tarafların tahkim anlaşmasına yönelik tereddütsüz davranışları ispat edildiğinde tahkim klotuyla bağlı kabul edilmeleri gerekmektedir¹¹⁰⁰. Özellikle yöneticilerin tahkim iradesi bakımından, yöneticiler organ sıfatıyla hareket ederek şirket adına işlem yürüttüklerinden, akdedilen tahkim anlaşmasının kural olarak sadece şirketi bağlayacağı söylenebilecektir¹¹⁰¹.

8. Devletin veya Devlet Birimlerinin Dahil Olduğu Uyuşmazlıklar

Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla zımni irade beyanları kapsamında bağlı kabul edilebilmesine ilişkin tartışmaların, devlet veya devlet birimleri bakımından da yapılabileceğini belirtmiştik¹¹⁰². Özellikle, bir devlet biriminin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasıyla devletin bağlı kabul edilmesi, devletin zımni tahkim iradesinin var olup olmadığı tartışmalarına sebep olabilir¹¹⁰³. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, devletin zımni tahkim iradesinin var olduğunun kabul edilmesi, özellikle devletin esas sözleşmeden doğan edimleri ifa etmesi veya bu edimlerin ifasında önemli bir rolünün olması gerekçeleriyle izah edilmektedir. Nitekim esas sözleşmenin ifası halinde, zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri, tıpkı diğer kişiler gibi devletler bakımından da yapılabilir¹¹⁰⁴. Böylece devletin zımni tahkim iradesinin varlığı, devletin kendi hukukundaki ehliyet hükümlerine dayanarak tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmekten kurtulmasını engellemektedir¹¹⁰⁵. Bu noktada, devletin zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmasına taraf olması, ehliyetsiz olduğu iddia edilen taraftan bağımsız bir şekilde kabul edilmelidir. Aşağıda aktarılan senaryolarda, devletin veya

¹¹⁰⁰SARIKAYA Sinan: “Türk Ticaret Kanunu’nda Öngörülen Birleşme Davalarında Tahkim”, Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 2 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2021, www.lexpera.com, s. 93-96. Türk şirketler hukuku mevzuatı bağlamında üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına ilişkin detaylı bir değerlendirme için bkz. ACUN MEKENGECİ Merve: “Türk Şirketler Hukukundaki Bazı Durumlarda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 1, Nisan 2019, s. 1 vd.

¹¹⁰¹SARIKAYA, *Birleşme Davaları*, s. 93-96.

¹¹⁰²Devletin ve devlet birimlerinin tahkim iradelerinin, tahkim anlaşmasının varlığı aleyhine ileri sürebileceği ehliyetsizlik iddiası ile ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. “Devletin veya Devlet Birimlerinin Ehliyet Sorunu” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹¹⁰³Devletin zımni tahkim iradesine ilişkin değerlendirmeler, somut olayın koşullarına göre devlet birimlerinin zımni tahkim iradelerine ilişkin de yapılabilecektir.

¹¹⁰⁴PETROCHILLOS Georgios: “Chapter 6. Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatory States or State Entities: Does it Raise a Difference?”, Multiparty Arbitration (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, C. 7, Kluwer Law International, 2010, s. 121.

¹¹⁰⁵Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “Devletin veya Devlet Birimlerinin Ehliyet Sorunu” başlığı altındaki açıklamalarımız.

devlet biriminin ehliyetinin olup olmadığından ziyade, devletin veya devlet biriminin tahkim iradesinin zımni de olsa dış dünyaya tezahür edip etmediği tartışılmaktadır.

Tahkim anlaşmasının taraflarından birisinin kamu tüzel kişisi olması halinde, bağlı olduğu devletin de tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesi, “*tahkim anlaşmasına yönelik rızanın kişi bakımından kapsamını*” ilgilendirmektedir¹¹⁰⁶. ICC kararlarında, imzacı olmayan bir devletin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasına karar verilirken, ilgili devletin esas sözleşmenin müzakeresi, kurulması, ifası veya feshi gibi aşamalarında yer aldığı açıkça gösterildiği belgelerin dosyaya sunulmasının gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰⁷. ICC Tahkim Divanı, devleti bu şekilde tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmaya mesafeli yaklaşmakta ve tarafları sadece tacir olan uyuşmazlıklara kıyasen daha güçlü deliller aramaktadır¹¹⁰⁸. Dolayısıyla milletlerarası alanda faaliyet gösteren tacirler arasındaki uyuşmazlıklar için tahkim yargılaması olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilse de, hakemlerin yaklaşımı tahkim anlaşmasının bir tarafı devlet veya devlet birimleri olduğunda değişmektedir¹¹⁰⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, herhangi bir üçüncü kişi bakımından yapılan değerlendirmelerin, tahkim iradesi tartışılan potansiyel tarafın devlet olması sebebiyle farklı ele alınması makul gerekçelere dayanmamaktadır¹¹¹⁰. Nitekim, devlet ya da devlet birimlerinin, tahkimin öznesi olduklarında, milli hukukları kapsamındaki ayrıcalıklarından vazgeçerek, kişi bakımından herhangi bir tacir ve tarafı oldukları uyuşmazlıklar bakımından ise herhangi bir milletlerarası ticari uyuşmazlık muamelesi görmeyi kabul ettikleri söylenebilecektir¹¹¹¹.

Bir devlet birimi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla devletin bağlı kabul edilmesi çok çeşitli gerekçeler kapsamında tartışılmışsa da¹¹¹², çalışmamız bakımından önem arz eden, devletin zımni tahkim iradesinin varlığına hükmedilen veya hükmedilmese de zımni tahkim iradesi gerekçesinin de benimsenebileceği

¹¹⁰⁶SILVA-ROMERO, s. 135.

¹¹⁰⁷SILVA-ROMERO, s. 136.

¹¹⁰⁸SILVA-ROMERO, s. 137.

¹¹⁰⁹Bu yaklaşımın, devletin veya devlet birimlerinin tahkim yargılamasındaki taraf statüsüne karar verilirken, kamu menfaatinin etkisini devam ettirdiğini gösterdiği yönünde bkz. SILVA-ROMERO, s. 135-136, 138.

¹¹¹⁰Esen, ICC Tahkim Divanı tarafından sergilenen bu yaklaşıma katılmamaktadır. Yazara göre, üçüncü kişi tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulacaksa, üçüncü kişinin devlet olması halinde, hukuken gerekçelendirildiği takdirde, durum farklı değerlendirilmemelidir. Nitekim kamu menfaatini sağlamak, mahkemelerin ya da hakemlerin görevi değildir (ESEN, *Teşmil*, s. 276).

¹¹¹¹SILVA-ROMERO, s. 115.

¹¹¹²Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 256-277.

kararlardır. Örneğin, Türkmenistan devletinin hâkimiyetindeki bir şirketin akdettiği tahkim anlaşmasıyla, Türkmenistan devletinin de bağlı kabul edildiği 9058 sayılı ICC kararında¹¹¹³, tespit yönteminden hareketle devletin zımnî tahkim iradesinin incelendiği söylenebilecektir¹¹¹⁴. Nitekim ilgili kararda, *joint venture* sözleşmesi dahil hiçbir sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, Türkmenistan devletinin *joint venture* kurulmadan önceki ve sonraki davranışları yorumlanmak suretiyle tahkim iradesi tespit edilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle *joint venture* sözleşmesinin müzakereleri ve bu sözleşmenin özellikle Türkmenistan devletinin projede yer aldığını gösteren hükümleri incelenmiş ve daha sonra *joint venture* sözleşmesi sonrası Türkmenistan devletinin sözleşmeye yönelik hareketleri kapsamında Türkmenistan devletinin sözleşmesel ilişki kapsamında menfaati tespit edilmiştir¹¹¹⁵. Hakem heyeti, sözleşmenin devletin sözleşmeye doğrudan katılımını gerektiren birtakım vergi düzenlemeleri veya devlet altyapısının kullanımı gibi hükümler içermesinden ve devlet çıkarlarının sözleşmeyle bütünleşmesinden hareketle, devletin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna hükmetmiştir¹¹¹⁶. Hakem heyeti, sözleşmenin diğer tarafının bu yükümlülüklerin, devlet tarafından yerine getirileceğine dair meşru bir beklentiye sahip olduğunu tespit etmiş ve devletin sadece kendisinin ifa edebileceği

¹¹¹³*Bridas SAPIC, Bridas Energy International Ltd and Intercontinental Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turkmenistan and Concern Balkanbebtgazsenagat*, ICC Case No. 9058/FMS/KGA, First Partial Award, 25.06.1999, Karara ilişkin bilgi için bkz. ROSENBERG George: “State as a Party to Arbitration”, Arbitration International, Oxford University Press, C. 20, S. 4, Aralık 2004, s. 394–396. Kararın tam metni için ayrıca bkz. jsumundi.com. *Bridas SAPIC* ile Türkmenistan hükümeti tarafından petrol arama ve üretim faaliyetlerini yürütmek üzere bir ortak girişim kurmakla görevlendirilen devlet birimi *Production Association Turkmengeologia* arasında akdedilen *joint venture* sözleşmesinden doğan bir diğer uyuşmazlığa ilişkin verilen 9151 sayılı ICC kararda, devletin, her ne kadar ticari faaliyetlerde bulunsada da, bilinçli bir şekilde sözleşmeye taraf olmamayı tercih ettiğinden, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığına karar verilmiştir (*Joint Venture Yashlar and Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, ICC case No. 9151, Mealey’s International Arbitration Report, Document 05-011026-020A, 16(10) Int.’l Arb. Rep. 6 (2001), Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, s. 138-139).

¹¹¹⁴Hakem heyeti, tarafların *joint venture* kurulmadan önceki ve sonraki davranışlarını, verilen taahhütlerde oynadığı rolü ve sözleşme sonrası davranışlarını inceledikten sonra, davacıların müzakere sürecine ilişkin iddialarını, Türkmenistan’ın tahkim iradesinin kabulü açısından yeterli görmüştür. Karara ilişkin bilgi için bkz. ROSENBERG, s. 394–396; ESEN, *Teşmil*, s. 270-272.

¹¹¹⁵ESEN, *Teşmil*, s. 270-272. Devletlerin, karşı tarafta yarattığı haklı güven sebebiyle, devlet birimi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasına taraf olmadıkları yönündeki iddialarının, dürüstlük kuralı sebebiyle kabul edilmediği yönünde bkz. SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 91-92. Devlete ait bir şirketin taraf olduğu bir tahkim yargılamasında, tahkim anlaşmasının devleti de bağladığı sonucuna varıldığı örnek karar için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tenfiz*, s. 18, dn. 63.

¹¹¹⁶PETROCHILLOS, s. 127; HANOTIAU, s. 135. Devletin sözleşme konusu projenin yürütülmesinde oynadığı baskın rol, özellikle sözleşmenin konusu olan araziye devletin sahip olması ve çeşitli devlet kurumlarının ve bakanlıklarının projeye esaslı katılımı çerçevesinde, devletin de tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği bir karar örneği için bkz. HANOTIAU, s. 142-143. Pakistan devletinin tahkim iradesinin tartışıldığı *Dallah v. Pakistan* kararında tahkim anlaşmasında imzası olmayan bir tarafın tahkime dahil edilmesinin, somut olayın şartları kapsamında, özellikle de devletin temel sözleşmede ve ardından gelen uyuşmazlıkta güçlü bir şekilde yer aldığı durumlarda, adalet kaygıları kapsamında mümkün olacağı belirtilmektedir (BREKOUOLAKIS, *A General Theory*, s. 633-634).

yükümlülüklerden kaçamayacağı gerekçesiyle, bu meşru beklentiyi tahkim iradesi olarak yorumlamıştır¹¹¹⁷.

Devletin zımni tahkim iradesinin, özellikle esas sözleşmenin akdi ve ifası aşamalarına esaslı ve aktif katılımı çerçevesinde yorumlandığı bir diğer uyuşmazlık, *Dallah v. Pakistan* kararında ele alınmıştır. Bu uyuşmazlığa ilişkin verilen hakem kararı, İngiliz Yüksek Mahkemesi ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulması konusunda zıt sonuçlara ulaşmasına sebebiyet vermiştir¹¹¹⁸. Dava konusu olayda, *Dallah* ve Pakistan, Suudi Arabistan'da, Mekke'ye gidecek Pakistanlı hacılar için konut sağlama konusunda bir niyet mektubu imzalamıştır. Daha sonra taraflar arasında tahkim yeri Paris olan bir tahkim klozu içeren sözleşme akdedilmiştir. *Dallah* ile Pakistan arasında yapılan müzakerelerin ardından, Pakistan, *Dallah* ile sözleşme yapmak üzere bir *Trust* kurmuştur. Pakistan ne anlaşmayı ne de tahkim klotunu imzalamasına rağmen, belirli üyeleriyle, inşaat projesinin ifasında ve yönetiminde çeşitli şekillerde aktif olarak yer almıştır. *Trust*'ın sona erdiği bir aşamada, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü için *Dallah*, tahkim klozu uyarınca tahkim anlaşmasını imzalamayan Pakistan'a karşı Paris'te tahkim yargılaması başlamıştır.

Başlatılan bu tahkim yargılamasında, hakem heyeti tarafından, Pakistan'ın tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu yönünde verilen kararı takiben, Pakistan tarafından Fransa'da iptal davası açılırken, *Dallah* tarafından da İngiltere'de tenfiz davası açılmıştır¹¹¹⁹. Fransa'da açılan iptal davasında Fransız mahkemeleri hakem kararının yerinde olduğuna karar vermişse de, hakem heyetinin ve Fransız mahkemelerinin aksine, İngiliz Yüksek Mahkemesi, Pakistan'ın esas sözleşme ve tahkim klotuna taraf olmadığı gerekçesiyle verilen kararın tenfizi talebini reddetmiştir¹¹²⁰. İngiliz Yüksek

¹¹¹⁷PETROCHILLOS, s. 127; HANOTIAU, s. 135.

¹¹¹⁸*Dallah v. Pakistan* uyuşmazlığına ilişkin verilen çelişkili devlet mahkemesi kararlarının, tahkim anlaşmaları için adeta uyarlanan kurgusal irade kavramının eksiklikleri ve mevcut teoriler kapsamında imzacı olmayan üçüncü kişilere yönelik tutarlı yaklaşımın yokluğu şeklinde iki temel sorunu ortaya koyduğu yönünde bkz. BREKOULAKIS, *A General Theory*, s. 623. Zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde, somut olayın fiili ve hukuki koşullarının titiz bir şekilde analiz edilmesi gerektiği ve aynı olaya dayalı iki farklı ve çelişkili kararın verildiği *Dallah v. Pakistan* kararında olduğu gibi bu şekilde zıt sonuçlar doğurmayacak şekilde bir değerlendirme yapmanın önemli olduğu yönünde bkz. MATHEUS LÓPEZ, s. 84.

¹¹¹⁹*Dallah v. Pakistan* (İngiliz mahkemeleri tarafından verilen kararın açık atfı için dn. 196'ya bakınız). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. YILDIRIM DEVELİOĞLU, s. 323; BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 193-195.

¹¹²⁰HANOTIAU, s. 140-142. Devletin bir devlet birimini yabancı bir yatırımcıyla sözleşme yapmak üzere görevlendirmesi, devletin otomatik olarak, sözleşmenin tarafı veya tahkim yargılamasına tabi

Mahkemesi, Pakistan'ın niyet mektubunun tarafı olmasına ve esas sözleşmenin ifasıyla beraber *Trust* lehine garanti sağlamasına dayanarak, tahkim anlaşmasını zımni irade beyanıyla kabul ettiği yönündeki hakem kararına katılmamıştır¹¹²¹. Bu karardan hareketle, bir kişinin sözleşmeye dahil edilmemesinden, o kişinin sözleşmesel ilişkiden kasıtlı olarak dışlanması iradesinin anlaşılması ve açık tahkim iradesi aranması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir¹¹²².

İngiliz mahkemeleri tarafından incelenen tenfiz davasında, Fransız hukukunun konuya ilişkin tutumunu gösteren ve dosyaya sunulan raporda bilirkişiler, Fransız hukuku uyarınca yapılması gereken değerlendirmenin, üçüncü kişi ve tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olanlar dahil olmak üzere, tahkim yargılamasının tüm taraflarının, esas sözleşmeyle ve tahkim klotuyla bağlı olmak konusunda, açık ya da zımni ortak tahkim iradelerinin somut olayın tüm koşulları kapsamında tespiti olduğunu ortaya koymuşlardır. Bu amaçla esas sözleşmenin müzakereleri, ifası ve feshi aşamalarına tüm tarafların ortak katılımı ve davranışları dikkate alınmaktadır. Esasen tahkim anlaşmasının tüm potansiyel taraflarının ortak tahkim iradeleri aranırken, tarafların her birinin objektif davranışları aracılığıyla, subjektif iradeleri tespit edilmektedir. Bu kapsamda, öncelikle imzacı olmayan kişinin esas sözleşmenin ifasına dahil olup olmadığı ve daha sonra tahkim klotunun varlığından ve kapsamından haberdar olduğunun tespitiyle, tahkim klotunu kabul edip etmediği iyiniyet prensibi ışığında değerlendirilmektedir¹¹²³.

olduğu anlamına gelmeyeceği; devlet birimi ayrı tüzel kişiliğe sahipse ve devlet sözleşmede taraf olarak belirtilmemiş veya sözleşmeye imza atmamışsa, aksi bir sonuca varmanın güç olduğu yönündeki İngiliz mahkemesi kararı için bkz. *Svenska Petroleum Exploration AB v. AB Geonфта and the Republic of Lithuania*, [2006] EWCA 1529, 13.11.2006, prg. 81 (*Svenska v. Geonфта*). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. HANOTIAU, s. 129-131.

¹¹²¹Lord Collins, dosyada devletin esas sözleşmenin ve dolayısıyla tahkim klotunun gerçek tarafı olduğuna ilişkin davranışlarını gösteren yeterli delil olmadığını; hatta sözleşmeyi imzalayanların *Dallah* ve *Trust* olduğunu ve tahkim klotunun da bu ikisi arasındaki ihtilaflara ilişkin olduğunu belirtmiştir (*Dallah v. Pakistan*, prg. 145). *Dallah v. Pakistan* kararında, İngiliz hukukuna göre, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bir birimin, devlet tarafından sahip olursa, kontrol edilse veya denetlense de, devlet adına değil, kendi adına bir tahkim anlaşması yaptığı yönündeki varsayımın kesin olduğunun vurgulandığı yönünde bkz. PETROCHILLOS, s. 126.

¹¹²²PETROCHILLOS, s. 126. Örneğin, *Svenska v. Geonфта* kararında, uyuşmazlık konusu, İsveçli bir şirket ile Litvanya devletine ait *Geonфта* arasında akdedilen sözleşmeydi ve bu sözleşmede, devlete ait hak ve yükümlülükler açıkça düzenlenmiş ve sözleşme metninde, devletin sözleşmeyi onayladığına ve sözleşmeyle kendisini bağlı kabul ettiğine dair açık ifadeler yer almaktaydı (*Svenska v. Geonфта*, prg. 26-29). Devletin kendi kamu hukuku kurallarına uygun şekilde beyan ettiği, açık ve kesin bir tahkim iradesi varsa tahkim yargılamasının tarafı olabileceği ve kendi devlet birimi üzerindeki sıkı kontrolünün, devleti tahkim anlaşmasına taraf yapmayacağı yönünde verilen bir hakem kararı örneği için bkz. HANOTIAU, s. 133-134.

¹¹²³*Dallah v. Pakistan*, prg. 17-19. İsviçre Federal Mahkemesi, 2019 tarihli bir kararında, maddi hukuka ilişkin yükümlülük ile hakemlerin yargılama yetkisi arasında bir ayırım yapmış ve devletin kamu iştirakinin tamamını finanse etmediğini ve devletin mali denetim yapan organının sözleşme

Devletin zımni tahkim iradesine ilişkin verilen 2007 tarihli 15113 sayılı bir diğer ICC kararında¹¹²⁴, A şirketi ile Z devletinin üçte birinden fazlasına sahip olduğu X şirketi arasında akdedilen demir cevheri işletme sözleşmesinin feshi nedeniyle başlatılan bir tahkim yargılamasında, hakem heyeti Z devletinin de sözleşmenin tarafı olduğuna ve dolayısıyla tahkim klotuyla da bağlı olduğuna karar vermiştir. Devlet, sözleşmenin tarafı olarak belirtilmese de, sözleşme, devlet adına ve hesabına bakanlık tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır. Özellikle devletin sözleşmenin tarafıymış gibi davranması, sürekli olarak sözleşmenin müzakereleri ve ifasına katılması ve fesih kararında doğrudan belirleyici bir rol oynaması gibi durumlara atıf yapılarak, devletin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar verilmiştir. Örneğin, ulusal kanunlara göre, sözleşmeye taraf olan idarenin sözleşmenin tek taraflı feshi yönünde karar aldığı hallerde, sözleşmenin diğer tarafına bir miktar tazminat ödemesi gerektiğinden; devlet bakanı, sözleşmenin feshinden bir gün önce, X şirketine, A şirketine yapılacak tazminat ödemesine ilişkin öneride bulunmuştur. Dolayısıyla devlet, A'nın tazminat hakkını kabul ederek, sözleşmenin tarafı olduğunu zımnen kabul etmiştir. Ayrıca, tıpkı 9058 sayılı ICC kararında Türkmenistan devletinin esas sözleşmeye yönelik iradesinin değerlendirildiği örnekte olduğu gibi, X şirketi, sözleşmede devletin katılımı olmadan yerine getirilemeyecek önemli yükümlülükler üstlenmiş ve sözleşmenin icrası aşamasında genel olarak bakanlık talimatlarına uygun hareket etmiştir¹¹²⁵.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, devlet ile yatırımcı arasında yapılmış bir çerçeve sözleşmeyi takiben, bir devlet birimiyle aynı yüklenici arasında yapılan ek sözleşmedeki tahkim klotuyla, aynı ekonomik faaliyetten doğan uyuşmazlıkların tek bir yargılamada görülmesine yönelik zımni iradesinin varlığı sebebiyle, devlet de bağlı kabul edilebilir¹¹²⁶. Nitekim Piramitler Davası olarak bilinen 3493 sayılı ICC kararında¹¹²⁷, yabancı bir yatırımcı ile bir Mısır devlet birimi arasında, otel işletmeciliği için akdedilen bir sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasıyla, Mısır

görüşmelerine katılmadığını belirtmiş; sözleşmenin ifasına esaslı katılım olmadıkça ve bu katılım tahkim anlaşmasının kabulü anlamına gelmedikçe devletin tahkim yargılamasına taraf olamayacağını kabul etmiştir (İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_636/2018, 24.09.2019, Karara ilişkin bilgi için bkz. YILMAZ, s. 230).

¹¹²⁴Karar yayımlanmamıştır, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, s. 126-127.

¹¹²⁵HANOTIAU, s. 126-127.

¹¹²⁶STEFANO Carlotte: "Arbitrating with States and State-Owned Enterprises: Extension of the Scope of the Arbitration Agreement and Enforcement of Awards on State Assets", (ed. ZIADÉ Nassib G.) BCDR International Arbitration Review, 2022, s. 289-290.

¹¹²⁷*Southern Pacific Property (Middle East) Ltd v. The Arab Republic of Egypt*, ICC Case No 3493, Award, 16 February, International Legal Materials, vol. 22 (1983) p. 752, Karara ilişkin bilgi için bkz. STEFANO, s. 289-290; PETROCHILLOS, s. 124.

devletinin de bağılı olduğu sonucuna varılmıştır. Turizm Bakanlığı'nın sözleşmeye yönelen iradesi, tarafların imzalarının yanına iliştirilmiş olan bakanlık mührü altında yer alan, “*onaylandı, kabul edildi ve tasdik edildi*” ibaresinden çıkarılmıştır. Öte yandan, Paris İstinaf Mahkemesi, özel hukuk bakımından tahkim iradesi ile idare hukuku bakımından sözleşmeye verilen onay arasında ayırım yapılması gerektiğini vurgulayarak bu kararı iptal etmiştir¹¹²⁸.

Bilindiği üzere, idari sözleşme niteliğini haiz kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle idare açıdan büyük maddi külfetler doğuracak kamu hizmetleri, özel kişiler vasıtasıyla yerine getirilmektedir. Dolayısıyla yap-işlet-devret modeli¹¹²⁹ gibi büyük maliyetli kamu imtiyaz sözleşmeleri bakımından, yatırımcıların devletlerin siyasi ve politik dalgalanmalarından ve devlet yargı sisteminin yavaşlığından ve muhtemel taraflılığından korunmak amacıyla, tahkim yargılamasına yöneldiği gözlemlenmektedir¹¹³⁰.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmasa da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan yetki ve sorumluluklara sahip olup aynı zamanda sözleşmeden menfaat elde eden üçüncü kişi konumundaki kamu idaresinin durumu, sözleşmenin maddi hukuk boyutu bakımından, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi anımsatmaktadır¹¹³¹. Bu şekilde hükümler içeren sözleşmenin tarafı olmayan kamu idaresi, aslında üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehdarı konumundadır¹¹³². Dolayısıyla, esas sözleşmede yer alan tahkim klozu açısından bu gibi hallerde kamu idaresinin zımni tahkim iradesine ilişkin yapılacak inceleme, “*Üçüncü Taraf Lehdar*” başlığı altında varılan sonuçlar ile paralel olarak yapılabilir. Turkcell, Ulaştırma Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Telekomünikasyon Kurumu arasında, tıpkı bu

¹¹²⁸CA Paris, 12 July 1984, République Arabe d’Egypte v. Southern Paci c Properties (SPP) [1986] Rev. Arb. 75, Karara ilişkin bilgi için bkz. PETROCHILLOS, s. 124; STEFANO, s. 289-290; HANOTIAU, s. 124; YILMAZ, s. 213, dn. 1011.

¹¹²⁹Türk hukukunda, yap-işlet-devret modeline sahip sözleşmeler bakımından tahkim yargılaması imkânının sağlanması serüveninin geçirdiği aşamalara ilişkin bilgi için bkz. GÜNEŞ, s. 422-423.

¹¹³⁰YILDIZ, s. 280; GÜNEŞ, s. 409; TAN Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”, Amme İdare Dergisi, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3. Türk hukuku bakımından, 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG., T. 18.06.1984, S. 18435 (Mükerrer)) m. 4/2 hükmü kapsamında, kamu iktisadi teşebbüslerinin, ilgili Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu düzenlendiğinden, kamu iktisadi teşebbüslerinin tahkim anlaşmasının tarafı olabileceği kabul edilmektedir (TAN, s. 10; GÜNEŞ, s. 419-420).

¹¹³¹İNANÇ Mehmet/AVCI Fatih: “İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 5, Haziran 2024, s. 70-71.

¹¹³²İNANÇ/AVCI, s. 70-71.

şekilde tasarlanmış bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlık ICC nezdinde başlatılan tahkim yargılamasında incelenmiştir. Bu uyuşmazlığa konu imtiyaz sözleşmesine göre, şirketlerin brüt gelirlerinin belirli bir kısmı hazine payı olarak imtiyaz sözleşmenin tarafı olmasa da, alacağın doğruluğunu denetleme ve alacağı takip etme yetkisini haiz Hazine Müsteşarlığı'na ödenmekteydi. Dolayısıyla bu sözleşmesel ilişkide Hazine Müsteşarlığı aslında lehdar statüsüne sahipti. Bu sözleşmesel ilişki çerçevesinde, hazine payından doğan uyuşmazlıklar bakımından, Hazine Müsteşarlığı'nın tahkim yargılamasındaki taraf statüsü değerlendirilmiştir. Hakem heyeti, sözleşmenin ifasında rol oynayan kişilerin, tahkim klozu dahil sözleşmenin hükümlerini bildikleri ve kabul etmiş sayıldıkları gerekçesiyle, Hazine Müsteşarlığı'nın tahkim yargılamasının tarafı olduğunu kabul etmiştir¹¹³³. Hakem heyetinin Hazine Müsteşarlığı'nı tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul ederken dayandığı gerekçelerine bakıldığında, Hazine Müsteşarlığı'nın esas sözleşmenin ifasında aktif rol oynanması, esas sözleşmeden doğrudan menfaat talep edilmesi, bu menfaati denetleme yetkisi ve bu menfaati elde etmesi birlikte düşünüldüğünde, aslında Hazine Müsteşarlığı'nın zımni tahkim iradesinin varlığının birden fazla gerekçeyle kabul edilebileceği söylenebilecektir.

B. Uyuşmazlık Sonrası Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi

Tahkim iradesinin hukuki uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra beyan edilmesi nadir olsa da¹¹³⁴, uyuşmazlık sonrası aşamada da, tarafların hakem heyetleri veya devlet mahkemeleri nezdinde sergiledikleri birtakım davranışlarının veya uyuşmazlık sonrasına ilişkin iletişimlerinin, zımni tahkim iradesi teşkil ettiği durumlar söz konusu olabilecektir. Nitekim tahkim anlaşmalarının kurulmasında zımni irade beyanı, bir önceki başlıkta, maddi hukuku ilgilendiren boyutuyla değerlendirilmişse de, yargılama sırasındaki birtakım davranışlar neticesinde zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulduğu kabul edildiğinde, bu kabulün yargılama hukuku boyutunu ilgilendiren yönü gözden kaçırılmamalıdır¹¹³⁵. Nitekim uyuşmazlık ortaya çıktıktan

¹¹³³CAVUŞOĞLU, Ahmet Erdinç, Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 189-194; HANOTIAU, s. 143-145. *İnanç/Avcı*'ya göre de, Hazine Müsteşarlığı'nın, imtiyaz sözleşmesine göre, uyuşmazlık konusu işlemleri tesis ettiği ve bu işlemlerin icrai nitelikte olduğu göz önünde tutulduğunda, bu sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu kabul edilebilir (İNANÇ/AVCI, s. 70-71).

¹¹³⁴ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 39; EKŞİ, *Incorporation*, s. 46.

¹¹³⁵Usul kanunlarında düzenlenen dürüstlük kuralı, yargılama esnasında da dikkate alınmaktadır. Nitekim kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duymasa da, HMK m. 29 hükmünde, "*Taraflar, dürüstlük*

sonraki aşamada, zımni tahkim iradesi, kimi durumlarda sessizlik kimi durumlarda doğrudan tahkim anlaşmasının ifası kapsamında tespit edilse de, her iki halde de tahkim iradesi, yargılamaya ilişkin birtakım davranışlar vasıtasıyla beyan edilmektedir. Dolayısıyla, uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının ifa edildiği aşama olan tahkim yargılamasını ilgilendirmektedir.

Bu çerçevede, bu başlık altında, tamamen yargılama hukuku boyutunu ilgilendiren taraf davranışları kapsamında zımni tahkim iradesi kavramı ele alınacak ve tahkim anlaşmasının ifası teşkil edebilecek hareketler öncelikle, tahkim yargılamasında ve devlet yargılamasında beyan edilen zımni tahkim iradesi şeklinde kategorilere ayrılarak incelenecektir. Bu incelemeden sonra, zımni tahkim iradesinin usuli bir haktan faydalanılmaması sebebiyle beyan edildiğinin kabul edilip edilemeyeceği ve her ne kadar tahkim yargılamasında beyan edilen zımni tahkim iradesi olarak kabul edilebilecek ifa hareketlerinden birisi olsa da, kendi içinde tartışmalı farklı meseleler içeren görev belgesinin imzalanmasıyla zımni tahkim iradesinin beyan edilip edilemeyeceği meseleleri, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

1. Tahkim Yargılamasında Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi

Esas sözleşmeden ziyade, doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketleri çerçevesinde de, tahkim anlaşmasının zımnen kabul edildiği çıkarımı yapılabilir¹¹³⁶. Bu noktada sorulması gereken ilk soru, tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketlerinin neler olabileceği ve bu ifa hareketlerinden hangilerinin ne gibi durumlarda zımni tahkim iradesi olarak kabul edilebileceğidir. Esasen, bu ifa hareketleri, tahkim yargılaması sırasında çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Keza zımni tahkim iradesinin tespiti, somut olayın koşulları ile yakından ilgili olduğundan, tahkim yargılamasına ilişkin tarafların davranışları her bir olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede, zımni tahkim iradesini gösterecek şekilde tahkim yargılamasına katılım bakımından kriter, somut olayın koşulları kapsamında değerlendirildiğinde,

kuralına uygun davranmak zorundadırlar.” düzenlemesi öngörülerek, yargılama hukuku boyutuyla da dürüstlük kuralı, Türk hukukunda açıkça kabul edilmiştir.

¹¹³⁶ ESEN, *Teşmil*, s. 32-33.

ilgili kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini dolaylı olarak gösteren ve doğrudan tahkim anlaşmasının ifası olarak nitelendirilebilecek davranışlarıdır. Bu davranışlar açısından zımni tahkim iradesinin kabulü bakımından temel eşik, aslında itiraz ileri sürmeksizin esasa ilişkin savunmaların yapılması noktasında aşılmaktadır. Esasa ilişkin savunmaların söz konusu olmadığı bir ihtimalde ise tahkim yargılamasına ilişkin yapılan başka herhangi bir usuli işlem, yorumlandığında diğer tarafta yaratılan ve korunmaya değer haklı bir güven¹¹³⁷ oluşturduğu sürece, zımni tahkim iradesi teşkil edecektir. Eğer doğrudan tahkim usulüne uygulanacak kurallar, hakemin yargı yetkisine itiraz edilebilecek bir usuli kesit öngörüyorsa ve bu usuli kesitte kişinin yetki itirazında bulunmamasına tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gibi bir sonuç bağlıyorsa, bu halde zımni tahkim iradesi kaynağını doğrudan kanundan alacaktır. Belirtmek gerekir ki, yetki itirazı için usuli kesit öngörülmesi halinde bu süre zarfında çekincesiz bir şekilde yapılan tahkim yargılaması işlemlerinin büyük bir olasılıkla uyuşmazlığın diğer tarafında tahkim anlaşmasının varlığı konusunda korunmaya değer haklı bir güven oluşturacağı söylenebilecektir.

Tahkim yargılamasında, taraf davranışlarıyla beyan edilen zımni tahkim iradesinin belki de en klasik örneği, esas sözleşmede geçerli bir tahkim klozu olmamasına rağmen, taraflardan birinin tahkim yargılaması başlatması veya aynı senaryoda, davalının da taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı yönünde itirazda bulunmayarak tahkim yargılamasına katılmasıdır¹¹³⁸. Durumun

¹¹³⁷Güven teorisinin, irade beyanlarının yorumlanması ve sözleşmenin kurulduğunun tespiti bakımından “*korunmaya layık haklı güveni*” esas aldığını ve güven teorisine göre irade beyanına anlam vermek ve irade beyanını değerlendirmek için muhatapça bilinmesi gereken veya bilinen tüm şartların, dürüstlük kuralı gereğince incelenerek, beyan muhatabının haklı güveninin korunduğu yönünde bkz. YHGK, 30.01.2013 tarihli ve 2012/670 E., 2013/171 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

¹¹³⁸ESEN, *Teşmil*, s. 22, 239-240; EKŞİ, *Incorporation*, s. 60-61; ŞANLI, s. 599-600; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 53-54; ŞİT Banu: “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 25-26, S. 1-2, 2005-2006, s. 417; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 347, dn. 195. Taraflardan birinin tahkim yargılamasına başvurması ve diğer tarafın bu hakkın varlığını, açık veya zımni olarak kabul etmesi, tahkim yargılamasının hemen öncesinde veya sırasında yazışma yoluyla gerçekleşebileceği gibi, tahkim yargılaması sırasında tarafların yazılı beyanları yoluyla, hakemlerin yargı yetkisine itirazda bulunmadan da meydana gelebilecektir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 692). Yazar, doğrudan zımni irade beyanı dememekle beraber, davalının tahkim anlaşması aleyhine itirazda bulunmayarak esasa dair savunmalar yapmasını, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine muvafakat etmesi olarak ifade etmiştir (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 240-241). Tahkim yargılamasına aktif katılım halinde, tarafların davranışlarından hareketle, tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanının varlığını kabul etmek gerektiği yönünde bkz. HANOTIAU, *Common Vision*, s. 551-552. MTK m. 4 hükmünün bu durumu düzenleyen kısmını *Özdemir Kocasakal* eleştirmiştir. Yazara göre, davacının dava dilekçesinde, davalıyla arasında yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı yönünde iddiası olmasa da, aleyhine başlatılan tahkim yargılamasına itiraz etmeyen davalının, zımni tahkim iradesi olduğu söylenebilir. Yazar bu konunun şekilden çok, tahkim iradesinin nasıl ifade edileceğiyle ilgili olduğunu

imzacı olmayan üçüncü kişiler bakımından görünümü ise başka bir tarafın tahkim klotunu kendisine karşı ileri sürmesine itiraz etmeyerek esasa ilişkin savunmalar yapılması halinde, bu kişilerin zımni tahkim iradelerinin kabulüdür¹¹³⁹. Zira tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini düzenleyen MTK m. 4/2 hükmünde “...*dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması...*”¹¹⁴⁰ ve 7/H-2 hükmünde “*Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır.*” demek suretiyle, susma yoluyla tahkim anlaşmasının kurulması mümkün kabul edilmiştir¹¹⁴¹. Susma, bir tür zımni irade beyanıdır. Dolayısıyla, geçerli bir tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen başlatılan bir tahkim yargılamasında, tarafların tahkim iradesi olarak değerlendirilebilecek davranışları karşısında, hakemlerin tarafları uyarma yükümlülükleri de olmadığı dikkate alındığında¹¹⁴², tahkim anlaşmasının varlığını inkâr etmeksizin tahkim yargılamasında yer alan kişi, bu şekilde beyan ettiği zımni tahkim iradesiyle bağlı olacaktır¹¹⁴³.

belirterek, MTK m. 4 hükmünde sadece dava dilekçesinde yazılı tahkim anlaşmasının varlığı iddiası karşısında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin kabulünün yerinde olmadığını belirtmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 48).

¹¹³⁹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 73.

¹¹⁴⁰Doktrinde yer alan bir görüşe göre, UNCITRAL Model Kanunu’nda hem devlet mahkemeleri hem hakem heyetleri önünde tahkim anlaşmasının varlığı iddiası düzenlenirken; MTK’de sadece devlet mahkemelerinde bu iddianın ileri sürülmesi ihtimali öngörülmüştür (İLHAN, s. 102). Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise, MTK’nin tahkim yargılamasında davacı tarafından iddia edilen tahkim anlaşmasına, davalının itiraz etmemesi halini de kapsamına alarak uygulanacağını savunmaktadır (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 240-241). Bununla birlikte, UNCITRAL Model Kanunu bakımından doktrinde yapılan eleştirilerden birisi, hakem heyetine sunulan iddia ve savunmaların hangi aşamada sunulan iddia ve savunmalar olduğunun belirsiz olmasına ilişkindir (İLHAN, s. 104). Nitekim, Hong Kong mahkemelerinde açılan davada mahkeme, UNCITRAL Model Kanunu’nun ilgili hükmünde iddia ve savunma beyanına ilişkin teknik, özel veya hukuki bir tanım mevcut olmadığından, dava öncesi yapılan yazışmaların “*iddia ve savunma beyanı*” teşkil edebileceğini belirtmiştir (*William Co. v. Chu Kong Agency Co. Ltd. & Anor*, [1993] H.K.C.F.I. 215, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 74). İlhan’a göre, UNCITRAL Model Kanunu m. 7/5 hükmünde hem dava hem cevap dilekçesi için tahkim anlaşmasının varlığı iddiasının ileri sürülmesi imkânı düzenlenirken; MTK kapsamında aynı imkân sadece dava dilekçesi bakımından düzenlenmiştir (İLHAN, s. 102).

¹¹⁴¹YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 276. HMK ve MTK’nin lafzından hareketle, tahkim anlaşmasının varlığının kabul edilmesinden ziyade, tahkim anlaşmasının varlığına itiraz edilmemesi hali düzenlendiğinden, susma halinde tahkim anlaşmasının varlığının kabul edildiği sonucu çıkmaktadır (İLHAN, s. 102-103).

¹¹⁴²AKINCI Ziya: “Tahkimde Yetki İtirazı”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, s. 52.

¹¹⁴³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 135; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 77. Hak ve fiil ehliyeti, kanunda emredici olarak düzenlenip taraf iradelerine tabi olmadığından, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti olmayan birinin tahkime katılması halinde, kural olarak ehliyetsizlik hukuki engeli ortadan kalmayacaktır ve “*tenfizle direnme hakkı*” varlığını koruyacaktır. Sadece tahkim yargılamasında ehliyetsizlik iddiasında bulunmayıp, ilk kez tenfiz davasında bu iddianın ileri sürülmesi halinde, bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönünde bkz. TANRIKULU, s. 124-125.

Örneğin, *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.* kararında da¹¹⁴⁴, tarafın tahkim yargılaması esnasındaki davranışlarına atıfla, zımni tahkim iradesi tespit edilmiştir. Bu kararda, taraflardan birisinin, komite ve avukat seçerek tahkim yargılamasına aktif olarak ve kendi rızasıyla katılmasının ardından, tahkim yargılamasının sonuçlarıyla bağlı olacağı kabul edilmiştir¹¹⁴⁵. Aslında *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.* kararında olduğu gibi, bir tahkim yargılamasında aksi beyanda bulunmaksızın savunma yapılması, zımni irade beyanının bir türü olan irade faaliyeti teşkil etmektedir. Zira tahkim anlaşmasına yönelik kabul iradesi, tahkim anlaşmasının ifa edilmesi suretiyle beyan edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, tahkim yargılamasında tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin cevap dilekçesi sunarak savunma yapmak şeklinde aktif bir davranış sergilendiğinde, zımni tahkim iradesinin varlığından söz edilebilecektir.

Yetkisiz temsilci tarafından imzalanan esas sözleşmede yer alan tahkim klotunun bağlayıcılığının değerlendirildiği ve Yargıtay 11. HD., 07.11.2024 tarihli ve 2023/6475 E., 2024/7846 K. sayılı kararıyla onanan, İstanbul BAM 14. HD. tarafından verilen, 29.09.2023 tarihli ve 2023/107 E., 2023/1522 K. sayılı oldukça güncel bir kararda¹¹⁴⁶, tahkim yargılamasında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmemesi ve esasa ilişkin savunmalar yapılmasının, tahkim anlaşmasının benimsendiğini gösterdiği, tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuka göre bir geçersizlik iddiasının söz konusu olmadığı, davalı şirketin esas sözleşmenin ifasına yönelik yazışmaları ve tahkim yargılamasında esasa dair ileri sürdüğü savunmaları kapsamında, sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı kabulünde dahi, örtülü olarak onanarak davalı bakımından bağlayıcı hale geldiği ve tahkim yargılaması sırasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini iddia etmeyen kişinin, tenfiz yargılamasında bu iddiada bulunmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Görüleceği üzere, bu şekilde farklı kriterlerin birleştiği durumlarda,

¹¹⁴⁴Bu kararda, dosya kayıtları kapsamında tespit edilen çeşitli davranışların, açık tahkim iradesi teşkil ettiği tespit edilmiştir. Açık tahkim iradesi teşkil eden bu davranışlara, tahkim yargılamasında temsilen bir komite seçilmesi, komite tarafından atayanlar adına tahkim masrafları için açılan banka hesabından para çekilmesi ve tahkim yargılamasında ilgili tarafı temsil edecek avukatın tayin edilerek savunmalar yapılması örnek verilmiştir (U.S. Court of Appeals Second Circuit, *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.*, 933 F.2d 1100, 22.05.1991, law.resource.org, prg. 13). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. EISEN, s. 42.

¹¹⁴⁵ESEN, *Teşmil*, s. 24; LAMM/AQUA, s. 725; DILEO, s. 50-51; EISEN, s. 43; HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 335.

¹¹⁴⁶İstanbul BAM 14. HD., 29.09.2023 tarihli ve 2023/107 E., 2023/1522 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. HD., 07.11.2024 tarihli ve 2023/6475 E., 2024/7846 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.lexpera.com.

zımni tahkim iradesinin varlığı çok daha kolay kabul edilecektir. Nitekim bu kararda hem uyuşmazlık öncesine hem de uyuşmazlık sonrasına ilişkin birtakım kriterlerin birlikte değerlendirilerek zımni tahkim iradesinin tespit edildiği bir durum söz konusudur.

Öte yandan, duruma göre, tahkim yargılaması devam ederken susmanın, zımni tahkim iradesi teşkil edip etmeyeceği tartışmalı hale gelebilir. Nitekim, davalının tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir itirazda bulunmaksızın, esasa dair savunmalar yapması ile tahkim yargılaması boyunca sessizliğini sürdürerek yargılamaya hiç katılmaması durumları, zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından birbirinden farklı iki durumu ifade etmektedir. İlk halde irade faaliyeti olarak zımni bir irade beyanının varlığı kabul edilebilecekse de, doktrinde de isabetle ifade edildiği üzere, ikinci halde tahkim yargılamasına hiç katılmayan davalının tahkim iradesinin mevcudiyetinden söz edilemez¹¹⁴⁷. Öte yandan, İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen ve Yargıtay 19. HD'nin E.2249/K.7219 sayılı ve 07.11.2002 tarihli yayımlanmamış kararıyla onanan, E.283/K.701 sayılı ve 12.6.2001 tarihli yayımlanmamış kararında, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmaları bakımından, davalının, karşı tarafça bildirilen tahkim yargılaması işlemleri ve iletilen sözleşmesel yazışmalar karşısında sessiz kalmasına rağmen, daha sonra tenfiz aşamasında tahkim klotunun şirketin yetkilisi tarafından imzalanmadığı gerekçesine dayanan itirazı, dürüstlük kuralına aykırı bulunarak reddedilmiştir¹¹⁴⁸. Benzer şekilde, Yargıtay 11. HD.'nin E. 2003/6774, K.

¹¹⁴⁷ AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 56. Tahkim yargılamasına katılmayarak hareketsiz kalınması halinde, davalı tarafından uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirme için hakem heyetine başvurulmadığı ve hakem heyetinin yetkisini tanımaya yönelik başkaca hareketlerin de mevcut olmadığı gerekçeleriyle, tahkim iradesinden söz edilemeyeceği yönünde bkz. TANRIKULU, s. 109-110.

¹¹⁴⁸ ESEN, *Teşmil*, s. 237. *Tanrıkulu* bu karara katılmamaktadır. Nitekim yazara göre, tenfiz davalısının tahkim yargılamasına katılmaması, tebligatlara cevap vermemesi veya hakem heyetiyle iletişim kurması, hakem heyetinin yetkisini kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, bu davranışın karşı taraf için korunmaya değer bir güven oluşturduğu da söylenemeyecektir (TANRIKULU, s. 172). Bu karara benzer şekilde verilen İstanbul BAM 45. HD., 07.06.2023 tarihli ve 2020/1570 E., 2023/910 K. sayılı kararında, ilk derece mahkemesi kararına dayanak olan ve istinaf mahkemesi kararında da özetlenen bilirkişi raporunda, tahkim anlaşmasının usuli bir sözleşme olduğu, esas sözleşmenin ifa edilmesi veya zımni kabul ile geçerli hale gelmesine rağmen, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, temsil olunanın tahkim iradesini beyan etmesine bağlı olduğu ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmeyen tarafın, tahkim anlaşmasını ifa etmesinin, tahkim anlaşmasını geçerli kılacağı belirtilmiştir. Raporda tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketlere, “*hakemlerden veya tahkim kurumundan gelen tebligata cevaben hakemini seçmiş olmak, tahkim yargılamasında kendini temsil edecek kişiyi bildirerek tahkim yargılamasına açık bir beyan ile katılmış olmak ve tahkim heyetinin yetkisini kabul etmek, örneğin cevap dilekçesi sunarak bu dilekçede yetki itirazında bulunmamak*” gibi örnekler verilmiştir. Bununla birlikte, tahkim yargılamasına katılmak suretiyle tahkim anlaşmasının ifası halinde, tenfiz yargılamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği de vurgulanmıştır. Sonuç olarak, bilirkişi heyeti, tahkim yargılamasında davalı şirket, davacıyla

2004/3751 sayılı ve 09.04.2004 tarihli güncel bir kararında¹¹⁴⁹, davalı tarafın tahkim yargılaması sırasında kendisine defalarca kez tebligat yapılmasına rağmen, tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazında bulunmamasından ötürü, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı kabulünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce, bu kararlarda ele alınan uyuşmazlıklar bakımından, tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde yapılan itirazlar, dürüstlük kuralına aykırı olmadığı gibi¹¹⁵⁰; benzer bir olayda, dayanılabilecek bir diğer gerekçe, tahkim anlaşmasının zımnen kabul edilmesi de olamaz. Nitekim, cevap verme yükümlülüğü altında olmayan bir tarafın, sonradan açılan bir tenfiz davasında, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı yönündeki itirazı, kanunun verdiği bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Esasen bu karar ile Yargıtay tahkim anlaşması ile bağlı kabul edilmek istemeyen tarafa, adeta aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğü yüklemiş gibi gözükse de, kimsenin kendi aleyhine başlatılan bir tahkim yargılamasına katılmak gibi bir yükümlülüğü olmadığından, yapılan tebligatlar karşısında sessizlik zımni tahkim iradesi olarak yorumlanmamalıdır¹¹⁵¹. Nitekim bu halde karşı tarafta

müzakereler yürüttüğünden tahkimin askıya alınması gerektiği, bu talep kabul görmezse cevaplarını sunmak için ek süre talep ettiği ve bunlar haricinde başka hiçbir usul işlemi bulunmadığı için, davalı şirketin tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul ettiğinin ileri sürülemeyeceği kanaatine varmıştır. Ancak aksi görüşte olan istinaf mahkemesi, tahkim yargılaması boyunca tüm aşamalardan haberdar olduğundan ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemi bilmesine rağmen, tüm süreç boyunca sessizliğini koruyarak herhangi bir itiraz ileri sürmediğinden, davalının tenfiz davasında tahkim anlaşması bakımından ehliyetsizlik iddiasında bulunmasının, dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir (İstanbul BAM 45. HD., 07.06.2023 tarihli ve 2020/1570 E., 2023/910 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

¹¹⁴⁹Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Ancak, her ne kadar davalı adına tahkim şartını da içeren sözleşmeyi imzalayan vekile verilen vekaletnamede tahkim şartı veya sözleşmesi imzalanma yetkisi mevcut değil ise de, davalı hakemde görülen davada kendisine defalarca yapılan tebligata rağmen tahkim şartının kendisi yönünden bu nedene dayalı olarak geçersiz olduğu yolunda bir itirazda bulunmamıştır. Şayet davalı hakem yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunsaydı o takdirde davacıya bu savunmayı yerinde görerek uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi cihetine gidecek veya da tahkim şartının geçerli olduğu yolunda bir tesbit davası açarak gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemiş olacaktı. Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır. Bu itibarla mahkemece yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmek gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., 09.04.2004 tarihli ve 2003/6774 E., 2004/3751 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. EKŞİ, *Temsilcinin Özel Yetkisi*, s. 137-138.

¹¹⁵⁰Esen, tahkim yargılamasına katılmayarak suskun kalmanın dürüstlük kuralı ile çelişmediğini belirtmektedir (ESEN, *Teşmil*, s. 240).

¹¹⁵¹AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 56; TANRIKULU, s. 106.

tahkim anlaşmasının geçerliliğine dair uyandırılan ve korunmaya layık haklı bir güvenden söz etmek de pek mümkün gözükmemektedir¹¹⁵².

Benzer şekilde, doktrinde yer alan bir görüşe göre de, tahkim anlaşmasının varlığının iddia edildiği bir dava dilekçesine karşılık cevap dilekçesi sunulmaması, HMK m. 128 hükmü uyarınca davanın inkârı anlamına geleceğinden, davalının tahkim anlaşmasını zımni olarak kabul ettiği sonucuna varılmamalıdır. Bununla birlikte aynı yazar, MTK’de tahkim anlaşmasının var olduğu iddiasına itiraz edilmemesi ifadesi kullanıldığından, sessizliğin de tahkim anlaşmasının kabulü için yeterli olduğu izleniminin doğduğunu kabul etmektedir¹¹⁵³. Yukarıdaki görüşümüzle paralel olarak kanaatimizce, MTK’nin uygulandığı tahkim yargılamalarında, cevap dilekçesinin sunulmaması halinde her ne kadar doğrudan uygulanamayacaksa da HMK m. 128 hükmünün temel mantığı kabul edilmeli ve aktif bir itiraz hali söz konusu olmasa da cevap dilekçesinin sunulmaması, davalının zımni tahkim iradesinin varlığı sonucu doğurmamalıdır. Kaldı ki, MTK m. 4/2 hükmünde de “*davalının verdiği cevap dilekçesinde*” demek suretiyle cevap dilekçesinin sunulmaması hali hükmün kapsamından açıkça dışlanmıştır.

Ayrıca kişinin, hakemin yetkisine ilişkin itirazını, esasa dair savunmalarla beraber cevap dilekçesinde de yapabileceği durumlarda, cevap dilekçesi sunmak için süre uzatımı talep etmesi ve yetki itirazına dair dilekçenin hazırlanması maksadıyla vekil tayin ettiğini hakemlere bildirmesi de zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilmemelidir¹¹⁵⁴. Nitekim bu hallerde, zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilebilecek bir şekilde tahkim yargılamasına katılımdan söz edilememektedir.

Öte yandan, tahkim yargılaması sırasında aleyhine yöneltilen taleplere karşı, çekince ileri sürmeksizin karşı dava açan kişinin, zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir¹¹⁵⁵. Bu durumda, esasa ilişkin savunmalar yapan tarafın, tahkim

¹¹⁵²TANRIKULU, s. 172.

¹¹⁵³İLHAN, s. 102-103.

¹¹⁵⁴AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 56-58. Öte yandan, “*tahkim yargılamasında kendini temsil edecek kişiyi bildirerek tahkim yargılamasına açık bir beyan ile katılmış olmak*”, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareket olarak kabul edilmiştir (İstanbul BAM 45. HD., 07.06.2023 tarihli ve 2020/1570 E., 2023/910 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

¹¹⁵⁵AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 59-62.

anlaşmasının olmadığını bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun kabulünden hareketle, bu yöndeki itirazların sonradan öğrenilmesi sebebiyle süresinde yapılmamış olması halinde reddi gerekeceği belirtilmelidir¹¹⁵⁶. Dolayısıyla hakemlerin yargılama yetkisine, doğru usuli zaman kesitinde itiraz etmemek ve yetki itirazında bulunmadan esasa ilişkin savunmalar yapmak, kişinin tahkim iradesini gösteren davranışlar olarak değerlendirilmelidir¹¹⁵⁷. *Akıncı* ise hakemlerin yetkisine itiraz edilmeden karşı dava açılması halinde tahkim iradesinin kabul edilebilmesi bakımından, davalının yetki itirazının hakem heyeti tarafından kabul edilmemesi durumunu hariç tutmuştur¹¹⁵⁸. Ayrıca, yetki itirazında bulunmadan davalının takas iddiasında bulunması ve hakem heyeti nezdinde, hakem kararı haline getirilmek suretiyle bir sulh anlaşmasının akdi gibi hallerde de tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir¹¹⁵⁹. Bu hallerde, tahkim iradesi, tahkim yargılaması gerçekleşirken hakem heyeti ve taraflar huzurunda doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketleriyle zımnen beyan edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının ifa edilmesine yönelik hareketlerden olup olmadığı tartışılan bir diğer durum, tarafların hakem seçimi yapmasıdır. Doktrinde bir görüş, tahkim anlaşmasına itiraz etmeksizin, hakemlerin seçilmesi gibi davranışların varlığı halinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı olunmadığı iddiasının kabul görmeyeceğini belirtmektedir¹¹⁶⁰. Dolayısıyla, davacının hakemini seçip davalıya bildirmesi üzerine, davalının da hakemini seçip davacıya bildirmesinin, tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketi olarak kabul edilerek, zımni tahkim iradesi teşkil edebileceği ifade edilmiştir¹¹⁶¹. Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararları mevcuttur¹¹⁶²; ancak, bu

¹¹⁵⁶AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 56.

¹¹⁵⁷AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 59-62.

¹¹⁵⁸AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 61.

¹¹⁵⁹AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 59-62

¹¹⁶⁰ESEN, *Teşmil*, s. 239-240; EKER AYHAN, *Üçüncü Kişi Lehdar*, s. 116-117. Davalının tahkim sürecindeki bu tarz hareketleri, tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler olarak değerlendirildiğinden, daha sonra tahkim anlaşmasının şekli ve maddi geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir (ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 424-427; ŞANLI, s. 599-600). Aksi yönde bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, s. 61.

¹¹⁶¹ESEN, *Teşmil*, s. 32-33. Hakemlerin yargılama yetkisine itiraz etmeksizin, hakem tayininin zımni tahkim iradesi teşkil ettiği yönünde bkz. ŞANLI, s. 600. Tahkim talebini alan davalının, tahkim anlaşmasına ilişkin herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin, hakem ataması içeren tahkim talebine cevap dilekçesi sunması halinde, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulduğu kabul edilmelidir (İLHAN, s. 254). Hatta Brezilya Yüksek Adalet Mahkemesi, davalının tahkim yargılamasına katılmasının, görüşlerini beyan etmesinin ve yeni hakem atama iradesini ortaya koymasının açık tahkim iradesi olduğuna karar vermiştir (Superior Court of Justice of Brazil, Special Court, Challenged Foreign Award No. 856-EX (2005/0031430-2), Rep. Justice Carlos Alberto Direito, 18.05.2005, RAM, a. 3, n. 06, Oct/Dec. 1999 at 228-237, Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 73-74).

¹¹⁶²Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 08.06.1966 tarihli ve E.1287/K.1951 sayılı kararında, davacının hakem seçimi üzerine, davalının da hakem seçimini davacıya bildirmesiyle, tahkim anlaşmasının kurulduğu

kararların bazılarında tahkim iradesi tespit edilirken tek gerekçenin kişinin hakem seçimi yapmış olmadığı, ayrıca tahkim yargılamasının aktif şekilde takip edilmesi olduğu da gözlemlenmektedir¹¹⁶³.

Doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkileri hakkında kendilerinin karar vereceği gerçeğinden hareketle, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu düşünen tarafın, hakem seçimine katılması zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilemez¹¹⁶⁴. MTK m. 7/H-2 hükmünde de, tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış

belirtilmiştir. Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 237, dn. 941; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 38, dn. 32; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 61. Yargıtay, davalı tarafın hakem ataması ve üçüncü hakemin seçimine katılması halinde, hakem kararından sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırı olacağına karar vermiştir (Yargıtay 23. HD., 12.12.2016 tarihli ve 2015/8611 E., 2016/5319 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). “hakemlerden veya tahkim kurumundan gelen tebligata cevaben hakemini seçmiş olmanın” Tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketlere örnek olduğu yönünde bkz. İstanbul BAM 45. HD., 07.06.2023 tarihli ve 2020/1570 E., 2023/910 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

¹¹⁶³“Davacı tarafın teleksle hakemi tayin ve tesbit etmesi üzerine davalı tarafı aynı yolla tayin edilen bu hakemi kabul ettiğini cevaben bildirmiş ve hakem nezdindeki davayı da taraf temsilcileri takip ve imzalı dilekçeler vermiş olmalarına nazaran tahkimnamenin mevcut olmadığına ilişkin temyiz itirazı yerinde görülmemiştir.” (Yargıtay 11. HD., 02.10.1979 tarihli ve 1979/3855 E., 1979/4351 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Yargıtay’ın bir başka kararında, davalının hakem seçerek yargılamaya katılması ve davayı takip etmesi halinde, “tahkim anlaşmasını benimsediğine” hükmedilmiştir (Yargıtay 19. HD., 26.01.1996 tarihli ve 6153/610 sayılı karar, Karara ilişkin bilgi için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 642). Bu konuda Yargıtay’ın yazılı tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen, hakem seçimi veya tahkim yargılamasını takip halinde, tahkim anlaşmasının kurulduğunu kabul ettiği diğer karar örnekleri için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 48, dn. 34. *Ertekin/Karataş* ise bu kararlara, yazılılığın geçerlilik şartı olmasından ötürü katılmamaktadır. Yazara göre, hakem seçimi veya tahkim yargılamasının takibi, şekil eksikliğini gidermemektedir. Hatta bu halde, şekle aykırılık iddiası iyiniyet prensiplerine aykırılık oluşturmamaktadır (ERTEKİN/KARATAŞ, s. 60-61). Benzer şekilde, tahkim yargılaması sürecinde tarafların itirazda bulunmaksızın yargılamayı sürdürmesi halinde, esas bakımdan geçerli bir tahkim anlaşması kurulsa da, bu tahkim anlaşmasının NYK kapsamında öngörülen yazılılık şartını sağlamadığına karar verilebileceği yönündeki görüş için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 241; WOLFF, *Article II*, s. 107; VAN DEN BERG, *NYC*, s. 196; TANRIKULU, s. 111-112. Öte yandan, *estoppel* doktrininin, NYK m. II/2 şartlarını geçersiz kılan ve aynı zamanda NYK’nin özünde yer alan temel bir hukuk ilkesi olduğundan, hakem heyetinin atanmasında aktif rol alınması veya devlet mahkemelerinde tahkim ilk itirazında bulunulması halinde, NYK m. II/2 kapsamında öngörülen yazılılık şartının yerine getirilmediği savunmasında bulunulamayacağı ve fakat aksi yönde devlet mahkemesi kararlarının da olduğu yönünde bkz. VAN DEN BERG, *NYC*, s. 182-185. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, tarafların belge teatisi ile tahkim yargılamasından söz etmeleri halinde, NYK m. II/2 hükmü anlamında tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulduğu kabul edilmektedir (BERGER, *International Economic Arbitration*, s. 140). Özellikle tahkim anlaşmasının şekline ilişkin itirazda bulunmayarak esasa ilişkin savunmalar yapılması halinde, NYK kapsamında şekil şartının karşılandığı yönünde bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 160-161. NYK kapsamında öngörülen şekil şartlarına aykırı tahkim anlaşmasının şekil eksikliklerinin nasıl giderileceğine dair bir düzenleme olmamasına rağmen, taraflardan birinin önceki davranışıyla çelişkili şekilde davranmasının NYK kapsamında mümkün kabul edilmediği yönünde bkz. WOLFF, *Article II*, s. 148. Bu ihtimalde tarafların tahkimi bilinçli olarak seçtikleri tahkim anlaşmasından anlaşılabilirliğinden, sonucun NYK’ye de uyumlu olduğu yönünde bkz. İLHAN, s. 104-105.

¹¹⁶⁴Aynı değerlendirme davalının yükümlülüğü olmasından hareketle, masraf ve hakem ücret avansını ödemesi durumu için de yapılabilir (AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 57). MTK m. 7/H-2 hükmünde de, hakem seçimine katılmanın, hakem heyetinin yetkisine itiraz etme hakkını etkilemeyeceğinin açıkça düzenlendiği yönünde bkz. TANRIKULU, s. 108, dn. 342.

olmalarının, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmadığı düzenlenmiştir. Benzer şekilde, *Hong Kong* Milletlerarası Tahkim Merkezi Kuralları m. 19/3 hükmüne göre de, davalının hakem ataması veya atama sürecine katılımı, hakem heyetinin yetkisine itiraz hakkından feragat anlamına gelmemektedir¹¹⁶⁵. Bununla birlikte, hakem seçimi yapılmasıyla birlikte, tahkim anlaşmasına yönelik itirazlar ileri sürmeksizin esasa ilişkin savunmalar yapılarak aktif bir şekilde tahkim yargılamasının takip edilmesi veya karşı dava açılması gibi tahkim anlaşmasının ifasına yönelik başka hareketlerin mevcudiyeti halinde, hakem seçimi yapılması zımni tahkim iradesinin varlığının tespitini kolaylaştıran bir unsur olarak değerlendirilebilecektir.

2. Devlet Yargılamasında Beyan Edilen Zımni Tahkim İradesi

Zımni tahkim iradesi, taraflardan birinin başlattığı devlet yargılamasında yerine getirilen birtakım usuli işlemler kapsamında da beyan edilebilir. Bu usuli işlemlerin başında, tahkim ilk itirazı gelmektedir. Tahkim ilk itirazının, bir ilk itiraz olarak en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir¹¹⁶⁶. Tahkim ilk itirazını yerinde gören hâkim, MTK m. 5/1 hükmü uyarınca, uyuşmazlığın esasını incelemekten davayı usulden reddederek dosyadan el çeker¹¹⁶⁷.

Devlet yargılaması bakımından, davalının tarafı olmadığı bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim ilk itirazında bulunması, zımni tahkim iradesi olarak yorumlanmaktadır¹¹⁶⁸. Nitekim bu durumda, ilgili kişinin sonradan başlatılan tahkim yargılamasında, tahkim anlaşmasının tarafı olmadığı iddiası dinlenmemektedir. İlgili

¹¹⁶⁵Bu yönde düzenlenen kural için bkz. <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2024>.

¹¹⁶⁶“...6100 sayılı HMK. nın 116. maddesinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazının ilk itiraz olarak düzenlenmiş olmasına, aynı Kanunun 117/1. maddesi uyarınca ilk itirazların hepsinin cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorunda olup aksi hâlde dinlenemeyeceğine...” (Yargıtay 11. HD., 11.05.2017 tarihli ve 2016/14831 E., 2017/2824 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). *Balkar*’a göre, tahkim anlaşmasına rağmen devlet mahkemelerine başvurulması halinde, tahkim itirazının ilk itirazlar arasında düzenlenmesi, tahkim iradesinin açık ve net olması gerektiğini göstermektedir (BALKAR, *AIHS md. 6*, s. 694, dn. 40).

¹¹⁶⁷AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 256-257; Yargıtay 11. HD., 14.05.2024 tarihli ve 2023/110 E., 2024/3861 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Avrupa Sözleşmesi m. V hükmünde de, hakemlerin yetkisine ilişkin itirazın en geç esasa ait savunmayla birlikte yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Hakem heyetinin yetkisine ilişkin yapılacak itirazlara ilişkin belirlenen usuli kesite dair çeşitli tahkim kurallarında yer alan diğer düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 54-56.

¹¹⁶⁸Kişiyi tahkim anlaşmasıyla bağlı kılabilmek adına, çelişkili davranış yasağı ve dürüstlük kuralı gerekçeleri de kabul edilebilecekse de, temel gerekçenin zımni tahkim iradesi olduğu yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 239-240.

kişiyi tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak konusunda başvuru diğer bir gerekçe çelişkili davranış yasağı olsa da¹¹⁶⁹, bu yasağın son çare olarak uygulanması gerektiğinden, öncelikle zımni tahkim iradesi sebebiyle tahkim anlaşmasının kurulduğu sonucuna varmak gerekecektir.

Durumun imzacı olmayan üçüncü kişiler bakımından görünümü ise üçüncü kişinin devlet yargılamasında tahkim klotuna dayanması halinde bu kişilerin zımni tahkim iradesinin kabulüdür¹¹⁷⁰. Nitekim, 7453 sayılı ICC kararında¹¹⁷¹ hakem heyeti, tahkim klotu içeren sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi aleyhine devlet mahkemelerinde açılan davada, bu kişinin tahkim klotu sebebiyle mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmesini tahkim iradesi olarak yorumlayarak, ilgili kişi üzerinde yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde, *Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Limited* kararında¹¹⁷², *Sulaner*'in devlet mahkemesinde açılan davada sunduğu yazılı dilekçe kapsamında, tahkim klotuna dayandığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna hükmedilmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu yorumlanarak, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemelerinde açılan davada; davalının tahkim ilk itirazında bulunması, ancak bu iddiaya davacının cevaba cevap dilekçesinde cevap vermemesi veya itirazı kabul etmesi hallerinin de özellikle ortak tahkim iradesi açısından değerlendirilmesi gerekir. Davacının cevaba cevap dilekçesinde, davalı tarafından ileri sürülen tahkim anlaşmasının varlığı kabul edildiğinde, uyuşmazlığın tahkim

¹¹⁶⁹Bu gibi hallerde, üçüncü kişinin tahkim iradesinin anlaşılabilmesi bazı özel koşulların bulunması gerekmektedir. Örneğin, devlet mahkemelerindeki yargılamada davalı, mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmek için davacı tarafından imzalanan tahkim anlaşmasına dayandıktan sonra, başlatılan tahkim yargılamasında, hakem heyetinin yargı yetkisine itiraz edemeyecektir. Ayrıca bu tür durumlarda üçüncü kişinin itirazı, hakkın kötüye kullanılmasıyla eşdeğerdir ve bu durum *estoppel* doktrininin uygulama alanına girmektedir (STUCKI/WITTMER, s. 5). Çelişkili davranış yasağı ilkesine dayanan ve tahkim klotuyla bağlı olduğunu reddetse de, daha önce devlet mahkemelerinin yargı yetkisine itiraz etmek için, aynı tahkim klotuna dayanan üçüncü kişi üzerinde yargı yetkisinin kabul edildiği ICC karar örnekleri için bkz. BREKOULAKIS, *Third Party*, s. 145. Bu örnek ICC kararlarında, tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınan kişilerin aslında rızası olmaksızın tahkim anlaşmasıyla bağlı kılındığı yönünde bkz. PAVIC, s. 224-225.

¹¹⁷⁰BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1429; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 73.

¹¹⁷¹ICC award in case no. 7453 of 1994, 124 J. Droit Int'l (Clunet) 107 (1997), Karara ilişkin bilgi için bkz. HANOTIAU, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s. 272; HANOTIAU, *Who Are The Parties*, s. 73, dn. 226; ESEN, *Teşmil*, s. 33; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 269.

¹¹⁷²Hong Kong No. 10, *Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp. v. Sulanser Company Limited*, Supreme Court of Hong Kong, High Court, MP 887, 06.04.1995, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1996 (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), C. XXI, 1996, Kluwer Law International, s. 549-550.

yargılamasına taşınması konusunda tarafların ortak tahkim iradelerinin varlığı kabul edilecek ve uyuşmazlık doğrudan hakeme sevk edilecektir. Öte yandan, bizim de katıldığımız görüşe göre, sessizlik halinde HMK m. 128 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, tahkim ilk itirazının davalı tarafından kabul edilmediği sonucuna ulaşılarak, hâkim tarafından tahkim ilk itirazı değerlendirilecektir¹¹⁷³.

3. Usuli Bir Haktan Faydalanılmaması Şeklinde Ortaya Çıkan Zımni Tahkim İradesi

YHGK oldukça güncel tarihli bir kararında, tahkim iradesinin açık, kesin ve hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiğinden bahsetmekle beraber, somut uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının tarafların zımni irade beyanlarıyla kurulduğuna hükmetmiştir¹¹⁷⁴. Bu kararda, davacının zımni tahkim iradesinin usuli bir haktan faydalanmaması sonucunda ortaya çıktığı kabul edilmiştir.

YHGK kararına konu hakem kararının iptali davasının davalısı tarafından daha önce Türk mahkemelerinde ikame edilen davada, davalı taraf sözleşme uyarınca yargılamanın Irak kanunlarına göre Kuzey Irak Bölgesel Yönetimi Mahkemeleri nezdinde görülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Ancak bu davada ilk derece mahkemesi, tarafların sözleşmeden bir ihtilaf doğması halinde tahkim yargılamasına başvurmayı kararlaştırdıkları ve tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığı gerekçeleriyle tahkim ilk itirazında bulunulduğundan, esasa ilişkin bir inceleme yapmadan davayı usulden reddetmiştir. Bu doğrultuda, zımni tahkim iradesi değerlendirmesi bakımından, ilk derece mahkemesinin temyiz edilmeden kesinleşerek HMK m. 303 hükmü gereğince maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuran ve tarafları için bağlayıcı hale gelen tahkim ilk itirazının kabulüyle davanın usulden reddi kararı temel alınmış ve bu kapsamda MTK m. 4/2 hükmüne uygun bir şekilde, “*taraf iradelerinin tahkime başvurmak konusunda zımnen birleştiği*” ifade edilmiştir. Söz konusu kararın en önemli kısmı, mahkemenin taraflar arasında kurulan bir tahkim anlaşmasının varlığından dolayı, davanın usulden reddine ilişkin kararının,

¹¹⁷³İLHAN, s. 103. Bir davada taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin bir iddiada bulunmasına, diğer tarafın cevap vermemesinin tahkim anlaşmasını kurmayacağı yönünde bkz. DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2014, s. 204.

¹¹⁷⁴YHGK, 21.12.2023 tarihli ve 2023/688 E., 2023/1348 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

temyiz edilmeyerek kesinleşmesini, tahkim anlaşmasına yönelik zımni irade beyanı olarak değerlendirmesidir¹¹⁷⁵.

Karardan görüldüğü üzere, kesin hüküm etkisine sahip ve her iki taraf için de bağlayıcı hale gelen ilk derece mahkemesi kararına, tarafların zımni tahkim iradesinin varlığı şeklinde hukuki bir sonuç bağlanmıştır. Nitekim aleyhine çıkan karara karşı direnme imkânı olan bir kişinin, kanunun direnmemeye bağladığı hukuki sonucu bilmesine rağmen, hareketsiz kalması, tahkim iradesinin varlığı sonucunu doğurmuştur. İlgili karardan somut olayın koşulları net bir şekilde anlaşılmasa da, davalının tahkim ilk itirazında bulunması halinde, mahkemece verilen usulden ret kararının temyiz edilmeyerek kesinleşmesi üzerine, taraflar arasında zımnî akdedilen bir tahkim anlaşmasının varlığının kabul edildiği gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, zımni tahkim iradesini bu kadar geniş yorumlamak yerinde bir yaklaşım değildir. Nitekim davacının aleyhine verilen karara karşı hareketsiz kalmasının çok farklı gerekçeleri olabilir. Bu gerekçelerin tam anlamıyla tespit edilmesi mümkün olmayacağından, sırf verilen karara direnmediği için kişinin tahkim iradesini zımnî beyan ettiğini kabul etmek amacını aşan bir yorumdur. Öte yandan, davacının, davalının tahkim ilk itirazı üzerine devlet mahkemeleri tarafından verilen usulden ret kararına binaen hem karar aleyhine üst mahkemeye itiraz etmeyip hem de uyuşmazlığı bu sefer tahkim yargılamasına taşınması halinde, bu iki kriter birlikte değerlendirildiğinde zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir. Verilen usulden ret kararının temyiz edilmesi halinde ise uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde

¹¹⁷⁵Karar aleyhine yazılan karşı oy kapsamında, tahkim anlaşmasının kural olarak yazılı olması gerektiği, ancak bazı durumlarda zımni irade beyanıyla da oluşabileceği açıkça kabul edilmiştir. Örneğin, taraflardan birinin tahkim yargılamasına başvurması üzerine, diğer tarafın buna itiraz etmemesi halinde zımni bir anlaşma söz konusudur. Ancak bu halde, zımni tahkim iradesinin varlığından bahsedebilmek için tarafların bu anlaşmaya hemen itirazda bulunmamış olması gerekir. Somut olayda ise, davalı taraf hakeme sunduğu cevap dilekçesiyle açıkça tahkim klotunu reddetmiş ve taraflar arasında yazılı veya sözlü bir tahkim anlaşması olmadığını belirtmiştir. İlgili karşı oy yazısında davalı tarafın, ilk derece mahkemesinde tahkim itirazında bulunduğu ve fakat tahkim yargılamasında bu tutumuyla aksi yönde davrandığı durumda, bunun kötü niyetli bir davranış teşkil edeceği ve hukuk tarafından korunmayacağı da belirtilmiştir. Bununla birlikte, tahkim itirazının varlığının tespiti için davalıların dosyasına sunduğu cevap dilekçesine ulaşmanın mümkün olmadığı ve ilk derece mahkemesinin söz konusu görevsizlik kararının gerekçesinde belirtilen cevap dilekçesinin özeti ile yetinildiği, bu özet içeriğinde de tahkim itirazından değil, yetki itirazından bahsedildiği belirtilmiştir. Sonuç olarak, bir mahkeme kararının tahkim anlaşmasının yerine geçemeyeceği gerekçesinden hareketle, verilen karara karşı çıkmıştır. Yazılan diğer karşı oy kapsamında da, şifahi sözleşmeye dayalı olarak varlığı ileri sürülen ilişkiden doğan uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına tabi olamayacağı, tahkim anlaşmalarının yazılılık şartına tabi olduğu, her iki tarafın da kendi açısından tahkim anlaşması bulunmadığını iddia ettiği ve dolayısıyla iradi olarak kurulan bir tahkim anlaşmasından söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. YHGK, 21.12.2023 tarihli ve 2023/688 E., 2023/1348 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.

çözümlemesi noktasında direnen bir davacının, zımni tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyecektir.

4. Görev Belgesinin İmzalanması

Tahkim yargılamasında, taraflarca görev belgesinin imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil edip etmeyeceği, tartışılması gereken bir diğer meseledir. Baştan belirtmek gerekir ki, tahkim yargılaması esnasında ifa edilen her bir yargılama faaliyeti zımni tahkim iradesi teşkil etmeyecektir. Özellikle tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı noktasında iradesini açıkça ortaya koyan bir kişinin, sırf görev belgesini imzalaması sebebiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ifa edilen her bir yargılama faaliyeti, somut olayın koşulları ve ilgili yargılama faaliyetinden önce yapılan beyanlar kapsamında yorumlanmalıdır. Çekincesiz bir şekilde görev belgesi imzalamanın zımni tahkim iradesi teşkil etmesi, tarafların tahkim anlaşmasının varlığına ve hakemin yetkisine ilişkin itirazlarını dermeyan edebileceği usuli kesit ile görev belgesinin imzalandığı usuli kesitin kronolojisine bağlıdır.

Görev belgesi, hakem heyeti ve taraflarca imzalanan, ICC Tahkim Kuralları¹¹⁷⁶ m. 23 hükmünde düzenlenen ve tahkim yargılamasının ilk aşamasında uyuşmazlığa ilişkin temel unsurların yer aldığı bir belgedir¹¹⁷⁷. Doktrinde görev belgesi, “*taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin bir iş (çalışma) programı*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁷⁸. Görev belgesi tahkim dünyasına ICC uygulamasıyla girmiş ve zamanla *ad hoc* tahkim usulünde dahi hazırlanan bir belge haline gelerek, kullanımı tahkim kurumlarının kuralları ve devlet kanunlarıyla yaygınlaşmıştır¹¹⁷⁹. ICC nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarında, dosyanın hakemlere tesliminden sonra görev belgesi düzenlenmektedir¹¹⁸⁰. MTK m. 10/E hükmünde düzenlenen görev belgesi¹¹⁸¹ ise

¹¹⁷⁶ICC Tahkim Kuralları için bkz. Rules and Procedures, 2021 Arbitration Rules, iccwbo.org.

¹¹⁷⁷AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 358 vd.; NARÇİN TOSUN, Zelal, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2009, s. 15; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 2245-2247. Görev belgesinin Fransız kökenli olduğu yönünde bkz. BLESSING, *Introduction to Arbitration-Swiss*, s. 107. Görev belgesinin, hakemlerin uyuşmazlığı tam ve doğru anlamasını sağladığı yönünde bkz. NOMER, *Görev Belgesi*, s. 8.

¹¹⁷⁸NOMER, *Görev Belgesi*, s. 3.

¹¹⁷⁹AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 358. Görev belgesi düzenlenmesinin öngörüldüğü ulusal mevzuatlar ve tahkim kurumlarının kurallarına ilişkin örnekler için bkz. ARSLAN, Mahmut Sait, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Mahkemesi Uygulamasında “Görev Belgesi”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Aralık 2019, s. 11-12.

¹¹⁸⁰AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 359, dn. 637.

¹¹⁸¹ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 335.

taraf larca aksi kararlaştırılmadıkça dava ve cevap dilekçesinin sunulmasından sonra düzenlenecektir. MTK, ICC Tahkim Kuralları'na oldukça paralel bir hüküm içermektedir¹¹⁸².

Görev belgesinin imzalanmasıyla, taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması akdedilip akdedilmediğı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, görev belgesi, tarafların tahkim iradelerini ortaya koyan birçok emareye sahip olsa¹¹⁸³ ve tarafların imzalarını içerse dahi, tahkim anlaşmasının yerine geçemez ve hakemin yargı yetkisini tesis eden tahkim iradesinin bir kanıtı olamaz¹¹⁸⁴. Bu görüşe göre, görev belgesine dayanılarak yeni bir tahkim anlaşmasının kurulduğundan veya askıda hükümsüz bir tahkim anlaşmasına icazet verildiğinden söz edilemeyecektir¹¹⁸⁵. YHGK da, görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması teşkil etmediğini ve mevcut tahkim anlaşmasını değıştirme gücüne sahip olmadığını belirtmiştir¹¹⁸⁶. *Southern Pacific Properties Ltd (SPP) v. Arab Republic of Egypt* kararında da¹¹⁸⁷, görev belgesinin taraflar arasında bağlayıcılığı olmadığına hükmedilmiştir. Kararda, görev belgesinin temel amacının, taraflar arasındaki hukuki uyumsuzluğu ve hakemin yetkisini tanımlamak olduğu ve ICC Tahkim Kuralları'nın görev belgesi ve tahkim anlaşmaları arasında açık bir ayrım yaptığı vurgulanmıştır. Aksi yöndeki görüşe göre ise çekincesiz bir şekilde imzalanan görev belgesi, yeni bir tahkim anlaşması niteliğini haizdir¹¹⁸⁸. Bununla birlikte, görev belgesinin imzalanmasının tahkim anlaşması teşkil edip etmediğı tartışması, tahkim yargılamasının koşullarından da doğrudan

¹¹⁸²AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 360.

¹¹⁸³TİRYAKİOĞLU, s. 104.

¹¹⁸⁴Bu yönde verilen bir karar örneğine ilişkin bilgi için bkz. GREENBERG Simon/SECOMB Matthew: "Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia", *Arbitration International*, C. 18, S. 2, 2002, s. 131.

¹¹⁸⁵NOMER, *Görev Belgesi*, s. 9.

¹¹⁸⁶NOMER, *Görev Belgesi*, s. 9. Karar aleyhine yazılan karşı oylardan birisinde, görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması niteliğini haiz olduğu ifade edilmiştir (YHGK, 18.07.2007 tarihli ve 2007/444 E., 2007/554 K. sayılı kararı, www.lexpera.com). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. NARÇİN TOSUN, s. 32, dn. 59. YHGK, 18.10.2006 tarihli ve 2006/609 E., 2006/656 K. sayılı kararı kapsamında da, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin asıl olduğu ve görev belgesinin bu sözleşmede değışiklik yapacak kudrette bir sözleşme veya yeni bir tahkim anlaşması olamayacağını ifade etmiştir. Görev belgesini imzalayan avukatların, tahkim anlaşması akdetme yetkisi olmadığından bu avukatların imzaladığı görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması sayılamayacağı vurgusu da yapılmıştır (YHGK, 18.10.2006 tarihli ve 2006/609 E., 2006/656 K. sayılı kararı, www.lexpera.com).

¹¹⁸⁷International Legal Materials, Vol:23, 1984, s. 1084, Karara ilişkin bilgi için bkz. GREENBERG/SECOMB, s. 130; ESEN, *Teşmil*, s. 30.

¹¹⁸⁸ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 72; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 331, dn. 3. Tahkim anlaşmasının yokluğuna veya geçersizliğine rağmen, yetki itirazında bulunulmadan imzalanan görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması olduğu yönünde bkz. AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 60. ABD mahkemeleri perspektifinden, görev belgesinin imzalanmasının tahkim anlaşması teşkil ettiği örnek bir karar için bkz. U.S. District Court Eastern District of Pennsylvania, *CBS Corp. v. Wak Orient Power & Light Ltd.*, 168 F. Supp. 2d 403 (E.D. Pa. 2001), 12.04.2001, law.justia.com.

etkilenebilecektir. Örneğin, *Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan* kararında¹¹⁸⁹, görev belgesinin imzalanmasının tahkim anlaşması teşkil ettiği ileri sürülse de, yetkiye ilişkin ara kararın verilmesi amacıyla görev belgesinin imzalanmasının, hakemin yetkisini tamamen tartışmaya açtığına ve görev belgesinin imzalanmasının bu koşullarda tahkim anlaşması teşkil ettiği iddiasının kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.

Kanaatimizce, görev belgesinin imzalanmasıyla taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması kurulduğu görüşü benimsendiğinde, görev belgesi tahkim yargılamasına dayanak teşkil eden asıl tahkim anlaşmasıyla eş kabul edileceğinden, tahkim anlaşmasının tarafların zımni irade beyanıyla kurulmasından söz edilemeyecektir¹¹⁹⁰. Nitekim bu halde, davalı ve davacının tahkim iradesi, yoruma ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan çekincesiz bir şekilde imzalanmış görev belgesi metninden anlaşılabilirliğinden, açık tahkim iradesinden söz edilmelidir. Halbuki tahkim yargılamasının sınırlarını çizerek yargılama usulünü kolaylaştırma amacı taşıyan¹¹⁹¹ görev belgesinin imzalanması, varlığı tartışmalı olan asıl tahkim anlaşmasının ikamesi olamayacağından¹¹⁹², yeni bir tahkim anlaşmasının varlığından da söz edilmemelidir. Dolayısıyla görev belgesinin imzalanması, olsa olsa asıl tahkim anlaşması bakımından zımni tahkim iradesi değerlendirmesi için bir kapı aralayacaktır. Görev belgesinin imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil ettiği kabul edildiğinde, bu irade geriye etkili olarak zaten başlamış ve devam eden tahkim yargılamasına dayanak teşkil eden ve varlığı tartışılan tahkim anlaşmasına adeta hayat verecektir.

Görev belgesi imzalanmasının yeni bir tahkim anlaşması teşkil edip etmediği tartışması bir kenara bırakıldığında, hakemlerin yetkisine itiraz ileri sürülmeksizin görev belgesinin imzalanmasının, zımni tahkim iradesi teşkil edip etmediği sorusu cevaplanmalıdır. Zira hakemin yetkisine açık bir şekilde itiraz edildikten sonra görev

¹¹⁸⁹[1978] 2 Lloyd's Rep 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. GREENBERG/SECOMB, s. 130-131. Öte yandan, ABD mahkemelerinin, sadece yetki uyumsuzluklarını hakem heyetinin çözmesine ilişkin düzenlenen bir görev belgesinin, hakem heyetinin yetkisine ilişkin açık bir çekince ileri sürülmeksizin imzalanmasının, taraflar arasında mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşması teşkil ettiği yönünde karar verdiği örnekler için bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1172, s. 808, dn. 953'te anılan kararlar.

¹¹⁹⁰*Nomer*, tahkim anlaşmasına ilişkin beyanda bulunulmamasının geçersiz bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine zımni irade beyanı teşkil ettiğini bir iddia, yeni bir tahkim anlaşması akdedildiği faraziyesi iddiasını bir başka iddia olarak birbirinden ayrı değerlendirmiştir (NOMER, *Görev Belgesi*, s. 10).

¹¹⁹¹NOMER, *Görev Belgesi*, s. 8.

¹¹⁹²YENER KESKİN, s. 233.

belgesinin imzalanması halinde, zımni tahkim iradesinin varlığından söz edilemez¹¹⁹³. Keza yargılamanın belirli bir usuli kesitinde yetki itirazında bulunulmamasına kanunen bağlanan sonuçlar da, zımni tahkim iradesinin kabulünün kaynağını değiştirerek zımni tahkim iradesi değerlendirmelerini doğrudan etkileyecektir. Dolayısıyla, yetki itirazının yapılması ve görev belgesi imzalanması bakımından tahkim yargılamasının kronolojisi oldukça önemlidir.

MTK m. 10/E hükmüne göre, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra görev belgesi düzenlenmektedir. MTK m. 7/H-2 hükmüne göre ise hakemin yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılmalıdır. Kanaatimizce, hükümlerde ifade edilen cevap dilekçesinin hangi cevap dilekçesi olduğu belirlenirken temel alınan kıstas, davalının esasa ilişkin savunmalarını yapmış olmasıdır¹¹⁹⁴. Zira MTK m. 10/E hükmünde de görev belgesinin içeriği düzenlenmiş ve tarafların iddia ve savunmalarının özetlerinin görev belgesinde yer alacağı belirtmiştir. Dolayısıyla, görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarının özetlerinin yer alması için görev belgesinin tarafların esasa dair savunmalarından sonra düzenlenmesi gerekmektedir. Zaten görev belgesinden beklenen fayda da ancak bu şekilde elde edilebilecektir. Hükmün bu yöndeki yorumu, hakemin yetkisine itirazda bulunulmaksızın esasa ilişkin savunmalar yapıldıktan sonra, yetki itirazının kabul edilmemesiyle de uyumludur.

Bu doğrultuda, MTK m. 7/H-2 hükmü kapsamında, *kural olarak*, görev belgesinin imzalandığı an, MTK uyarınca hakemin yetkisine itiraz edilebilecek usuli kesit çoktan geçmiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, MTK uyarınca görev belgesinin imzalanmasından önce, yetki itirazının mutlaka yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, MTK'nin uygulandığı bir tahkim yargılamasında, görev belgesinin çekincesiz imzalanmasından ziyade, doğrudan MTK m. 7/H-2 hükmünden kaynaklı olarak zımni tahkim iradesinin varlığına hükmedilecektir. Aksi kabul¹¹⁹⁵, ilk cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmayan kişiye, görev belgesinde yetki itirazında bulunma hakkı tanınması anlamına gelecek ve kişiye kanunda düzenlenmeyen ve hatta kanundaki

¹¹⁹³GREENBERG/SECOMB, s. 131; ESEN, *Teşmil*, s. 34.

¹¹⁹⁴TEKİN, s. 79; TANRIKULU, s. 164-167.

¹¹⁹⁵*Yener Keskin*, bir tarafın tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesini önlemek amacıyla, hem cevap dilekçesinde yetki itirazını ileri sürmesini hem de görev belgesinde buna ilişkin itirazını belirtmesini, “ve” bağlayıcını kullanarak birlikte arıyor gibi görünmektedir (YENER KESKİN, s. 234-235).

mevcut düzenlemeye aykırı şekilde, usuli bir hak bahşedilmesi sonucunu doğuracaktır¹¹⁹⁶.

Öte yandan, aynı sonuca, yetki itirazı bakımından MTK m. 7/H-2 hükmündeki gibi bir düzenleme öngörmeyen devlet kanunları veya tahkim kurumlarının kuralları uyarınca varılamayacağını ifade etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, her halükârda, görev belgesinin imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil etmesi için esasa ilişkin savunmalarda bulunulmaksızın görev belgesinin imzalanmış olması gerekmektedir. Zira yetki itirazında bulunulmadan esasa ilişkin savunmalar yapılması zaten tek başına zımni tahkim iradesi teşkil edeceğinden, bu durumda görev belgesinin imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil edip etmeyeceğini ayrıca tartışmaya lüzum yoktur; bu ihtimalde, görev belgesinin imzalanması olsa olsa zımni tahkim iradesinin tespitini kolaylaştıracaktır. Diğer taraftan kişi, herhangi bir itirazda bulunmadan esasa ilişkin savunmalar yaptıktan sonra, görev belgesinde yetki itirazında bulunarak önceden zımnen beyan etmiş olduğu tahkim iradesini de hukuken etkisiz kılamamalı ve bu durumda, uyuşmazlığın diğer tarafında yaratılan haklı güvenden kaynaklı olarak taraf menfaatleri bakımından davacı lehine bir yorum benimsenmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, esasa ilişkin savunmalar ile birlikte yetki itirazında bulunulmuşsa, görev belgesinin çekincesiz bir şekilde dahi olsa imzalanması zımni tahkim iradesi olarak kabul edilemeyecektir.

Tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine itiraz edilmeksizin imzalanan bir görev belgesini tahkim iradesi olarak değerlendiren görüşler de vardır¹¹⁹⁷. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere, buradaki tahkim iradesinin, görev belgesinin imzalanmasıyla yeni bir tahkim anlaşmasının kurulması bakımından değil; zaten başlatılan bir tahkim yargılamasına dayanak olan asıl tahkim anlaşması bakımından beyan edildiği kanaatindeyiz. Bu noktada, görev belgesinin imzalanması anı ile yetki itirazı yapılabilecek an arasındaki kronolojik sıralama hâlâ önemini koruduğundan,

¹¹⁹⁶Davalının, tahkim anlaşmasına ilişkin itirazlarını cevap dilekçesinde usulüne uygun şekilde ileri sürmüş olması koşuluyla, söz konusu itirazlarının görev belgesinde yer almasını talep etme hakkına sahip olduğu yönünde bkz. ARSLAN, s. 24.

¹¹⁹⁷AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 376; AKINCI, *Yetki İtirazı*, s. 60; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *İptal Sebepleri*, s. 72; YENER KESKİN, s. 233; ESEN, *Teşmil*, s. 239-240. Erdem, görev belgesinin hazırlanmasıyla, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin kabul edildiğini belirtmiş ve bu kabulün açık veya zımni olmasına ilişkin yorum yapmamıştır (ERDEM, H. Ercüment, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (2007-2016), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, www.lexpera.com, s. 292).

görev belgesinin yetki itirazının yapılabileceği bir anda imzalandığı varsayılmalıdır. Böyle bir ihtimalde, görev belgesinin çekincesiz imzalanması suretiyle beyan edilen zımni tahkim iradesi tartışması gündeme gelebilecektir¹¹⁹⁸. Hal böyle iken tahkim iradesi, hakemlerin yetkisine ilişkin hiçbir itirazda bulunulmadan, tahkim yargılamasının gerekliliklerinin yerine getirilmesi suretiyle tahkim anlaşmasının ifası olarak kendini gösterdiğinden, bu iradenin zımni olarak beyan edildiği kabul edilebilir. Bu ihtimalde, somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı kapsamında yorumlanmasıyla, diğer tarafta oluşturulan korunmaya değer haklı güvenin varlığı reddedilemeyecektir¹¹⁹⁹.

Görev belgesinin imzalanması ile yetki itirazı yapılabilecek usuli kesit arasındaki zamansal öncelik ilişkisinin önemi sebebiyle, UNCITRAL Model Kanunu m. 7/5 hükmünde kastedilenin, tahkim talebi ve tahkim talebine cevap dilekçeleri mi, yoksa dava ve cevap dilekçeleri mi olduğunun net olmadığı görüşü benimsendiğinde¹²⁰⁰, görev belgesinin imzalanması aşamasında hakemin yetkisine ilişkin sessizlik halinde de, zımni irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulduğu savunulabilecektir. Örneğin, davalı, cevap dilekçesinin sunulması aşamasına kadar, yetki itirazında bulunabilecek ise henüz dava ve cevap dilekçelerinin teatisi aşamasına geçilmeden önce, çekincesiz bir şekilde görev belgesini imzalamışsa, zımni tahkim iradesinin varlığı söz konusu olabilir. Zira davalı cevap dilekçesinde bu yöndeki itirazlarını ileri sürme hakkına hâlâ sahip olsa da, görev belgesini çekincesiz bir şekilde imzaladıktan sonra, cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunması, somut olayın koşullarına bağlı olarak çelişkili davranış yasağı teşkil edecektir. Bu değerlendirme yapılırken, cevap dilekçesi sunulana kadar, sürecin geçirdiği usuli aşamalar dikkate alınarak dürüstlük kuralı kapsamında yorum yapılmalıdır. Özellikle, tahkim talebine cevap dilekçesinde, hakem heyeti ve taraflar arasında yargılamaya ilişkin yapılan yazışmalarda ve görev belgesinin imzalanması sürecinde tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine yönelik hiçbir beyanda bulunmayan ve davacı nezdinde tahkim yargılamasının tarafıymış gibi korunmaya değer haklı bir güven uyandıran

¹¹⁹⁸Görev belgesinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazda bulunulmadan imzalanması halinde, tahkim anlaşmasına yönelik zımni iradenin beyan edildiği yönünde bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 239.

¹¹⁹⁹Nitekim 6531 numaralı ICC kararında hakem heyeti, tahkim yargılamasının geldiği aşamaya, tarafların ödediği ücretlere ve her iki tarafın da uyuşmazlığa ilişkin belgeler sunmuş olduğuna dikkat etmiştir (ICC Final Award No. 6531 of 1991 reported in (1992) XVII Yearbook of Commercial Arbitration 221, Karara ilişkin bilgi için bkz. ESEN, *Teşmil*, s. 30, dn. 114; GREENBERG/SECOMB, s. 129-130).

¹²⁰⁰İLHAN, s. 104.

davalının, dürüstlük kuralının bir gereği olarak tahkim anlaşmasıyla zımni irade beyanında bulunması sebebiyle bağlı olduğu iddia edilebilecektir¹²⁰¹. Bununla birlikte, görev belgesinin imzalanması aşamasında, karşı tarafta, tahkim anlaşmasının varlığını ve geçerliliğini kabul anlamında haklı bir güven uyandırmayarak tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine yönelik itirazlarını dermeyer eden davalının, sonraki aşamalarda tahkim anlaşmasının olmadığı veya geçersiz olduğu iddiasını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği veya dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilemeyeceği aşıkardır¹²⁰². Önemle altı çizilmelidir ki, yukarıdaki görüşümüzle uyumlu olarak bu senaryoda görev belgesi imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil edebilmesi bakımından, davalının esasa ilişkin savunmalarını görev belgesinin imzalanması aşamasına kadar yapmamış olması gerekmektedir.

Dolayısıyla her ne kadar görev belgesi tahkim anlaşmasının bir ikamesi olmasa da, tarafların bu belgeyi tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine itiraz etmeksizin imzalamasının hukuki sonucu, tarafların asıl tahkim anlaşması bakımından zımni tahkim iradelerinin kabulü olabilir¹²⁰³. Öte yandan, *Nomer*, çekincesiz imzalanan bir görev belgesi söz konusu olsa bile, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine ilişkin ayrıca bir beyan söz konusu değilse, tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir iradenin varlığından söz edilemeyeceğini belirtmektedir¹²⁰⁴.

Zımni tahkim iradesi tartışmaları bir yana, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçersizliğine ilişkin itirazda bulunmaksızın tahkim yargılaması esnasında görev belgesi imzalayan davalının, tenfiz veya iptal davalarında tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürmesi, çelişkili davranış yasağı kapsamında iyiniyet prensiplerine de aykırı kabul edilmektedir¹²⁰⁵. Bu kapsamda, görev belgesi, tarafların tahkim iradesini gösteren en son belge olarak hukuki sonuçlar doğuracağından, görev

¹²⁰¹NOMER, *Görev Belgesi*, s. 11, dn. 10.

¹²⁰²NOMER, *Görev Belgesi*, s. 11.

¹²⁰³AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 376-377; KESER BERBER, Leyla, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 1999, s. 101. Bu ihtimalde, tahkim iradesinin açık olduğu yönünde bkz. NARÇİN TOSUN, s. 30. *Esen*, tarafların tahkim anlaşmasına veya hakemlerin yargılama yetkisine yönelik bir itirazda bulunmaksızın görev belgesi düzenlemesinin, tahkim anlaşmasına yönelik irade beyanı olarak yorumlanmasını doğru bulmaktadır (ESEN, *Teşmil*, s. 33).

¹²⁰⁴NOMER, *Görev Belgesi*, s. 9-10.

¹²⁰⁵ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 425; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 376-377; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 105; MATHEUS LÓPEZ, s. 90; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 11.

belgesini imzalayarak tahkim yargılamasına katılan davalının, daha sonra hakem kararının iptalini talep etmesinin, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir¹²⁰⁶. Bu noktada, görev belgesini imzalamak dışında, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine yönelik hiçbir itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasına aktif şekilde bir katılımdan söz edildiğine dikkat çekmek gerekmektedir. Zımni tahkim iradesi bakımından yapılan değerlendirmelerimiz, özellikle salt görev belgesinin imzalanması gerekçesiyle çelişkili davranış yasağı kavramına başvurulmuş haller bakımından, hakem kararının tenfizi safhası için de geçerlidir. Dolayısıyla zımni tahkim iradesinin varlığına hükmedilirken dayanan gerekçeler sebebiyle çelişkili davranış yasağı kabul edilebilecekse de, bu gerekçe çoğu zaman görev belgesinin imzalanması olmayacaktır.

Son olarak, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması halinde imzalanan görev belgesinin, her iki tarafça imzalanması ve hakem heyetinin yetkisine yönelik herhangi bir ihtirazi kayda bulunmaması şartıyla, hukuken yeni bir tahkim anlaşması teşkil edeceği belirtilmektedir¹²⁰⁷. Ancak bize göre bu durumda da, üçüncü kişinin tahkim iradesi asıl taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına yöneliktir. Dolayısıyla bu halde, üç taraflı yeni bir tahkim anlaşmasının kurulmasından ziyade, temel tahkim anlaşmasına üçüncü kişinin sonradan taraf olduğu kabul edilmelidir. Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması, birtakım usul hukuku veya maddi hukuk düzenlemeleriyle kabul edilmişse, zımni tahkim iradesini tartışmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, bu durumun dışında kalan hallerde, yukarıdaki değerlendirmelerimiz geçerli kalmak kaydıyla, hakemlerin üçüncü kişiler bakımından yargılama yetkisi olup olmadığını incelemesinden önce, üçüncü kişinin ve tarafların herhangi bir çekince ileri sürmeksizin görev belgesini imzalaması, tarafların ortak zımni tahkim iradesinin varlığı sonucunu doğurabilecektir.

¹²⁰⁶ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 376-377; YENER KESKİN, s. 233; NOMER, *Görev Belgesi*, s. 11.

¹²⁰⁷ KESER BERBER, s. 101; NARÇİN TOSUN, s. 31.

II. Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Zımnen Seçilmesi

Hakemlerin yargılama yetkisinin temelini oluşturan ve bu yetkinin kapsamını belirleyen tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk meselesi oldukça önemlidir¹²⁰⁸. Milletlerarası tahkim anlaşmaları, birden fazla hukuk sistemiyle ilişkili olduğundan, bu anlaşmalara uygulanacak hukukun incelenmesi, milletlerarası tahkimin ulusötesi boyutunu göstermektedir¹²⁰⁹. Tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının şekli, tahkim anlaşmasının esası ve tahkim anlaşması akdetme ehliyeti konularında önem taşımaktadır¹²¹⁰ ve bu konulara ilişkin farklı yargı mercileri tarafından yapılan farklı değerlendirmeler neticesinde, uygulanacak hukuk ayrı ayrı ve birbirinden farklı tespit edilebilmektedir¹²¹¹. Tahkim anlaşmalarının yorumlanması ve kapsamı, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tabi olduğundan¹²¹², zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımni olarak seçilip seçilemeyeceği ve seçilecekse de bu meseleye yaklaşım tarzı çalışmamız bakımından önem arz etmektedir¹²¹³. Zira, zımni tahkim iradesinin varlığı değerlendirmelerini yönetecek olan hukukun da zımnen seçilmesi imkânı, zımni irade beyanına tahkim anlaşmaları bakımından ardışık bir etki tanımak anlamına gelebilecektir. Örneğin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçildiği kabul edildikten sonra, bu hukuk kapsamında tarafların zımni tahkim iradelerinin kabul edilmesi söz konusu olabilecektir.

¹²⁰⁸PEARSON, s. 116; PRIMROSE, s. 139; BERNARDINI, s. 197; ULUSU, s. 31.

¹²⁰⁹NAZZINI, s. 682.

¹²¹⁰ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 65 vd.; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 260; ULUSU, s. 31; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 515. Tahkim anlaşmasının şekli ve tahkim anlaşması akdetme ehliyeti konuları daha önce incelendiğinden, bu başlık kapsamında sadece tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Tahkim anlaşmasının şekli ve ehliyet meselelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. “*Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının Kurulmasında Zımni İrade Beyanının Kabulü Bakımından Maddi Hukuktan ve Tahkim Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹²¹¹YÖNEY, s. 75; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 65 vd.

¹²¹²ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 517; ABOLAFIA, s. 65; BORN, s. 816; MILES/GOH, s. 386; PRIMROSE, s. 139.

¹²¹³*Common law* hukuk sisteminde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanmasına ilişkin varsayımın baskın olduğu, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukukunun somut olaya göre zımni hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabildiği; bununla birlikte, Kıta Avrupası hukuk sisteminde esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının, zımni hukuk seçimi kapsamında değerlendirildiği ve tahkim yeri hukuku yaklaşımının ise zımni hukuk seçimi veya objektif bağlama kuralı olarak uygulandığı yönünde bilgi ve değerlendirmeler için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 528-534.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan ve zımni tahkim iradesinin varlığı değerlendirmelerinde hakemler ve hâkimler tarafından dikkate alınan hukukun zımnen seçilmesi imkânı tartışmaları neticesinde varılacak sonuç, her zaman değişkenlik gösterebilecek niteliktedir. Nitekim değerlendirilen hukuki problem, somut olayın koşullarına bağlı bir yorum faaliyeti gerektirmektedir. Dolayısıyla, her seferinde yapılan incelemeye bağlı olarak ulaşılabilecek çıkarımın da değişebileceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede, bu başlık altında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi imkânı, karşılaştırmalı hukukta temel olarak benimsenen, tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımları kapsamında değerlendirilecektir¹²¹⁴.

A. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine, sonuçlarına, taraflar ve uyumsuzluk bakımından kapsamına ve yorumlanmasına ilişkin konularda söz sahibidir¹²¹⁵. Tahkim anlaşmasının esasını ilgilendiren bir hukuki problemle karşılaşıldığında, öncelikle yapılması gereken tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespit edilmesidir¹²¹⁶. Ehliyet, şekil ve tahkime elverişlilik harici bir sebeple, tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açabilecek irade sakatlığı halleri,

¹²¹⁴Tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuka ilişkin yapılan ve 74 farklı ülkenin hukuk düzenini temel alan bir araştırmada, tarafların zımni hukuk seçimleri bakımından tahkim yeri hukukunun daha büyük bir oranda kabul edildiği tespit edilmiştir. Yapılan bu araştırma sonucunda ulaşılan istatistiksel verilere dair daha detaylı bilgi için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 528, dn. 19. Abolafia, özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda, tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk tartışması belirsizliğe yol açtığından ve bunlardan birine öncelik vermek için herhangi bir gerekçe olmadığından, farklı bir yaklaşım olarak tarafların zımni hukuk seçimlerinin araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesindeki güçlükleri ve bu hukukun üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasındaki önemini dikkate alarak, tarafların dolaylı olarak seçtiği kanunlar ihtilafı kurallarından tarafların zımni seçimlerinin tespit edilebilme olasılığını inceleyerek tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından genel bir kural belirleme yönünde yeni bir öneri ortaya atmıştır. Yazara göre, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, somut olayın koşulları değerlendirildiğinde, tarafların zımni bir hukuk seçimi yaptığı net bir şekilde anlaşılıyorsa, kanunlar ihtilafı analizine gerek yoktur. Bununla birlikte, kanunlar ihtilafı kurallarının analizi gerekiyorsa, taraf iradelerinin tespiti bakımından çeşitli senaryolar ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Böylece, *lex contractus* ile *lex arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının ulaştığı sonucun aynı olup olmadığını değerlendirmek ve bu iki hukukun da ortak bir şekilde kabul ettiği genel ilkeleri belirlemek gerekmektedir. Bu çeşitli senaryolara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ABOLAFIA, s. 70-81.

¹²¹⁵ULUSU, s. 31; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 489; BORN, s. 816; BERGER, s. 301-323; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 517; ABOLAFIA, s. 65; MILES/GOH, s. 386; PRIMROSE, s. 139

¹²¹⁶SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 54.

tahkim anlaşmasının ifasına ilişkin hususlar, kanunun emredici hükümlerine veya ahlaka aykırılık halleri, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku ilgilendirmektedir¹²¹⁷. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esası, bir açıdan tarafların tahkim iradesinin geçerliliğiyle ilgili değerlendirmeler içermekte¹²¹⁸ olup, tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre yorumlanmaktadır¹²¹⁹. Bundan ötürü, tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulması meselesini yöneten hukuk da, evleviyetle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuktur¹²²⁰.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde benimsenen yaklaşım, maddi hak ve yükümlülükler uygulanacak hukuku belirleyen yaklaşımla paralellik arz etmektedir¹²²¹. Bununla birlikte, bağımsızlık prensibinden ötürü, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ayrı bir bağlama kuralına tabi olduğundan¹²²², tahkim usulüne ve uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk ile tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanmak üzere seçilen hukuk birbirinden farklı olabilir¹²²³. Belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinin, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinden daha karmaşık bir hukuki problem doğurduğu kabul edilmektedir. Zira tahkim anlaşmalarının, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasına başvurma ve hakem kararının bağlayıcılığını kabul etme gibi pozitif ve devlet mahkemelerinin ilgili uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisini ortadan kaldırmak gibi negatif etkileri vardır¹²²⁴.

¹²¹⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 37; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 85-86; ÖZEL, s. 316; AKINCI, *Tenfiz*, s. 118; BERNARDINI, s. 198; YASAN TEPETAŞ, s. 280; SARIÖZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2027. NYK m. V/1-a hükmünün, NYK m. II hükmüne tabi olmayan hata veya korkutma gibi esas bakımından değerlendirme gerektiren geçerlilik problemlerine uygulanması gerektiği yönünde bkz. NACIMIENTO, s. 227. NYK m. V/1-a hükmünde ifade edilen hukukun, tahkim iradesiyle ilgili hukuki problemlere uygulanacağı yönünde bkz. AKINCI, *Tenfiz*, s. 119, dn. 406.

¹²¹⁸ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 85; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 37; BERNARDINI, s. 198; LEW, s. 123.

¹²¹⁹ÖZEL, s. 317. Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin tespitinden sonra, hakemin yetkisinin sınırlarının kesin olarak belirlenmesi açısından, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilen tarafların kim olduğunun ve belirli bir talebin tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesi açısından tahkim anlaşmasının yorumlanması halinde de uygulanmaktadır (BERNARDINI, s. 198).

¹²²⁰BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 1430.

¹²²¹LEW, s. 136, 142; TEKİN, s. 91.

¹²²²ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 421.

¹²²³ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 421. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, tahkim usulüne uygulanacak hukuktan başka bir hukukun seçilebileceği yönünde bkz. ULUSU, s. 41; NACIMIENTO, s. 225.

¹²²⁴BERNARDINI, s. 199; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 44; YASAN TEPETAŞ, s. 278.

Tahkim anlaşmaları bakımından zımni hukuk seçiminin kabul edilebilirliğinden önce, açık ve zımni hukuk seçiminin ne olduğu açıklanmalıdır. Hukuk seçiminin açık olması, borçlar hukuku anlamında açık irade beyanı tanımıyla paralel bir şekilde, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi belirli bir hukuka tabi kılmak yönündeki irade beyanlarının, hiçbir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anlaşılmasıdır¹²²⁵. Zımni hukuk seçimi ise sözleşmenin diğer hükümleri, sözleşmeyle ilgili birtakım maddi vakıalar ya da halin icabı dikkate alınarak tarafların gerçek iradelerinin yorumlanmasıyla tespit edilmektedir¹²²⁶. Zira MÖHUK m. 24 hükmünün sadece lafzından da görüleceği üzere, “*sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi*”, zımni hukuk seçimidir¹²²⁷. Örneğin, seri siparişler verilmesi gibi iki tarafın süreklilik arz eden bir sözleşmesel ilişki içinde olduğu hallerde aynı hukukun tercih edilmesi, devam eden sözleşmelerde, özellikle uygulanacak hukukun seçilmediği haller hariç olmak üzere, tarafların sözleşmesel ilişkilerine bu hukukun uygulanması yönündeki zımni iradelerini gösterebilecektir¹²²⁸. Benzer bir mantık, tahkim anlaşmaları bakımından da kabul edilebilir. Taraflar önceki sözleşmelerindeki tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuku, Türk hukuku olarak seçtiğinde, sonraki tarihli siparişler kapsamında veya somut olayın şartlarının gerektirdiği hallerde hukuk seçiminin taraflarca ihmal edildiği sonucuna gidilebiliyorsa, Türk hukukunun tarafların zımni seçimi olarak sonraki tarihli hukuki ilişkilerinde yer alan tahkim klotlarına da uygulanması gerektiği sonucuna varılabilecektir. Tarafların bir yargılamada iddialarını aynı hukuka dayandırdığı hallerde de, uygulanacak hukukun zımnen seçildiği sonucuna varılabilecektir¹²²⁹.

¹²²⁵NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 326; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 333; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 403; DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 179-180; ARSLAN İlyas: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 33, S. 2, Mart 2016, s. 7.

¹²²⁶DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 403; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 334; DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 192-196; BAYATA CANYAŞ Aslı: “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (ed. KAYA Refia), C. 1, S. 1, Haziran 2011, s. 111-112; ARSLAN, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 8-14. Örneğin, taraflar arasında açık hukuk seçimi yapılan bir başka sözleşmeye atıf yapılması, taraflar arasında aynı nitelikteki başka sözleşmelerde açık hukuk seçiminin mevcut olması ve ilgili sözleşmelerin fiili olarak bu hukuka göre yerine getirilmiş olması, sözleşmede belirli bir ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerine gönderme yapılması ya da taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıklar bakımından aynı devlet mahkemelerinin münhasıran yetkilendirilmesi halinde, zımni hukuk seçiminin var olduğunu gösteren belirtilerden söz edilebilecektir (NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 327-328).

¹²²⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 43; ULUSU, s. 49.

¹²²⁸DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 225-226.

¹²²⁹LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 416.

Dolayısıyla, hakem ve hâkim önündeki bir yargılamada, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin tarafların savunmaları, tek bir ülke hukukuna göre yapılmışsa, o ülke hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca zımnen seçildiği söylenebilecektir.

Görüldüğü üzere, sözleşmede kullanılan terimlerin anlamı haricinde unsurlara başvurulduğunda, zımni hukuk seçiminin söz konusu olacağı kabul edilmektedir¹²³⁰. Zımni hukuk seçimi halinde tarafların, sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağı konusunda seçim yapıp yapmadığını belirlemek, bir yorum meselesi haline dönüşmekte¹²³¹; taraf davranışları ve esas sözleşmenin tüm hükümleri kapsamında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilebiliyorsa zımni hukuk seçiminden söz edilmektedir¹²³². Zımni hukuk seçimi tıpkı açık hukuk seçimi gibi gerçek bir hukuk seçimidir¹²³³. Zımni hukuk seçimi değerlendirmelerinde de tarafların iradesi, sözleşme hükümlerinden veya olayın şartlarından makul bir kesinlik derecesinde tespit edilebilmelidir¹²³⁴. Zımni hukuk seçimi bakımından tarafların gerçek iradesinin aranması, zımni hukuk seçimini farazi hukuk seçiminden ayırmaktadır¹²³⁵. Hâkimin tarafların yerine kendini koyarak belirlediği hukuk taraf iradelerini yansıtmadığından, farazi hukuk seçimi kabul edilmemektedir¹²³⁶. Görülmektedir ki, zımni tahkim iradesinin gerçek bir irade beyanı teşkil etmesi ve somut olayın koşullarından etkilenecek şekilde yapılan bir yorum faaliyeti neticesinde tespit edilmesi, tartışma konusu tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi olduğunda değişmemektedir.

¹²³⁰DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 210.

¹²³¹DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 192-193; *Enka v. Chubb Russia*, prg. 35.

¹²³²LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415. Zımni hukuk seçiminin mümkün olduğu haller genelde, yetkili mahkeme veya tahkim yerinin belirlenmesi, sözleşmenin dili, tarafların aynı konuda akdettiği aynı türden diğer sözleşmelerde seçtikleri hukuk ya da sözleşme içerisinde belirli bir devletin kanun hükümlerine atıf yapılması gibi kriterlerle kabul edilse de, bu kriterlerin kolektif olarak aynı hukuku işaret ettiği ihtimalde zımni hukuk seçiminin varlığı kabul edilmelidir (NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 328-329; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 403-404; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 45; BAYATA CANYAŞ, s. 113). Bununla birlikte, tarafların hukuk seçimi konusunda müzakere edip bir hukuku seçmemesi halinde zımni hukuk seçiminden söz edilemeyeceği yönünde bkz. DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 404.

¹²³³DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 222; NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 327; *Enka v. Chubb Russia*, prg. 35.

¹²³⁴LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415.

¹²³⁵NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 327; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 404-405; ARSLAN, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 18.

¹²³⁶TEKİNALP, s. 284-286; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334-335; NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 327; DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 197-198; ARSLAN, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 18. Açık ya da zımni hukuk seçiminin yokluğunda, sıkı ilişki esasından hareket ederek objektif bağlama kuralları kapsamında uygulanacak hukukun tespit edildiği yönünde bkz. DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 404-405.

Uygulamada, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk bakımından, zımni hukuk seçimi ve tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı olduğu hukukun tespiti değerlendirmeleri kesişebilmektedir¹²³⁷. Zira tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukukun tespiti, zımni hukuk seçimine karar verilirken önemli bir faktör olarak dikkate alınabilmektedir¹²³⁸. Bu sebeple, bazı durumlarda tahkim yerinin tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olduğu gerekçesi, bu yer hukukunun zımni olarak seçilmesi gerekçesiyle birlikte değerlendirilmektedir¹²³⁹. En yakın bağlantının tespit edildiği bir karar örneği olarak, *National Thermal Power Corporation v. Singer Company and Ors* kararında¹²⁴⁰ Hindistan mahkemeleri, açık veya zımni bir hukuk seçimi yapılmayan

¹²³⁷DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 404.

¹²³⁸*Sulamérica v. Enesa*, prg. 25; England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kabab-Ji S.A.L. (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)*, [2020] EWCA Civ 6, 20.01.2020, bailii.org, prg. 37. Uygulamada zımni hukuk seçimi, genellikle en yakın bağlantıya sahip hukukun tespitiyle karışmaktadır. Nitekim, en yakın bağlantıya sahip hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçilen hukukun tespiti üzerinde etkisi vardır (PEARSON, s. 117, dn. 11). Tahkim yerinin ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni bir hukuk seçimi mi, yoksa uygulanacak hukuka işaret eden bir bağlantı unsuru mu olduğunu ayırt etmek zordur. Bir yandan, mahkemenin tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı olduğu hukuku değerlendirmeden önce, zımni hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığını değerlendirmesi gerekirken; zımni hukuk seçimi ve en yakın bağlantılı hukuk sistemine işaret eden faktörler genelde çakışmaktadır. Dolayısıyla, bu iki değerlendirmeyi, birbirinden kesin bir şekilde ayırmak zordur (ABRAHAM Cecil W.M./AMİRUDİN Aniz Ahmad/CHUEN Daniel Chua Wei: “Interaction of Laws in International Arbitration: An Asian Perspective”, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, s. 75). Öte yandan, sözleşme içi dengeler veya potansiyel avantajlar gibi farklı motivasyonlar söz konusu olabileceğinden, sözleşmenin bir hukukla sıkı ilişki kurmaya sebep olması ve bir hukukun sözleşmeye uygulanmak üzere zımnen seçilmesinin farklı durumlar olduğu, zımni hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için sözleşmeyle bir ülke hukuku arasında sıkı ilişki kurulmasının yeterli olmadığı, kritik meselenin somut olayın koşulları ve sözleşmenin unsurları kapsamında yapılacak bir değerlendirmeye, tarafların hukuk seçimi yönündeki zımni iradelerini tespit etmek olduğu ve fakat sözleşmeye ilişkin çeşitli unsurların birleşerek bir ülke hukukunu işaret etmesinin zımni hukuk seçiminin saptamasına tek başına müsaade etmeyeceği yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 224-225.

¹²³⁹Örneğin, Malezya Federal Mahkemesi’nin *Thai-Lao Lignite Co Ltd and Anor v. Government of the Lao People’s Democratic Republic* kararında, Malezya kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmemesi halinde, tahkim yerinin tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olduğu gerekçesiyle, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni olarak seçildiği sonucuna varılmıştır (The Federal Court of Malaysia, *Thai-Lao Lignite Co Ltd and Anor v. Government of the Lao People’s Democratic Republic*, 17.08.2017, jusmundi.com, prg. 244). Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 77. Benzer yönde bir başka karara ilişkin bilgi için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 256, 282. Hem tarafların zımni seçiminin bu yönde olduğu hem de tahkim yerinin tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk olduğu için tahkim anlaşmalarının esasına uygulandığı bir karar örneği için bkz. TEKİN, s. 185-186; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 90. Benzer yönde bir başka karar için bkz. England and Wales High Court (Commercial Court), *Abuja International Hotels Limited v. Meridien SAS*, [2012] EWHC 87 (Comm), 26.01.2012, bailii.org, prg. 21 (*Abuja v. Meridien*). Tahkim anlaşmasına, zımni hukuk seçimi yoluyla tahkim yeri hukukunun uygulanacağı sonucuna, tahkim anlaşmasının, tahkim yeriyle en yakın bağlantıya sahip olacağı ve bu nedenle tahkim yargılamasına ve iptal davasına bu hukukun uygulanacağı düşüncesiyle ulaşıldığı yönünde bkz. BORN, s. 829.

¹²⁴⁰*National Thermal Power Corporation v. Singer Company and Ors*, Supreme Court of India, 1992 SCC (3) 551, 07.05.1992, indiankanoon.org (*National Thermal Power Corporation v. Singer Company and Ors*).

durumlara özgü olarak, tarafların adil ve makul kişiler olarak kabul edilerek uygulanacak hukuk konusunda neyi amaçlamış olacaklarının objektif bir test ile belirleneceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda, tahkim anlaşmasının en yakın bağlantısının olduğu hukuk sistemini belirlemek için sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin şekli ve amacı, ifa yeri, tarafların ikamet veya iş yeri, yargılama yetkisine sahip mahkemelere yapılan atıflar ve diğer bağlantılar incelenmektedir¹²⁴¹. Öte yandan, tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk tespit edilirken objektif bir yaklaşım benimsenmiş olsa da¹²⁴², sadece objektif kriterlerden hareket etmeyerek *lex contractus* ve *lex arbitri*'den hangisinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağını, tarafların zımni seçimlerinin yorumlanmasıyla analiz edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹²⁴³. Her ne kadar, tarafların zımnen seçtikleri hukuk tespit edilirken faydalanan kriterler, tarafların zımni iradelerinin yokluğunda tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı hukukunun belirlenmesi için de kullanılabilecek nitelikte olsa da, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, uyuşmazlıkla veya taraflarla bağlantılı olmak zorunda da değildir¹²⁴⁴.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti, kanunlar ihtilafı analizi gerektirmektedir¹²⁴⁵. Öncelikle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk taraflarca açıkça seçildiğinde, tarafların iradelerine riayet edilerek tahkim anlaşmasına o hukuk uygulanır¹²⁴⁶. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından taraf iradeleri, öncelikli bir bağlama noktası teşkil

¹²⁴¹Kararın devamında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun Hindistan hukuku olduğu açıkça belirtildiğinden ve sözleşme kapsamında ortaya çıkan tüm konularda *Delhi* mahkemelerinin münhasır yargı yetkisi kabul edildiğinden, tarafların tahkim klotuna uygulanmak üzere Hindistan hukukundan farklı bir hukuku açık veya zımnen seçmedikleri ihtimalde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun Hindistan hukuku olacağı ve bu ülkenin yetkili mahkemelerinin tahkimle ilgili konularda zorunlu olarak yargılama yetkisine sahip olacağı belirtilmiştir (*National Thermal Power Corporation v. Singer Company and Ors*, prg. 4, 8). Bu kararda, ilk basamak en yakın bağlantılı hukukun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğu; bu hukuk belirlenmemişse, ikinci basamak en yakın bağlantılı hukukun tahkim yeri hukuku olduğu şeklinde bir karine yaratıldığı yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 292.

¹²⁴²Tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının, objektif bir bağlama kuralı teşkil ettiği ve tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşmasıyla objektif olarak en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edildiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 40.

¹²⁴³ABOLAFIA, s. 67. Bir hukukun sözleşmeye uygulanmak üzere zımnen seçildiğinin kabul edilebilmesi için objektif ve subjektif şartlar bir arada aranırken; sıkı ilişki esassından hareketle uygulanacak hukukun tespit edildiği hallerde, iki şartın bir arada aranmadığı yönünde bkz. DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 404.

¹²⁴⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 564; ULUSU, s. 41; WILSKE/FOX, *Article V*, s. 289.

¹²⁴⁵LEW, s. 129; NAZZINI, s. 684.

¹²⁴⁶CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 107; ABOLAFIA, s. 65; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415.

etmektedir¹²⁴⁷. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uygulamada nadiren seçilmektedir¹²⁴⁸. Nitekim taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk üzerinde uzlaşmamakta ya da bu hukuku seçmeyi ihmal edebilmektedir¹²⁴⁹. Özellikle esas sözleşmenin hararetli müzakereleri sırasında

¹²⁴⁷ÖZEL, s. 317; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 260-261; YASAN TEPETAŞ, s. 296. Taraflara bu yönde bir hukuk seçimi imkânı verilmesi, borçlar hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesinin kanunlar ihtilafı hukukundaki izdüşümüdür (ULUSU, s. 39-40; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96). Tarafların hukuk seçimi yapmalarının, hakemlerin beklenmedik karar verme riskini önlemesi sebebiyle, kesinlik, öngörülebilirlik ve yeknesaklık sağladığı ve olası bir uyuşmazlık konusunu ortadan kaldırdığı yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415.

¹²⁴⁸BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 491; ÜLGNER, s. 605; SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması*, s. 2027; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 261; ABOLAFIA, s. 65; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 120; ULUSU, s. 42; GLICK/VENKATESAN, s. 131; PEARSON, s. 116; BERGER, s. 320; ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 74; NAZZINI, s. 681; BCY v. BCZ, prg. 59. Tahkim merkezlerinin model tahkim klotlarında da, genelde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku içeren şekilde bir düzenlenme yapılmamaktadır. Ancak, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, LCIA Tahkim Kuralları m. 16/4 kapsamında açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğu belirtilmiş ve aynı zamanda tarafların tahkim anlaşmasını yaptıktan sonra tahkim yerini belirleyebileceği ve hakem heyetinin tahkim yerini değiştirebileceği kabul edilmiştir. LCIA Tahkim Kuralları için bkz. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx. Singapur Tahkim Merkezi model tahkim klotunda ise tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk maddesini tahkim anlaşmalarına eklemesi gerektiği belirtilerek, bu konuda model tahkim klotuna örnek bir cümle eklenmiştir. İlgili model tahkim klotu için bkz. <https://siac.org.sg/siac-model-clauses>. HKIAC model tahkim klotu da, benzer bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili model tahkim klotu için bkz. <https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses>. Viyana Milletlerarası Tahkim Merkezi model tahkim klotunda da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tarafların tahkim klotunda belirtmek isteyebilecekleri bir husus olarak ifade edilmiştir. İlgili model klot için bkz. <https://www.viac.eu/en/arbitration-basics/arbitration-clauses/standard-model-arbitration-clause/>. Öte yandan, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin, İSTAC Tahkim Kuralları'nda ve İSTAC model tahkim klotunda, Milletlerarası Ticaret Odası ve İTOTAM kurumsal tahkim kurallarında herhangi bir düzenleme mevcut değildir (YASAN TEPETAŞ, s. 282).

¹²⁴⁹NAZZINI, s. 682. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun nadiren seçilmesinin sebebi, tarafların sözleşmeye ilişkin pazarlık yaparken bu konuya öncelik vermemeleri veya öncelik verseler de, esas sözleşmedeki uygulanacak hukuk hükmünün tahkim anlaşmasına da uygulanacağını düşünmeleridir (PRIMROSE, s. 139). Milletlerarası sözleşmelerin müzakere edilmesine ve milletlerarası tahkime ilişkin deneyimler, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunun, milletlerarası sözleşmelerde özel bir ilgi görmediğini göstermektedir. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Öncelikle, sözleşme müzakereleri aşamasında tahkim klotlarına ayrılan zaman sınırlı olduğundan bu hükümler genelde model klotlara uygun olarak düzenlenmektedir. İkinci olarak, taraflar tahkim klotunun geçerliliğine odaklı olduğundan, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gibi ek karmaşa yaratabilecek bir hususu sözleşmeye eklemekten kaçınmaktadır. Son olarak, sözleşmenin müzakereleri gibi gelecekteki olası uyuşmazlıkların özelliklerinin kolayca tahmin edilemeyeceği bir zamanda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmesi, zor ve zaman alıcı olarak değerlendirilebilmektedir (BERNARDINI, s. 197). Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin bir hükmün tahkim klotuna eklenmesi, tahkim klotunun karmaşık hale gelmesi olarak görülmekte ve tarafları, tahkim klotunun gelecekte ortaya çıkaracağı sorunları çözmeye yardımcı olacağı umuduyla tahkim yeri gibi tahkim klotunun diğer yönlerine odaklanmaya yönelmektedir (PEARSON, s. 117). Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmemesinin sebebinin, tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışma konusu olduğunda, tahkim anlaşmasına uygulanabilecek hukukların tahkimi geçersiz kılmayacağına inançları ya da tarafların esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağını düşünmeleri olduğu yönünde bkz. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 107-108.

genelde son ana bırakılan ve çok da önemsenmeyen tahkim klostları, yabancı literatürde “*midnight clause*” olarak nitelendirilmektedir¹²⁵⁰.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, MTK, UNCITRAL Model Kanunu, NYK ve Avrupa Sözleşmesi gibi çeşitli ulusal kanunlar ve uluslararası sözleşmeler kapsamında düzenlenmiştir. Uygulama alanı bakımından farklılıkları bir yana, bu ulusal kanunlar ve uluslararası sözleşmelerden hangisinin uygulanacağı, uyuşmazlığın bulunduğu aşamaya bağlıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği, incelendiği aşama bakımından, hakem kararı öncesi ve sonrası şeklinde farklı değerlendirilmelidir. Hakem kararı verilmesinden önceki aşamaya ilişkin olarak, NYK m. II/3 hükmünde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir ve aynı durum UNCITRAL Model Kanunu m. 8 hükmü için de geçerlidir¹²⁵¹. Bununla birlikte, hakem kararından önceki aşamada tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun *lex fori*’ye göre belirlenebileceği¹²⁵² ya da hakem kararından önceki döneme de NYK’nin kıyasen uygulanabileceği şeklinde

¹²⁵⁰MEZA-SALAS, s. 11; BUCOVALA/RUSU, s. 89; MILES/GOH, s. 385; BCY v. BCZ, prg. 61; FirstLink, prg. 1.

¹²⁵¹YASAN TEPETAŞ, s. 283; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 261. NYK ve UNCITRAL Model Kanunu’nun, Avrupa Sözleşmesi m. VI/2 hükmü aksine, tanıma ve tenfiz davaları ve iptal davaları dışında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun devlet mahkemeleri nezdinde belirleneceği ihtimallere ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmediği yönünde bkz. YÖNEY, s. 22. NYK m. II hükmü ile m. V/1-a hükmü ve UNCITRAL Model Kanunu m. 8 hükmü ile m. 34 ve m. 36 hükümleri arasındaki ilişkinin tartışmalı olduğu yönünde bkz. BORN, s. 823-826.

¹²⁵²BERNARDINI, s. 200. Bu yönde verilmiş karar örnekleri için bkz. SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 55-56, dn. 55. NYK m. V/1-a hükmünde cevapsız bırakıldığından değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmediği ve tahkim yerinin belirlenmediği bir senaryoda, hakem kararından önceki bir aşamada devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği değerlendirmesini hangi hukuka göre yapacağı meselesidir. Bu ihtimalde, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve *lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği yönünde görüşlerin mevcut olduğu yönünde bkz. SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 56; SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması*, s. 2029-2030. Sarioz Büyükalp, bağımsızlık prensibi sebebiyle esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımına karşı çıkmaktadır (SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması*, s. 2030). Bir diğer görüşe göre, her ne kadar, *lex fori*’nin kendi kanunlar ihtilafı kuralını uygulaması ihtimali NYK kapsamında düzenlenmemiş olsa da, bu durumda *lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanabilir (WILSKE/FOX, *Article II*, s. 172-173; LEW, s. 142). *Lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından önce, tahkim yeri konusunda mahkemenin tarafların iradelerini tespit etmeye çalışacağı yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 172. Sonuç olarak, hakem kararının verilmesinden önceki bir aşamada, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği Türk mahkemeleri nezdinde bir tartışma konusu olursa, tarafların hem tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku hem de tahkim yerini belirlemediği bir ihtimalde, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini inceleyecek Türk hâkiminin, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerekmektedir. Dolayısıyla Türk hâkimi, MÖHUK m. 24 hükmü kapsamında, tahkim anlaşmasıyla en sıkı ilişkili hukuku belirleyerek tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini inceleyecektir (SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması*, s. 2030).

farklı görüşler mevcuttur¹²⁵³. Bu anlamda, Türk mahkemelerinde tahkim ilk itirazı ileri sürülmesi ihtimalinde, tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda MTK m. 4/3, MTK'nin uygulanmadığı tahkimlerde ise tartışmalı olmakla beraber MTK m. 4/3 ya da MÖHUK m. 24 uyarınca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenebileceği ifade edilmektedir¹²⁵⁴. Doktrinde, tahkim yerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlıklar bakımından MTK'de bir düzenleme öngörülmemesinden hareketle, MÖHUK m. 62/1-e hükmünde düzenlenen kuralın, tahkim ilk itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanabileceği de belirtilmektedir¹²⁵⁵.

Tahkim yerinin Türkiye olması sebebiyle MTK'nin uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından, MTK m. 4/3 ve NYK m. V/1-a hükümleri birbiriyle paralel düzenlemeler içerdiğinden, *lex fori* de uygulansa NYK m. V/1-a kıyasen de uygulansa, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından varılacak sonuç değişmeyecektir. Tahkim yerinin Türkiye olmaması sebebiyle MTK'nin uygulanmadığı uyuşmazlıklar bakımından ise MÖHUK m. 24 ve NYK m. V/1-a hükümlerine göre varılacak sonuç değişebileceğinden benimsenen görüş önem arz etmektedir. Öte yandan, MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanması halinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmalarında karakteristik edim olmadığından¹²⁵⁶, tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı olduğu hukuk olabilecektir¹²⁵⁷. Bu tespitimiz bir yana, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 düzenlemesi uyarınca belirlenecek ise hükmün

¹²⁵³LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 119; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 54. Her ne kadar, NYK hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlese de, tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilirken tahkim yargılamasının erken aşamalarında da NYK'nin uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. BUCOVALA/RUSU, s. 92. NYK m. II/3 hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliği incelemesinin, NYK m. V/1-a hükmü uygulanarak tespit edilen hukuka göre yapılması gerektiği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 547. Öte yandan, NYK m. V/1-a hükmü sınırlı bir etkiye sahip olduğundan, geçerlilik prensibine göre, NYK m. II/3 hükmünün uygulandığı bir durumda, NYK m. V/1-a hükmünün işaret ettiği hukuktan başka bir hukukun da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 564.

¹²⁵⁴ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 95-100; SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2030-2031; ŞANLI, s. 916-917; AYDIN, s. 22.

¹²⁵⁵AYDIN, s. 23.

¹²⁵⁶SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2031.

¹²⁵⁷AYDIN, s. 22. Karakteristik edim borçlusunun mevcut olmadığı sözleşmeler bakımından, MÖHUK m. 24/4 hükmünün ikinci ve üçüncü cümlesinin uygulama alanı bulamayacağı ve doğrudan en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 340-343. Bu kapsamda, en yakın bağlantılı hukukun, tahkim anlaşmasının ifa yeri olan tahkim yeri hukuku olduğu yönünde bkz. BERGER, s. 315.

lafzı açıkça zımni hukuk seçimine imkân tanıdığından¹²⁵⁸, aynı yorum tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi için de kabul edilmelidir ve taraflarca zımni hukuk seçimi yapılıp yapılmadığı incelenmeden objektif bağlama kuralı uygulanmamalıdır¹²⁵⁹.

MTK'nin uygulanacağı tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, MTK m. 4/3 hükmünde düzenlenmiştir¹²⁶⁰. Bu hükme göre, tahkim anlaşmasının esasına öncelikle tarafların seçtiği hukuk, taraflar bir hukuk seçmemişlerse, Türk hukuku uygulanacaktır¹²⁶¹. Bu hükümde zımni hukuk seçimine yönelik açık bir ifade yer almadığından, MTK m. 4/3 hükmünün zımni hukuk seçimine imkân tanıyıp tanımadığı değerlendirilmelidir. NYK ve Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından, zımni hukuk seçimi imkânı, uygulama alanına göre MTK veya MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca

¹²⁵⁸MÖHUK m. 24/1 hükmünde yer alan “tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılan” ibaresinin, hükmün zımni hukuk seçimine müsaade edip etmediği yönünde doğrudan tartışmalar için bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 327; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 333-334; ARSLAN, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 29-30. *Ulus*’ya göre, MÖHUK’ta yer alan bu ifade, farazi hukuk seçimini engellemeyi ve zımni hukuk seçimi bakımından hukuk güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla MÖHUK m. 24/1 hükmü, sözleşme hükümlerinden ve yorum yapılmak suretiyle somut olayın şartlarından açıkça anlaşılabilen hallerde, gerçek bir hukuk seçimi olan zımni hukuk seçimine müsaade etmektedir. Kaldı ki, kanunun genel gerekçesi ve MÖHUK m. 24 hükmünün gerekçesi de zımni hukuk seçimine izin vermektedir (ULUSU, s. 48, dn. 37). MÖHUK m. 24 hükmü kapsamında, zımni hukuk seçiminden söz edilebilmesi için tarafların hukuk seçimi yönündeki gerçek iradelerinin varlığının şart olduğu, bunun somut olayın koşullarının titiz bir şekilde incelenmesi sonucu tespit edilebileceği ve sözleşmenin hükümlerinin ve halin şartlarının birlikte hiçbir kuşku duyulmayacak şekilde aynı hukuku işaret etmesi gerektiği yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 192-193.

¹²⁵⁹ULUSU, s. 48-49. Zımni hukuk seçimini dikkate almaksızın doğrudan objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespit edilmesinin taraf iradelerine aykırı olacağı yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 196. *C v. D* kararında (Kararın açık atfı için bkz. dn. 812), tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku zımni olarak seçip seçmediği incelenmemiştir. *C v. D* ve *Sulamérica v. Enesa* davalarında alınan kararlar, tarafların zımni seçimine değil, böyle bir seçimin olmaması halinde geliştirilen çözüme dayanmaktadır. Dolayısıyla, amaç, tahkim anlaşmasının en yakın bağlantısının olduğu hukuku tespit etmektir (*C v. D*, prg. 23; *Enka v. Chubb Russia*, prg. 48; *ABOLAFIA*, s. 73). Bu konuda, *Sulamérica v. Enesa* kararında *Moore-Bick LJ* tarafından, *C v. D* davasında *Longmore LJ*’nin açık hukuk seçiminin olmadığı bir senaryoda, zımni hukuk seçimini değerlendirmeden doğrudan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmesi eleştirilmiştir. Zira hangi hukuk sisteminin tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olduğu değerlendirilmeden önce, tarafların açık veya zımni olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku seçip seçmediklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir (*Cruz City*, prg. 13, 17-e).

¹²⁶⁰MTK m. 4/3 hükmünde, iMÖHK m. 178/2 hükmünün örnek alındığı yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 215. Farklı ülkelerin tahkim kanunlarında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka dair yer alan düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 106-108.

¹²⁶¹AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 217; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 109; ULUSU, s. 41; SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 59; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 261.

incelenecektir¹²⁶². MÖHUK m. 24 hükmü, MTK dahil olmak üzere, hukuk seçimine müsaade edilen tüm özel kanunlar ihtilafı kuralları açısından aksi öngörülmedikçe hukuk seçimi konusunda temel prensipleri belirlemektedir¹²⁶³. Bizim de katıldığımız görüşe göre, MTK m. 4/3, MTK m. 15/A/1-a ve MÖHUK m. 62 hükümlerinde, MÖHUK m. 24/1 hükmünde olduğu gibi zımni hukuk seçimine imkân veren bir ifade olmasa da, bu durumu ilgili hükümlerin zımni hukuk seçimine imkân tanımadığı şeklinde yorumlamamak gerekmektedir¹²⁶⁴. Nitekim söz konusu hükümler hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiğini düzenlememekte¹²⁶⁵ ve hukuk seçimi bakımından şekil şartı da öngörmeyerek zımni hukuk seçimi imkânının kabul edilmediğine yönelik herhangi bir ifade de içermemektedir¹²⁶⁶. Varılan bu sonucu,

¹²⁶²ULUSU, s. 48.

¹²⁶³ULUSU, s. 49. MÖHUK m. 24 hükmünde düzenlenen genel kanunlar ihtilafı kuralının, hukuk seçimine ilişkin temel prensipleri düzenlediği ve açık bir şekilde aksi belirtilmedikçe tüm sözleşmelere ve hukuk seçimi imkânı tanınan diğer ilişkilere de uygulanacağı yönünde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 328-329. Şit Köşgeroğlu, her ne kadar MÖHUK'ta yer alan diğer sözleşmeler için MÖHUK m. 24 hükmünde öngörülen prensiplerin geçerli olduğunu kabul etse de, milletlerarası tahkim ayrı bir kanunla düzenlendiğinden ve bu kanunda tahkim anlaşmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı öngörüldüğünden, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralının tahkimin gerekleri, güncel yaklaşımlar ve MTK kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, MÖHUK m. 24 hükmü, yetki sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde dahi, yetki sözleşmelerinin hukuki niteliği kapsamında sınırlı ele alınmaktadır. Tahkim anlaşmaları için ise kanunda ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüştür ve tahkim anlaşmalarının usuli karakteri ve maddi hukuk karakterinin ayrılması oldukça zordur. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralında yer verilen hukuk seçimi imkânının anlamı ve kapsamı, MÖHUK m. 24 değil; tahkim hukuku bakış açısıyla yorumlanmalıdır ve zımni hukuk seçiminin kabul edilmesine “ihtiyatlı” yaklaşılmalıdır (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 542).

¹²⁶⁴ULUSU, s. 49.

¹²⁶⁵MTK tahkim anlaşmasının “ *tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka*” ifadesini kullanmış ve “ *tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açıkça seçtiği hukuka*” gibi bir ifade kullanmamıştır. MÖHUK m. 24 hükmü kapsamında hukuk seçimi bakımından “ *açık olarak seçtikleri*” ifadesi kullanılmış olsa da, hükmün devamında “ *Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi*” de geçerli kabul edilmiş ve zımni hukuk seçimi imkânı kabul edilmiştir.

¹²⁶⁶Bu sonucun NYK veya Avrupa Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin değerlendirildiği haller ile MTK hükümlerine göre değerlendirildiği haller arasında, uygulanacak hukukun tespiti açısından uyum sağladığı yönünde bkz. ULUSU, s. 48-50; YASAN TEPETAŞ, s. 297. Bir ön kabul olarak, zımni hukuk seçimi imkânının, tacirler arası ilişkilerde belirliliği, öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği olumsuz etkilediği; ancak, hukuk seçimine ilişkin özel şart yokluğu, sınırlama koyulmaması ve açıkça yasaklanmaması nedenleriyle MTK m. 4/3 ve m. 15/A-1-a ile ve MÖHUK m. 62/1-e hükümlerinde zımni hukuk seçimine müsaade edildiği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 297. Akıncı, MTK m. 12-C hükmünde, hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılmasının şart koşulmadığından hareketle, zımni hukuk seçimine imkân tanındığı görüşündedir (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 339). Benzer şekilde Özel, MTK m. 12-C hükmü uyarınca belirlenecek uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk konusunda, zımni hukuk seçiminin mümkün olduğunu savunmaktadır (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 156). Oysa aynı yazar, MTK m. 4/3 hükmünü, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına da otomatik teşmilinin mümkün olup olmadığı çerçevesinde incelemiştir. Yazar, bu hükmün bağımsızlık ilkesini güçlendirmekte olduğunu, bu hüküm kapsamında tarafların tahkim anlaşması bakımından ayrıca bir hukuk seçimi yapması gerektiğini, otomatik teşmil söz konusu olamayacağından tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımni olarak seçilemeyeceğini belirtmiştir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96). Uлуу yazarın bu görüşüne, MTK m. 4/3 hükmünde hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması

MÖHUK m. 24 hükmünün gerekçesi de desteklemektedir¹²⁶⁷. Aksi yöndeki görüş ise, MTK m. 4/3 hükmünün sadece açık hukuk seçimine müsaade ettiğini savunmaktadır¹²⁶⁸. Şit Köşgeroğlu, MTK m. 4/3 hükmünün zımni hukuk seçimine izin verip vermediğinin MÖHUK'ta kabul edilen hukuk seçimine hâkim ilkeler kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirterek, zımni hukuk seçimi imkânının reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, tahkim anlaşmalarının, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü kapsamından çıkarılması, MÖHUK'un bu değerlendirmede esas alınmaması gerektiğini teyit etmektedir. MTK m. 4/3 hükmünde zımni hukuk seçiminin kabul edilip edilmediği değerlendirmelerinde, NYK m. V/1-a hükmü esas alınmalıdır ve fakat zımni hukuk seçiminin kabulünün mahkemelerin keyfi uygulamalarıyla yarattığı belirsizlik karşısında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından açık hukuk seçimi aranmalıdır, taraflarca açık hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine, tahkim anlaşmasıyla kaçınılmaz bir şekilde bağlantılı olması sebebiyle tahkim yeri hukuku olarak Türk hukuku uygulanmalıdır¹²⁶⁹.

MTK m. 4/3 hükmüyle paralel olarak, NYK kapsamındaki tenfiz davalarıyla sınırlı olarak uygulanacak olan¹²⁷⁰ NYK m. V/1-a hükmünde de, tahkim anlaşmasının

gerektiğine dair herhangi bir ibarenin yer almaması ve hukuk seçiminin tahkim anlaşmasına yönelik olmasının gerekmesinin, taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde zımni hukuk seçimi yapılmasına engel olmaması nedeniyle katılmamaktadır (ULUSU, s. 50, dn. 40).

¹²⁶⁷İlgili hükmün gerekçesinde "...milletlerarası özel hukukta, bazı hukuki işlem ve ilişkilerde temel ilke haline gelen ve giderek uygulama alanı genişleyen tarafların uygulanacak hukuku seçme imkanına, bu durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla genel kurallar arasında yer veril(diği); ancak, (uygulanacak hukuku seçme) imkanının sınırları varsa, bu sınırlar(in) ilgili özel maddelerde belirtil(diği)..." demek suretiyle bu hususa açık bir şekilde yer verilmiştir. İlgili gerekçe metni için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, 2006, 4, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

¹²⁶⁸ZORLU Süleyman Yasir: "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka "Geçerlilik Yaklaşımı"", Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (eds. ÖZEL Sibel/ERKAN Mustafa), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, www.lexpera.com, s. 247. MÖHUK'un zımni hukuk seçimine müsaade ederken, MTK'nin açık hukuk seçimini gerektirecek şekilde düzenlendiği yönünde bkz. ÖZKAN Işıl: "Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk", Public and Private International Law, C. 40, S. 2, İstanbul, 2020, s. 840.

¹²⁶⁹ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 543-544. MTK m. 4/3 hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi halinde tahkim yeri hukukunun uygulanacağı, bu hükmün yorumlanmasında yetki sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından yetkilendirilen mahkemenin hukukunun uygulanmasının dikkate alınabileceği, bu iki hukuk sisteminin, uygulanacak hukukun tespiti bakımından aynı işlevi gördüğü ve taraflarca uygulanacak hukukun seçilmemesi halinde, tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının, yetki sözleşmeleri perspektifinden de dayanağını bulduğu yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 546.

¹²⁷⁰LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 118-119. Örneğin, NYK bir İngiliz mahkemesinin yürütmeyi durdurma veya ihtiyati tedbir başvurusu hakkında karar vermesi gerektiğinde uygulanmayacaktır (NAZZINI, s. 686).

esasına uygulanacak hukuk, öncelikle tarafların seçimine, taraflarca bu yönde bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır¹²⁷¹. Her ne kadar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bu şekilde düzenlenmiş olsa da, “*tarafların tabi kıldığı hukuk*” ibaresi, anlam yönünden belirsizlik içermektedir¹²⁷². NYK m. V/1-a hükmünün zımni hukuk seçimini de kapsadığı kabul edildiğinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken, öncelikle açıkça veya zımnen bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığı incelenecek ve taraflarca herhangi bir hukuk seçilmemişse, tahkim anlaşmasının esasına objektif bağlama kuralı olan tahkim yeri hukuku uygulanacaktır¹²⁷³. Bu hüküm, tahkim anlaşmasına özel ve ortak bir kanunlar ihtilafı kuralı teşkil etmektedir¹²⁷⁴.

Zımni hukuk seçiminin kabulü, NYK m. V/1-a hükmünde zımni hukuk seçimine imkân tanınmasının kabulüyle de doğrudan alakalıdır. Nitekim NYK m. V/1-a kapsamında zımni hukuk seçimine imkân tanımadığının kabulü halinde, zımni hukuk seçimine dayalı olarak verilen hakem kararının tenfizi riskli hale gelecektir¹²⁷⁵. Bununla birlikte, genel olarak, NYK m. V/1-a hükmünde zımni hukuk seçimine izin verildiği kabul edilmektedir¹²⁷⁶. Keza NYK m. II/1 hükmü, şekil şartıyla birlikte

¹²⁷¹BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 498-499; BERGER, s. 317; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 119; NACIMIENTO, s. 224. NYK ve Avrupa Sözleşmesi’ndeki tahkim anlaşmasının esasına ilişkin öngörülen düzenlemelerin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, objektif kriterler sağladığı yönünde bkz. İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96-97.

¹²⁷²Madde lafzından, uygulanacak hukukun açıkça seçilen bir hukuk mu olması gerektiğinin, yoksa esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi veya tahkim yerinin seçilmesi gibi taraflarca zımni olarak seçilen bir hukuk olup olamayacağının anlaşılmadığı yönünde bkz. NAZZINI, s. 685-686.

¹²⁷³BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 562-564; ULUSU, s. 46; NACIMIENTO, s. 224. Roma I Tüzüğü m. 1/2-e hükmüyle, tahkim anlaşmaları ve yetki sözleşmeleri açıkça tüzük kapsamından çıkarıldığından, tahkim anlaşmalarına ve yetki sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorunu Roma I Tüzüğü kapsamında çözümlenemez. Tüzük metni için bkz. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>. Hukuk seçimi bakımından bu yorum benimsenirse, tahkim anlaşmaları maddi hukuk sözleşmesi olarak vasıflandırıldığından sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarına tabi tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun zımni seçimine imkân tanınması, Roma I Tüzüğü ve ulusal hukuklarda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarıyla paralellik gösterecektir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 564; ULUSU, s. 45).

¹²⁷⁴NAZZINI, s. 685; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 54; AKINCI, *Tenfiz*, s. 119; Netherlands No. 15, *Owerri Commercial Inc. v. Dielle Srl.*, Gerechtshof [Court of Appeal] The Hague, Not Indicated, 04.08.1993, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1994 (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), C. XIX, 1994, Kluwer Law International, s. 706. Ancak uygulamada, hükümde yer alan taraf iradesiyle belirlenen hukuka tabi çok az hukuki mesele olduğundan, taraflara hukuk seçimi imkânının tanınmasının teorik bir ayrıntı olarak kaldığı yönünde bkz. VAN DEN BERG, NYC, s. 291-294.

¹²⁷⁵ULUSU, s. 44.

¹²⁷⁶AKINCI, *Tenfiz*, s. 121; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 526-527; NACIMIENTO, s. 224; NAZZINI, s. 686; LEW, s. 143; WOOLHOUSE, s. 440; UNCITRAL Secretariat, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,

tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin taraflar arasındaki anlaşmayı tanıma yükümlülüğünü de içermektedir ve bu yükümlülük hem açık hem de zımni hukuk seçimini içerdiğinden¹²⁷⁷, NYK'nin zımni hukuk seçimini kabul ettiği ifade edilmiştir¹²⁷⁸. Öte yandan, NYK m. V/1-a hükmünde, taraflara zımni hukuk seçimi imkânı tanındığını kabul etmeyen veya şartlı kabul eden görüşler de mevcuttur¹²⁷⁹.

UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2-a-i ve 36/1-a-i hükümleri de, iptal ve tenfiz davaları bakımından, NYK ile paralel hükümler içermektedir¹²⁸⁰. İptal davasını düzenleyen¹²⁸¹ UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2-a-i hükmüne göre, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapıp yapmadıklarına bakılacak; tarafların bu yönde yaptıkları herhangi bir hukuk seçimi yoksa, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine kararın iptalinin istendiği yer hukuku olan tahkim yeri hukuku uygulanacaktır¹²⁸². Tenfiz davalarını ilgilendiren UNCITRAL Model Kanunu m. 36/1-a-i hükmüne göre de, öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığı incelenecek; seçim yapılmamışsa yine tahkim yeri hukuku

New York, 2016, s. 142; WILSKE/FOX, *Article II*, s. 171; WILSKE/FOX, *Article V*, s. 287; VAN DEN BERG, *NYC*, s. 293. *Born*, NYK m. V/1-a hükmünde yer alan "...failing any indication thereon..." ifadesi sebebiyle, taraflara tanınan hukuk seçme imkânının zımni hukuk seçimini kapsadığının kabulünün ilgili hükmün lafızıyla uyumlu olduğunu belirtmektedir (BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 563-564; BORN, s. 825). Benzer şekilde verilen kararlar için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 129; *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 33-34; *Sulamérica v. Enesa*, prg. 25.

¹²⁷⁷BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 562; BORN, s. 823-824; ULUSU, s. 39; TEKİN, s. 175.

¹²⁷⁸BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 545; TEKİN, s. 191. Hukuk seçimi konusunda zımni iradeye müsaade edileceği noktada, uygulanması kararlaştırılan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının zımni hukuk seçimine izin vermiş olması gerektiği yönünde bkz. ULUSU, s. 33.

¹²⁷⁹NYK m. V/1-a hükmünün, taraflarca açık hukuk seçimi olmaması halinde, tahkim yeri hukukuna göre tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği ve kapsamının incelenmesini tartışmasız olarak zorunlu kıldığı yönünde bkz. MEYNIEL, s. 38. Tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, zımni hukuk seçimi yaptıklarını tespit etmek zordur. Zira sözleşmenin ifa yeri hukuku veya sözleşme yapılırken benimsenen örf ve adetler gibi değişik kriterler bu esnada dikkate alınmalıdır. Sözleşmenin farklı kısımlarının farklı hukuklara tabi kılınması da mümkün olduğundan hukuk seçiminin açıkça yapılması gerekmektedir. Özellikle, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanmak üzere, zımnen seçildiği varsayımı bağımsızlık prensibi kapsamında yanlış sonuçlar doğurabilir. Tarafların menfaatleri gereği, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku açıkça seçmeleri, zaman ve maliyet kaybının önlenmesi bakımından en iyi yaklaşımdır. Bununla birlikte, tarafların zımni hukuk seçimi tereddütsüz bir şekilde anlaşılıyorsa, örneğin, tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin belirttiği hukuka diğeri itiraz etmediyse, bu zımni hukuk seçimi kabul edilebilir (TEKİN, s. 93-94).

¹²⁸⁰YASAN TEPETAŞ, s. 283; BORN, s. 826.

¹²⁸¹ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 261.

¹²⁸²YÖNEY, s. 22; TEKİN, s. 101. UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2-a-i hükmünün orijinal versiyonu şu şekildedir: "An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State..." (Bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf).

uygulanacaktır¹²⁸³. Görüldüğü üzere, hükümlerde yer alan “*failing any indication thereon*” ifadesinden, bu hükümlerin de tıpkı NYK m. V/1-a hükmünde olduğu gibi zımni hukuk seçimine müsaade ettiği çıkarımı yapılmalıdır¹²⁸⁴. Dolayısıyla UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a-i ve 36/1/a-i, tarafların açık veya zımni hukuk seçimini etkili kılmayı hedefleyerek böyle bir seçim yoksa, tahkim yeri hukukunu varsayılan bir kural olarak belirlemektedir¹²⁸⁵.

Avrupa Sözleşmesi m. VI/2-a ve m. IX/1-a hükümleri uyarınca da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerine öncelik verilmiş; taraflar, bu konuda bir seçim yapmamışsa tahkim yeri hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiştir¹²⁸⁶. Bununla birlikte, NYK’den farklı olarak Avrupa Sözleşmesi’nde tahkim yerinin belirlenemediği ihtimalde, mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirleyeceği düzenlenmiştir¹²⁸⁷. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçimi konusunda şekil şartı yokluğu da, bu hukuk seçiminin açık veya zımni olabileceği görüşünü desteklemektedir¹²⁸⁸. Nitekim NYK m. V/1-a hükmü ve Avrupa Sözleşmesi m. VI/2-a ve IX/1-a hükümleri, hukuk seçiminin açık olmasına ilişkin bir düzenleme içermemekle bu seçimi şekil şartına bağlamamıştır¹²⁸⁹.

Sonuç olarak, NYK, Avrupa Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu ve MTK’de öngörüldüğü üzere, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığına bakılmakta ve taraflara hukuk seçimi konusunda irade serbestisi tanınmaktadır. Bu doğrultuda, taraf

¹²⁸³YÖNEY, s. 22; TEKİN, s. 101. UNCITRAL Model Kanunu m. 36/1-a-i hükmünün orijinal versiyonu şu şekildedir: “*Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made...*” (Bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf).

¹²⁸⁴BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 526.

¹²⁸⁵BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 526.

¹²⁸⁶Avrupa Sözleşmesi’ne göre, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçilmemişse, tahkim yeri hukukunun “*kendiliğinden*” uygulanacağı yönünde bkz. ÜLGNER, s. 605.

¹²⁸⁷ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 39-40; WILSKE/FOX, *Article II*, s. 172; AKINCI, *Tenfiz*, s. 120; YENER KESKİN, s. 112-113; TEKİN, s. 171.

¹²⁸⁸NACIMIENTO, s. 224; KARRER, s. 870.

¹²⁸⁹ULUSU, s. 45. NYK m. V/1-a hükmünde, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, anlaşmanın içinde veya yazılı olarak bulunması gerekmemektedir. Dolayısıyla açık veya zımni herhangi bir hukuk seçimi sözleşmesi yeterli kabul edilecektir. Bu yöndeki görüş için bkz. *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 34.

iradelerinin bir yansıması olan sözleşme hükümleri yorumlanarak, sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca zımnen bir hukuk seçilip seçilmediği değerlendirilmektedir¹²⁹⁰. Taraflar kendilerine tanınan irade serbestisinden, açık veya zımni iradeleriyle istifade etmeyerek tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku seçmemişse, yukarıda bahsi geçen hükümlerden de görüleceği üzere, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku uygulanacaktır¹²⁹¹.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından çeşitli yaklaşımlar ve senaryoları ele almadan önce yaratılan karmaşanın, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku açık ve kesin iradeleriyle seçmesi halinde kolaylıkla çözülebileceği belirtilmelidir¹²⁹². Bu açıdan en uygun olanı, ilgili tahkim klotunda muğlak dil yerine, zorunlu bir dil kullanarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemektir¹²⁹³. Böylece, henüz sözleşmenin imzalanması aşamasındayken, özellikle hakem kararı sonrasındaki süreci ilgilendiren bir dizi problemin önüne geçilebilecektir.

¹²⁹⁰Tahkim klotuna ilişkin açık veya zımni hukuk seçimi tespit edilirken, ticari hayatın gerçekleri ve irade serbestisi ilkesi çerçevesinde, öncelikle esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka ilişkin hüküm başta olmak üzere, sözleşmenin diğer hükümleri ve sözleşme öncesi görüşmeler kapsamında, taraf iradeleri yorumlanmalıdır (ULUSU, s. 46-47, 64).

¹²⁹¹Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku ilgilendiren hukuki meselelerin sınırlı olması sebebiyle, bu hukuku seçme konusunda tarafların çok az menfaate sahip olduğu ve bu menfaatin tarafların tahkim anlaşmasının, kararın verileceği ülkenin hukukundan farklı bir hukuk tarafından yönetilmesini istemeleri durumunda ortaya çıkabileceği; ancak, kararın verileceği ülkenin hukukundan farklı bir hukuk belirlemenin karmaşık durumlar yaratabileceği ve bu sebeple tarafların tahkim anlaşmasını açıkça kararın verileceği ülkenin hukukundan farklı bir hukuka tabi kıldığı herhangi bir mahkeme kararının olmadığı yönünde bkz. VAN DEN BERG, NYC, s. 292.

¹²⁹²YASAN TEPETAŞ, s. 302. Öte yandan, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku seçmenin olası dezavantajı, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini belirlemek için diğer hukuk sistemlerini dikkate alma seçeneğini kaybetmektir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun başlangıçta belirlenmesi, mahkeme veya hakem heyetinin geçerli bir tahkim anlaşması kabul etmek amacıyla sözleşmeyi yorumlama veya kanunlar ihtilafı analizi yapma konusundaki takdir yetkisini sınırlamakta veya ortadan kaldırma riski taşımaktadır (ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 83). Tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilecekse tarafların iradelerini olabildiğince açık bir şekilde ifade etmelerinin hakemler açısından kolaylık sağlayacağı yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 418.

¹²⁹³MEZA-SALAS, s. 14; NAZZINI, s. 681; PRIMROSE, s. 150; PEARSON, s. 126; ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 84. Taraflar esas sözleşmeye, tahkim anlaşmasına ve tahkim usulüne üç farklı hukukun uygulanmasını istemiyorsa, uygulanacak hukuk konusunda gerçek iradelerini açıkça ortaya koymalıdır (WOOLHOUSE, s. 443).

B. Tahkim Yeri Hukuku Yaklaşımı

Tarafların bilinçli seçimleri neticesinde tahkim usulü başta olmak üzere birçok konuda belirleyici olan¹²⁹⁴ tahkim yeri, tahkim yargılaması bakımından oldukça önemlidir¹²⁹⁵. Bu sebeple, tahkim yargılaması bakımından önem taşıyan tahkim yerinin hukukunun, çeşitli gerekçelerle tahkim anlaşmasının esasına uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹²⁹⁶. Bu çerçevede, bu başlık altında zımni hukuk seçimi perspektifi de dahil olmak üzere, tahkim yeri hukuku yaklaşımının benimsenmesinin gerekçeleri ele alınacaktır.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, hakemler tarafından en çok kabul gören görüş, tahkime uygulanacak usulü belirleyen tahkim yeri hukukuna göre tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini tespit etmektir¹²⁹⁷. Tahkim yeri yaklaşımının temelini, NYK m. V/1-a hükmü oluşturmaktadır¹²⁹⁸. Nitekim doktrinde NYK m. V/1-a hükmünün farkında bir şekilde tahkim anlaşması kurulmasından hareketle, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmediği bir ihtimalde, tahkim anlaşması bakımından zımni

¹²⁹⁴BERNARDINI, s. 200; NAZZINI, s. 689; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 263-264. Öte yandan, tahkim yerinin genel olarak bilinçli seçilmediği yönünde bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 21; YEŞİLOVA, s. 107, dn. 88; AKINCI, *Tenfiz*, s. 59.

¹²⁹⁵Tahkim anlaşmasının nihai amacı, icra edilebilir bir karar vermek olduğundan tahkim yerinin önemli olduğu yönünde bkz. LEW, s. 141. Tahkim yerinin özellikle hakem kararının iptali veya tenfizi aşamasında önemli rol oynadığı yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 370; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 103.

¹²⁹⁶BERNARDINI, s. 200; NAZZINI, s. 689.

¹²⁹⁷FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 225; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 124; MEZA-SALAS, s. 8. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmemişse, tahkim yeri hukukuna göre inceleme yapılması gerektiği yönünde bkz. ÖZEL, s. 317. Tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının, esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçilen hukukun ondan bağımsız bir şekilde tahkim anlaşmasına otomatik olarak uygulanmasını reddeden bağımsızlık yaklaşımıyla da uyumlu olduğu yönünde bkz. PEARSON, s. 121.

¹²⁹⁸MILES/GOH, s. 389; BERNARDINI, s. 201. NYK m. V/1-a ve UNCITRAL Model Kanunu m. 36/1/a-i hükümlerinde düzenlendiği gibi, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmediğinde, tahkim yeri hukuku önem teşkil etmektedir. Bu sebeple, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukuku uygulanacaktır (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107-109). Bu yaklaşımın, açık bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğunu öngören Avrupa Sözleşmesi ve NYK ile uyumlu olduğu yönünde bkz. PEARSON, s. 121. NYK m. V/1-a hükmünün kendi başına bir hukuk seçimi kuralı teşkil etmese de, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığında, tahkim yeri hukukunun varsayılan bir seçim olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı yönünde bkz. MILES/GOH, s. 389; BORN, *International Commercial Arbitration*, s. 564. Öte yandan, NYK m. V/1-a hükmünün, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine rağmen tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukukuna tabi kılmak gibi bir amacı olmadığı, sadece tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk açısından objektif bir kriter sağlamayı amaçladığı yönünde bkz. IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96.

hukuk seçiminin tahkim yeri hukuku lehine olduğu belirtilmektedir¹²⁹⁹. Tarafsız bir tahkim yeri seçiminin, tarafların seçtikleri tahkim yerinin *lex arbitri*'sinin tahkim sürecini yönetmek için zımni olarak seçildiği ve bunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin konularda tahkim yerinin *lex arbitri*'sinin de zımnen seçildiği anlamına geldiği de ifade edilmektedir¹³⁰⁰. Tahkim yeri seçiminin zımni hukuk seçimine delalet etmesini sağlayan bir diğer durum, tahkim klotunda, tahkim yeri hukukunun belirli bir kısmının uygulanmayacağı yönündeki kayıtların yorumu neticesinde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni olarak seçilmesidir¹³⁰¹. Benzer şekilde, tahkim yeri mevzuatının belirli hükümlerinin spesifik olarak uygulanacağını belirtmek veya tahkim mevzuatının tamamının uygulanacağını belirtmek de zımni hukuk seçimi bakımından bir işaret olarak dikkate alınabilmektedir¹³⁰².

Diğer taraftan doktrinde, tahkim yerinin tahkim usulünü belirlemesinden hareketle, taraf iradesiyle yaratılan bir usul sisteminin sorunsuz işlemesi, bu sistemin temeli olan tahkim anlaşmasının ve tahkim usulünün uyumunu gerektirdiğinden, tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunu uygulamanın, tahkim usulüne uygulanacak hukuk ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk arasındaki

¹²⁹⁹DONGDOO Choi: "Choice of Law Rules Applicable for International Arbitration Agreements", Asian International Arbitration Journal, C. 11, S. 2, Kluwer Law International, 2015, s. 109; ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 263. Tahkim yeri seçiminin zımni bir hukuk seçimi içerdiği yönünde bkz. NACIMIENTO, s. 224-225. Tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere tahkim yeri hukukunun zımnen seçildiği yönünde bir başka karara ilişkin bilgi için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 70. Kararın orijinal metni için bkz. England and Wales High Court (Commercial Court), *Carpatsky Petroleum Corp'n v. PJSC Ukrnafta*, [2020] EWHC 769 (Comm), 31.03.2020, judiciary.uk. Tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni olarak seçildiği bazı karar örnekleri için bkz. YEŞİLOVA, *Nihai Karar*, s. 262, dn. 80. Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim yerinin belirlendiği bir senaryoda, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni olarak seçilen hukuka ilişkin en güçlü göstergenin tahkim yeri hukuku olduğu yönünde bkz. VAN DEN BERG, NYC, s. 293. Öte yandan, Alman Yüksek Mahkemesi tarafından, Avrupa Sözleşmesi m. VI/2-b hükmü uyarınca, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine her halükârda uygulanacak olması sebebiyle, tahkim yerinin tespit edilebildiği durumda tarafların zımni iradesinin tespitine gerek olmadığına karar verilmiştir (Germany: BGH, BGHZ 77, 32 = NJW 1980, 2022, Karara ilişkin bilgi için bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 173).

¹³⁰⁰*FirstLink*, prg. 15.

¹³⁰¹Tarafların tahkim klotunda 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'na atıf yapmalarının, tarafların tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna tabi olması yönündeki iradelerinin göstergesi olarak değerlendirildiği bir karar örneği için bkz. NAZZINI, s. 690; BORN, s. 841, dn. 114. Benzer bir yorumun, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı perspektifinden esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirli bir kısmının uygulanmayacağı yönündeki sözleşmesel kayıtların varlığı halinde de yapılabileceği kanaatindeyiz.

¹³⁰²ABOLAFIA, s. 73; *Sulamérica v. Enesa*, prg. 19, 55, 61. Öte yandan, *Demirkol*'a göre, tarafların belirli bir ülke hukukuna sözleşmelerinde referans yapması veya belirli kanun hükümlerini sözleşmelerine dahil etmesi, tek başına zımni hukuk seçimine işaret etmeyecektir (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 210-214).

uyumu sağlayacağı da ifade edilmektedir¹³⁰³. Özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmese de tahkim yerinin seçildiği bir senaryoda, tahkim yeri seçimi, tahkim usulü dahil olmak üzere tahkim anlaşmasının birçok yönünün tahkim yeri hukukuna tabi olmasına sebep olacağından, en yakın bağlantı kriterinden ziyade, tarafların tahkim yeri seçiminin doğal bir çıkarımı olarak objektif bir şekilde tahkim anlaşmasının esasına bu hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹³⁰⁴. Bu şekilde bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, zımni hukuk seçimi analizinden ziyade, objektif bir bağlama kuralı yaratılacağı söylenebilir. Zira bu görüşe göre, tarafların tahkim yeri seçmesi tahkim anlaşmasının esası bakımından tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, İngiliz mahkemeleri bu senaryoda, esas sözleşmeye ve esas sözleşmenin bir parçası olan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun taraflarca zımnen tahkim yeri hukuku olarak seçildiğine karar vermektedir¹³⁰⁵. Bununla birlikte, bu senaryo, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçildiği versiyona çevrilse dahi, seçimin doğasından ve tarafların objektif iradelerinden hareketle, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun

¹³⁰³GLICK/VENKATESAN, s. 142-143. Tarafların tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini yöneten hukuk ve tahkim usulü arasındaki uyumu sağlamak için aynı hukukun tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği konusunda da uygulanmasını talep etmesinin ikna edici olduğu yönünde bkz. *FirstLink*, prg. 15. Tahkim yeri hukuku bakımından durum böyleyken, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun aynı olmasında bir menfaat olmadığı yönünde bkz. BERGER, s. 321. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmediği bir ihtimalde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması yaklaşımının sebebinin, tarafların birden fazla usul hukuku kanununa başvurmalarının önlenmesi olduğu yönünde bkz. BANTEKAS, s. 5-8.

¹³⁰⁴*Glick/Venkatesan*'a göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde, esas sözleşmeye uygulanması önemli olmaksızın, tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasının esasına uygulanmalıdır. Yazarlara göre, bunun sebebi, İngiliz mahkemelerinin tespitinin aksine, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olmasından ziyade, tarafların tahkim yeri seçiminin doğal bir çıkarımı olarak objektif bir şekilde tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bu hukuku seçmeleridir (GLICK/VENKATESAN, s. 132, 142-143). Tarafların tahkim yerini seçtiği ihtimalde, tahkim anlaşmasına tahkim yerinin hukukunun uygulanması gerektiğine dair güçlü argümanlar olduğu ve bu argümanların tahkim yerinin seçildiği ancak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği ihtimalde daha kuvvetli olduğu yönünde bkz. NAZZINI, s. 702. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının objektif bir bağlama kuralı teşkil ettiği ve tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasıyla objektif olarak en yakın bağlantılı hukuk kabul edildiği yönünde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uygulanacak Hukuk*, s. 40.

¹³⁰⁵PEARSON, s. 118-119. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçilmediği durumlarda, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği yönünde bir varsayım olduğu ve fakat aksi yönde işaretlerin olması halinde başka sonuçlara da ulaşılabileceği, esas sözleşme bakımından açık hukuk seçimi söz konusu olduğunda ise bu hukukun sözleşmenin yorumlanması neticesinde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından da açık hukuk seçimi teşkil edebileceği yönünde verilen bir karara ilişkin bilgi için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 226.

uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰⁶. Hatta yazarlara göre tahkim yerinin seçilmesi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından açık bir hukuk seçimi teşkil etmektedir. Zira tahkim yargılamasının bir ülkede gerçekleştirilmesini seçmenin olağan ve doğal anlamı, tarafların tahkim anlaşmasının esasının tahkim yeri hukukuna tabi olmasını amaçlamalarıdır. Başka bir deyişle, tahkim yeri seçerek, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere tahkim anlaşmasının tamamının ilgili tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği yönündeki iradelerini ortaya koydukları objektif bir şekilde anlaşılmaktadır¹³⁰⁷. Halbuki tahkim yeri seçiminin zımni hukuk seçimi olduğu yönünde mutlak bir karine olmadığı ve bu hususun sadece somut olayın koşulları kapsamında önem arz edebilecek bir bağlantı faktörü olduğunun altı çizilmelidir¹³⁰⁸.

Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının ifa yeri tahkim yeri olduğundan, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olduğu da düşünülmektedir¹³⁰⁹. Hatta tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olmasından

¹³⁰⁶Yazarların görüşlerinin gerekçeleri ve bu görüşlerini destekleyen karar örnekleri için bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 143-145. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğu sonucuna, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği ihtimalde daha zor ulaşılabilecektir. Bu ihtimalde, aksine anlaşma olmadığı sürece, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçiminin tahkim anlaşmasına da eşit derecede uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi yönünde güçlü bir eğilim mevcuttur. Halbuki, her iki sözleşme için taraf kaygıları farklıdır ve taraflar esas sözleşme için hukuk seçimi yaparken tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku nadiren düşünmektedir. Bu sebeple, örneğin esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu hallerde tahkim anlaşmasının esasına başka bir hukukun uygulanması kabul edilebilecektir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107-109). Tahkim yeri hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı ihtimalde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmayacağı yönünde ayrıca bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 147. Öte yandan, eğer hakem heyetinin yetkisi esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçerli ve fakat tahkim yeri hukukuna göre geçersiz ise tahkim yerinde verilen kararların tanınması veya tenfizinin, NYK m. V/1-a hükmü uyarınca reddedilebileceği yönünde bkz. BERNARDINI, s. 203.

¹³⁰⁷GLICK/VENKATESAN, s. 142-143. Öte yandan, *Sulamérica v. Enesa* kararında doğal çıkarımın, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk olduğu belirtilmiştir. Nitekim, aksi yönde işaret olmaması halinde, tarafların ilişkilerinin tamamının aynı hukuk sistemi tarafından yönetilmesini amaçladıklarının varsayılması gerektiğinden hareketle, tarafların tahkim anlaşması için açıkça bir hukuk seçmemeleri halinde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun hem esas sözleşmeye hem de tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasını amaçladıkları varsayımı doğal bir çıkarım olarak nitelendirilmiştir (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 11).

¹³⁰⁸LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 415-416. Benzer bir görüşün, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımında benimsendiği görülmektedir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni bir hukuk seçiminin varlığını kabul edebilmek adına, her durumda esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçiminin yapılması yeterli değildir ve bunun dışında, somut olay değerlendirmesi de gerekmektedir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 527).

¹³⁰⁹Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ziyade, tahkim usulüne uygulanacak hukuk ile daha yakın bağlantılı olduğu yönünde bkz. NAZZINI, s. 689. Tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanması görüşünün gerekçelerinin, tahkim klotunun usule ilişkin yönünden ziyade, NYK kapsamında tahkim yeri hukukuna yapılan atıf ve tahkim anlaşmasının ifa yerinin tahkim yeri olmasından ötürü, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantıya sahip olması olduğu yönünde bkz. BERNARDINI, s. 201. Tahkim yerinin belirlendiği ama tahkim anlaşmasının

hareketle tahkim anlaşmasının zımni olarak tahkim yeri hukukuna tabi olacağına da karar verilebilmektedir¹³¹⁰. Bu yöndeki düşünce, aslında zımni hukuk seçimi ve en yakın bağlantılı hukukun tespitinin kesişebildiğini bir kez daha ortaya koymaktadır¹³¹¹. Tahkim anlaşmasının usule ilişkin yönüne odaklanan bir başka görüşe göre de, tahkim anlaşmasına *lex arbitri* uygulanmalıdır¹³¹². Öte yandan, tahkim yeri çeşitli usul hukuku kaygılarıyla taraflarca bilinçli olarak seçilse de, tacirlerin tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğunu ve bu anlaşmanın esasına başka bir hukukun uygulanma ihtimalinin olduğunu bilmeleri pek makul olmadığından, tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanması beklentisiyle tahkim yeri seçiminin yapıldığını kabul ederek bu yer hukukunun tahkim

esasına uygulanacak hukukun belirlenmediği hallerde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk olduğunun kabul edildiği mahkeme kararı örnekleri için bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 293. Bu kararlarla benzer yöndeki bir diğer yaklaşım için bkz. MEZA-SALAS, s. 8-9. NYK kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmemişse, taraflarca seçilen tahkim yeri, tahkim anlaşmasının ifa edileceği ve verilecek hakem kararının iptal prosedürü kapsamında devlet mahkemelerince inceleneceği yer olduğundan tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk olarak değerlendirilebilir (LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 123; BERGER, s. 315; KARRER, s. 860-861). Öte yandan, tahkim yerinin genelde tesadüfi ve tarafsız olduğundan seçildiği ve taraflar, hakemler veya uyuşmazlık konusu olaylarla gerçek bir bağlantısı olmadığı yönünde bkz. LEW, s. 138. Dolayısıyla, her durumda en yakın bağlantı tahkim yeriyle kurulamayabileceğinden, tahkim yeri hukukundan farklı hukuklarının da tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. ERDEM, *Tahkim Anlaşması*, s. 263-264.

¹³¹⁰ *Abuja v. Meridien*, prg. 21.

¹³¹¹ Esas sözleşme ve tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmediğinde ve fakat tahkim yeri seçildiğinde, İngiliz hukukunda en yakın bağlantı kriteriyle ve diğer hukuklarda tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği düşüncesiyle tahkim anlaşmasına genelde tahkim yeri hukuku uygulanmaktadır. Her iki sebebe ilişkin verilen karar örnekleri için bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 142.

¹³¹² ÖZEL, s. 317; LEW, s. 141. Tahkim anlaşmaları usul hukuku sözleşmesi olduğundan esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlendiği halde, tahkim klotunun da bu hukuka tabi olacağı anlamı çıkarılamayacağı ve tahkim anlaşmasına şekil şartı hariç olmak üzere tahkim yeri hukukunun uygulanacağı yönünde bkz. ÜLGNER, s. 603-609. Bazı ICC kararlarında, tahkim anlaşmalarının usule ilişkin yönü esas alınarak tahkim yeri hukuku uygulanmaktadır. Örneğin, 7154 sayılı ICC kararında, bağımsızlık prensibi vurgulanarak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine, tahkim anlaşmasının usule ilişkin yönü esas alınarak tahkim yeri hukuku uygulanmıştır (Comment of Yves DERAİNS in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAİNS and D. HASCHER, Collection of ICC Awards 1991-1995 (1997), Karara ilişkin bilgi için bkz. LEW, s. 142; TEKİN, s. 100). Tahkim anlaşması ve tahkim usulü arasındaki yakın işlevsel bağlantının, tahkim anlaşmasına usule ilişkin ayrıntılı hükümler eklenmesi halinde daha da güçleneceği ve bu durumda tahkim klotuna tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz. BERGER, s. 315. Öte yandan, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun otomatik bir şekilde uygulanmasının, birbiriyle örtüşmek zorunda olmayan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla tahkim yargılamasını düzenleyen hukuku birbirine karıştırdığı yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 220-222; BANTEKAS, s. 8. Bir başka görüşe göre de, tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanması tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliğini göz ardı ederek, münhasıran tahkimin usule ilişkin yönlerine odaklanılmasına dayanmaktadır. Bu durumda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile tahkim yargılamasını düzenleyen hukuk birbirine karıştırılmaktadır. Kaldı ki, bu hukukların birbiriyle örtüşmesi gerekmez. Münhasıran tahkim yeri hukukuna odaklanılması, tahkim anlaşması ve esas sözleşme arasındaki metinsel ve işlevsel yakın bağlantıyı göz ardı etmektedir (BORN, s. 831-832).

anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği sonucuna varmanın ticari gerçekliğe aykırı kabul edilebileceği de belirtilmektedir¹³¹³.

Tahkim anlaşmasının esasına çeşitli gerekçelerle tahkim yeri hukukunun uygulandığı birçok karar da mevcuttur¹³¹⁴. Bazı ICC kararlarında hakemler, icra edilebilir karar verme yükümlülüğü kapsamında, tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunu uygulamaktadır¹³¹⁵. Daha önce bir görüş olarak açıklandığı üzere, bazı kararlarda, tahkim yerinin tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantısının bulunduğu gerekçesiyle de, tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulandığı

¹³¹³Nitekim *Enka v. Chubb Russia* kararında, bağımsızlık prensibi tahkim anlaşmaları bakımından önemli kabul edilmiş ve fakat bunun bir doktrin olduğu ve muhtemelen tacirlerden çok avukatlar tarafından bilinmesi sebebiyle, esas sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, sözleşmenin tamamına uygulanmasını bekledikleri ifade edilmiştir (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 53).

¹³¹⁴Örneğin, *NYK m. V/1-a* hükmü dikkate alınarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukuna tabi olması nedeniyle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulandığı bir ICC karar örneği için bkz. *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 124-125. *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc.*, *Arrondissementsrechtbank* kararında, geçerli bir tahkim anlaşması kurulup kurulmadığı sorusu da dahil olmak üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun New York hukuku olduğu, bu yerin tahkim yeri olmasından hareketle tespit edilmiştir (Netherlands No. 22, *Petrasol BV v. Stolt Spur Inc.*, *Arrondissementsrechtbank* [Court of First Instance], Rotterdam, Not Indicated, 28.09.1995, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* 1997 (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), C. XXII, 1997, Kluwer Law International, ss. 762-765). Tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulandığı bir diğer kararda, İsveç Yüksek Mahkemesi tahkim klotunun ayrı bir hukuka tabi ayrı bir anlaşma olarak ele alınması gerektiğini düşünerek, tahkim anlaşmasının tahkim yeri olan İsveç hukukuna göre geçerli olduğuna karar vermiştir. Bu kararda, tahkim klotunu içeren esas sözleşmenin Avusturya kanunlarına tabi olacağı kararlaştırılsa da, tahkim klotuna uygulanacak hukuka ilişkin belirleme yapılmamıştı. Taraflar da aksini iddia etmediğinden tahkim klotunun esastan geçerliliği, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke olan İsveç kanunlarına kapsamında incelenmiştir (The Supreme Court of Sweden, *A.I. Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. and GiroCredit Bank Aktiengesells*, 27.10.2000, *jusmundi.com*, prg. 15). Tahkim yeri hukuku yaklaşımının kabul edildiği diğer karar örnekleri için bkz. *PEARSON*, s. 121, dn. 25.

¹³¹⁵Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin, tahkim yeri mahkemelerinin hukuk kurallarıyla tespit edilmesinin itirazlara açık karar verilme riskini azalttığı yönünde bkz. *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 125; *LEW*, s. 119. Bu konuya ilişkin şu ifadeler konunun önemini gösteren oldukça açıklayıcı ifadelerdir: “Tahkim klotuna uygulanacak hukukun nadiren özel bir hükme konu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, NYK kapsamında mahkeme kararlarının çoğunda hakem kararının verildiği ülkenin hukukunun uygulandığını görmek şaşırtıcı değildir. Bunun anlamı, basiretli ICC hakemlerinin, tahkim klotunun geçerliliği hakkında ulusal bir hukuka atıfta bulunmadan karar vermekte serbest olmalarına rağmen, “Kararın hukuken icra edilebilir olması için her türlü çabayı gösterecekleri” yönündeki düzenleme uyarınca, tahkim yeri hukukunu dikkate almakla kendilerini yükümlü görmeleri gerektiğidir.” (Detaylı bilgi için bkz. *CRAIG/PARK/PAULSSON*, s. 53-54). Hakem kararının icra edilebilirliğinin sağlanması bakımından, tahkim yeri hukuku yaklaşımının kabul edilebilir olduğu yönünde bkz. *IŞIK*, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 89. Hakemin, icra edilebilir karar verme yükümlülüğüne atıf yaparak, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğini tahkim yeri hukuku kapsamında incelediği bir ICC kararına ilişkin bilgi için bkz. *LEW/MISTELIS/KRÖLL*, s. 125; *TEKİN*, s. 111. Bir diğer yaklaşım, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği değerlendirmesinin, ICC Tahkim Kuralları’nda yer alan ve hakemlere milletlerarası örf ve adet hukukunu dikkate alarak değerlendirme yapma alanı tanıyan hüküm kapsamında inceleme yapılmasıdır. Ancak bu halde de hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülükleri kapsamında, tahkim yeri hukuku önem arz etmektedir. Özellikle ICC Tahkim Kuralları’nın uygulandığı tahkim yargılamalarında, her ne kadar çerçevesi net değilse de, “sözleşmesel alanda milletlerarası kabul gören prensipler” kriteri çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi değerlendirilmektedir (ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 102-103).

görülmektedir¹³¹⁶. 4392 sayılı ICC kararında¹³¹⁷ ise, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine, tahkim yeri seçiminin zımni olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmesi anlamına gelmesi sebebiyle, tahkim yeri hukuku uygulanmıştır.

Diğer taraftan, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanmak üzere, zımni olarak tahkim yeri hukukunun seçilmesi bakımından verilen en önemli kararlardan birisi, Singapur Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *FirstLink* kararıdır¹³¹⁸. Bu kararda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, açık bir şekilde seçilmemişti ve taraflar esas sözleşmeye uygulanmak üzere ulusal bir hukuk seçmek yerine açıkça Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü kurallarını seçmişti. Mahkeme bu kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı başlığında detaylı olarak incelenecek bir başka meşhur karar olan *Sulamérica v. Enesa* kararında¹³¹⁹ yapılan incelemenin Singapur hukukunda kabul edilebileceğini ifade etmiştir¹³²⁰. Bununla birlikte, *Sulamérica v. Enesa* kararından farklı olarak, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk arasında şartlar bakımından eşitlik sağlandığında, aksine işaretler yoksa tacirlerin sözleşmelerinin tüm hükümlerinin aynı hukuka tabi olmasını arzuladığı varsayımına dayanarak, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka öncelik tanınması fikri, *FirstLink* kararında reddedilmiştir¹³²¹. Nitekim ticari açıdan bakıldığında, tahkim anlaşmasının maddi hukuk ilişkisinin geri dönülemez olarak bozulduğunda devreye girmesi daha

¹³¹⁶PEARSON, s. 120. *C v. D* kararında, taraflar esas sözleşmeye uygulanmak üzere New York hukukunu ve tahkim yeri olarak Londra'yı seçmişlerdi. Kararda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, açık bir hukuk seçilmemişse, tahkim anlaşmasının en sıkı bağlantısının olduğu hukukun, tahkim yeri hukuku olduğu tespit edilmiştir. Bu sonuç şu şekilde ifade edilmiştir: "...bağımsız bir tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukukundan farklı bir hukuk olması nadir görülen bir durumdur. Bunun nedeni, tahkim anlaşmasının normalde tarafların tahkim yargılamasını gerçekleştirmeyi seçtikleri yerle, esas sözleşme kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tek bir yerde çözümlenmesini bilinçli olarak seçtikleri durumlarda, tahkim yeri hukukunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan daha sıkı bir bağlantıya sahip olmasıdır." (*C v. D*, prg. 21, 26). Bu kararda, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapılmadığından, anlaşmanın en sıkı bağlantıya sahip olduğu hukukun belirlenmesi gerektiğine karar verilerek, İngiliz hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (*C v. D*, prg. 25-26). *Born*'a göre, en yakın bağlantı kriteri, tahkim yeri hukuku ya da esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan birini seçmeyi gerektirmektedir ve neden birine diğerine göre öncelik verdiğini açıklayamamaktadır; aynı zamanda, öngörülebilir olmaması nedeniyle de tercih edilmemelidir (*BORN*, s. 832).

¹³¹⁷1983 tarihli ICC *Yugoslavia Company V. German Company* kararı, ICC Karar No. 4392, 110 *Journal du Droit International* (1983), s. 907 vd., Karara ilişkin bilgi için bkz. İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 90; TEKİN, s. 109.

¹³¹⁸Kararın açık atfı için bkz. dn. 812.

¹³¹⁹Bu karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. s. 295-300 arasındaki açıklamalarımız.

¹³²⁰*FirstLink*, prg. 11.

¹³²¹*FirstLink*, prg. 16.

mantıklı bir yorumdur. Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki bu aşamaya geldiğinde ise uyuşmazlık çözüm yöntemi bakımından, tarafsızlık arzusu ön plana çıkacağından, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk arka planda kalacaktır¹³²². Dolayısıyla, *Sulamérica v. Enesa* kararının aksine, her davanın kendi koşulları kapsamında değerlendirilmesi kaydıyla, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin belirlendiği bir senaryoda, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu zımnen seçtiklerinin tespiti gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, tahkim yeri İsveç olarak belirlendiğinden, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, tarafların zımni seçiminin bir sonucu olarak İsveç hukuku olduğuna karar verilmiştir¹³²³.

Öte yandan, genelde coğrafi uygunluk veya tarafsızlık nedenleriyle seçildiğinden, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının tercih edilmediği de belirtilmektedir¹³²⁴. Özellikle tarafların tahkim yerini seçmediği ya da tahkim yerinin seçiminin hakemlere bırakıldığı hallerde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşması üzerinde etkisi oldukça azaldığından¹³²⁵, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun, tahkim yeri hukuku olduğu yaklaşımını desteklemek oldukça zorlaşmaktadır¹³²⁶. Dolayısıyla tahkim yeri

¹³²²Bu kararda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnen seçildiği görüşünün kabul edileceğine dair karineye şu gerekçelerle karşı çıkılmıştır: “...tacirlerin, esas sözleşmedeki maddi yükümlülüklerini ifa etmek ve uyuşmazlıklar ortaya çıktığında bunları çözmek gibi birbirinden oldukça farklı olan hukuki ilişkilerine uygulanmak üzere, her zaman aynı hukuku seçtikleri varsayılmaz.” (FirstLink, prg. 13).

¹³²³FirstLink, prg. 16-17.

¹³²⁴FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 227. Benzer gerekçelerle, tahkim yeri hukukunun doğrudan tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasını, taraf iradelerine aykırı kabul eden yaklaşım için bkz. ZORLU, s. 250. *Şit Köşgeroğlu*, tahkim yerinin sadece coğrafi sebeplerle seçilmediğini ve hukuk seçimi teşkil ettiğini ifade etmiştir. Yazar, bu hukuk seçiminin tahkimin usule ilişkin yönleriyle sınırlı kalmayarak tahkim anlaşmasını da kapsamı gerektiği görüşündedir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 544).

¹³²⁵FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 227-228, 235. ICC Tahkim Kuralları m. 18/1 ve MTK m. 9 hükümlerinde düzenlendiği üzere, tahkim yerinin belirlenmesinin kuruma devredilebileceği yönünde bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 370.

¹³²⁶Taraflar bu durumda, herhangi bir kanuna tabi olmadan ve geçerli bir anlaşma yapıp yapmadıklarını tespit edemeden tahkim anlaşması akdetmektedir. Bu, tarafların seçtikleri uyuşmazlık çözüm yönteminin geçerliliği konusunda, mutlak belirsizlik lehine bilinçli bir seçim yaptıklarını varsaydığı için yerinde değildir. Tahkim yerinin sonradan değiştirildiği senaryoda da, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması uygun değildir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk değerlendirmesinin, tahkim yerinin belirli olmadığı bir aşamada yapılabilmesi her zaman mümkün olabilir (NAZZINI, s. 692-693). *Glick/Venkatesan*, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukuku olduğu yönündeki görüşlerinin, sadece tahkim yerinin baştan belirli olduğu bir senaryoda kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, uyuşmazlık ortaya çıktığında bir kurum veya mahkeme tarafından tahkim yerinin belirlenmesi halinde veya tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku uygulandığı takdirde geçersiz olacağı ve fakat esas sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulandığında geçerli olacağı durumlarda ve son olarak, kademeli tahkim anlaşmalarının varlığı halinde bu görüşlerinin geçerli olmadığı yönünde bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 147. Tarafların tahkim

seçiminin devredildiği hallerde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tarafların zımni iradesi veya tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk olması gerekçelerinden biri kapsamında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹³²⁷. Aksi yöndeki görüşe göre, tahkim yeri hukukunun, ancak taraflarca önceden net bir şekilde belirlendiği hallerde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı şeklinde bir kural mevcut olmadığından, taraflarca tahkim yeri kararlaştırılmasa da tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasının esasına uygulanabilmelidir¹³²⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu senaryoda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından zımni hukuk seçimi olmadığı görüşünün esas gerekçesi, tarafların tahkim anlaşmasını akdederken tahkim yerini bilmemesi sebebiyle, bu yer hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacağını da düşünemeyeceklerinden zımni iradelerinin bu yönde olamayacağı düşüncesidir¹³²⁹.

C. Esas Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Yaklaşımı

Tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca zımnen seçildiği görüşünden ayrı olarak, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği senaryolarda, tahkim anlaşmasının esasına bu hukukun uygulanması gerektiği de doktrinde çeşitli gerekçelerle savunulmuştur¹³³⁰. Bu anlamda, tahkim

anlaşmasına ya da uyuşmazlık çözüm hükmüne bir bütün olarak uygulanacak hukuku belirlemedikleri ihtimalde, kademeli tahkim anlaşmasına karine olarak esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması gerektiği yönünde bkz. MILES/GOH, s. 388-389. Tahkim anlaşması daha geniş bir uyuşmazlık çözüm maddesinin bir parçası olduğunda, tahkim anlaşmasına ayrı bir hukukun ve uyuşmazlık çözüm maddesinin diğer hükümlerine ayrı bir hukukun uygulanmasının garip örnekler yaratabileceği ve bu sorunun, tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması ile çözüleceği yönünde bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 235-239.

¹³²⁷Tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca zımni olarak seçildiği argümanının, tahkim yeri seçiminin tahkim kurumu veya hakemlere devredildiği ihtimalde ikna edici olmadığı yönünde bkz. NAZZINI, s. 693.

¹³²⁸Tahkim yerinin, bir tahkim kurumu veya hakemler tarafından belirlenmesi halinde, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının maddi ve şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk ve tahkime elverişlilik bakımından uygulanacak hukuka ilişkin dolaylı bir hukuk seçimi yapıldığı yönünde bkz. BERGER, s. 315-316, 322. Benzer şekilde, tarafların tahkim yerini belirleme yetkisini devretmesi de bir taraf iradesi olduğundan, bu durumda tahkim yerinin belirlenmesi, iradi anlamda taraflara atfedilebilecektir (BERNARDINI, s. 200). Tahkim yerinin tahkim anlaşması kurulurken belirlenmemiş olması ihtimalinde de, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanabileceği yönünde bkz. Law Commission, Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill, Law Com No 413, HC 1787, 05.09.2023, prg. 12.60-12.71. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, tahkim yerinin taraflarca belirlenmemiş olması ihtimali halinde nasıl belirleneceğine ilişkin Komisyon'daki tartışmalara dair bilgi için ayrıca bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 539-540.

¹³²⁹FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 226-227.

¹³³⁰Örneğin, doktrinde yer alan bir görüşe göre, tarafların esas sözleşmeye uygulanmak için açık bir hukuk seçimi yaptığı durumlarda, bu seçimin uyuşmazlık çözüm yöntemini düzenleyen hükmünü kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Zira tahkim anlaşmasının esasına

anlaşmasının maddi hukuk karakterine yapılan vurguyla, bu anlaşmaya uygulanacak hukukun, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³³¹. Hatta esas sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık hukuk seçimi olduğu görüşü dahi ileri sürülmüştür¹³³².

Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı, kimi yazarlara göre zımni hukuk seçiminden ziyade, objektif bir değerlendirme kapsamında varılacak bir sonuç olarak savunulmaktadır. Zira tarafların aksi yönde iradelerinin olduğu ihtimalde, bu iradelerini sözleşmelerine yansıtacakları düşüncesiyle de bu yaklaşımın savunulduğu görülmektedir¹³³³. Bununla birlikte, uygulamada tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmesinin nadir olmasının sebebi de, esas sözleşmenin müzakereleri aşamasında, tahkim anlaşmasının genel olarak ayrı bir müzakere konusu olmamasıdır¹³³⁴. Dolayısıyla, tarafların esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken, tahkim klotunu bu hukuktan ayrı bir hukuka tabi kılma iradeleri ve hatta

uygulanacak hukuk ile esas sözleşmeye uygulanacak hukuk arasında sıkı bir bağlantının olduğu ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk arasındaki farklılığın, tahkim yargılamasının yanı sıra, arabuluculuk ve bilirkişi incelemesini de içeren daha karmaşık uyuşmazlık çözüm maddeleri bağlamında sorunlara yol açabileceği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. *Sulamérica v. Enesa*, prg. 24.

¹³³¹LEW, s. 118.

¹³³²Bu görüşe göre, İngiliz hukukunun sınırlı bağımsızlık yaklaşımını benimsediği kabul edildiğinde, esas sözleşmenin geçerli bir hukuk seçimi klotu içermesi ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir sebeple tehdit altında olmaması koşuluyla, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin açık bir hukuk seçimi teşkil edebilecektir (PRIMROSE, s. 147). *Primrose, Sulamérica v. Enesa* kararında uygulanan üç aşamalı testin ilk aşamasında, esas sözleşme için öngörülen hukuk seçimi klotunun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açık hukuk seçimi teşkil ettiği ileri sürülseydi, mahkemenin *Sulamérica v. Enesa* kararında vardığı sonuçları farklı şekilde temellendirip temellendirmeyeceğini merak etmektedir (PRIMROSE, s. 144). Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşması bakımından açık hukuk seçimi teşkil edebileceği ve diğer tüm durumlarda tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni olarak seçildiği yönünde verilen karara ilişkin bilgi için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 226. Öte yandan, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği hallerde, bu hukuk seçimi hükmünü, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından açık hukuk seçimi olarak yorumlamanın çok ileri gitmek olduğu da belirtilmektedir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 222; PEARSON, s. 121).

¹³³³Esas sözleşmeye uygulanmak üzere, açık veya zımni olarak seçilen hukukun, tahkim klotu da dahil olmak üzere, esas sözleşmenin tamamına uygulanması yönünde bir iradenin mevcut olduğu ve tarafların tahkim klotunun esasına farklı bir hukukun uygulanmasını isteselerdi bunu açıkça belirtecekleri, tahkim klotunun usuli amacı ile esas sözleşmenin amacı arasındaki ayrımın, ticari uygulamada doğrulanmış esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması yönündeki irade karinesini çürütmek için yeterli olmadığı yönünde bkz. WILSKE/FOX, *Article II*, s. 171, 173. Tarafların aksi yöndeki iradelerini beyan etmekte özgür olmalarından hareketle, sözleşmeye tek bir hukukun uygulanmasının kararlaştırıldığı hallerde, genellikle bu hukukun sözleşmenin tahkim klotu da dahil olmak üzere tamamına uygulanacağını varsayılabilirliği belirtilmektedir (BANTEKAS, s. 2).

¹³³⁴Tahkim anlaşmaları, esas sözleşmenin bir parçası olarak müzakere edildiklerinden, esas sözleşmeden bağımsız olarak müzakere edilmelerine pek rastlanmamaktadır. Dolayısıyla tahkim anlaşmaları sözleşme müzakereleri aşamasında önemsenmemektedir (*BCY v. BCZ*, prg. 61).

tarafların bu şekilde ayrı bir hukuk seçme imkânları olduğunun dahi farkında olmadığından hareketle, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmişse, taraf iradelerinin bir sonucu olarak, bu hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹³³⁵. Her ne kadar, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımni olarak seçildiğinin tespit edildiği hallerde, açık bir hukuk seçiminin olduğu durumlara kıyasen zorlaşsa da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımından ayrılmak için bir neden olmadığı, zımni hukuk seçiminin en az açık hukuk seçimi kadar gerçek bir hukuk seçim yöntemi olduğu gerçeği göz önüne alındığında, açık hukuk seçimini ve zımni hukuk seçimini farklı değerlendirerek aralarında bir hiyerarşi belirlemenin doğru olmadığı da ifade edilmektedir¹³³⁶. Bu görüşe karşı çıkan görüş ise esas sözleşme ve tahkim klotlarının amaçlarının ve doğurdukları sonuçların farklı olması üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır¹³³⁷. Bununla birlikte, genel olarak esas

¹³³⁵ *Sulamérica v. Enesa* kararından sonra, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda değerlendirmeler yapan *Adrian Briggs*, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmamasının şaşırtıcı olacağı ve alışılmışı şekilde ve genel terimlerle ifade edilen hukuk seçimi klotunun, esas sözleşme ve tahkim anlaşması arasında ayırım yapmayacağı görüşündedir. Bu görüş için bkz. *BCY v. BCZ*, prg. 58. Aynı yazarın, tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin bir klotu şeklinde akdedilmesi halinde, genelde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı yönündeki görüşü için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 234. Sözleşmenin akdedildiği zamandaki durum kapsamında sözleşme bir bütün olarak yorumlandığında, makul bir şekilde tarafların sözleşmenin tamamının aynı hukuka tabi olduğunu düşündükleri varsayımından hareketle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmediği bir ihtimalde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanacağı kabul edilebilir. Tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasıyla yakından bağlantılı olsa da, NYK ve UNCITRAL Model Kanunu uyarınca, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında, tahkim yeri hukukunu tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçmiş olacaklarını öne sürmek zayıf bir argüman olacağından, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, zımnı seçildiği bir karine olarak kabul edilmelidir (MILES/GOH, s. 393-394).

¹³³⁶ *Enka v. Chubb Russia* kararında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, açık veya zımni olarak seçildiği durumların, bu hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması bakımından farklı değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 245). Öte yandan, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının, genelde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçildiği haller ile sınırlı olarak kabul edildiğine ilişkin bilgi için bkz. BORN, s. 827. Hindistan mahkemelerinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, açık hukuk seçimi bulunmaması halinde, tahkim anlaşmasının esasına taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçilen hukuku uyguladığı yönünde bkz. ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 78.

¹³³⁷ Esas sözleşme ve tahkim klotlarının amaçları farklıdır; esas sözleşme taraflar arasındaki maddi ilişkiyi düzenlerken, tahkim klotu bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usulü belirlemektedir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, açık ve ayrı bir anlaşmayla sağlanabilecektir (VAN DEN BERG, NYC, s. 293). Benzer şekilde *FirstLink* kararında, birinin sözleşmenin ifasıyla, diğerinin sözleşmesel ilişki bozulduğunda uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olması sebebiyle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun farklı olduğu belirtilmiştir. İlgili kararda, tahkim yerinin, tahkim anlaşmasına hayat verdiği ve tahkim anlaşmasının hukuki merkezi olduğu ifade edilmiştir (*FirstLink*, prg. 14). Yetki sözleşmeleri ve tahkim anlaşmaları kapsamında irade, uyuşmazlık çözüm yerinin belirlenmesidir ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken güdülen amaç ise oldukça farklıdır. Bu sebeple örneği tersine çevirirsek, yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşmasından hareketle, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenemeyeceği ifade edilmektedir (ARSLAN, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 33).

sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı, iş insanlarının sözleşmelerini akdederken, esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçtikleri hukukun, sözleşmenin bir hükmü olan tahkim klotuna da uygulanması yönündeki beklentileri üzerinden tartışılrsa da, doktrinde yer alan bir görüşe göre, tarafların esas sözleşmeye uygulanmak üzere herhangi bir hukuk seçmedikleri hallerde de, aynı sonuca ulaşılması mümkün kabul edilmektedir¹³³⁸. Zira esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, taraflarca seçilmediği takdirde, hakemler veya mahkemeler tarafından, somut olayın koşullarının titiz bir incelemesi neticesinde tespit edilebilir. Bununla birlikte, tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun aynı olmasını istediklerini varsaymanın mümkün olmadığı ifade edilse de¹³³⁹, zaten esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının varsayılan bir kural olarak düşünülmemesi gerekmektedir¹³⁴⁰. Zımni hukuk seçimi, somut olayın koşulları, sözleşme belgeleri, yazışmalar ve taraf ilişkilerine dair tüm sürecin titiz ve detaylı bir analizini gerektiren ve her durumda bir ülke hukukunu işaret eden ibrenin başka bir ülke hukukunu işaret edebilmesinin mümkün olabileceği bir değerlendirme sürecidir. Dolayısıyla amacımız genel bir kural yaratmaktan ziyade, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esası bakımından zımni hukuk seçimi olduğuna delalet eden işaretleri tespit etmekten ibarettir.

Türk hukuku bakımından ise MTK'nin uygulandığı uyuşmazlıklarda, MTK m. 4/3 hükmü gereği, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir¹³⁴¹. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce, MTK'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından, MTK m. 4/3 hükmünde Türk hukukundan önce uygulanması öngörülen

¹³³⁸BORN, s. 827-828. Tahkim anlaşmasının esasına ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği durumlarda, *lex contractus*'un tahkim klotuna da uygulanamayacağını, NYK m. V/1-a hükmü kapsamında açık olduğu yönünde bkz. MAYER, *The Limits of Severability*, s. 267.

¹³³⁹KARRER, s. 856. Tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku ikinci kez düşünmemiş olmaları ihtimalinin, tarafların doğrudan tahkim anlaşmasının esasının, esas sözleşmeyle aynı hukuka tabi olmasını açık bir şekilde amaçladıkları sonucunu doğurmaması gerektiği yönünde bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 222. Esas sözleşme akdedilirken, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun da esas sözleşmeye uygulanacak hukukla aynı olacağına dair düşünceleri olma ihtimali olsa bile, aynı ihtimalin tahkim yeri hukuku için de var olduğu yönünde bkz. MEZA-SALAS, s. 11.

¹³⁴⁰Zımni hukuk seçimi bakımından, tek unsurun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olmadığı ve zımni hukuk seçimi tespit edilirken başkaca unsurların da dikkate alınacağı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 527.

¹³⁴¹İŞİK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 97. MTK m. 4/3 hükmünde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacağı yönünde herhangi bir düzenleme olmadığından, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacağı yönünde bir kural olmadığı görüşü için bkz. İLHAN, s. 29.

“ *tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk*” ibaresi, zımni seçimi de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmişse, bu hukuk somut olayın koşulları kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, aksi yönde bariz bir işaretin olmaması halinde, zımni hukuk seçimi olarak kabul edilebilecektir. MTK m. 4/3 ve MTK m. 7/H-1 hükümleri lafzen incelendiğinde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına da uygulamasını engelleyecek herhangi bir ifade olmadığı görülecektir. Tanıma ve tenfiz davaları bakımından, NYK m. V/1-a hükmü lafzen yorumlandığında da, tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanmasının engellenmediği sonucuna varılmaktadır. Nitekim somut olayın şartları değerlendirildiğinde, “...*failing any indication thereon*...” şeklinde ifade edilen durum¹³⁴², esas sözleşmeye uygulanacak hukuk lehine de tespit edilebilecektir.

Tüm bu görüşlerle birlikte, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı bazı yazarlara göre, salt tarafların zımni iradeleriyle bu hukuku seçmiş oldukları şeklinde gerekçelendirilmektedir¹³⁴³. İngiliz mahkemeleri, tahkim yeri ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği senaryolar bakımından, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, zımni bir hukuk seçimi olarak, esas sözleşmeye uygulanacak

¹³⁴²Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmişse, NYK m. V/1-a hükmünde “*hangi hukukun uygulanacağına dair herhangi bir gösterge bulunmaması halinde*” tahkim yeri hukukunun uygulanacağı öngörüldüğünden, *lex contractus*’un tahkim klotuna uygulanma ihtimalinin olduğu yönünde bkz. MAYER, *The Limits of Severability*, s. 267. NYK ve Avrupa Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemelerin, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlendiği hallerde, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağına dair somut veriler içermediği ve ilgili düzenlemelerin sadece tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından objektif kriterler sağladığı yönünde bkz. IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96-97.

¹³⁴³BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 158-159; TEKİN, s. 114; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 85-86. İngiliz mahkemeleri, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni olarak seçildiği sonucuna varmaktadır. Buna göre, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık hukuk seçiminin yokluğunda, tahkim anlaşmasının esasının, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olduğu varsayımının altında zımni hukuk seçimi düşüncesi olduğu yönünde bkz. MEZA-SALAS, s. 9. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin bir parçası olması halinde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçilmesi, tarafların tahkim klotuna da bu hukukun uygulanmasına ilişkin iradelerinin güçlü bir göstergesidir. Dolayısıyla tahkim anlaşması için zımni hukuk seçimi, genelde esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçilen hukuk olacaktır. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının şartları veya esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesinin tahkim anlaşmasına etkisi değerlendirildiğinde sonuç değişebilecektir (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 26). Avusturya hukukunda, her bir davada somut olayın şartlarının önem arz ettiği kaydıyla, tarafların zımni hukuk seçimleri bakımından esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının benimsendiği ve bu değerlendirmede, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı olmamasından hareketle, NYK m. V/1-a hükmünün temel alındığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 529.

hukukla aynı olduğuna karar vermektedir¹³⁴⁴. Benzer bir yaklaşım, Alman mahkemeleri tarafından da benimsenmiştir¹³⁴⁵. Kanaatimizce, tahkim klozu ile hukuk

¹³⁴⁴Hatta taraflar esas sözleşmeye uygulanacak hukuku ve tahkim yerini belirlememişlerse de, esas sözleşmeye uygulanacağı tespit edilen hukuk, tahkim anlaşmasının esasına da uygulanacaktır (PEARSON, s. 118-119). Tahkim yeri ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesine rağmen, tahkim yeri seçiminin tek başına taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımni olarak tahkim anlaşmasına da seçildiği gerçeğini bertaraf edemeyeceği yönünde bkz. Judgment of the United Kingdom High Court of Justice, *Arsanovia Limited v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, [2012] EWHC 3702, 20.12.2012, jsumundi.com, prg. 21-24 (*Arsanovia v. Cruz City*). Aynı karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 136. *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group* kararında da (Kararın açık atfı için bkz. dn. 186), tahkim yeri seçilen Fransa görmezden gelinerek, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen İngiliz hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni bir hukuk seçimi teşkil ettiğine karar verilmiştir. Kararda öncelikle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, mutlaka açık bir şekilde seçilmesinin gerekmediği ve herhangi bir anlaşma biçiminin yeterli olacağı belirtilmiştir. Mahkemenin bu sonuca varırken esas gerekçesi, esas sözleşmenin ilk maddesinde esas sözleşmenin bir bütün olarak ele alınmasının öngörülmesi olmuştur. Mahkemeye göre, tarafların, tahkim klotunu, tüm sözleşmeye uygulanacak İngiliz hukukundan hariç tutmayı amaçladıklarını gösterecek bir neden mevcut değildir. Dolayısıyla tahkim klozu içeren esas sözleşmedeki hukuk seçimi, tarafların tahkim anlaşmasının esasını tabi kıldıkları hukuka dair yeterli bir gösterge teşkil etmektedir (*Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 35-39). Benzer şekilde, Yargıtay'ın, tarafların “sözleşmenin tümüne” İngiliz hukukunun uygulanacağını belirlemesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku da kapsadığı yönündeki kararına ilişkin bilgi için bkz. Yargıtay 11. HD., 22.03.2023 tarihli ve 6517/1762 sayılı kararı (Karara ilişkin bilgi için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 216, dn. 367). *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group* kararı, daha sonra iptal talebiyle Fransız mahkemeleri önüne gelmiştir. Fransız mahkemeleri bağımsızlık prensibini katı bir şekilde yorumlayarak, esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçilmesinin, bu hukukun tahkim anlaşması için de zımni olarak seçildiği yönündeki iradeyi kabul etmek için yeterli olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere, açık veya zımni bir hukuk seçimi söz konusu olmadığından tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunu uygulanmıştır. Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının tarafları İngiliz Yüksek Mahkemesi'nden farklı bir şekilde değerlendirilerek, *Kout Food Group* tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmiştir. Bu konuya ilişkin bilgi için bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 293; ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 534-536. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin, *Kout Food Group*'ün, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların ortak iradeleri kapsamında esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka tabi olacağının ispatlanmadığını belirttiği ve bu tespitin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmediğinde, Fransız hukukuna göre tahkim anlaşmasıyla en sıkı ilişkili olan tahkim yerinin seçilmesinin önemini ifade ettiği ve zımni olarak tahkim yeri hukukunun seçildiği anlamına geleceği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 536. Tahkim yerinin ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlendiği bir senaryoda da, tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağı yönünde bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 132. Taraflarca tahkim yerinin seçilmesi halinde, “*Qui elegit judicem elegit jus*” ilkesi uyarınca, tahkim yeri hukukunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul edileceği ve bunun tersine, esas sözleşmede açık hukuk seçimi olsaydı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun bu hukukla aynı olacağının söylenebileceği yönünde bkz. *C v. D*, prg. 23. Esas sözleşme için yapılan açık hukuk seçiminin, genelde tahkim anlaşmasının esası için de açık veya zımni hukuk seçimi olarak kabul edileceği ve fakat *forum* seçenin hukuk da seçtiği anlamına gelen “*Qui indicem forum elegit jus*” ilkesinin de kabul edilebileceği yönünde bkz. ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 75.

¹³⁴⁵Koblenz Bölge Yüksek Mahkemesi'nin, esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçen tarafların, zımni olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku da seçtiklerine hükmettiği bir davada, temel gerekçeleri, esas sözleşmenin Alman hukukuyla yakın ilişkisi, tenfiz talebinde bulunan tarafın Alman vatandaşı olması, sözleşmenin taraflarından birinin Alman şirketi olması, sözleşmenin Almanya'da imzalanarak Alman hukukuna tabi tutulması, tahkim dilinin Almanca seçilmesi ve sözleşmenin Almanca ve Rusça versiyonları arasında çelişki olduğunda Almanca metnin üstünlüğünün kabul edilmesi olmuştur. Bu yöndeki yaklaşımın, tarafların menfaatlerinin makul bir şekilde değerlendirilmesi sonucunda, Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul gördüğü yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 521-525. Şit Köşgeroğlu, bahsi geçen Alman mahkemesi kararında sayılan unsurlardan, özellikle esas sözleşmeye uygulanmak üzere Alman hukukunun seçilmiş olmasının ön plana çıktığını ve Alman Federal Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede, “*tarafların menfaatlerinin makul bir şekilde değerlendirilmesi*” kriterinin,

seçimi klotunun komşu hükümler olması¹³⁴⁶, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni hukuk seçimi olabileceği yönünde bir işaret teşkil etmektedir.

Diğer yandan, tahkim yeri hukuku ile esas sözleşmeye uygulanacak hukukun aynı hukuk olarak seçildiği bir senaryoda, tahkim yeri hukuku veya esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımları arasındaki farkların belirsizleşeceği ve somut olayın koşulları kapsamında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, ilgili ülke hukukunun zımni olarak seçildiği sonucuna varmanın kolaylaşacağı söylenebilir¹³⁴⁷. Zaten sorun, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun ve tahkim yeri hukukunun farklılaştığı noktada ortaya çıkacaktır¹³⁴⁸. Taraflarca tahkim yerinin belirlenmediği

aslında zımni hukuk seçiminin tespitinde işlevi olmadığını belirtmektedir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 525). Bahsi geçen Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, Beschluss vom 09.03.2023 - I ZB 33/22, ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 517 vd. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda zımni hukuk seçiminin varlığı sonucuna götüren gerekçelerin daha detaylı incelenmesi karşısında, kanaatimizce İngiliz mahkemelerinden farklı olarak Alman mahkemelerinin, somut olay odaklı bir şekilde, zımni hukuk seçimi değerlendirmesi prensiplerine daha uygun bir inceleme yöntemi benimsediği söylenebilecektir.

¹³⁴⁶ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96.

¹³⁴⁷ABOLAFIA, s. 65. Tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk aynı ise bu hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımni bir hukuk seçimi teşkil ettiği kabul edilmektedir (SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE, s. 55). *Piallo* kararında, esas sözleşmenin tabi olduğu hukuk İsviçre hukuku, tahkim yeri ise Cenevre olduğundan, her ne kadar *Belinda Ang Saw Ean J*, esas sözleşmenin tabi olduğu hukukun İsviçre hukuku olması nedeniyle, tahkim anlaşmasının kapsamını İsviçre hukukuna göre belirlemişse de, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku olsaydı dahi sonuç değişmeyecekti (*Piallo GmbH v. Yafriro International Pte Ltd*, [2014] 1 SLR 1028, Karara ilişkin bilgi için bkz. *BCY v. BCZ*, prg. 52).

¹³⁴⁸Temel tartışmaların, tahkim yerinin ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı seçilmesi halinde ortaya çıkacağı yönünde bkz. BUCOVALA/RUSU, s. 85. İngiliz hukukuna göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun ve tahkim yerinin farklı ülke hukuklarına işaret etmesi halinde, tahkim yeri hukukuna işaret eden veya esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan uzaklaştıran ek bir faktör olmadıkça, tahkim anlaşmasına zımni olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği sonucuna gidilmektedir (GLICK/VENKATESAN, s. 136). Bu ihtimalde, objektif bağlama kuralına geçmeden önce, somut olayın koşulları değerlendirilerek, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen bir hukuk seçip seçmedikleri, sözleşmesel ilişkiye ve tarafların ilişkisine dair deliller kapsamında dikkatli bir şekilde incelenmelidir. Örneğin, tahkim yerinin ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun ayrı olarak seçildiği bir ihtimalde, tahkim anlaşması bunlardan birinin hukukunun öngördüğü kurallara harfiyen uyacak şekilde akdedilmişse bu durumda bu ülke hukukunun zımnen seçildiği sonucuna varılabilecektir. *Demirkol* bu yorumunu, tahkim anlaşmaları özelinde değil; genel olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımni seçimine ilişkin olarak yapmıştır. Yazar, tarafların sözleşmesel ilişkilerine belirli bir hukukun uygulanacağına dair öngörüsü kapsamında, bu hukuka uygun şekilde hareket etmesinin tek başına o hukuk lehine zımni seçim teşkil etmeyeceğini, bu hukukun sözleşmelerine uygulanmak üzere seçilmesi yönünde iradelerinin de olması gerektiğini, tarafların hukukun genel ilkesi teşkil eden veya karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul edilen kuralları sözleşmelerine uygulaması halinde, tarafların zımni hukuk seçimi yaptığının tereddütsüz bir şekilde anlaşılmasının imkânsız olduğunu, tarafların sözleşmenin kurulması ve ifası aşamalarında doğrudan uygulanan kurallar hariç olmak üzere, belirli bir hukuka özgü emredici hukuk kurallarına düzenli bir şekilde uyması halinde ise bu hukukun sözleşmeye uygulanması yönündeki taraf iradelerinin güç kazanacağını, önemli olanın tarafların ilgili hukuk kuralının uygulanmasını sözleşmenin bir hükmü olarak mı, yoksa sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk olarak mı benimsediği değerlendirmesi olduğunu belirtmektedir (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 198-203). Aynı yazar

senaryolarda ise tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı, en yakın bağlantı kriteri gerekçesiyle benimsenebilmektedir¹³⁴⁹.

Bununla birlikte, tahkim klorları sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsızlık prensibi sebebiyle ayrı kabul edildiğinden, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının asıl problemi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ve esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ilişkisinde bağımsızlık prensibinin rolüdür¹³⁵⁰. Bu nedenle, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması için zımni hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi, bağımsızlık prensibinin yorumlanmasıyla yakından ilgili kabul edilmektedir¹³⁵¹. Esasen, sınırlı bağımsızlık

tarafından benzer şekilde, belirli bir ülke hukukunun emredici hukuk kurallarına uymaktan özellikle imtina edildiği hallerde, negatif hukuk seçimi olarak tarafların o ülke hukukunun sözleşmelerine uygulanmaması yönündeki iradelerinin tespit edilebileceği ve bunun zımni hukuk seçiminin tespitini kolaylaştırabileceği vurgulanmıştır (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 214-218). Bize göre, benzer bir muhakemenin tahkim anlaşması bakımından yapılması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dikkat edilirse sırf bir ülke hukukunun tahkim anlaşmasını geçerli kılmasından değil; tarafların tahkim anlaşmalarını bir ülke hukukunun öngördüğü geçerlilik şartlarına uygun akdetmelerinden söz ettiğimizden, geçerlilik ilkesinden hareket etmediğimiz görülecektir. Bu ihtimalde, taraflarca kurallarına riayet edilen ilgili ülke tahkim mevzuatındaki maddi geçerlilik koşullarının, diğer ülkelerin tahkim mevzuatlarından ayırt edici özelliklere sahip olması da önem arz etmektedir. Nitekim hukuk sistemlerinin çoğunda uygulanan kurallara uyularak bir sözleşmenin akdedilmesi, o hukukun zımnen seçildiği yorumunu engelleyecektir (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 199). Hem esas sözleşmeye uygulanacak hukukun hem de tahkim yerinin seçildiği durumlara ilişkin İngiliz İstinaf Mahkemesi ve Singapur Yüksek Mahkemesi tarafından verilen çeşitli kararlara ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. s. 295-304 arasındaki açıklamalarımız.

¹³⁴⁹LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 123; MILES/GOH, s. 387. ICC Tahkim Kuralları uyarınca yürütülen bazı yargılamalarda, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun en yakın bağlantı kriteri üzerinden değerlendirildiğine ilişkin bilgi için bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 102. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının gerekçelerinden birisi olan en yakın bağlantı kriteri, özellikle tahkim yerinin belirlenmediği hallerde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanacağı fikridir. Tahkim yerinin belirlenmemesi, esas sözleşmeye uygulanacak hukukla en yakın bağlantının kurulmasına sebep olmaktadır (NAZZINI, s. 702-703).

¹³⁵⁰BANTEKAS, s. 2. Bağımsızlık prensibi sebebiyle, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim klorunun esasına uygulanamayacağı yönünde bkz. ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96; ÖZEL, s. 317; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*, s. 517; SARIÖZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2030; SILACI KORKMAZ, *Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, s. 59-60. Bağımsızlık prensibi ve tahkim anlaşmasının usul hukuku ile arasındaki yakın bağlantı sebebiyle, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının izahının zor olduğu yönünde bkz. EKER AYHAN, s. 47-48.

¹³⁵¹ULUSU, s. 52. Doktrinde, bağımsızlık prensibinin tahkim anlaşmasını hukuk seçimi bakımından esas sözleşmeden ayırmadığı ihtimalde dahi, tahkim anlaşmasının esasına ve esas sözleşmeye farklı hukukların uygulanmasının *dépeçage* doktrini sayesinde mümkün olduğu belirtilmektedir. Genel kabul gören bu doktrine göre, tek bir sözleşmeye iki farklı hukuk uygulanabilmektedir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması, hukuk seçimi açısından esas sözleşmeden bağımsız bir anlaşma değildir. Bununla birlikte, esas sözleşme açık hukuk seçimi hükmü içerse bile, tahkim anlaşmasının esası farklı bir hukuka tabi olabilir. Tahkim anlaşmasının hukuk seçimi açısından esas sözleşmeden ayrı bir anlaşma olmaması, bu ikisinin mutlaka aynı hukuka tabi olacağı anlamına gelmemektedir. Tek bir sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanabileceği *dépeçage* doktrini kapsamında mümkündür. Dolayısıyla tahkim yeri seçiminin, aynı zamanda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçimi olarak kabul edilmesi için geçerli nedenler varsa, bağımsızlık prensibinden ziyade *dépeçage* doktrini, esas

yaklaşımını benimsediğimizden, bağımsızlık prensibi, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşması bakımından zımni hukuk seçimi olduğu yönünde yorum yapmamıza engel olmamaktadır¹³⁵². Dolayısıyla esas sözleşme içinde yer alan hukuk seçimi klotunun veya yetki sözleşmelerinin geçerliliği de esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olduğundan, aynı düşüncenin tahkim klotları bakımından benimsenebileceği söylenebilecektir¹³⁵³. Keza doktrinde, bağımsızlık prensibinin, esas sözleşme ve tahkim anlaşmasını ayırdığı ve fakat esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasının, bağımsızlık prensibinin farkında olmayan tacirler bakımından zımni iradelerinin bir yansıması olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir¹³⁵⁴. Öte yandan, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı yönündeki görüşün, bağımsızlık prensibi kapsamında mümkün olmadığını belirten yazarlar da vardır¹³⁵⁵. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrı olarak akdedildiği ihtimal bakımından, bizim de katıldığımız görüşe göre, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımni olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçildiği sonucuna ulaşmak güçtür¹³⁵⁶. Her zaman akılda tutulmalıdır ki, zımni hukuk seçimi doğası gereği, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından adeta bir matematik formülü geliştirme

sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına neden uygulanmayacağına dair bir açıklama sunabilir (GLICK/VENKATESAN, s. 132, 136, 140-141). Öte yandan, *Enka v. Chubb Russia* kararında yer alan karşıt görüş kapsamında, *dépeçage* doktrininin istisnai niteliği, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmediği hallerde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması yönündeki karine (veya genel bir kural) gerekçelendirilirken kullanılmıştır (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 231).

¹³⁵²Mutlak ve sınırlı bağımsızlık yaklaşımlarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. “*Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeden Bağımsızlığı Prensibi*” başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹³⁵³Hukuk seçimi veya yetkili mahkemeyi belirleyen hükümler gibi, geçerliliği esas sözleşmeye yönelik itirazlardan izole edilen diğer hükümlere de, genel olarak bir parçasını oluşturdukları esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulandığı yönündeki görüş için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 53/5, 254.

¹³⁵⁴TÖRE, s. 74.

¹³⁵⁵SARIOZ BÜYÜKALP, *Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*, s. 2030; ÖZEL, *Kanunlar İhtilafı*, s. 96; ÖZEL, s. 317. Esas sözleşmenin tahkim anlaşmasının yorumlanması ve kapsamı ile hiçbir ilgisi olmayan bağımsız bir sözleşme olduğu yönünde bkz. KARRER, s. 861. Bağımsızlık prensibinin yanı sıra, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının, tarafların uyuşmazlıklarını çözmek için tarafsız bir *forum* seçme niyeti ve NYK m. V/1-a ve UNCITRAL Model Kanunu m. 34 ve 36 hükümleriyle de uzlaştırılmasının zor olduğu belirtilmiştir (BORN, s. 832).

¹³⁵⁶Bu durumda, tahkim anlaşması ve esas sözleşme arasında metinsel teklik olamayacağı yönünde bkz. ULUSU, s. 51-52. Nadir olmasına rağmen tahkim anlaşması bağımsız olarak akdedilirse, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda açık bir hukuk seçimi söz konusu değilse, tahkim anlaşmasının esasına, muhtemelen esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk değil, tahkim yeri hukuku uygulanacaktır (BCY v. BCZ, prg. 67). *Sulamérica v. Enesa* kararında da, tahkim yeri olarak Londra’nın belirlendiği ve açık hukuk seçimi içermeyen bağımsız bir tahkim anlaşmasının olduğu bir ihtimalde, zımni hukuk seçimi için yeterli dayanak bulmanın pek olası olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu durumda, tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuku belirlemek gerekmektedir. Bu şekilde yapılan inceleme neticesinde, büyük olasılıkla tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olacaktır (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 26).

ihtimalini dışladığından, somut olayın koşullarının aksi yönde bir çıkarıma izin vermesi her zaman mümkündür.

Tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk bakımından, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımının çeşitli gerekçelerle kabul edildiği birçok karar mevcuttur¹³⁵⁷. Örneğin, Türk hukuku bakımından, 23.11.2022 tarihli ve 2022/5454 E., 2022/8276 K. sayılı güncel bir kararı¹³⁵⁸ kapsamında Yargıtay, hakem kararının iptali talebiyle ikame edilen bir davada, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuku uygulamasını, MTK'ye uygun kabul etmiştir. Karara konu sözleşme kapsamında, tahkim yerinin Türkiye olacağı, tahkim yargılamasına ICC Tahkim Kuralları ve Türk hukukunun uygulanacağı ve esas sözleşmeye Alman hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Bu karar, tarafların tahkim yerini ve esas sözleşmeye uygulanacak

¹³⁵⁷Örneğin, 2626 sayılı ICC kararında, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, zımni olarak tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir: “*Özel hüküm bulunmadığı sürece, esas sözleşmeye uygulanmak üzere yapılan hukuk seçiminin, tahkim klozu da zımnen kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir.*” (S. JARVIN and Y. DERAİNS, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985 (1990), Kararın ilgili kısmı için bkz. LEW, s. 143-144; TEKİN, s. 113-114; IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 85). 6379 sayılı ICC kararında da, özel olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi olmaması halinde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanacağı ifade edilmiştir (Comment of Yves DERAİNS in J. - J. ARNALDEZ, Y. DERAİNS and D. HASCHER, Collection of ICC Awards 1991-1995 (1997), Karara ilişkin bilgi için bkz. LEW, s. 143; TEKİN, s. 114). Bu kararda, tarafların tahkim klozu içeren esas sözleşmeye uygulanmak üzere İtalyan hukukunu seçmiş olduğu bir ihtimalde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak da İtalyan hukukunun seçilmiş olduğu, tarafların zımni iradesinin esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim klozu için de geçerli olması yönünde olduğu, ve bu yorumun milletlerarası tahkimde kabul gördüğü yönünde bkz. ÇATAKLI, s. 106. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun Hindistan hukuku ve tahkim yerinin Londra olduğu bir tahkim klozu içeren sözleşmeden doğan ve tahkime elverişlilikle alakalı olan bir uyuşmazlıkta *Andrew Smith J, obiter* olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, açık veya zımni hukuk seçimi olarak nitelendirilmesi önemli olmaksızın, seçilmesi sonucu doğurabileceğine karar vermiştir. Tarafların açıkça “*Bu Anlaşma*” tabiriyle esas sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ettikleri klot çerçevesinde, esas sözleşmeye Hindistan hukukunun uygulanmasını seçtiklerinde, imzaladıkları sözleşmedeki tahkim klozu da dahil tüm maddelere Hindistan hukukunun uygulanacağını kastetmiş oldukları düşünülebilir. Bu doğrultuda, esas sözleşmeye uygulanmak üzere yapılan hukuk seçimi, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusundaki iradelerine dair güçlü bir işarettir ve tahkim için Londra’nın seçilmesi dışında aksi yönde bir gösterge yoktur. Tahkim anlaşmasının lafzı, tarafların bu anlaşmaya Hindistan hukukunun uygulanmasını amaçladıkları sonucunu güçlendirmektedir. Öte yandan, *Sulamérica v. Enesa* kararında, “*bu Poliçe*” şeklinde bir belirlemeyle esas sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlendiğinden, bu hukuk seçiminin doğal olarak tahkim anlaşmasından ziyade sigortaya ilişkin yükümlülük ve hakları ilgilendirdiği belirtilmiştir (*Arsanovia v. Cruz City*, prg. 21-24). Karara ilişkin detay bilgi için ayrıca bkz. TEKİN, s. 187-188; GLICK/VENKATESAN, s. 135-136. Esas sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca açıkça seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına da uygulanması gerektiği görüşünün kabul edildiği bazı mahkeme kararı örnekleri için bkz. PEARSON, s. 119, dn. 16. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin yapılan hukuk seçiminin, tahkim anlaşmasına da uygulanacağına ilişkin diğer karar örnekleri için bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 120 dn. 69.

¹³⁵⁸Yargıtay 11. HD., 23.11.2022 tarihli ve 2022/5454 E., 2022/8276 K. sayılı kararı, www.lexpera.com. Alman hukukunun tahkim anlaşmasını geçerli kılacak bir hukuk olmasının da bu kararda etkisi olabileceği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 302.

hukuku seçip tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku açıkça seçmediği bir senaryoya dayanmaktadır. Tahkim yargılamasında hem davacı hem de davalı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusundaki tüm iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapsa da hakem, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Alman hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir¹³⁵⁹. Davacı, MTK m. 15/A/1-a hükmü sebebiyle, tahkim anlaşmasının esasına Türk hukuku yerine Alman hukukunun uygulanmasını iptal sebebi olarak ileri sürmüştür. Yargıtay, hiçbir detay belirtmeden esas sözleşmeye uygulanacak hukukun “*tahkim anlaşmasının esası yönünden bağlantılı*” olduğu gerekçesiyle, hakemlerce varılan sonucu MTK’ye uygun bularak iptal davasını reddetmiştir. Dolayısıyla MTK’nin uygulama alanındaki bir tahkim yargılamasında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, esas sözleşme ve bu sözleşmede yer alan hukuk seçimi klotunun dikkate alınarak tespit edilmesi kabul edilmiştir¹³⁶⁰. Yargıtay, yerinde bir şekilde sınırlı bağımsızlık ilkesini benimsemiş ve tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterini ön planda tutarak MTK m. 4/3 ve m. 15/A-1-a hükümlerinin zımni hukuk seçimini içerdiğini kabul etmiştir¹³⁶¹. Kanaatimizce bu uyuşmazlıkta, sınırlı bağımsızlık prensibinin benimsenmesi yerinde olmakla birlikte, tarafların tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkin savunmalarını Türk hukukuna göre yapması sebebiyle, zımni bir hukuk seçiminin varlığı kabul edilmeliydi.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespitinde oldukça önem atfedilen *Sulamérica v. Enesa* kararında¹³⁶² ise tahkim anlaşmasını “ölüm yeri

¹³⁵⁹Yayımlanmayan ilgili hakem kararına ilişkin bilgi için bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 299, dn. 98. Her ne kadar kararda bu yaklaşım kabul edilmese de, tahkim yerinin taraflarca seçilmesi ve tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olarak benimsenmesi neticesinde, tahkim anlaşmasının esasına Türk hukukunun uygulanmasının da kabul edilebileceği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 301.

¹³⁶⁰Tahkim yargılamasında, her iki tarafın da tahkim anlaşmasının esasına dair iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapmasından kaynaklanan iptal sebepleri hiç değerlendirilmese de, bu durumun zımni hukuk seçimine delalet edeceği ve tahkim yerinin Türkiye olmasının tarafların zımni hukuk seçimi iradelerinin Türk hukukuna yöneldiği savını güçlendireceği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 302. Öte yandan, bir davada tarafların belirli bir hukuk kapsamında taleplerde bulunması ve savunmalar yapmasının, kanunlar ihtilafı sözleşmesi olan hukuk seçimi sözleşmeleri açısından zımni hukuk seçimi yapıldığı yönünde bir işaret oluştursa da tek başına yeterli olmayacağı, davalının davacının dayandığı hukuk uyarınca savunmada bulunmasının altında yatan gerekçenin tam olarak bilinmeyeceği, X hukuku uyarınca sadece savunma yapmak amacıyla savunma yapan davalının bu hukukun uygulanması yönünde bir iradesinin olmayabileceği ve fakat her iki tarafın dava dilekçelerinde belirli bir hukukun açıkça sözleşmelerine uygulanacak hukuk olduğunu belirtmesi halinde, zımni hukuk seçiminin kabul edilebileceği yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 203-210.

¹³⁶¹YASAN TEPETAŞ, s. 301-302.

¹³⁶²Kararın açık atfı için bkz. dn. 799.

hukukundan”¹³⁶³ İngiliz mahkemelerinin kurtardığı ifade edilmektedir. *Sulamérica v. Enesa* kararında, taraflar arasındaki uyuşmazlık, Brezilya’da hidroelektrik üretim tesisinin inşasıyla bağlantılı ortaya çıkabilecek çeşitli risklere ilişkin düzenlenen iki adet sigorta poliçesinden doğmuştur. Poliçelerde tahkim yeri Londra olarak belirlenmiş, sözleşmeye uygulanacak hukuk açık bir şekilde Brezilya hukuku olarak seçilmiş, Brezilya mahkemeleri lehine münhasır yargı yetkisi tesis edilmiş ve fakat tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçilmemiştir. Mart 2011 tarihinde, sigortalının (*Enesa*) poliçeler kapsamında talepte bulunmasına yol açan bazı olaylar meydana gelmiş, ancak sigortacılar (*Sulamérica*) sorumluluklarını reddetmiş ve Londra’da tahkim yoluna başvurarak sözleşmesel sorumlulukları olmadıklarına ilişkin karar verilmesini talep etmiştir. *Enesa* da Brezilya devlet mahkemelerinde sigortacıların tahkim yargılamasına başvuru haklarının olmadığını tespiti için dava açarak sigortacıların tahkim yoluna başvurmalarını engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. *Sulamérica* ise bu davayı engellemek adına Londra mahkemelerinde *anti-suit injunction* davası ikame ederek sigortalının Brezilya’da açtığı davayı takip etmesini engelleyecek bir tedbir kararı almış ve *Enesa*, bu karara itiraz etmiştir¹³⁶⁴.

Enesa yaptığı itiraz kapsamında, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni olarak Brezilya hukukunu seçtiklerini iddia etmiştir. Bu iddiaya gerekçe olarak ise poliçeye uygulanacak hukuk olarak Brezilya hukukunun açıkça seçilmesini, poliçe kapsamında, poliçeden kaynaklanan veya poliçeyle bağlantılı olarak ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklarda Brezilya mahkemelerinin münhasır yargı yetkisinin kabul edilmesini, taraflar, sigorta konusu, poliçenin para birimi ve poliçenin dili dikkate alındığında, poliçe ve Brezilya devleti arasında yakın ticari bağlantı olmasını ve tahkim yargılamasına başvurmanın ön koşulu olarak arabuluculuk girişimi gerektiren ve Brezilya hukukuna tabi hükmün uyuşmazlık çözüm maddesine

¹³⁶³İngiliz mahkemelerinin, tahkim anlaşmasına “ölüm yeri hukukunun” uygulanmasını engellediği ve tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruma arzusuyla hareket ettiği yönünde bkz. PEARSON, s. 124. Bu davanın, tahkim anlaşmasının olabildiğince geçerli kalabilmesi amacıyla özel bir değerlendirme yapılmasını ifade eden geçerlilik prensibinin en güzel örneklerinden biri olduğu yönünde bkz. NAZZINI, s. 700-701. *Sulamérica v. Enesa* kararında, tacirlerin rasyonel bir bakış açısıyla, tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak bir hukukun tahkim anlaşmalarının esasına uygulanması yönünde iradelerinin olmayacağından hareketle uygulanacak hukukun tespit edildiği yönünde bkz. MILES/GOH, s. 392. *Sulamérica v. Enesa* kararında, zımni olarak seçilen hukukun belirlenmeye çalışıldığı ve tarafların tahkim anlaşmalarını geçerli kılan yer hukukunu seçme yönündeki zımni iradelerine dayanılarak, tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yerine, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğine karar verildiği yönünde bkz. BORN, s. 842.

¹³⁶⁴*Sulamérica v. Enesa*, prg. 1-3.

dahil edildiğini ileri sürmüştür. *Sulamérica* ise bağımsızlık prensibi ve tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmesi gerekçeleriyle, tahkim anlaşmasının esasına İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir¹³⁶⁵.

İngiliz İstinaf Mahkemesi kararında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, tarafların iradelerinin öncelikli olmasından ötürü üç aşamalı bir incelemeyle belirlenmesi¹³⁶⁶ gerektiğine karar vermiş ve izlenen yolun sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi için takip edilen yol ile aynı olduğunu belirtmiştir¹³⁶⁷. Öngörülen bu üç aşamalı test, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından bir nevi kanunlar ihtilafı kuralı oluşturma çabası olarak değerlendirilebilir¹³⁶⁸. Bu kapsamda, tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmesinin, tarafların tahkim anlaşmasına tüm yönleriyle İngiliz hukukunun uygulanmasını amaçladıklarını gösterdiğini belirten mahkeme, Brezilya hukukunun tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğurduğu göz önüne alındığında, tarafların tahkim anlaşmasının esasına Brezilya hukukunun uygulanmasını istememiş olduklarını belirtmiştir¹³⁶⁹. Sonuç olarak, doğurduğu sonuçlar üzerinden yapılan bir değerlendirme neticesinde, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, Brezilya hukukunu zımni olarak seçtikleri söylenemeyeceğinden, *Moore-Bick LJ* hukuk seçimine ilişkin analizin üçüncü ve son adımına geçmiş ve tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuyla arasındaki sıkı bağlantıya vurgu yaparak tahkim anlaşmasının esasına İngiliz hukukunu uygulamıştır¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵*Sulamérica v. Enesa*, prg. 10.

¹³⁶⁶Bu üç aşamalı testin sıralaması şu şekildedir: Tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açıkça seçtikleri hukuk, tarafların tahkim anlaşmasının tabi olacağı hukuku açıkça seçmediği durumlarda, öncelikle tarafların zımni hukuk seçimi ve zımni hukuk seçiminin yokluğunda tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 25). Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin üç aşamalı bir inceleme yapılacağı, *BCY v. BCZ* kararında da kabul edilmiştir (*BCY v. BCZ*, prg. 40). Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, Asya yargı sistemlerinde de İngiliz mahkemelerinin uyguladığı yöntem ile paralel üç aşamalı bir incelemeyle belirlendiği yönünde bkz. ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 75.

¹³⁶⁷*Sulamérica v. Enesa*, prg. 9; MILES/GOH, s. 387.

¹³⁶⁸Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlerken, İngiliz mahkemelerinin genel kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığı yönünde bkz. PEARSON, s. 117.

¹³⁶⁹Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğuruyorsa, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmayabileceği yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107-108. Benzer yönde verilen bir karar örneği için bkz. BORN, s. 840. Tahkim anlaşmasını geçersiz kılmadığı sürece, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olacağına dair güçlü bir karine olduğu yönünde örnek bir karar için ayrıca bkz. ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 78. Tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçilmesi halinde bu hukukun uygulanacağı yönündeki karinenin çok güçlü olduğu yönünde bkz. LEW, s. 143.

¹³⁷⁰*Sulamérica v. Enesa*, prg. 29-32; ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 76. Tarafların tahkim anlaşmasının esasına Brezilya hukukunun uygulanmasını istemedikleri yönündeki karar, *Enesa*'nın tahkim anlaşmasının sadece kendi iradesiyle uygulanabileceğine yönelik iddiasıyla yakından ilgilidir.

Bu karar, tahkim anlaşmaları da dahil olmak üzere, herhangi bir sözleşme akdeden tarafların bu sözleşmenin geçerliliğini arzuladığı ön kabulüne dayanmaktadır. Tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken, motivasyonlarının ilgili sözleşmeyi geçersiz kılacak hukukun seçilmesi olmayacağı yerinde bir kabul olmakla birlikte, bu kararda İngiliz hukuku tarafların zımni hukuk seçimlerinin bir sonucu olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanmamıştır. Nitekim somut uyuşmazlıkta, Brezilya hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak zımnen seçildiği çıkarımına yetecek kadar veri mevcut olmasına rağmen, tahkim yeri hukukunun ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonuçların uyumsuzluğu nedeniyle, taraflarca zımni hukuk seçimi yapılmadığı sonucuna varılmıştır. Kararda yapılan muhakeme değerlendirildiğinde, tahkim anlaşmasını geçerli kılabilmek adına esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımni olarak seçilmediğinin tespiti, zımni hukuk seçiminin tespiti demek değildir. Bu muhakemeden yapılacak çıkarım, taraflarca yapılan seçimlerin tahkim anlaşmasını geçersiz kıldığı durumlarda, zımni olarak seçilen hukukun tarafların tahkim anlaşmalarına uygulanmasını amaçladıkları hukuk olarak kabul edilemeyeceğidir¹³⁷¹. Diğer bir ifadeyle, zımni olarak seçilen bir hukukun varlığına rağmen bu hukukun tahkim anlaşmasını geçersiz kılması hali, taraf iradeleri konusunda aksine bir işaret kabul edilerek zımni hukuk seçimi etkisiz hale getirilmiştir. Bu uyuşmazlıkta Brezilya hukuku, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca zımnen seçilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, *Sulamérica v. Enesa* kararında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçilmesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk lehine zımni bir seçim olduğuna dair karinenin varlığı¹³⁷², esas sözleşmeye

Mahkeme, bu yöndeki kabulün, tahkim anlaşmasının uygulanmasını engellediğinden tarafların iradelerine uygunluk göstermediğini ve en yakın bağlantının tespiti kapsamında tahkim yeri olarak Londra'nın seçilmesinin, tarafların tahkim yargılamasının sürdürülmesi ve denetlenmesinde İngiliz hukukunun uygulanacağını kabul etmelerini gerektirdiğini belirtmiştir (BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 159-161; NAZZINI, s. 687-689; TEKİN, s. 186-187). Tarafların sadece tahkim anlaşmasını geçerli kılacağından dolayı tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasını amaçladıklarını söylemenin doğru olmadığı, *Sulamérica v. Enesa* kararında tahkim anlaşmasının geçersiz olabileceği ihtimalinin, bir hukukun diğerine tercih edilmesinin yorum sürecinde dikkate alınması gereken bir unsur olarak tespit edildiği ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sağlanmasının taraf iradelerinden bağımsız bir ilke olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 149.

¹³⁷¹ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 76; NAZZINI, s. 688; PEARSON, s. 125.

¹³⁷²NAZZINI, s. 687-688. *Sulamérica v. Enesa* kararını, esas sözleşmenin açık bir hukuk seçimi içerdiği ihtimalde tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağına dair karine yaratan bir karar olarak okuyanlar olsa da, bu karardan çıkarılacak bir karine varsa bunun tam tersi olduğu belirtilmiştir. Zira tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun

uygulanacak hukukun açıkça seçildiği durumlarla sınırlı olarak¹³⁷³ kabul edilmekle birlikte, bu karinenin somut olayın koşulları kapsamında çürütülebileceği de ifade edilmiştir¹³⁷⁴. Zira tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, somut uyuşmazlığın ortaya çıktığı koşullardan etkilenebilecektir¹³⁷⁵. Dolayısıyla, aksi yönde işaretlerin yokluğunda, tarafların, sözleşmelerinin bütününe aynı hukukun uygulanmasını amaçladıklarının doğal bir çıkarım olmasından hareketle¹³⁷⁶, tahkim

uygulanmamasının sebebi, bu hukukun tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak olmasıdır (GLICK/VENKATESAN, s. 135).

¹³⁷³NAZZINI, s. 691.

¹³⁷⁴NAZZINI, s. 688. Türk hukukunda nispeten benzer bir tartışma, MÖHUK m. 24/4 hükmü kapsamında yapılmaktadır. İlgili hükümde, sözleşmeye, hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı düzenlenmiş ve daha sonra en sıkı ilişkili hukukun ne olabileceği çeşitli durumlara ilişkin olarak sayılmıştır. İşte bu durumların sıralandığı kısmın, bir karine teşkil edip etmediği doktrinde tartışmalıdır. Bu kapsamda, bu düzenlemenin hukuki niteliği konusunda, uygulanacak hukukun tespitini kolaylaştırmak amacıyla öngörülen objektif bir faktöre basit bir atıf yapıldığı, ispat külfetine ilişkin bir düzenleme olduğu ve bir karine olduğu gibi farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 303-305. Bununla birlikte, *Demirkol*'a göre, MÖHUK m. 24/4 hükmünün ikinci cümlesindeki düzenleme teknik anlamıyla bir karine olarak kabul edilmemelidir. Nitekim bu hükümde, tarafların ispatlayabileceği bir vakıa ya da olgunun söz konusu olmadığı, en sıkı ilişkili hukukun bir olgudan ziyade hukukun yarattığı bir varsayım olduğundan hareketle hâkim tarafından re'sen tespit edilmesi gerektiği, normal bir kanuni karinenin varlığı halinde taraflar karine teşkil eden olguyu veya bu olgunun delil teşkil ettiği meseleyi ispatlayabileceklerse de, MÖHUK m. 24 hükmünde en sıkı ilişkili hukuk kavramının içinin doldurulduğu ve hâkimin doğrudan en sıkı ilişkili hukuku belirlemesine müsaade etmediği, MÖHUK m. 24/4 hükmünün üçüncü cümlesinin bir istisna hükmü olduğu ve fakat bu bir karine olsaydı istisna hükmüne gerek kalmayacağı belirtilmiştir. Yazara göre, MÖHUK m. 24/4 hükmünün ikinci ve üçüncü cümleleri arasında kural-istisna ilişkisi vardır (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 305-309). Öte yandan, MÖHUK m. 24/4 hükmü ikinci cümlesinin, borçlunun mutad meskeni hukukunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine teşkil ettiği, özellikle üçüncü cümle göz önüne alındığında ilgili hükümde objektif bağlama kuralının tespitine yönelik kabul edilen kuralların karine niteliğinin ortaya çıktığı ve dolayısıyla ikinci cümlede işaret edilen hukukların hâkimin somut olaya ilişkin yapacağı değerlendirmeye göre bir önceliğe sahip olmadığı yönünde bkz. DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 412-414. Kanaatimizce, *Sulamérica v. Enesa* kararında yapıldığı gibi, esas sözleşmeye uygulanmak üzere açıkça seçilen bir hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımni olarak seçilmesinin bir karine teşkil etmesi çelişkilidir. Nitekim zımni hukuk seçimi ve karine kavramları birbirini dışlayan kavramlardır. Dolayısıyla, İngiliz mahkemelerinin amacı, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, bağlayıcı bir formül geliştirmektir. Kaldı ki, *Demirkol*'un da belirttiği üzere, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği yorumu bir karine teşkil etseydi, aksi yönde işaretlerin varlığı halinde esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan başka bir hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacağı yönünde bir istisnanın belirtilmesine ihtiyaç duyulmazdı.

¹³⁷⁵LEW, s. 129.

¹³⁷⁶*Sulamérica v. Enesa*, prg. 11. Zira Moore Bick LJ'ye göre, aksi yönde işaretler olduğu takdirde tahkim anlaşmasının esasına, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmayacaktır ve tahkim anlaşmasının şartları veya esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmasının doğuracağı sonuçlar aksi yönde işaret teşkil edebilecektir (*Sulamérica v. Enesa*, prg. 26). *Rals* kararında, tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuk konusunda, Coomaraswamy J, "...Singapur hukuku, tahkim anlaşmasının içinde bulunduğu daha geniş kapsamlı anlaşmaya uygulanmaktadır ve bu durumda, tarafların her iki anlaşmaya da aynı hukukun uygulanmasını amaçladıkları şeklindeki varsayımın ötesine geçmek için bir neden yoktur..." diyerek tahkim anlaşmasına Singapur hukukunu uygulamıştır (*Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza SpA v. Rals International Pte Ltd*, [2016] 1 SLR 79, Karara ilişkin bilgi için bkz. *BCY v. BCZ*, prg. 53). Esas sözleşmenin açık bir hukuk seçimi klozu içerdiği ihtimalde, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçilmemişse, tahkim anlaşmasının esasına "normal olarak" esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanacağı yönünde bkz. *Sonatrach Petroleum Corp v. Ferrell International Ltd*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 627, Kararın ilgili kısmı için bkz. *Sulamérica v. Enesa*, prg. 13. *Sumitomo Heavy Industries Ltd v. Oil & Natural Gas Commission*

anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçilmemişse, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, doğrudan tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağı ifade edilmiştir.

Tüm bu sebepler göz önüne alındığında, *Sulamérica v. Enesa* kararında, somut olayın koşulları değerlendirilerek tespit edilen zımni bir hukuk seçiminin varlığından ziyade, tarafların esas sözleşmenin bütününe aynı hukukun uygulanması yönündeki iradelerinin varsayımından hareket edilerek tespit edilen bir hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması durumunun söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Bundan ötürü, İngiliz mahkemelerinin öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik sağlanması amacıyla genel bir kural geliştirme gayesiyle hareket ettiği belirtilmelidir¹³⁷⁷. Nitekim zımni hukuk seçimi her bir olay özelinde münferit bir değerlendirme gerektirdiğinden, genel bir kurala konu edilemeyecektir.

Singapur Yüksek Mahkemesi de *BCY v. BCZ* kararında¹³⁷⁸, *Sulamérica v. Enesa* kararı benzeri bir karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlık, taraflar arasında müzakere

ve *Leibinger v. Stryker Trauma GmbH* kararlarında da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun ön plana çıktığı yönünde bkz. *Sumitomo Heavy Industries Ltd v. Oil & Natural Gas Commission*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 45; *Leibinger v. Stryker Trauma GmbH*, [2005] EWHC 690 (Comm) 690, Kararlara ilişkin bilgi için bkz. *Sulamérica v. Enesa*, prg. 14.

¹³⁷⁷Benzer bir durum, MÖHUK m. 24/4 hükmünde de yaşanmıştır. Nitekim, kanun koyucu, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik sağlama endişesiyle, taraflarca yapılan açık veya zımni bir hukuk seçiminin olmadığı ihtimalde, en sıkı ilişkili hukukun tespitindeki zorluklar ve en sıkı ilişkili hukukun süreç içerisinde değişken bir niteliğe bürünmesi durumlarını da göz önünde tutarak, MÖHUK m. 24/4 hükmünde, en sıkı ilişkili hukuk bakımından karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku gibi kriterler düzenlemiştir (DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 302-303). Dolayısıyla, bu şekilde tespit edilen genel bir kuralın -ya da İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin kararında ifade ettiği üzere karinenin- varlığı halinde, artık zımni hukuk seçimi araştırması sahasından çıkılmaktadır. Zımni hukuk seçimi, birden fazla faktörün devreye girdiği somut olayın koşullarının, oldukça detaylı bir incelemesini gerektirdiğinden, aksinin ispatlanması imkânı açık bırakılarak bu yönde bir karine kabul edildiği görüşüyle, zımni hukuk seçimini uzlaştırmak mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, aksinin ispatlanması ifadesi zaten tarafın yerine getireceği bir ispat faaliyeti olup yargı makamına bir değerlendirme alanı tanıyarak, zımni hukuk seçimi değerlendirmesiyle benzeşmektedir. Dolayısıyla İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin, adeta zımni hukuk seçimini *bypass* ederek tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından, objektif bir bağlama kuralı yaratma gayesiyle hareket ettiği söylenebilecektir. Halbuki, açık veya zımni bir hukuk seçimi olmadan objektif bağlama kuralının uygulanması mümkün olmadığından bu sonuç, kabul edilemez bir sonuçtur.

¹³⁷⁸Kararın açık atfı için bkz. dn. 820. Singapur Yüksek Mahkemesi, özellikle tahkim yeri hukukunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olduğu durumlarda, tahkim anlaşmasının esasına hangi hukuk uygulanmalıdır sorusuna yanıt aramıştır. Mahkeme, *Sulamérica v. Enesa* kararındaki yaklaşımı *FirstLink* kararındaki yaklaşıma tercih ederek, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, esas sözleşmeye uygulanacak hukukla aynı olduğuna dair bir karinenin varlığına hükmetmiştir. Bu çerçevede ilgili kararda, tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin parçasını oluşturan bir kloz şeklinde kurulması halinde, sözleşmenin taraflarının tüm hukuki ilişkilerinin aynı hukuk tarafından yönetilmesini amaçladıklarını varsaymanın makul olduğu ve tarafların iradelerinin aksi yönde olması halinde, tahkim anlaşmasının farklı bir hukuka tabi olduğunu özellikle öngörmelerini beklemek gerektiği belirtilmiştir (MILES/GOH, s. 388, dn. 21).

edilen ancak imzalanmayan ve ICC tahkim klozu içeren yedi adet Hisse Satım Sözleşmesi'nden doğmuştur. Hisse Satım Sözleşmesi'nin ilk taslağında sözleşmeye uygulanacak hukuk, New York hukuku olarak öngörülmüş ve bu seçim Hisse Satım Sözleşmesi'nin müzakere sürecindeki yedi ayrı taslağında hiç değişmemiştir. Hisse Satım Sözleşmesi'nin 25 Haziran 2013 tarihinde gönderilen ikinci taslağında, ilk taslakta yer alan ve yetkili mahkemeyi belirleyen klot, tahkim klotuyla değiştirilmiştir. Dördüncü taslakta, tahkim klotunda uyuşmazlığın üç yerine tek hakeme havale edilmesi ve Singapur'un tahkim yeri olarak belirlenmesi yönünde iki değişiklik yapılmıştır. Altıncı taslak ise 18 Temmuz 2013 tarihinde, davacının yatırım uzmanı tarafından sözleşmenin imzalanmaya hazır olduğu belirtilerek gönderilmiştir. Aynı gün taslağa son halinin verilmekte olduğunu belirten diğer alıcı, 25 Temmuz 2013 tarihinde önemli değişiklikler içeren yedinci taslağın imzalanmaya hazır, nihai ve mutabık kalınan sözleşme olduğunu belirterek taslağı, taraflara iletmiştir. Daha sonra hisselerin satışından vazgeçildiğinden sözleşme hiç imzalanmamıştır. Bunun üzerine, tahkim yargılaması yoluna başvurulmuş ve tahkim anlaşmasının Hisse Satım Sözleşmesi imzalanmadan önce kurulduğu iddia edilmiştir. Hakem, tarafların tahkim anlaşması için açık hukuk seçimi yapmamaları halinde, zımni hukuk seçimlerinin esas sözleşmenin tabi olduğu hukuk olduğuna dair aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu ve somut olayda bu karinenin çürütülmediğini belirterek, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun New York hukuku olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda, tarafların söz ve davranışlarından hareket ederek, davacının altıncı taslak Hisse Satım Sözleşmesi'ni imzalamaya hazır olduğu tarihte, tahkim anlaşmasının davacı ve davalı arasında kurulduğunu tespit etmiştir. Bu karar üzerine, hakemin yetkili olmadığına dair karar almak amacıyla mahkemeye başvurulmuş ve nihayetinde konu Singapur Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir.

Bu karara göre, tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin bir parçasını oluşturduğu durumlarda, tarafların tüm hukuki ilişkilerinin aynı hukuk tarafından yönetilmesini amaçladıklarını varsaymak makuldür. Dolayısıyla tarafların iradelerinin aksi yönde olması halinde, tahkim anlaşmasının esasına farklı bir hukukun uygulanacağını özellikle öngörmelerini beklemek gerekmektedir. Bir hukuk seçimi klotu, “*anlaşmaya*” bir hukukun uygulanacağını öngördüğünde doğal çıkarım, tarafların açık hukuk seçiminin “*tahkim anlaşması da dahil olmak üzere imzaladıkları sözleşmenin tüm hükümlerine uygulanması*” niyetinde olduklarıdır. Bu doğrultuda, “*Anlaşma*”

kelimesinin tahkim klozu dışında esas sözleşmedeki tüm maddeleri kapsadığını söylemek tutarsız bir yorum olacaktır¹³⁷⁹. Tahkim klotunun açıkça Hisse Satış Sözleşmesi'nin bir parçası olması amaçlanmış ve tahkim klotu her zaman bu sözleşmenin bir parçası olarak müzakere edilmiştir. Bu nedenle, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak açıkça seçilen New York hukukunun, tahkim anlaşmasına da uygulanacağı varsayılmalıdır¹³⁸⁰. Bu kararda, sınırlı bağımsızlık yaklaşımı benimsenerek¹³⁸¹ tahkim anlaşması esas sözleşmenin bir parçası olduğunda, *Sulamérica v. Enesa* kararında benimsenen yaklaşımın uygulanması gerektiği ve aksi yönde bir işaret olmadığı sürece, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukunun tespitine yarayan güçlü bir gösterge olacağı ifade edilmiştir¹³⁸². Esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı bir tahkim yeri seçimi ise değerlendirmenin başlangıç noktasını etkisiz kılmak için tek başına yeterli değildir¹³⁸³. Öte yandan, esas sözleşmeden ayrı kurulan bir tahkim anlaşması söz konusu ise ve bu anlaşmanın esasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi yoksa, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, büyük olasılıkla tarafların zımnî seçimi sebebiyle tahkim yeri hukuku olacaktır¹³⁸⁴. Kararda son olarak, yukarıda incelediğimiz *FirstLink* kararında¹³⁸⁵ tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanmasına gerekçe olarak gösterilen sebeplerin, tahkim yeri hukuku lehine karineye yol açmayacağı ifade edilmiştir¹³⁸⁶.

¹³⁷⁹BCY v. BCZ, prg. 59, 93.

¹³⁸⁰BCY v. BCZ, prg. 71.

¹³⁸¹BCY v. BCZ, prg. 60. Bu kararda sınırlı bağımsızlık yaklaşımının benimsendiği yönünde bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 285. Öte yandan, esas sözleşme tartışmalı olsa da henüz varlık kazanmadığından, BCY v. BCZ kararında bağımsızlık prensibinin aslında hiç uygulanmadığı yönünde bkz. PRIMROSE, s. 146.

¹³⁸²BCY v. BCZ, prg. 65.

¹³⁸³Bu yaklaşım, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasını geçersiz kılacağı durumlarda değişecektir (BCY v. BCZ, prg. 65, 74).

¹³⁸⁴BCY v. BCZ, prg. 66-67.

¹³⁸⁵*FirstLink* kararına ilişkin detaylı incelememiz için bkz. s. 283-284 ve dn. 1386'daki açıklamalarımız.

¹³⁸⁶*FirstLink* kararındaki ilk gerekçe, bir uyuşmazlık halinde doğal çıkarımın uyuşmazlık çözüm maddesine uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuka öncelik tanınması gerektiğidir ve bu tahkim yeri hukukudur. Tahkim yerinin tarafsızlık arzusuna dayalı olarak seçildiği ve tahkim yeri hukukunun genellikle esas sözleşmeyi düzenleyen hukuktan farklı olacağı doğrudur. Bununla birlikte, tahkim yeri hukuku tahkim usulünü düzenlemektedir ve tahkim yeri hukukunun maddi hukuk hükümlerinin tarafsız olması gerekmemektedir. Aynı zamanda bu argüman, esas sözleşmedeki hukuk seçimi klotunun da aynı şekilde tarafsızlık tercihindan kaynaklanabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Bu hukuk seçiminin, taraflardan herhangi biriyle veya yükümlülüklerinin ifa yeriyile görünürde bir bağlantısı olmayabilir. BCY v. BCZ kararında da New York, tarafların ve hisselerin bulunduğu yer olmadığından, varsayılan tarafsızlık arzusu, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yerine tahkim yeri hukukunu tercih etmek için yeterince güçlü bir neden değildir. *FirstLink* kararındaki ikinci gerekçe, tarafların esas sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca geçerli olan tahkim anlaşmasının, tahkim yerinin hukuku uyarınca geçersiz ilan edilmesini, bu durumun icra edilemez karar yaratma riski taşıyacağı sebebiyle istemeyecekleridir. Bu anlamda, UNCITRAL Model Kanunu'na da atıfla rasyonel iş insanlarının genelde kararların bağlayıcı ve uygulanabilir olmasını amaçladığından hareketle, öncelikle tahkim yeri hukukuna

Öte yandan, her ne kadar taraflarca müzakere edilmişse de sözleşme hiçbir zaman imzalanarak yürürlüğe girmediğinden, esas sözleşme yok hükmündedir. Dolayısıyla *BCY v. BCZ* kararı bakımından, esas sözleşmenin yokluğu halinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk üzerindeki etkisi de ayrıca değerlendirilmelidir¹³⁸⁷. Kanaatimizce esas sözleşmenin yok hükmünde olduğu sonucuna varıldığı halde, bu sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca zımni olarak seçildiğini düşünmek zorlaşacaktır. Nitekim yokluk ağır bir hukuki yaptırımdır. Bu durumda, taraf iradelerine biçilen değer bakımından, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi klotunu, esas sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı değerlendirmek için hiçbir sebep yoktur¹³⁸⁸. Dolayısıyla bu ihtimalde esas sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen hüküm de yok hükmünde olup tahkim anlaşması bakımından bu hukuk seçimine zımni irade gerekçesiyle sonuç bağlanmamalıdır. Singapur Yüksek Mahkemesi tarafından da tıpkı İngiliz mahkemeleri gibi varsayım ve karine kavramlarına atıfla zımni hukuk seçimi değerlendirmeleri yapılmıştır ve fakat varsayılan bir kural veya karine olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanacağı kabulü ve zımni hukuk seçiminin değerlendirme süreci birbirini dışlamaktadır¹³⁸⁹.

odaklanacakları belirtilmiştir. Bununla birlikte, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin zımni seçimleri de dahil herhangi bir işaret yoksa, tahkim yeri hukukuna göre geçerlilik değerlendirmeye alınacaktır. Bu nedenle, bu argüman bizi sadece zımni hukuk seçiminin ne olduğu ve bunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk mu yoksa tahkim yeri hukuku mu olması gerektiği sorusuna yeniden götürmektedir. Bu sonuç, tahkim yeri hukukunu destekleyen bir varsayımı zorunlu kılmamaktadır (*BCY v. BCZ*, prg. 62-65).

¹³⁸⁷Esas sözleşmenin yokluğu halinde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına da sirayet edip etmeyeceği bir bağımsızlık prensibi sorunudur. NYK kapsamında, esas sözleşmenin yokluğu halinin tahkim anlaşmasının akıbetine etkisi düzenlenmemiştir. Esas sözleşmenin yokluğu halinde, tahkim anlaşmasının da yok olacağı sonucuna varılabileceği gibi; esas sözleşmenin yokluğunun tahkim anlaşmasının yokluğu sonucunu doğurmayacağı sonucuna da varılabilir. Bağımsızlık prensibinin, esas sözleşmenin varlığına veya yokluğuna ilişkin tartışmalarda uygulanacağına veya uygulanmayacağına yönelik karar örnekleri için bkz. ERKAN, s. 548-549. Esas sözleşmenin yokluğunun tahkim anlaşmasının varlığı üzerinde olası etkilerine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ERKAN, s. 535-557; ERKAN, *Yetki Sorunları*, s. 92-93. *Fouchard/Gaillard/Goldman*'a göre, sözleşmenin geçersiz olması ile hiç var olmamış olması arasında ayırım yapmak zordur ve hiç var olmamış bir sözleşme kavramı tanımlanması zor ve nadir karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle, esas sözleşmenin hiç var olmadığına dair basit bir iddia, hakemin yetkisini reddetmek için yeterli olmamalıdır. Hakemler bu iddiayı incelemeli ve örneğin, taraf iradelerinin yokluğu gibi esas sözleşmenin hiç var olmadığı sonucuna varırlarsa, bu sonucun uyumsuzluk üzerindeki etkilerini değerlendirmelidir. Eğer sözleşmenin hiç var olmamış olduğu iddiası, tahkim anlaşmasını da etkiliyorsa hakemler yetkilerini reddetmelidir (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 211).

¹³⁸⁸ERKAN, s. 553.

¹³⁸⁹Zımni hukuk seçiminden söz edildiğinde mesele, tarafların somut olayın koşulları kapsamında, zorunlu bir çıkarım olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş sayılıp sayılamayacaklarıdır. Yazarlar bu değerlendirmelerini *Enka v. Chubb Russia* kararı özelinde yapmış ve çoğunluğun, bir kural formüle ederken neden açık ve zımni hukuk seçimi arasında ayırım yapmadığının sorgulanabileceğini belirtmiştir (PHUA Myron/CHAN Matthew: "Persistent Questions After *Enka v Chubb*", *Law Quarterly Review*, C. 137, Nisan 2021, www.twentyessex.com, s. 218-220).

İngiliz mahkemeleri, *Enka v. Chubb Russia* kararında¹³⁹⁰, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk meselesine ilişkin önemli ve ayrıntılı bir karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlık, *Berezovskaya* enerji santralinde 1 Şubat 2016 yılında çıkan yangının sebep olduğu zarara ilişkindir. Bu zararın tazmini için sigortacı *Chubb Russia*, santralin sahibi *PJSC Unipro*'ya 400 milyon dolara yakın tazminat ödeyerek *PJSC Unipro*'nun üçüncü kişiler aleyhine sahip olduğu tazminat hakkına halef olmuştur. *PJSC Unipro* ile akdettiği sözleşme kapsamında enerji santralinin tasarım ve inşasından sorumlu *CJSC Energoproekt*, Türk şirketi Enka ile tahkim yeri Londra olan ve ICC Tahkim Kuralları kapsamında yürütülecek bir tahkim yargılaması öngören alt yüklenicilik sözleşmesi imzalamıştır. Yangının ardından *Chubb Russia*, halefi olduğu tazminat hakkına dayanarak, Enka dahil yangından sorumlu olduğunu düşündüğü tüm taraflara Rus mahkemelerinde dava açarak tazminat talebinde bulunmuştur. Enka, uyuşmazlığın tahkim yargılaması kapsamında çözülmesi gerektiğini savunmuş ancak Rus mahkemeleri Enka'nın talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Enka, İngiliz mahkemelerine başvurarak *Chubb Russia*'nın Rus mahkemelerindeki yargılamaya devam etmesini engelleyecek bir ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi bu talebi reddetse de bir üst mahkeme Enka lehine tedbir kararını vermiştir¹³⁹¹ ve bunun üzerine *Chubb Russia* bu karar aleyhine İngiliz Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur¹³⁹².

İngiliz Yüksek Mahkemesi incelemesine, Roma I Tüzüğü, tahkim anlaşmalarını kapsamı dışında tuttuğundan, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti gerektiğinde, İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiğini belirterek başlamıştır¹³⁹³. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından, öncelikle tarafların açık veya zımni olarak bir hukuk seçimi yapıp

¹³⁹⁰Kararın açık atfı için bkz. dn. 821.

¹³⁹¹İngiliz İstinaf Mahkemesi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmediği durumlarda genel kuralın, tahkim anlaşmasının esasına, zımni bir hukuk seçimi olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, açık bir hukuk seçimi yapılmadığından, tahkim anlaşmasının esasına İngiliz hukukunun uygulanacağı yönünde bkz. (England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Enka İnşaat ve Sanayi AŞ v. OOO Insurance Company Chubb and others*, [2020] EWCA Civ 574, 29.04.2020, bailii.org, prg. 91; *Enka v. Chubb Russia*, prg. 59).

¹³⁹²Somut uyuşmazlığa ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 7-24.

¹³⁹³*Enka v. Chubb Russia*, prg. 25-28, 170/1-2. Öte yandan, *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group* kararında mahkeme, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları yerine, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun NYK ile paralel düzenlenen m. 103/2-b hükmünü uygulayarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmiştir (*Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 29). *Enka v. Chubb Russia* kararında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun İngiliz *common law* kurallarına göre belirlenmesine rağmen, *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group* kararında, NYK kapsamında belirleme yapıldığı yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 534.

yapmadıkları incelenecek ve böyle bir seçimin yokluğunda, tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk tespit edilecektir¹³⁹⁴. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun ayrıca seçilmediği hallerde¹³⁹⁵, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, genellikle esas sözleşmenin bir parçası olan tahkim anlaşmasının esasına da uygulanmaktadır¹³⁹⁶. Tahkim yeri olarak farklı bir ülkenin seçilmesi, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanmasının amaçlandığı çıkarımını ortadan kaldırmak için yeterli olmasa da¹³⁹⁷, bu çıkarımı geçersiz kılacak başka birtakım durumlar olabilir. Bu durumlara, tahkim anlaşmasının geçersizliği riskinin varlığı ya da tahkim yeri hukukunun ilgili yer hukukunun uygulanmasını zorunlu kıldığı durumlar örnek verilebilir¹³⁹⁸. Dolayısıyla *Sulamérica v. Enesa* kararında olduğu gibi, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmasını geçersiz kılacağı durumlarda, İngiliz mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna tabi olmasıyla sonuçlanacak bir yorumu tercih edeceği söylenebilecektir. Bununla birlikte, taraflarca tahkim yeri seçilmesinin tahkim anlaşmasının esasının o yerin hukukuna tabi olması yönündeki zımni iradelerinin varlığını kabul etmeyi tek başına haklı çıkarmayacağı¹³⁹⁹, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk açıkça veya zımnen seçilmemişse, tahkim anlaşmasının en yakın bağlantılı hukuka tabi olacağı ve tarafların tahkim yeri seçmiş olması halinde, bu yer hukukunun, tarafların sözleşmeden doğan asli yükümlülüklerine uygulanacak hukuktan farklı olsa da, genel olarak tahkim yeri hukuku olduğu belirtilmiştir¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁴*Enka v. Chubb Russia*, prg. 29-37.

¹³⁹⁵Kararda da belirtildiği üzere, tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları, İngiliz hukukunun sözleşmeye dayalı yorum kuralları kapsamında, tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması suretiyle tespit edilmektedir (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 170/3).

¹³⁹⁶Zira tahkim klozu, tarafların belirli bir hukukun uygulanacağını kabul ettikleri esas sözleşmenin bir parçasıdır (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 43-52). Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun açıkça seçildiği hallerde, aksi yönde açık bir iradenin bulunmaması halinde, esas sözleşmenin tali ve yan unsuru olmakla birlikte, bu sözleşmenin bir parçası olan tahkim anlaşmasının esasına da bu hukukun uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. *Aastha Broadcasting Network Limited v. Thaicom Public Company Ltd.*, Delhi High Court, O.M.P. 528/2011 & I.A. No. 11308/2011, 03.08.2011, indiankanoon.org, prg. 7-h.

¹³⁹⁷*Enka v. Chubb Russia*, prg. 170/4-5. Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açıkça bir hukuk seçilmemesi halinde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim yeri hukukundan farklı olsa da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanması için çeşitli nedenler olduğu yönünde bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 53.

¹³⁹⁸*Enka v. Chubb Russia*, prg. 170/6. Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçildiği varsayımının çürütülebileceği hallerden birinin, *lex arbitri*'nin tahkim anlaşmasının esasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını öngörmesi olduğu ve tarafların, hukukunda böyle bir düzenleme yer alan bir yeri tahkim yeri seçmesinin, bu yer maddi hukukunun tahkim anlaşmasının esasına uygulanması yönünde zımni iradelerini gösterdiği yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 537, dn. 65.

¹³⁹⁹*Enka v. Chubb Russia*, prg. 113, 115, 116-117.

¹⁴⁰⁰*Enka v. Chubb Russia*, prg. 170/7-8.

Kararda ayrıca, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımni olarak seçilebileceği kabul edilerek¹⁴⁰¹, bu hukukun seçilmediği hallerde, esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olarak tahkim anlaşmasını geçerli kılacak hukukun tahkim klotuna uygulanabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰². İngiliz Yüksek Mahkemesi, tüm bu değerlendirmelerinden sonra, somut uyuşmazlıkta açık veya zımni bir hukuk seçiminin olmadığını tespit ederek tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere en yakın bağlantılı hukukun İngiliz hukuku olduğuna karar vermiştir¹⁴⁰³.

Kararın tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukukun zımni seçimi bakımından asıl önem arz eden kısmı, *Lord Sales* ve *Lord Burrows*'un karara muhalif kalarak yazdığı görüşleridir. Nitekim *Lord Sales* ve *Lord Burrows*, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere, zımni olarak Rus hukukunun seçildiğini belirtmiştir¹⁴⁰⁴. *Lord Burrows*'a göre, somut uyuşmazlık kapsamında, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere açıkça seçilen bir hukuk mevcut değildir. Tahkim yeri İngiltere olarak belirlenmiş ve esas sözleşmeye uygulanmak üzere zımni olarak Rus hukuku seçilmiştir¹⁴⁰⁵. Esas sözleşmeye uygulanmak üzere yapılan bu zımni hukuk seçimi, tahkim anlaşmasını da kapsamaktadır¹⁴⁰⁶. Bu zımni seçim, tarafların akdettikleri esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının objektif yorumu neticesinde tespit edilmektedir¹⁴⁰⁷.

Verilen tüm bu kararların İngiliz hukukunda yarattığı tartışmaların etkisiyle, Kanun Komisyonu tarafından 05.09.2023 tarihinde hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik

¹⁴⁰¹*Enka v. Chubb Russia*, prg. 129.

¹⁴⁰²*Enka v. Chubb Russia*, prg. 109, 170/6.

¹⁴⁰³*Enka v. Chubb Russia*, prg. 118-119, 147-169, 170/2, 171. Bu kararda, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun birbirinden farklı olduğu kabulüyle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere taraflarca yapılan açık veya zımni bir hukuk seçiminin yokluğunda, tahkim yeri hukukunun genellikle tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukuk olacağından hareketle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağına karar verildiği yönünde bkz. MEZA-SALAS, s. 9-10; KARRER, s. 872.

¹⁴⁰⁴*Enka v. Chubb Russia*, prg. 207, 268. *Lord Burrows*, bu değerlendirmelerin sadece tahkim klotlarına özgü olduğunu belirtmiştir (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 227-230). *Lord Sales*'e göre de, esas sözleşme açık hukuk seçimi içermese de, esas sözleşmede Rus hukukunun sözleşmesel ilişkiyi düzenleyeceğini açıkça gösteren birçok nokta vardır. Olayın koşulları ve Enka'nın yükümlülüklerinin niteliği göz önüne alındığında, tarafların başka bir hukukun uygulanacağını varsaymaları garip olacaktır (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 268).

¹⁴⁰⁵*Enka v. Chubb Russia*, prg. 260. Bununla birlikte, çoğunluk görüşü Rus hukukunun esas sözleşmeye uygulanacağı sonucuna, en yakın bağlantı kriterini uygulayarak varmıştır (*Enka v. Chubb Russia*, prg. 155-161). Esas sözleşmeye uygulanmak üzere Rus hukukunun seçilmesinin sebebinin, esas sözleşmede Rus hukukuna yapılan atıflar ve sözleşmenin birkaç unsuru dışında hepsinin Rusya ile bağlantılı olması olduğu yönünde bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 200-205.

¹⁴⁰⁶*Enka v. Chubb Russia*, prg. 228, 260.

¹⁴⁰⁷*Enka v. Chubb Russia*, prg. 228.

sağlamak amacıyla, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin İngiliz Tahkim Kanunu'na yapılması gereken eklemeler içeren bir Nihai Rapor hazırlanmıştır. Bu raporda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça, tahkim yeri hukuku olacağı öngörülmüştür¹⁴⁰⁸. Nihai Rapor'da, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçiminin, açık hukuk seçimiyle sınırlandırılması eleştirilse de, benimsenen yaklaşımın NYK ile uyumlu olduğu ve hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğe ilişkin taraf menfaatlerinin daha ağır bastığı ifade edilmiştir¹⁴⁰⁹. Raporda ayrıca, NYK ve İngiliz Tahkim Kanunu m. 4/5 hükümlerinin zımni seçimlere izin verseler de, zımni seçimin tanınmasını zorunlu kılmadığı belirtilmiştir¹⁴¹⁰. Dolayısıyla tahkim anlaşmaları bakımından sadece açık hukuk seçimi kabul edilmiştir¹⁴¹¹. Tasarı metninde aynı zamanda esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere açık hukuk seçimi teşkil etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme 2025 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu kapsamında yasalaşarak İngiltere'de uygulanmaya başlanmıştır¹⁴¹². Böylece en azından İngiliz hukukunda, verilen kararlar kapsamında yaratılan karmaşa giderilmiştir. Artık, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun, zımnen seçilmesi ya da en sıkı ilişkili hukuk olması gerekçeleriyle tahkim anlaşmasının esasına uygulanması mümkün değildir ve İngiliz

¹⁴⁰⁸Eklenmesi öngörülen kural şu şekildedir: “İngiliz Tahkim Kanunu’na 6A Bölümü olarak eklenecek bu kural uyarınca, “(1) Tahkim anlaşmasına, (a) Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açıkça seçtikleri hukuk; (b) Böyle bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukuku uygulanır. (2) Birinci fıkra açısından, taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş hukuk, tek başına o esas sözleşme içinde yer alan tahkim anlaşması lehine hukuk seçimi teşkil etmez.” (Kuralın Türkçe çevirisi için bkz. YASAN TEPETAŞ, s. 295).

¹⁴⁰⁹Yapılan bu önerinin, taraflara tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku açıkça seçme imkânı tanınması sebebiyle taraf iradesini koruduğu ve tarafların açıkça tahkim yargılamasını seçmelerine rağmen bu seçimin zımni hukuk seçimi yoluyla geçersiz kılınmasını engellediği ve hukuki belirliliği ön plana aldığı yönünde bkz. Law Commission, Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill, Law Com No 413, HC 1787, 05.09.2023, prg. 12.53.

¹⁴¹⁰Law Commission Final Report, prg. 12.46-12.53.

¹⁴¹¹YASAN TEPETAŞ, s. 304. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk seçimi imkânının, zımni hukuk seçimini kapsayacak şekilde yorumlanması yönündeki genel eğilimin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından farklı mahkemelerde farklı sonuçlar doğurarak hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği zedelemesinden ötürü, zımni hukuk seçimi aleyhine bir yaklaşıma evrildiği belirtilmiştir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 542-543).

¹⁴¹²Yasalaşan hükmün orijinal dilindeki versiyonu şu şekildedir: “(1) The law applicable to an arbitration agreement is — (a) the law that the parties expressly agree applies to the arbitration agreement, or (b) where no such agreement is made, the law of the seat of the arbitration in question. (2) For the purposes of subsection (1), agreement between the parties that a particular law applies to an agreement of which the arbitration agreement forms a part does not constitute express agreement that that law also applies to the arbitration agreement.” (İlgili hüküm için bkz. Arbitration Act 2025, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2025/4>).

hukukunda, zımni hukuk seçimi araştırılmadan açık hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukuku doğrudan uygulanacaktır¹⁴¹³.

Son olarak, çeşitli mahkeme kararları ışığında, yukarıda detaylıca aktarılan genel bir kural yaratma arzusunun temel sebeplerini de sorgulamak, bu çabanın nedenini anlamak bakımından faydalı olacaktır. Öngörülebilirlik sağlamak amacıyla varsayılan bir kural yaratma arzusunun temelinde, geçerlilik ilkesi yer almaktadır¹⁴¹⁴. Tahkim hukuku alanında geçerlilik ilkesi, sözleşmedeki bir hükmün geçerli kılınacak şekilde yorumlanması gerektiği yönündeki köklü sözleşmeler hukuku doktrininden geliştirilmiştir¹⁴¹⁵. Hatta tarafların hukuk seçimleri bakımından, tahkim anlaşmasının geçerliliğini korumayı amaçladıkları yönünde bir karine yaratılarak, geçerlilik ilkesi kapsamında hakemlerin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olduğunu adeta bir ön kabul olarak değerlendirdiği düşünülmektedir¹⁴¹⁶. Halbuki *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* kararında da¹⁴¹⁷ yerinde bir şekilde belirtildiği üzere, uyuşmazlığın taraflarının birbirleriyle bir sözleşme akdedip akdetmedikleri sorusuna, bu sözleşmeyi akdettiklerine dair karineyle yaklaşmak için hiçbir neden mevcut değildir¹⁴¹⁸. Tarafların gerçek iradelerine odaklanıldığında, tahkim anlaşmasını geçerli kılan hukuka tabi kılma yönünde zımni iradeleri olduğu sonucuna gidilmesi gerektiği gibi bir düşünceye dayanan tahkim dostu yaklaşıma göre, tahkim anlaşmasını geçerli kılacak hukukun zımni olarak seçildiği düşünülse de¹⁴¹⁹, bu düşünce doktrinde

¹⁴¹³ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*, s. 537.

¹⁴¹⁴BORN, s. 834-847.

¹⁴¹⁵NAZZINI, s. 700; BERGER, s. 312-314. Uluslararası uygulamanın tahkim anlaşmalarını olabildiğince geçerli kabul etme eğiliminde olduğu yönünde bkz. NACIMIENTO, s. 228; LEW, s. 144. *Enka v. Chubb Russia* kararında, geçerlilik ilkesinin değerlendirildiği kısım için bkz. *Enka v. Chubb Russia*, prg. 95-109. Tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak yorumdan ziyade, geçerli kılacak yorumun tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. *FirstLink*, prg. 17. İngiliz mahkemelerinin, tahkim anlaşmalarını geçerli kılabilmek için sürekli olarak bağımsızlık prensibini kullandığı ve geçerlilik ilkesini benimsediği yönünde bkz. PRIMROSE, s. 142; PEARSON, s. 115-125.

¹⁴¹⁶NAZZINI, s. 702; LEW, s. 124.

¹⁴¹⁷Kararın açık atfı için bkz. dn. 186.

¹⁴¹⁸*Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, prg. 51. Benzer şekilde, *in favorem validatis* prensibi, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini belirlemek amacıyla, tahkim anlaşmasının yorumlanmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla, bu prensip kapsamında, tahkim klotunun şekli ve maddi geçerliliğinin varsayıldığı iddia edilemeyecektir (BERGER, s. 313). Geçerlilik ilkesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda doktrinde yapılan çeşitli tartışmalar için bkz. GLICK/VENKATESAN, s. 133, 149-149; BERGER, s. 310- 315, 322; BORN, s. 814-848; NAZZINI, s. 700-703; MILES/GOH, s. 390-394.

¹⁴¹⁹BORN, s. 835. Tarafların tahkim anlaşmasını geçersiz kılmak yerine, onu geçerli kılacak hukuku tercih etmek yönünde zımni iradelerinin mevcut olduğuna ilişkin bkz. *FirstLink*, prg. 14. Geçerlilik ilkesi, hem esas sözleşmeye uygulanacak hukukun hem de tahkim yerinin belirlendiği ve fakat esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açtığı bir ihtimalde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına da uygulanacağı yönündeki karineyi, tarafların zımni iradelerinin geçersizliğe sebep olacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmasını

eleştirilmektedir¹⁴²⁰. Bir sözleşmenin geçerli olup olmaması, sözleşmeye bir hukukun attığı hukuki sonuca bağlıdır ve hukuk seçimi değerlendirmesi de ilgili hukukun tespitiyle ilgilidir¹⁴²¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, geçerlilik ilkesi bağımsız bir ilke olmak yerine, *Sulamérica v. Enesa* kararında olduğu gibi sözleşmenin yorumuna ilişkin bir ilke olarak kabul edilmelidir¹⁴²². Türk doktrininde de hukuk seçimi bakımından farazi iradenin reddedilmesi ve tarafların zımni de olsa gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğinden hareketle, sözleşmelerin geçerliliği lehine yapılacak yorum ilkesinin, kanunlar ihtilafı kuralları açısından uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁴²³. Dolayısıyla tarafların tahkim anlaşmasının geçerli olacağına dair zımni iradelerinin varlığını bir ön kabul olarak ele alan geçerlilik ilkesi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesine bir gerekçe teşkil edemez. Hiçbir sözleşme geçersiz olması amacıyla akdedilmeyeceğinden, bir sözleşme akdedilirken geçerliliğinin amaçlandığı, bir tür zımni irade beyanı olarak kabul edilmemeli ve buna bir hukuk seçimi sonucu bağlanmamalıdır.

tercih edecekleri yönünde olmayacağı düşüncesiyle devre dışı bırakmaktadır (MILES/GOH, s. 394). Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, anlaşmanın geçersizliğine sebep olacak bir hukuk olduğu iddiasının *estoppel* doktrini kapsamında da engellenebileceği yönünde bkz. NAZZINI, s. 699. Öte yandan, zımni hukuk seçiminin tarafların gerçek iradesine dayanması sebebiyle, bir hukuk sisteminde yer alan emredici hukuk kuralları kapsamında sözleşme geçersiz kabul ediliyorsa, tarafların sözleşmelerine sözleşmeyi geçerli kılan hukukun uygulanması yönünde zımni iradeleri olduğu görüşünün benimsenemeyeceği ve kanunlar ihtilafı kuralları bakımından geçerlilik ilkesinin uygulanamayacağı yönünde bkz. DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 202-203. Keza bağımsızlık prensibini mutlak kabul etmeyen Işık, tahkim anlaşmalarını geçerli tutma yönündeki yaklaşımı İsviçre kanunlarındaki gibi bir düzenleme olmadıkça, taraf iradelerine ve dolayısıyla iradi bir yargılama faaliyeti olan tahkim yargılamasına aykırı kabul etmektedir (IŞIK, *Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, s. 96-97).

¹⁴²⁰Glick/Venkatesan'a göre, Born'un görüşü, tahkim anlaşması hem esas sözleşmeye uygulanacak hukuk hem de tahkim yeri hukukuna göre geçersiz ancak diğer birçok hukuk sistemine göre geçerli ise tarafların tahkim anlaşmasını tahkim anlaşmalarını geçerli kılacak herhangi bir hukuk sistemine tabi kılmayı zımni olarak seçtikleri temelinde, diğer hukuk sistemlerinden herhangi birinin uygulanması gerektiği sonucuna götürüyor gibi görünmektedir. Halbuki, tahkim anlaşmasının başka herhangi bir hukuk sistemiyle ilgisi olmadığından, bu görüş kabul edilemeyecektir (GLICK/VENKATESAN, s. 149). Glick/Venkatesan'ın görüşüne paralel olarak Abraham/Amirudin/Chuen'e göre de, Born'un görüşü, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin, tahkim anlaşmasıyla bağlantılı dört olası hukuk sistemi tarafından değerlendirilmesine izin veren liberal İsviçre yaklaşımından bir adım ötededir. Born'un geçerlilik yaklaşımı kapsamında, birden fazla hukuk sistemi tahkim anlaşması üzerinde etkili olabileceğinden, tahkim anlaşması ve bu anlaşmayla ortaya çıkan meselelerle bağlantılı herhangi bir hukuk sistemi, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği incelenirken dikkate alınabilecektir (ABRAHAM/AMİRUDİN/CHUEN, s. 83).

¹⁴²¹GLICK/VENKATESAN, s. 149. Yazarlara göre, sırf geçersizliğe sebep olduğu için bir hukukun uygulanmasının reddi mümkün değildir. Ancak rasyonel iş insanları tahkim yeri seçtiklerinde, tahkim anlaşmasının geçerli olmasını amaçladığından, bu ilke benimsenebilir. Diğer bir ifadeyle, geçerlilik ilkesi uygulanacak hukuku *ipso facto* olarak belirlememektedir; sadece tarafların geçersizliğe yol açan ve istemeyecekleri seçeneği etkisiz kılarak, birbirine çok yakın iki seçenek arasındaki dengeyi değiştirmektedir (MILES/GOH, s. 393-394).

¹⁴²²GLICK/VENKATESAN, s. 149.

¹⁴²³DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 202-203.

Sonuç olarak, tahkim anlaşması ve esas sözleşme arasında hem metinsel hem de işlevsel anlamda oldukça yakın bir bağ olması kabul edilebilir olsa da¹⁴²⁴, somut olayın koşulları kapsamında çok çeşitli senaryoların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Zımni hukuk seçimi analizi ve genel kural yaratma çabası bir mıknaatısın iki zıt kutbu gibidir. Dolayısıyla tahkim yeri hukuku yaklaşımı veya esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımlarından birisinin benimsenmesi, otomatik olarak o yer hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği anlamına gelmeyecektir. Her somut olayda ulaşılabacak sonuç değişebileceğinden, hukuki probleme zımni hukuk seçiminin doğasına uygun şekilde yaklaşmak ve tarafların tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuku seçme yönündeki gerçek iradelerine odaklanmak en isabetli çözüm olacaktır.

¹⁴²⁴BORN, s. 831.

SONUÇ

Bu çalışma, sözleşmeler hukukunun temel kavramlarından biri olan zımni irade beyanı kavramının, tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından uygulanabilirliğini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, tahkim anlaşmalarının uyuşmazlık öncesinde ve uyuşmazlık sonrasında kuruluşu bakımından zımni irade beyanının rolü, zımni tahkim iradesi değerlendirmelerini yöneten tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilip seçilemeyeceği ve seçilebileceği kabul edildiğinde doktrin ve yargı kararlarında esas alınan temel yaklaşımlar incelenmiştir. Çalışmamız kapsamında temel hedefimiz, gerçek bir irade beyanı niteliğini haiz zımni irade beyanlarının, tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından dışlanarak özellikle tahkim iradesi bakımından, oldukça katı bir yaklaşımla, açık veya tereddüde yer bırakmayacak şekilde zımnen ortaya konmuş bir iradenin şart koşulmasının nedenlerini irdelemek ve bu nedenlerin milletlerarası ticari hayatın ve buna paralel olarak milletlerarası ticari tahkimin geçirdiği gelişim ve değişim karşısında artık geçerliliklerini yitirdiklerini tespit etmektir. Böylelikle ulusal ve uluslararası mevzuat bakımından herhangi bir hukuki engelin olmamasından alınan güçle, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından da uygulanabilirliği gösterilecektir.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından, tahkimin tarafların öncelikli tercihi haline geldiği açıkça gözlemlenmektedir. Tahkimin bugün ulaştığı konum dikkate alındığında, milletlerarası ticaretle iştigal eden tacirleri, tahkim yargılamasından korumak için meşru gerekçeler bulmak oldukça zorlaşmıştır. Milletlerarası ticari hayatın ihtiyaçlarının değişmesi ve buna bağlı olarak tahkimin geçirdiği evrim, tahkim iradesine olan yaklaşımı da etkilemelidir. Sözleşmeler hukukunun temel kavramlarından birisi olan zımni irade beyanı kavramının, tahkim anlaşmalarının kuruluşunda oynadığı rolün kabulü, uluslararası alanda yeknesak bir uygulamanın

doğmasına da imkân tanıyacaktır. Böylece devlet mahkemelerinin, çalışmamızda incelenen grup şirketler doktrini gibi çeşitli doktrinlere yönelik bakış açısındaki farklılığının yarattığı tutarsızlık, zımni tahkim iradesinin ön plana çıkarılmasıyla giderilecektir. Doktrinde yer alan çeşitli görüşler ve farklı yargı mercileri tarafından verilen kararlarda, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşundaki yeri bakımından milletlerarası ticari hayatın gelişim ve değişimine sırtını dönmüş oldukça katı yaklaşımlar olduğu kadar; tahkim iradesini özelleştirmeden bu iradenin tespitini klasik bir sözleşmeler hukuku problemine indirgeyerek zımni tahkim iradesini kabul eden yaklaşımlar da mevcuttur. Çalışmamızda, farklı yargı alanlarından çeşitli mahkeme ve hakem kararları ile konumuzun temelindeki soruya olumlu veya olumsuz yanıt veren akademik eserler kapsamında bir inceleme yöntemi benimsenmiştir.

Bu konular dahilinde yaptığımız inceleme, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşundaki yeri ve hatta bugüne kadar gözden kaçırılan önemini ortaya koymuştur. Zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşundaki rolünü belirleyecek otorite, ulusal mevzuatlar ve uluslararası sözleşmelerdir. Oysa Türk tahkim mevzuatında ve tahkimi düzenleyen uluslararası sözleşmelerde tahkim iradesinin açık olması gerekliliğinin düzenlenmemesi, zımni tahkim iradesinin kabulünün en önemli gerekçelerinden biridir. Her ne kadar tahkim iradesi açısından olduğu kadar sert bir tutumla zımni hukuk seçimine karşı çıkılmasa bile, benzer bir durum tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespiti tartışmaları bakımından da geçerlidir. Oysa tahkim iradesinin sadece açık veya tereddüde mahal vermeyecek şekilde zımnen beyan edilebileceğini kabul etmek, günümüzde artık sorgulanması ve hatta terk edilmesi gereken bir yaklaşımdır. Burada kastedilen, zımni tahkim iradesinin sadece tahkim anlaşmasına yönelik birtakım hareketlerle beyan edileceğinin kabul edilmemesi gerektiğidir. Zira tahkim iradesinin tereddüde yer vermeyecek davranışlar ve tutumlar ile doğrudan tahkim klotuna yönelik olması şart değildir; bu irade, esas sözleşmeden kaynaklanan birtakım gerekçelerle de zımnen beyan edilebilir. Kaldı ki, Türk kanun koyucusunun veya çeşitli uluslararası metinlerin hazırlayıcılarının amacı, tahkim iradesinin açık olması olsaydı bunu ifade etmekten imtina edilmezdi. Dolayısıyla ulusal mevzuatlarda veya uluslararası sözleşme metinlerinde, tahkim iradesinin açık olması gerektiği veya zımni tahkim iradesinin sadece tahkim anlaşmasına yönelik birtakım hareketler kapsamında varlığının kabul

edilebileceği yazmadığı müddetçe bu yöndeki görüşleri mutlak bir dogma olarak kabul etmemek gerekir.

Diğer yandan şu soru da sorulabilir: acaba tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla kurulmasını kabul etmek veya tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçimine müsaade etmek, devlet kanunlarında bu yönde açık bir kanuni düzenleme olmasını gerektirir mi? Bu soruya olumlu veya olumsuz cevap vermeden önce sorunun yerindeliği sorgulanmalıdır. Zira çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, zımni irade beyanları ortaya koyuluş biçimiyle açık irade beyanlarından ayrılrsa da tam anlamıyla gerçek bir irade beyanı niteliğinde olduğundan, devlet kanunlarında tahkim anlaşmalarının kurulması imkânı düzenlendikten sonra, ayrıca ve özellikle tahkim anlaşmalarının zımni irade beyanıyla da akdedilebileceğinin düzenlenmesine ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki kanunların hukuki işlemler bakımından açık irade beyanı araması istisnaidir. Aynı durum tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun seçimi bakımından da geçerlidir. Belirttiğimiz üzere, bir sözleşmenin kurulması için açık irade beyanı arandığında bu açık bir şekilde kanunda düzenlediğinden, düzenlemediği ihtimalde, bizzat kanun tarafından açık irade beyanı yanında zımni irade beyanının kabul edildiği çıkarımı yapılabilecektir.

Devlet kanunları, tarafların davranışlarıyla beyan ettiği zımni iradelerine hukuki sonuç bağladığından, bu değerlendirmeyi yapmak hakemlerin takdirinde değildir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi açısından, zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde oldukça dikkatli olunması gerekir. Bu titiz değerlendirmeyi yapacak hakemler veya hâkimlerin, kanunun izin verdiği bir hukuki sonucu reddederek kanun hilafına hareket edemeyeceği unutulmamalıdır.

Çalışmamızda, tahkim ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği tartışmaları birbirini etkileyen çıkarımları olduğundan art arda incelenmiştir. Bu tartışmalar kapsamında, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kurulması ve geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından dikkate alınıp alınamayacağına karar verecek otoritenin tespiti ve zımni hukuk seçiminin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilebileceğinin izahı amaçlanmıştır. Tahkimin ve tahkim anlaşmalarının, usuli ve sözleşmesel özellikleri

bir arada ihtiva etmesinden ötürü karma niteliği haiz olduğunu kabul ettiğimiz için bu otorite, tahkim yeri kanunları olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, tahkim anlaşmalarının kuruluşunda zımni irade beyanının uygulanabilirliği incelemesi, ulusal mevzuatlar ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde yapılmıştır. Tahkimin bir yargılama faaliyeti olduğu ve tahkim anlaşmalarının usul hukukuna ait sonuçlar doğurduğu kabul edilmekle birlikte, zımni tahkim iradesi tartışmaları bakımından tahkim anlaşmasının öne çıkan vasfı maddi hukuk karakteri olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, hakemlerin yargılama faaliyeti icra etmesinin ve hüküm verme yetkisinin birincil kaynağının, taraflara tahkim anlaşması akdetme hakkı bahşeden devlet kanunları ve ikincil kaynağının tarafların bu haklarından faydalanarak aralarındaki uyuşmazlıkların hakeme havale edilmesi yönündeki tahkim iradelerini geçerli bir şekilde beyan ederek tahkim anlaşması akdetmeleri olduğu sonucuna varılmıştır. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnem seçilmesi tartışmaları bakımından ise tahkim anlaşmalarının maddi hukuk karakterinin ön plana alınması tercih edilebilir olsa da ulusal tahkim mevzuatlarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin nerdeyse istisnasız bir şekilde kabul edilen irade serbestisi prensibi göz önünde tutulduğunda varılacak sonucun tahkim anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalardan etkilenmeyeceği tespit edilmiştir.

Çalışmamızda, tahkim anlaşmasının asli taraflarının ve üçüncü kişilerin, tahkim anlaşmasının yorumlanmasıyla zımni tahkim iradeleri tespit edildiğinden ve tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamı bu şekil belirlendiğinden zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir hukuki mesele olarak vasıflandırılmıştır. Bu sebeple hakemler ve hâkimler tarafından zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmelidir. Tahkim anlaşmalarının şekil ve esas bakımından geçerliliği değerlendirmesi, tahkim yargılaması öncesi veya sonrası yapılabilir. Hem uygulanacak hukuku tespit edecek yargı merci hem de uygulanacak hukukun tespit edildiği aşama, uygulanacak hukukun farklı tayin edilmesine sebep olabilir. Öte yandan, hakemler veya hâkimlerin farklı konumlarda olması, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ve zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından zıt sonuçlara ulaşmalarını mümkün kılar. Hatta özellikle zımni tahkim iradesine ilişkin çeşitli devlet mahkemelerinin birbirinden farklı yaklaşımlara sahip olması sebebiyle aynı hakem kararının konu olduğu iptal ve tenfiz davalarında birbirinden farklı sonuçlara ulaşıldığı dahi görülmüştür. En azından

hakemler bakımından bu farklılaşmanın sınırı, icra edilebilir karar verme yükümlülükleri olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla hakemlerin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit ederken sahip oldukları serbestinin hâkimlere kıyasen daha geniş olduğu kabul edilse de hakemler verdikleri kararın icra edilmek suretiyle tarafları bakımından gerçek anlamını kazanması gayesiyle uygulanacak hukuku tespit etmelidir.

Yaptığımız inceleme kapsamında daha sonra, maddi hukuk bakımından irade beyanı kavramı ve irade beyanının zımni olduğunun tespitinde devreye giren dürüstlük kuralı ve güven teorisi incelenmiş; daha sonra, dürüstlük kuralı ve güven teorisinin, tahkim anlaşmalarında uygulanabilirliği tespit edilmiştir. İrade beyanının maddi hukuk boyutunu incelememizdeki temel gerekçe, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının hukuki niteliği kapsamında yapılan tartışmaların sonucu önemli olmaksızın tahkim anlaşmalarının kuruluş ve geçerliliğinin borçlar hukuku prensiplerine tabi olduğu görüşünü kabul etmemizdir. Bu kapsamda çalışmamızda, tahkim anlaşmasının esasına Türk hukukunun uygulandığı senaryolara özgü olarak bir inceleme yapılmıştır.

Çalışmamızın devamında, dürüstlük kuralı ve güven teorisinin zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde de esas alınacağı ve hem tahkim anlaşmasının asli tarafları hem de üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmasına taraf olabileceği izah edilerek zımni tahkim iradesi kavramsal olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, kavramsal olarak “*tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili*” ile “*zımni tahkim iradesi*” kavramlarının birbirinden farklı olması vardığımız en önemli sonuçlardan birisidir. Başlı başına yanıltıcı bir ifade olabilecek teşmil kavramının, zımni tahkim iradesinin mevcudiyetinin tespit edilmesiyle kapsam ve içeriği önemli ölçüde daralmaktadır. Teşmil, açık veya zımni tahkim iradesinin mevcut olmadığı ve fakat farazi iradenin varsayıldığı durumlar ile çeşitli usul hukuku veya maddi hukuk düzenlemeleri kapsamında irade araştırılması yapılmasına gerek görülmeyen durumlarda üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesine hukuki bir gerekçe teşkil edebilir. Teşmil ve zımni tahkim iradesi kavramlarını birbirinden ayıran, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması noktasında dayanan gerekçede kendini göstermektedir. Örneğin, halefiyet veya alacağın devri gibi hallerde üçüncü kişi ya da kişiler kanundan kaynaklanan sebeplerle tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmekte iken; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya bağlantı esaslı *estoppel*

doktrininin uygulandığı hallerde hakkaniyet veya usul ekonomisi ilkesi devreye girmektedir. Bu gibi durumlarda adalet kaygısı veya kanuni düzenlemeler, tahkim iradesinin ikinci plana atılmasına sebep olmaktadır. Borçlar hukuku prensiplerine tabi olduğunu tespit ettiğimiz tahkim anlaşmaları bakımından, zımni irade beyanının varlığı sonucuna götüren somut olay koşullarının varlığı halinde, teşmil gerekçesine dayanılması; aslında, zımni tahkim iradesinin kabulüne ne kadar mesafeli yaklaşıldığının bir nevi ispatıdır. Oysa, zımni irade beyanı gibi temel bir borçlar hukuku kavramı görmezden gelinerek teşmil kavramıyla esas gerekçenin perdelenmesinin hukuken geçerli bir açıklamasını bulmak zordur.

Zımni tahkim iradesi, tahkim anlaşmasına yönelik itirazlarda bulunulmadan uyuşmazlığın esasına dair savunmalar yapılması şeklinde irade faaliyeti görünümüne bürünebilir. Keza basiretli tacir kavramı ve tarafların süregelen ilişkileri uyarınca, ticari örf ve âdet hukuku ya da ticari teamüller gözetilerek iradeyi gösteren davranış formunda da zımni tahkim iradesi kabul edilebilir. Zira uluslararası ticari teamüller ve ticari örf ve âdet hukuku ışığında, tahkim klozu içeren bir esas sözleşme itirazda bulunulmaksızın doğrudan ifa edildiğinde varlığı tespit edilen zımni irade beyanının türü iradeyi gösteren davranıştır. Belirtmek gerekir ki, gerçek bir irade araştırmasının gerektirdiği gibi, zımni tahkim iradesinin varlığı halinde de irade kesin olmalıdır. Kaldı ki, titizlikle gerçekleştirilecek somut olay incelemesi sonucunda zımni tahkim iradesi tespit edileceğinden, tahkim iradesine gölge düşürecek işaretlerin varlığı halinde zaten büyük olasılıkla tahkim iradesinin de olmadığı kabul edilecektir.

Çalışmamız da ayrıca, tahkim anlaşmalarının kuruluşunda zımni irade beyanının kabulü bakımından maddi hukuktan ve tahkim hukukundan kaynaklanan çeşitli sorunlar irdelenmiştir. Bu kapsamda vardığımız ilk sonuç, zımni irade beyanı gerçek bir irade beyanı teşkil ettiğinden, tahkim anlaşmasının asli taraflarının veya üçüncü kişilerin zımni tahkim iradesinin tespiti neticesinde tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmasında sözleşmelerin nispiliği ilkesini ihlal eden bir durumun söz konusu olmadığıdır. İkinci sonuçlar kümesi ise özellikle devletin ve devlet birimlerinin tahkim anlaşması bakımından taraf statüsüne sahip olabileceği, bu kabulün Türk hukuku bakımından anayasal bir temele sahip olduğu ve hiçbir devletin serbest iradesiyle akdettiği bir tahkim anlaşmasının bağlayıcılık gücünden kendi iç hukuk düzenlemelerine dayanarak muaf olamayacağıdır. Devletin veya devlet birimlerinin

zımni tahkim iradesinin kabulü bakımından, ICC kararlarında benimsendiği şekilde, tacirler arası uyuşmazlıklara kıyasen bir yorum farklılaşmasına gidilmesi ise yerinde değildir. Çalışmamızda, devletin ve devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleriyle tahkim anlaşmasına taraf kabul edilip edilemeyeceği meselesi, özel olarak subjektif tahkime elverişlilik kavramının yerindeliliğinin sorgulanması amacıyla ele alınmıştır. Bu çerçevede, devletin ve devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleri çerçevesinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmeleri tartışmalarındaki hukuki problemin çözülmesi için öncelikle, uygulanacak hukuk üzerinde doğrudan etkisi olduğundan, tahkim anlaşması bakımından devletin ve devlet birimlerinin taraf statüsünün, bir ehliyet problemi mi, yoksa subjektif tahkime elverişlilik problemi mi teşkil ettiği incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde, tahkim anlaşmasının ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu iddiasının, subjektif tahkime elverişlilik kavramı yerine, özellikle devletin ve devlet birimlerinin zımni tahkim iradesi sebebiyle de etkisiz kılınabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Zira devletin veya devlet birimlerinin zımni tahkim iradeleri önceliklendirildiğinde, bu iradenin tespit edildiği noktada, ehliyetsizlik iddiası çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği savunulmuştur. Burada, özellikle devletin ehliyetsiz olduğu ileri sürülen taraftan bağımsız olarak tahkim anlaşmasına taraf olması durumu söz konusudur.

Tahkim hukukundan kaynaklanan sorunlar başlığı altında ise öncelikle çeşitli yargı kararlarında ve doktrin görüşlerinde, zımni tahkim iradesinin kabulü bakımından sorun teşkil ettiği ifade edilen *yazılılık şartı* incelenmiştir. Bu kapsamda vardığımız nihai sonuç, hakem kararı aleyhine potansiyel bir iptal sebebi veya tanıma ve tenfiz engeli olabilecek tahkim anlaşmasının şeklen geçersizliği sebebinin zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmalarının kurulabilmesinin kabulü bakımından hukuki bir engel teşkil etmediğidir. Tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen yazılılık şartı, çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelere, milletlerarası maddi hukuk kuralı teşkil edecek şekilde konu olmuştur. Ancak zımni tahkim iradesiyle tahkim anlaşmalarının kurulması tartışmaları, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku ilgilendirmektedir ve tahkim anlaşmasının kurulmasındaki iradeye ilişkin değerlendirmeler, tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığı meselesinden başka bir hukuki meseledir. Zımni irade beyanıyla kurulduğu kabul edilen bir tahkim anlaşmasının, şekli geçerlilik bakımından tenfiz engellerine veya iptal sebeplerine takılması da tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışmalarının tanıma ve tenfiz veya iptal

davalarındaki yansımasıdır. Asli taraflar ve üçüncü kişiler bakımından, yazılı olarak beyan edilen tahkim iradesi ve zımni tahkim iradesi birbirini dışlayan iki durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla tahkim iradesi ve yazılılık şartını birbirinden ayırdığımızda, gerçek iradenin tespit edildiği noktada şekil şartının bir engel olarak kabul edilmemesi ve şekil şartının tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği sahasına genişletilmeyerek milletlerarası ticareti hayatın gerekleri, dürüstlük kuralı ve iyiniyet prensipleri kapsamında yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle tahkim yargılamasında beyan edilen zımni tahkim iradesi bakımından yazılı tahkim iradesinin yerini, yargılama esnasında yapılan usuli işlemlerle beyan edilen tahkim iradesi almaktadır. MTK m. 4/2 düzenlemesi ve yapılan usuli işlemler çerçevesinde dürüstlük kuralı, tanıma ve tenfiz veya iptal davaları aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği gerekçesinin ileri sürülmesini engelleme fonksiyonu da görmektedir.

Esas sözleşmeye yönelen iradenin tahkim anlaşmasına zımni irade beyanı olarak sirayet etmesi ve esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği görüşleri açısından tahkim hukukundan kaynaklanan bir diğer engelin, günümüzde tartışmasız bir şekilde kabul edilen *tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi* olduğu ileri sürülmektedir. Çalışmamız kapsamında, sınırlı bağımsızlık yaklaşımını benimsediğimizden bağımsızlık prensibi, esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle zımni tahkim iradesinin veya esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun taraflarca zımnen tahkim anlaşmasının esasına da uygulanmak üzere seçildiğinin kabulü bakımından hukuken bir engel oluşturmamaktadır. Bağımsızlık prensibinin ortaya çıkış amacı, esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerden ötürü, tarafların tahkim iradelerinin hukuki anlamda olumsuz etkilenmesini önlemektir. Böylece, esas sözleşme ile tahkim anlaşmalarının geçersizliklerinin birbirlerini etkilemesinin önüne geçerek, tarafların kötü niyetli iddiaları engellenmektedir. Bağımsızlık prensibine ortaya çıkış amacından fazla önem ve anlam atfetmek, prensibin taraf iradeleri hilafına sonuç doğurmak için kullanılması anlamına gelebilecektir. Taraf iradelerinin egemen olduğu tahkimde, böyle bir sonucun istenmeyeceği izahtan varestedir. En az zımni tahkim iradesinin makul hukuki gerekçeler olmaksızın reddi kadar, bağımsızlık prensibinin tahkim anlaşmasını esas sözleşmeden kopararak tahkim iradesini özelleştirmek için araçsallaştırılması da hukuken isabetsiz olacaktır.

Zımni tahkim iradesinin tespiti, çok boyutlu bir inceleme gerektirir. Örneğin, zımni tahkim iradesi tahkim anlaşmasının asli tarafları bakımından tartışma konusu olabileceği gibi üçüncü kişiler bakımından da tartışma konusu yapılabilir. Keza uyuşmazlık öncesine veya sonrasına ilişkin birtakım sebepler dayanak gösterilerek zımni tahkim iradesi tespit edilmiş olabilir. Tahkim iradesine zımni niteliğini veren hukuki sebep, doğrudan tahkim anlaşmasıyla ilişkili olabileceği gibi esas sözleşmeden de kaynaklanabilir. Çalışmamızda, tahkim anlaşmalarının zımni tahkim iradesiyle kurulmasının farklı görünüm şekilleri, uyuşmazlık öncesi ve sonrası beyan edilen zımni tahkim iradesi şeklinde kategorize edilerek incelenmiştir. Uyuşmazlık öncesi beyan edilen zımni tahkim iradesi açısından ilk tespitimiz, aynı şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerden birinin akdettiği tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin müzakeresine, akdine, ifasına veya feshine aktif ve doğrudan katılım sağlayarak esas sözleşmede yer alan ve nihayetinde tahkim klozunun varlığından haberdar olduğu makul kabul edilen diğer şirket ya da şirketlerin zımni tahkim iradesi ile bağlı kabul edilebileceğidir. Bu sonuca, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olan şirketler ile tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulmak istenen diğer şirket ya da şirketlerin davranışlarının ve somut olayın diğer koşullarının dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi ve sözleşmenin diğer tarafında oluşturulan haklı güven ekseninde yapılacak bir değerlendirmeye ulaşılabacaktır. Zımni tahkim iradesinin kabul edilmesi sayesinde grup şirketler doktrinine ihtiyaç kalmadığından ötürü, bu doktrinden sadece, esas sözleşmenin müzakereleri, akdi, ifası veya feshine aktif ve doğrudan katılan grup şirketlerinin, esas sözleşmede yer alan tahkim klozunun varlığının farkında olmasına ilişkin sağladığı ispat kolaylığı amacıyla sınırlı faydalanılmalıdır. Böylece grup şirketler doktrininin uluslararası anlamda tam anlamıyla kabul görmemesi sebebiyle ortaya çıkabilecek çelişkili hakem ve mahkeme kararlarının da önüne geçilebilecektir. Bununla birlikte, usul ekonomisi kaygılarıyla üçüncü kişi şirketlerin tahkim yargılamasının kişi bakımından kapsamına dahil edildiği hallerde, grup şirketler doktrini tipik bir teşmil doktrini hüviyetine bürünecektir. Grup şirketler doktrininin bir teşmil doktrini olarak uygulanmasının yerindeliği ise çalışmamızın değerlendirme kapsamı dışındadır.

Tahkim anlaşmalarının zımni tahkim iradesiyle kurulmasının görünüm şekillerinden bir diğeri, esas sözleşmenin ifası suretiyle tahkim iradesinin beyan edilmesidir. Bağımsızlık prensibinin, doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik özel bir

irade gerektirmeyecek şekilde yorumlanmasıyla esas sözleşmeye yönelen iradenin, bu sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik bakımından bir farkı olmayan tahkim klozunu da kapsadığı kabul edilmelidir. Milletlerarası ticari uygulama bakımından bir sözleşmeyi imzalayan tacirlerin, esas sözleşme için ayrı, tahkim klozu için ayrı irade beyan etmediği gerçeği karşısında, tahkim klozuyla bağlılığın açıkça reddedildiği haller hariç olmak üzere, esas sözleşmenin ifasına esaslı bir katılım söz konusu ise esas sözleşmeye yöneldiği belirtilen iradenin zımni tahkim iradesi olarak kabulü yerinde olur. Bu başlık altında vardığımız en önemli sonuçlardan bir diğeri ise, esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin başka hiçbir koşul değerlendirilmeden salt objektif bir teste dayalı olarak kendiliğinden tahkim anlaşmasını kapsadığının kabul edilmemesi gerektiğidir. Nitekim zımni tahkim iradesi, birtakım objektif kriterlerin somut olayda sağlanıp sağlanmadığına ilişkin bir kontrol listesi neticesinde değil; somut olayın koşullarının detaylı bir şekilde değerlendirilmesiyle tespit edilmektedir. Bu koşullardaki en ufak bir değişim dahi, zımni tahkim iradesi değerlendirmelerinde varılabilecek sonucu etkileyebilecektir.

Çalışmamızda, tahkim anlaşması akdetme ehliyeti bakımından da problem yaratan *esas sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından imzalanması hali* özel olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda öncelikle, esas sözleşmeyi şirketi temsile yetkili kişinin doğrudan ifası halinde, esas sözleşme ve tahkim anlaşması bakımından ikilik yaratan zıt yorumların isabetli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, yetkisiz temsilcinin akdettiği esas sözleşme ve tahkim klozunun varlığı bakımından yapılan tartışmanın ehliyet ve irade şeklinde iki yönü olduğu tespitimizden hareketle, temsil olunanın esas sözleşmeyi ifa edip etmediği, doğrudan tahkim anlaşmasına uyumsuzluktan önce veya sonra herhangi bir şekilde icazet verip vermediği veya esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin tahkim anlaşması bakımından zımni irade olarak kabul edilip edilemeyeceği gibi farklı ihtimallerde ortaya çıkan hukuki sorunlar değerlendirilmiştir. Zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından önemli olan temel sonuç, temsil olunanın zımni tahkim iradesinin tespit edildiği noktada tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesine ehliyetsizliğin hukuki bir engel teşkil edemeyeceğidir. Burada bahsedilen zımni tahkim iradesinin tahkim anlaşmasına icazet verilmesinden veya esas sözleşmenin ifasından kaynaklanması varılan sonuç bakımından önem arz etmemektedir.

Çalışmamızın aynı başlık altında devamında ise sırasıyla koşulları bakımından birbiriyle paralel olduğunu tespit ettiğimiz menfaat esaslı *estoppel* doktrininin uygulandığı haller ve üçüncü taraf lehdarın durumu incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde vardığımız sonuç, esas sözleşmeden önemli ve doğrudan bir menfaat talep edilmesi ve bu menfaatin elde edilmesi durumlarında, ilgili kişinin esas sözleşmede yer alan tahkim klotuyla bağlanma iradesini zımnen beyan ettiğiidir. Kişi, sözleşmeden doğan haklardan yararlanırken aynı sözleşmenin yükümlülüklerinden kaçınamaz. Gerçekten de, esas sözleşmeden kaynaklanan bir sebeple ilgili kişinin zımni tahkim iradesi kabul edildiği vakit, menfaat esaslı *estoppel* doktrininin Türk hukukundaki karşılığı olarak son çare niteliğinde uygulanması gereken çelişkili davranış yasağı ve hakkaniyet ilkelerine başvurulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bağlantı esaslı *estoppel* doktrini kapsamında ise sözleşmelerin ve ihtilafların sıkı ilişkisi gibi rızayı adeta varsaymak için ön plana çıkartılan kriterlere dayalı bir değerlendirme yapıldığından, zımni tahkim iradesi değil; tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili söz konusu olacaktır. Üçüncü taraf lehdar durumu bakımından, doktrinde yer alan aksi yöndeki görüşlere rağmen, üçüncü tarafın davacı veya davalı olması farklılık yaratmamaktadır. Zira sözleşmeden esaslı bir menfaat elde eden üçüncü tarafın hem tahkim yargılaması başlatabileceği hem de aleyhine açılan tahkim yargılamasına katılmakla yükümlü olacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşmeden fayda talep etmeyen üçüncü tarafın tahkim iradesi mevcut olmadığından, bu durumda tahkim anlaşması ancak teşmil yoluyla üçüncü kişi üzerinde bağlayıcı kabul edilebilir. Ayrıca, üçüncü tarafın doğrudan tahkim yargılaması başlatması zımni tahkim iradesi olarak kabul edilse de, bunun geçerli olabilmesi için sözleşmenin diğer tarafının da üçüncü tarafla doğacak uyuşmazlıkları tahkime tabi kılmak yönünde ortak tahkim iradesine sahip olması gerekmektedir.

Atıf yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları ise çalışmamız kapsamında değerlendirilen uyuşmazlık öncesi beyan edilen zımni tahkim iradesinin bir diğer görünüm şeklidir. Bu doğrultuda öncelikle, MTK'nin uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta, atıf yoluyla kurulup kurulmadığı değerlendirilen bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde, bu konu her ne kadar tahkim anlaşmalarının şeklini düzenleyen MTK m. 4/2 hükmünde düzenlenmişse de burada tartışılması gereken meselenin kişinin tahkim iradesi olduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması halinde, ilk olarak tahkim anlaşmasının esasına

uygulanacak hukukun MTK m. 4/3 hükmü uyarınca tespit edilmesi şarttır; daha sonra ise bu hukuka göre tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması bakımından öngörülen şartlar kapsamında tahkim iradesi değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, tahkim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda MTK m. 4/2 hükmünün son cümlesinin uygulama alanı bulabileceği ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uygulamada pek seçilmediğinden, *fiilen* bu hükmün MTK kapsamındaki tüm tahkim anlaşmalarına uygulanabileceği belirtilmelidir. MTK ve NYK uyarınca, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulabilmesi için, atıf yapılan sözleşmede yer alan tahkim klozuna özel bir atıf yapılması zorunlu değildir. Basiretli davranmakla yükümlü tacirlerin taraf olduğu milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda özel atıf şartı aramak, tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğüyle çelişir; bu nedenle konişmentolar bakımından da, hamilin tahkim klozuyla bağlı kabul edilmesi için genel atıf yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca, tahkim klozunun doğrudan konişmentoda yer alması durumunda, hamilin devralma anında klozun varlığını bilmesine rağmen sessiz kalması zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilebilir. TTK gereği, konişmentoyu tesellüm etmekle hükümleriyle bağlı hale gelen hamilin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması noktasında temel gerekçe, kanun hükmü olduğunda ve irade araştırması yapılmadığında, tipik bir teşmil durumunun varlığı söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, konişmentonun devrine rağmen tahkim klozu içeren charter partinin bir suretinin devredilmemesi ve TTK m. 1237/3 hükmünde yer alan “*nitelikleri elverdiği ölçüde*” ibaresinin, konişmentoda yer alan tahkim klozunu kapsamadığı sonucuna varılması halinde, zımni tahkim iradesine yönelik değerlendirmelerin hâlâ mümkün olacağı söylenebilecektir.

Bağlantılı sözleşmeler başlığında ise zımni tahkim iradesinin, ilgili başka bir sözleşmenin imzalanmasından çıkarılabileceği ve bu kapsamda yapılacak analizin, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla kurulması değerlendirmelerine paralel olacağı tespit edilmiştir. Bu doğrultuda, sözleşmeler zincirinde yer alan temel sözleşmede ve diğer sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarının tamamen veya büyük oranda uyuşması halinde, zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir.

Çalışmamızda, zımni tahkim iradesine ilişkin tartışmalar, devlet veya devlet birimleri bakımından da yapılabileceğinden, devletin ve devlet birimlerinin dahil olduğu çeşitli uyuşmazlıklar da incelenmiştir. Bu kapsamda, bir devlet biriminin

akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasıyla, özellikle devletin esas sözleşmeden doğan edimleri ifa etmesi veya bu edimlerin ifasında önemli bir rolünün olması halinde, zımni tahkim iradesi sebebiyle bağlı kabul edilmesi mümkün değerlendirilmiştir. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmasa da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan yetki ve sorumluluklara sahip olup aynı zamanda sözleşmeden menfaat elde eden üçüncü kişi konumundaki kamu idaresinin tahkim anlaşması karşısındaki durumunun, üçüncü taraf lehdar değerlendirmelerine paralel bir şekilde incelenmesi gerektiği ve idarenin zımni tahkim iradesinin varlığının menfaat elde etmesi ihtimalinde kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir.

Çalışmamızda ayrıca şirketler hukuku ve tahkim hukuku ilişkisi bağlamında şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim maddesinin üçüncü kişileri bağlaması ve şirket birleşmelerinde zımni tahkim iradesi meseleleri tartışılmıştır. Bu bağlamda, şirket esas sözleşmesinin şekli bir hükmü niteliğindeki tahkim klozunun, ilgili tüzüğün veya iç yönetmeliğin hazırlanmasında iradesi olmayan yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davalarında işlerlik kazanmasının kabul edilmesi tipik bir teşmil durumu olarak değerlendirilmiştir. Şirket birleşmeleri bakımından açılacak sorumluluk davalarında ise birleşme sözleşmesinde tahkim klotu olması halinde, ortakların yöneticiler aleyhine açabileceği sorumluluk davalarında, sadece tarafların tahkim anlaşmasına yönelik tereddütsüz davranışları ispat edildiğinde tahkim klozuyla bağlı kabul edilmeleri gerekmektedir ve fakat yöneticilerin tahkim iradesi bakımından, yöneticiler organ sıfatıyla hareket ederek şirket adına işlem yürüttüklerinden, akdedilen tahkim anlaşmasının kural olarak sadece şirketi bağlayacağı söylenebilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünün devamındaki *uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımni tahkim iradesi* başlığı altında, tahkim anlaşmasının ifası anlamına gelebilecek doğrudan tahkim anlaşmasına veya tahkim yargılamasına yönelik ifa hareketlerinden kaynaklanan zımni tahkim iradesinin kabul edildiği durumlar ele alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, tahkim yargılamasına katılım kavramı ekseninde tahkim yargılamasında beyan edilen zımni tahkim iradesi ele alınmıştır. Tahkim yargılamasına katılım bakımından kriter, somut olayın koşulları kapsamında değerlendirildiğinde, ilgili kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini dolaylı olarak gösteren ve doğrudan tahkim anlaşmasının ifası olarak nitelendirilebilecek

davranışlarıdır. Bu davranışlar açısından zımni tahkim iradesinin kabulü bakımından temel eşik, aslında itiraz ileri sürmeksizin esasa ilişkin savunmaların yapılması noktasında aşılmaktadır. Esasa ilişkin savunmaların söz konusu olmadığı bir ihtimalde ise tahkim yargılamasına ilişkin yapılan başka herhangi bir usuli işlem, yorumlandığında diğer tarafta yaratılan ve korunmaya değer haklı bir güven oluşturduğu sürece, zımni tahkim iradesi teşkil edebilecektir. Eğer doğrudan tahkim usulüne uygulanacak kurallar, hakemin yargı yetkisine itiraz edilebilecek bir usuli kesit öngörüyorsa ve bu usuli kesitte kişinin yetki itirazında bulunmamasına tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmesi gibi bir sonuç bağlıyorsa, bu halde zımni tahkim iradesi kaynağını doğrudan kanundan alacaktır.

Bu çerçevede, MTK m. 4/2 ve 7/H-2 hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda, geçerli bir tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen başlatılan bir tahkim yargılamasına taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı yönünde itirazda bulunmayarak katılmanın, zımni tahkim iradesi teşkil edeceği vurgulanmıştır. Durumun imzacı olmayan üçüncü kişiler bakımından görünümü ise başka bir tarafın tahkim klotunu kendisine karşı ileri sürmesine itiraz etmeyerek esasa ilişkin savunmalar yapılması halinde, bu kişilerin zımni tahkim iradelerinin kabulüdür. Bu yönde bir tahkim yargılamasında aksi beyanda bulunmaksızın savunma yapılması halinde, tahkim anlaşmasına yönelik kabul iradesi, tahkim anlaşmasının ifa edilmesi suretiyle beyan edildiğinden zımni irade beyanının bir türü olan irade faaliyetinden söz edilecektir.

Davalının tahkim anlaşmasına yönelik herhangi bir itirazda bulunmaksızın, esasa dair savunmalar yapması ile tahkim anlaşmasının yokluğu halinde tahkim yargılaması boyunca sessizliğini sürdürerek yargılamaya hiç katılmaması durumlarının birbirinden farklı olduğu çalışmamızda ele aldığımız bir diğer meseledir. İlk halde irade faaliyeti olarak zımni bir irade beyanının varlığı kabul edilebilecekse de; ikinci halde tahkim yargılamasına hiç katılmayan davalının tahkim iradesinin mevcudiyetinden söz edilemez. Bu doğrultuda, kimsenin kendi aleyhine başlatılan bir tahkim yargılamasına katılmak gibi bir yükümlülüğü söz konusu olmadığından, yapılan tebligatlar karşısında sessizlik zımni tahkim iradesi olarak yorumlanmamalıdır. Nitekim bu halde karşı tarafta tahkim anlaşmasının geçerliliğine dair uyandırılan ve korunmaya layık haklı bir güvenden söz etmek de pek mümkün

gözükmemektedir. Keza cevap verme yükümlülüğü altında olmayan bir tarafın, sonradan açılan bir tenfiz davasında, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı yönündeki itirazı da kanunun verdiği bir hakkın kullanılmasından ibaret olacaktır.

Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının varlığının iddia edildiği bir dava dilekçesine karşılık cevap dilekçesi sunulmaması bakımından MTK'nin uygulandığı tahkim yargılamalarında, cevap dilekçesinin sunulmaması halinde her ne kadar doğrudan uygulanamayacaksa da HMK m. 128 hükmünün temel mantığı kabul edilmeli ve aktif bir itiraz hali söz konusu olmasa da cevap dilekçesinin sunulmaması, davalının zımni tahkim iradesinin varlığı sonucu doğurmamalıdır. Kaldı ki, MTK m. 4/2 hükmünde de “*davalının verdiği cevap dilekçesinde*” demek suretiyle cevap dilekçesinin sunulmaması hali hükmün kapsamından açıkça dışlanmıştır.

Tüm bunların yanında, tahkim yargılaması sırasında aleyhine yöneltilen taleplere karşı, davalının çekince ileri sürmeksizin karşı dava açması, yetki itirazında bulunmadan takas iddiasında bulunması ve hakem heyeti nezdinde, hakem kararı haline getirilmek suretiyle taraflar arasında bir sulh anlaşmasının akdi gibi hallerde zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecektir. Öte yandan, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemlerin yetkileri hakkında kendilerinin karar vereceği gerçeğinden hareketle, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu düşünen tarafın, hakem seçimine katılması zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilemez. Keza davalının, hakemin yetkisine ilişkin itirazı, esasa dair savunmalarla beraber cevap dilekçesinde de yapabildiği durumlarda, cevap dilekçesi sunmak için süre uzatımı talep etmesi ve yetki itirazına dair dilekçenin hazırlanması maksadıyla vekil tayin ettiğini hakemlere bildirmesi de zımni tahkim iradesi olarak değerlendirilmemelidir.

Zımni tahkim iradesi, taraflardan birinin başlattığı devlet yargılamasında yerine getirilen birtakım usuli işlemler kapsamında da beyan edilebilir. Bu anlamda, devlet yargılaması bakımından, davalının tarafı olmadığı bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim ilk itirazında bulunması, zımni tahkim iradesi teşkil edecektir. Durumun imzacı olmayan üçüncü kişiler bakımından görünümü ise üçüncü kişinin devlet yargılamasında tahkim klotuna dayanması halinde bu kişilerin zımni tahkim iradesinin kabulüdür. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemelerinde açılan davada; davalının tahkim ilk itirazında bulunması, ancak bu iddiaya davacının cevaba

cevap dilekçesinde cevap vermemesi veya itirazı kabul etmesi halleri ortak tahkim iradesi bağlamında değerlendirildiğinde, ikinci halde ortak tahkim iradesi bariz iken; ilk halde, HMK m. 128 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, tahkim ilk itirazının davalı tarafından kabul edilmediği sonucuna ulaşılarak, hâkim tarafından tahkim ilk itirazı değerlendirilmelidir.

Usuli bir haktan faydalanılmaması şeklinde ortaya çıkan zımni tahkim iradesi başlığı altında ise ilk derece mahkemesinin temyiz edilmeden kesinleşerek HMK m. 303 hükmü gereğince maddi anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuran ve tarafları için bağlayıcı hale gelen tahkim ilk itirazının kabulü ve davanın usulden reddi kararına binaen, taraflar arasında zımnen akdedilen bir tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilmemelidir. Davacının aleyhine verilen karara karşı hareketsiz kalmasının çok farklı gerekçeleri olabilecek ve bu gerekçeler tam anlamıyla tespit edilemeyecektir. Dolayısıyla, zımni tahkim iradesinin belirsizlik içermesi kabul edilemeyeceğinden bu örnekte dar yorum tarzı benimsenmelidir. Bununla birlikte, davacının, davalının tahkim ilk itirazı üzerine devlet mahkemeleri tarafından verilen usulden ret kararına binaen hem karar aleyhine üst mahkemeye itiraz etmeyip hem de uyuşmazlığı tahkim yargılamasına taşıması halinde ise zımni tahkim iradesi kabul edilebilecektir.

Uyuşmazlık sonrası beyan edilen zımni tahkim iradesi bakımından son olarak tahkim yargılaması sürecinde ifa edilen bir yargılama faaliyeti olarak *görev belgesinin imzalanması* durumu incelenmelidir. Belirtilmesi gereken ilk husus, görev belgesinin çekincesiz bir şekilde imzalanmasının, tarafların tahkim anlaşmasının varlığına ve hakemlerin yetkilerine ilişkin itirazlarını dermeyeran edebileceği usuli kesit ile görev belgesinin düzenleneceği usuli kesitin kronolojisine bağlı olarak zımni tahkim iradesi teşkil edebileceğidir. Görev belgesinin imzalanmasıyla taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşmasının kurulduğu yönündeki görüş kabul edildiğinde, açık tahkim iradesi söz konusu olacaktır; ancak, görev belgesinin imzalanmasının yeni bir tahkim anlaşması teşkil etmeyeceği görüşünü benimsediğimizden, zımni tahkim iradesi kavramının tartışılması ve buradaki tahkim iradesinin, geriye etkili olarak varlığı tartışılan tahkim anlaşması bakımından beyan edilen bir irade olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, üçüncü kişinin söz konusu olduğu durumlarda da, bu kişinin tahkim iradesinin asıl taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına yönelik olduğu kabul edilmeli ve bu halde, üç taraflı yeni bir tahkim anlaşmasının

kurulmasından ziyade, asıl tahkim anlaşmasına üçüncü kişinin sonradan taraf olduğu kabul edilmelidir. MTK'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda, görev belgesinin imzalanmasından önce, yetki itirazının mutlaka yapılması gerektiğinden, yetki itirazında bulunulmadan görev belgesinin imzalanması halinde görev belgesinin imzalanmasından ziyade, doğrudan MTK m. 7/H-2 hükmünden kaynaklı olarak tahkim anlaşmasının zımni irade beyanıyla kurulduğuna hükmedilecektir. Öte yandan, aynı sonuca, yetki itirazı bakımından MTK m. 7/H-2 hükmündeki gibi bir düzenleme öngörmeyen devlet kanunları veya tahkim kurumlarının kuralları uyarınca varılamayacaktır. Bu yönde bir düzenlemenin yokluğunda ise görev belgesinin imzalanması anı ile yetki itirazı yapılabilecek an arasındaki kronolojik sıralamanın önemine binaen, zımni tahkim iradesi değerlendirmeleri bakımından görev belgesinin hâlâ yetki itirazının yapılabileceği bir anda imzalandığı varsayılmalıdır. Bu doğrultuda, esasa ilişkin savunmalarda bulunulduktan sonra görev belgesinin imzalanması halinde, zımni tahkim iradesinin varlığı kabul edilebilecek ve fakat bu irade beyanının kaynağı görev belgesinin imzalanması olmayacaktır. Sonuç olarak, yetki itirazının hâlâ yapılabileceği bir aşamada, tahkim yargılamasının koşullarına ve taraf beyanlarına bağlı olarak, çekincesiz bir şekilde imzalanan görev belgesinin uyuşmazlığın diğer tarafında yarattığı haklı güven sebebiyle, zımni tahkim iradesinin var olduğu sonucuna gidilebilecektir ve fakat her durumda, görev belgesinin imzalanmasının zımni tahkim iradesi teşkil etmesi için esasa ilişkin savunmalarda bulunulmaksızın görev belgesinin imzalanmış olması şartı aranacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise zımni tahkim iradesini yöneten hukuk olduğunu tespit ettiğimiz tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi imkânı ve bu imkânın kabulü halinde zımni hukuk seçimi bakımından uygulamada ve doktrinde benimsenen temel yaklaşımlar değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, sırasıyla tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçilen hukukun tespiti bakımından tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımları incelenmiştir. Bu başlık altında ulaştığımız en temel sonuçlardan biri, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin taraflarca yapılacak hukuk seçiminin, tarafların zımni hukuk seçimini de kapsadığıdır. Nitekim Türk tahkim mevzuatı ve uluslararası sözleşmeler bakımından, sadece açık hukuk seçiminin kabul edileceğine dair bir düzenlemenin olmaması ve hukuk seçimi bakımından herhangi bir şekil şartının öngörülmemesi

zımni hukuk seçiminin kabul edildiği görüşü lehine gerekçeler olarak dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk açısından, irade serbestisi prensibi hâkim olduğundan, öncelikle taraflarca açık veya zımni bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığı araştırılmalıdır. En az açık hukuk seçimi kadar gerçek bir hukuk seçimi niteliğini haiz zımni hukuk seçimi, sözleşmenin diğer hükümleri, sözleşmeyle ilgili birtakım maddi vakıalar ya da halin icabı dikkate alınarak tarafların gerçek iradelerinin yorumlanmasıyla tespit edilecektir. Tahkim anlaşmasıyla en yakın bağlantılı hukukun tespiti, zımni hukuk seçimine karar verilirken önemli bir faktör olarak dikkate alınsa da bu incelemeler birbirinden tamamen farklıdır.

Tahkim yeri hukuku ve esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, tarafların zımni iradeleri gerekçesi yanında başka gerekçelerle de tahkim anlaşmasının esasına uygulanmaktadır. Hangi durumlarda tahkim yeri hukukunun veya esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiğinin kabul edilebileceği, zımni hukuk seçimi değerlendirmelerinin doğası gereği tek tek listelenemeyeceğinden; vardığımız sonuç bakımından hangi durumlarda tarafların zımni hukuk seçimlerinin söz konusu olmadığını belirtmekle yetinmenin daha doğru bir yaklaşım olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Sadece sınırlı bağımsızlık yaklaşımını benimsediğimizden, bağımsızlık prensibinin esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması için zımni hukuk seçimi olarak kabulü yönünde yorum yapmamıza engel olmadığı ayrı bir sonuç olarak belirtilmesi gerekir. Tahkim yeri hukuku yaklaşımı bakımından, taraflar tahkim yerini seçmemiş ya da tahkim yeri seçimini hakemlere bırakmışsa, tahkim anlaşmasını akdederken tahkim yerini bilmeyen tarafların bu yer hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacağını düşünemeyeceğinden hareketle, zımni hukuk seçiminin mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrı olarak akdedilmesi ihtimalinde, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımni olarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçildiği sonucuna ulaşmak da güçtür. Keza esas sözleşmeye uygulanacak hukuk yaklaşımı bakımından, esas sözleşmenin yok hükmünde olduğu sonucuna varıldığı durumlarda, bu sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere zımnen seçildiği kabul edilmemelidir.

Çalışmamız kapsamında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından varılan en temel sonuç, bahsi geçen yaklaşımların varsayılan bir kural olarak düşünülmemesi gerektiğidir. Zımni hukuk seçimi, somut olayın koşulları, sözleşme belgeleri, yazışmalar ve taraf ilişkilerine dair tüm sürecin titiz ve detaylı bir analizini gerektiren ve bir durumda belli bir ülke hukukunu işaret eden ibrenin somut koşulları farklı başka bir durumda başka bir ülke hukukunu işaret edebilmesinin mümkün olabileceği bir değerlendirme sürecidir. Dolayısıyla buradaki amaç genel bir kural yaratmak olmamalıdır. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esası bakımından zımni hukuk seçimi olduğuna delalet eden işaretlerin, her bir somut olay özelinde tespit edilmesi gerekir. İngiliz ve Singapur mahkemelerinin yaptığı gibi varsayılan bir kural yaratmak veya bir karine olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının esasına uygulanacağını kabul etmek ile zımni hukuk seçimi değerlendirme süreçleri birbirini dışlar. Bir hukukun zımni olarak seçilmesi, bu seçimin varsayılan bir kural olması gerekçesiyle izah edilemez.

Çalışmamız neticesinde temel önerimiz, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından uygulanabilirliğinin kabul edilmesidir. Tahkimin istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan çıkarak özellikle konumuzu teşkil eden milletlerarası ticari tahkim açısından olağan uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmesi ve zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşu bakımından reddi önünde kanundan kaynaklı hukuki herhangi bir gerekçenin mevcut olmaması karşısında, özellikle zımni tahkim iradesinin reddedilmemesi ve hukukun tarafların *makul tahkim beklentisini* karşılaması gerekir.

Zımni irade beyanlarının tahkim anlaşmalarının kuruluşundaki rolünün kabulü, mevcut hukuk düzenindeki aksi yönde uygulamanın hukuka aykırılığını giderecek ve zımni de olsa tahkim iradesi olan tarafların tahkim iradeleri gereken değeri görecektir. Tahkim iradesinin varlığı halinde kimse devlet mahkemelerine başvurmayla zorlanmamalı ve tahkim anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler bu sonucu doğuracak şekilde taraf iradeleri hilafına yorumlanarak tahkim iradesine ilişkin kanunda yer almayan şartların varlığı kabul edilmemelidir. Zira kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde tahkim iradesinin açık olması zorunluluğu spesifik olarak belirtilmemektedir. Zımni tahkim iradesinin tespitinde, temel borçlar hukuku

prensiplerinden faydalanmak yeterli olacağından, zımni irade beyanının tahkim anlaşmalarının kuruluşundaki rolünün kabul edilmesi için Türk tahkim mevzuatının herhangi bir değişime ihtiyacı yoktur. Çalışmamızda incelendiği üzere kanaatimizce, zımni tahkim iradesinin Türk hukukunda hukuki temelleri zaten mevcuttur ve Peru Tahkim Kanunu'ndaki düzenleme gibi bir revizyona Türk tahkim mevzuatında ihtiyaç yoktur. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilmesi açısından İngiliz Tahkim Kanunu'na 2025 yılında yapılan ekleme oldukça yenilikçi ve çözüm odaklı olmakla birlikte, irade serbestisinin egemen olduğu tahkim alanında Türk hukuku bakımından aynı yaklaşımın benimsenmesine kuşkuyla yaklaşılmalıdır. Her ne kadar, açık bir düzenlemeye ihtiyaç olmasa bile, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun zımnen seçilebileceğinin ve salt tahkim yeri veya esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından açık veya zımni hukuk seçimi teşkil etmeyeceğinin Türk tahkim mevzuatında açıkça düzenlenmesi, bu konuda doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla oluşabilecek potansiyel karmaşanın şimdiden önünü alacaktır.

KAYNAKÇA

- ABOLAFIA, Luis Bravo** : “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, ASA Bulletin (ed. SCHERER Matthias), C. 37, S. 1, Kluwer Law International, 2019, ss. 64-81.
- ABRAHAM, W.M./AMİRUDİN, Ahmad/CHUEN, Chua Wei** : **Cecil Aniz Daniel** : “Interaction of Laws in International Arbitration: An Asian Perspective”, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, ss. 71-86.
- ACUN MEKENGECİ, Merve** : “Türk Şirketler Hukukundaki Bazı Durumlarda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 1, Nisan 2019, ss. 1-38.
- AĞAOĞLU, Cahit** : Arbitration in Merger and Acquisition Transactions, Problem of Consent in Parallel Proceedings and in the Transfer of Arbitration Agreements in Merger And Acquisition Arbitration, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2016.
- AKINCI, Ziya** : “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ed. ENGİN Enver Murat), C. 4, S. 1, Ocak 2005, ss. 13-24.
- AKINCI, Ziya** : “Tahkimde Yetki İtirazı”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, ss. 51-62 (*Yetki İtirazı*).

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Nisan 2025 (*Milletlerarası Tahkim*).
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:44, Ankara, 1994 (*Tenfiz*).
- AKSOY DURSUN, Sanem** : Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008.
- AKYOL, Şener** : Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKYOL, Şener** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995 (*Genel Hükümler*).
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995 (*Dürüstlük Kuralı*).
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliğı ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- ANTALYA, Gökhan** : Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (ed. ANTALYA Gökhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2019.
- ARSLAN, İbrahim/AYDIN, Sevgican** : “Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konişmento Hamiline Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Ocak 2013, ss. 123-137.
- ARSLAN, İlyas** : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 33, S. 2, Mart 2016, ss. 1-41 (*Zımni Hukuk Seçimi*).

- ARSLAN, Mahmut Sait** : Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Mahkemesi Uygulamasında “Görev Belgesi”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Aralık 2019.
- AVCI, Ayşe Betül** : *Forum Non Conveniens* Doktrini ve Doktrinin Türk Milletlerarası Usul Hukukuna Etkisi, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2025.
- AYAN, Mehmet** : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2020.
- AYDEMİR, Fatih** : Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2017.
- AYDIN, Esen** : “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-4 (eds. AKINCI Ziya/DEMİRKOL Berk), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2021, ss. 3-27.
- AYDOĞDU, Gamze** : Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2023.
- AYHAN, Rıza** : “Teyit Mektupları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 2, 2013, ss. 51-70.
- AYOĞLU, Tolga** : “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi”, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim (eds. YASAN TEPETAŞ Candan/AKINCI Ziya), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2018, ss. 101-111.
- AYOĞLU, Tolga** : Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2018 (*Sermaye Şirketleri*).

- AYOĞLU, Tolga** : Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2011 (*Lex Mercatoria*).
- BAGOT, Michael H./HENDERSON, Dana A.** : “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, *Tulane Maritime Law Journal*, C. 26, Yaz 2002, ss. 414-460.
- BALKAR, Süheylâ** : “Tahkim Dili”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 20, S. 239, 2022, ss. 4123-4176.
- BALKAR, Süheylâ** : “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”, *Tahkim Anlaşması* (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, ss. 131-168.
- BALKAR SÜHEYLÂ, BOZKURT, Süheylâ** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2016 (*Bağımsızlık*).
- BALKAR, Süheylâ** : “AIHM Kararları Işığında AIHS md. 6 ve Tahkim”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (ed. SÜZEN Begüm), C. 17, S. 209, Temmuz 2022, ss. 683-722 (*AIHS md. 6*).
- BANTEKAS, Ilias** : “The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy”, *Journal of International Arbitration*, C. 27, S. 1, Kluwer Law International, 2010, ss. 1-8.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı** : “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (ed. KAYA Refia), C. 1, S. 1, Haziran 2011, ss. 110-129.
- BÄRTSCH, Philippe/PETTI, Angelina M.** : “The Arbitration Agreement”, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (eds. GEISINGER Elliott/VOSER Nathalie), Kluwer Law International, 2013, ss. 25-50.

- BERGER, Klaus Peter** : “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ed. VAN DEN BERG, Albert Jan), ICCA Congress Series No.:13, 2007, ss. 301-334.
- BERGER, Klaus Peter:** : *International Economic Arbitration*, Deventer Netherlands; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993 (*International Economic Arbitration*).
- BERNARDINI, Piero** : “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, ss. 197-203.
- BESSON, Sébastien/XOUDIS, Julia** : “Conventions d’arbitrage pathologiques: la volonté d’arbitrer peut-elle tout guérir?”, *L’éclectique juridique, Recueils d’articles en l’honneur de Jacques Python*, 2011, ss. 201-219.
- BİNGÖL, Hande** : *Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2025.
- BİRSEL, Mahmut T.** : “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl. 1, S. 1, 1980, ss. 97-128.
- BİRSEN, Kemaleddin** : *Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumi Hükümleri*, Tahsin Onuk Matbaası, İstanbul, 1954.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin** : *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Baskı, Oxford University Press, Kluwer Law International, 2015.
- BLESSING, Marc** : *Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives*, Swiss Commercial Law Series (ed. VOGT Nedim Peter), Swiss Commercial Law Series; Vol. 10, Helbing und Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1999 (*Introduction to Arbitration-Swiss*).

- BLESSING, Marc** : “The Law Applicable to the Arbitration Clause”, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, ss. 168-188.
- BOLAYIR, Nur** : Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009.
- BORN, Gary** : “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, Singapore Academy of Law Journal, 26, 2014, ss. 814-848.
- BORN, Gary** : International Commercial Arbitration, 2. Baskı, Kluwer Law International, 2014 (*International Commercial Arbitration*).
- BORRIS, Christian/HENNECKE, Rudolf** : Article V, New York Convention Article-by-Article, Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019.
- BREKOULAKIS, Stavros L.** : Third Parties in International Commercial Arbitration, 2011, <https://transnational.law.nyu.edu/2011/07/third-parties-in-international-commercial-arbitration/>.
- BREKOULAKIS, Stavros L.** : “Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”, The Evolution and Future of International Arbitration (eds. BREKOULAKIS Stavros/LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), International Arbitration Law Library, C. 37, Kluwer Law International, 2016, ss. 119-160 (*Consent v. Commercial Reality*).
- BREKOULAKIS, Stavros L.** : “Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories”, Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press, 8, 2017, ss. 610-643 (*A General Theory*).
- BREKOULAKIS, Stavros L.** : “The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room”, Penn State Law Review, C. 113:4, 2009, ss. 1165-1186 (*Elephant*).

- BREKOULAKIS, Stavros** : “Chapter 24: The Various Forms of ‘Consent’ in International Arbitration”, Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. KRÖLL Stefan/BJORKLUND Andrea K./FERRARI Franco), Cambridge University Press, 2023, ss. 697-737.
- BREKOULAKIS, Stavros L.** : Third Parties in International Commercial Arbitration, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2010 (*Third Party*).
- BUCOVALA, Diana/RUSU, Raluca** : “Midnight Problems: Finding the Law Applicable to the Arbitration Agreement” Romanian Arbitration Journal/Revista Romana de Arbitraj, C. 16, S. 2, Nisan-Haziran 2022, ss. 85-101.
- CHHURA, Tejas** : “The Need To Re-Think the Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration”, NUJS Law Review, C. 15, S. 1, Ocak-Mart 2022, ss. 27-47.
- COURTNEY, Tae** : “Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad”, Richmond Journal of Global Law & Business, C. 8, S. 4, 2009, ss. 581-593.
- CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON, Jan** : International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2000.
- CUNIBERTI, Gilles** : Rethinking International Commercial Arbitration, Towards Default Arbitration, Rethinking Law series, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2017.
- ÇAVUŞOĞLU, Ahmet Erdinç** : Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

- ÇATAKLI, Ahmet Onur** : Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve “Kompetenz-Kompetenz” İlkesi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.
- DALCI NURCIHAN ÖZDOĞAN,** : “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Haziran 2017, ss. 33-51.
- DEĞİRMENCİOĞLU, Müge** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Anlaşmaları ve Hibrit Tahkim Anlaşmaları, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2021.
- DEMİRKOL, Berk** : “Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, ss. 279-312.
- DEMİRKOL, Berk** : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2014 (*Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*).
- DEMİRSATAN, Barış** : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2021.
- DENİZ, Defne** : Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu’ndaki Temsil İlişkisine Yansımaları, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2022.
- DERAINS, Yves** : “Is There a Group of Companies Doctrine?”, Multiparty Arbitration Institute Dossier VII (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric A.), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2010, ss. 130-143 (*Group of Companies*).
- DERAINS, Yves** : “L’Extension de la clause d’arbitrage aux non signataires: la doctrine des groupes de sociétés”, The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series 8 (ed. BLESSING Marc), Aralık 1994.

- DEV SETH, Sumer** : “Enforcement of Foreign Awards against Non-Signatories under the New York Convention in India: A Critique of the Decision in Gemini Bay”, New York University Journal of International Law and Politics, C. 54, S. 2, 2022, ss. 741-752.
- DEVELİOĞLU, Murat/KARA, Doğan** H. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2020.
- DILEO, Anthony M.** : “The Enforceability of Arbitration Agreements By and Against Nonsignatories”, Journal of American Arbitration, C. 2, S. 1, Mart 2003, ss. 32-75.
- DIMOLITSA, Antonias** : “L’« extension » de la clause compromissoire à des non-signataires: rien de neuf”, ASA Bulletin, C. 30, S. 3, 2012, ss. 516-538 (*Compromissoire*).
- DIMOLITSA, Antonias C.** : “Issues Concerning the Existence, Validity and Effectiveness of the Arbitration Agreement”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 7, S. 2, 1996, ss. 14-23.
- DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/AYHAN İZMİRLİ, Lale** : Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskıdan Tıpkı 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Şubat 2025.
- DONGDOO, Choi** : “Choice of Law Rules Applicable for International Arbitration Agreements”, Asian International Arbitration Journal, C. 11, S. 2, Kluwer Law International, 2015, ss. 105-115.
- DRAHOZAL, Christopher R.** : “Parties and Affected Others: Signatories and Non-signatories to International Arbitration Agreements”, Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. KRÖLL Stefan/BJORKLUND Andrea K./FERRARI Franco), Cambridge University Press, 2023, ss. 283-304.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat** : Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2024.

- EISEN, Charles Lee** : “Compelling Non-Signatories to Arbitrate What Arbitration Agreement?”, *Dispute Resolution Journal*, C. 56, S. 2, Mayıs 2001, ss. 40-45.
- EKER AYHAN, Feyza** : Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2018.
- EKER AYHAN, Feyza** : “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan*, C. 10, S. 1, 2011, ss. 95-117 (*Üçüncü Kişi Lehdar*).
- EKŞİ, Nuray** : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2000.
- EKŞİ, Nuray** : Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010 (*Incorporation*).
- EKŞİ, Nuray** : Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2020 (*Milletlerarası Ticaret*).
- EKŞİ, Nuray** : “Tahkim Anlaşması Yapma Konusunda Temsilcinin Özel Yetkisinin Yokluğunun Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Etkisi”, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, Konferansı Düzenleyen Prof Dr. Nuray EKŞİ (eds. EKŞİ Nuray/KALPSÜZ Turgut/YILMAZ Müslüm), 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2008 (*Temsilcinin Özel Yetkisi*).
- ERDEM, H. Ercüment** : “Tahkim Anlaşması”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2017, ss. 241-274 (*Tahkim Anlaşması*).
- ERDEM, H. Ercüment** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Yazılılık Koşulu, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016)”, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 283-311.

- ERDEM, H. Ercüment** : Milletlerarası Ticaret Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2024 (*Ticaret Hukuku*).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, Ekim 2024.
- ERKAN, Mustafa** : “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Ocak 2013, ss. 535-562.
- ERKAN, Mustafa** : Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Eylül 2013 (*Yetki Sorunları*).
- ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet** : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ESEN, Emre** : “Violation of the Right to A Fair Trial in Arbitration: Analysing the Turkish Court of Cassation’s Decision of 10 February 2021”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, S. 71, Aralık 2022, ss. 99–117.
- ESEN, Emre** : “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 23, S. 1-2, 2003, ss. 377-404 (*Yetkisiz Temsilci*).
- ESEN, Emre** : “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, C. 28, S. 1-2, 2008, ss. 65-114 (*Tahkim Anlaşmalarının Şekli*).
- ESEN, Emre** : Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, Haziran 2008 (*Teşmil*).
- ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih** : Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1- 48), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2017.

- ESKİYÖRÜK, Serhat** : “Yargıtay Kararları Işığında Temsilci Vasıtasıyla Yapılan Tahkim Anlaşmalarında Özel Yetki Aranması”, Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, ss. 237-252.
- FERRARIO, Pietro** : “The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?”, Journal of International Arbitration, C. 26, S. 5, Kluwer Law International, 2009, ss. 647-673.
- FOUCHARD, Philippe/GAILLARD, Emmanuel/GOLDMAN, Berthold** : International Commercial Arbitration (eds. GAILLARD Emmanuel/SAVAGE John), The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2022.
- GAFFNEY, John P.** : “The Group of Companies Doctrine and The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, MEALEY’S International Arbitration Report, C. 19, S. 6, Haziran 2004, ss. 1-9.
- GIRSBERGER, Daniel/HAUSMANINGER, Christian** : “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate, Arbitration International”, Arbitration International, C. 8, S. 2, Haziran 1992, ss. 121-166.
- GLICK, Ian/VENKATESAN, Niranjan** : “Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement”, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, ss. 131-150.
- GRAVEL, Serge/PETERSON, Patricia** : “French Law and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No.6519 Final Award”, McGill Law Journal, C. 37, S. 2, 1992, ss. 510-536.

- 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, C. 19, S. 4, Kluwer Law International, 2002, ss. 363-377.
- GÜLTEKİN, Esra** : CISG Açısından Dürüstlük Kuralının Uygulama Alanı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- GÜNEŞ, Sena** : “İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S 2, 2017, ss. 408-438.
- GÜVENÇ, Özgür** : Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2021.
- HABEGGER, Philipp** : “Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form”, ASA Bulletin, C. 22, S. 2, 2004, ss. 398- 410.
- HACKNEY, William** : “Shareholder Liability for Inadequate Capital”, University of Pittsburgh Law Review, C.43, S. 4, Yaz 1982, ss. 837-902.
- P./BENSON, Tracey G.**
- HALİS KASAP, Gizem** : “Etching the Borders of Arbitration Agreement: The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration under the U.S. and Turkish Law”, University of Bologna Law Review, C. 2, S. 1, 2017, ss. 87-113.
- HANOTIAU, Bernard** : “May an Arbitration Clause Be Extended to Non- signatories: Individuals, States or Other Companies of the Group?”, (HANOTIAU Bernard, Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue-A comparative Study, 2. Baskı, International Arbitration Law Library, C. 14, Kluwer Law International, 2020), ss. 95-196.
- HANOTIAU, Bernard** : “Consent to Arbitration Do We Share A Common Vision?”, Arbitration International, C. 27, S. 4, 2011, ss. 539-554 (*Common Vision*).

- HANOTIAU, Bernard** : “Groups of Companies in International Arbitration”, Pervasive Problems in International Arbitration (eds. MISTELIS Loukas A./LEW Julian D.M.), International Arbitration Law Library, C. 15, Kluwer Law International, 2006, ss. 279-290 (*Groups of Companies*).
- HANOTIAU, Bernard** : “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”, International Arbitration 2006: Back to Basics? (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series, Volume 13 (Montreal 2006), Kluwer Law International, 2007, ss. 341-358 (*Lessons*).
- HANOTIAU, Bernard** : “Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues An Analysis”, Journal of International Arbitration, C. 18, S. 3, Kluwer Law International, 2001, ss. 251-360 (*Multiple Contracts-Parties-Issues*).
- HANOTIAU, Bernard** : “Who Are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals”, (HANOTIAU Bernard, Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue-A comparative Study, 2. Baskı, International Arbitration Law Library, C. 14, Kluwer Law International, 2020), ss. 5-94 (*Who Are The Parties*).
- HANOTIAU, Bernard/OHLROGGE, Leonardo** : “40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award”, ASA Bulletin, C. 40, S. 2, 2022, ss. 300-308.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2021.
- HENRY, Marc** : Le Devoir d’Indépendance De L’Arbitre, Paris, 2001.
- 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, C. 4, S. 3, 2004, ss. 472-584.

- HOSKING, James M.** : “Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, *Arbitration International*, C. 20, S. 3, 2004, ss. 289-303 (*The Quest For Consent*).
- HOUTTE, Vera Van** : “Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience”, *Arbitration International*, C. 16, S. 1, 2000, ss. 1-18.
- HUBER, Christopher** : “In re Cotton Yarn Antitrust Litigation”, *South Carolina Law Review*, C. 60, S. 5, Yaz 2009, ss. 1177-1190.
- HUYSAL, Burak** : *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2010.
- IŞIK, Fatih** : “Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi-Temsilci İçin Aranılan Özel Yetki”, *Tahkim Anlaşması* (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, ss. 213-233.
- IŞIK, Fatih** : *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015 (*Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*).
- IŞIK, Serpil** : *MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası*, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2022 (*İptal Davası*).
- İLHAN, Hüseyin Afşin** : *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2016.
- İNANÇ, Mehmet/AVCI, Fatih** : “İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 5, Haziran 2024, ss. 43-91.
- JAKSIC, Aleksandar** : “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings”, *Journal of International Arbitration*, C. 24, S. 2, Kluwer Law International, 2007, ss. 159-171.

- JÚDICE, José Miguel** : “DD, S.A.E. & EE, CO v. BB, S.A. & CC, S.A.”, Supreme Court of Justice of Portugal, Case No. 28/14.3TBOHP.C1.S1, 15.01.2019, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu** : Güven Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- KALPSÜZ, Turgut** : “Hakem Kararlarının Milliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (ed. ÖZKORKUT Korkut), C, 9, S. 3, Haziran 1978, ss. 601-633.
- KALPSÜZ, Turgut** : “Tahkim Anlaşması”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003, ss. 1027-1054 (*Tahkim*).
- KAPLAN, Neil** : “Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, Arbitration International, C. 12, S. 1, Mart 1996, ss. 27-45.
- KARRER, Pierre A.** : “The Law Applicable to The Arbitration Agreement A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel”, Singapore Academy of Law Journal, C. 26, Özel Sayı, 2014, ss. 849-873.
- KARSLI, Abdurrahim** : Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/RIGOZZI, Antonio** : International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, United Kingdom: Oxford University Press, Ekim 2015.
- KELEŞ GÜVEN, Ayşe Begüm** : “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Bağlamında Grup Şirketler Doktrininin Türk Ticaret Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, Haziran 2021, ss. 1127-1165.
- KESER BERBER, Leyla** : Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 1999.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2024 (*Borçlar*).

- KILIÇOĞLU, Evren** : Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2021.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (*Güven Nazariyesi*).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm adlı eser kapsamında hazırlanmıştır.), Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Baskı’dan 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2017.
- KORAL, Rabi** : “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, ss. 75-98.
- KORKMAZ, Cansu** : “Asıl Sözleşmeye İlişkin Şekil Şartının Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, Temmuz 2025, ss. 1049-1081.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak** : Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Tıpkı 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2025.
- LAHLOU, Yasmine/POPLINGER, Andrew/WALTERS, Gretta** : “Chapter 9: Substantive Barriers to Recognition and Enforcement of Foreign Awards under Article V (1) of New York and Panama Conventions”, Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York (eds. FRISCHKNECHT Andreas A./LAHLOU Yasmine/WALTERS Gretta L./POPLINGER Andrew/SADO Stephanie), Kluwer Law International, 2018, ss. 115-152.
- LALIVE, P./POUDRET, F./REYMOND, C.** : Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne, 1989.
- LAMM, Carolyn B./AQUA, Jocelyn A.** : “Defining the Party-Who is a Proper Party in an International Arbitration before the American Arbitration Association and Other International Institutions”, George Washington International Law Review, C. 34, S. 3, 2002–2003, ss. 711-742.

- LANDAU, Toby Thomas** : “The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral””, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series (London 2002), C.11, Kluwer Law International, 2003, ss. 19-81.
- LANDBRECHT, Johannes/WEHOWSKY, Andreas** : “Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its “Extension””, *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, Aralık 2017, ss. 837-859.
- LANDOLT, Phillip** : “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 5, Kluwer Law International, Ekim 2013, ss. 511-530.
- LEW, Julian D. M.** : “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, 1999, ss. 114-145.
- LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M.** : *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MAGLIANA Melissa/HOVAGUIMIAN Philippe** : “Dispensing with written consent -or consent altogether- in third-party extensions under the New York Convention: A critical examination of the recent Swiss and U.S. Supreme Court decisions in *B. Suisse* and *GE Energy*”, *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration* (eds. VERBRUGGEN Caroline/DRAYE Maarten), Wolters Kluwer 2020, C. 2020, S. 2, 2020, ss. 249-280.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando** : “Multiple Parties and Multiple-Contracts: Divergent and Comparable Issues?”, *Multiparty Arbitration* (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 7, Kluwer Law International, 2010, ss. 11-33.

- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto** : “Global Analysis of the Extension of the Arbitration Agreement to Non-signatories, and Proposed Model Norm and Guideline for Standard Use”, *International Arbitration: Quo Vadis?* (eds. BEAUMONT Ben/FOUCARD Alexis/BRODLIJA Fahira), Kluwer Law International, 2022, ss. 71-104.
- MAYER, Pierre** : “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories Under French Law”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press OcaK, 2009, ss. 189-199.
- MAYER, Pierre** : “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, Kasım 1999, ss. 261-267 (*The Limits of Severability*).
- MBAYE, Kéba** : “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ed. VAN DEN BERG Albert Jan), ICCA Congress Series No. 9 Paris 1998, Kluwer Law International, Kasım 1999, ss. 94-104.
- MEIER, Andrea** : “Multi-party Arbitrations”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (ed. ARROYO Manuel), B. 2, Kluwer Law International, 2018, ss. 2505-2525.
- MERZ, Hans** : *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Universitätsverlag, Freiburg, 1992.
- MEYNIEL, Alexandre** : “That Which Must Not Be Named: Rationalizing The Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine”, *The Arbitration Brief*, C. 3, S. 1, 2013, ss. 19-55.
- MEZA-SALAS, Marlon M.** : “Importance of the Law Applicable to the Arbitration Agreement in International Commercial Arbitration”, *The Arbitration Brief*, C. 7, S. 1, 2021, ss. 2-15.

- MILES, Wendy J./GOH, Nelson** : “Chapter 24: A Principled Approach Towards the Law Governing Arbitration Agreements”, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (eds. KAPLAN Neil/MOSER Michael J.), Kluwer Law International, 2018, ss. 385-394.
- MIRAMBELL FARGAS, Miquel** : “Case Note Choosing Spanish arbitration law to apply the group of companies doctrine”, Arbitration International, Oxford University Press, C. 39, S. 1, Mart 2023, ss. 95-108.
- MOSES, Margaret L.** : The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 1. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- MRÁZ, Michael** : “Extension of An Arbitration Agreement to Non-Signatories: Some Reflections on Swiss Judicial Practice”, Annals FLB-Belgrade Law Review, Year LVII, No. 3, 2009, ss. 54-63.
- NACIMIENTO, Patricia** : “Article V(1)(a)”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (eds. KRONKE Herbert/NACIMIENTO Patricia/OTTO Dirk/PORT Nicola Christine), Kluwer Law International, 2010, ss. 205-230.
- NARÇİN TOSUN, Zelal** : Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2009.
- NAZZINI, Renato** : “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles”, International and Comparative Law Quarterly, C. 65, S. 3, Temmuz 2016, ss. 681-703.
- NOMER, Ergin** : Devletler Hususi Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2021 (*Devletler Hususi Hukuku*).

- NOMER, Ergin** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve “Görev Belgesi”, Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, 2013, ss. 3-13 (*Görev Belgesi*).
- NOMER, Halûk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2024.
- NUYTS, Arnaud** : “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared, International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States”, Bruylant Bruxelles, 2005, ss. 157-197.
- OĞUZ, Arzu** : “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*)-Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, Ağustos 2001, ss. 11-52.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami** : Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 30. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2024.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Güncellenip Genişletilmiş 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ağustos 2024.
- OTAZU, Juan Marcos** : “The Law Applicable to Veil Piercing in International Arbitration”, McGill Journal of Dispute Resolution, Revue de règlement des différends de McGill, C. 5, S. 2, 2018-2019, ss. 30-59.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar** : “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, Aralık 2019, ss. 179-247.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S. 1-2, 2010, ss. 27-62.

- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, ss. 25-65 (*Dürüstlük Kuralı*).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha Yayıncılık, Ocak 2017, ss. 509-532 (*Yargıtay 15. Hukuk Dairesi*).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, XI, Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, ss. 37-82 (*İptal Sebepleri*).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice** : “Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, ss. 19-42 (*Uygulanacak Hukuk*).
- ÖZEL, Sibel** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 1, Mayıs 2017, ss. 303-323.
- ÖZEL, Sibel** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2024 (*Kanunlar İhtilafı*).
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif** : Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2024.
- ÖZKAN, Işıl** : “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law, C. 40, S. 2, İstanbul, 2020, ss. 831-856.

- ÖZMUMCU, Seda** : “The Principle of Separability and Competence-Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 45, S. 62, 2013, ss. 263-276.
- PARK, William W.** : “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press, Ocak 2009, ss. 3-34.
- PATHAK, Harshad** : “India’s Tryst with Non-Signatories to an Arbitration Agreement in Composite Economic Transactions”, *ASA Bulletin*, C. 36, S. 3, Eylül 2018, ss. 597-614.
- PAVIC, Vladimir** : “Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction”, *Resolving International Conflicts-Liber Amicorum Tibor Varady* (eds. HAY Peter/VÉKÁS Lajos/ELKANA Yehuda/DIMITRIJEVIC Nenad), Central European University Press, 2009, ss. 213-229.
- PEARSON, Sabrina** : “Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement”, *Arbitration International*, C. 29, S.1, Mart 2013, ss. 115-126.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet** : *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2024.
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali** : *Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku*, 16. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2025.
- PETROCHILLOS, Georgios** : “Chapter 6. Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatory States or State Entities: Does it Raise a Difference?”, *Multiparty Arbitration* (eds. HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 7, Kluwer Law International, 2010, ss. 119-130.
- PHUA Myron/CHAN Matthew** : “Persistent Questions After *Enka v Chubb*”, *Law Quarterly Review*, C. 137, Nisan 2021, www.twentyessex.com, ss. 216-221.

- PINSOLLE, Philippe** : “Chapter 12: A French View on The Application of The Arbitration Agreement to Non-Signatories”, *The Evolution and Future of International Arbitration* (eds. BREKOULAKIS Stavros L./LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), *International Arbitration Law Library*, C. 37, Kluwer Law International, 2016, ss. 209-218.
- PONGRACZ, Irina Adriana** : “The “Group of Companies” Doctrine-Between Myth and Reality”, *Romanian Arbitration Journal/Revista Romana de Arbitraj*, C. 5, S. 2, Nisan-Haziran 2011, ss. 1-10.
- POSTACIOĞLU, İlhan** : *Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Aralık 2020.*
- POUDRET, Jean-François/BESSON, Sébastien** : *Comparative Law of International Arbitration*, (Çeviren: BERTİ Stephen V./PONTİ Annette), 2. Baskı, London, Sweet&Maxwell, 2007.
- PRIMROSE, Blake** : “Separability and Stage one of the Sulamérica inquiry”, *Arbitration International*, Oxford University Press, C. 33, S. 1, Mart 2017, ss. 139–151.
- PULAŞLI, Hasan** : *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2024.
- RAU, Alan Scott** : ““Consent” to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-Signatories”, *Multiple Party Actions in International Arbitration* (ed. Permanent Court of Arbitration), New York: Oxford University Press, Ocak 2009, ss. 69-147.
- ROSENBERG, George** : “State as a Party to Arbitration”, *Arbitration International*, Oxford University Press, C. 20, S. 4, Aralık 2004, ss. 387-410.
- SAKMAR, Atâ** : *Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- SAMAL, Adyasha** : “Extending Arbitration Agreements to Non-Signatories: A Defence of the Group of Companies Doctrine”, *The King’s Student Law Review*, C. 11, S. 1, 2020, ss. 73-97.

- SAMUEL, Adam:** : “Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which it is Contained?”, *Journal of International Arbitration*, C. 3, S. 3, Kluwer Law International, 1986, ss. 95-109.
- SANDERS Pieter** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1983, C. VIII, 1983.
- SANDROCK, Otto** : “Arbitration Agreements and Group of Companies”, *The International Lawyer*, C. 27, S. 4, 1993, ss. 941-961.
- SARIKAYA, Murat** : Sözleşmenin Yorumu, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Aralık 2019.
- SARIKAYA, Sinan** : “Türk Ticaret Kanunu’nda Öngörülen Birleşme Davalarında Tahkim”, *Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 2* (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2021, ss. 69-96 (*Birleşme Davaları*).
- SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek** : “Deniz Yoluyla Taşımalarda Yük Sigortalarına Uygulanacak Hukuk ve Sigorta Sözleşmesinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Sigortalı Açısından Bağlayıcılığı Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Ocak 2024, ss. 133-167.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek** : AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2018 (*Adil Yargılanma Hakkı*).
- SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek** : “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler”, *Tahkim Anlaşması* (eds. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice/BALKAR Süheylâ), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, ss. 185-212 (*Usul Hukuku Sorunları*).

- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek** : “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, ss. 2015-2058 (*Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması*).
- SARISÖZEN, M. Serhat** : Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, Mart 2005.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.** : Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler Birinci Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.
- SCHLOSSER, Karin A.** : “Arbitration Clauses in Maritime Contracts and their Binding Effect on Groups of Companies”, Journal of International Arbitration, C. 11, S. 4, Aralık 1994, ss. 127-134.
- SCHRAMM, Dorothee/GEISINGER, Elliott/PINSOLLE, Philippe** : “Article II”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (eds. KRONKE Herbert/NACIMIENTO Patricia/OTTO Dirk/PORT Nicola Christine), Kluwer Law International, 2010, ss. 37-114.
- SEROZAN, Rona** : Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: ENGİN B. İlkey/M. ATAMER Yeşim), Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2022.
- SILACI KORKMAZ, Melis** : “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Galatasaray Liseli Hukukçuların Cumhuriyetin 100. Yılına Armağanı (eds. HELVACI Mehmet/DEVELİOĞLU H. Murat/ MAKARACI BAŞAK Aslı/YILDIZ Ozan Ali/BAYRAK Tolga/DEMİR Zeynep Rana), Onikilevha Yayıncılık, Aralık 2023, ss. 196-216.
- SILACI KORKMAZ, Melis** : New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2020 (*Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*).

- SILVA-ROMERO, Eduardo** : MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler, (Çeviren: ESEN Emre), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 27, S. 1-2, 2007, ss. 113-156.
- SINCLAIR, Anthony C.** : “Chapter 13: The Assignment of Arbitration Agreements”, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention Practice (eds. GAILLARD Emmanuel/PIETRO D. Di), Cameron May International Law & Policy, 2008, ss. 381-413.
- SİNGH, Aditya** : “*Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another*”, Supreme Court of India, Arbitration Petition (Civil) No. 38 of 2020, 06.12.2023, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International (*Cox and Kings Ltd. v. SAP India Pvt. Ltd. & Another*).
- SPOORENBERG, Frank/FELLRATH, Isabelle** : “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, 2012, ss. 241-249.
- STEFANO, Carlode** : “Arbitrating with States and State-Owned Enterprises: Extension of the Scope of the Arbitration Agreement and Enforcement of Awards on State Assets”, (ed. ZIADÉ Nassib G.) BCDR International Arbitration Review, 2022, ss. 271-300.
- STUCKI, Blaise/WITTMER, Schellenberg** : “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, ASA Below 40 – Conference of September 29, Geneva, 2006, ss. 1-9.
- SVOBODOVÁ, Klára** : “Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration”, 2010, ss. 108-121, Erişilen Site: https://dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/áll_és_jog_alap_értékei_2010/2.%20köt/klára.pdf.
- ŞAHİN, Eda/ÇELT, Damla Özden** : “Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımı”, Legal Hukuk Dergisi C. 17, S. 194, Şubat 2019, ss. 697-742.
- ŞANLI, Cemal** : Hukuki Mütalaalarım, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2016.

- 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”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, ss. 773-790 (*Konişmento*).
- ŞANLI, Cemal** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1986 (*Esasa Uygulanacak Hukuk*).
- ŞANLI, Cemal** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2023 (*Uluslararası Ticari Akitler*).
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci,** : Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2024.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre** : “Chapter 8: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Arbitration in Turkey (eds. YEŞİLİRMAK Ali/ESİN İsmail G.), Kluwer Law International, 2015, ss. 211-240.
- ŞİT, Banu** : Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, Şubat 2005.
- ŞİT, Banu** : “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 25-26, S. 1-2, 2005-2006, ss. 411-436.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu** : “İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Tahkim Anlaşmasının Ana ya da Bağlı Şirkete Teşmili: Hukukî İlişkinin Ekonomik Gerçekliği ve İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (ed. ÖZKORKUT Korkut), C. 39, S. 1, Mart 2023, ss. 35-63 (*İrade Temelinden Ayrılma Eğilimi*).

- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu** : “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, ss.1-30 (*Tenfiz*).
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu** : “Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin, C. 44, S. 2, 2024, ss. 517–551 (*Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk*).
- TAN, Turgut,** : “İdare Hukuku ve Tahkim”, Amme İdare Dergisi, C. 32, S. 3, Eylül 1999, ss. 3-23.
- TANRIKULU, Mehmet Ali** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Tanıma ve Tenfize Direnme Hakkının Bir Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2025.
- TANRIVER, Süha** : Medeni Usul Hukuku, C. II, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Mart 2025.
- TAŞATAN, Caner** : Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2021.
- TAŞKIN, Zeynep Damla** : Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2020.
- TEKİN, Selin Ece** : Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Aralık 2020.
- TEKİNAY, Selahattin** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, **Sulhi/AKMAN,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş **Sermet/BURCUOĞLU,** 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993. **Haluk/ALTOP, Atilla**
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ,** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, **Pascal/DEVELİOĞLU, H. H.** Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2020. **Murat**

- TİRYAKİOĞLU, Bilgin** : “Çok Taraflı Tahkim”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri, (27 Aralık 2014), ICC Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, Ankara, 2014, ss. 101-111.
- TOK, Ozan** : “Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi”, Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, ss. 57-75.
- TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat** : “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Haziran 2011, ss. 1-31.
- TÖRE, Nazlı** : Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2019.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler, Dördüncü Baskı, 1969.
- ULUSU, Ayşe Elif** : “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-4 (eds. AKINCI Ziya/DEMİRKOL Berk), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2021, ss. 31-65.
- UMAR, Bilge** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2014.
- ÜÇÜNCÜ, S. Hilal** : Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2019.
- ÜLGENER, M. Fehmi** : Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi, Der Kitabevi, 2000.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2013, C. XXXVIII, 2013.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1997, C. XXII, 1997.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1996, C. XXI, 1996.

- VAN DEN BERG, Albert Jan** : ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1994, C. XIX, 1994.
- VAN DEN BERG, Albert Jan** : The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981 (NYC).
- VON SEGESSER, Georg** : “BGer – 4A_124/2020”, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 4A_124/2020, 13.11.2020, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.
- VON TUHR, Andreas** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, (Çeviren: EDEGE Cevat), Olgaç Matbaası, Ankara, 1985.
- VOSER, Nathalie** : “Chapter 9: The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”, The Evolution and Future of International Arbitration (eds. BREKOULAKIS Stavros/LEW Julian D.M./MISTELIS Loukas A.), International Arbitration Law Library, C. 37, Kluwer Law International, 2016, ss. 161-182.
- WAINCYMER, Jeffrey Maurice** : Procedure and Evidence in International Arbitration, 1. Baskı, Alphen aan den Rijn Netherlands, Kluwer Law International, 2012.
- WILSKE, Stephan/FOX, Todd. J.** : Article II, New York Convention Article- by-Article Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019 (*Article II*).
- WILSKE, Stephan/FOX, Todd. J.** : Article V, New York Convention Article- by-Article Commentary (ed. WOLFF Reinmar), 2. Bası, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019 (*Article V*).
- WOLFF, Reinmar** : Article II, New York Convention Article-by-Article Commentary, 2. Baskı, Münih: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2019 (*Article II*).
- WOOLHOUSE, Sarita Patil** : “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, Arbitration International, C. 20, S. 4, 2004, ss. 435-443.

- YASAN TEPETAŞ, Candan** : “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Yaklaşımlar ve Türk Hukukundaki Etkileri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 40, S. 2, Haziran 2024, ss. 277-305.
- YAVUZ, Cevdet** : “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 14 Şubat 2009, ss. 133-177.
- YENER KESKİN, Cansu** : Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2023.
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, ss. 83-164.
- YEŞİLOVA, Bilgehan** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, Ocak 2008 (*Nihai Karar*).
- YILDIRIM DEVELİOĞLU, Burçin** : “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Kapsamda İradenin Tespiti”, Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1 (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, ss. 315-326.
- YILDIZ, Hayrettin** : “Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 111, 2014, ss. 279-296.
- YILMAZ, Gizem** : Milletlerarası İnşaat Tahkiminde Tarafların ve Sözleşmelerin Çokluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2025.
- YİĞİT, Begüm** : “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories in International Commercial Arbitration”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, C. 49, S. 66, 2017, ss. 55-90.

- YOUSSEF, Karim A.** : “Chapter 4: The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies”, *Multiparty Arbitration* (eds, HANOTIAU Bernard/SCHWARTZ Eric), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 7, Kluwer Law International, 2010, ss. 71-109.
- YÖNEY, CAN,** : “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi C. 1* (eds. ERKAN Mustafa/YASAN TEPETAŞ Candan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2020, ss. 3-31.
- ZELLER, Bruno/ANDERSEN, Camilla Baasch** : “Good Faith- The Gordian Knot Of International Commerce”, *Pace International Law Review*, C. 28, S. 1, Bahar 2016, ss. 1-28.
- ZORLU, Süleyman Yasir** : “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka “Geçerlilik Yaklaşımı””, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (eds. ÖZEL Sibel/ERKAN Mustafa), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 239-258.
- ZUBERBÜHLER, Tobias** : “Non Signatories and the Consensus to Arbitrate”, *ASA Bulletin*, C. 26, S. 1, Kluwer Law International, 2008, ss. 18-34.

DIĞER ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill*, Law Com No 413, HC 1787, 05.09.2023, ss. 134-147 (*Law Commission Final Report*).

UNCITRAL Secretariat, *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 2016.

* Tüm çevrimiçi kaynaklara son erişim tarihi 10.11.2025’tir.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Yağmur KAYIKLIK
Tez Başlığı : Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmalarının
Kurulmasında Zımni İrade
Savunma Tarihi : 11/09/2025
Danışman : Prof. Dr. Süheylâ BALKAR

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI

İmza

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Prof. Dr. Süheylâ BALKAR
Dr. Öğretim Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK
(Unvan, Ad-SOYADI)
Enstitü Müdürü Vekili