

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

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİ
ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE
TEŞMİLİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hande BİNGÖL

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Berk DEMİRKOL

HAZİRAN, 2023

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili” başlıklı bu çalışma Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında bir yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Bu çalışmanın her aşamasında değerli görüşleriyle beni yönlendiren ve destekleyen, tüm çalışmamı büyük bir titizlikle inceleyen danışman Hocam Doç. Dr. Berk Demirkol’a saygı ve şükranlarımı sunarım.

Tezimi yazma sürecimde beni her daim destekleyen ve yüreklendiren, bu zorlu süreci en hafif şekilde atlatmamı sağlayan, başta Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel ve Prof. Dr. B. Bahadır Erdem olmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı’ndaki tüm Hocalarıma müteşekkirim.

Bu vesileyle tez yazma sürecimde iş yükümü paylaşp destekleriyle her zaman beni motive eden sevgili kürsü arkadaşlarım Emre Külüşlü’ye, Ahmet Tokat’a, Duygu Ercan’a, Ahmet Kaan Yılseli’ye, Elif Yüksek’e, Betül Kaya’ya ve Kerem Kart’a fedakarlıkları için teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, hayattaki en büyük destekçilerim olan babam Oktay Bingöl ve Annem Birgül Bingöl’e varlıklarıyla bana daima güç verdikleri için sonsuz sevgi ve minnetlerimi sunuyor, canım kedim Ada’ya her zaman yanımda olarak bu sıkıntılı süreci mümkün olduğu kadar kolaylaştırdığı için teşekkür ediyorum.

Hande Bingöl

İstanbul, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	xiii
ÖZET.....	xviii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNE BAKIŞ.....	4
I. Tahkim Anlaşması	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Tahkim Anlaşmasının Nisbiliği İlkesi.....	6
C. Tahkim Anlaşmasının Yazılı Olarak Akdedilmesi Kuralı	9
II. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Kullanılan Terminolojinin Netleştirilmesi	14
III. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Kullanılan Teoriler 17	
İKİNCİ BÖLÜM: TAHKİM ANLAŞMASININ TEŞMİLİNE UYGULANACAK KURALLARIN BELİRLENMESİ	25
I. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Vasıflandırılması.....	25
II. Geleneksel Yaklaşım	27
A. Genel Olarak.....	27
B. Tahkim Anlaşmasının Teşmiline Karar Verecek Mercinin Uygulanacak Hukuk Bakımından Önemi	29
C. Değerlendirmemiz	34
III. Diğer Yaklaşımlar	35
A. Zımni İrade Teorisi	35
B. Dürüstlük Kuralı	40
C. Tahkim Anlaşmasının Milli Hukuklardan Bağımsız Olması Gerektiği Yaklaşımı	41

D. Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeye Bağlı Olarak Hak ve Borç Geçişini Takip Edeceği Görüşü	45
E. Değerlendirmemiz	49
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN ŞİRKETLER HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ	52
I. Genel Olarak Grup Şirketler	52
II. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Grup Şirketler Doktrininin Ortaya Çıkışı.....	54
III. Gruba Dahil Şirketlerin Birbirlerinin Akdettiği Sözleşmelerden Sorumlu Olup Olmadığının İncelenmesi.....	56
A. Şirketlerin Ayrı ve Bağımsız Tüzelkişiliği Olması İlkesi	56
B. Hâkimiyetin Sorumluluğa Etkisi Bakımından	58
C. Güvenden Doğan Sorumluluk Bakımından	60
D. Diğer Sorumluluk Kaynakları	62
IV. Değerlendirmemiz	65
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: MAHKEME VE HAKEM KARARLARINDA GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN UYGULANMASI.....	67
I. Üçüncü Kişinin Tahkimde Davacı veya Davalı Konumda Olmasının Karşılaştırılması	67
II. Hakem ve Mahkeme Kararlarına Göre Grup Şirketler Doktrininin Uygulama Şartları	71
A. Sıkı Bir Grup Yapısının Varlığı	72
B. Tahkim Anlaşmasına Şeklen Taraf Olmayan Şirketin Esas Sözleşmenin Müzakeresi, İfası veya Sona Ermesindeki Aktif Rolü	73
C. Tarafların Ortak Tahkime Gitme İradesi.....	78
D. Değerlendirmemiz	82
III. Grup Şirketler Doktrinine Yaklaşımlar	84
A. Doktrinde	84
B. Milli Hukuklarda.....	86
IV. Grup Şirketler Doktrininin Benzer Teorilerle Karşılaştırılması.....	92
A. Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi	92
B. Estoppel Teorisi	95
C. Teorilerin Örtüşmesi	96

BEŞİNCİ BÖLÜM: HAKEM KARARININ GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNE DAYANARAK VERİLDİĞİ DURUMLARDA KARARA KARŞI İLERİ SÜRÜLEN İPTAL VE TANIMA/TENFİZİN REDDİ SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ	98
I. Tanıma/Tenfiz Davasında	98
A. Genel Olarak.....	98
B. New York Konvansiyonu m.VII'deki "Daha Lehe Hüküm" Kuralının Etkisi	100
II. Hakem Kararının İptali Davasında.....	101
III. Hakem Kararının İptali veya Tanıma/Tenfizi Davasında İleri Sürülebilecek Sebepler	102
A. Yazılı Bir Tahkim Anlaşmasının Bulunmadığının İleri Sürülmesi	103
B. Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Bulunmadığının İleri Sürülmesi..	104
C. Kararın Hakemlerin Yetkileri İçinde Verilmediğinin İleri Sürülmesi	107
D. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olduğunun İleri Sürülmesi.....	109
E. Gizlilik İlkesinin İhlal Edildiğinin İleri Sürülmesi.....	112
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	120
ÖZGEÇMİŞ.....	143

KISALTMALAR

ASA	: Swiss Arbitration Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
B.	: bası
BGE	: Bundesgerichtsentscheid
BGH	: Bundesgerichtshof
E.	: esas
ed.	: editör
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
GÜHFD:	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Congress and Convention Association
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İKİD:	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD:	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: karar
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF-HAD:	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	: Number
para.	: paragraf
PPIL	: Public and Private International Law Bulletin
RG	: Resmî Gazete
S.	: sayı
s.	: sayfa
SFT:	: Swiss Federal Tribunal
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: tarih
TSY:	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UKSC:	: United Kingdom Supreme Court
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law

v. : versus
Vol. : Volume
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi



RÉSUMÉ

Cette étude porte sur l'extension des conventions d'arbitrage à des tiers conformément à la doctrine du groupement de sociétés dans l'arbitrage commercial international. Les arbitres tirent leur compétence de la convention d'arbitrage entre les parties. Par conséquent, la convention d'arbitrage est une "condition sine qua non" pour se référer à l'arbitrage. Étant donné qu'en vertu du principe de la confidentialité des contrats, la convention d'arbitrage ne lie que les parties à celle-ci, ceux qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage ne peuvent pas soumettre leurs différends à l'arbitrage et ils ne peuvent être tenus de soumettre à l'arbitrage tout différend. Cependant, pour certaines raisons découlant du droit matériel, les personnes qui ne sont pas formellement parties à la convention d'arbitrage peuvent également devoir être liées par cette convention. Dans les cas où l'accord principal contenant la clause compromissoire ou les droits et obligations découlant de cet accord sont transférés volontairement ou involontairement, l'accord principal est un accord au profit d'un tiers, ou l'acceptation de tiers en tant que partie à l'accord principal conformément au principe de bonne foi, il est possible que ces personnes soient liées par la convention d'arbitrage qui règle le mode de résolution des litiges nés de ladite relation juridique. De tels cas, dans lesquels le tiers est lié par la convention d'arbitrage, constituent les exceptions au principe du caractère privé de la convention d'arbitrage.

Avec le développement et la complexité croissante du commerce international, les entreprises multinationales, en particulier, ont commencé à inclure différents acteurs à différentes étapes des projets et contrats commerciaux. Les entreprises qui concluent un contrat et participent à la négociation ou à l'exécution d'un contrat ne sont souvent pas les mêmes pour des raisons financières, fiscales et commerciales. Par conséquent, lorsqu'un différend naît de l'accord dans lequel la clause compromissoire est incluse, le problème se pose de savoir si les entreprises qui ne sont pas formellement parties à cet accord seront liées par la clause compromissoire. S'il est admis que ces sociétés peuvent recourir à l'arbitrage ou qu'elles peuvent être contraintes à l'arbitrage, la convention d'arbitrage sera prorogée. Dans cette étude, les conditions et conditions dans lesquelles l'extension de la convention d'arbitrage à d'autres sociétés du groupe de sociétés est possible sont essentiellement examinées en cinq sections à la lumière des sentences arbitrales et des décisions de justice.

Dans la première partie de l'étude, après avoir évoqué les caractéristiques générales de la convention d'arbitrage, il est examiné si le principe de confidentialité de la convention d'arbitrage et la condition que la convention d'arbitrage soit conclue par écrit constituent un obstacle à l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers. Le fait que la convention d'arbitrage ne crée ses effets et conséquences qu'entre les parties à cette convention entraîne des discussions sur la possibilité d'inclure des tiers dans le champ de cette convention. Il convient de noter que, tout comme les autres contrats, il convient d'admettre qu'il peut y avoir des exceptions au principe de confidentialité de la convention d'arbitrage. En effet, l'extension de la convention d'arbitrage examine les exceptions au principe de confidentialité. Dans les conventions internationales et les lois nationales sur l'arbitrage, il est prévu que la convention d'arbitrage sera conclue

par écrit. Dans les cas où l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers est discutée, il existe des opinions selon lesquelles le tiers n'est pas formellement partie à cet accord peut empêcher l'extension. Cependant, étant donné que l'extension de la convention d'arbitrage concerne des tiers qui ne sont pas formellement parties à cette convention, il est tout à fait naturel que ces parties ne soient pas formellement parties à une convention d'arbitrage écrite. Parce que si ces personnes étaient parties à une convention d'arbitrage écrite, il n'y aurait de toute façon pas besoin de discuter de la prolongation de la convention d'arbitrage. Pour cette raison, il a été soutenu que l'extension de la convention d'arbitrage et la condition écrite s'excluent mutuellement.

Dans la première partie de l'étude, les termes "non-signataires", "tiers" et "extension", qui sont utilisés dans l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers, sont examinés à la lumière des critiques qui leur sont adressées. La signature de la convention d'arbitrage n'est qu'un des moyens de devenir partie à la convention d'arbitrage, et la signature de la convention d'arbitrage n'indique pas toujours que le signataire est devenu partie à la convention. Pour cette raison, le terme "non-signataire de la convention d'arbitrage" peut donner l'impression que le simple manque de signature peut entraîner la nullité de la convention d'arbitrage. D'autre part, bien que le terme "tiers" ne décrive souvent pas adéquatement les personnes qui sont en contact étroit avec l'accord principal dans lequel la clause compromissoire est incluse, il est jugé approprié dans notre étude de faire les explications en utilisant ce terme. Bien que le terme «extension» de la convention d'arbitrage puisse donner l'impression que la portée de la convention d'arbitrage a été élargie, c'est en fait la détermination des véritables parties à la convention d'arbitrage, qui est réalisée avec l'extension.

Les théories utilisées dans l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers sont expliquées en termes généraux dans la première partie de notre étude, et il a été déterminé qu'il n'y a pas d'uniformité dans les noms et la classification de ces théories. Au regard du droit comparé, si la prorogation de la convention d'arbitrage est généralement admise dans les cas liés à la cession du contrat ou des droits et obligations découlant de ce contrat (cession du contrat, cession de créance, prise en charge etc.), il existe différentes approches dans les législations et doctrines nationales en termes de percement du voile corporatif, d'estoppel et de doctrine du groupe de sociétés. Lors de l'évaluation des sentences arbitrales et des décisions de justice, deux approches différentes, que l'on peut qualifier de conservatrice et de libérale, se distinguent quant à l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers. Considérant les prétentions ressenties par les auteurs qui prônent l'approche conservatrice, à savoir que la volonté d'arbitrage doit être exprimée clairement et sans hésitation, ainsi que l'extension doit être autorisée dans des cas extrêmement exceptionnels puisque l'arbitrage signifie une renonciation à la compétence de la juridictions étatiques, il a été évalué s'il était possible de prolonger la convention d'arbitrage.

Dans la deuxième partie de l'étude, les lois ou règles applicables lors de la décision sur la question de l'extension sont examinées. À cet égard, il est d'une grande importance de qualifier juridiquement l'extension des conventions d'arbitrage. La raison en est que la qualification de l'extension comme une question de fond ou de procédure peut modifier l'approche concernant le droit applicable. Après être arrivé à la conclusion que la question de l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers est une question de fond, les approches concernant le droit applicable à l'extension de la convention d'arbitrage ont été examinées. L'approche généralement observée dans les

décisions de justice s'écarte de l'idée que l'extension doit être soumise à une loi nationale. Dans cette partie de notre étude, différents points de vue dans l'approche traditionnelle ont été discutés en prenant en considération à quel stade de la procédure la question de la loi applicable est soulevée et si le tribunal arbitral ou les tribunaux nationaux trancheront sur la question. Une autre approche préconise que la question de l'extension de la convention d'arbitrage soit réglée selon le consentement implicite des parties. Lors de l'examen de cette approche, il a été discuté de la question de savoir si un consentement distinct et spécial pour la convention d'arbitrage est requis et si les comportements dirigés contre l'accord principal ont un effet sur le consentement à la convention d'arbitrage. Une autre approche préconise que toutes les théories d'extension sont basées sur la règle de bonne foi. En dehors de ces approches, «une approche nationale» qui accepte que la convention d'arbitrage soit indépendante à la fois de l'accord principal et de l'ensemble des lois nationales est particulièrement visible dans les décisions de justice et les sentences arbitrales françaises et se concentre sur le consentement mutuel des parties et l'usage commercial international. Dans la deuxième partie, enfin, l'opinion selon laquelle la convention d'arbitrage suivra le transfert des droits et obligations conformément à l'accord principal est examinée et il a été souligné que la base de cette opinion est l'acceptation que la clause compromissoire est une clause de survie. En outre, il a été évalué si ce point de vue est compatible avec le principe de séparabilité à la lumière de l'objectif de ce principe.

Après être arrivé à la conclusion que la convention d'arbitrage devait suivre le transfert des droits et obligations en vertu de la convention principale, dans la troisième partie de l'étude, les groupes de sociétés ont été examinés au regard du droit des sociétés. Afin de décider s'il convient d'étendre la convention d'arbitrage conformément à la doctrine du groupe de sociétés, il est nécessaire d'enquêter sur la relation principale dans le cadre de l'extension supposée. Dans ce contexte, dans la troisième partie, les raisons de la restructuration en groupe de sociétés, les caractéristiques générales du groupe de sociétés et l'émergence de la doctrine des sociétés de groupe en droit de l'arbitrage sont discutées.

Les sociétés des groupes de sociétés sont regroupées sous la domination d'une seule société, tout en conservant leur indépendance juridique. Le principe selon lequel les sociétés ont des entités juridiques distinctes et indépendantes se traduit par le fait que les sociétés du groupe ne sont pas responsables des actions et des transactions des autres. Cependant, il ne faut pas ignorer que les sociétés du groupe sont gérées selon les instructions de la société de contrôle et en tenant compte de l'intérêt du groupe. Pour cette raison, des dispositions particulières ont été introduites dans les législations nationales pour la protection de la filiale et des créanciers de cette société. Dans le troisième chapitre, il a été examiné si les règles juridiques de fond concernant le groupe de sociétés auront pour effet de lier la société au contrat conclu par une autre société du groupe. Lors de ces examens, l'utilisation illégale de la position dominante par la société contrôlante, les dommages causés à la filiale du fait des instructions de la société contrôlante et la responsabilité de la société contrôlante découlant de la fiducie ont été discutés, et il a été déterminé que la société contrôlante est soumise à l'obligation d'indemnisation. Dans la suite de la troisième partie, outre les règles particulières relatives au groupe de sociétés, les doctrines de l'autorité apparente, de la représentation en apparence et de l'estoppel, qui sont des constructions juridiques fondées sur la bonne foi, ont été examinées. Dans des cas limités, il a été souligné que la société contrôlante ou filiale qui n'est pas une partie formelle, peut être liée par l'accord principal ou les droits ou obligations découlant de cet accord en vertu de l'une

de ces théories. Conformément à l'idée que la convention d'arbitrage suivra les droits et obligations découlant de la relation principale, il a été admis que dans les cas où la société contrôlante ou filiale a une responsabilité juridique substantielle, elle devrait également être liée par la convention d'arbitrage.

Dans la quatrième partie de l'étude, premièrement, la question de savoir si la personne à qui la convention d'arbitrage est étendue sera un demandeur ou un défendeur dans l'arbitrage fera une différence a été examinée. Selon un point de vue, des conditions plus strictes devraient être remplies pour l'extension lorsque le tiers est contraint à l'arbitrage (en d'autres termes, lorsque le défendeur n'a aucune volonté d'arbitrer de quelque manière que ce soit) par rapport au cas où le tiers recourt volontairement à l'arbitrage. Car dans le premier cas, la personne est contrainte à l'arbitrage contre son consentement. D'autre part, l'autre point de vue soutient que le fait que le tiers soit le demandeur ou le défendeur dans l'arbitrage ne fait pas de différence en termes d'extension de la convention d'arbitrage, puisque l'importance accordée au consentement de la personne qui est déjà partie à la convention d'arbitrage ne doit pas être moindre que l'importance accordée au consentement du tiers. Conformément à l'opinion selon laquelle le consentement arbitral du tiers ne joue pas un rôle décisif dans l'extension de la convention d'arbitrage, il a été conclu que la position du tiers en tant que demandeur ou défendeur dans cette discussion ne fait aucune différence en termes d'extension. En outre, dans cette partie de l'étude, les décisions de justice et les sentences arbitrales concernant la doctrine des sociétés du groupe ont été examinées et les conditions de la doctrine des sociétés du groupe ont été déterminées à la lumière de ces décisions. La doctrine du groupe de sociétés, qui avait commencé à se faire connaître après la célèbre décision *Dow Chemical* de 1982, repose sur le fait que le membre du groupe de sociétés participant à la négociation, à l'exécution ou à la résiliation de l'accord dans lequel la convention d'arbitrage est incluse, est lié par la convention d'arbitrage, bien qu'il ne soit pas formellement partie à la convention d'arbitrage. La première condition repérée dans les décisions de justice et les sentences arbitrales est que les sociétés qui constituent le groupe de sociétés doivent avoir des liens financiers et organisationnels solides. Par conséquent, le simple fait que la société contrôlante possède la plupart des actions de la filiale n'indiquera pas, en soi, une présence étroite du groupe. La condition la plus soulignée dans les décisions de justice et les sentences arbitrales est la participation active de l'entreprise, qui n'est pas formellement partie à la convention d'arbitrage, à la négociation, à l'exécution ou à la résiliation de l'accord principal. La dernière condition est que les parties au contrat et la tierce société mère ou filiale aient manifesté leur volonté d'être liées par la convention d'arbitrage. Après examen des conditions, l'approche adoptée dans les décisions discutées dans la quatrième section et surtout l'importance particulière accordée au "consentement à l'arbitrage" ont été critiquées, et il a été conclu que la convention d'arbitrage est une disposition du contrat et donc une déclaration spéciale et séparée de consentement arbitral n'est pas requise pour la formation de la convention d'arbitrage.

Dans la quatrième partie, les approches de la doctrine des sociétés de groupe ont également été abordées. Les auteurs qui soutiennent qu'il n'y a pas besoin de la doctrine des sociétés du groupe pour l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers, soutiennent que les principes tels que le consentement implicite et la règle de bonne foi qui existent déjà dans le droit des obligations peuvent être appliqués à l'extension de la convention d'arbitrage au sein du groupe de sociétés. Cependant, rares sont les auteurs qui ne considèrent pas la doctrine des sociétés du groupe comme redondante,

soulignant qu'elle attire l'attention sur des modèles de faits et des comportements spécifiques. En outre, il a été examiné si la doctrine du groupe de sociétés est acceptée dans les législations nationales. Il a été constaté que la doctrine des sociétés de groupe n'est pas généralement admise sauf pour le droit français et les systèmes juridiques sous influence de droit français, et il a même été révélé que cette doctrine n'est pas aussi vigoureusement défendue et acceptée qu'auparavant dans les décisions actuelles en Droit français. Enfin, dans cette partie de l'étude, la doctrine du groupe de sociétés a été comparée aux doctrines du voile corporatif et de l'estoppel, et il a été conclu que de nombreuses théories appliquées dans l'extension de la convention d'arbitrage pourraient trouver une application en même temps dans un seul événement.

Dans la dernière partie de l'étude, l'examen d'une sentence arbitrale rendue sur la base de la doctrine des sociétés du groupe par les tribunaux en cas d'annulation ou de reconnaissance/exécution de la sentence arbitrale a été abordé. Il est possible qu'une sentence arbitrale fondée sur la doctrine des sociétés du groupe fasse l'objet d'un recours en annulation par la partie contre laquelle la décision a été rendue, ou que l'action en reconnaissance/exécution soit rejetée par cette partie. Dans les décisions examinées dans cette étude, les motifs de contestation sont; l'absence de convention d'arbitrage écrite, l'absence de convention d'arbitrage valable, le fait que les arbitres ont outrepassé leurs pouvoirs ou que la décision est contraire à l'ordre public. Il convient de noter que la simple extension de la convention d'arbitrage à une société qui n'est pas partie à cette convention ne devrait pas être suffisante pour l'annulation ou le refus de reconnaissance/exécution de la sentence arbitrale. La raison en est que, si la convention d'arbitrage est étendue au tiers, les arbitres acceptent qu'il existe une convention d'arbitrage valable pour le tiers et ont donc autorité sur la personne. Cependant, dans les cas examinés dans cette étude, il a été déterminé que les tribunaux ont décidé d'annuler la sentence ou de rejeter l'affaire de reconnaissance/exécution sans évaluer de manière approfondie la dimension juridique matérielle de l'affaire.

ABSTRACT

This study focuses on extension of arbitration agreements to third parties pursuant to group of companies doctrine in international commercial arbitration. Arbitrators derive their jurisdiction from arbitration agreement between the parties. Hence, arbitration agreement is a “*conditio sine qua non*” for referring to arbitration. Since pursuant to the principle of privity of contracts arbitration agreement is only binding for the parties to it, those who are not parties to the arbitration agreement cannot refer their disputes to arbitration and they cannot be required to submit to arbitration any dispute. However, for some reasons arising from substantive law, persons who are not formally a party to the arbitration agreement may also need to be bound by this agreement. In instances where the main agreement containing the arbitration clause or the rights and obligations arising from this agreement are transferred voluntarily or involuntarily, the main agreement is an agreement for the benefit of a third party, or the acceptance of third parties as a party to the main agreement in accordance with the principle of good faith, it may be possible for these persons to be bound by the arbitration agreement that regulates the resolution method of disputes arising from the said legal relationship. Such cases, in which the third party is bound by the arbitration agreement, constitute the exceptions to the principle of privity of the arbitration agreement.

With the development and increasing complexity of international trade, especially multinational companies have started to include different actors in different stages of commercial projects and contracts. Companies that enter into a contract and participate in the negotiation or performance of a contract are often not the same for financial, tax and commercial reasons. As a result of this, when a dispute arises from the agreement in which the arbitration clause is included, the problem arises whether companies that are not formally a party to this agreement will be bound by the arbitration clause. If it is accepted that these companies can refer to arbitration or that they can be forced to arbitration, the arbitration agreement will be extended. In this study, the conditions and conditions under which the extension of the arbitration agreement to other companies within the group of companies is possible is basically examined in five sections in the light arbitral awards and court decisions.

In the first part of the study, after touching upon the general features of the arbitration agreement, it is examined whether the principle of privity of the arbitration agreement and the condition that the arbitration agreement is concluded in writing constitute an obstacle to the extension of the arbitration agreement to third parties. The fact that the arbitration agreement only creates its effects and consequences between the parties of this agreement brings about the discussions as to whether it is possible to include third parties within the scope of this agreement. It should be noted that, just like other contracts, it should be accepted that there may be some exceptions to the principle of privity of the arbitration agreement. In fact, the extension of the arbitration agreement is examining the exceptions to the principle of privity. In international conventions and national arbitration laws, it is regulated that the arbitration agreement will be concluded in writing. In cases where the extension of the arbitration agreement

to third parties is discussed, there are opinions that the third party's not formally a party to this agreement may prevent the extension. However, since the extension of the arbitration agreement concerns third parties who are not formally a party to this agreement, it is quite natural for these parties not to be a formal party to a written arbitration agreement. Because if these people were parties to a written arbitration agreement, there would be no need to discuss the extension of the arbitration agreement anyway. For this reason, it has been argued that the extension of the arbitration agreement and the writing condition exclude each other.

In the first part of the study, the terms "non-signatories", "third party" and "extension", which are used in the extension of the arbitration agreement to third parties, are examined in the light of the criticisms directed to them. Signing the arbitration agreement is only one of the ways to become a party to the arbitration agreement, and the signing of the arbitration agreement does not always indicate that the signatory has become a party to the agreement. For this reason, the term "non-signatory to the arbitration agreement" may lead to the impression that the merely lack of signature may lead to the invalidity of the arbitration agreement. On the other hand, although the term "third party" often does not adequately describe people who are in close contact with the main agreement in which the arbitration clause is included, it is considered appropriate in our study to make the explanations using this term. Although the term "extension" of the arbitration agreement may give the impression that the scope of the arbitration agreement has been expanded, it is actually the determination of the real parties of the arbitration agreement, which is carried out with the extension.

Theories used in the extension of the arbitration agreement to third parties are explained in general terms in the first part of our study, and it has been determined that there is no uniformity in both the names and classification of these theories. Looking at the comparative law, while the extension of the arbitration agreement is generally accepted in cases related to the transfer of the contract or the rights and obligations arising from this contract (transfer of the contract, assignment of claim, assumption etc.), there are different approaches in national laws and doctrine in terms of piercing the corporate veil, estoppel and group of companies doctrine. When the arbitral awards and court decisions are evaluated, two different approaches, which can be called conservative and liberal, stand out regarding the extension of the arbitration agreement to third parties. Considering the claims resented by the authors who advocate the conservative approach, namely, the will to arbitrate should be expressed clearly and without hesitation, as well as the extension should be allowed in extremely exceptional cases since the arbitration means a waiver of the jurisdiction of the state courts, it has been evaluated whether it is possible to extend the arbitration agreement.

In the second part of the study, the laws or rules applicable while deciding on the extension matter are examined. In this regard, it is of high importance to legally qualify the extension of arbitration agreements. The reason is that, the qualification of the extension as a matter of substance or procedure may alter the approach regarding applicable law. After arriving at the conclusion that the issue of extension of arbitration agreement to third parties is a matter of substance, the approaches regarding applicable law to the extension of arbitration agreement has been examined. The approach generally seen in the court decisions departs from the idea that extension should be subject to a national law. In this part of our study, different views in the traditional approach have been discussed by taking into consideration in which stage of the proceedings the issue of applicable law is brought up and whether the arbitral tribunal

or national courts will decide on the matter. Another approach advocates that issue of extension of the arbitration agreement should be settled according to the implicit consent of the parties. While examining this approach, it has been discussed whether a separate and special consent for arbitration agreement is required and whether conducts directed at the main agreement have an effect for the consent for arbitration agreement. Another approach advocates that all extension theories are based on good faith rule. Apart from these approaches, “anational approach” which accepts that arbitration agreement is independent from both the main agreement and all of national laws is especially seen in the French court decisions and arbitral awards and focuses on parties’ mutual consent and international commercial usage. In the second part, lastly, the view that arbitration agreement will follow the transfer of rights and obligations pursuant to the main agreement” is examined and it has been pointed out that the basis of this view is the acceptance that arbitration clause is a survival clause. Further, it has been evaluated whether this view is compatible with the principle of separability in the light of the aim of this principle.

After arriving at the conclusion that arbitration agreement should follow the transfer of rights and obligations pursuant to the main agreement, in the third part of the study, groups of companies have been examined in terms of company law. In order to decide whether to extend the arbitration agreement pursuant to the group of companies doctrine, it is necessary to investigate the main relationship under the supposed extension. In this context, in the third part, the reasons for restructuring as a group of companies, the general characteristics of the group of companies and the emergence of the doctrine of group companies in arbitration law are discussed.

The companies in the corporate groups are gathered under the domination of a single company, while maintaining their legal independence. The principle that companies have separate and independent legal entities results in the fact that companies in the group are not responsible for the actions and transactions of others. However, it is a factor that should not be ignored that the companies in the group are managed according to the instructions of the controlling company and by considering the group interest. For this reason, special provisions have been introduced in national laws for the protection of the subsidiary company and the creditors of this company. In the third chapter, it has been examined whether the substantive legal regulations regarding the group of companies will have the result of binding the company with the contract into which another company in the group has entered. In these examinations, the unlawful use of dominance by the controlling company, the damage to the subsidiary due to the instructions of the controlling company, and the responsibility of the controlling company arising from the trust have been discussed, and it has been determined that the controlling company is under the obligation of compensation. In the continuation of the third part, apart from the special regulations regarding the group of companies, apparent authority, representation in appearance and estoppel doctrines, which are legal constructs based on good faith, have been examined. In limited cases, it has been pointed out that the controlling or subsidiary company which is not a formal party, may be bound by the main agreement or the rights or obligations arising from this agreement pursuant to one of these theories. In line with the view that the arbitration agreement will follow the rights and obligations arising from the main relationship, it has been accepted that in cases where the controlling or subsidiary company has substantive legal liability, it should be bound by the arbitration agreement as well.

In the fourth part of the study, firstly, the question of whether the person to whom the arbitration agreement is extended will be a plaintiff or a defendant in the arbitration will make a difference has been examined. According to one view, stricter conditions should be fulfilled for extension when the third party is forced to arbitration (in other words, when the defendant has no will to arbitrate in any way) compared to when the third party voluntarily resorts to arbitration. Because in the former case, the person is compelled to arbitration against his/her consent. On the other hand, the other view argues that the fact that the third party is the plaintiff or the defendant in the arbitration does not make a difference in terms of the extension of the arbitration agreement, since the importance given to the consent of the person who is already a party to the arbitration agreement should not be less than the importance given to the consent of the third party. In line with the view that the arbitral consent of the third party does not play a decisive role in the extension of the arbitration agreement, it has been concluded that the position of the third party as plaintiff or defendant in this discussion does not make any difference in terms of extension. Moreover, in this part of the study, the court decisions and arbitral awards regarding the group companies doctrine have been examined and the conditions of the group companies doctrine have been determined in the light of these decisions. Group of companies doctrine, which had started to become known after the famous Dow Chemical decision of 1982, is based on the fact that the member of the corporate group participating in the negotiation, performance or termination of the agreement in which the arbitration agreement is included, is bound by the arbitration agreement, although it is not a formal party to the arbitration agreement. The first condition spotted in court decisions and arbitral awards is that the companies that constitute the corporate group must have strong financial and organizational connections. Therefore, the mere fact that the controlling company owns most of the shares of the subsidiary will not, by itself, indicate a tight group presence. The most emphasized condition in court decisions and arbitral awards stands out as the active participation of the company, which is not a formal party to the arbitration agreement, in the negotiation, performance or termination of the main agreement. The last condition is that the parties to the contract and the third-party mother or subsidiary company have shown the will to be bound by the arbitration agreement. After examining the conditions, the approach taken in the decisions discussed in the fourth section and especially the special importance attributed to the "consent of arbitration" have been criticized, and it has been concluded that the arbitration agreement is a provision of the contract and therefore a special and separate statement of arbitral consent is not required for the formation of the arbitration agreement.

In the fourth part, approaches to the doctrine of group companies have been discussed as well. The authors who argue that there is no need for the doctrine of group companies for the extension of the arbitration agreement to third parties, contend that the principles such as implicit consent and good faith rule that already exist in the law of obligations can be applied to extend the arbitration agreement within group of companies. However, there are few authors who do not consider the group companies doctrine redundant, pointing out that it draws attention to specific fact patterns and behaviors. Moreover, it has been examined whether group of companies doctrine is accepted in national laws. It has been determined that group companies doctrine is not generally accepted except for French law and the legal systems under the influence of French law, and it has even been revealed that this doctrine is not as vigorously defended and accepted as before in the current decisions in French law. Finally, in this part of the study, group of companies doctrine has been compared with piercing the

corporate veil and estoppel doctrines, and it has been concluded that many theories applied in the extension of the arbitration agreement could find application at the same time in a single event.

In the last part of the study, the examination of an arbitral award given on the basis of the doctrine of group companies by the courts in the case of annulment or recognition/enforcement of the arbitral award has been discussed. It is possible that an arbitral award based on the doctrine of group companies will be subject to an action for annulment by the party against whom the decision was made, or that the recognition/enforcement action will be rejected by that party. In the decisions reviewed in this study, reasons for challenge are; there is no written arbitration agreement, the absence of a valid arbitration agreement, the fact that the arbitrators have exceeded their authority or that the decision is contrary to public order. It should be noted that the mere extension of the arbitration agreement to a company that is not a party to this agreement should not be sufficient for the annulment or denial of recognition/enforcement of the arbitral award. The reason is that, if the arbitration agreement is extended to the third party, the arbitrators accept that there is an arbitration agreement valid for the third party and thus they have authority for the person. However, in the cases examined in this study, it has been determined that the courts have decided to annul the award or reject the recognition/enforcement case without thoroughly evaluating the substantive legal dimension of the case.

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu milletlerarası ticari tahkimde grup şirketler doktrini uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili oluşturmaktadır. Hakemler, yargı yetkilerini taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından alırlar. Bu nedenle tahkim anlaşması tahkim yoluna başvurmak için olmazsa olmaz bir şarttır. Nisbilik ilkesi uyarınca tahkim anlaşması yalnızca bu anlaşmayı akdeden kişiler açısından bağlayıcı olduğu için, anlaşmaya taraf olmayan kişiler tahkimde dava açamayacağı gibi, bu kişilere karşı tahkim yoluna başvurulamayacaktır. Ne var ki, maddi hukuktan kaynaklanan bazı sebeplerle tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişilerin de bu anlaşma ile bağlı kılınması gerekebilir. Tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin veyahut da bu sözleşmeden doğan hak ve borçların irade ile veya irade dışı devri hâlleri, esas sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıması ya da üçüncü kişilerin dürüstlük kuralına dayanan ilkeler uyarınca esas sözleşmeye taraf kabul edilmesi veya bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarla sorumlu tutulması hâllerinde bu kişilerin söz konusu hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenleyen tahkim anlaşması ile bağlı kılınması gündeme gelebilir. İşte üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı kılındığı bu gibi hâller, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinin istisnalarını oluşturmaktadır.

Milletlerarası ticaretin gelişmesi ve karmaşıklaşması ile bilhassa çok uluslu şirketler ticari proje ve sözleşmelerin farklı aşamalarına farklı aktörleri dahil etmeye başlamıştır. Finansal, vergisel ve ticari nedenlerle bir sözleşmeyi akdeden ve bu sözleşmenin müzakerelerine veya ifasına katılan şirketler genellikle aynı olmamaktadır. Bunun sonucu olarak tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeden bir uyuşmazlık doğduğu zaman, bu sözleşmeye şeklen taraf olmayan şirketlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulup tutulmayacağı sorunu karşımıza çıkar. Eğer bu şirketlerin tahkime başvurabileceği veya bu şirketlere karşı tahkim yoluna gidilebileceği kabul edilirse, tahkim anlaşması teşmil edilmiş olur. Bu çalışmada, tahkim anlaşmasının şirketler topluluğu içinde yer alan diğer şirketlere teşmilinin hangi hâllerde ve şartlarda mümkün olduğu temel olarak hakem ve mahkeme kararları ışığında beş bölümde incelenmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, tahkim anlaşmasının genel özelliklerine değinilmekte ve bilhassa tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesi ile tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi şartının tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline bir engel teşkil edip etmediği irdelenmektedir. Tahkim anlaşmasının sadece bu anlaşmanın tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğurması, üçüncü kişilerin bu anlaşmanın kapsamına dahil edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, tıpkı borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, tahkim anlaşmasının nisbiliğinin de bazı istisnalarının olabileceğinin kabulü gerekir. Tahkim anlaşmasının teşmili de nisbilik ilkesinin istisnalarının incelenmesidir. Milletlerarası sözleşmeler ve milli tahkim kanunlarında tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedileceği düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin gündeme geldiği hâllerde, üçüncü kişinin bu anlaşmaya şeklen taraf olmamasının teşmile engel olabileceği yönünde görüşler mevcuttur. Ne var ki, tahkim anlaşmasının teşmili, bu anlaşmaya şeklen taraf olmamış üçüncü kişileri

ilgilendirdiğinden, bu kişilerin yazılı bir tahkim anlaşmasına taraf olmaması çok tabiidir. Zira bu kişiler yazılı bir tahkim anlaşmasının tarafı olsalardı, zaten tahkim anlaşmasının teşmilini tartışmaya lüzum kalmayacaktı. Bu sebeple tahkim anlaşmasının teşmili ile yazılılık şartının birbirlerini dışladığı görüşü savunulmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde ayrıca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar (*non-signatories*),” “üçüncü kişi (*third party*),” ve “teşmil (*extension*)” terimleri, bunlara yöneltilen eleştiriler ışığında incelenmektedir. Tahkim anlaşmasını imzalamak, tahkim anlaşmasına taraf olmanın yollarından sadece biri olduğu gibi, ayrıca tahkim anlaşmasının imzalanmış olması, imza sahibi kişinin bu anlaşmaya taraf hâline geldiğini de her zaman göstermez. Bu sebeple “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar” terimi, salt imza eksikliğinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açabileceği yönünde yanlış bir kanaat uyandırmaya müsaittir. Öte yandan “üçüncü kişi” terimi tahkim anlaşmasının yer aldığı esas sözleşmeyle çoğu zaman çok yakın ilişkide bulunan kişileri yeteri kadar iyi ifade edemese de, kullanım kolaylığı açısından çalışmamızda açıklamaların bu terim üzerinden gerçekleştirilmesi uygun görülmüştür. Tahkim anlaşmasının “teşmili” ifadesi, tahkim anlaşmasının kapsamının genişletildiği izlenimini uyandırmaya müsait olsa da aslında teşmil ile gerçekleştirilen, tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının kimler olduğunun tespiti.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan teoriler çalışmamızın ilk bölümünde genel hatlarıyla açıklanmış, bu teorilerin hem adlandırılması hem de sınıflandırılmasında yeknesaklık bulunmadığı tespit edilmiştir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında sözleşmenin veya bu sözleşmeden doğan hak ve borçların devrine bağlı hâllerde (sözleşmenin devri, alacağın temliki, borcun üstlenilmesi vb.) tahkim anlaşmasının teşmili genelde kabul edilirken, tüzelkişilik perdesinin kaldırılması, estoppel ve grup şirketler doktrini bakımından milli hukuklarda ve doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Hakem ve mahkeme kararları değerlendirildiğinde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin muhafazakâr ve liberal olarak adlandırılabilir iki farklı yaklaşım göze çarpmaktadır. Muhafazakâr yaklaşımı savunan yazarlar tarafından ileri sürülen, tahkim iradesinin açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya konulması gerektiği ve tahkimin devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden feragat anlamı taşıması nedeniyle teşmile son derece istisnai hâllerde müsaade edilmesi gerektiği iddiaları karşısında tahkim anlaşmasının teşmilinin mümkün olup olamayacağı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilip edilmeyeceğine karar verilirken hangi hukuk kurallarının uygulanacağı meselesine yer verilmiştir. Bu minvalde öncelikle tahkim anlaşmasının teşmilinin vasıflandırılması büyük önem arz etmektedir. Zira teşmilin maddi hukuka veya usul hukukuna veyahut da sözleşmenin kurulmasına ya da geçerliliğine ilişkin olduğunun kabulü, uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımları da değiştirebilecektir. Tahkim anlaşmasında zikredilmeyen bir kişinin hangi şartlar altında tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına dahil olacağı meselesinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olduğu sonucuna varıldıktan sonra teşmile uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımlar incelenmeye geçilmiştir. Mahkeme kararlarında baskın olarak görülen geleneksel yaklaşım, teşmilin bir milli hukuka tabi olması gerektiği düşüncesinden yola çıkar. Çalışmamızın bu bölümünde geleneksel yaklaşım içindeki farklı görüşler ele alınmış ve teşmile karar verecek olan mercinin hakem kurulu veya devlet mahkemeleri olması ve ayrıca bu mercinin yargılamanın hangi aşamasında teşmil

mesesiyle karşı karşıya geldiği göz önüne alınarak geleneksel yaklaşım incelenmiştir. Diğer bir yaklaşım, tahkim anlaşmasının teşmilinin uygulanacak hukuka göre değil, tarafların zımni iradelerine göre çözüme kavuşturulması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım incelenirken, tahkim anlaşmasının kurulması için ayrı ve özel bir irade beyanı gerekip gerekmediği ve esas sözleşmeye yönelik irade beyanı ve davranışların tahkim iradesine etkisi de ele alınmıştır. Teşmilde dürüstlük kuralına dayanan yaklaşım ise, tüm teşmil teorilerinin kaynağının dürüstlük kuralı olduğunu savunur. Bunların dışında, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ve bu arada tüm milli hukuklardan bağımsız olduğu görüşünden yola çıkan yaklaşım, bilhassa Fransız hakem kurulu ve mahkeme kararlarında görülmekte ve tahkim anlaşmasının teşmilinde milletlerarası örf-adet kurallarına ve tarafların iradelerine odaklanmaktadır. İkinci bölümde son olarak “tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye bağlı olarak hak ve borç geçişini takip edeceği” görüşü incelenmekte ve bu görüşün kaynağının tahkim anlaşmasının hayatta kalan hüküm niteliği olduğu ortaya konulmaktadır. Ayrıca bu görüşün tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi karşısında uygulama olanağı olup olmadığı, ayrılabilirlik ilkesinin amacı ışığında değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye bağlı olarak hak ve borç geçişini takip etmesi gerektiği sonucuna varıldıktan sonra, çalışmamızın üçüncü bölümünde şirketler topluluğunun şirketler hukuku boyutuyla incelenmesine başlanmıştır. Zira tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini uyarınca teşmil edililmeyeceğine karar vermek için öncelikle teşmilin altında yatan maddi hukuk olayının incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda üçüncü bölümde öncelikle şirketler topluluğu şeklinde yapılanmaya gidilme sebepleri, şirketler topluluğunun genel özellikleri ve tahkim hukukunda grup şirketler doktrininin doğuşu ele alınmıştır.

Şirketler topluluğunda yer alan şirketler hukuki bağımsızlıklarını koruyarak tek bir şirketin hâkimiyeti altında toplanmaktadır. Şirketlerin ayrı ve bağımsız tüzelkişilikleri olması ilkesi, toplulukta yer alan şirketlerin diğerlerinin fiil ve işlemlerinden dolayı sorumlu olmamaları sonucunu doğurmaktadır. Ne var ki, şirketler topluluğunda yer alan şirketlerin hâkim şirketin talimatları doğrultusunda ve grup menfaati gözetilerek yönetildiği göz ardı edilmemesi gereken bir faktördür. Nitekim bu sebeple milli hukuklarda şirketler topluluğunda bağlı şirketin ve bu şirketin alacaklılarının korunması için özel hükümler getirilmiştir. Üçüncü bölümde, şirketler topluluğuna ilişkin maddi hukuk düzenlemelerinin grup içindeki bir şirket tarafından akdedilen sözleşmeyle diğerinin bağlı olması sonucunu doğurup doğurmayacağı incelenmiştir. Bu incelemelerde, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması, hâkim şirketin talimatlarından dolayı bağlı şirketin zarar görmesi ve hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğu ele alınmış ve bunlar sonucunda hâkim şirketin denkleştirme ve tazminat ödeme borcu altına girdiği tespit edilmiştir. Üçüncü bölümün devamında, şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin dışında, dürüstlük kuralına dayanan sorumluluk hâlleri olan hukuki görünüşe güven ilkesi, görünüşte temsil/katlanma temsili ve estoppel doktrini incelenmiştir. Sınırlı hâllerde, hâkim veya bağlı şirketin bu teorilerden biri uyarınca şeklen taraf olmadığı esas sözleşme ile veya bu sözleşmeden doğan hak veya borçlarla bağlı tutulabileceği ortaya konulmuştur. Tahkim anlaşmasının esas ilişkiden doğan hak ve borçları takip edeceği görüşüne paralel olarak, hâkim veya bağlı şirketin maddi hukuktan doğan sorumluluğunun bulunduğu hâllerde, tahkim anlaşması ile de bağlı tutulması gerektiği görüşü benimsenmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde ilk olarak, tahkim anlaşmasının teşmil edildiği kişinin tahkimde davacı veya davalı konumunda olmasının teşmil bakımından bir fark yaratıp yaratmayacağı irdelenmiştir. Üçüncü kişi konumunda bulunan kişi tahkime zorlandığında (bir başka deyişle davalı konumunda olduğunda) bu kişinin hiçbir şekilde tahkime gitme iradesi bulunmadığı için, üçüncü kişinin kendi isteğiyle tahkim yoluna başvurması hâline nazaran teşmil için daha sıkı şartların aranması gerektiği görüşü mevcuttur. Zira ilk hâlde, kişi rızası halefine tahkim yoluna zorlanmaktadır. Buna karşın diğer görüş, üçüncü kişinin tahkimde davacı veya davalı konumunda olmasının teşmil bakımından bir fark yaratmayacağını, zira tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişinin iradesine verilen önemin üçüncü kişinin iradesine verilen önemden az olmaması gerektiğini savunmaktadır. Tahkim anlaşmasının teşmilinde üçüncü kişinin tahkim iradesinin belirleyici bir rol oynamadığı görüşüne paralel olarak, bu tartışmada üçüncü kişinin davacı veya davalı konumunda bulunmasının teşmil açısından bir fark yaratmadığı sonucuna varılmıştır. Bu bölümün devamında, grup şirketler doktrinine ilişkin mahkeme ve hakem kararları incelenmiş ve bu kararlar ışığında grup şirketler doktrininin uygulama şartları tespit edilmiştir. Asıl dayanağını 1982 yılında verilen *Dow Chemical* kararından alan grup şirketler doktrini, temel olarak tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmamasına rağmen bu anlaşmanın yer aldığı sözleşmenin müzakerelerine, ifasına veya sona ermesine katılan grup üyesinin tahkim anlaşmasıyla da bağlı tutulması üzerine kuruludur. Mahkeme ve hakem kararlarında doktrine ilişkin olarak tespit edilen şartlardan ilki, şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin güçlü finansal ve organizasyonel bağlantılara sahip olması gerektiğidir. Dolayısıyla hâkim şirketin bağlı şirketin paylarının çoğuna sahip olması, tek başına sıkı bir grup varlığına delalet etmeyecektir. Mahkeme ve hakem kararlarında en çok vurgu yapılan şart, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin esas sözleşmenin müzakeresi, ifası veya sona ermesindeki aktif katılımı olarak göze çarpmaktadır. Son şart ise, sözleşmenin hâlihazırdaki taraflarının ve üçüncü kişi konumundaki hâkim veya bağlı şirketin, tahkim anlaşmasıyla bağlı olma yönünde irade göstermiş olmasıdır. Şartların incelenmesinin ardından, dördüncü bölümde ele alınan kararlardaki yaklaşımın ve bilhassa “tahkim iradesi”ne atfedilen özel önemin eleştirisi yapılmış, tahkim anlaşmasının sözleşmenin herhangi bir hükmü niteliğinde olduğu ve bu nedenle tahkim anlaşmasının kurulması için özel ve ayrı bir irade beyanı gerekmediği sonucuna varılmıştır.

Dördüncü bölümün devamında öncelikle doktrinde grup şirketler doktrinine yönelik yaklaşımlar ele alınmıştır. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde grup şirketler doktrinine ihtiyaç bulunmadığını savunan yazarlar, borçlar hukukunda hâlihazırda var olan zımni irade ve dürüstlük kuralı gibi prensiplerin şirketler topluluğu içindeki teşmil hâllerine de uygulanabileceğini savunmaktadır. Buna karşın spesifik olay örgülerine ve davranışlara dikkat çektiği gerekçesiyle grup şirketler doktrininin gereksiz olarak nitelendirmeyen yazarlar sayıca az olsa da mevcuttur. Doktrinindeki yaklaşımların ardından milli hukuklarda grup şirketler doktrininin yer bulup bulmadığı incelenmiştir. Grup şirketler doktrininin, Fransız hukuku ve bu hukukun etkisinde kalan hukuk sistemleri dışında genellikle kabul görmediği saptanmış, hatta Fransız hukukunda da güncel tarihli kararlarda bu doktrinin eskisi kadar şiddetle savunulmadığı ve kabul görmediği ortaya konmuştur. Çalışmanın bu bölümünde son olarak grup şirketler doktrini tüzelkişilik perdesinin kaldırılması ve estoppel doktrinleriyle karşılaştırılmış ve aslında tahkim anlaşmasının teşmilinde başvuru pek çok teoremin tek bir olayda aynı anda uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde grup şirketler doktrinine dayanılarak verilen bir hakem kararının daha sonra mahkemelerce hakem kararının iptali veya tanıma/tenfizi davasında incelenmesi ele alınmıştır. Grup şirketler doktrinine dayanılarak verilen bir hakem kararının, aleyhine karar tesis edilen tarafça iptal davasına konu edilmesi veya bu tarafça tanıma/tenfiz davasının reddinin talep edilmesi çok olasıdır. İncelenen kararlarda, iptal veya tanıma/tenfiz davalarında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı, geçerli bir tahkim anlaşmasının yokluğu, hakemlerin yetkilerini aşmış olması veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçeleriyle hakem kararının iptalinin veya tanıma/tenfizinin reddinin talep edildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki salt tahkim anlaşmasının bu anlaşmaya taraf olmayan bir şirkete teşmil edilmiş olması, söz konusu nedenlere dayanarak hakem kararının iptal edilmesi veya tanıma/tenfizinin engellenmesi için yeterli olmamalıdır. Zira eğer tahkim anlaşması üçüncü kişiye teşmil edilmişse, hakemler üçüncü kişi açısından geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu ve böylece kişi bakımından yetkileri olduğunu kabul etmiş demektir. Ne var ki incelenen davalarda mahkemelerin sırf tahkim anlaşmasının şeklen taraf olmayan bir kişiye teşmil edildiği gerekçesiyle olayın maddi hukuk boyutunu etraflıca değerlendirmeden kararın iptaline veya tanıma/tenfiz davasının reddine karar verdikleri tespit edilmiştir.

GİRİŞ

Tahkim, taraf iradesine dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bunun sonucunda kural olarak, tahkim anlaşmasına rıza göstermemiş kişiler tahkim anlaşmasına dayanarak tahkime başvuramayacağı gibi, bu kişiler tahkime gitmeye de zorlanamaz. Ne var ki maddi hukuktan kaynaklanan bazı hâllerde tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişilerin de bu anlaşma ile bağlı tutulması, bir diğer deyişle tahkim anlaşmasının bu kişilere teşmili gündeme gelebilir. Doktrinde ve yargı kararlarında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde farklı teoriler kullanılmaktadır. Bu teorilerden biri de çalışmamızın konusunu oluşturan grup şirketler doktrindir.

Milletlerarası ticarete geniş ölçekli projeler çok sayıda katılımcı ile icra edilmektedir. Özellikle birden fazla şirketin bir araya gelmesiyle oluşan şirketler topluluğunda topluluğun üyesi olan şirketler, hem topluluk içinde verimli bir işleyiş oluşturmak hem de bazı şirketleri sorumluluğun dışında tutmak için projelerin farklı aşamalarında farklı görevler üstlenebilir. Bunun sonucunda, şirketlerden biri veya birkaçı sözleşmeyi akdetmesine rağmen, diğer şirketler bu sözleşmenin müzakeresine veya ifasına katılmış, sona ermesinde rol oynamış olabilir. Söz konusu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğduğunda, bu sözleşmeye şeklen taraf olmamış şirket/şirketlerin sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığı, diğer bir deyişle bu anlaşmanın söz konusu şirketlere teşmil edilip edilemeyeceği sorusu karşımıza çıkacaktır.

Grup şirketler doktrini, şirketler topluluğunun üyesi olan şirket veya şirketler tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının hangi koşullar altında diğer şirketlere teşmil edilebileceği sorusuna bir çözüm girişimi olarak 1970'lerde ortaya çıkmışsa da asıl tanınırlığını, 1982 yılında verilen *Dow Chemical* kararı ile kazanmıştır. Bugüne kadar grup şirketler doktrini üzerine yapılan pek çok çalışmada, doktrinin tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin bu anlaşmaya zımni olarak taraf olma iradesi gösterip göstermediği bağlamında ele alındığı görülmüştür. Tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin esas sözleşmenin ifasına, müzakerelerine ve sona ermesine katılımı genelde tarafların tahkim anlaşmasını zımnen kabul ettiği

anlamına gelecek şekilde yorumlanmış ve tahkim anlaşması üçüncü kişiye teşmil edilmiştir. Ayrıca bazı kararlarda hem üçüncü kişinin hem de tahkim anlaşmasının hâlihazırdaki taraflarının, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olduğu yönünde bir inancının bulunması aranmıştır. Böyle bir yaklaşım tarafların tahkim iradesine odaklanmakta ve esas sözleşmenin kurulması için gereken irade beyanı ile tahkim anlaşmasının kurulması için gereken irade beyanını ayrı tutmaktadır.

Şirketler topluluğunda yer alan bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğerine teşmil edilmesine karşı olarak doktrinde ve yargı kararlarında; tahkim anlaşmasının nisbiliği, tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi şartı ve şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin birbirinden ayrı ve bağımsız tüzelkişiliği olduğu gerekçeleri ileri sürülmektedir. Teşmile karar verilen hakem kararlarının zaman zaman yukarıda sayılan sebeplere dayanılarak iptal edildiği veya tanıma/tenfizinin reddedildiği görülmektedir. Şüphesiz, söz konusu prensipler tahkim hukukunun ve şirketler hukukunun temelini oluşturmaktadır. Ne var ki, teşmile karar verilen hâllerde zaten teşmilin bu ilkelerin istisnasını teşkil ettiği veya teşmilin doğası gereği bu ilkeleri dışladığı görülecektir.

Çalışmamızın amacı, şirketler topluluğunun üyesi olan bir şirket tarafından akdedilen sözleşmenin hangi koşullarda bu anlaşmaya taraf olmayan bir şirket açısından bağlayıcı olacağını tespit etmektir. Doktrin ve yargı kararlarında genellikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki şirkete teşmili ve böylece bu şirket tarafından veya bu şirkete karşı tahkimde dava açılıp açılmayacağı meselesi, şirketin esas sözleşmeden sorumlu olup olmadığı hususundan önce incelenmektedir. Bu yaklaşım, tahkim anlaşmasının teşmilini ve sorumluluğun geçişini birbirinden ayrı konular olarak değerlendirmekte ve tahkim anlaşmasının teşmilini gündeme getiren maddi hukuka ilişkin olayı göz ardı etmektedir. Bu çalışmada tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisi başlangıç noktası yapılmakta ve tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki esas ilişkiyi takip etmesi gerektiği görüşü ortaya konulmaktadır.

Bu minvalde ilk bölümde, tahkim anlaşmasının nisbiliği ve yazılı olarak akdedilmesi şartı karşısında tahkim anlaşmasının teşmilinin mümkün olup olmadığı incelenecek ve genel olarak teşmilde kullanılan terminoloji ile teoriler üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline

uygulanacak hukuk konusunda doktrinde, hakem ve mahkeme kararlarında yer alan yaklaşımlar incelenecek, bu yaklaşımların eksik ve çelişkili yönleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin ve dürüstlük kuralının, bir şirketin akdettiği sözleşmeye diğer şirketin taraf olup olamayacağı veya bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarla bağlı tutulup tutulamayacağı incelenecek ve ortaya çıkan sonucun tahkim anlaşmasının teşmiline etkisi üzerinde durulacaktır. Dördüncü bölümde ise, doktrinde ve yargı kararlarında grup şirketler doktrininin uygulanması için geliştirilen şartlar ile doktrinde ve milli hukuklarda grup şirketler doktrininin kabul görüp görmediği incelenecektir. Son olarak beşinci bölümde, tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini uyarınca teşmiline karar verilen hâllerde bu hakem kararının mahkemelerce iptal veya tanıma/tenfiz davasında denetlenmesi ve ileri sürülen iptal veya tanıma tenfizin reddi sebepleri ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNE BAKIŞ

I. Tahkim Anlaşması

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşması¹, tarafların uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla çözüme iradelerinin karşılıklı olarak ortaya konmasıyla meydana gelir². Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki esas sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlenebileceği gibi (tahkim şartı veya tahkim klozu), ayrı bir sözleşme olarak da akdedilebilir. Tahkim şartı veya klozu (*arbitration clause/clause compromissoire*) gelecekte meydana gelebilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkindir. Müstakil tahkim anlaşması (*submission agreement/compromis*) ise taraflar arasında hâlihazırda mevcut veya doğması muhtemel olan uyuşmazlıkları konu alır³. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin bir şartı olarak düzenlenmesi tahkim

¹ Çalışmamızda “tahkim şartı (klozu)” ve herhangi bir sözleşme içinde yer almaksızın bağımsız olarak akdedilen “müstakil tahkim anlaşması”nı kapsayacak şekilde “tahkim anlaşması” ifadesi kullanılacaktır.

² Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, B.7, Kluwer Law International, 2023, para. 1.04; Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 129; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, B.6, C.6, İstanbul: Demir-Demir, 2001, s. 5875; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin, 2014, s.1185; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s. 20; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 31; Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2011, s. 975; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, **International Arbitration Law and Practice in Switzerland**, Oxford University Press, 2015, s.5; Rasiş Yeğengil, **Tahkim (l'arbitrage)**, İstanbul, 1974, s. 115; Margaret L. Moses, **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, B.3, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 20; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin, 2021, s. 5385; David St John Sutton/Judith Gill /Matthew Gearing, **Russell on Arbitration**, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2015, s. 24; Jean-Louis Devolvé/Gerald H. Pointon/Jean Rouché, **French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration**, B.2, Kluwer Law International, 2009, s. 37.

³ Blackaby/Partasides/Redfern, para.1.22; Okezie Chukwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, USA: Praeger Publishing, 1994, s. 29; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.17, İstanbul: Beta, 2021, s. 813; Baki Kuru/Burak Aydın, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, C.2, B.2, Ankara: Yetkin, 2021, s. 1875; Tahkim sözleşmelerine uygulamada tahkim şartına göre çok daha az rastlanmasının sebebi, uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların herhangi bir konuya ilişkin olarak anlaşma yapmasının pek muhtemel olmamasıdır. Moses, s. 20.

anlaşmasının niteliğine etki etmez⁴. Diğer bir deyişle, tahkim şartı ve müstakil tahkim anlaşmasının tabi oldukları hükümler bakımından aralarında bir fark yoktur⁵.

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği hususunda doktrinde görüş birliği olmamakla birlikte, bu konuda temel olarak dört görüş ortaya konulmuştur⁶. Bunlar, akdi teori, usuli teori, karma teori ve otonom teori görüşleridir⁷. Karma teoriye göre, tahkim anlaşmasını ne salt maddi hukuk sözleşmesi ne de salt usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür⁸. Hakemlerin uyuşmazlığı çözme yetkilerini taraflar arasındaki sözleşmeden alması⁹ ve tahkim anlaşmasının kuruluşu bakımından borçlar hukuku hükümlerine tabi olması¹⁰ tahkime büyük ölçüde akdi bir nitelik yüklemektedir. Öte yandan, tahkim anlaşması; hakem kurulunun teşkili, iddia ve savunmaların hakem kuruluna sunulması, yargılamanın sonunda hakem kararının verilmesi, tarafların tenfiz ya da iptal davası açması gibi hususları düzenler ve tüm bu hususlar usul hukukunu ilgilendirir¹¹. Kanımızca tahkim anlaşmasının kuruluşu

⁴ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 5941; Erol Ertekin/İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara: Yetkin, 1997, s. 58; Alangoya, s. 6; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması**, Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar (eds), İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 26.

⁵ İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, B.8, İstanbul: Vedat, 2020, s. 994; Alangoya, s. 7; Dorothee Schramm/Elliott Geisinger/Philippe Pinsolle, “Article II”, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, s. 50; Ancak belirtmek gerekir ki, Fransız Usul Hukuku Kanunu’nda iç tahkime yönelik olarak tahkim şartı ve müstakil tahkim anlaşması farklı şekil şartlarına tabi kılınmıştır.

⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 72; Cevdet Yavuz, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu**, 14 Şubat 2009, İstanbul, s. 140.

⁷ Gary Born, **International Commercial Arbitration**, B.3, Kluwer Law International, 2021, s. 240; Yavuz, s. 141.

⁸ Ata Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, s. 29; Julian D. M. Lew, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, s. 118.; Lew/Mistelis Kröll, s. 79; Piero Bernardini, “Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, s. 200; Klaus Peter Berger, **Private Dispute Resolution in International Business Vol.II Handbook**, Kluwer Law International, 2015, s. 285; Nathalie Voser, “The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew , et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, s. 162.

⁹ Chukwumerije, s. 30; Rabi Koral, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, **PPIL**, C.48, S.1-4, 2011, s. 94.

¹⁰ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında; “*Tahkim sözleşmesi veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için aranan genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir.*” ifadeleriyle bu doğrultuda karar vermiştir. Yargıtay 22. HD. 6529/11095, 18.04.2016 (YKD 2016/7, C.42, s. 1706-1709.)

¹¹ Yavuz, s. 143; Ertekin/Karataş, s. 33; Alman Federal Mahkemesi de bir kararında tahkim anlaşmasını usuli haklara ilişkin bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Buna göre, yargılama yetkisini

bakımından borçlar hukuku hükümlerine tabi olması tahkim anlaşmasının usuli niteliğini¹² değiştirip bu anlaşmayı maddi hukuk sözleşmesi veya karma nitelikli bir sözleşme hâline getirmez. Zira delil sözleşmesi ve yetki sözleşmesi gibi kuruluşu bakımından borçlar hukuku hükümlerine tabi olan sözleşmeler de usul hukuku sözleşmesidir¹³. Ancak nasıl ki sırf bu hususlar, yetki sözleşmesi ve delil sözleşmesini usul hukuku sözleşmesi olmaktan çıkarmıyorsa, tahkim anlaşması için de aynı görüş benimsenmelidir¹⁴.

B. Tahkim Anlaşmasının Nisbiliği İlkesi

Tahkimin temel ve vazgeçilmez özelliği tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme hususunda iradelerini açıklamalarıdır¹⁵. Diğer bir deyişle tahkim

hakem kuruluna geçirmesi ve devlet mahkemelerinin yargı yetkisini sınırlaması bakımından usuli; sözleşmenin akdedilmesi ve karşılıklı borçlar doğurması bakımından maddi hukuk sözleşmesidir. BGH 30.01.1957, BGHZ 23, 198 (200). Kararın ilgili kısmı için Bkz. Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan M. Kröll/Patricia Nacimiento, “Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview”, Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, B.2, Kluwer Law International, 2015, s.23.

¹² Tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşünü savunan yazarlar için bkz. Kuru/Aydın, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı C.II**, s. 1874; Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, “Tahkim”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), **Medeni Usul Hukuku**, C.III, İstanbul: Oniki Levha, 2017, s. 2663; Alangoya, s. 64-80; Şanlı/Ataman/Figanmeşe, s. 844; Zina Abdulla, “The Arbitration Agreement, International Arbitration in Switzerland”, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki (eds), **International Arbitration in Switzerland**, Kluwer Law International, The Netherlands 2004, s. 28; Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 10; Berk Demirkol, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 287.

¹³ Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, 2014, s. 459; Berk Demirkol, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, İstanbul: Vedat, 2018, s. 254; Baki Kuru/Burak Aydın, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı C.I, B.2, Yetkin**, Ankara, 2021, s. 848.

¹⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2018 yılında verdiği kararda “sözleşmenin kurulması, şekli, ehliyet gibi noktalarda maddi hukuka ilişkin hükümler uygulansa da, tahkim sözleşmesi yargılama hukuku alanında cereyan eder ve sonuçlarını da bu alanda doğurur. Bu haâiyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır...ayrıca tahkim sözleşmesinin usul hükümleri içinde düzenlenmesi, usul sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir” gerekçeleriyle tahkimin baskın bir biçimde usul hukuku sözleşmesi niteliğini haiz olduğunu ifade etmiştir. İBBGK., E. 2016/2 K. 2018/4 T. 13.04.2018. www.lexpera.com (20.01.2023).

¹⁵ Blackaby/Partasides/Redfern, para.1.20; Abdulla, s. 15; Lew, s. 114; Chukwumerije, s. 29; Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, B.6, C.1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 54; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, B.4, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 93; Yavuz Kaplan, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin, 2002, s. 25; Adrian Briggs, **Private International Law in English Courts**, Oxford University Press, 2014, s. 992; Thomas E. Carbonneau, **Arbitration Law and Practice Cases and Materials**, B.5, USA: West, 2007, s. 1; İlhan, s. 127; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 6; Kemal Dayındarlı, **HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim (Açıklamalı ve İçtihatlı)**, Ankara, 1997, s. 36; Ertekin/Karataş, s. 40; Fernando Mantilla Serrano, “Multiple Parties and Multiple-Contracts: Divergent and Comparable Issues?”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol.7, Kluwer Law International, 2010, s. 25; Noah Rubins, “Group of Companies Doctrine and the New York Convention”, E. Gaillard, D. Di Pietro (eds), **Enforcement of Arbitration Agreements and**

anlaşması, tahkim yoluna başvurmanın “olmazsa olmaz” (*conditio sine qua non*) koşuludur¹⁶. Devlet mahkemeleri yargı yetkilerini kanunlardan alırken, hakemin veya hakem kurulunun yetkisi tamamen tarafların arasındaki tahkim anlaşmasından doğar¹⁷. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin, tahkim yargılaması sonunda verilecek kararda ekonomik veya hukuki menfaatleri bulunsun bile bu husus göz önüne alınmaz¹⁸. Tahkim anlaşması, yalnızca bu anlaşmayı akdeden kişiler arasında bağlayıcıdır¹⁹. Bu nedenle tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişi tahkimde dava açamayacağı gibi, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan bir kişiye karşı tahkimde dava açılırsa hakem kurulunun yetkisi bulunmadığı ileri sürülerek davanın yetkisizlikten reddedilmesi talep edilebilecektir.

Roma hukuku’nda *res inter alios acta aliis neque prodest* olarak ifade edilen ve medeni hukukun temel ilkelerinden olan nisbilik (görecelilik) prensibi uyarınca, borç ilişkileri sadece bu ilişkinin taraflarını (*inter partes*) ilgilendirir²⁰. Nisbilik ilkesinin sonucu, sözleşmenin etkilerinin yalnızca bu sözleşmeyi kuranlar arasında kalmasıdır. Dolayısıyla bir borç ilişkisi ile, kural olarak üçüncü kişi yararına veya zararına etkiler

International Arbitral Awards – The New York Convention Practice, Cameron May, 2008, s. 449; Thomas Schultz/Thomas Grant, **Arbitration: A Very Short Introduction**, Oxford Academic, 2021, s. 15

¹⁶ Akıncı, s. 93; Bunun istisnası, zorunlu tahkimdir. Zorunlu tahkim yolu kanundan kaynaklanır. Bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku s.10; Yılmaz, HMK Şerhi, s. 5390; Ayrıca yatırım tahkiminde genellikle yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim klotu içeren bir sözleşme bulunmaz. Yatırımcılar çoğunlukla, devletlerin akdettikleri İkili veya Çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerine dayanarak ev sahibi devlete karşı tahkime başvururlar. Bkz. İnci Ataman Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **PPIL**, Vol.31, S.1, s.105; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara: Yetkin, 2013, s.99

¹⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s.100; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 6; Voser, s. 178; Moses, s. 20; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2020, s. 726; Hacı Can/Ekin Tuna, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, B.1, Ankara: Seçkin, 2021, s. 76; Rene David, **Arbitration in International Trade**, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, s. 8.

¹⁸ Stavros L Brekoulakis, “Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, s. 119.

¹⁹ Emmanuel Gaillard/John Savage, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, s. 280; Cemal Şanlı/ Emre Esen/İnci Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.10, İstanbul: Beta, 2023, s. 842; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta, 2004, s. 100; Abdulla, s. 20; Daniel Girsberger/Nathalie Voser, **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, B.4, Nomos, 2021, s. 85; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 6; Richard Bamforth, “Joining Non-Singatories to an Arbitration: Recent Developments”, **Inhouse Perspective**, Vol.3, No.3, 2007, s. 17; Can/Tuna, s. 76; Bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, “her sözleşmede olduğu gibi, tahkim sözleşmesi ancak ona taraf olanlar arasında geçerlidir...akitler, taraf olmayanlar leh ve aleyhinde hiçbir sonuç doğuramazlar.” 4 HD. 6158/10055, 23.9.1975. (YKD 1976/8, C.2 s. 1127-1128.); *Steelworkers v. Warrior&Gulf Co.* kararında ABD Yüksek Mahkemesinin ifadeleriyle: “Tahkim bir sözleşme ilişkisidir ve tahkime gitme iradesini koymayan kişiler tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulamazlar.” 363 U.S. 574 (1960). www.supreme.justia.com (02.01.2023).

²⁰ Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Fakülteler Matbaası, 1976.

yaratılamaz²¹. Bir başka deyişle, borç ilişkisinin tarafı olmayan kişi bu ilişkiye dayanarak taleplerde bulunamaz; aynı şekilde bir borç ilişkisinin tarafı olmayan kişiye karşı bu borç ilişkisine dayanılarak taleplerde bulunulamaz²².

Tahkim anlaşması, bir esas sözleşmenin içinde yer alması veya müstakil bir sözleşme olarak düzenlenmesi fark yaratmaksızın hukuki nitelik olarak bir sözleşmedir²³. İşte bu nedenle borçlar hukukunda yer alan sözleşmelerin nisbiliği prensibi tahkim anlaşmaları için de geçerlidir²⁴.

Borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişiler (özel durumlar saklı kalmak koşuluyla) ne alacaklı ne de borçlu olarak borç ilişkisine dahil olabilirler²⁵. Üçüncü kişilerin borç ilişkisine dahil olmasını sağlayan istisnalar kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir²⁶. Buna paralel olarak, tahkim anlaşması da bir sözleşme olduğundan, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinin bazı istisnalarının olabileceğinin kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki esas borç ilişkisinin taraflarının değişmesi veya esas ilişkiden doğan hak ve borçların taraf değiştirmesi hâllerinde, esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasının bu ilişkinin veya hak ve borçların yeni taraflarını bağlayıp bağlamayacağı sorusu tartışılacaktır. İşte bu noktada, maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle, tahkim anlaşmasının bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan kişileri de bağlayacağı kabul edilirse, tahkim anlaşması bu kişilere teşmil edilmiş olacaktır. Taraflar arasındaki esas ilişkiden doğan alacak veya borç devredildiğinde, bu hak veya

²¹ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, B.7, İstanbul: Vedat, 2017, s. 365.

²² Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin, 2021, s.54; Özcan Günergök/Şaban Kayıhan, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020, s. 9; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul: Legal, 2018, s.21.

²³ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 5944.

²⁴ Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta, 2008. s. 11; Pekcanıtez/Yeşilirmak, s. 2678; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, **International and Domestic Arbitration in Switzerland**, Stämpfli Verlag, 2015, s. 184; Can/Tuna, s. 194; Doğan Ağırman, **Milli&Milletlerarası Tahkim**, B.1, Ankara: Adalet, 2022, s. 254; Johan Tufte-Kristensen, “The Subjective Scope of Arbitration Agreements under Norwegian and Danish Law”, Axel Calissendorff, Patrik Schöldström (eds), **Stockholm Arbitration Yearbook 2022**, Kluwer Law International, 2022, s. 193; Bilgin Tiryakioğlu, “Çok Taraflı Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara: ICC Türkiye, 27 Aralık 2014, s.102; Delvolvé/Pointon/Rouche, s. 68; Erkan, tahkim anlaşmasının nisbiliği kuralının istisnalarını; yasal bir dayanağın bulunduğu halleri, yatırım tahkiminde davalının devlet tüzelkişisi olarak seçilmesi, iyiniyet prensibine aykırılık, bağlantılı sözleşmeler, halefiyet, garanti sorumluluğu ve üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ifade etmiştir. Erkan, s. 61-70.

²⁵ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, B.27, İstanbul: Oniki Levha, 2021, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, B.7, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 15; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H.Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Oniki Levha, 2016, s.43; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.19, C.1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 29; Antalya, s. 21.

²⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.26, Ankara: Turhan, 2022, s. 18.

borcun yeni sahibi esas sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olacak mıdır? Veyahut da üçüncü kişi lehine sözleşmenin mevcudiyeti hâlinde üçüncü kişi bu sözleşmedeki tahkim şartına başvurabilecek midir? Bu sorulara olumlu cevap verilmesi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmesiyle mümkündür.

Görüldüğü gibi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusu esasen tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinin istisnalarının incelenmesidir²⁷. Bu nedenle de tahkim anlaşmalarının nisbiliği ilkesinin tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline mâni olacağını ileri sürmenin²⁸ hatalı olacağı kanaatindeyiz. Zira tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye (her ne kadar şeklen tahkim anlaşmasına taraf olmasa da) teşmil edilmesi aslında bu kişinin tahkim anlaşmasının gerçek bir tarafı olduğunun ortaya konulmasıdır. Tahkim anlaşmasının teşmil edildiği hâllerde zaten üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği kanaatine varılmaktadır. Tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere kontrolsüz ve koşulsuz olarak teşmil edilmesinin önünü kapattığı ileri sürülmüşse de²⁹, aslında teşmile izin verilip verilmemesi “tahkim anlaşmasının nisbiliği” gibi genelgeçer bir gerekçeyle açıklanamaz. Nasıl ki borçlar hukukunda sözleşmenin nisbiliği ilkesi kabul edilmesine rağmen bu ilkenin istisnaları da mevcutsa, aynı şekilde tahkim hukukunda da tahkim anlaşmasının nisbiliğinin istisnaları olduğu kabul edilmelidir. İşte bu nedenle nisbilik ilkesi teşmile bir engel olarak görülmemeli, bunun yerine teşmil, nisbilik ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilmelidir.

C. Tahkim Anlaşmasının Yazılı Olarak Akdedilmesi Kuralı

Tahkim anlaşması hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olduğu için sözleşmenin kuruluşuna, geçerliliğine ve bu arada sözleşmeye yönelik irade beyanlarının ne şekilde açıklanabileceğine ilişkin borçlar hukuku ilkeleri tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanabilir³⁰. Tahkim anlaşmasına rıza, açık bir şekilde

²⁷ Demirkol, **Teşmil**, s. 282; Tiryakioğlu, s. 102.

²⁸ Marc Blessing, “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories”, Marc Blessing (ed), **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, ASA Special Series 8, Zurich, 1994, s. 160.

²⁹ Mohamed S. Abdel Wahab, “Extension of Arbitration Agreements to Third Parties: A Never Ending Legal Quest Through the Spatial-Temporal Continuum”, Franco Ferrari, Stefan Kröll, (eds), **New Conflict of Laws in International Arbitration**, New York: Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2010, s. 139.

³⁰ Şanlı/Esen/ Figanmeşe, s. 839; Umar, s. 1185; Cemal Şanlı/Emre Esen, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Ali Yesilirmak, İsmail G. Esin (eds), **Arbitration in Turkey**, Kluwer Law International, 2015, s. 226; Özdemir Kocasakal, s. 37; Voser, s. 162; Dayındarlı, s. 16; Blaise Stucki/Schellenberg Wittmer, “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, **ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006**, s. 2.

verilebileceği gibi zımni (örtülü-*implicit*) olarak da verilebilir³¹. Zımni irade, kişinin tahkime gitme iradesinin davranışlarından anlaşıldığı hâllerde söz konusu olur³². Tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermeyen kişinin tutum veya davranışlarıyla zımni bir rıza gösterip göstermediğinin tespiti yorum kuralları ışığında yapılmaktadır³³.

Tahkim anlaşmasının tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerde³⁴ ve milli hukuklarda³⁵ yazılı şekil şartına tabi kılınmasının karşısında³⁶, tahkime nasıl zımni rıza gösterilebileceği ve bu arada tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin nasıl mümkün olabileceği sorunu karşımıza çıkar. Nitekim doktrinde³⁷ ve mahkeme kararlarında³⁸, üçüncü kişi ile tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafları arasında yazılı

³¹ Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Oniki levha, 2022, s. 784; Bernard Hanotiau, **Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-Contract, Multi-Issue- A Comparative Study**, B.2, Kluwer Law International, 2020, s. 70; Sutton/Gill/Gearing, s. 32.

³² Stucki/Wittmer, s. 4.

³³ Tiryakioğlu, s. 103; Esen, **Teşmil**, s. 16.

³⁴ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Konvansiyonu m. II, UNCITRAL Model Kanun m. 7,

³⁵ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA) m. 178(1); ABD Federal Tahkim Kanunu Bölüm 2, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu Bölüm 5, Fransız Hukuk Usulü Kanunu m.1507.

³⁶ Özel, **Kanunlar İhtilafı**, s. 62; Toby Thomas Landau, "The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When "Written" Means "Oral", Albert Jan Van den Berg (ed), **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions**, ICCA Congress Series, No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 19; Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, B.2, Ankara: Yetkin, 2010, s. 213

³⁷ Vladimir Pavic, "Non Signatories and The Long Arm of Arbitral Jurisdiction", Tibor Varady, P. Hay, L. Vekas, Y. Elkana, N. Dimitrijevic, (eds), **Resolving International Conflicts – Liber Amicorum**, New York: Central European University Press, 2009, s. 216; Otto Sandrock, "Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories", Marc Blessing (ed), **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, ASA Special Series 8, Zurich 1994, s. 166; James M. Hosking, "Non-signatories and International Arbitration in the United States, the Quest for Consent", **Arbitration International**, Vol. 20, No. 3, 2014, s. 299.

³⁸ Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi, hakem kararının tenfizi talebini reddettiği *Re. Javor v. Francoeur* kararında, hakem kurulunca tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar verilen üçüncü kişinin ne sözleşmede taraf olarak gösterildiğini ne de bu sözleşmeyi imzaladığını gerekçe göstererek New York Konvansiyonu m. II’ye aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. 2003 BCSC 350, www.newyorkconvention.org (11.02.2023); Hindistan Yüksek mahkemesi, karara konu olaydaki şirketin tahkim anlaşmasını imzalamadığı hâlde davranışlarıyla tahkim anlaşmasına taraf haline geldiği iddiasını, 1996 tarihli Arabuculuk ve Tahkim Kanunu’nun 7. maddesindeki şekil şartlarını sağlamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. *Indowind Energy Ltd v. Wescare (India) Ltd*, (2010) 5 SCC 306 (Indian S. Ct) www.indiankanoon.org. (11.02.2023); ABD Bölge Mahkemesi, "Her ne kadar Federal Tahkim Kanunu tahkim anlaşmalarını diğer sözleşmelerle denk tutsa ve tahkim yanlısı bir yaklaşım benimsese de...Konvansiyon yalnızca taraflarca imzalanan ve yazılı şekilde akdedilen tahkim anlaşmalarını tanımaktadır..." ifadelerini kullanmıştır. *Outokumpu Stainless USA, LLC v. Converteam SAS*, 902 F.3d 1316, 30.8.2018, www.casetext.com (08.01.2023). Ancak daha sonra bu kararı bozan ABD Yüksek Mahkemesi kararın gerekçesinde New York Konvansiyonu’ndaki yazılılık şartının, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına dayanmasını engellenmediğini, üçüncü kişilerin milli hukuktaki estoppel kurallarına dayanarak tahkim anlaşmasıyla bağlı olabileceğini belirtmiştir. *GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC*, 140 S. Ct. 1637 (2020), 1.6.2020, www.casetext.com (29.01.2023)

şekilde akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının bulunmaması, teşmile karşı ileri sürülen argümanlardan biridir.

Öncelikle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili ile tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi şartının doğaları gereği birbirlerini dışladıklarını³⁹ ifade etmekle başlamak gerekir. Zira eğer bir kişi tahkim anlaşmasını yazılı olarak akdetmiş olsaydı, zaten tahkim anlaşmasının o kişiye teşmili mevzu bahis bile olmayacak, o kişi doğrudan tahkim anlaşmasının bir tarafı olarak değerlendirilebilecekti⁴⁰. Daha önce de belirttiğimiz gibi, teşmil, kavram olarak, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayıp altta yatan maddi hukuk ilişkisi sebebiyle taraf olanları saptama faaliyetidir. Bu nedenle tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayanlar bakımından yazılı şekil şartının gerçekleşmemesi sebebiyle tahkim anlaşmasının teşmilinin mümkün olmadığını ileri sürmek kanımızca tutarsız olacaktır.

Bu görüşe paralel olarak doktrinde ve mahkeme kararlarında, tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartlarının yalnızca tahkim anlaşmasının ilk defa akdedilmesi sırasında uygulanacağı, üçüncü kişilerin sözleşmeden doğan hak ve borçlara halef olacağı veya bunları devralacağı işlem veya ilişkilere uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği bir karara⁴² konu olayda X, Y ve Z arasında akdedilen yazılı tahkim anlaşmasına A şeklen taraf değildir. PILA⁴³ m. 178(1)'de yer alan yazılılık şartı uyarınca yalnızca tahkim anlaşmasına şeklen taraf olanların tahkim anlaşmasıyla bağlı olabileceği argümanına karşı Federal Mahkeme, bir hakkın veya sözleşmenin devri ya da borcun yüklenilmesi gibi bazı

³⁹ Özdemir Kocasakal, s. 28.

⁴⁰ Bernard Hanotiau, "Groups of Companies in International Arbitration", Loukas A. Mistelis, Julian D.M. Lew (eds), **Pervasive Problems in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006, s. 284; Özdemir Kocasakal, s. 28; Pavic, s. 218.

⁴¹ Born, s. 1605; Esen, **Teşmil**, s. 58; Stephen Jagusch/Anthony Charles Sinclair, "The Impact of Third Parties in International Arbitration: Issues of Assignment", Loukas A. Mistelis, Julian D.M. Lew (eds), **Pervasive Problems in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006, s. 295; Berger/Kellerhals, s. 196-197; Anthony C. Sinclair, "The Assignment of Arbitration Agreements", E. Gaillard, D. Di Pietro (eds), **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention Practice**, Cameron May, 2008, s. 388; Miquel Mirambell Fargas, "Choosing Spanish Arbitration Law to Apply the Group of Companies Doctrine", **Arbitration International**, Vol.39, 2023, s. 103.

⁴² X. S.A.L., Y. S.A.L. and A v. Z, *SARL and ICC Arbitral Tribunal*, DFT 129 III 727, 4P_115/2003 (16 octobre 2003 4P_115 2003.pdf (swissarbitrationdecisions.com)); Bu karar, bazı yazarlarca mahkemenin yazılılık şartına ilişkin yaklaşımının yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Mahkeme, tarafların herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın tahkim anlaşması akdedebileceklerini kabul etmek yerine, sadece üçüncü kişilerin şekil şartıyla bağlı olmadıklarını ifade etmekle yetinmiştir. Bu yaklaşımın tahkim anlaşmasını akdeden orijinal tarafların iradesini ayakta tutmaktansa, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini desteklediği yönünde bkz. Stucki/Wittmer, s. 7.

⁴³ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

hâllerde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabileceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme yazılılık şartının yalnızca uyumsuzlukları tahkim yoluyla çözme iradelerini karşılıklı olarak açıklayan ve böylece tahkim anlaşmasını meydana getiren orijinal taraflara uygulanacağını belirtmiştir. Bir diğer deyişle, maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle tahkim anlaşması içeren sözleşmeye sonradan taraf hâline gelen kişiler bakımından yazılılık şartı aranmayacaktır. Federal Mahkeme'nin analizinde vurgulanması gereken diğer bir husus, Mahkeme'nin, şeklen geçerli bir şekilde kurulan tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının belirlenmesinin şekle değil, maddi hukuka ilişkin bir mesele olduğu belirtmesidir. Dolayısıyla bizim de yukarıda savunduğumuz görüşe paralel olarak bu kararda tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi kuralının tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline engel olmayacağı görüşü benimsenmiştir.

Poudret/Besson, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yaklaşımını eleştirmektedir. Zira İsviçre hukukuna göre tahkim anlaşması PILA m.178'deki şekil şartlarının sağlanması hâlinde geçerlidir. Federal Mahkeme tarafından tahkim anlaşmasının orijinal taraflarına ve üçüncü kişilere ilişkin olarak yapılan ayırım, teşmil bakımından kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen özel bir statü yaratılması anlamına gelmektedir. Oysa yazarlara göre üçüncü kişiler de tahkim anlaşmasının orijinal taraflarının yararlandığı güvencelerden yararlanmalıdır⁴⁴. Bize göre, sırf kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen bir statü yaratıldığı gerekçesiyle yazılılık şartını üçüncü kişiler bakımından da aramak doğru bir yaklaşım değildir. Zira kanun koyucunun tahkime ilişkin mevzuatta tahkim anlaşmasına maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle taraf olacak kişilerin durumunu düzenlememesi son derece doğaldır. İkinci olarak, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde akdedilme şartının altında taraflara bir güvence sağlamak gayesinin yattığı kabul edilse bile, tahkim şartı içeren sözleşmeyi veya hakkı devralan veyahut da dürüstlük kuralı uyarınca bir sözleşmeye taraf olarak kabul edilen kişiler, artık bu sözleşmenin diğer herhangi bir hükmüyle bağlı olmadıklarını ileri süremeyecekleri gibi, tahkim şartı ile bağlı olmadıklarını da ileri sürememelidirler.

Tahkim anlaşmasının yazılılık şartının getirilme amacından hareket ettiğimizde de bu şartın tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini engellemediği sonucuna

⁴⁴ Jean-François Poudret / Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, B.2, London: Sweet&Maxwell, 2007, s. 221.

varılmalıdır⁴⁵. Şekil zorunluluğunun getirilme sebebi olarak, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yetkisini kaldırarak uyuşmazlığı özel bir çözüm yöntemi olan tahkime tabi kılması gösterilmektedir⁴⁶. Böylece yazılı şekil şartı uyarıcı⁴⁷ bir görev icra ederek, tarafların devlet mahkemelerine başvurma hakkından feragat etme kararını düşünerek vermelerini sağlamaktadır⁴⁸.

Şekil şartlarının ihlal edilmesinin sonuçları, bu şekil şartının getirilme amacı ışığında değerlendirilmelidir⁴⁹. Bu nedenle şekil şartına aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurması, yalnızca bu şekil şartının korumak istediği tarafların söz konusu olduğu durumlarda mümkün olmalıdır⁵⁰. Bu itibarla, şekil şartlarını, tahkim anlaşmasının kuruluşundan sonraki aşamalarda da aramanın haklı bir gerekçesi olmadığı savunulmuştur. Eğer tahkim anlaşmasının orijinal tarafları arasında yazılı ve şekle uygun bir tahkim anlaşması varsa ve daha sonra üçüncü kişi o tahkim anlaşmasına taraf hâline gelirse, bu kişi açısından tahkim anlaşmasının şartları

⁴⁵ Esen, **Teşmil**, s. 57.

⁴⁶ Girsberger/Voser, s. 94.

⁴⁷ Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde akdedilmesi gerekliliğinin altında yatan gayenin tarafları korumak olduğu iddiasına karşı çıkan bir görüş, milletlerarası ticari tahkimin genelde son derece deneyimli ve bilgili ticari aktörler arasında cereyan ettiği ve bu kişilerin özel bir korumaya ihtiyaç duymadığına vurgu yapmıştır. Bkz. Gilles Cuniberti, **Rethinking International Commercial Arbitration**, Edward Elgar Publishing, 2017 s. 10; Hatta milletlerarası ticaretle uğraşan kişilerin tahkimden değil, devlet mahkemelerinden korunması gerektiği bile ifade edilmiştir. Bkz. Andreas Reiner, "The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention", Albert Jan Van den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 86; Öte yandan Esen, milletlerarası ticari aktörlerin tahkimden değil, devlet mahkemelerinden korunmaları gerektiği görüşünün kabul edilmesi halinde milletlerarası ticari aktörlerin hukuki güvenceden yoksun bırakılacaklarını savunmakta ve bu görüşe katılmamaktadır. Emre Esen, "Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Vol.28, S.1-2, 2008, s. 113.

⁴⁸ Berger, **Dispute Resolution**, s. 425; Born, s. 701; İlhan, s. 37; Neil Kaplan, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice," **Asia Pacific Law Review**, Vol.5, No.1, 1996, s. 7; Sandrock'a göre, tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartlarının tahkim yargılamasına yabancıların davacı veya davalı olarak katılımını engelleme amacına hizmet ettiğini savunur. Buna göre, şekil şartının amacı, tahkim anlaşmasına kimlerin taraf olup kimlerin olmadığı tartışmasız bir şekilde ortaya konulmasıdır. Otto Sandrock, "Arbitration Agreements and Groups of Companies", **International Lawyer**, Vol.27, No.4, 1993, s. 950; UNCITRAL Çalışma grubu, UNCITRAL Tahkim Kuralları m.7'ye getirilecek değişikliklerin tartışıldığı raporda, yazılılık şartının amacının tarafların tahkim iradesinin değil, tahkim anlaşmasının içeriğinin kayıt altına alınması olduğunu belirtmiştir. UNCITRAL 39. Oturum Raporu, No.17 (A/61/17), s.25, para 153. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/558/15/PDF/V0655815.pdf?OpenElement> (28.01.2023); Reiner'a göre de, şekil zorunluluğunun getirilme amacı tahkim anlaşmasının içeriğinin kayıt altına alınmasıdır. Zira tahkimin giderek artan popülerliği ve tahkim merkezlerinin sayısının gün geçtikçe artması, tarafların hangi tahkim merkezine başvuracağını ve yargılamayı hangi kurallara tabi kıldığının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Reiner, s. 87-88.

⁴⁹ Philipp Habegger, "Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form", **ASA Bulletin**, Vol. 22, No.2, 2004, s. 409.

⁵⁰ Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul: Oniki Levha, 2016, s. 227.

açısından bir soru işareti olmayacaktır, zira bu kişi yazılı bir tahkim anlaşmasına taraf hâline gelmiştir⁵¹. Nitekim Alman Federal Mahkemesi bir kararında⁵², tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartının yalnızca anlaşmanın ilk defa akdedilmesi sırasında aranacağını belirtirken, tahkim anlaşmasına devir yoluyla taraf hâline gelen kişinin sözleşmenin içeriğini araştırma ve tahkim şartından haberdar olma imkanının mevcut olduğunu ifade etmiştir. İşte bu nedenle şekil şartının koruyucu fonksiyonunun⁵³ devreye girmesine gerek yoktur. Esas ilişkiye devir yoluyla taraf hâline gelen kişinin sözleşmeyi incelememesi durumunda ise bu sözleşmede yer alan tahkim şartından haberdar olmadığı için bu şart ile bağlı olmadığı iddiası kabul edilmemelidir. Zira devralan, sözleşmeyi bir bütün olarak devralmakta ve sözleşmede yer alan hükümlerle, bu hükümleri bilip bilmediğine bakılmaksızın bağlı kabul edilmektedir.

II. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Kullanılan Terminolojinin Netleştirilmesi

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bağlamında mahkemelerce, hakemlerce ve doktrinde kullanılan kavramlar arasında bir tutarsızlık bulunmaktadır. Müstakil tahkim anlaşmasını veya tahkim şartının içinde yer aldığı esas sözleşmeyi imzalamadığı için görünürde tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri ifade etmek üzere “üçüncü kişi”⁵⁴ (*third-party*) ve “tahkim anlaşmasına imza koymayan taraf” (*non-signatory*) kavramlarının kullanıldığı görülmüştür. Geleneksel olarak *signatory* ifadesi, tahkim anlaşmasını imzalamak suretiyle bu anlaşmaya taraf olan kişileri belirtir⁵⁵. Ne var ki, “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar” teriminin yanıltıcı

⁵¹ Daniel Girsberger/Christian Hausmaninger, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, **Arbitration International**, Vol.8, No.2, 1992, s. 143; Born, s. 1606; Ulrich Haas/ Heiner Kahlert, “New York Convention”, Frank-Bernd Weigand, Antje Baumann (eds), **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, B.3, 2019, s. 1639.

⁵² German Bundesgerichtshof 71 BGHZ 162, 166 (1978). Kararın özeti için bkz. Habegger, **Extension**, s. 408.

⁵³ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde şekil şartının tarafları uyarıcı işlevine de gerek kalmadığı, zira teşmil kararı verilirken zaten ilgili tüm tarafların menfaatinin göz önüne alındığı ve bu menfaatler arasında bir denge kurulduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Haas/Kahlert, s. 1639.

⁵⁴ Üçüncü kişi kavramını Akyol, “*bir hukuki işlemin kurulması söz konusu olan durumlarda bir hukuki işlemin meydana gelmesine katılmayan kişiler*” olarak tanımlamıştır. Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 12. Ancak çalışmamızda kullanılan üçüncü kişi ifadesi bu anlama gelmeyip, sözleşmenin kuruluşuna, ifasına veya sona ermesine katılan kişileri ifade etmektedir.

⁵⁵ Alexandre Meyniel, “That Which Must Not be Named: Rationalizing the Denial of US Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine”, **The Arbitration Brief**, Vol.3, 2013, 24; Anthony M. DiLeo, “Enforceability of Arbitration Agreements by and Against Non-signatories”, **The Journal of American Arbitration**, Vol.2, S.1, 2003, s. 33.

olduğu, zira salt imza eksikliğinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açabileceği yönünde yanlış bir kanı uyandırdığı belirtilmiştir⁵⁶.

Esasen pek çok hukuk sistemi tahkim anlaşmasının imzalı olması zorunluluğunu getirmez. Hatta bazı hukuk sistemleri tahkim anlaşmasının yazılı yapılması şartını kaldırmakta, sözlü olarak yapılan tahkim anlaşmalarını bile geçerli kabul etmektedir⁵⁷. *Prudential*⁵⁸ kararında ABD Temyiz Mahkemesi'nin *Kaplan v. First Options*⁵⁹ kararına da atıf yaparak belirttiği üzere, “*Tahkim anlaşmasıyla bağlı olan tarafların belirlenmesi, tahkim anlaşmasına kimlerin imza koyduğuna ilişkin araştırmayla sınırlı kalmaz. Burada belirleyici husus, tarafların tahkime gitme yönünde açık ve net iradelerinin olup olmadığıdır.*”

Öte yandan, tahkim anlaşmasının imzalanmış olması, imza koyan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu her zaman göstermez⁶⁰. İmza, sadece tahkim iradesine ilişkin bir delil olabilir⁶¹. Oysa, tahkim anlaşmasının, farklı sebeplerle geçersiz olduğu kanıtlanabilir. Bu durumda da tahkim anlaşmasına imza koyan kişiler tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacaktır. İşte bu nedenlerle “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar” terimi yerine, “sözü edilmemiş taraflar” veya “bahsi geçmeyen taraflar” şeklinde ifade edebileceğimiz “*un-mentioned parties*” teriminin kullanılması

⁵⁶Poudret/Besson, s. 211; William Park, “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, Oxford University Press, 2009, s.6; Stucki/Wittmer, s. 1; Carlos A. Matheus Lopez, “Global Analysis of the Extension of the Arbitration Agreement to Non-signatories, and Proposed Model Norm and Guideline for Standard Use”, Ben Beaumont, Alexis Foucard, et al. (eds), **International Arbitration: Quo Vadis?**, Kluwer Law International, 2022, s. 75; Alan Scott Rau, **The Allocation of Power between Arbitral Tribunals and State Courts**, The Netherlands: Brill, 2018, s. 200.

⁵⁷ Fransız, İsveç ve Norveç hukuklarında tahkim anlaşması yazılı veya sözlü olarak akdedilebilir. Girsberger/Voser, s. 79.

⁵⁸ *In re: the Prudential Insurance Company*, 133 F.3d 225 (3d Cir. 1998), www.casetext.com (5.02.2023)

⁵⁹ *Kaplan v. First Options of Chicago, Inc.*, 19 F.3d 1503 (3d Cir. 1994) www.casetext.com (5.02.2023)

⁶⁰ Poudret/Besson, s. 211; Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 6; Tamar Meshel, “Caught Between the FAA and the New York Convention: Non-Signatories to International Commercial Arbitration Agreements and the “In Writing” Requirement”, **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, Vol.22, S.3, 2020, s. 714-715; Tahkim iradesinin aldatma veya tehdit ile sakatlanmasında, tüketiciyi koruyucu hükümlerin uygulama alanı bulduğu veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı hallerde durum böyledir. Park, **Non Signatories**, s.6, dn. 12.

⁶¹ Johannes Landbrecht/Andreas R. Wehowsky, “Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its Extension”, **ASA Bulletin**, Vol.35, S.4, 2017, s. 839; Loukas A. Mistelis / Domenico Di Pietro, “New York Convention, Article II: Arbitration Agreements”, Loukas A. Mistelis (ed), **Concise International Arbitration**, B.2, Kluwer Law International, 2015, s. 11.

önerilmiştir⁶². Yine de, bu terimi öneren yazar, “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar” teriminin kullanılmasına karşı çıkmamış; bu terimin tahkime gitme iradesini çok net bir şekilde ortaya koymayan tarafları ifade ederken kullanılabileceğini belirtmiştir⁶³.

Diğer taraftan, “üçüncü kişi” ve “tahkim anlaşmasına imza koymayanlar” terimlerinin birbiri yerine kullanılamayacağı, zira üçüncü kişi teriminin şemsiye bir kavram olduğu dile getirilmiştir. Bu kavramın altında, tahkim anlaşmasını imzalamamış olsa da tahkim anlaşmasıyla bağlı olan kişileri ifade eden “tahkim anlaşmasına imza koymayan taraf” ve tahkim anlaşmasını imzalamadığı gibi başka bir şekilde tahkime gitme iradesini ortaya koymayan kişileri tanımlayan “dar anlamda üçüncü kişiler” yer almaktadır⁶⁴. Bu sınıflandırmayı esas alırsak çalışmamızın konusunu oluşturan kişiler, yazarın “tahkim anlaşmasına imza koymayan taraf” şeklinde nitelediği kişiler olacaktır.

Başka bir görüşe göre ise “üçüncü kişi” terimi tahkim yargılamasına, yargılamanın sonucunda menfaati olduğu için dahil olmak isteyen (*intervention*) kişileri ifade etmekte olup bu kişilerin yargılamaya katılması usuli bir meseledir. Bu ihtimalde üçüncü kişiler tahkim anlaşmalarına ne açık ne de örtülü rıza göstermiş olmalarına rağmen, iddia ve savunmalarını sunmak için yargılamaya dahil olmak isteyebilirler⁶⁵. Oysa tahkim anlaşmasının “tahkim anlaşmasına imza koymayan taraf” a teşmilinde mesele tamamen sözleşmeler hukukuna ilişkindir.

Doktrinde tahkim anlaşmasının “teşmili”⁶⁶ (*extension*) ifadesinin de yanıltıcı olduğu, bu ifadenin teşmil vasıtasıyla tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının genişletildiği izlenimini verebileceği belirtilmiştir⁶⁷. Ancak mesele,

⁶² William W. Park, “The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction”, Albert Jan Van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series No. 13, 2007, s. 149, dn. 365.

⁶³ Park, **Non Signatories**, s.6

⁶⁴ Stavros L. Brekoulakis, **Third Parties in International Commercial Arbitration**, Oxford University Press, 2010, s.2.

⁶⁵ López, s. 75.

⁶⁶TDK Türkçe Sözlük’te teşmil kelimesi; “kapsamına alma, genişletme, yayma” olarak tanımlanmaktadır.

⁶⁷ John Savage/Ai Leen Tan, “Family Ties: When Arbitration Agreements Bind Non-Signatory Affiliate Companies”, **Asian Dispute Review**, Vol.5, S.2, 2003, s. 16; Voser, s.161; Waincymer, tahkim anlaşmasının teşmili yerine üçüncü kişilerin sözleşmeye dahil edilmesi (*inclusion of multi-parties*) kavramının kullanılmasını önermiştir. Jeffrey Maurice Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012, s. 514; Diğer taraftan, teşmil (*extension*) ifadesinin tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının tartışıldığı tüm durumları kapsamına almadığı ileri sürülmüştür. Örneğin üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişilerin

tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının kimler olduğuna karar verilmesi ve sonuç olarak da kimlerin bu anlaşmaya dayanabileceği veya bu anlaşmayla bağlı tutulabileceğinin saptanmasıdır⁶⁸. Dolayısıyla burada, tahkim anlaşmasının teşmilinden ziyade, tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının saptanması söz konusudur⁶⁹. Ortaya atılan teşmil teorilerinin pek çoğu, söz konusu üçüncü kişinin, çoğu zaman davranışlarının örtülü irade beyanı teşkil etmesi sebebiyle, aslında tahkim anlaşmasının gerçek bir tarafı olduğu sonucuna ulaşılmasına hizmet eder⁷⁰.

Genel olarak tahkim anlaşmasının teşmilinde ve özel olarak çalışmamızda inceleyeceğimiz grup şirketler doktrini çerçevesinde teşmilde, tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği kişi veya şirket çoğu kez esas uyumsuzlukla son derece yakın bir ilişki içerisinde. Bu nedenle “üçüncü kişi” kavramı söz konusu kişileri çok iyi ifade edemese de, kullanım kolaylığı açısından çalışmamızda bu kavramı “tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişi” anlamına gelecek şekilde kullanacağız.

III. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Kullanılan Teoriler

Doktrin ve uygulamada tahkimde üçüncü kişilere ilişkin sorunlara çözüm aranırken pek çok hukuki teori geliştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki doktrinde teşmilde kullanılan teorilerin veya hukuki kurumların sınıflandırılmasında yeknesaklık yoktur. Teşmil konusunda doktrinde yapılan ilk çalışmalarda genelde grup şirketler ve devlet kurum ve kuruluşları konusuna odaklanıldığı görülmektedir⁷¹. 1994 yılında düzenlenen ASA (Swiss Arbitration Association) konferansında Jarvin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hâlleri, “grup şirketler doktrini dışında kalanlar”, “grup şirketler doktrinine benzeyen durumlar” ve “*hard-core* grup şirketler doktrini” olarak ayırarak incelemiştir⁷². Hosking ise, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan on hukuki teori tespit etmiştir. Bunlar inkorporasyon, borcun yüklenilmesi, temsil, alter ego, *estoppel*, devir, yenileme, kanuni halefiyet

yerine geçtiği durumlarda (tahkim şartı içeren bir sözleşme üçüncü kişiye devredilmesi, şirketlerin birleşmesi vb.) teşmil söz konusu değildir. Bkz. Stucki/Wittmer, s.1,2

⁶⁸ Poudret/Besson, s. 211; López, s. 74.

⁶⁹ Stucki/Wittmer, s. 2; Born, s. 1527.

⁷⁰ Hanotiau, **Groups of Companies**, s. 281; Born, s. 1527.

⁷¹ James M. Hosking, The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal** 469, Vol.4, No.3, 2004, s. 481.

⁷² Sigvard Jarvin, “The Group of Companies Doctrine”, Marc Blessing (ed), **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, ASA Special Series 8, Zurich, 1994.

(*succession by operation of the law*), sözleşmesel halefiyet (*subrogation*) ve üçüncü kişi yararına sözleşmedir⁷³.

Born, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği durumları, tarafların iradesine dayanan ve dayanmayan hâller olarak ikiye ayırmıştır. Temsil, borcun yüklenilmesi ve devir iradeye dayanan; alter ego ve estoppel teorileri ise iradeye dayanmayan teoriler olarak değerlendirilmiştir⁷⁴. Buna karşın başka yazarlar, tahkim anlaşmasının teşmilinde kullanılan tüm teorilerin aslında dürüstlük kuralına dayandığını, zira bu teorilerin amacının üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda üçüncü kişinin bu iddiasının dikkate alınmamasını sağlamak olduğunu belirtmişlerdir⁷⁵.

Her ne kadar teorilerin isimleri ve şartları farklılık gösterse de, hemen hepsinin altında yatan mantığın benzer olduğu söylenebilir. Taraflar arasındaki esas ilişkiden doğan hak ve borçların geçişine bağlı olarak, esas ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini belirleyen sözleşmenin hükmü (tahkim anlaşması) bu geçişi takip etmektedir. Sözleşmeyi veya sözleşmeden doğan hak veya borcu devralan kişi, tahkim anlaşması içeren sözleşmeyi imzalamasa hatta tahkim anlaşmasından haberdar olmasa bile bu teorilerin birçoğu uyarınca tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilmektedir. Tüzelkişilik perdesinin kaldırılması, estoppel, grup şirketler gibi teorilerde, taraflar arasındaki esas ilişkinin devrine bağlı olarak hak ve borçların devri söz konusu değildir. Ancak bu hâllerde de üçüncü kişinin davranışları, esas sözleşmeye taraf olması sonucunu doğurmakta veyahut da dürüstlük kuralı uyarınca üçüncü kişinin esas sözleşmeyle bağlı olması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla teorileri iradeye dayanan-dayanmayan veya dürüstlük kuralına dayanan-dayanmayan teoriler olarak sınıflandırmanın mümkün olmadığı görüşündeyiz.

Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar tahkim anlaşmasının teşmili ve tahkim anlaşmasının devri (*transfer*) hâllerini birbirinden ayırmakta ve bunların farklı esaslara

⁷³ Hosking, **Doing Justice**, s. 482-485; ABD Temyiz Mahkemesi, 1995 yılında verdiği *Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association* kararında teşmilde kullanılan geleneksel teorileri; inkorporasyon, borcun yüklenilmesi, temsil, alter ego ve estoppel olarak sıralamıştır. Bkz. *Thomson-CSF S.A. v. Am. Arb. Ass'n*, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1995). (www.casemine.com) (28.11.2022)

⁷⁴ Born, s. 1531; Aynı yönde bkz. Loukas A. Mistelis/Giammarco Rao, “The Judicial Solution to the Arbitrator’s Dilemma: Does the ‘Extension’ of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 39, S.3, 2022, 353-354 Benzer bir sınıflandırma için bkz. Dominique Vidal, “The Extension of Arbitration Agreements within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine in Arbitral and Court Decisions”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin** Vol. 16 No. 2, 2005.

⁷⁵ Özdemir Kocasakal, s. 37; Blessing, **Extension**, s. 162.

tabi olacağını belirtmektedir⁷⁶. Öyle ki, esas sözleşmenin devrine bağlı olarak sözleşmeyi devralan kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağını tahkim anlaşmasının teşmiliyle alakalı olmadığı, zira devralan kişinin sözleşmenin eski tarafının yerine geçtiği ileri sürülmüştür⁷⁷. Benzer şekilde şirketin birleşmesi ve miras hukukundan kaynaklanan devirlerde de tahkim anlaşmasının yeni tarafı, eski tarafının yerine geçmektedir⁷⁸. Bu görüşe göre, devir hâlinde esas mesele tahkim şartının esas sözleşmeye bağlı olarak devredilip devredilemeyeceği iken, teşmil hâlinde çözümü gereken sorun üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına rıza gösterip göstermediğidir⁷⁹.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda taraf iradesine dayanan hak devrine bağlı olarak (borcun yüklenilmesi, alacağın temliki, sözleşmenin devri vb. hâllerde) tahkim anlaşmasının teşmilinin genelde kabul edildiği görülmektedir⁸⁰. Hak veya borçları devralan kişi, esas sözleşmedeki tahkim anlaşmasına taraf olmak için bir rıza göstermemiş olsa bile genel kabul, bu kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu yönündedir. ABD, İngiltere, Fransa, İsviçre, Alman, Avusturya, Hint, Japon, Yunan ve İsveç hukuk sistemlerinde hak ve borçları devralan kişilerin otomatik olarak tahkim anlaşmasına da taraf oldukları ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁸¹. Keza taraflar arasında bir üçüncü kişi lehine sözleşme bulunduğu hâllerde üçüncü kişinin bu sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu genel kabul gören görüştür⁸².

Öte yandan, tüzelkişilik perdesinin kaldırılması, estoppel ve grup şirketler doktrini bakımından karşılaştırmalı hukukta son derece farklı yaklaşımlar mevcuttur⁸³. Tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisi İngiliz hukukunda çok nadiren kabul

⁷⁶ López, s. 77; Stucki/Wittmer, s. 1-2; Girsberger/Voser, s. 87.

⁷⁷ Girsberger/Voser, s. 87.

⁷⁸ Stucki/Wittmer, s.1-2.

⁷⁹ Stucki/Wittmer, s.2.

⁸⁰ Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 123; Philippe Leboulanger, “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”, Albert Jan Van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series No. 13, s. 28.

⁸¹ Girsberger/Hausmaninger, s. 123 vd.; Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 123; Yargıtay, sözleşmeyi devralan şirketin sözleşmenin tarafı hâline geldiği gerekçesiyle bu sözleşmede yer alan tahkim anlaşması ile bağlı olacağı yönünde karar vermiştir. 15. HD., E.2020/2230, K. 2021/148, T. 22.1.2021, www.kazanci.com (1.5.2023)

⁸² Born, s. 1570; Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 126.

⁸³ Pinsolle, esas ilişkinin devrine dayanan teşmil halleri dışındaki teşmil teorilerinin milli hukuklarda pek kabul görmemiş olmasını, yazılı şekilde akdedilmeyen tahkim anlaşmalarına bir düşmanlık olarak değerlendirmektedir. Philippe Pinsolle, “A French View On The Application of The Arbitration Agreement to Non-Signatories”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, s. 211.

edilmiş⁸⁴, buna karşın ABD hukukunda geniş şekilde uygulama alanı bulmuştur⁸⁵. Anglo-Sakson Hukukuna ait bir kavram olarak kabul edilen estoppel teorisi ise Kıta Avrupası hukukunda pek uygulanmamaktadır⁸⁶. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğimiz grup şirketler teorisi ise teşmil teorilerinin belki de en tartışılabilir olarak kabul edilmekte ve Fransız hukuku dışındaki diğer hukuk sistemlerinde nadiren benimsenmektedir⁸⁷.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde mahkeme ve hakem kararları ile doktrinde temel olarak iki yaklaşım göze çarpmaktadır. Muhafazakâr yaklaşım, tahkim anlaşmasının çok istisnâ hâllerde üçüncü kişilere teşmil edileceğini⁸⁸, zira tahkim anlaşmasına taraf olmakla, kişilerin anayasal hakkı olan devlet mahkemelerine ve tabii hakimlerine başvurma hakkından feragat ettiklerini savunur⁸⁹. Bu nedenle tarafların tahkime gitme iradesi açık ve kesin olmalı, tahkim anlaşmasından tereddütsüz bir şekilde anlaşılmalıdır⁹⁰.

⁸⁴ Audley William Sheppard, “Third Party Non-Signatories in English Arbitration Law”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, s. 193.

⁸⁵ Sebastien Besson, “Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track?”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, s. 151.

⁸⁶ Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 47.

⁸⁷ Stephan Wilske/ Laurence Shore/ Jan Michael Ahrens, “The Group of Companies Doctrine, Where Is It Heading?”, **The American Review of International Arbitration**, Vol.17, 2006, s. 85; Hanotiau, **Groups of Companies**, s. 285.

⁸⁸ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan* kararında ABD mahkemesi “tahkim anlaşmalarının bu anlaşmaya imza koymayan kişilere nadiren teşmil edilebileceğini” ifade etmiştir. 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003) www.casestext.com (24.12.2022); Yargıtay, tahkim anlaşmasının teşmil edilmesine karşı çıktığı bir kararında bu kararın gerekçesi olarak tahkimin istisnai özelliğine atıf yapmış görülmektedir: “Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. AŞ. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar.” 19. HD. E. 2003/2654, K. 2004/2603, T. 11.3.2004, www.kazanci.com (1.5.2023)

⁸⁹ López, s. 74; Stucki/Wittmer, s. 3; Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin ABD hukukunda 7. Anayasa Değişikliği ile düzenlenen hukuk davalarında jüri tarafından yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği görüşü için bkz. Nima H. Mohebbi, “Back Door Arbitration: Why Allowing Non-Signatories to Unfairly Utilize Arbitration Clauses May Violate the Seventh Amendment”, **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, Vol. 12, S.2, 2010, s. 558; Tea Courtney, “Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad”, **Richmond Journal of Global Law&Business**, Vol.8, S.4, 2009, s. 591.

⁹⁰ David, s. 196; Ağırman’a göre, tahkim iradesinin açık olması için tahkim anlaşmasında iki unsur bulunmalıdır. Bunlardan ilki tahkime ilişkin lafzi irade, ikincisi ise tahkime götürülecek uyuşmazlığın konusuna ilişkin içerik iradesidir. Bkz. Ağırman, s. 220; Ertekin/Karataş’a göre, “Tahkim usulünün istisna bir yol olması yüzünden, taraflar tahkim yapma iradesini hiçbir karışıklığa yer bırakmadan yazılı sözleşmelerinde açık olarak belirtmelidir.” Ertekin/Karataş, s. 65; Aynı yönde bkz. Şanlı/Esen, s. 219; Turgut Kalpsüz, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer** (Ankara, 18-29 Mart 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 346.

Belirtmek gerekir ki, tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerektiği kuralı doktrin ve yargı kararlarıyla geliştirilmiş olup tahkim kanunlarında ve milletlerarası sözleşmelerde böyle bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle, herhangi bir maddi hukuk sözleşmesi için iradelerin kesin ve açık olması aranmazken, tahkim anlaşmaları için neden böyle özel bir iradenin aranması gerektiği incelenmelidir⁹¹. Görülmektedir ki, Yargıtay, tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerektiğine ilişkin kararlarında tahkim yolunun istisnai niteliğine vurgu yapmıştır⁹². Yargıtay, “*Uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümü esas olup, tahkim istisnai bir yoldur. Aksi düşünce Anayasa’nın 9. maddesinde teminat alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına dair kurala ve tabii hâkim ilkesine aykırı düşer*”⁹³ ifadeleriyle, tabii hâkim ilkesine de atıfta bulunmuştur. Doktrinde bazı yazarlarca benimsenen görüşe göre de tahkimin istisnai niteliği, tahkim iradesinin açık ve kesin bir şekilde ortaya konulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır⁹⁴. Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir hüküm olmasa da “işin mahiyeti gereği” tahkim anlaşmasından, tarafların uyuşmazlıklarının çözümünü devlet mahkemeleri yerine hakemlere

⁹¹ Ozan Tok, “Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 63.

⁹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yeni tarihli bir kararında tahkimin istisnai nitelikte olduğu görüşünü, “*Tahkim anlaşmasının varlığı, tarafların açık tahkim iradelerinin mevcut bulunmasına bağlıdır. Bu husus tahkim anlaşmasının esaslı unsurudur. Davanın hakemde görülmesi, istisnai bir dava yoludur. Kural, uyuşmazlığın görülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Tarafların bu konuda açık iradeleri yoksa uyuşmazlığın hakemde görülmesi mümkün değildir.*” ifadeleriyle sürdürmüştür. 11. HD. E. 2020/1634 K. 2022/1742 T. 10.3.2022 (www.lexpera.com); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2022 yılında verdiği kararı da aynı yöndedir: “*Uyuşmazlığın genel yol olan devlet yargılamasının dışına çıkarılarak taraf iradeleri ile tahkimin kapsamına alınması ve hakemde çözüleceğinin kabul edilmesi istisnai bir durum olduğundan, tahkim sözleşmesinin geçerliliği de açık ve kesin bir tahkim iradesinin varlığını gerektirmektedir.*” Yargıtay HGK., E. 2021/855 K. 2022/129 T. 15.2.2022. (www.lexpera.com); Karşılaştırmalı hukukta tahkimin devlet yargısına istisna teşkil ettiği yönündeki yaklaşımın genellikle eski tarihli mahkeme kararlarında benimsendiği görülmektedir: Lille Hukuk Mahkemesi 1953 tarihli kararında: “*Tarafları tabii hakimlerinden ayıran ve umumi hukuka ağır bir istisna teşkil eden tahkim şartının varlığı farz ve tahmine istinat ettirilemez. Tarafların ihtilaflarını hakeme gördürmek hususundaki iradelerinin kati olması lazımdır.*” ifadelerini kullanmıştır. Lille Hukuk Mahkemesi, 141-rd, 14.12.1953. Kararın ilgili kısmı için bkz. Yeğengil, s. 426. Aynı yönde bkz. Vaud Kanton Mahkemesi: “*tahkim şartı hususi hukuka bir istisna olduğu için dar şekilde tefsir edilmek lazımdır.*” 4.5.1914. Kararın ilgili kısmı için bkz. Yeğengil, s. 572.

⁹³ Y 15 HD.E. 2011/5332 K. 2011/5055 T. 12.9.2011, www.kazanci.com (4.4.2023); Aynı yönde bkz: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi: “*...çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar...Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hâkimde yargılama hakkına aykırı düşer*” ifadelerini kullanarak tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yargısına istisna getirdiği görüşünü savunmuştur. Y. 19. HD. E. 2003/2654, K. 2004/2603, T. 11.3.2004, www.kazanci.com (4.4.2023)

⁹⁴ Şanlı/Esen, s. 219; Kalpsüz, **İnşaat sözleşmeleri**, s. 346; Ertekin/Karataş, s. 65: “*Tahkim usulünün istisna bir yol olması yüzünden, taraflar tahkim yapma iradesini hiçbir karışıklığa yer bırakmadan yazılı sözleşmelerinde açık olarak belirtmelidir*”

bıraktıklarının tereddüte mahal vermeyecek şekilde anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁹⁵.

Günümüzde milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tahkimin baskın çözüm yolu olduğunun tartışmasız bir gerçek olarak kabul edildiği ileri sürülmüştür. Bu nedenle, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıklıkla karşılaşılan tahkimin istisnai bir çözüm yolu olduğuna ilişkin düşüncenin⁹⁶ günümüzde geçerliliğini yitirdiği belirtilmektedir⁹⁷. Hatta çoğu zaman tahkim, kendi kendine yeten bir çözüm yöntemidir⁹⁸. Diğer yandan, tahkimin devlet yargılamasına alternatif bir yargılama yöntemi olması, “istisnai” nitelikte olduğu anlamına gelmez⁹⁹. İç hukuk meselelerinde devlet mahkemelerinin uyuşmazlıkların doğal hâkimi kabul edilmesi mantıklıdır¹⁰⁰. Ancak beklentileri, hukuk sistemleri, dilleri ve hukuk gelenekleri farklı olan tarafların bir doğal hâkimi olması düşünülemez. Bir ulusal mahkemenin milletlerarası ticari uyuşmazlıkların doğal hâkimi olduğunun kabulü milletlerarası ticaretin gereksinimlerine aykırı olacaktır¹⁰¹. Ayrıca tahkim yargılamasının tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu söylemek de yanlıştır¹⁰². Zira hakemlerin, tıpkı devlet yargılamalarındaki hakimler gibi tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğü vardır¹⁰³. Hakemlerin tarafsız olmadığı tespit edildiğinde bu yargılama sonucu verilen karar iptal edilecek veya tanıma/tenfiz talebi reddedilecektir¹⁰⁴. Hakemlerin yetkisi tarafların anlaşmasından doğsa da tarafların tahkime gitmesine bizzat ulusal ve uluslararası

⁹⁵ Kalpsüz, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 346.

⁹⁶ Kalpsüz, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 341; Şanlı/Esen, s. 219; Esen, **Teşmil**, s. 16.

⁹⁷ Demirkol, **Teşmil**, s. 307; Pinsolle, s. 212-213.

⁹⁸ Tibor Varady “Arbitration Despite the Parties?”, **Netherlands International Law Review**, Vol. 39, 1992, s. 351.

⁹⁹ Tok, s. 65; Demirkol da, genel işlem şartlarında yer alan tahkim klorlarının geçerliliğine ilişkin olarak ticari ilişkilerde olağan davranışın, uyuşmazlıkların çözüm mekanizmasını saptamak ve bu arada sözleşmede tahkim veya yetki kloruna yer vermek olduğunu belirtmiş ve bu şartların “şaşırtıcı” olmadığını belirtmiştir. Bkz. Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, **PPIL**, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, Vol. 40 S.2, 2020, s.1338.

¹⁰⁰ Pinsolle, s. 212.

¹⁰¹ Matthieu De Boisseson/Thomas Clay, “Recent Developments in Arbitration in Civil Law Countries”, **International Arbitration Law Review**, Vol.1 S.4, 1998, s. 150; Pinsolle, s. 212; Berger, milletlerarası ticari sözleşmelerin tahmini olarak yaklaşık %90’ının tahkim kloru içerdiğine ve bu nedenle artık hakemlerin milletlerarası ticaretin doğal hakimleri hâline geldiğine dikkat çekmiştir. Berger, **Dispute Resolution**, s. 286.

¹⁰² Tok, s. 64.

¹⁰³ Yavuz Kaplan, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **PPIL**, Vol.21, S.1-2, 2001, s. 43; Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 6049; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 55

¹⁰⁴ Kaplan, **Bağımsızlık**, s. 50.

düzenlemeler izin vermektedir. Ayrıca devletler, iptal davası veya tanıma/tenfiz davası açıldığında hakem kararını denetleyebilmektedir

Muhafazakâr yaklaşımı benimseyen yazarlar ayrıca, taraflar arasında ciddi ihtilaflara yol açacağından tahkim anlaşmasının teşmilinin; tahkimin milletlerarası ticari ihtilaflarda hızlı ve ekonomik bir uyuşmazlık çözüm yolu sunmak olan amacına aykırılık teşkil edeceği belirtmişlerdir¹⁰⁵. Bu görüşün de sağlam bir temele oturduğunu söylemek güçtür. Zira tahkim anlaşmasının teşmili, anlaşmasının gerçek taraflarının saptanması anlamına gelmektedir. Uyuşmazlıkların hızlı ve ekonomik çözümü uğruna, tahkim yargılamasının tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının yokluğunda gerçekleşmesini savunmak her yargılama faaliyetinin temel amacı olan adaleti sağlama amacına hizmet etmemektedir.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde daha liberal bir yaklaşımı savunanlar ise, üçüncü kişinin pek çok durumda tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabileceğini ifade eder. Liberal yaklaşımda, muhafazakâr yaklaşımın tahkim anlaşmasının kişilerin anayasal hakkı olan devlet mahkemelerinin yetkisinin kaldırıldığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının yorumlanması, etki doğurması ve bilhassa da üçüncü kişilere etki etmesini diğer sözleşmelerden farklı esaslara tabi kılması eleştirilmektedir. Zira yukarıda bahsettiğimiz ilk görüşte olan yazarlar, tahkim anlaşmasının yorumlanmasında ve üçüncü kişilere etki etmesinde, diğer sözleşmelere kıyasla çok daha zor ve sıkı şartlar aramaktadırlar. Devlet mahkemelerine başvurma hakkının anayasada düzenlendiği tartışmasız olmakla birlikte, bu hususun, tahkim anlaşmalarının kurulması ve üçüncü kişilere etki etmesinde borçlar hukukunun genel prensiplerinden ayrılmayı ve hukuki bir dayanağı olmayan muğlak şartların getirilmesini haklı göstermeyeceği belirtilmiştir¹⁰⁶.

Kanımızca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini istisnai bir hâle getirmek, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesini veya yazılılık şartını teşmile bir engel olarak görmek sakıncalıdır. Zira tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, üçüncü kişiyi cezalandırmak veya devlet mahkemelerine başvuru imkanından yoksun bırakmak amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet değildir. Üçüncü kişi, yukarıda açıkladığımız maddi hukuk alanında gerçekleşen çeşitli olaylar sebebiyle, bir ilişkiyi, hak veya borcu devralmakta veyahut da bunlara dürüstlük kuralı uyarınca taraf olmaktadır. Esas

¹⁰⁵ James J Jr Sentner, "Who is Bound by Arbitration Agreements-Enforcement by and against Non-Signatories", **Business Law International**, Vol.6, No.1, 2005, s. 58.

¹⁰⁶ Demirkol, **Teşmil**, s. 305.

ilişkiye taraf olan bu kişinin, esas ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemine de taraf olması son derece makul ve beklenebilirdir.



İKİNCİ BÖLÜM: TAHKİM ANLAŞMASININ TEŞMİLİNE UYGULANACAK KURALLARIN BELİRLENMESİ

I. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinin Vasıflandırılması

Tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edilip edilmeyeceği, tahkim anlaşmasının teşmiline uygulanacak hukuka göre belirlenir. Tahkim anlaşmasının teşmiline uygulanacak hukukun saptanması, öncelikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin niteliğinin belirlenmesini gerektirir. Zira teşmilin maddi hukuka veya usul hukukuna ilişkin olduğunun tespitinin uygulanacak hukuku da önemli bir biçimde etkileyeceği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Bunun yanında, örneğin teşmilin tahkim anlaşmasının kurulmasına ilişkin olması ve tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin olması arasında önemli pratik farklar bulunmaktadır. Zira tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığına ilişkin ispat yükü, kurulmuş bir tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin ispat yükünden farklı olacaktır¹⁰⁸.

Doktrinde teşmilin niteliğine ilişkin görüş farklılıkları mevcuttur¹⁰⁹. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini usule ilişkin bir mesele olarak vasıflandıranlara göre teşmil, tahkim yargılamasına kimlerin katılacağına ilişkin olup bu kişilerin maddi hukuka ilişkin hak ve borçlarıyla alakalı değildir. Bu görüşe karşı olarak tahkim yargılamasına dahil olmanın tarafların hak ve borçlarını etkileyeceği argümanı ileri sürülebilecekse de, esasa ilişkin hak ve borçların temel ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından düzenleneceği, bu nedenle teşmilin doğrudan doğruya söz konusu hak ve borçlara bir etkisi olmayacağı belirtilmiştir¹¹⁰.

Kanımızca teşmil, tahkim yargılamasına kimlerin katılabileceğine ilişkin değil, tahkim anlaşmasına kimlerin taraf olduğuna ilişkin bir meseledir. Esas ilişkiden

¹⁰⁷ Abdel Wahab, s. 171.

¹⁰⁸ Born, s. 1530.

¹⁰⁹ Abdel Wahab, s. 174.

¹¹⁰ Abdel Wahab, s. 175.

kaynaklanan sebeplerle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini, maddi hukuktan bağımsız olarak değerlendirmek kanımızca yerinde olmayacaktır.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin bir mesele olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Kuşkusuz, bir kişinin tahkime gitme iradesinin olup olmadığı, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği ile yakından ilgilidir¹¹¹. Şekle ilişkin şartlar esasında tarafların tahkim iradelerinin mevcudiyetini temin etmek için getirilmiştir¹¹². Bunun sonucunda tahkim anlaşmasının şekil şartlarını yerine getirmesi ve tarafların tahkime gitme iradesini ortaya koyması iç içe geçmiş iki mesele olarak kabul edilir¹¹³. Ne var ki, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği ve şekli geçerliliği arasında bir hiyerarşi olduğu belirtilmiştir¹¹⁴. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği meselesi tarafların tahkime gitme iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarından sonra devreye girer¹¹⁵. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin tartışıldığı durumlarda taraflar tahkime gitme iradelerini çoktan açıklamış ve geçerli bir tahkim anlaşması vücut bulmuş durumdadır. Tartışmalı tek husus, tahkim anlaşması içeren sözleşmeye sonradan taraf hâline gelenlerin bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığıdır. İşte bu nedenle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukukun belirleyici olmadığı kanaatindeyiz.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili maddi hukuka ilişkin bir meseledir¹¹⁶. Nitekim *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd* davasında¹¹⁷ mahkeme, “...bir sözleşmenin taraflarının belirlenmesi usule ilişkin değil maddi hukuka ilişkin bir meseledir” ifadesiyle teşmilin maddi hukuka ilişkin

¹¹¹ Ekşi, **Incorporation**, s. 101; 10818 No’lu 2001 tarihli ICC ara kararında tek hakem teşmil meselesinin tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olduğunu ve bu nedenle PILA m.178(1) uyarınca çözümleneceğini belirtmiştir. Bu kararın özeti ve eleştirisi için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 154-155.

¹¹² Tarafların tahkim iradesini gösteren bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen devlet mahkemelerinin şekil şartlarını sağlamadığı gerekçesiyle kendilerini uyuşmazlığı çözmek için yetkili gördükleri kararlar vardır. Lew/Mistelis/Kröll, s. 130.

¹¹³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 130.

¹¹⁴ Klaus Peter Berger, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series No.13, s. 304.

¹¹⁵ Berger/Kellerhals, s. 185; Berger, **Applicable Law**, s. 304; İlhan, s. 137-138; İsviçre Federal Mahkemesi’nin tahkim anlaşmasıyla bağlı olan kişilerin belirlenmesinin usule ilişkin değil esasa ilişkin olduğunu belirttiği kararı için bkz. *X. S.A.L., Y. S.A.L. and A v. Z, SARL and ICC Arbitral Tribunal*, DFT 129 III 727, 4P_115/2003, 16.10.2003, www.swissarbitrationdecisions.com (12.02.2023)

¹¹⁶ Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, İzmir: Güncel, 2008, s. 285.

¹¹⁷ [2004] EWHC 121, 4.2.2004, Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004.

olduğunu kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 2008 yılında verdiği bir kararda¹¹⁸, “...kimlerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu ve tahkim anlaşmasında zikredilmeyen bir veya birden çok kişinin hangi şartlar altında tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına dahil olacağı (*ratione personae*) esasa ilişkindir...” ifadesiyle bu görüşü benimsemiştir. Benzer şekilde Hindistan Mahkemesi, tahkim anlaşmasının şekil açısından geçerliliğinin, bu anlaşmanın taraflarından bağımsız bir mesele olduğunu belirtmiştir¹¹⁹. Mahkemeye göre, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı belirlendikten sonra, bu anlaşmaya kimlerin taraf olduğunun saptanması maddi hukuka ilişkin bir meseledir.

Tahkim anlaşmasının teşmilinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olduğunun ortaya konulması, sorunun çözümü için yeterli değildir. Zira teşmilin maddi hukuka ilişkin bir mesele olduğunu kabul eden yazarlar içinde de pek çok görüş farklılığı vardır. Geleneksel yaklaşımda, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, yetkili mercinin çoğu zaman kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlediği bir milli hukuka göre karara bağlanmaktadır. Geleneksel yaklaşımın dışında kalan yaklaşımlara göre ise, tahkim anlaşmasının teşmiline kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek bir hukukun uygulanmasına gerek yoktur. Bu yaklaşımlara göre; tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, dürüstlük kuralına, tarafların zımni iradelerine ya da transnasyonal kurallara göre belirlenmekte veyahut da tahkim anlaşması, esasa ilişkin hak ve borçların geçişini takip etmektedir.

II. Geleneksel Yaklaşım

A. Genel Olarak

Geleneksel yaklaşımda, tahkim anlaşmasının teşmili sorununu çözecek olan yetkili merci, tahkim anlaşmasının teşmilini yukarıda incelediğimiz şekilde vasıflandıracak ve ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka göre tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Tahkim anlaşmasının teşmiline geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını savunan görüşün temeli, her sözleşme gibi, her tahkim anlaşmasının da bir milli hukuka tabi olması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır¹²⁰. Ancak, teşmil meselesine milli hukuklardaki

¹¹⁸ 4A_224/2008 www.swissarbitrationdecisions.com (12.02.2023)

¹¹⁹ *Chloro Controls (I) Pvt. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. & Ors.*, (2013) 1 SCC 641, www.indiankanoon.org (12.02.2023)

¹²⁰ Sandrock, *Scope*, s. 169.

kuralların uygulanması gerektiğini savunan yazarların arasında da pek çok farklı görüş bulunmaktadır¹²¹.

Bir görüşe göre, tahkim anlaşması da esasında bir sözleşme olduğu için, tahkim anlaşmasını imzalamayan bir kişinin yine de anlaşmaya taraf olup olmadığı bu anlaşmaya uygulanacak hukuk tarafından belirlenmelidir. Bu nedenle teşmil meselesinde başlangıç noktası, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olmalıdır¹²².

Born, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline uygulanacak hukuk bakımından iradeye dayanan (*consensual*) ve iradeye dayanmayan (*non-consensual*) teoriler arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. İradeye dayanan teoriler (zımni irade, borcun üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme, grup şirketler vb.) uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Buna karşın iradeye dayanmayan teoriler (*alter ego* ve *estoppel* gibi) uygulama alanı bulacak ise, milli hukuklardan ziyade milletlerarası hukukta yer alan dürüstlük kuralı ve hakkaniyete ilişkin kuralların uygulanması savunulmuştur. Born, özellikle üçüncü kişinin grup şirketler doktrini uyarınca tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığının belirlenmesinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun teşmil meselesine de uygulanması gerektiğini, zira grup şirketler doktrininin tahkim anlaşmalarına uygulanmak üzere geliştirildiğini belirtmiştir¹²³.

Başka bir görüşe göre ise, somut olayın koşullarına göre “gerçek” (*actual*) iradenin veya “farazi” (*implied*) iradenin söz konusu olmasına göre uygulanacak kurallar da değişiklik gösterecektir. Tarafların tahkim iradesinin gerçek olduğu hâllerde, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına, tahkim anlaşmasının

¹²¹ Abdel Wahab, s. 180.

¹²² Daniel Busse, “Privity to an Arbitration Agreement”, **International Arbitration Law Review**, Vol.8, S.3, 2005, s. 100; Sandrock, **Groups of Companies**, s. 948; Schramm/Geisinger/Pinsolle, s. 64; Luis Bravo Abolafia, “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, **ASA Bulletin**, Vol. 37, No.1, s. 70; Brekoulakis, **Third Parties**, s. 165; Blessing, **The Law Applicable**, s. 169; Bernardini, s. 199; Özdemir Kocasakal, s. 29; Girsberger/Voser, s. 85; İlhan, s. 137; Habegger, **Extension**, s. 398; Berger/Kellerhals, s. 184; Philippe Bärtsch/ Angelina M. Petti, “The Arbitration Agreement”, Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners**, Kluwer Law International, 2013, s.29; Banu Şit Köşgeroğlu, “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, **GÜHFD**, C. 15, S. 3, 2011, s. 16; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, sözleşmenin lehdarı olan üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının taraf olup olmadığına karar verirken, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku düzenleyen PILA m. 178(2) uyarınca tespit edilen hukukun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. 4A_44/2011, 19.4.2011, www.swissarbitrationdecisions.com (26.03.2023).

¹²³ Born, s. 1614.

esastan geçerliliğine uygulanacak olan hukuk uygulanmalıdır. Farazi iradenin söz konusu olduğu hâllerde ise (yazarlar estoppel, tüzelkişilik perdesinin kaldırılması ve grup şirketler doktrininin uygulandığı hâlleri farazi iradenin söz konusu olduğu hâller arasında değerlendirmektedir) üçüncü kişinin tahkimde davacı veya davalı konumda olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, üçüncü kişi tahkimde davacı konumunda ise ve tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olmak istiyor ise, bu kişinin tahkime sonradan rıza gösterdiği kabul edilmeli ve gerçek iradenin varlığı hâlinde olduğu gibi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Öte yandan, üçüncü kişi tahkimde davalı konumda ise, ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı geliştirilmesi gerektiği savunulmuştur¹²⁴.

Şirketler topluluğu içindeki teşmil hâllerinde, sadece tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun dikkate alınmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda şirketler topluluğuna ve topluluğa üye şirketler arasındaki hak ve borçlara ilişkin maddi hukuk ve usul hukuku kurallarının da göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir¹²⁵. Özellikle de üçüncü kişinin davalı konumunda olduğu, yani tahkime gitmeye zorlandığı hâllerde bu yaklaşım daha isabetli olacaktır. Zira bu hâllerde taraflar uygulanacak hukuku açıkça seçmiş olsalar veya tahkim yeri hukuku belli olsa bile, sözleşmeyle ve bu sözleşmedeki hükümlerle bağlı olmadığını ileri süren şirkete karşı bu hukukların uygulanması makul olmayabilir¹²⁶. Grup şirketler doktriniyle ilgili olmasa da tahkim anlaşmasının tarafı olan şirketin başka bir şirketle birleştiği ve bu yeni şirketin tahkim anlaşmasının tarafı olup olmadığının incelendiği *Eurosteel Ltd v. Stinnes AG* kararında İngiliz Mahkemesi, hem şirketlerin birleşmesine uygulanacak hukuk olan şirketin kuruluş yeri hukukunu, hem de tahkim anlaşmasının devrine uygulanacak tahkim yeri hukukunu göz önüne almıştır¹²⁷.

B. Tahkim Anlaşmasının Teşmiline Karar Verecek Mercinin Uygulanacak Hukuk Bakımından Önemi

Yukarıda görüldüğü gibi, geleneksel yaklaşımda ağırlıkla kabul edilen görüş, tahkim anlaşmasının teşmili meselesinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka

¹²⁴ Landbrecht/Wehowsky, s. 848 vd.

¹²⁵ Karim A. Youssef, "The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies", Bernard Hanotiau and Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, s. 99; Rubins, s. 471.

¹²⁶ Rubins, s. 471.

¹²⁷ Kararın özeti için bkz. Youssef, **Limits of Consent**, s. 99.

göre çözülmesidir. Ne var ki, uygulamada taraflar esasa uygulanacak hukuku ve tahkim yerini sıklıkla açıkça belirleseler de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun kararlaştırılmasına çok az rastlanmaktadır¹²⁸. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesinin bir sonucu olarak, tahkim anlaşması, esasa uygulanacak hukuktan farklı bir hukuka tabi olabilmektedir¹²⁹. Bu durumda, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline karar verecek olan hakem kurulunun veya mahkemenin tercih ettiği bağlama kurallarına göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenecektir. Tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin sorunlar ve bu hususlara uygulanacak hukuk meselesi, hakem kurulunun ve devlet mahkemelerinin önüne yargılamanın farklı aşamalarında gelebilir. Bu meseleleri karara bağlayacak merci ve o sırada yargılamanın hangi aşamada olduğu, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da etkileyebilir¹³⁰.

1. Teşmil Meselesi Devlet Mahkemeleri Önünde İleri Sürüldüğünde

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamanın farklı aşamalarında gündeme gelebilir. Bunlardan ilki, taraflardan birinin devlet mahkemesinde açtığı davaya karşı, üçüncü kişinin tahkim itirazında bulunması veya üçüncü kişinin devlet mahkemesinde açtığı davada karşı tarafın tahkim itirazında bulunması durumudur¹³¹. Ayrıca taraflar devlet mahkemelerinden ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş, hakemlerin verdiği ihtiyati tedbirin icrasını ya da tahkim süresinin uzatılmasını istemiş veyahut da hakem seçimi hususunda mahkemenin yardımını talep etmiş olabilir¹³². Son olarak mahkemeler,

¹²⁸ Abolafia, s. 65; Fatih Işık, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2015, s. 83; John P. Gaffney, “The Group of Companies Doctrine and The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, **Mealey’s International Arbitration Report**, Vol.19, No.6, 2004, s. 6.

¹²⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s.101; Poudret/Besson, s. 179; Gaillard/Savage, s. 212; Chukwumerije, s. 34; Doktrinde Briggs ise, eğer tahkim anlaşması esas sözleşmenin içinde yer alıyorsa, bu sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da ekseriyetle uygulanacağı kanaatindedir. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesinin hizmet ettiği amaçlar arasında tahkim anlaşmasının tabi olacağı hukukun esas sözleşmenin tabi olacağı hukuktan tamamen bağımsız olarak belirlenmesi yer almaz. Briggs, s. 1005. Aynı yönde bkz. Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul: Oniki Levha, 2017, s. 97; Gaffney, s. 6.

¹³⁰ Rubins, s. 469; Hanotiau, tahkime elverişlilik meselesini karara bağlayacak mercinin ve bu meselenin yargılamanın ne aşamasında gündeme geldiğinin, uygulanacak hukuk üzerinde etkisi olabileceğini belirtmiştir. Bernard Hanotiau, “Law Applicable to Arbitrability”, Albert Jan Van den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, No.9, 1999, s. 153.

¹³¹ Esen, **Teşmil**, s. 68.

¹³² Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C.1, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 19; Berger, **Applicable Law**, s. 306.

tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi ile hakem kararı verildikten sonra kararın iptali veya tanıma/tenfiz davaları açıldığında karşılaşılabılır¹³³.

Hakem kararının verilmesinden önce teşmil meselesi devlet mahkemeleri önüne geldiğinde, New York Konvansiyonu veya UNCITRAL Model Kanun'un tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinin¹³⁴ uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır¹³⁵. New York Konvansiyonu ve UNCITRAL Model Kanunu'nda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk yalnızca hakem kararlarının iptali ve tenfizine ilişkin ele alınmıştır. Her ne kadar bu hükümler uygulanacak hukuk meselesini sadece tanıma/tenfiz veya iptal aşamalarında düzenlese de bu kriterlerin kararın verilmesinden önceki süreçte de uygulanmalarına ilişkin güçlü argümanlar ileri sürülmektedir¹³⁶. Eğer hakem kararının verilmesinden önceki ve sonraki süreçte farklı kriterler uygulanırsa birbiriyle çelişen hakem veya mahkeme kararlarının çıkma olasılığı vardır¹³⁷. Dolayısıyla bu görüşe göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırılmadıysa, tahkim yeri hukuku uygulanacaktır.

Diğer yandan, taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kararlaştırmışlarsa bu hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğine de uygulanabileceği zaman zaman kabul edilmiştir¹³⁸. Örneğin *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd*¹³⁹ davasında taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Arkansas hukukunu seçmişlerdi. Hakem kurulu tahkim anlaşmasını imzalamayan *C&M Group* üzerinde yargı yetkisi olduğuna hükmederken, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmediklerini, bu nedenle hakem kurulunun tarafların ortak iradesine ve milletlerarası ticaretteki uygulamalara göre karar verebileceğini belirtmiştir. Hakem kararına karşı *Peterson* tarafından açılan iptal davasında İngiliz Mahkemesi hakem kurulunun bu yaklaşımını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, taraflar sözleşmelerinde bir hukuk seçimi yapmışken, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamının bu hukuk kurallarından başka bir kurala (tarafların ortak iradelerine) göre belirlenmesi doğru değildir.

¹³³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 109-110, Esen, Teşmil, s. 71; Berger, **Applicable Law**, s. 306.

¹³⁴ New York Konvansiyonu m.V(1)(a), UNCITRAL Model Kanun m. 34(2)(a)(i) ve m.36(1)(a)(i).

¹³⁵ Berger, **Applicable Law**, s. 307.

¹³⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s.119; Yöney, s. 28; s. Haas/Kahlert, 1645.

¹³⁷ Thomas H. Webster/Michael W. Bühler, **Handbook of ICC Arbitration Commentary Precedents, Materials**, B.3, London: Sweet/Maxwell, 2014, s. 133.

¹³⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 120; Brekoulakis, **Third Parties**, s. 166; Blackaby/Partasides/Redfern, para. 3.18.

¹³⁹ [2004] EWHC 121, 4.2.2004, Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004.

Başka bir yaklaşım ise, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişi ile tahkim anlaşmasının hâlihazırdaki tarafı arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun teşmil meselesine de uygulanmasıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 2014 yılında verdiği kararda¹⁴⁰, mahkeme teşmile uygulanacak hukuk konusunda iki farklı yol izlenebileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, böyle bir hukukun seçilmemesi hâlinde ise esas sözleşmeye uygulanacak hukuk veya tahkim yeri hukukudur. İkinci seçenek ise üçüncü kişi ile tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişi arasındaki hukuki ilişkiye uygulanan hukukun teşmil meselesine de uygulanmasıdır. Federal Mahkeme'ye göre, bu hukukun uygulanması, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişilerin üçüncü kişinin menfaatine aykırı bir hukuk seçimi yaparak zarara sebep olmalarını da engelleyecektir. Ne var ki, Federal Mahkeme, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının akdedilmesinde rol oynadığı ve bu nedenle korunmaya ihtiyaç duymadığı gerekçesiyle bu sonuncu yaklaşımı benimsememiştir.

Diğer taraftan, uygulamada devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku saptamak için herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmadan doğrudan *lex fori*'ye göre de karar verebilmektedir. Özellikle tahkim anlaşmasının teşmilinin zımni iradeye dayandırıldığı durumlarda, mahkemeler kendi hukuklarında yer alan sözleşmelerin yorum kurallarına göre teşmil meselesini karara bağlamaktadır. Bilhassa ABD mahkemeleri tenfiz davalarında uygulanacak hukuku belirlemeden *lex fori*'deki yorum ilkelerine başvurmaktadır¹⁴¹.

¹⁴⁰ BGH – III ZR 371/12, 8.5.2014, Kararın özeti için bkz. Kirstin Schwedt, “When Does an Arbitration Agreement Have a Binding Effect on Non-Signatories? The Group of Companies Doctrine vs. Conflict of Laws Rules and Public Policy”, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/30/when-does-an-arbitration-agreement-have-a-binding-effect-on-non-signatories-the-group-of-companies-doctrine-vs-conflict-of-laws-rules-and-public-policy/>, (11.04.2023)

¹⁴¹ Born, s. 1505; Hakem kararının tenfizi talebiyle açılan *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler* davasında ABD Yüksek Mahkemesi tahkim yeri Japonya ve sözleşmeye uygulanacak hukuk İsviçre hukuku olmasına rağmen tahkim anlaşmasının yorumunda Federal Tahkim Kanunu ve ABD hukukunda benimsenen tahkim yanlısı yaklaşımın kullanılacağını belirtmiştir. 473 U.S. 614 (1985) www.supreme.justia.com (25.12.2022); *Alstom Brasil Energia E Transporte Ltda. v. Mitsui Sumitomo Seguros S.A.* kararına konu olayda, taraflar aralarındaki sözleşmede Brezilya hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmalarına rağmen, New York Bölge Mahkemesi, üçüncü kişinin Brezilya hukukunun uygulanmasına ilişkin talebini reddetmiş ve ABD federal hukukunu uygulamış ve bu hukuk uyarınca üçüncü kişinin tahkime gitmekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. 15 Civ. 8221 (AKH) (S.D.N.Y. 20.6.2016) www.casetext.com (27.01.2023)

2. Teşmil Meselesi Hakem Kurulu Önünde İleri Sürüldüğünde

Tahkim anlaşmasının teşmiline uygulanacak hukuk meselesi hakem kurulu önüne, uyuşmazlık taraflarca tahkime götürüldüğünde veya taraflardan birinin devlet mahkemelerinde dava açmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemek üzere mahkemenin yargılamayı durdurup hakem kurulunun kararını beklemesi üzerine gelebilir¹⁴². Tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişi hakem kurulunun kendisi ile ilgili karar verme yetkisinin bulunmadığını ileri sürerek itiraz ettiğinde, hakem kurulu *kompetenz-kompetenz* ilkesi gereği kendi yetkisi hakkında karar verir¹⁴³.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisi tek bir hukuk sisteminden doğmaz¹⁴⁴. Diğer bir deyişle hakemlerin *lex fori*'leri yoktur¹⁴⁵. Dolayısıyla hakemler, tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku belirlemek zorunda değildir¹⁴⁶.

Ayrıca New York Konvansiyonu ve Cenevre Sözleşmesi de sadece devlet mahkemelerini bağladığından hakemler bu sözleşmelerin hükümleriyle de bağlı değildir¹⁴⁷. New York Konvansiyonu'nda yer alan hükümler tahkim anlaşmasının değil, hakem kararlarının tanıma/tenfiz aşaması için getirilmiştir¹⁴⁸. Yine de, ICC Kuralları m.42'de ifade edilen hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü gereğince, hakemlerin en azından tahkim yeri hukukundaki kuralları dikkate alması gerektiği, aksi hâlde bu kuralların ihlalinin hakem kararının iptaline sebebiyet verebileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁹. Kural olarak iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi

¹⁴² Lew, s. 124.

¹⁴³ Özdemir Kocasakal, s. 31.

¹⁴⁴ Park, **Non-Signatories**, s. 2.

¹⁴⁵ Lew, s. 137; Bernardini, s. 200; Yeşilova, hakemler açısından bir *lex fori*'nin olmadığı görüşüne karşı çıkmaktadır. Bilgehan Yeşilova, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", **TBB Dergisi**, S.76, 2008, s. 120.

¹⁴⁶ Berger, **Applicable Law**, s. 306; Blackaby/Partasides/Redfern, para. 3.240.

¹⁴⁷ Bernardini, s. 200.

¹⁴⁸ Albert Jan Van Den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation**, The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, s. 126; Berger, **Applicable Law**, s. 307.

¹⁴⁹ Webster/Bühler, s. 133; Bernardini, s. 200; Rubins, s. 471; Hakemlerin tenfiz edilebilir bir karar vermek için özel bir çaba göstermeleri gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre hakemler, somut olayda uygulanması gereken hukuk kurallarını uygulamalı ve eğer bu kurallar teşmile müsaade ediyorsa tahkim anlaşmasını üçüncü kişiye teşmil etmelidirler. Örneğin tahkim yerinin İsviçre olduğu bir tahkim yargılamasında, sırf kararın tenfizini garanti altına almak için İsviçre Hukukundan çok daha katı bir hukuk uygulanırsa ve teşmile izin verilmezse, bu defa da hakem kararının İsviçre Federal Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Stucki/Wittmer, s. 8; Benzer şekilde Park da, hakemlerin görevlerinden birinin, nihai hakem kararının tenfiz edilebilmesi için ihtiyatlı hareket etmek olduğu, aksi takdirde hakem kararının sadece "bir kâğıttan ibaret" olacağını

de mümkün olmayacaktır. Ayrıca, eğer New York Konvansiyonu m.V(1)(a)'daki kanunlar ihtilafı kuralı uygulanmazsa, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar verilirken, tenfiz aşamasından önce ayrı, hakem kararının tenfizi sırasında ayrı hukukun uygulanma ihtimali doğacaktır¹⁵⁰.

Uygulamada çoğunlukla hakemlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, somut olayın özelliklerine uygun gördükleri bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak veya herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaksızın doğrudan doğruya uygun gördükleri bir hukuka göre belirledikleri görülmüştür¹⁵¹. Hatta tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde hakemlerin belirli bir milli hukuka göre karar vermedikleri, bunun yerine tarafların iradelerinin yorumuna odaklandıkları belirtilmiştir¹⁵². Yine de, tahkim anlaşmasının kişi açısından kapsamının belirlenmesinde hakemlerin milli hukuk kurallarına ihtiyaçları olmasa da, belli bir hukuk sistemindeki kurallara atıfta bulunmalarının hakem kararının iptali veya tanıma/tenfizi davasındaki muhtemel itirazların önüne geçebileceği savunulmuştur¹⁵³.

C. Değerlendirmemiz

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde geleneksel yaklaşım uygulanacak olursa, yukarıda görüldüğü gibi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmadığı hâllerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk genellikle tahkim yeri hukuku veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olacaktır. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun farklı olması durumunda esas ilişkiden doğan hak ve borçlar devredilirken, esas sözleşmedeki tahkim anlaşmasının devredilmemesi sonucu doğabilir. Benzer şekilde, üçüncü kişiler dürüstlük kuralı uyarınca esas ilişkiye taraf kabul edilirken, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini belirleyen tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmemeleri mümkündür. Örneğin tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanan hukuk, alacağın üçüncü kişiye devrini öngörüyor, ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının sadece üçüncü kişinin onayı hâlinde üçüncü kişiyi bağlayacağını düzenliyorsa üçüncü kişinin bu

belirtmiştir. Bkz. William W. Park, **Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice**, B.2, Oxford University Press, 2012, s. 8.

¹⁵⁰ Van den Berg, s. 126.

¹⁵¹ Lew, s. 136.

¹⁵² Youssef, **Limits of Consent**, s. 98-99; Mantilla-Serrano, s. 26.

¹⁵³ Bernardini, s. 199.

alacağı devralıp tahkim anlaşmasıyla sadece bu devre onay vermesi hâlinde bağlı olması gibi bir sonuç doğacaktır. Nasıl ki alacağı devralan kişi, bu alacağın doğduğu sözleşmedeki hükümlerden bazılarıyla bağlı olmamayı seçemiyorsa, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmamayı da seçememelidir. Geleneksel yaklaşım, tahkim anlaşması ve esas ilişkinin akıbetini birlikte değerlendirmede için bizce eksik kalmaktadır.

Diğer taraftan, geleneksel yaklaşımda benimsendiği gibi tahkim anlaşmasının teşmiline bir milli hukukun uygulanması durumunda, hakem kurulunun tahkim anlaşmasının teşmiline uyguladığı hukuk ile devlet mahkemelerinin uyguladığı hukuk farklı olabilir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi hakemlerin ve mahkemelerin uygulanacak hukuku tespit etme yöntemleri birbirinden farklı olabilmektedir¹⁵⁴. Bunun sonucu olarak, hakem kararının tenfiz edileceği ülkenin hukukunda hakemlerin teşmil kararına dayanak teşkil eden kural uygulama alanı bulmuyorsa, kararın tenfizinin reddedilmesi olasıdır. Bu soruna bir çözüm olarak hakemlerin teşmil kararını verirken olası tenfiz devletlerinin hukuklarını da dikkate almaları gerektiği savunulmuşsa da, kanımızca bu öneri teşmile uygulanacak meselesinin özüne inmemekte, sadece ortaya çıkabilecek pratik problemleri hafifletmeye yönelmektedir.

III. Diğer Yaklaşımlar

A. Zımni İrade Teorisi

1. Genel Olarak

Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan tüm teorilerin dayanak noktası zımni iradedir¹⁵⁵. Buna göre, teşmil teorilerinin pek çok uygulanma koşulu olsa da, bu koşulların sağlanmış olması ilgili kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu göstermez¹⁵⁶. Bu koşullar sadece tarafların gerçek iradelerini tespit için kullanılan birer enstrüman olup koşulların gerçekleşmiş olması doğrudan teşmile sebebiyet vermemelidir. Teşmil teorileri

¹⁵⁴ Karim A. Youssef, “The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Universal Arbitration Between Freedom and Constraint: The Challenges of Jurisdiction in Multiparty, Multi-Contract Arbitration”, Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration: The Next Fifty Years**, ICCA Congress Series No. 16, Kluwer Law International, 2012, s. 119.

¹⁵⁵ López, s. 74; Abolafia, s. 67; Tobias Zuberbühler, “Non-Signatories and Consensus to Arbitrate”, **ASA Bulletin**, Vol. 26, S.1, 2008, s. 18.

¹⁵⁶ Abolafia, s. 68.

incelendiğinde bu teorilerin ortak noktası, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için bu kişinin zımni veya farazi tahkim iradesinin mevcudiyetinin aranmasıdır¹⁵⁷.

İsviçre mahkemelerinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kararını - tahkim anlaşmasının alacağın devri, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin devri gibi esas sözleşmeye bağlı olarak devredildiği hâller haricinde- genelde zımni iradenin varlığına dayandırarak verdiği görülmektedir¹⁵⁸. Diğer bir deyişle, gerçek kişilerin ya da şirketlerin sözleri veya davranışları objektif olarak analiz edilerek ve ticari işlemlerdeki dürüstlük kuralı da dikkate alınarak bu söz veya davranışların tahkim iradesi teşkil edip etmediği belirlenmektedir¹⁵⁹. Tahkim anlaşmasına İsviçre hukukunun uygulandığı bir tahkim yargılamasında hakem kurulu, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan iki davalının tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığına karar verirken, analizini “zımni irade”ye dayandırmıştır¹⁶⁰. Hakem kurulu, “...İsviçre mahkemelerinin içtihatı ve doktrindeki görüşlere göre, tahkim anlaşmasını imzalamayan kişiler, sözleşmenin müzakerelerine katılırlar ve bu katılım tahkim anlaşmasına dahil olma iradesi olarak nitelendirilebilirse, tahkim yargılamasına dahil edilebilirler...tahkim anlaşmasına imza koymayan kişinin sözleşmenin müzakereleri ve ifasındaki davranışları ve rolü bu kişinin açık veya örtülü iradesinin tespiti açısından önemlidir” ifadelerini kullanmıştır. Sonuç olarak, hakem kurulu davalılardan birinin sözleşmenin müzakerelerine ve ifasına katılmadığı, sadece verilen talimatları uyguladığı, taraflar arasındaki ilişkide çok sınırlı bir rol üstlendiği gerekçeleriyle, tahkim anlaşmasına taraf olma yönünde bir zımni iradesinin olmadığına hükmetmiştir.

2. Esas Sözleşmeye Yönelik İrade Beyanı ve Davranışların Tahkim İradesine Etkisi Bakımından Zımni İrade Teorisinin Eleştirisi

Zımni irade teorisinde, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişilerin esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinden yola çıkarak, söz konusu kişilerin tahkim iradesi bulunduğu sonucuna varılmaktadır¹⁶¹. Eğer, esas sözleşme içinde yer alan tahkim şartına ilişkin ayrı ve özel bir irade beyanı aranacağı kabul edilirse, tahkim

¹⁵⁷ De Boisseson/Clay, s. 154; Abolafia, s. 68.

¹⁵⁸ Bärtsch/Petti, s. 36; Voser, s. 176-177.

¹⁵⁹ Born, s.1542-1543.

¹⁶⁰ E. Holding v Z Ltd., Mr. G. and others, Final Award, 24.09.2010, 29 ASA Bulletin No. 4, 2011.

¹⁶¹ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 182.

anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini açıklayan zımni irade teorisi kanımızca uygulama alanı bulamayacaktır.

Tarafların asıl sözleşmeye taraf olma iradelerini ortaya koyan davranışlarının sözleşmedeki tahkim şartına da yönelik olup olmadığı sorusuna cevap verebilmek için tahkim şartının sözleşmenin diğer hükümlerinden farklı bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti gerekir. Bir satım sözleşmesinde, tahkim klotunun tarafların hak ve borçlarıyla, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde doğacak sonuçları düzenleyen hükümlerden nitelik olarak bir farkı var mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilirse, o zaman esas sözleşmenin kabulüne yönelik davranışlar, tahkim şartının kabulüne yönelik olarak da değerlendirilebilecektir. Eğer tahkim şartının, sözleşmenin diğer hükümlerinden nitelik olarak farklı olduğu kabul edilirse, bu takdirde esas sözleşme ve tahkim şartının kabul edilmesi için ayrı irade beyanları aranacaktır¹⁶².

Doktrinde bazı yazarlar, esas sözleşmeye ilişkin zımni irade beyanının bu sözleşme içinde yer alan tahkim şartını kapsamayacağı kanaatindedir¹⁶³. Eğer bir kişi tahkim şartı içeren esas sözleşmeyi imzalamadıysa, uyuşmazlık çıkması hâlinde bu kişinin tahkime başvurmak istemediği varsayılmalıdır¹⁶⁴. Bu nedenle esas sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına rıza gösterilip gösterilmediği ayrı incelemelerin konusu olmalıdır¹⁶⁵. Bunun gerekçesi olarak, tahkim şartı veya sözleşmesinin konu, amaç ve niteliği itibarıyla esas sözleşmeden bağımsız olduğu gösterilmektedir¹⁶⁶. Eğer tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin bağımsız veya ayrılabilir olduğu ilkesi benimsenirse, tarafların esas sözleşmeye yönelik irade beyanı veya davranışlarının, tahkim anlaşmasını kabul ettikleri yönünde etki doğurması bir çelişkidir, zira bu iki anlaşma birbirinden ayrıdır¹⁶⁷. Bu görüş uyarınca tarafların tahkim anlaşmasının kurulması için ortaya koydukları irade açıklamaları, esas sözleşmenin kurulması için ortaya koyulan irade açıklamalarından farklıdır. Örneğin bir buğday satım sözleşmesinde, taraflar, biri

¹⁶² Özdemir Kocasakal, s. 39.

¹⁶³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464; Tiryakioğlu, s. 104; Esen, **Teşmil**, s. 33; Courtney, s. 590.

¹⁶⁴ Courtney, s. 591

¹⁶⁵ Courtney, s. 590; Moses, s. 41; Brekoulakis, **Third Parties**, s. 182; Tarafların tutum ve davranışlarının tahkim anlaşmasına yönelik olduğu hallere örnek olarak, tahkim anlaşmasına ilişkin herhangi bir itirazda bulunmaksızın hakemlerin atanması veya görev belgesi düzenlenmesi gösterilebilir. Tiryakioğlu, s. 104.

¹⁶⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462; Esen, **Teşmil**, s. 33-34; Tiryakioğlu, s. 104.

¹⁶⁷ Serge Gravel/Patricia Peterson, "French Law and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No.6519 Final Award", **McGill Law Journal**, Vol.37, No.2, 1992, s. 523.

buğday alım satımına yönelik, diğeri de uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik iki farklı sözleşme akdetmiştir¹⁶⁸.

Aksi görüşe göre, esas sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olması, tahkim anlaşmasının kurulması için ayrı bir mutabakat gerektiği sonucunu doğurmaz¹⁶⁹. Zira tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi, esas sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebeplerin otomatik olarak tahkim anlaşmasını da etkilememesine, bu iki sözleşmenin geçerliliğinin ayrı ayrı değerlendirilmesine hizmet eder¹⁷⁰. Dolayısıyla bu ilkenin amacı esas sözleşme geçersiz olsa bile tarafların bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin iradelerini ayakta tutmaktır. Bu nedenle tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi, esas sözleşmenin kabulüne ilişkin davranışların aksi açıkça anlaşılmadıkça tahkim şartına yönelik olarak değerlendirilmesine engel olmaz¹⁷¹.

İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi bu görüşe paralel olarak, 1988 yılında verdiği kararında, esas sözleşmenin fiilen uygulamaya konmuş olmasının tahkim anlaşmasına da sirayet edeceğini belirtmiş ve “*diğer maddelerin geçerliliğini (ifa ile) kabul edip sadece tahkimle ilgili maddenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK’nın 2. maddesine göre iyiniyet kuralına aykırı...*” olacağı ifadelerini kullanmıştır¹⁷². Şanlı, kararı eleştirmekte ve karara konu olayda tahkim anlaşmasının ifasına yönelik olarak davalının hiçbir davranışının mevcut olmadığına dikkat çekerek tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazının dürüstlük kuralına aykırı bulunmaması gerektiği kanaatindedir. Yazara göre, davalı tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler bulunmuş; örneğin hakem kurulundan gelen tebligat üzerine hakemini seçmiş veya davaya katılmış ise, ancak o zaman tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir¹⁷³.

Tunisienne de Navigation (Cotunav) v. Socijty Comptoir Commercial Andre davasına konu olayda, hakem kurulu tahkim anlaşmasında imzası bulunmayan *Cotunav* hakkında yargı yetkisi bulunduğu karar vermiş, daha sonra *Cotunav* tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürerek Fransız İstinaf Mahkemesine başvurmuştur.

¹⁶⁸ İlhan, s. 13.

¹⁶⁹ Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 1042.

¹⁷⁰ Özdemir Kocasakal, s. 40; Leboulanger, **Arbitration Agreemeent**, s. 15-16.

¹⁷¹ Özdemir Kocasakal, s. 40.

¹⁷² İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 1988/715, K. 34, T. 27.01.1989 (Karar yayınlanmamıştır.) Kararın özeti için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464.

¹⁷³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464,465.

İstinaf Mahkemesi, *Cotunav*'ın tahkim anlaşmasının tarafı hâline geldiğine hükmederek davayı reddetmiştir¹⁷⁴. *Cotunav* bunun üzerine Fransız Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. Gerekçesinde tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesine değinmeyen Temyiz Mahkemesi, *Cotunav*'ın esas sözleşmeyi ifaya yönelik hareketlerinin tahkim anlaşmasını kabul anlamına geldiğini belirtmiştir¹⁷⁵.

Öte yandan, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi davacı Bulgar Şirketi'nin açtığı yabancı hakem kararının tenfizi davasında yukarıdaki karardan farklı bir yorum tarzı benimsemiş, satıcı Bulgar şirketi ile alıcı Türk şirketi arasındaki sözleşmeyi ifa sebebiyle geçerli saymasına rağmen, sözleşmede yer alan tahkim şartını, bizzat bu şarta yönelik bir ifa hareketi bulunmadığından bahisle geçersiz saymıştır¹⁷⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi 2011 yılında verdiği bir kararda, üçüncü kişinin tahkim şartı içeren bir sözleşmenin ifasına katıldığı durumlarda eğer bu kişinin esas sözleşmenin ifasına katılımından tahkim anlaşmasıyla da bağlı olma iradesi anlaşılabiliriyorsa tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilebileceğini belirtmiştir¹⁷⁷. 2138 No'lu ICC Kararında¹⁷⁸, üçüncü kişi sözleşmenin müzakerelerinde ve akdedilmesinde önemli rol oynamasına rağmen, hakem kurulu tahkim anlaşmasının bu kişiye teşmil edilmesine izin vermemiştir. Hakem kurulu, “...eğer üçüncü kişi sözleşmeyi kendisi imzalasaydı, tahkim şartını kabul edeceği kesin değildir...” demek suretiyle esas sözleşmeye yönelik irade beyanı ve tahkim şartına yönelik irade beyanı arasında bir ayrımı gitmiştir.

Her ne kadar tahkim hukukunda tahkim iradesine büyük önem atfedilmiş ve tahkim iradesi olmadan tahkimden söz edilemeyeceği belirtilmiş olsa da, bu durum diğer tüm sözleşmeler için de geçerlidir. Taraf iradesi olmadan hiçbir sözleşme yapılamaz. Bu nedenle tahkim anlaşmasının kurulması için özel bir irade beyanı gerekmediği görüşü savunulmuştur¹⁷⁹. Taraflar arasındaki esas ilişkiden doğan hak ve borçların devrini öngören hukuki kurumlar veya dürüstlük kuralına dayanan teoriler uyarınca hak borç veya sorumlulukları devralan üçüncü kişi, nasıl ki sözleşmede yer

¹⁷⁴ Paris Cour d'appel. 28.11.1989, Kararın özeti için bkz. Gravel/Peterson, s. 526-527.

¹⁷⁵ Cass. civ. Ire, 25.6.1991, Kararın özeti için bkz. Gravel/Peterson, s. 526-527.

¹⁷⁶ Yargıtay 19 HD, E.1995/9108, K. 9685, T. 15.11.1995 (karar yayınlanmamıştır) Kararın özeti için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462-463.

¹⁷⁷ 4A_44/2011, 19 Nisan 2011, www.swissarbitrationdecisions.com (28.11.2022)

¹⁷⁸ Kararın ilgili kısmı için bkz. W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, B.3, New York: Oxford University Press, 2000, s. 76.

¹⁷⁹ Demirkol, **Teşmil**, s. 298; Tok, kuruluşu açısından tahkim anlaşmasının diğer herhangi bir sözleşmeden farklı esaslara tabi olmasını gerektiren bir özelliği olmadığını ve bu nedenle tahkim iradesinin açık veya kesin bir şekilde ortaya konulması gerekmediğini belirtmektedir. Tok, s. 65.

alan hukuk seçimi, cezai şart veya delil sözleşmesi gibi klozlara kendiliğinden taraf oluyorsa, tahkim anlaşmasına da özel bir irade beyanı aranmadan kendiliğinden taraf olmalıdır¹⁸⁰. Bu bağlamda, nasıl ki üçüncü kişi ile sözleşmenin karşı tarafı arasında bir sözleşme olmadığı hâlde, bazı hâllerde sözleşmesel ilişkiden doğan hak ve borçlar üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye karşı ileri sürülebiliyorsa, tahkim anlaşması da bu sözleşmesel ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olduğundan, üçüncü kişiye karşı veya üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilmelidir¹⁸¹.

Tahkim anlaşmasının kurulması için ayrı ve özel bir iradenin gerektiği görüşünde olmamakla beraber, zımni irade teorisine başka bir gerekçeyle karşı çıkmaktayız. Aşağıda daha detaylıca inceleneceği gibi, bazı durumlarda, üçüncü kişi tahkime rıza göstermediği, hatta bazen tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden bile haberdar olmadığı hâlde yine de bu anlaşmayla bağlı tutulmaktadır. Dolayısıyla kanımızca zımni irade teorisi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği tüm hâlleri kapsayan bir teori olmadığı için, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde bir çözüm sunmamaktadır.

B. Dürüstlük Kuralı

Doktrinde bazı yazarlar, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili teorilerinin dayanak noktası olarak dürüstlük kuralını (*bona fides*) ve bu kuralın özel bir tezahürü olan çelişkili davranış yasağını göstermişlerdir¹⁸². Teşmilin söz konusu olduğu hâllerde, üçüncü kişinin esas sözleşmeye taraf olma iradesini zımni olarak ortaya koyduğu hâlde daha sonra sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı belirtilmektedir¹⁸³. Buna göre, estoppel, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, grup şirketler teorisi gibi teşmilde başvuru olan tüm teoriler, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hâllerde bu iddianın dikkate alınmamasını sağlar¹⁸⁴.

Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin teori ve kuralların hepsi dürüstlük kuralına dayanır. Teşmil hususundaki karara ancak ve ancak somut olayın, tarafların karşılıklı iradelerinin, makul ve haklı beklentilerinin, tarafların

¹⁸⁰ Demirkol, **Teşmil**, s. 301.

¹⁸¹ Demirkol, **Teşmil**, s. 302.

¹⁸² Blessing, **Extension**, s. 162; Özdemir Kocasakal, s. 36-37; Habegger, **Extension**, s. 401-402; Schramm/Geisinger/Pinsolle, s. 66.

¹⁸³ Özdemir Kocasakal, s. 37.

¹⁸⁴ Blessing, **The Law Applicable**, s. 178; Özdemir Kocasakal, s. 37.

akdettikleri sözleşmelerin, tarafların arasındaki iş ilişkilerinin ve bu ilişkilerin altında yatan örf ve âdet kurallarının titiz bir incelemesi sonucunda ulaşılabileceği belirtilmiştir¹⁸⁵.

C. Tahkim Anlaşmasının Milli Hukuklardan Bağımsız Olması Gerektiği Yaklaşımı

Son yıllarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine hangi milli hukukun uygulanacağına ilişkin tartışmaların bir kenara bırakılıp bu hususta anasyonel (*denationalized/transnational*) kuralların uygulanması gündemdedir¹⁸⁶. Özellikle Fransız mahkeme kararlarında tahkim anlaşmasının herhangi bir milli hukuktan bağımsız olduğu yaklaşımı benimsenmiş, tahkim anlaşmalarının mevcudiyeti ve geçerliliği milli hukuklardan bağımsız olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁷. Fransız mahkemeleri sonraki kararlarında “tam bağımsızlık” ilkesine bazı sınırlar getirmiş ve tahkim anlaşmasının milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerektiği prensibini benimsemiştir¹⁸⁸. Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 1993 yılında verdiği *Dalico* kararı¹⁸⁹ ile Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının tüm milli hukuklardan bağımsız olduğu yaklaşımı iyice yerleşmiştir¹⁹⁰.

Milli hukuklardan bağımsız tahkim teorisi, milletlerarası ticari tahkimin kendi kendine yeten bir sistem olduğu ve milli hukukların ve mahkemelerin tamamen dışında kalması gerektiği düşüncesi üzerine kurulmuştur¹⁹¹. Buna göre, iç hukukta yer alan tahkime ilişkin sınırlamalar milletlerarası tahkim anlaşmalarına, yargılamalara veya hakem kararlarına etki etmemelidir. Milletlerarası tahkim, sadece milletlerarası tahkim

¹⁸⁵ Blessing, **The Law Applicable**, s. 178.

¹⁸⁶ Blessing, **The Law Applicable**, s. 174; “Anasyonel hukuk” yaklaşımı, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden mutlak olarak bağımsız olduğu anlayışının en uç örneği olarak görülmektedir. Bkz. Ulusu, s. 53, dn. 43.

¹⁸⁷ Antonias Dimolitsa, “Seperability and Kompetenz-kompetenz, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, s. 224; Stucki/Wittmer, s. 3-4; Leboulanger, **Arbitration Agreement**, s. 19; Ulusu, bu yaklaşımı “mutlak bağımsızlık yaklaşımı” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Ayşe Elif Ulusu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Ziya Akıncı, Berk Demirkol (eds), **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2021 s. 53 vd.

¹⁸⁸ Dimolitsa, s. 225; Esasen ilk başlarda Fransız mahkemelerinin ayrılabilirlik ilkesinin “tam bağımsızlığını” (*full autonomy*) kabul etmesinin sebebinin, tacirlerle tacir olmayanlar arasındaki milletlerarası ticari sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının milli hukuklara göre hukuka aykırı bulunması riskini önlemek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Dimolitsa, s. 224.

¹⁸⁹ *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico Contractors*, French Cour de Cassation, Case no. 91-16828, 20.12.1993, www.jusmundi.com (27.05.2023)

¹⁹⁰ De Boisseson/Clay, s. 151.

¹⁹¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 67; Carbonneau, s. 40.

konvansiyonlarında veya milletlerarası tahkim uygulamasındaki örf-adet kuralları tarafından düzenlenip sınırlanabilir¹⁹².

Hakemlerin ve mahkemelerin, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığını tespit ederken de anasyonel maddi hukuk kurallarını uyguladıkları görülmektedir. Milli hukuklar yerine bu kuralları uygulama yönündeki eğilim, milli hukukların sözleşmenin kuruluşuna ve yorumlanmasına ilişkin çok teknik kurallar içermesi ve bu kuralların çoğu zaman farklı devlet hukuklarında farklı şekilde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla milli hukuklardaki kurallar hakemlerin tarafların ortak iradesini tespit etmesini zorlaştırabilmektedir¹⁹³.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde milli hukuklara dayanmayan bu yaklaşımın temellerini atan ICC hakem kurulu 1982 yılında *Dow Chemical v Isover Saint Gobain*¹⁹⁴ uyuşmazlığına ilişkin verdiği ara kararında uygulanacak kuralları belirlerken “*hakem kurulunun tahkim anlaşmasının kapsamını ve etkilerini tespit ederken ve böylece kendi yetkisi hakkında karar verirken, yargılamaya katılan tarafların, sözleşmelerin akdedilmesi, ifa edilmesi ve sona ermesini çevreleyen koşullardan anlaşılan ortak iradelerini dikkate alacağını ve bunu yaparken milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun örf ve adet kurallarını ve bilhassa grup şirketler yapısının varlığını göz önünde bulunduracağını*” ifade etmiştir¹⁹⁵. Bu kararda tahkim anlaşmasının geçerliliği, milletlerarası ticaretteki örf ve adetler ve gereksinimler ile tarafların haklı ve makul beklentileri ile ortaya koydukları karşılıklı iradeler göz önüne alınarak ulusötesi hukuk yaklaşımına göre belirlenmiştir¹⁹⁶.

¹⁹² Carbonneau, s. 40.

¹⁹³ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 165.

¹⁹⁴ ICC Case no. 4131, 1982, *Dow Chemical France et al v Isover Saint Gobain*, IX YBCA 131 (1984); 8385 No’lu 1995 tarihli ICC kararına konu olayda taraflar arasındaki sözleşmeye göre uygulanacak hukuk New York Hukuku, tahkim yeri ise New York’tur. Olayda tahkim anlaşmasında imzası olmayan hâkim şirkete ve bu şirketin bağlı şirketine karşı tahkime başvurulmuştur. Hakem kurulu, “*New York hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bir anlam taşımaz, zira taraflar tahkim yerini seçerken sadece bu yerin nötr ve taraflar için elverişli olmasını göz önüne almışlardır...Hakem kurulu somut olayın özelliklerine göre uygun gördüğü bir hukuku, özellikle de milletlerarası prensipleri ve lex mercatoria’yı uygulamalıdır...zira bu kuralların, yeknesak uygulama, milli hukukların aşırı seçiciliğinden bağımsız olma, hakem kuruluna milletlerarası örf ve adeti göz önüne alma olanağı sağlama gibi pek çok avantajı vardır.*” ifadeleriyle tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini uyarınca teşmiline karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı için bkz. Brekoulakis, **Third Parties**, s. 166.

¹⁹⁵ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 134.

¹⁹⁶ Blessing, **The Law Applicable**, s. 174

Daha sonra Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 1993 yılında verdiği *Dalico* kararı¹⁹⁷ ile savunulmaya devam edilen bu yaklaşım, tahkim şartının esas sözleşmeden hukuki olarak bağımsız olduğundan hareket ederek Fransız hukukunun emredici kurallarını veya milletlerarası kamu düzenini ihlal etmemek şartıyla tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin veya geçerliliğinin sadece tarafların ortak iradelerine göre belirleneceğini savunur. Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin herhangi bir milli hukuka göre belirlenmesine gerek yoktur¹⁹⁸. Bu yaklaşım doktrinde de destek bulmuştur¹⁹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sınırlarının Fransız hukukunun emredici kuralları ve milletlerarası kamu düzeni olduğunu kabul ederek, tahkimin tamamen delokalizasyonunu da kabul etmemiştir²⁰⁰.

Buna karşın, Fransız mahkemeleri dışında diğer devlet mahkemelerinin anasyonel yaklaşımı benimsemediği ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde anasyonel hukuk kurallarını uygulamadığı görülmektedir. Özellikle de tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku kararlaştırdıkları durumlarda, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesine rağmen devlet mahkemelerinin bu hukuku tahkim anlaşmasının teşmili açısından da dikkate aldıkları belirtilmiştir²⁰¹.

Milletlerarası tahkim düzenlemeleri ve kurumsal tahkim kurallarında genellikle anasyonel kuralların rolü sadece esasa uygulanacak hukuk bahsinde ele alınmış, bu kuralların tahkim anlaşmasına da uygulanıp uygulanamayacağı hususunda sessiz kalmıştır. Ancak, ICC Tahkim Kurallarının esasa uygulanacak hukuku düzenleyen 21. maddesinin ilk fıkrasındaki “...böyle bir anlaşma mevcut değilse, hakem kurulu uygun gördüğü kuralları uygulayacaktır” ve ikinci fıkrasındaki “hakem kurulu... ilgili ticari örf ve âdet kurallarını da dikkate alacaktır” ifadelerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından da geçerli olabileceği ve böylelikle hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine *lex mercatoria*'yı uygulamasının mümkün olduğu görüşü

¹⁹⁷ *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico Contractors*, French Cour de Cassation, Case no. 91-16828, 20.12.1993, www.jusmundi.com (27.05.2023)

¹⁹⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s.123.

¹⁹⁹ Blessing, **The Law Applicable**, 174; Diğer yandan Berger, Fransız hukukunun yaklaşımını “transnationalism’in gereksiz derecede abartılması” olarak açıklamaktadır. Bkz. Berger, **Applicable Law**, s. 310.

²⁰⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 123.

²⁰¹ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 166.; Bkz. *Peterson Farms* kararı, yukarıda, s. 31.

mevcuttur. Ayrıca, milletlerarası tahkim kurallarında ve bazı milli tahkim kanunlarında taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk düzenlenirken “hukuk” yerine “hukuk kuralları” (*rules of law*) ifadesinin kullanılmış olması, tarafların anasyonel kuralları seçebileceği veya hakemlerin bu kuralları uygulayabileceği şeklinde yorumlanmıştır²⁰².

Kurumsal tahkimin söz konusu olduğu durumlarda, ticari örf-adetin uygulanacağına ilişkin kurallar içeren kurumsal tahkim kurallarına yapılan atfın, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine anasyonel kuralların uygulanabileceği anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Örneğin yukarıda belirttiğimiz üzere ICC Tahkim Kuralları m. 21/2’de, hakemlerin tarafların arasındaki sözleşme hükümlerini ve ticari örf ve adeti dikkate alacağı düzenlenmiştir. Tarafların tahkim yargılamasının ICC kurallarına göre yürütüleceğini kararlaştırması, tahkim anlaşmasına anasyonel kuralların uygulanabileceğini kabul ettikleri anlamına mı gelmektedir? *Dow Chemical* kararında mahkeme, tarafların ICC kurallarına atıf yaparak hakemlere hiçbir milli hukuka bağlı kalmaksızın kendi yetkileri hakkında karar verme imkânı sunduğuna hükmetmiştir. Böylece milli hukuklarda düzenlenmemiş olan grup şirketler doktrininin uygulanmasının önü açılmıştır²⁰³.

Doktrinde bir başka görüş, tahkim kurallarına yapılan böyle bir atfın uygulanacak hukuk seçimi olarak değerlendirilmesine karşı çıkmıştır²⁰⁴. Zira kurumsal tahkim kurallarının çoğu tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından sessiz kalmış, sadece esasa uygulanacak hukuk açısından düzenlemeler getirmiştir. Dahası, milletlerarası tahkimde tahkim anlaşmasının teşmilinin herhangi bir ticari örf ve âdet oluşturmadığı ve teşmilin bir teamül hâline gelmesinin hukuki belirlilik açısından sakıncalı olacağı ifade edilmiştir²⁰⁵.

Milli hukuklardan bağımsız tahkim teorisini savunanlar, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline geleneksel olarak uygulanan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk veya tahkim yeri hukukunun, üçüncü kişiyle ilgili meselelere

²⁰² Lew/Mistelis/Kröll, s. 452.

²⁰³ Maria Hook, “Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent?”, **Journal of International Arbitration**, Vol.28, S.3, 2011, s. 181.

²⁰⁴ Habegger, **Extension**, s. 400.

²⁰⁵ Habegger, **Extension**, s. 401; UNIDTROT Kuralları m.1/9’da da tarafların yaygın olarak bilinen ve uluslararası ticarete özellikle ilgili ticaret dalında taraflarca düzenli olarak göz önüne alınan bir uygulamayla -böyle bir teamülün uygulanmasının makul olmayacağı durumlar hariç olmak üzere- bağlı oldukları öngörülmüştür.

uygulanmaması gerektiğini, zira üçüncü kişinin tahkim yargılamasına yabancı olduğunu ileri sürmüşlerdir²⁰⁶. Bu hukukların yerine, doktrinde ve daha önce yayımlanan kararlarda yer alan ulusüstü kuralların uygulanması, farklı kültürlerden gelen tarafların beklentilerine en iyi şekilde cevap verilmesini sağlayacaktır. Böylece milletlerarası tahkime ilişkin yeknesak bir düzenlemenin olmadığı küresel toplumda uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözülmesi mümkün olacaktır²⁰⁷.

D. Tahkim Anlaşmasının Esas Sözleşmeye Bağlı Olarak Hak ve Borç Geçişini Takip Edeceği Görüşü

1. Genel olarak

Doktrinde bir görüşe göre, tahkim anlaşması, taraflar arasındaki esas ilişkiden kaynaklanan hak ve borçların geçişini takip edecektir²⁰⁸. Bir başka deyişle, eğer tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişi esas sözleşmeye veya esas sözleşmeden doğan hak veya borçlara herhangi bir sebeple taraf hâline gelirse, bu sözleşmedeki tahkim şartı ile de bağlı olacaktır.

Demirkol, tahkim anlaşmasının esas ilişkisinin üçüncü kişiye geçişini otomatik olarak takip edeceği görüşünü, tahkim anlaşmasının hayatta kalan hüküm (*survival clause*) niteliğine dayandırmaktadır²⁰⁹. Hayatta kalan hükümler, sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesi hâllerinde bile geçerliliğini sürdüren, gizlilik anlaşmaları ve rekabet etmeme anlaşmaları gibi hükümlerdir. Demirkol'a göre taraflar açıkça düzenlemese bile tahkim anlaşması hayatta kalan hüküm olarak değerlendirilmeli ve nasıl ki diğer hayatta kalan hükümler sözleşmeden doğan hak ve borçların geçişini

²⁰⁶ Busse, kanunlar ihtilafı yaklaşımının üçüncü kişiye yabancı bir hukuku dayattığı görüşüne karşı çıkmaktadır. Zira bu hukuk uyarınca üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul edildiği hallerde ya üçüncü kişi tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden bir hak veya menfaat elde etmektedir veya da tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin üçüncü kişi adına hareket etmeye yetkisi vardır. Her halükârda üçüncü kişi kendi hareketleriyle tahkim şartı içeren sözleşmeye dahil olmaktadır. Busse, s. 100.

²⁰⁷ Park, **Business Disputes**, s. 88.

²⁰⁸ Demirkol, **Teşmil**, s. 297; Pierre Mayer, "The Limits of Severability of the Arbitration Clause", Albert Jan Van den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, Vol. 9, 1999, s. 265.

²⁰⁹ Hindistan Mahkemesi bir kararında tahkim anlaşmasının hayatta kalan hüküm (survival clause) olduğunu açıkça zikretmese de bu anlama gelebilecek ifadeler kullanmıştır: "...bilindiği gibi tahkim şartı sözleşmenin bir parçasıdır. Tahkim şartının yardımcı (collateral) bir hüküm olması, esas sözleşmenin ortadan kalkması ile her zaman tahkim şartının sona ereceğini göstermez. Tahkim şartı hayatta kalabilir. Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi şu an bu şekilde kabul edilmektedir..." P. Manohar Reddy & Bros. v. Maharashtra Krishna Valley Development Corporation, 2 SCC 494, (2009), www.indiankanoon.org (20.04.2023).

takip ediyorsa, bu kuralın tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanmasının önünde bir engel olmamalıdır²¹⁰.

Polonya Yüksek Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği karar²¹¹ bu görüşü destekler niteliktedir. Karara konu olayda, tahkim şartı içeren bir sözleşme, üçüncü kişiye devredilmiştir. Bu kişinin sözleşmede yer alan tahkim şartına taraf olup olmadığı meselesi Mahkeme'nin önüne geldiğinde, Mahkeme tahkim anlaşmasının devri hâlinde hakemlerin yetkisinin bu sözleşmeye taraf olanlara göre değil, sözleşmenin kendisine göre belirleneceğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle, hakem kurulu, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları görmeye, bu sözleşmenin taraflarının kim olduğuna bakmaksızın yetkilidir. Dolayısıyla sözleşmeye taraf olanlar, tahkim anlaşmasına da taraf olacaktır. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, tahkim anlaşmasının esas ilişkiyle beraber devredildiğini görüşünü desteklemektedir²¹².

2. Görüşün Ayrılabilirlik İlkesi Karşısında Uygulanabilirliği

Esas ilişkiden kaynaklanan hak borç ve sorumluluğun devrinde tahkim şartının devir alana otomatik olarak intikal edip etmeyeceğine ilişkin olarak, tahkim şartının esas sözleşme ile bağlantısının belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir²¹³. Tahkim şartı esas sözleşmeden ne derecede bağımsız kabul edilirse, tahkim şartının kendine ait bir hukuki kaderi olduğu da o derecede kabul edilebilecektir. Tahkim anlaşması esas sözleşmeden tamamen bağımsız kabul edilirse, tahkim şartı esas sözleşmenin devri hâlinde otomatik olarak devredilen bir fer'i (*auxiliary/accessory*) hak olarak görülemeyecektir²¹⁴. Buna karşın tahkim anlaşmasının bağımsızlığı daha az düzeyde kabul edilirse ve böylece tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin birbirine bağımlılığı artarsa tahkim şartının esas sözleşmeyle beraber devredileceğini kabul etmek kolaylaşacaktır²¹⁵.

²¹⁰ Demirkol, **Teşmil**, s. 297.

²¹¹ I CKN 822/97, 3.9.1998, www.arbitration-poland.com (2.04.2023), Kararın özeti için bkz. Youssef, **Universal Arbitration**, s. 117-118.

²¹² Youssef, **Universal Arbitration**, s. 117-118.

²¹³ Nihal Uluocak, "Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali- Fransız İçtihadı", **MHB**, Yıl 19-20, s.996; Demirkol, **Teşmil**, s. 291.

²¹⁴ Cemal Şanlı, "Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu", **MHB -Ergin NOMER'e Armağan**, Y.22, 2002, s. 783; Girsberger/Hausmaninger, s. 136.

²¹⁵ Girsberger/Hausmaninger, s. 136.

Doktrinde, ayrılabilirlik ilkesinin tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür²¹⁶. Mayer'in belirttiği gibi tahkim bir vakum içinde gerçekleşmediği için tahkim anlaşması sözleşmenin geri kalanından ayrı düşünülemez²¹⁷. Benzer şekilde Briggs de tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi ile tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden tamamen izole edilmesinin farklı şeyler olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, tahkim anlaşması ayrılabilir (severable), ancak esas sözleşmeden ayrı değildir (separate)²¹⁸.

Ayrıca, tahkim klotunun esasen bir sözleşmeyi meydana getiren, yetki klotu veya hukuk seçimi klotu gibi klotlardan sadece biri olduğu²¹⁹ ve bu klotların tahkim klotuna göre daha az “ayrılabilir” olması için herhangi bir sebep olmadığı belirtilmiştir²²⁰. Bir hukuk seçimi anlaşması sözleşmenin geri kalanından bağımsız olduğu kabul edilemez, zira sözleşme olmadan bu sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmenin bir anlamı yoktur. Aynı şekilde, tahkim klotunun konusu da, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü olduğundan, tahkim klotunun konusu esasen sözleşmenin geri kalanıdır. Tarafların tahkim şartını sözleşmelerine dahil etmelerinin tek sebebi, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları tahkimde çözmek istemeleridir²²¹. Buna ilaveten, tahkim klotu, tarafların bir sözleşme akdederek aralarında yaratmak istedikleri hukuki ilişkinin önemli bir unsurudur. Elbette tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları ile bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözme mekanizması birbirinden ayrıdır. Ancak taraflar açısından bakıldığında, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan sorunların nasıl çözüleceği, tıpkı edimin ifa yeri veya ödemenin yapılacağı para birimi gibi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin önemli bir boyutunu teşkil eder²²². Bu görüşün bir sonucu olarak Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde genelde tahkim anlaşmaları fer'i haklar niteliğinde kabul edilmiştir²²³.

²¹⁶ Abdulla, s. 29; Demirkol, **Teşmil**, s. 292 vd.; Bärtsch/Petti, s. 47.

²¹⁷ Mayer, **Severability**, s. 262.

²¹⁸ Briggs, s. 1005.

²¹⁹ Phillip Landolt, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, **Journal of International Arbitration**, Vol.30, S.5, 2013, s. 518; Tahkim şartının sözleşmenin diğer hükümleriyle benzer şekilde değerlendirilmeye tabi tutulmasının tahkimin gelişimi için değişiklik imkânı yaratacağı yönünde bkz. Varady, s. 374.

²²⁰ Mayer, **Severability**, s. 262.

²²¹ Stephen M. Schwebel/Luke Sobota/Ryan Manton, “The Severability of the Arbitration Agreement”, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 3; Girsberger/Hausmaninger, s. 137.

²²² Mayer, **Severability**, s. 262.

²²³ Girsberger/Hausmaninger, s. 138.

Tahkim anlaşmasının fer'i hak niteliği, esas sözleşme veya alacak devredildiği zaman tahkim anlaşmasının da bu sözleşme veya alacak ile devredilmesini sağlar²²⁴. Tahkim anlaşmasının ayrıca devredilmesi gerekmez²²⁵. Zira tahkim anlaşması, söz konusu sözleşme veya alacakla ilgili uyuşmazlıkların çözülme biçimini düzenler. Sözleşme veya alacak devredildiği zaman uyuşmazlıkların çözüm yönteminin değişmesi için herhangi bir sebep yoktur²²⁶. Sözleşmenin veya alacağın devri hâlinde, tarafların varsayılan iradesinin, sözleşmedeki tahkim klotunun da hak veya alacağı takiben geçmesi olduğu kabul edilir²²⁷. Benzer şekilde, tahkim şartı içeren tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde lehdar da tahkim anlaşmasıyla bağlı olmalıdır²²⁸. Zira tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi akdeden taraflar, sözleşmenin ifasına ilişkin hususların tahkim yoluyla çözülmesini istemişlerdir²²⁹.

Diğer taraftan bazı yazarlarca, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesinin, esas sözleşme devredildiği zaman taraflarca açıkça kararlaştırılmadıysa tahkim anlaşmasının esas sözleşmeyi takip etmemesine sebebiyet vereceği savunulmuştur²³⁰. Bu görüşün gerekçelerinden biri, tahkim anlaşmasının usuli bir niteliği haiz olduğu ve bu nedenle sözleşmeden doğan borçların devrine ilişkin kuralların tahkim anlaşmasına uygulanmayacağıdır²³¹. Ayrıca, tahkim şartının esas ilişkiyi takip edemeyeceği, zira tahkim anlaşmasının sadece haklar değil aynı zamanda yükümlülükler içerdiği ileri sürülmüştür. Bu nedenle ilişkiyi devralan kişi açıkça rıza göstermedikçe tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı ve hatta devir işlemine katılan tüm tarafların açık rızasının olması gerektiği de savunulmuştur²³². Sonuç olarak bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının devirle beraber otomatik olarak

²²⁴ Mayer, **Severability**, s. 263; Şanlı ise, tahkim şartının, alacağın ferisi olması sebebiyle değil, sözleşmenin ekonomisine bağlı olması sebebiyle devralanı bağlayacağı kanaatindedir. Bkz. Şanlı, **Konışmento**, s. 785; Alman Federal Mahkemesi, tahkim anlaşmasının otomatik transferini, alacağın devrini düzenleyen Alman Medeni Kanunu m. 401'e kıyasen açıklamıştır. Mahkeme'ye göre tahkim anlaşması, tıpkı m.401'de düzenlenen teminat hakkı gibi alacağın bir özelliğidir ve alacağın devri ile beraber otomatik olarak devredilir. Girsberger/Hausmaninger, s. 127.

²²⁵ Berger, **Dispute Resolution**, s. 479.

²²⁶ Mayer, **Severability**, s. 264.

²²⁷ López, s. 78.

²²⁸ Ayrıca lehdarın beklenmedik biçimde bir tahkim anlaşmasıyla karşı karşıya kalması, tahkim anlaşmasını geçersiz kılarak değil, dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ahlaka aykırılık, aşırı yararlanma kurumlarına başvurmak suretiyle engellenebilir. Tahkim şartının yer aldığı sözleşme genel işlem şartı niteliği taşıyorsa lehdar TBK m.20 vd. da düzenlenen hükümlerden de yararlanabilir. Halil Akkanat/Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri", **İKÜHFD**, Vol. 15, S.2, 2016, s. 113-114.

²²⁹ Akkanat/Çekin, s. 113.

²³⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 469; Landolt, s. 518-519.

²³¹ Girsberger/Hausmaninger, s. 140.

²³² Girsberger/Hausmaninger, s. 140.

devralana geçeceğinin kabulü için tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibinin göz ardı edilmesi gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi ve tahkim anlaşmasının esasa ilişkin borç geçişini takip etmesinin birbiriyle çeliştiği ileri sürülmüşse de bu düşüncenin tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesinin amacıyla bağdaşmadığı görülecektir²³³. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi sadece, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin bir bütün oluşturduğu gerekçesinden hareketle, tahkim anlaşmasının etki doğurmasının engellenmeye çalışıldığı durumlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır²³⁴. Diğer bir deyişle, ayrılabilirlik ilkesinin amacı tahkim yoluna başvurmak istemeyen tarafın esas sözleşmenin geçersizliği iddiasını ileri sürerek tahkim anlaşmasının da etkisiz hâle getirmesinin önüne geçmektir²³⁵. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden tamamen bağımsız olduğu kabul edildiğinde ise bunun sonucu tahkim anlaşmasının geçersizliği olacaktır²³⁶. Sonuç olarak, esas ilişkinin devri bakımından tahkim şartını bağımsız kabul etmek, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesiyle getirilen amacın gerçekleşmemesine yol açacaktır²³⁷.

E. Değerlendirmemiz

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde tarafların zımni iradelerinden yola çıkan yaklaşım, kanımızca iki açıdan yetersizdir. Öncelikle, tahkim anlaşmasının teşmilini gündeme getiren bazı hâllerde (örneğin tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisinde) tarafların tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini açık veya örtülü olarak göstermesi söz konusu değildir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği tüm hâller zımni irade teorisi ile açıklanamaz²³⁸. Kimi durumlarda mahkeme ve hakemler üçüncü kişileri açık, sözlü ve hatta zımni olarak bile rıza göstermemiş olmalarına rağmen tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmıştır. Zımni irade teorisine karşı çıkışımızın bir diğer nedeni, bu teorinin “tahkim iradesi”ni esas sözleşmeye yönelik irade beyanından ayrı tutması ve tahkim anlaşmasının kurulması için ayrı ve özel bir tahkim iradesinin varlığını aramasıdır. Bizim de katıldığımız

²³³ Girsberger/Hausmaninger, s. 138.

²³⁴ Demirkol, **Teşmil**, s. 294; Mayer, **Severability**, s. 264; Girsberger/Hausmaninger, s. 139.

²³⁵ Schwebel/Sobota/Manton, s. 4; Berger, **Dispute Resolution**, s. 416; Akıncı, s. 115; Pierre Mayer, “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 2009, s. 195; Ağırman, s. 251.

²³⁶ Akkanat/Çekin, s. 113.

²³⁷ López, s. 78; Girsberger/Hausmaninger, s. 139.

²³⁸ Stucki/Wittmer, s. 6; Youssef, **Universal Arbitration**, s. 107; Waincymer, s. 524.

görüŖe göre tahkim şartı sözleşmenin diğ er hükümleri gibi değ erlendirilmeli ve asıl sözleşmeye yönelik irade beyanı tahkim şartını da kapsamalıdır.

Dürüstlük kuralına dayanan yaklaşım ise, hangi durumlarda tahkim anlaşmasının üçüncü kiş ilere teş mil edileceğ i hususunda ö ngörülebilir bir sistem ortaya koymaktan uzaktır. Mahkemelerin ve hakemlerin dürüstlük kuralını yorumlama şek line göre teş mil konusunda varılan sonuç farklı olabilecektir. Ayrıca sözleşmenin devri, alacağ ın temliki, borcun üstlenilmesi gibi hâllerde tahkim anlaşmasının üçüncü kiş iyi bağ laması dürüstlük kuralından ziyade hemen her milli hukukta var olan sözleşme hukuku prensiplerine dayanmaktadır.

Kanımızca tahkim anlaşmasının üçüncü kiş ilere teş milinde uygulanacak kurallar bakımından milli hukuklardan bağı msız tahkim teorisi de ihtiyaca cevap vermemektedir. Zira bu yaklaşımda da hakemler ve mahkemelerin genellikle zımnı irade veya dürüstlük kuralına göre bir değ erlendirme yaptıkları görölmektedir. Örneğ in Fransız Temyiz Mahkemesi 2009’da verdiğ i *Soerni (France) v. ASB Air Sea Broker Ltd. (Switzerland)*²³⁹ kararında *Soerni*’nin inkorporasyon yoluyla tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığ ını değ erlendirirken, “*bir şirketin geçerli bir tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığ ı herhangi bir milli hukuka tabi olmayıp...dürüstlük kuralı da dikkate alınarak tarafların ortak iradesine göre belirlenir*” ifadelerini kullanmıştır.

Bu yaklaşımın ikinci bir mahsuru, taraflar açısından hukuki kesinlik ve ö ngörülebilirlik sağlamamasıdır. Anasyonel kurallar belirsiz ve muğ lak olduğ undan, bu kuralların uygulanmasının ç elış kili kararların ortaya çıkmasına neden olabileceğ i söylenmiştir, ki bu da tahkimde irade serbestisinin bir görünü mü olan uygulanacak hukuku seçme imkânı ile sağ lanmak istenen amaca aykırılık teş kil edecektir²⁴⁰. Ayrıca bu kurallar tahkim anlaşmasının akdedilmesi ve imzalanması aş amasında, avukatlara ve iş insanlarına gerekli şekilde kılavuzluk edemeyecektir²⁴¹.

Bizim katıldığımız görü Ŗ, yukarıda incelediğ imiz²⁴² tahkim anlaşmasının esas iliş kiden doğ an hak ve borç geç iş ini takip ederek üçüncü kiş ileri bağ layacağı

²³⁹ *Soerni (France) v. ASB Air Sea Broker Ltd. (Switzerland)*, 08-16.025, 8.7.2009, www.legifrance.gouv.fr (27.05.2023)

²⁴⁰ Hook, s. 178; Abdel Wahab, s. 180.

²⁴¹ Sandrock, **Scope**, s. 168.

²⁴² Yukarıda s. 45 vd.

görüştür. Bu görüş kabul edilirse, üçüncü kişilerin esas sözleşmeyle bağlı olmalarına rağmen bu esas sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenleyen hükümle bağlı olmamaları gibi tutarsız bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Tahkim şartını, sözleşmenin herhangi bir hükmünden daha “tehlikeli” değerlendirip tahkim anlaşmasının kurulması ve devredilmesi için diğer anlaşmalar için aranmayan şartlar aramaya gerek yoktur. Buna paralel olarak, tahkim anlaşmasının teşmilini gündeme getiren hâllerde “teşmilin tabi olacağı hukuk”u araştırmanın gereksiz olduğu kanaatindeyiz. Zira tahkim anlaşmasının akıbeti, içinde yer aldığı sözleşmenin akıbetine bağlıdır ve üçüncü kişiler esas sözleşmeye taraf olmakla tahkim anlaşmasına da taraf olarak kabul edilmelidir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN ŞİRKETLER HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmamızın ikinci bölümünde ortaya koyduğumuz görüşe göre, tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini uyarınca bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan şirkete teşmil edilebilmesi için bu şirketin, tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeye taraf olması veya başka bir sebepten dolayı bu sözleşmeden doğan hak ve borçlardan sorumlu olması gerekmektedir. İşte bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde şirketler hukuku perspektifinden şirketler topluluğunda yer alan bir şirketin akdettiği sözleşmeden doğan borçlardan diğer şirket/şirketlerin sorumlu olmasının mümkün olup olmadığı incelenecektir.

I. Genel Olarak Grup Şirketler

Modern ticarete, orta veya büyük ölçekli ticari projeler genellikle tek bir şirket tarafından değil, bir hâkim şirket tarafından kontrol edilen şirketler toplulukları tarafından gerçekleştirilmektedir²⁴³. Zira ticari aktörler, ilişkilerinde kendilerine maksimum esneklik sağlayacak kompleks yapılanmalara gitmeyi tercih etmektedirler. Bir topluluk oluşturan şirketler, kendi aralarında iş bölümü yaparak bir işlemin farklı aşamalarında farklı şirketlerin rol almasını sağlar ve böylelikle bazı şirketleri sorumluluğun dışında tutarlar. Dolayısıyla şirketler topluluğunda yer alan bir şirket sadece karar alıcı rolünde olduğu için sözleşmeyi imzalarken, diğer şirket bu sözleşmenin ifasını üstlenebilir²⁴⁴.

Öte yandan, grup şirketler şeklinde yapılanmaya gidilme sebebi, ticari ilişki kurulmak istenen kişinin milli hukukundaki düzenlemeler de olabilir. Gerçekten, bazı hukuk sistemlerindeki kurallar gereği, yabancı şirket eğer bir ülkede hukuki ilişkiye girmek istiyorsa, mutlaka bir bağlı şirketinin işlem yapılmak istenen ülkede kurulmuş olması gerekmektedir²⁴⁵. Şirketler topluluğunda görevlerin farklı şirketlere dağıtılması, üçüncü kişilerin topluluğun tek bir şirketiyle şekli olarak sözleşme

²⁴³ Phillip I. Blumberg, “The Transformation of Modern Corporate Law: The Law of Corporate Groups”, **Connecticut Law Review**, Vol.37, No.3, 2005, s. 606.

²⁴⁴ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 180.

²⁴⁵ Jarvin, s. 201.

akdetmesine rağmen şirketler topluluğundaki pek çok şirketle ilişkisinin devam etmesini gerekli kılmaktadır²⁴⁶.

Şirketler arasındaki ilişkilerin bu şekilde iç içe geçmesi, şirketler arasında etki, hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık unsurlarını da belirginleştirmektedir. Her ne kadar şirketler hukuki bağımsızlıklarını korumaya devam etse de özellikle kontrol edilen veya hâkimiyet altında bulunan şirketin ekonomik özgürlüğü ve serbest karar alma imkânı sınırlanmış olmaktadır²⁴⁷. Aynı zamanda hâkim şirketin çıkarları bağlı şirketin çıkarlarının önüne geçince, zaman zaman hâkim şirket bağlı şirketin zarara uğramasına sebebiyet veren kararlar alabilmektedir²⁴⁸. Bağlı şirket yönetim kurulu da yetkilerini özgürce kullanma olanağını kaybetmekte ve hâkim şirketin menfaatlerini dikkate almak durumunda kalmaktadır²⁴⁹. İşte bu nedenle şirketler topluluğuna uygulanmak üzere klasik şirketler hukuku hükümlerinden farklı düzenlemelerin getirilmesi gereği hasıl olmuş²⁵⁰, ilk olarak Alman hukukunda²⁵¹ düzenlenen şirketler topluluğu daha sonra diğer hukuk sistemlerinde de düzenlenmeye başlamıştır²⁵².

Türk hukukunda şirketler topluluğu olarak adlandırılan oluşum, Anglo Sakson Hukuk sisteminde “*group of companies*” veya “*corporate groups*”, Alman ve İsviçre hukuk sisteminde “*konzerne*” olarak ifade edilmektedir²⁵³. Pek çok devlet hukukunda

²⁴⁶ Philipp Habegger, “Arbitration and Groups of Companies”, *European Business Organization Law Review*, Vol.3, 2002, s. 518-519.

²⁴⁷ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, B.7, Ankara: Adalet, 2021, s. 157; Asuman Yılmaz, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk*, İstanbul: Oniki Levha, 2010, 135.

²⁴⁸ ABD Mahkemesi’nin *Sarhank Group v. Oracle Corp* kararında ifade ettiği üzere, şirketlerin yabancı ülkelerde bağlı şirket kurmasının sebebi bağlı şirketin eylemleri ve sözleşmelerinden doğabilecek sorumluluklardan kendilerini kurtararak yabancı bir devlet mahkemesinin yargısına tabi olmamaktır. Mahkeme’ye göre bağlı şirketler aracılığıyla iş yapmak tamamen kabul edilebilir olup ABD’nin dış ticarete yönelik hareket tarzına da uygundur. *Sarhank Group (Egypt) v. Oracle Corporation (US)*, United States District Court, Southern District of New York, 9.10.2002, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXVIII, 2003.

²⁴⁹ Asuman Yılmaz, s. 135.

²⁵⁰ 5103 No’lu ICC kararında belirtildiği üzere, “*Uluslararası ticari ilişkilerin güvenliği, ekonomik gerçekliğinin dikkate alınmasını ve grubun tüm şirketlerinin bu vesileyle doğrudan veya dolaylı olarak kazandıkları menfaatlerden sorumlu tutulmasını gerektirir.*” ICC Case No. 5103, kararın ilgili kısmı için bkz. Abdel Wahab, s. 156.

²⁵¹ Alman Hukukunda şirketlerin gruplar halinde yapılanmaya gitmesinin itici gücü vergi hukukudur. Şirketler, sözleşmesel bağlar oluşturarak birden çok şirket yerine tek bir şirket gibi işlem görüp vergi avantajlarından yararlanmak istemişlerdir, bu da grup şirketlerin yaygınlaşmasını sağlamıştır. Ulrich Immenga, “The Law of Groups in the Federal Republic of Germany”, Eddy Wymeersch (ed), *The Groups of Companies in the EEC*, De Gruyter, 1993, s. 85-88.

²⁵² Asuman Yılmaz, s. 135-136.

²⁵³ Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C.II, İstanbul, 2009, s. 1543; Şaban Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, B.5, Ankara: Seçkin, 2021, s. 116; Asuman Yılmaz, s. 121-126.

şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemeler bulunmamakta, şirketler hukukuna ilişkin kurallar şirketler topluluğuna da uygun düştüğü ölçüde uygulanmaktadır²⁵⁴.

Şirketler topluluğunu oluşturan şirketler hukuken birbirinden bağımsız olmakla beraber, ekonomik bir bütünlük oluşturacak şekilde merkezi bir yönetim ve yönlendirme altında toplanmaktadırlar²⁵⁵. Şirketler topluluğu, hâkim şirketin kontrolü altında bağlı ve hâkim şirketin oluşturduğu tüzelkişiliği haiz olmayan bir ekonomik bütün olarak tanımlanmıştır²⁵⁶. Bu topluluk, hâkim şirket, ara hâkim şirket ve bağlı şirketten oluşan çok seviyeli dikey bir yapı şeklinde veya bir bağlı şirket ve birden fazla hâkim şirketten oluşan tek seviyeli bir yapı şeklinde kurulmuş olabilir²⁵⁷.

II. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Grup Şirketler Doktrininin Ortaya Çıkışı

Birden fazla şirketin bir araya gelmesiyle kurulan şirket yapılanmalarında tek bir hukuki işlemin her aşamasına farklı şirketlerin dahil olması suretiyle iş yükü farklı şirketlere dağıtılır ve böylece ticari açıdan verimli bir işleyiş oluşur²⁵⁸. Finansal, vergisel ve diğer ticari sebeplerle sözleşmeyi imzalayan şirket ile bu sözleşmenin ifasını gerçekleştiren şirket her zaman aynı olmayabilir²⁵⁹. Peki, eğer tahkim klozu içeren sözleşmeyi bu şirketlerden yalnız biri imzalarsa, grubun üyesi olan diğer şirketler, sözleşmeye aktif bir şekilde dahil olmalarına rağmen tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaktan kurtulacak mıdır?

Sözleşmeyle asıl ilgili olan şirket tahkim anlaşması içeren sözleşmeyi imzalayan değil de bu şirketle aynı gruba mensup olan bağlı veya hâkim şirket ise, tahkim anlaşmasının teşmiline ihtiyaç duyulabilir²⁶⁰. Sözleşmenin ihlâlinden veya haksız fiilden doğan zarara maruz kalan şirket tahkim anlaşmasını imzalayan şirket değilse, zarara maruz kalan şirket sözleşmenin diğer tarafına karşı tahkimde dava açmak isteyebilir²⁶¹. Bir diğer deyişle, tahkim anlaşmasını imzalayan şirket değil de, gruba mensup diğer bir şirket karşı tarafın ihlâlinden dolayı zarara uğrarsa, zarara uğrayan şirkete tahkimde dava açma imkanı tanımak için teşmile ihtiyacı duyulacaktır. Veyahut

²⁵⁴ Rafael Mariano Manóvil, “Groups of Companies: Les groupes de sociétés, General Report”, Rafael Mariano Manóvil (ed), **Groups of Companies: A Comparative Law Overview**, Springer, 2020, s. 4.

²⁵⁵ Asuman Yılmaz, s. 127.

²⁵⁶ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, B.14, İstanbul: Vedat, 2019, s. 708.

²⁵⁷ İrfan Akın, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 33.

²⁵⁸ Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 120.

²⁵⁹ Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 95-96.

²⁶⁰ Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 99.

²⁶¹ Craig/Park/Paulsson, s. 74; Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 99.

da devlet mahkemelerinde kendisine karşı dava açılan hâkim şirket, yargılamanın aleyhine sonuçlanacağını düşünüyorsa bağlı şirketi tarafından imzalanan tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim yoluna başvurmak isteyebilir²⁶².

Grup şirketlerin iki özelliği, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bağlamında bizi karşıt sonuçlara götürebilmektedir. Bir taraftan grubun kazançlarının hiyerarşinin en tepesinde olan ve yönetime ilişkin kararların alındığı hâkim şirkette toplanması tek ekonomik birlik kavramını yansıtmaktadır. Diğer taraftan, grup şirketler aynı zamanda çeşitliliği, belli düzeyde bağımsızlığı ve şirketlerin sorumluluğunun izole edilmesini ifade eder²⁶³. Dolayısıyla birinci açıdan bakıldığında bir şirketin taraf olduğu sözleşmenin diğerine teşmili daha kolay karşılanırken, diğer açıdan bakıldığında şirketlerin birbirlerinden bağımsızlığı teşmile engel olarak görülebilecektir.

Grup şirketler doktrini şirketler hukukunda değil, milletlerarası ticari tahkim hukukunda ortaya çıkmış bir teoridir²⁶⁴. Her ne kadar bu doktrin 1982 yılında verilen *Dow Chemical* kararı ile özdeşleşse de aslında daha önceki yıllarda şirketler topluluğuna mensup bir şirketin imzaladığı tahkim anlaşmasının bu anlaşmayı imzalamayan diğer şirkete teşmil edildiği kararlar²⁶⁵ mevcuttur.

Şirketler topluluğuna mensup şirketler arasında tahkim anlaşmasının teşmilinin gündeme gelebileceği ilk ihtimalde sözleşmeyi akdeden şirket bağlı şirkettir; ancak hâkim şirket sözleşmeyi imzalamamasına rağmen sözleşmenin müzakerelerinde veya ifasında aktif olarak rol alır. Hâkim şirketin sözleşmeye taraf olmama sebepleri çok farklı olabilir. Örneğin bazı hâllerde karşı tarafın milli hukukundaki düzenlemeler sözleşmeyi akdeden şirketin o ülke hukukuna göre kurulmuş bir şirket olmasını gerektirmektedir ve somut olayda bağlı şirket o ülke hukukuna göre kurulmuş bir

²⁶² Park, **Business Disputes**, s. 87.

²⁶³ Gravel/Peterson, s. 515.

²⁶⁴ Born, s. 1526; Abdel Wahab, s. 154.

²⁶⁵ 1974 yılında verilen 1434 No'lu ICC Kararında hakem kurulu, şirketler topluluğunun sözleşmenin müzakere süreci boyunca kendini tek bir "ekonomik birlik" olarak dışarıya yansıttığını, bu nedenle hangi şirketle işlem yapıldığının ikinci öneme sahip olduğunu ve tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin örtülü olarak tahkime gitme iradesi bulunduğu hükmetmiştir. Kararın özeti için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 157-158; 1975 yılında verilen 2375 No'lu ICC kararına konu olayda sözleşme, hâkim şirket W ile diğer bir şirketler topluluğunun hâkim şirketi Z arasında akdedilmiştir. W'nin bağlı şirketi X, Z ve Z' nin bağlı şirketi Y'ye karşı tahkime başvurmuştur. Ne X ne de Y'nin tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye şeklen taraf olmasına rağmen hakem kurulu, hâkim şirketlerin sadece kendileri değil aynı zamanda bağlı şirketlerini de sözleşmeye taraf haline getirdiklerini belirtmiştir. Zira bu iki grup arasında kompleks bir hak ve borçlar ağı doğmuştur. Kararın özeti için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 190; Born, bu kararlarda hakem kurulunun yaklaşımının grup şirketler teorisi olarak nitelendirilmesine şüpheyle yaklaşmıştır. Born, s. 1560, dn. 228.

şirkettir. Veyahut da hâkim şirket kendi malvarlığı değerlerini tehlikeye atmamak için hukuki sorumluluğu bağlı şirkete yüklemek istemiş olabilir²⁶⁶. Sözleşmeyi akdeden şirketin bağlı şirket olduğu olasılıkta, genelde sözleşmenin diğer tarafı hâkim şirkete karşı tahkim yoluna başvurmaktadır²⁶⁷. Ancak elbette hâkim şirket de yargılamada bağlı şirketle beraber hareket etmek için tahkim anlaşmasına dayanabilir. Grup şirketler doktrininin uygulama alanı bulabileceği bu ilk ihtimalde, hâkim şirketin kendisinin değil bağlı şirketlerinin imzaladığı bir sözleşmeden dolayı hak ve borçlarının doğup doğamayacağı incelenmelidir²⁶⁸.

İkinci olasılıkta sözleşmeyi akdeden şirket hâkim şirkettir, ancak bağlı şirket sözleşmenin akdedilmesi veya ifası aşamasında rol oynadığı gerekçesiyle tahkim yargılamasına dahil edilmeye çalışılmaktadır. Bağlı şirketlerin sözleşmenin diğer tarafına karşı tahkime başvurup başvuramayacağı veya sözleşmenin diğer tarafının hâkim şirketle beraber veya tek başına bağlı şirketi tahkime gitmeye zorlayıp zorlayamayacağı grup şirketler doktrini kapsamında değerlendirilmektedir. Bu ihtimalde, hâkim şirketin tahkim anlaşmasını akdetmekle, bu tahkim anlaşmasıyla yalnızca kendisini değil aynı zamanda bağlı şirketlerini bağlı tutma gücünün olup olmadığı incelenmelidir²⁶⁹.

Ve son olasılıkta şirketler topluluğuna mensup olsalar da aralarında dikey değil de yatay bir ilişki bulunan kardeş şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğerini bağlayıp bağlamayacağı tartışılmaktadır. Ancak uygulamada bu ihtimalle pek karşılaşılması söylenmektedir²⁷⁰.

III. Gruba Dahil Şirketlerin Birbirlerinin Akdettiği Sözleşmelerden Sorumlu Olup Olmadığının İncelenmesi

A. Şirketlerin Ayrı ve Bağımsız Tüzelkişiliği Olması İlkesi

Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde şirketlerin ayrı ve bağımsız tüzelkişilikleri olduğu ilkesi kabul edilmiştir²⁷¹. Bu ilke iki yönlüdür. Öncelikle

²⁶⁶ Habegger, *Groups of Companies*, s. 519.

²⁶⁷ Poudret/Besson, s. 213.

²⁶⁸ Sandroock, *Groups of Companies*, s. 627.

²⁶⁹ Sandroock, *Groups of Companies*, s. 626-627.

²⁷⁰ Sandroock, *Groups of Companies*, s. 627.

²⁷¹ Phillip I. Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporation Law*, 1986, s. 577; Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 387; Tan Cheng-Han/Jiangyu Wang/ Christian Hofmann, "Piercing the

şirketlerin bu şirketi kuran, bu şirketin ortağı veya yöneticisi olan kişilerden ayrı bir hukuki kişiliği olduğu, bu nedenle de şirketlerin akdettiği hukuki işlemlerden doğan hak ve borçların doğrudan doğruya şirketi bağlaması prensibi asıldır²⁷². Şirketin, bu şirketi oluşturan ortaklardan ayrı bir tüzelkişiliği olduğunun kabulü, ortakların yalnızca taahhüt ettikleri malvarlığı ile sorumlu olmaları anlamına gelen sınırlı sorumluluk ilkesini doğurmuştur²⁷³. Diğer taraftan, şirketler aynı grupta yer alsalar dahi, her bir grup üyesinin diğerlerinden ayrı ve bağımsız bir tüzelkişiliği bulunduğundan bir şirketin yapmış olduğu hukuki işlem diğer şirketleri bağlamayacaktır²⁷⁴.

Bir şirketin akdettiği tahkim anlaşmasının bu şirketin kurucularına, ortaklarına, yöneticilerine veya bu şirketin bir şirketler topluluğuna dahil olması hâlinde topluluktaki diğer bir şirkete teşmil edildiği hâllerin, tüzel kişilerin ayrı ve bağımsız kişilikler olduğu ilkesine aykırılık teşkil edebileceği belirtilmiştir²⁷⁵. Zira şirketler topluluğu yapılanmasına gidilmesinin temel amacı, her bir şirketin kendi bağımsızlığını kaybetmeden fiil ve işlemlerde bulunabilmesi ve bu fiil ve işlemlerin yalnızca kendisini bağlamasıdır. Aksinin kabulü, şirketlerin tüzelkişiliklerinin ayrı ve bağımsız olması ilkesini tamamen yok saymak olacaktır²⁷⁶.

Her ne kadar her ticaret şirketi bağımsız tüzel kişiliği haiz olsa da, bir grubun içinde yer alan şirketlerin yönetimi, grup şirketler yapısı içinde bulunmayan bağımsız bir şirketle kıyaslandığında farklılık arz eder²⁷⁷. Zira bağımsız şirketlerin yönetiminde

Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives", **Berkeley Business Law Review**, Vol. 16, No.1, 2019, s. 140.

²⁷² Manóvil, s. 63-64; Özdemir Kocasakal, 30; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C.2, B.23, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, s. 219; Kayıhan, s. 54.

²⁷³ Jose Engracia Antunes, **Liability of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, An International and Comparative Perspective**, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, s 60; Blumberg, **Limited Liability**, s. 577.

²⁷⁴ Blumberg, **Limited Liability**, s. 575; Asuman Yılmaz, s. 148-149; Özdemir Kocasakal, 30; Sebastian Mock, "National Report on Germany", Rafael Mariano Manóvil (ed), **Groups of Companies: A Comparative Law Overview**, Springer, 2020, s. 377.

²⁷⁵ Delvolvé/Pointon/Rouche, s. 70; Sandrock, **Scope**, s. 167; Özdemir Kocasakal, 30;

²⁷⁶ Sandrock, **Scope**, s. 167.

²⁷⁷ Gül Okutan Nillson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha, 2009, s. 12; Türk Ticaret Kanunu Gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir: "Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsun bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hakimiyeti altında bulunsun, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsa, hâkim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest

sadece o şirketin menfaatleri esas alınırken grup şirketlerde tüm grubun amacı, menfaatleri ve yapılması göz önüne alınarak şirket, hâkim şirketin yönlendirmeleri doğrultusunda yönetilir²⁷⁸. Bunun getirebileceği olumsuz sonuçların önüne geçmek, bir diğer deyişle bağlı şirketin menfaatinin hâkim şirket tarafından göz ardı edilmesini engellemek ise şirketler topluluğu hukukunun amacıdır²⁷⁹. Bu amacın gerçekleştirilmesi için, hukuk sistemlerinde genellikle hâkim şirketin hâkimiyetini ve topluluk itibarını kötü kullanmasının önüne geçmek için aşağıda incelenecek düzenlemeler yapılmıştır.

B. Hâkimiyetin Sorumluluğa Etkisi Bakımından

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu hâkimiyet kavramını, hâkim şirketin hâkimiyet araçlarını kullanarak bağlı şirketlerin kendi istediği kararları almasını sağlaması, bir diğer deyişle bağlı ortakları “yönetebilmesi” olarak açıklamıştır²⁸⁰. Hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyeti, toplam oyların çoğunluğundan, yönetim kurulu üyelerinin karar alabilecek çoğunluğuna sahip olmaktan veya bağlı şirketle imzalanan bir hâkimiyet sözleşmesinden kaynaklanabilir²⁸¹.

Hâkimiyet kavramının içeriği ve tespit usulleri hukuk sistemlerinde farklılık arz etmektedir. Alman Hukukunda “tek elden yönetim” sistemi, Belçika, Fransız, İngiliz, İtalyan ve Türk hukukunda ise “kontrol” sistemi esas alınmıştır²⁸². Kontrol sistemi uyarınca, bir şirket diğer şirketi oy çoğunluğu veya diğer hâkimiyet araçlarıyla kontrol ediyorsa şirketler topluluğu mevcuttur²⁸³. “Tek elden yönetim” ve “kontrol” sistemleri arasındaki fark, “tek elden yönetim” sisteminde hâkimiyet olanaklarının varlığının, kendiliğinden hâkimiyetin uygulandığı anlamına gelmemesi, gerektiğinde ispatının istenmesidir²⁸⁴.

iradesini kullanır demek gerçeği görmezlikten gelmektir.” Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209’uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 69. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, (28.20.2022)

²⁷⁸ Okutan Nillson, s. 12.

²⁷⁹ Okutan Nillson, s. 14.

²⁸⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 716.

²⁸¹ Tekinalp, **Şirketler Topluluğu**, s. 1548; Zühtü Aytac, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. XXIX, S.4, 2013, s. 14.

²⁸² Corporate Group Law for Europe, European Business Organization Law Review, Vol 1, 2000, s. 187.

²⁸³ Asuman Yılmaz, s. 130.

²⁸⁴ Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, **GÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007, s. 265-266.

Türk Ticaret Kanunu (TTK)²⁸⁵, hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması ve bunun sonuçlarını m.202’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz*”. Bağlı şirketin bu maddeye göre kayba uğramasının sonucu, hâkim şirketin bu kaybı denkleştirme ile yükümlü olmasıdır. Eğer süresi içinde denkleştirme sağlanamazsa, denkleştirme talebi yerini tazminat talebine bırakacaktır²⁸⁶. TTK m.202(1)(b) uyarınca bağlı şirketin pay sahipleri, hâkim şirkete ve kayba sebep olan hâkim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı bağlı şirketin uğradığı zararın giderilmesi için tazminat davası açabilirler. Alman Hukukunda fiili konzernele ilişkin olarak hâkim işletmenin gücünü bağlı şirketin zararına kullanması hâlinde hâkim şirkete, temsilcisine ve yönetimine karşı tazminat davası açma hakkı düzenlenmiştir²⁸⁷.

TTK hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki etkisini, tam hâkimiyetin bulunduğu ve tam hâkimiyetin bulunmadığı hâller (kısmi hâkimiyet) olarak ikiye ayırarak düzenlemiştir²⁸⁸. Bu ayrımın önemi, tam hâkimiyet hâlinde bağlı şirket yönetim kurulunun hâkim şirketin talimatları ile bağlı olmasıdır²⁸⁹. TTK m.203’te tanımlanan tam hâkimiyet, bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olmasıdır. Bu hâlde, şirkette grup dışı pay sahibi kalmadığından, hâkim şirkete, şirketin sermayesi ve malvarlığının yönetimine ilişkin daha geniş bir yetki verilmiştir²⁹⁰. Kısmi hâkimiyetten farklı olarak tam hâkimiyet hâlinde, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği²⁹¹ olmak şartıyla, bağlı şirketin yönetimine ve yönlendirilmesine ilişkin talimatlar verebilecek ve bağlı şirketin organları da bu talimatlara uymak zorunda olacaktır²⁹² (TTK m. 203).

²⁸⁵ RG. 14.02.2011 / 27846.

²⁸⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 788.

²⁸⁷ Akın, s. 179.

²⁸⁸ Alman Hukukunda ise hakimiyetin kaynağına göre bir ayrım yapılmış ve sorumluluk, fiili ve sözleşmesel gruplar bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Aytaç, s. 19.

²⁸⁹ Ayşe Begüm Keleş Güven, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Bağlamında Grup Şirketler Doktrininin Türk Ticaret Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, C.29, S.2, 2021, s. 1152

²⁹⁰ Okutan Nillson, s. 417.

²⁹¹ TTK Tasarısı’nda, toplulukça belirlenmiş somut politikalar hususunda Fransız Mahkemesince verilmiş Rosenblum kararına atıf yapılmıştır. TTK Tasarısı, Madde 203, s. 79. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>.

²⁹² Bunun istisnası, TTK m. 204/1 uyarınca talimatın “bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıklarını yitirmesine” sebep olabilecek nitelikte olmasıdır. Bu hallerde, bağlı şirket talimatlara uymak zorunda değildir.

Tam hâkimiyetten doğan talimat hakkının kullanılması durumunda hâkim şirketin bazı sorumlulukları doğabilir. İlk olarak, TTK m. 205 uyarınca, m. 203-204 kapsamındaki talimatlara uymaları sebebiyle, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve diğer sorumlular şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu olmayacaklardır. İkinci olarak, bağlı şirket, hâkim şirketin talimatlarına uyması sebebiyle bir zarara uğramış ise hâkim şirket bu zararları denkleştirmek zorundadır, denkleştirmedeği takdirde zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve yöneticilerine karşı tazminat davası açabilecektir.

Alman hukukunda talimat hakkının kullanılması sözleşmesel konzernler ve fiili konzernler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bir hâkimiyet sözleşmesiyle kurulan sözleşmesel konzernlerde, hâkim şirkete bağlayıcı nitelikte talimat verme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu hâlde de bağlı şirketler hâkim şirketten ayrı tüzelkişiliğe sahip olmaya devam etmekte, yalnızca hâkim şirketin talimatlarını yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Hâkim şirket yöneticileri, bağlı şirkette zarar meydana gelirse, bu zararları tazminle yükümlüdür. Herhangi bir hâkimiyet sözleşmesinin mevcut olmadığı fiili konzernlerde ise, hâkim şirket kural olarak bağlı şirketi zarara uğratabilecek talimatlar veremez meğer ki bu zarar, zararın doğduğu dönem içinde denkleştirilmiş veya bağlı şirkete bir istem hakkı tanınmış olsun²⁹³. Hâkim şirketin bağlı şirketi zarara uğratabilecek bir talimatta bulunması ve bunu denkleştirmemesi hâlinde ise bağlı şirketin tazminat davası açabileceği kabul edilmektedir²⁹⁴.

C. Güvenden Doğan Sorumluluk Bakımından

“Şirketler topluluğuna güvenden doğan sorumluluk”, hâkim şirketin kendi tavır veya davranışlarıyla bağlı şirketin mevcut veya potansiyel alacaklıları nezdinde somut beklentiler oluşturmaları hâlinde gündeme gelir²⁹⁵. Güvenden doğan sorumluluk ile şirketler topluluğu ile iş ve işlem yapan kişilerin menfaatleri korunmak istenmiştir²⁹⁶. Uygulamada çoğu zaman hâkim şirketin bağlı şirketin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme görüşmelerine doğrudan veya dolaylı olarak müdahale ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, hâkim şirket sözleşme görüşmelerine özel olarak görevlendirilen bir

²⁹³ Fatma Beril Özcanlı, **Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, İstanbul: Oniki Levha, 2021, s. 46-47.

²⁹⁴ Kürşat Göktürk, “Kaybı Denkleştirilmeyen Bağlı Anonim Şirketin Dava Hakkı ve Dayanağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2014, s. 234.

²⁹⁵ Asuman Yılmaz, s. 154-155.

²⁹⁶ Serhan Dinç, “6102 Sayılı Kanun’un Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ile Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk (TTK m.209) Kavramının İncelenmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S.126, 2017, s. 31.

temsilci gönderebilir. Bu görevli, sözleşmelerin müzakereleri sırasında sadece bağlı şirkete danışmanlık yapmak ve toplantıda hazır bulunmak gibi pasif bir konumda olabilir veyahut da karşı tarafta topluluğa yönelik güven uyandırarak sözleşmenin kurulmasına önemli ölçüde etki edebilir²⁹⁷.

TTK m. 209'da şirketler topluluğunun güvenden doğan sorumluluğu "*Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*" denilmek suretiyle kabul edilmiştir. Esasen bu hüküm TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralının özel bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir²⁹⁸. Her ne kadar hüküm yalnızca hâkim şirketin topluluk itibarını kullanacağı ihtimalini dikkate almış olsa da, itibarın şirketler topluluğuna mensup diğer şirketler tarafından da kullanılması mümkündür²⁹⁹. Örneğin bazı hâllerde bağlı şirket yaptığı bir işlemin hâkim şirketin himayesi altında olduğuna dair karşı tarafta güven yaratmış olabilir³⁰⁰. "Patronaj açıklaması", "himaye beyanı" veya "destek beyanı" olarak adlandırılan beyan, bağlı şirketin hâkim şirketin himayesinde olduğunu ve onun desteğini aldığını ifade etmektedir³⁰¹. Güven sorumluluğunun özel ve dar bir türü olarak nitelendirilen bu beyanlardan dolayı hâkim şirketin sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmektedir³⁰².

İsviçre ve Alman hukukunda da "*konzern*" olarak anılan şirketler topluluğu yapısında güven sorumluluğunun uygulanmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir³⁰³. Zira şirketler topluluğunda üçüncü kişiler ile hâkim şirket arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur. Bu nedenle sadece aynı şirketler topluluğunda bulunduğu için bağlı şirketlerin borçlarından sorumlu olması söz konusu olmaz. Ancak güven sorumluluğu işletilerek, hâkim şirketin yavru şirketin mevcut veya muhtemel müşterilerine karşı, yarattığı güvenden dolayı sorumlu olması, İsviçre Federal mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir³⁰⁴.

²⁹⁷ Asuman Yılmaz, s. 154.

²⁹⁸ Ahmet Battal, "Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk", **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, 2012, s. 247.

²⁹⁹ Battal, s. 249; Asuman Yılmaz, s. 310.

³⁰⁰ Pulaşlı, **Güven Sorumluluğu**, s. 268.

³⁰¹ Dinç, s. 37-38.

³⁰² Murat Can Atakan, "Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi", **AÜHFD**, Vol.69, S.3, 2020, s. 1534

³⁰³ Asuman Yılmaz, s. 278 vd.

³⁰⁴ BGE 120 II 331, www.relevancy.bger.ch (22.05.2023); BGE 123 III 220, www.relevancy.bger.ch (22.05.2023)

D. Diğer Sorumluluk Kaynakları

1. Hukuki Görünüşe Güven İlkesi

Yukarıda incelediğimiz güven sorumluluğu, hâkim şirketin topluluk itibarını kullanarak yarattığı güvenden sorumlu olmasıdır. Bu sorumluluğunun neticesi, hâkim şirketin belli bir şekilde davranacağına ilişkin karşı tarafta yaratılan beklentinin boşa çıkartılmasıyla meydana gelen zararların giderilmesidir. Belirtmek gerekir ki, hukuki görünüşe güven teorisi ve güven sorumluluğu farklı kavramlardır. Hukuki görünüşe güven teorisinin uygulama alanı bulduğu hâllerde hukuki görünüş gerçeğe uygunmuşçasına bir sonuç yarattığı için bu görünüş gerçek olsaydı hangi sonuçlar doğacaksa o sonuçlar doğar³⁰⁵. Bu hâllerde, hukuki görünüşü yaratan kişi karşı tarafın haklı güveninin korunması için karşı tarafın bir ifa menfaati elde etmesine katlanmak durumunda kalmaktadır³⁰⁶. Güven sorumluluğunda ise, hukuki görünüşe güvenmekten dolayı bir zarar meydana gelmişse, görünüşü yaratan kişi bu görünüşe güvenen kişinin uğradığı zararı tazminle yetinecektir³⁰⁷.

Bazı hâllerde, taraflar gerçeği yansıtmayan olgulara – hukuki görünüş olgusuna- dayanarak hukuki işlemler yaparlar. Gerçek ile hukuki görünüş arasındaki farka rağmen, görünüşe güvenilerek yapılan işlemlerin sanki gerçeğe uygun gibi muamele görmesi mümkündür³⁰⁸. Bunun için hukuki görünüşe güvenen kimsenin bu görünüşü gerçekmiş gibi farz etmekte haklı olması gerekir³⁰⁹.

Yargıtay güncel bir kararında³¹⁰, “Yine dürüstlük ilkesini temel alan bir akım da, irade beyanlarının yorumunda ve dolayısıyla sözleşmelerin kurulup kurulmadığını tespitite “korunmaya layık haklı güveni” esas alan “güven ilkesi” dir. Bu güven ilkesi de, “hukuki görünüşe güvenin korunması” alt ilkesini doğurmuştur” ifadeleriyle hukuki görünüşe güven ilkesini dürüstlük kuralına dayanarak açıklamıştır. Bir başka Yargıtay kararında³¹¹ da ifade edildiği gibi, dürüstlük kuralı yalnızca medeni hukukta

³⁰⁵ Akyol, bu halde güvene dayalı ifa sorumluluğunun varlığını kabul etmektedir. Bkz. Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 30.

³⁰⁶ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul: Vedat, 2008, s. 59.

³⁰⁷ Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, Vedat, İstanbul, 2005, s. 18.

³⁰⁸ Ülgen, s. 52.

³⁰⁹ Kalkan Oğuztürk, s. 261.

³¹⁰ Yargıtay HGK, E. 2017/19-917, K. 2020/985, T. 2.12.2020, www.kazanci.com, (4.04.2023)

³¹¹ Yargıtay HGK, E. 2012/19-670, K. 2013/171, T.16.12.2013, www.kazanci.com (4.04.2023)

değil ticaret hukukunda da uygulama alanı bulur. İsviçre hukukunda da hukuki görünüşe güven ilkesi benzer şekilde açıklanmaktadır³¹².

2. Görünüşte Temsil/Katlanma Temsili

Hâkim şirketin “katlanma temsili” ve “görünüşte temsil yetkisi” prensipleri uyarınca sorumlu tutulması da mümkündür³¹³. Katlanma temsili söz konusu olduğu hâllerde, taraflardan biri, diğerini temsil yetkisi bulunmamasına rağmen temsilciymiş gibi hareket etmekte ve temsil olunan da bu durumdan haberdar olduğu hâlde duruma müdahale etmemektedir³¹⁴. Bu hâlde, temsilciymiş gibi hareket eden şirketle hukuki ilişkiye giren kişiler dürüstlük kuralı uyarınca hukuki görünüşe güvenmekte haklı kabul edilmektedirler. Görünüşte temsil yetkisinin katlanma temsiliinden tek farkı, görünüşte temsilde temsilci gibi davranan şirketin davranışlarından temsil olunan şirketin haberdar olmamasıdır³¹⁵.

ABD Mahkemesi’nin *A.W. Fiur Co. v. Ataka & Co.* kararına³¹⁶ konu olayda, *Ataka Co. Ltd* (Ataka) ile *A. W. Fiur Co.* arasında sözleşme görüşmeleri yapılmış, sözleşmenin imzasına ise Ataka’nın bağlı şirketi olan *Ataka America, Inc.* (America) katılmıştır. Sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin ifasına yönelik tüm işlemler ve yazışmalar hâkim şirket olan Ataka tarafından yapılmıştır. Sözleşmeden bir uyuşmazlık doğması üzerine ilk derece mahkemesi, davanın Ataka’ya ilişkin olan kısmını, Ataka’nın sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bunun üzerine temyiz talebini inceleyen New York Yüksek Mahkemesi, “*hakim şirket sadece hisselerinin tamamına sahip olduğu için bağlı şirketin sözleşmelerinden sorumlu tutulamaz...ne var ki, eğer bir şirket bağlı şirketinin tüm işlemlerinde bir aktör hâline gelirse, o zaman hukuken sorumlu olabilir...bir bağlı şirketin günlük iş ve işlemleri üzerinde hakim şirketin kontrolü varsa, bu şirket hakim şirketin bir aracı veya temsilcisi olarak değerlendirilebilir...belirleyici faktör bağlı şirketin hakim şirketin bir kuklası (dummy) olup olmadığıdır*” ifadelerini kullanmıştır. Mahkeme’nin

³¹² BGE 74 II 149, Karar için bkz. Karl Oftinger, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973, s. 53 vd.

³¹³ Herbert Wiedemann, “Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart”, Marcus Lutter/Helmut Kollhossler/Winfried Trusen (eds) Festschrift für Johannes Barmann zum 70. Geburtstag, München, 1975, s. 1037 (Asuman Yılmaz’s. 248’den naklen)

³¹⁴ Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul: Vedat, 2009, s. 249; Gümüş, s. 394.

³¹⁵ Akyol, **Temsil**, s. 252; Gümüş, s. 395.

³¹⁶ *A. W. Fiur Co. v. Ataka & Co.*, 71 A.D.2d 370 (N.Y. App. Div. 1979), www.casetext.com (18.04.2023).

değerlendirmesinde görünüşte temsil veya katlanma temsili ifadelerine yer verilmese de, bağlı şirketin hakim şirketin bir temsilcisi hâline geldiğine dikkat çekilmiştir.

Bir başka kararında, ABD mahkemeleri³¹⁷, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine atıf yapsa da, perdenin kaldırılması için şirketin aldatma veya ahlâka aykırı davranışlarının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre eğer bir hâkim şirket bağlı şirketin günlük yönetiminde söz sahibiyse ve bağlı şirketin kararlarının ardındaki temel motivasyonu oluşturuyorsa veyahut da eğer bağlı şirket tamamen hâkim şirkete hizmet etmek için varlığını sürdürüyorsa bu hâlde hâkim şirket sözleşmeyi imzalamadığı hâlde sözleşmeye bağlı olabilecektir.

Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, şirketler topluluğuna ilişkin davalarda sıklıkla görüldüğü üzere şirketler topluluğu ile bir hukuki işleme giren kişiler bakımından topluluğun hangi şirketi ile sözleşme yaptıkları fazla önem arz etmez. Şirketler topluluğu ile sözleşme akdedecek kişiler şirketler topluluğunu bir bütün olarak görürler. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinde sadece bağlı şirket yer alsın ve sadece bağlı şirketin imzası olsa bile, eğer bu şirket hâkim şirketi temsil ettiği izlenimini uyandırıyorsa, sözleşmeden doğan borçlardan hâkim şirketin de sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Tahkim anlaşmasının esas ilişkiyi takip edeceği görüşümüze paralel olarak, bu hâlde hâkim şirket tahkim anlaşmasıyla da bağlı olmalıdır.

3. Estoppel

“Kimse bir başkasının zararına olacak şekilde çelişkili davranışta bulunamaz” (*venire contra factum proprium*) ilkesi Roma hukukuna dayanmakta ve günümüzde Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de benimsenmektedir³¹⁸. Bu ilkeden doğan estoppel doktrini, isimleri ve uygulama koşulları farklı olsa da pek çok hukuk sisteminde uygulama alanı bulmaktadır³¹⁹. Doktrinin temeli, bir hukuki ilişkide tutum ve davranışlarıyla sözleşmenin karşı tarafında güven uyandıran kişinin daha sonra bu güvene aykırı davranışlarda bulunmasının engellenmesine dayanır.

Estoppel doktrinin bir alt türü olan “equitable estoppel” doktrininin uygulama alanı bulabilmesi için doktrine dayanan kişi, karşı tarafın çelişkili davranışına

³¹⁷ *In re the Arbitration between Sbarro Holding, Inc. & Shiaw Tien Yuan*, 91 A.D.2d 613 (N.Y. App. Div. 1982), www.casotext.com, (18.04.2023).

³¹⁸ Charles T. Kotuby/Luke A. Sobota, **General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes**, Oxford University Press, 2017, s. 120.

³¹⁹ Estoppel doktrini Türk hukukunda “çelişkili davranış yasağı”, İspanyol Hukuku’nda “*actos propios*”, Alman Hukuku’nda ise “*Vertrauensschutz*” adı altında uygulanmaktadır.

inandığını kanıtlamalıdır. Oysa “quasi-estoppel” doktrininde güven uyandıran tarafın somut olaydaki gerçekleri saklaması veya çarpıtması gerekmediği gibi, güven duyan tarafın da bu güvenini kanıtlaması gerekmemektedir³²⁰. Kanımızca, şirketler topluluğunda, esas sözleşmeyi imzalamamış olsa da sözleşmelerin müzakerelerine, ifasına veya sona ermesine katılan bağlı veya hâkim şirketler, quasi-estoppel teorisi uyarınca karşı tarafta sözleşmeye taraf olacağına yönelik güven uyandırdıysa, bu güvene aykırı hareket edememeli ve sözleşme ile bağlı olmalıdır³²¹.

IV. Değerlendirmemiz

Şirketler topluluğunda hâkim şirketin hâkimiyeti kötüye kullanmasına bağlanan sonuçlar, bağlı şirketin zararını önlemeye veya bu zararı gidermeye yöneliktir. Hâkimiyete ilişkin düzenlemeler, bağlı şirketin bağımsız tüzelkişiliğini göz ardı etmek ve bağlı şirket tarafından akdedilen sözleşmelerden hâkim şirketin sorumlu olabileceği sonucuna varmak için elverişli değildir. Benzer şekilde, hâkim şirketin “güven sorumluluğu” kapsamında sorumlu olmasının sonucu, karşı tarafta yaratılan güvenin boşa çıkarılması neticesinde karşı tarafın uğramış olduğu “güven zararı”nı tazminle yükümlü olmasıdır³²². Güven sorumluluğu uyarınca hâkim şirkete yöneltilecek talep, bağlı şirketin borçlandığı edimlerin ifası değil, karşı tarafın hâkim şirketten haklı olarak beklemekte olduğu davranışın yerine getirilmemesi sebebiyle oluşan zararın giderilmesidir. Görüldüğü gibi güven sorumluluğu kapsamında şirketlerin sadece bir tazminat yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla karşı tarafta ne kadar güven uyandırırsa uyandırсын hâkim şirketin güven sorumluluğu çerçevesinde bağlı şirketin akdettiği sözleşmelere taraf olduğunun kabul edilmesi için hukuki bir zemin bulunmamaktadır.

Hem tam hâkimiyette hâkim şirketin talimatlarının bağlı şirketi kayba uğratması hâlinde hem de hâkim şirketin güven sorumluluğunda zarara uğrayan kişi, hâkim şirkete karşı bir tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır. Bağlı şirket ile bu şirketin alacaklısı arasındaki sözleşmede bir tahkim anlaşmasının bulunması, alacaklının hâkim şirkete karşı tazminat taleplerini tahkim yoluna taşıyabileceği anlamına gelmez. Zira bu hâllerde hâkim şirket, bağlı şirketin borcundan dolayı sorumlu olmamakta, güvene aykırı davranışı veya bağlı şirketi kayba uğratan talimatları ile alacaklının zararı arasında nedensellik bağı olduğu ölçüde bu zararı tazminle yükümlü

³²⁰ *Evans v. Idaho State Tax Commission*, 540 P.2d 810, 30.9.1975, www.casetext.com (17.04.2023)

³²¹ Aynı yönde bkz. Jens Peter Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002, s. 138-139. (Rubins, s. 468, dn. 79’den naklen).

³²² Asuman Yılmaz, s. 275.

olmaktadır³²³. Bağlı şirket ile alacaklı arasındaki sözleşmedeki tahkim şartı, alacaklının hâkim şirkete karşı TTK m. 206 ve m. 209 uyarınca sahip olduğu tazminat talebini kapsamaz.

İsviçre Federal Mahkemesi 1996 yılında verdiği *Omni- Holding* kararında³²⁴, güven sorumluluğunun, hâkim şirketin yavru şirketin borçlarından onun yerine veya onunla birlikte sorumlu olduğu anlamına gelmediğini belirtmiştir. Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararında³²⁵ davacının hâkim şirketin güven sorumluluğu kapsamında sözleşmeden doğan borçları bizzat ödemesi gerektiği iddiasına karşılık olarak, güven sorumluluğunun sözleşmesel alacakları değil, güvene aykırı davranış sebebiyle meydana gelen zararları kapsadığını ifade etmiştir.

Netice olarak, şirketler topluluğu hukukunda bağlı şirketin ve alacaklıların korunmasına ilişkin kurallar düzenlenmiş olsa da, bu kurallar sadece tazminata ilişkin olup grup şirketlerinden biri tarafından akdedilen sözleşmeden doğan borçlardan diğerini sorumlu tutmaya elverişli değildir³²⁶. Ne var ki, şirketler topluluğu için özel olarak getirilmiş hükümlerin haricinde, borçlar hukuku prensiplerine dayanarak hâkim şirket veya bağlı şirket tarafından akdedilen sözleşmelerle, topluluktaki diğer şirketlerin hukuki görünüşe güven ilkesi veya temsil kuralları uyarınca sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir.

³²³ Okutan Nillson, s. 497.

³²⁴ BGE 123 III 220, 6.11.1996, <http://relevancy.bger.ch/> (2.6.2023)

³²⁵ (4C.396/2004), 22.3.2006, www.bger.ch (2.6.2023)

³²⁶ Aynı yönde Bkz. Özdemir Kocasakal, s. 54.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: MAHKEME VE HAKEM KARARLARINDA GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN UYGULANMASI

I. Üçüncü Kişinin Tahkimde Davacı veya Davalı Konumda Olmasının Karşılaştırılması

Tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan kişinin üçüncü kişiye karşı tahkim anlaşmasına dayanmak istemesi³²⁷ ile üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan kişiye karşı tahkim anlaşmasına dayanmak istemesi³²⁸ arasındaki ayrıma Anglo Sakson Hukuk sistemlerinde daha çok dikkat çekilmektedir³²⁹. Ne var ki, pek çok hukuk sisteminde bu ayrımdan ziyade tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin hangi teori altında gerçekleştirileceğine önem verilmektedir³³⁰. Pek çok mahkeme kararında üçüncü kişinin hangi konumda yer aldığına dikkat bile edilmediği veya herhangi bir ayırım yapılmadan benzer esasların uygulandığı görülmektedir³³¹.

³²⁷ Meyniel bu senaryoyu “pasif üçüncü kişi katılımı” (*passive non-signatory enjoinderment*) şeklinde ifade etmiştir. Zira bu hâlde üçüncü kişi yargılamaya katılmak için bir eylemde bulunmamakta, tam tersine direnmektedir. Söz konusu kişi direnişinde aktif olmasına rağmen, tahkim yargılamasının seyri açısından pasif bir konumdadır. Bkz. Meyniel s. 25.

³²⁸ Meyniel bu senaryoyu “aktif üçüncü kişi katılımı” (*active non-signatory enjoinderment*) şeklinde ifade etmiştir. Zira bu hâlde üçüncü kişi tahkim yoluna başvurarak aktif bir rol üstlenmektedir. Bkz. Meyniel, s. 25.

³²⁹ Özellikle de estoppel doktrininin uygulanmasında, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişinin üçüncü kişiyi tahkime zorlaması daha yaygın bir şekilde kabul edilmektedir. Zira üçüncü kişinin tahkim anlaşmasını imzalamasa da estoppel doktrini uyarınca bu anlaşmaya taraf kabul edilmesinin gerektiği hallerde, üçüncü kişi sözleşmeden bir yarar sağlamakta veya bir menfaat elde etmekte ve bu nedenle sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olmadığı iddiası kabul görmemektedir. Öte yandan üçüncü kişi tahkime başvuran konumda olursa, bu kişi tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmadığı için böyle bir anlaşmanın var olduğunu iddia etmesi mahkemelerce kabul göremeyebilir. Theodore J. Hawkings, “Arbitration, Equitable Estoppel, and the Right to Interlocutory Appellate Review”, **St. John’s Law Review**, Vol.84, No.5, 2010, s. 5-6.

³³⁰ Rau, s. 202.

³³¹ ABD mahkemesi bu yönde verdiği bir kararda: “Üçüncü kişilerin tahkim yoluna başvurmak isteyen konumda olması, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişilerin tahkim yoluna başvurmak isteyen konumda olmasından farklılık arz etse de mahkemeler genelde iki senaryoyu da benzer çerçevede değerlendirmektedir.” ifadelerini kullanmıştır. *Machado v. System4 LLC*, 28 NE 3d 401, 13.2.2015 www.casetext.com (23.01.2023); Aynı yönde bkz. *Kastner v. Vanbestco Scandanavia, AB*, 2014 WL 6682440 (D. Vt.), 25.11.2014, www.casetext.com (23.01.2023).

Üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına dayanan taraf olması ile tahkime zorlanan taraf olması arasında ayırım yapılmasını savunan yazarlar mevcuttur³³². Üçüncü kişinin tahkim yoluna başvuran taraf olmasının, üçüncü kişinin tahkimde davalı konumda olmasından çok daha sorunsuz olacağı ileri sürülmüştür. Zira ilk olasılıkta ilgili tüm kişiler tahkime gitme iradelerini bir şekilde ortaya koymuşlardır³³³. Her ne kadar üçüncü kişi, tahkim anlaşmasının akdedilmesi sırasında bu anlaşmaya şeklen taraf olmasa da, daha sonra tahkime başvurmak suretiyle iradesini ortaya koymuş durumdadır³³⁴. Dolayısıyla, bu kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı iddiası dikkate alınmayacaktır. ICC tahkimine konu bir kararda, hakem, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan bir kişinin tahkime başvurması hâlinde, bu kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini açık olarak ortaya koyduğunu, oysa tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişi tahkime zorlandığında bu kişinin tahkim yoluna gitmeye karşı koyduğunu ve böylece hiçbir zaman tahkim anlaşmasına rıza göstermediğini ileri sürdüğünü, bu nedenle ikinci hâlde tahkim anlaşmasının kapsamının üçüncü kişiyi içine alacak şekilde genişletilmesinin çok daha zor olduğunu ifade etmiştir³³⁵.

Öte yandan, tahkime başvurmak isteyen tarafın üçüncü kişi olması ihtimalinde, tahkim anlaşmasının hâlihazırda şeklen tarafı olan kişinin tahkime herhangi bir kişiyle değil, sadece sözleşmenin karşı tarafıyla gitmeye rıza gösterdiğini (*intuitu personae*) ileri sürebileceği belirtilmiştir³³⁶. Ayrıca tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olan kişi, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne rıza göstermişse de bu rıza, üçüncü kişinin ona karşı ileri sürebileceği tüm iddiaları kapsamaz³³⁷. Bu argümanlara karşı olarak, üçüncü kişinin tahkim yoluna başvurmak isteyen konumda olması hâlinde, tüm tarafların en azından tahkime gitme yolunda “ilk eşiği” aştıkları ifade edilmiştir³³⁸. Dolayısıyla bu argümanın sınırlı bir etkisi olacaktır³³⁹. Üçüncü kişinin tahkime başvuran konumunda olduğu durumlarda, buna engel olmak isteyen

³³² Bu yazarlar için bkz. John M. Townsend, “Extending an Arbitration Clause to a NonSignatory Claimant or Non-Signatory Defendant: Does it Make a Difference?”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitrations**, Kluwer Law International, 2010, s. 112-113; Park, **Non Signatories**, s. 21 vd; Craig/Park/Paulsson, s. 74; Rubins, s. 458; Mirambell Fargas, s. 106.

³³³ Craig/Park/Paulsson, s. 74; Townsend, s. 114; Park, **Non-Signatories**, s. 22; Rubins, s. 458.

³³⁴ Meyniel, s. 25; Townsend, s. 115; Mirambell Fargas, s. 106.

³³⁵ ICC Case No. 11405, 2001, Kararın ilgili kısmı için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 196, dn. 515.

³³⁶ Stucki/Wittmer, s. 5-6.

³³⁷ Meyniel, s. 26.

³³⁸ Townsend, s. 115.

³³⁹ Park, **Non-Signatories**, s. 22.

tarafın ya tahkim şartının içinde yer aldığı sözleşmenin üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil olmasına imkân vermediğini ya da sözleşmenin hâlihazırda taraflarının üçüncü kişinin katılımıyla zarar göreceğini ortaya koyması gerektiği belirtilmiştir³⁴⁰.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, tahkime başvurmak isteyen tarafın üçüncü kişi olması hâlinde daha farklı esasların uygulanacağını kabulü, her hâlükârda tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edileceği anlamına gelmemektedir. İki senaryoda farklı esasların uygulanması gerektiği görüşünü benimseyenler, üçüncü kişi tahkime gitmeye zorlandığında, yapılan incelemenin daha geniş ve gereken ispat derecesinin daha yüksek olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Yoksa bu görüş, tahkim anlaşmasının tahkime başvurmaya istekli üçüncü kişiye teşmilini her durumda haklı bulmamaktadır³⁴¹.

Tahkime gitmeye zorlanan kişinin üçüncü kişi olması hâlinde ise, bu kişinin tahkime gitme iradesi mevcut değilse, üçüncü kişiyi yargılamaya dahil etmek için bir dayanağın da mevcut olmayacağı ileri sürülmüştür. Üçüncü kişinin tahkim yoluna gitmek için rıza göstermediğini iddia etmesine karşı hakemlerin tek başvurabileceği yol açık bir irade beyanı aramak olacaktır³⁴². Üçüncü kişi tahkim iradesini bizzat kendisi ortaya koymamış olsa bile, sözleşmenin devri, halefiyet, tüzelkişilik perdesinin kaldırılması gibi hâllerde teşmili haklı kılan başka unsurlar mevcuttur. Benzer şekilde, üçüncü kişinin, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden hak veya menfaat elde etmesine rağmen tahkim şartı ile bağlı olmadığını ileri sürmesine hukuk düzeni çoğu zaman izin vermeyecektir³⁴³.

Üçüncü kişinin tahkimde davalı veya davacı konumunda olmasına göre teşmile uygulanacak hukuk bakımından ayırım yapan bir görüş de mevcuttur. ABD mahkemeleri, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişinin üçüncü kişiye karşı tahkime başvurmak istediği hâllerde, üçüncü kişinin sözleşmenin gerçek tarafı olup olmadığının değerlendirilmesinde, esas sözleşmede yer alan hukuk seçimi klotuna göre değil, federal hukuka veya eyaletlerin kendi hukukuna göre karar verme eğilimindedir. Zira bu görüşe göre, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişinin

³⁴⁰ Townsend, s. 116-117.

³⁴¹ Park, **Non-Signatories**, s. 22.

³⁴² Park, **Non-Signatories**, s. 22

³⁴³ Townsend, s. 117.

tahkime zorlandığı hâllerde, bu kişinin gerçekten tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı henüz belli olmadığından, bu kişinin tahkim iradesi olup olmadığı hususuna sözleşmedeki hükümlerden biri olan hukuk seçimi klotuna göre karar vermek doğru olmayacaktır³⁴⁴.

Öte yandan, diğer görüşe göre tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin davalı veya davacı konumunda olması tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından bir fark yaratmayacaktır³⁴⁵. Bu görüşün dayanağı, iki ihtimale farklı esasların uygulanmasının, tahkimin iki tarafın da iradesinin eşit bir şekilde, taraflar arasında ayırım gözetmeksizin ortaya konulmasını gerektiren niteliğine aykırılık teşkil edecek olmasıdır. Buna göre, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan kişinin iradesine verilen önem, üçüncü kişinin iradesine verilen önemden az olmamalıdır³⁴⁶.

Biz de tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin tahkimde davacı veya davalı konumunda olmasının teşmil bakımından fark yaratmayacağını düşünmekle beraber, yukarıdaki görüşten farklı bir nedene dayanıyoruz. Öncelikle tahkim anlaşmasına taraf olan kişinin, sadece tahkim anlaşmasının diğer tarafıyla tahkim yoluna başvurma yönünde bir iradesi olduğu argümanına katılmıyoruz. Tahkim şartı, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin taraflarının kişiliğine bağlı ve bu nedenle devredilmesi mümkün olmayan bir sözleşme hükmü değildir. Bu nedenle de tahkim anlaşmasına taraf olan şirket, tahkime sadece ve sadece o sözleşmenin orijinal tarafı ile gitmeye rıza gösterdiğini ileri sürerse, bu iddia kabul edilmemelidir.

Çalışmamızın en başından beri benimsediğimiz esasa paralel olarak, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde tarafların tahkim iradelerinin bir önem arz etmediği kanaatindeyiz. Üçüncü kişinin tahkimde davacı veya davalı konumunda olmasının teşmil bakımından bir fark yaratmaz, zira teşmilde esas olan, esasa ilişkin hak veya borçlardan üçüncü kişinin sorumlu olup olmadığıdır. Bir örnekle açıklayacak olursak, tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin sadece bağlı şirket tarafından imzalandığı ancak bu sözleşmenin müzakerelerinin ve ifasının hâkim şirket tarafından yapıldığı bir durumda, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan hâkim şirketin, sözleşmeden doğan bir alacak için sözleşmenin karşı tarafına tahkimde dava açmasıyla

³⁴⁴ James H. Carter/John Fellas, **International Commercial Arbitration in New York**, New York: Oxford University Press, 2010, s. 149.

³⁴⁵ Poudret/Besson, s. 214; Stucki/Wittmer, s. 5; Meyniel, s. 26; Waincymer, s. 524.

³⁴⁶ Meyniel, s. 26.

sözleşmenin karşı tarafının alacağı için hâkim şirkete karşı dava açmasında benimsenen kriter aynı olmalıdır. Bu kriter, hâkim şirketin, hukuki görünüşe güven ilkesi veya temsil kuralları uyarınca esas sözleşmeden doğan borçtan sorumlu olup olmayacağıdır. Dolayısıyla tahkime başvuranın hâkim şirket mi yoksa sözleşmenin karşı tarafı mı olduğunun bu analizde önemi yoktur.

II. Hakem ve Mahkeme Kararlarına Göre Grup Şirketler Doktrininin Uygulama Şartları

Üçüncü bölümde incelediğimiz üzere, bize göre tahkim anlaşması esas ilişkinin geçişini takip eder ve tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişinin esas ilişkiden doğan hak ve borçlardan herhangi bir sebeple sorumlu kabul edilmesi gerekiyorsa, bu kişi tahkim anlaşmasıyla da bağlı kabul edilmelidir. Ne var ki, incelediğimiz mahkeme ve hakem kararlarında ve ayrıca doktrinde, tahkim anlaşmasının şirketler topluluğunda yer alan şirketler arasında teşmilinde esas ilişkiye çok fazla önem atfedilmediği ve daha ziyade şirketlerin tahkim iradesinin mevcut olup olmadığı üzerinden bir analiz yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme ve hakem kararlarında sıkça, tahkim anlaşmasının grupta yer alan diğer şirketlere teşmil edilip edilmeyeceği somut olayın koşullarına göre değişebileceği için tamamen olay bazında değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir³⁴⁷. Nitekim bir ICC davasında hakem kurulu, sözleşmeye taraf olmayan kişilerin bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olup olmadığının, sözleşmenin yapıldığı andaki koşulların, tarafların üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olması hususundaki örtülü veya farazi iradesinin ve üçüncü kişilerin sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin ifa aşamasına katılımının dikkatlice incelenerek belirlenmesi gerektiğini dile getirmiştir³⁴⁸.

³⁴⁷ Hanotiau, **Groups of Companies**, s 285; Hascher, grup şirketler doktrinin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği argümanına belirsizliğe sebep olabileceği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Yazara göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili iki aşamalı bir varsayım üzerine kuruludur. İlk olarak, üçüncü kişiler, sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya sona ermesine katıldıklarında bu sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasından haberdar oldukları varsayılmaktadır. İkinci olarak, tahkim şartının var olduğunu bilmeleri ise bu şartı kabul ettikleri varsayımını doğurmaktadır. Bkz. Dominique T. Hascher, “Complex Arbitration: Issues in Enforcement and Annulment Actions of Arbitral Awards Under French Law”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 2009, s. 378.

³⁴⁸ ICC No.9517, 30.11.1998 (karar yayımlanmamıştır). Kararın özeti için bkz. Hanotiau, **Groups of Companies**, s. 285-286.

Belirtmek gerekir ki grup şirketler doktrinine dayanan kararların hepsinde aşağıda inceleyeceğimiz şartlar kümülatif olarak aranmamaktadır. Hatta pek çok kararda aşağıdaki şartlardan yalnızca birine veya ikisine odaklanıldığı görülmüştür.

A. Sıkı Bir Grup Yapısının Varlığı

Tahkim anlaşmasını imzalayan şirket ve tahkim anlaşması kendisine teşmil edilmek istenen şirketin aynı gruba mensup olmasının yanında, bu şirketlerin sıkı bir grup yapısına ve güçlü finansal ve organizasyonel bağlantılara sahip olması gerektiği savunulmuştur. Grubu oluşturan şirketler arasında hiyerarşik bir yapılanmanın olması, hâkim şirketin grubun iş stratejisinde lider rol üstlenmesi ve bağlı şirketler ve hatta bağlı şirketlerin bağlı şirketleri üzerinde hâkimiyeti olması, sıkı bir grup yapısının varlığına delalet eder³⁴⁹.

5894 No’lu ICC kararına³⁵⁰ konu olayda hâkim şirket *ZFrance* ile diğer bir hâkim şirket *XBanque* tahkim şartı içeren bir finansal kiralama sözleşmesi imzalamışlardır. Bu sözleşme bir çerçeve sözleşme olup daha sonra grubun bağlı şirketleri arasında pek çok farklı sözleşme daha imzalanmıştır. Finansal kiralama sözleşmesinden bir uyuşmazlık doğunca, *X Banque* ve bağlı şirketleri, *ZFrance* ve bağlı şirketlerine karşı tahkime başvurmuştur. Hakem kurulu sözleşmede imzası olmayan bağlı şirketler üzerinde yargı yetkisi olduğuna karar verirken, bağlı şirketlerin sözleşmeleri ifa ederken hâkim şirketin sıkı kontrolü altında olduğuna ve hâkim şirketten gelen talimatlara uyduğuna vurgu yapmıştır.

Diğer taraftan, şirketlerin “tek ekonomik birlik (*single economic unit*)” veya “tek ekonomik gerçeklik (*single economic reality*)” oluşturması grup şirketler doktrininin uygulanmasını destekleyen önemli bir faktör olarak hakemlerce dikkate alınmaktadır³⁵¹. Ne var ki, şirketlerin bir ekonomik birlik veya gerçeklik oluşturması tek başına yeterli olmayıp, sadece şirketlerin gerçek iradelerinin araştırılmasında göz önüne alınması gereken bir faktör olduğu ifade edilmiştir³⁵². 5103 No’lu ICC Kararına³⁵³ konu olayda hakem kurulu (her bir şirket tahkim şartı içeren sözleşmeyi imzalamasa da) aynı şirketler topluluğuna mensup olan A, B ve C şirketleri üzerinde

³⁴⁹ Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 137.

³⁵⁰ ICC Case No. 5894, 1989. Kararın özeti için bkz. Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 137.

³⁵¹ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 155.

³⁵² Mayer, **Extension**, s. 190.

³⁵³ ICC Case No. 5103, 1988. Kararın özeti için bkz. Brekoulakis, **Third Parties**, s. 156.

yargı yetkisi olduğuna karar vermiştir. Hakem kurulu, grubun kurumsal ve operasyonel yapısını incelemiş ve grubu oluşturan şirketlerin bir ekonomik bütün teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu bağlamda özellikle B'nin sözleşmenin karşı tarafından aldığı borçları, C'ye fabrikasını inşa etmek için tahsis etmesi hakem kurulunun kanaatini oluşturmada etkili olmuştur. Belirtmek gerekir ki *Dow Chemical* kararından sonra “tek ekonomik birlik” kavramının doktrinin uygulanmasında giderek önemini yitirdiği, bunun yerine tarafların iradesini gösteren, esas sözleşmenin müzakeresine veya ifasına katılım gibi faktörlerin güç kazandığı ifade edilmiştir³⁵⁴.

Sıkı grup yapısının belirlenmesinde hâkim şirketin bağlı şirketin paylarına hangi oranda sahip olduğu tek başına etkili değildir. Örneğin 1998 yılında verilen bir ICC kararında³⁵⁵ hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde sadece %51 oranında pay sahipliği bulunmasına rağmen, hâkim şirketin imzaladığı tahkim anlaşması bağlı şirkete teşmil edilmiştir. Öte yandan, 1993 yılında verilen bir ICC kararında hâkim şirket bağlı şirketin %90.99'una sahip olmasına rağmen tahkim anlaşması bağlı şirkete teşmil edilmemiştir³⁵⁶.

B. Tahkim Anlaşmasına Şeklen Taraf Olmayan Şirketin Esas Sözleşmenin Müzakeresi, İfası veya Sona Ermesindeki Aktif Rolü

Grup şirketler yapısının varlığı, tahkim anlaşmasının bu anlaşmayı imzalamayan şirkete teşmil edilip edilemeyeceği tartışmasında yalnızca bir başlangıç noktası teşkil eder. Dolayısıyla şirketlerin aynı gruba mensup olması teşmil için yeterli değildir³⁵⁷. Doktrinde, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmasa da, tahkim klozu içeren sözleşmenin müzakeresi, ifası ve sona ermesine önemli derecede katılan şirketlerin tahkim kloxuna taraf kabul edilebilecekleri ileri sürülmüştür³⁵⁸. Tahkim kloxuna taraf kabul edilebilmek için bu aşamaların hepsine katılım gerekecek midir, yoksa alternatifli olarak bir veya birkaç aşamaya katılmak yeterli olacak mıdır? Bu hususta bir netlik olmasa da tahkim uygulamasında hakemler genelde bir şirketin tahkim

³⁵⁴ Mantilla-Serrano, s. 16.

³⁵⁵ ICC Case No. 8910, 1998, ICC Collection of Arbitral Awards 1996-2000, Kluwer, 2003, s. 569.

³⁵⁶ ICC Case No. 7155, 1993, ICC Collection of Arbitral Awards, 1996-2000, Kluwer, 2003, s. 454.

³⁵⁷ Hascher, s. 377; Waincymer, s. 523.

³⁵⁸ Hanotiau, **Groups of Companies**, s. 281; Rubins, s. 459; Esasen, tahkim anlaşmasını imzalamayan kişinin tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin ifasına katılması, yalnızca grup şirketler doktrini bağlamında değil, üçüncü kişinin alt yüklenici, taşıyıcı veya tamamen bağımsız bir kişi olması durumunda da göz önüne alınmakta ve tahkim anlaşması üçüncü kişiye teşmil edilmektedir. Mayer, **Extension**, s. 191.

anlaşmasına taraf olup olmadığını değerlendirirken bu şirketin sözleşmeye katılımını sözleşmenin tüm aşamalarına ilişkin olarak ayrı ayrı incelemektedirler³⁵⁹.

Dow Chemical kararında³⁶⁰, hakem kurulu tahkim anlaşmasını imzalamayan kişilerin sözleşmenin müzakeresi, ifası ve sona ermesindeki rolünü detaylı bir şekilde incelemiştir. Karara konu olayda, ilk sözleşme, *Dow Chemical Venezuela* (daha sonra sözleşmeyi *Dow Chemical AG (Zurich)*'e devretmiştir) ile bir Fransız şirketi (daha sonra sözleşmeyi *Isover St. Gobain*'e devretmiştir) arasında imzalanmıştır. İkinci sözleşme ise *Dow Chemical AG (Zurich)*'in yavru şirketi olan *Dow Chemical Europe (Zurich)* ile daha sonra hakları *Isover St. Gobain*'e devredilen üç şirket arasında imzalanmıştır. Sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık üzerine *Dow Chemical* grubunun mensubu olan dört şirket, *Dow Chemical Company (USA)*, *Dow Chemical France*, *Dow Chemical A.G.* ve *Dow Chemical Europe*, *Isover*'e karşı tahkime başvurmuştur. *Isover*, *Dow Chemical France* ve *Dow Chemical Company (USA)*'nin tahkim anlaşmasını imzalamadığı gerekçesiyle hakem kurulunun bu şirketler üzerinde yargı yetkisi olmadığını iddia etmiştir.

Hakem kurulu kendi yetkisine ilişkin ara kararında, tahkim anlaşmasını imzalamamış olan *Dow Chemical France* ve *Dow Chemical Company (USA)*'nin 1965 ve 1968 tarihli sözleşmelerin müzakeresi, ifası ve sona ermesi aşamalarındaki rolünü ayrı ayrı incelemiştir.

Sözleşmelerin müzakeresi aşamasına ilişkin olarak, hakem kurulu sözleşmelere taraf olmayan *Dow Chemical France*'ın, her iki sözleşmenin imzalanması aşamasında karşı tarafla yürütülen ilişkilerin merkezinde olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca hakemlerin değerlendirmesi uyarınca, sözleşmelere şeklen taraf olmayan hâkim şirket *Dow Chemical Company (USA)*, sözleşmenin konusunu oluşturan ürünlerin marka hakkına sahip olduğundan, bu anlaşmalardan herhangi birinin hâkim şirketin onayı olmaksızın akdedilmesi mümkün olmayacaktır. İşte bu analiz, hakem kuruluna göre hukuki ilişkinin taraflarının *Dow* grubunun içinde yer alan şirketlerden hangisinin sözleşmeyi imzalayacağına bir önem atfetmediğini gözler önüne sermektedir.

Sözleşmenin ifası aşamasına gelince, iki sözleşmede de ürünlerin tesliminin *Dow Chemical France* veya *Dow Chemical Company (USA)*'ye bağlı diğer şirketler tarafından yapılabileceği öngörülmesine karşın teslimatları yapan ve sözleşmelerin ifasını temin eden daima *Dow Chemical France* olmuştur. Hakem Kurulu, *Dow*

³⁵⁹ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 160.

³⁶⁰ ICC case no. 4131, 1982, *Dow Chemical France et al v Isover Saint Gobain*, IX YBCA 131 (1984).

Chemical France'in, sözleşmenin ifasında müzakere aşamasındaki kadar baskın bir rol oynadığına kanaat getirmiştir. *Dow Chemical USA*'nin ifadaki rolüne ilişkin olarak ise, dağıtım sözleşmesinin ifa edilebilmesi için gruptaki hâkim şirket olan *Dow Chemical USA* 'e ait olan markaların kullanılması gerektiği, ayrıca sözleşmede yer alan ve ürünlerin tesliminin *Dow Chemical USA* tarafından yapılabileceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında hâkim şirketin sözleşmenin merkezinde yer aldığı belirtilmiştir.

Sözleşmenin sona ermesi aşamasına ilişkin olarak hakem kurulu *Dow Chemical France*'in aynı müzakere ve ifa aşamasında olduğu gibi sözleşmenin sona ermesinde de önemli bir rol üstlendiğini belirtmekle yetinmiştir. Hakem kuruluna göre *Dow Chemical USA*'nin hem bağlı şirketler üzerindeki kontrolü hem de pazarlanacak ürünler üzerindeki marka haklarına sahip olması aynı sonucu doğurmaktadır.

1988 tarihli bir ICC kararına³⁶¹ konu olayda, dağıtım sözleşmesi bağlı şirket tarafından imzalanmıştır. Hakem kurulu hâkim şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu iddiasını değerlendirirken, sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreçte hâkim şirket ile sözleşmenin karşı tarafı arasında yazışmalar yapıldığını fark etmiş ve bunları hâkim şirketin sözleşmenin müzakeresi aşamasına katılımı olarak değerlendirmiştir. Ayrıca sözleşmenin ifası sürecinde de sözleşme konusu ürünlerin aktif şekilde dağıtımını yapan şirketin hâkim şirket olduğu belirlenmiştir. Son olarak, sözleşmeyle ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıkıp dostane yollarla bu uyuşmazlığın çözülmesi için adımlar atıldığında önemli belgeleri karşı tarafa gönderen şirket hâkim şirket olmuştur. Dolayısıyla hakem kurulu hâkim şirketin sözleşmenin müzakeresi, ifası ve sona ermesi aşamalarında aktif olarak rol oynadığını kabul etmiştir.

1991 yılında verilen 6519 No'lu ICC kararında³⁶², *Dow Chemical* kararında üçüncü kişi konumundaki şirketin esas sözleşmeye katılımına ilişkin olarak kullanılan hukuki formül biraz değiştirilmiştir³⁶³. 6519 No'lu kararda, tahkim anlaşmasının teşmil edilebilmesi için söz konusu şirketin esas sözleşmenin müzakerelerinde aktif rol oynaması veya "sözleşme ile doğrudan ilgili olması" şartı aranmıştır. Uyuşmazlığa konu olayda X grubunun hâkim şirketi X ile Y grubunun hâkim şirketi Y arasında, X'in ve Y'nin kendi bağlı şirketleri üzerinde sahip oldukları bazı paysahipliklerinin X'in bağlı şirketi olan XB'ye geçirilmesine ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Bu

³⁶¹ ICC Case No. 6000, 1988, Kararın özeti için bkz. Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 140.

³⁶² ICC Case No. 6519, 1991, Kararın özeti için bkz. Gravel/Peterson, s. 512 vd.

³⁶³ Gravel/Peterson, s. 531.

sözleşmeden bir uyuşmazlık doğmasını takiben, X ile beraber X'in bağlı şirketleri XB, XC ve XD, Y şirketine karşı tahkime başvurmuştur. Hakem kurulu bağlı şirketlerin tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığını değerlendirirken XB ile XC ve XD arasında bir ayırım yapmış ve hâkim şirketin XC ile XD'de sahip olduğu payların bazılarını XB'ye devretmesinin bu şirketleri tahkim anlaşmasına taraf hâline getirmeyeceğine karar vermiştir. XB'ye ilişkin olarak ise, bu şirketin payların alıcısı olduğu ve bu nedenle sözleşmeye ilişkin tüm işlemlerin “kalbinde” yer aldığını ifade etmiştir. Öyle ki, hakem kurulu eğer XB şirketi olmasaydı sözleşmenin bir konusunun olmayacağını belirtmiştir. Hakem kurulu, XB üzerinde yargı yetkisinin olduğuna karar verirken grup şirketler doktrini yanında üçüncü kişi yararına sözleşme teorisine de dayanmıştır. Bu kararın XB şirketine ilişkin bölümü Gravel/Peterson tarafından eleştirilmiş, her ne kadar XB şirketi taraflar arasındaki sözleşmenin odak noktasını oluştursa da, bu şirketin sadece bir araç olduğu ifade edilmiştir³⁶⁴. Yazara göre bir araç olarak, diğer şirketlerin malvarlığını devralması bu şirketin üçüncü kişi lehdar olduğunu gösterse de tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu göstermeyecektir. Bizim görüşümüze göre, hakem kurulunun kararında üçüncü kişi yararına sözleşme teorisinin yanında grup şirketler doktrinine de dayanması isabetli olmamıştır. Zira grup şirketler doktrini, üçüncü kişinin kendi fiil ve davranışlarıyla sözleşmeye aktif olarak katılımını gerektirmektedir, oysa söz konusu olayda XB sadece bir lehdar konumundadır.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 2009 yılında verdiği karar³⁶⁵, kararda grup şirketler doktrinine ilişkin olarak sadece “sözleşmenin ifasına katılmış olma” şartının aranması bakımından önemlidir. Karara konu olayda *Suba&Unica* ile *Suba France* tohum üretimine ve teslimine ilişkin tahkim şartı içeren bir sözleşme akdetmiştir. Sözleşme, *Suba France* şirketini, bu sözleşmede yer alan niceliksel şartları gerçekleştirmek için diğer üreticilerle sözleşmeler akdetme konusunda yetkilendirmektedir. Bunun üzerine *Suba France*, Fransız şirketi *Pujol* ile, tohumların *Suba&Unica*'ya teslimi ve tohumların bedelinin *Suba&Unica* tarafından ödenmesine ilişkin tahkim şartı içeren bir sözleşme akdeder. Uyuşmazlık bu ikinci sözleşmeden doğar ve *Pujol*, *Suba&Unica* ve *Suba France* aleyhine tahkime başvurur. Hakem kurulunun iki şirket üzerinde de yargılama yetkisi olduğunu kabul etmesi üzerine, *Suba&Unica* ve *Suba France*, hakem kararının iptali için Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurur. Mahkeme,

³⁶⁴ Gravel/Peterson, s. 531.

³⁶⁵ *Suba France et Suba & Unico v. Société Pujol*, Paris Cour d'appel, 7.5.2009, Kararın özeti için Bkz. Mantilla-Serrano, s. 18.

Suba&Unica'nın tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı yönündeki iddiasını reddederken, "...sözleşmelerde yer alan tahkim şartının kendi başına bir geçerliliği ve etkisi vardır ki bu, tahkim anlaşmasının sözleşmenin akdedilmesinde doğrudan rol oynayan taraflara da uygulanması gerekliliğini doğurur..." ifadelerini kullanmıştır. Bu kararın önemi Mahkeme'nin, *Suba&Unica* tarafından ileri sürülen *Suba France* ile bir şirketler topluluğu oluşturmadıkları iddiasına bir cevap vermemesi ve böylece şirketler aynı gruba mensup olmasa bile sözleşmenin akdedilmesine ve müzakerelerine katıldıkları sürece sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılınabileceklerini kabul ettiğini göstermesidir³⁶⁶.

Tahkim yerinin Zürih olduğu 2004 tarihli bir ad hoc tahkim yargılamasında³⁶⁷ hakem kurulu grup şirketler doktrinine ilişkin kapsamlı bir inceleme yapmıştır. Uyuşmazlığa konu olayda, X Devletinin Milli Emlak Fonu (NPF) ile Y şirketi arasında B bankasındaki hisselerin satışına ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca Y şirketi, bankadaki hisselerini bağlı şirketi olan Z'ye devretmiştir. 2002 yılında X devleti ve NPF, Y ve Z şirketlerine karşı tahkime başvurmuştur. Hakem kurulunun analizi, grup şirketler ve perdenin kaldırılması teorisine odaklanmıştır. Hakem kurulu grup şirketler doktrinine ilişkin olarak, her ne kadar bu doktrin İsviçre Federal mahkemesi kararlarında ve doktrinde kabul edilse de, salt grubun varlığının doktrinin uygulanması için yeterli olmadığını vurgulamıştır. Hakem kuruluna göre doktrinin uygulanması için gereken ek şartlar: 1) ilgili şirketin sözleşmenin akdedilmesi, ifası veya sona ermesine katılımı ve bu katılımın sözleşmeye taraf olduğu izlenimini uyandırması ve 2) tahkim anlaşmasının teşmilini talep eden kişinin bu izlenime güven duymak için geçerli sebeplerinin olmasıdır. Hakem kurulu, somut olayda tüm delillerin Y ve Z şirketlerinin davacıların gözünde ayrı ve bağımsız birer şirket olduğuna işaret ettiğini ve bu nedenle grup şirketler doktrininin şartlarının sağlanmadığını belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bazı kararlarda hakem kurulu tahkim anlaşmasını imzalamayan şirketin sözleşmeye aktif olarak katıldığını kabul etmekle birlikte, bu hususun söz konusu şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığını belirtmiştir. 10818 No'lu ICC Kararına³⁶⁸ konu olayda grubun bir üyesi tarafından müzakere edilip imzalanan sözleşmenin ifası tamamen grubun diğer

³⁶⁶ Mantilla-Serrano, s. 18.

³⁶⁷ Kararın özeti için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 146-147.

³⁶⁸ ICC Case No. 10818, 2001. Kararın özeti için bkz. Brekoulakis, **Third Parties**, s. 180.

bir üyesi tarafından gerçekleştirilmiştir. Hakem kurulu, sözleşmenin sona ermesine kadar geçen süreçte sözleşmenin karşı tarafının yalnızca tahkim anlaşmasına taraf olmayan şirketle muhatap olduğunu ve bu şirketin karşı tarafa teknik, pazarlama ve operasyonel destek verdiğini belirtmiştir. Hakem kurulu, üçüncü kişi şirketin sözleşmeye bu önemli katılımına rağmen, söz konusu şirketin hiçbir zaman diğer şirketle beraber veya tek başına sözleşmeden doğan sorumlulukları üstlenmek niyetinde olmadığına kanaat getirmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinin 2008 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁶⁹ X ile Y şirketi bir taşeronluk sözleşmesi akdetmiştir. Y'nin hâkim şirketi Z, Y'nin bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerine ilişkin bir garanti vermiştir. Sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlık çıkması üzerine X şirketi, Y ve Z'ye karşı tahkim yoluna başvurmuştur. Hakem kurulu, Z'nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ve bu nedenle Z üzerinde yargılama yetkisini haiz olmadığına karar vermiştir. X şirketi bu karara karşı iptal davası açmış, Z'nin sözleşmenin ifasına aktif şekilde katıldığını ve bu nedenle tutum ve davranışlarıyla tahkim anlaşmasına taraf hâline geldiğini iddia etmiştir.

Bunun üzerine hakem kararını değerlendiren Federal Mahkeme, İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin çok istisnai hâllerde kabul edildiğini, Z'nin hâkim şirket konumunda olmasının teşmili gerektirmediğini, bir şirketin diğeri üzerindeki kontrolünün sadece somut olayda mevcut olmayan belirli şartlar altında tahkim anlaşmasının nisbiliği kuralına istisna getirebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre Z şirketinin verdiği garantide X ile Y arasındaki sözleşmeye atıf olması Z'nin tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesinin varlığına işaret etmemektedir. Z sadece garanti verdiği yükümlülükleri belirtmek amacıyla bu sözleşmeye atıfta bulunmuştur. Ayrıca mahkemeye göre, Z'nin sadece bir garanti vermiş olması taraflar arasındaki esas sözleşmenin ifasına aktif şekilde katıldığını kanıtlamaya yeterli değildir. Sonuç olarak mahkeme, hakem kararını isabetli bulup X'in iptal talebini reddetmiştir.

C. Tarafların Ortak Tahkime Gitme İradesi

Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, grup şirketler doktrininin bir diğer önemli şartı tarafların, grubun tüm üyelerinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olması

³⁶⁹X A.S. v. Y GmbH, Swiss Supreme Court, 4A_224/2008, 10.10.2008, www.swissarbitrationdecisions.com (12.02.2023)

yönünde irade göstermiş olmasıdır³⁷⁰. Bir diğer deyişle, sözleşmeye şeklen taraf olan ve üçüncü kişi konumundaki şirketlerin hepsi, sözleşmeyi hangi şirketin akdedeceğine veya ifa edeceğine önem atfetmeksizin grubu bir bütün olarak sözleşmenin tarafı kabul etmiş olmalıdır³⁷¹. Bu bağlamda hakem kurulunun incelemesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, sözleşmenin karşı tarafının, tahkim anlaşmasını imzalamasa da sözleşmeye bir şekilde katılan şirketin sözleşmeye gerçekten taraf olduğunu düşünüp düşünmediğidir. İkinci olarak, şirketler topluluğuna üye olan şirketlerin tavır ve davranışları bir bütün olarak incelenecek ve sözleşmenin karşı tarafında yanıltıcı bir izlenim uyandırıp uyandırmadığı değerlendirilecektir³⁷². 11405 No’lu ICC kararında³⁷³ bu şart: “*Önemli olan husus, ilgili tüm tarafların üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmasına rıza gösterip göstermemiş olmasıdır. Sadece tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan kişiler değil aynı zamanda üçüncü kişi konumundaki kişiler de tahkim iradesine sahip olmalı veyahut da diğer kişilerde bu iradeye sahip olduğu yönünde haklı bir kanı uyandırmalıdır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Benzer şekilde 6000 No’lu ICC kararında³⁷⁴ hakem kuruluna göre; milletlerarası ticaretin bir örf adet kuralı olarak, şirketler topluluğuna mensup bir şirket tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının bu topluluğun diğer şirketlerine teşmil edilmesi, tarafların ortak iradesinin böyle bir teşmili engellememesi ve özellikle de tarafların ortak iradesinin bu şirketi aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dahil etmek yönünde olması hâlinde mümkündür.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, 2012 yılında verdiği bir kararda³⁷⁵ şirketler topluluğuyla akdedilen sözleşmelerde “tarafların ortak iradesinin” tahkim anlaşmasının kapsamını değerlendirirken göz önüne alınması gereken en önemli unsur olduğunu ifade etmiştir.

İngiliz mahkemelerinin hakem kararının kısmi iptaline karar verdiği *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd* davasında³⁷⁶ uyuşmazlık *Peterson* ile *C&M Farming*

³⁷⁰ Ferrario, s. 652; Leyla Keser Berber, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul: Alfa, 1999, s. 151; Abdel Wahab, s. 156; Yves Derains, “Is There a Group of Companies Doctrine?”, Bernard Hanotiau and Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, s. 135.

³⁷¹ Ferrario, s. 648.

³⁷² Brekoulakis, **Third Parties**, s. 162.

³⁷³ ICC Case No.11405, 2001. Kararın ilgili kısmı için bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s. 97, dn. 308.

³⁷⁴ ICC Case No. 6000, 1988. Kararın ilgili kısmı için bkz. Born, s. 1561, dn. 235.

³⁷⁵ *Chloro Controls (I) Pvt. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. & Ors.*, (2013) 1 SCC 641, www.indiankanoon.org

³⁷⁶ [2004] EWHC 121, 4.2.2004, Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004.

şirketi arasındaki satım sözleşmesinden doğmuştur. Bu sözleşme uyarınca *Peterson* canlı kümes hayvanlarını *C&M Farming* şirketine teslim edecek, sözleşmenin 17. maddesine göre sözleşmeden veya sözleşmenin ihlalden doğan uyuşmazlıklar Birleşik Krallıkta ICC tahkimi yoluyla çözülecek ve sözleşmenin 19. maddesine göre sözleşmenin yorumu Arkansas (ABD) hukukuna göre yapılacaktır. Kümes hayvanlarına virüs bulaşması üzerine *C&M farming* tüm *C&M* grubunun zararlarının karşılanması için *Peterson*'a karşı tahkim yoluna başvurmuştur.

Peterson, hakem kurulunun tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler hakkında yargılama yetkisi bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak hakem kurulu, hem grup şirketler doktrinine dayanarak hem de *C&M Farming* şirketinin sözleşmeyi tüm grup adına akdettiğini ve bu nedenle temsilci vasfına sahip olduğunu ileri sürerek tahkim anlaşmasına taraf olmayan *C&M* şirketleri üzerinde de yargı yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Grup şirketler doktrinin uygulanma şartlarına ilişkin olarak hakem kurulu: “*Grup şirketler doktrini uyarınca, şirketler topluluğuna üye bir şirket tarafından imzalanan tahkim anlaşması; sözleşmenin kurulması, ifası ve sona ermesindeki koşullar göz önüne alındığında tüm tarafların ortak iradesinin üçüncü kişilerin de sözleşmeyle bağlı olduğu sonucuna varılabiliyorsa, tahkim anlaşmasına taraf olmayan şirketleri de bağlayacaktır.*” ifadelerini kullanmıştır. Ayrıca hakem kurulu *Peterson*'un *C&M Farming* ile sözleşme ilişkisine girerken, bu sözleşmenin tüm *C&M* grubunun işletmesini etkileyeceğini bildiği sonucuna varmıştır. Taraflar arasındaki yazışmaları, *Peterson*'a ait dokümanları inceleyen ve kümes hayvancılığı işinin doğasını göz önüne alan hakem kurulu en nihayetinde *Peterson*'un *C&M* grubuyla bir bütün olarak sözleşme ilişkisine girme niyetinin bulunduğu kanaat getirmiştir. Zira *Peterson*, *C&M* grubuyla bir sözleşme akdettiğinin ve sözleşmenin konusunu oluşturan edimin *C&M* grubunun tüm üyelerinin katılımını gerektiren bir işte kullanılacağının farkındadır.

Peterson'ın hakem kararına karşı iptal davası açması üzerine İngiliz mahkemesi, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişiler üzerinde hakem kurulunun yargı yetkisi olup olmadığını değerlendirirken, ne hakem kurulunca ortaya koyulan maddi vakıalarla ilgilenmiş ne de tarafların ortak iradelerine bir önem atfetmiştir³⁷⁷. Mahkemeye göre, taraflar sözleşmelerinde bir hukuk seçimi yapmışken, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamının tarafların ortak iradelerine göre belirlenmesi

³⁷⁷ Sarita Patil Woolhouse, “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, **Arbitration International**, Vol.20, No.4, 2004, s. 439.

doğru değildir. Mahkeme, İngiliz Hukuku'nda grup şirketler doktrinin kabul edilmediğini belirterek tahkim anlaşmasının bu doktrine dayanılarak teşmiline karşı çıkmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin grup şirketlere ilişkin olmasa da önüne gelen bir uyuşmazlıkta, iki şirket arasındaki tahkim şartı içeren bir sözleşmenin ifasına aktif olarak katılması sebebiyle bir tacir gerçek kişiye karşı tahkim yoluna başvurulmuş ve hakem kurulu bu kişinin de tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna kanaat getirerek kararını vermiştir. Açılan iptal davasında Federal Mahkeme, üçüncü kişinin sözleşmenin kuruluşunda, ifasında veya sona ermesinde aktif olarak katılımının yanı sıra tarafların gerçek iradelerinin, iradeler saptanamıyorsa da dürüstlük kuralının teşmili haklı göstermesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme, somut olaydaki verilerden, üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu sözleşmenin ifasına açıkça ve kendi iradesiyle katıldığı, öyle ki böyle aktif bir katılımı bulunup da sözleşmenin hükümlerinden ve özellikle de tahkim şartından haberdar olmamasının beklenemeyeceğini belirterek, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline ilişkin hakem kararının iptali talebini reddetmiştir³⁷⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi 1996 yılında verdiği *Saudi Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd* kararında³⁷⁹ grup şirketler doktrininin uygulanmasını reddederek bu doktrine dikkatle yaklaşılması gerektiğini dile getirmiştir. Kararda Federal Mahkeme, bir şirketin grup şirketler içinde yer almasının tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrinine dayanılarak teşmili için yeterli olmadığına ilişkin genel kabul gören ilkeyi tekrarlamış ve grup şirketler doktrinin uygulanma şartlarını sıralamıştır. İlk şart, üçüncü kişinin sözleşmenin karşı tarafında, esas sözleşmeyle ve tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna ilişkin bir kanı uyandırmasıdır. İkinci olarak ise karşı tarafta oluşan bu kanı, dürüstlük kuralı uyarınca bir korumayı hak ediyor olmalıdır. Federal Mahkeme somut uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasını bu anlaşmasını imzalamayan hâkim şirkete teşmil etmemiştir. Bunun sebebi ise tarafların hukuki ilişkiye girdikleri kişinin bağlı şirket olduğunun son derece farkında olmaları ve hâkim şirketin sözleşmenin ifasına önemli bir ölçüde katılmamış olmasıdır.

³⁷⁸ *X et al. v. Z*, 4P_115/2003, 16.10.2003, www.swissarbitrationdecisions.com (3.3.2023)

³⁷⁹ *Saudi Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd*, DFT 4P.330 + 332/1994, 29.01.1996, kararın özeti için bkz. Voser, s. 168-169.

Ne var ki, Fransız mahkemeleri bazı kararlarında üçüncü kişinin tahkime gitme iradesinin mevcut olup olmadığına hiçbir önem atfetmeksizin üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar vermiştir. *ABS v. Amkor* kararına konu olayda³⁸⁰ *Alcatel* grubunun bağlı şirketi olan *Alcatel Micro Electronics (AME)*, *Amkor* ile bilgisayar çiplerinin satımına ilişkin bir sözleşme akdetmiştir. Daha sonra *Amkor*, Koreli üretici *Anam* ile bilgisayar çiplerinin *AME*'ye teslimine ilişkin başka bir sözleşme daha akdetmiştir. Bu iki sözleşmede de tahkim şartı bulunmaktadır. *Amkor* grubunun iki bağlı şirketi, *AME*'ye teslim edilecek malların sözleşmedeki nitelikleri karşıladığını onayladıktan sonra *AME* çipleri teslim almış ve daha sonra bunları *Alcatel* grubunun diğer bir bağlı şirketi olan *ABS*'ye teslim etmiştir. Çiplerin kusurlu olduğunu iddia eden *ABS* şirketi, *Amkor*, *Amkor*'un iki bağlı şirketi ve *Anam*'a karşı mahkemeye başvurmuştur. Davalılar *AME* ile *Amkor* arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartını ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuşlardır. Fransız Temyiz Mahkemesi, sözleşmenin ifasına katıldıkları için *Amkor*'un bağlı şirketlerinin tahkim şartına taraf olduklarına kanaat getirmiştir. Mahkeme, “...tahkim klotlarının etkisi sözleşmenin ifasına doğrudan dahil olan kişilere ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara sirayet eder” ifadesini kullanmış, ancak tarafların örtülü iradesine veya üçüncü kişinin tahkim anlaşmasından haberdar olup olmadığına atıfta bulunmamıştır. Bu karar, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin bir bilgisi olup olmadığına önem atfedilmemesi açısından grup şirketler doktrini uygulamasında “yeni bir dönem” olarak değerlendirilmiştir³⁸¹.

D. Değerlendirmemiz

Hakem kurulu ve mahkemelerin grup şirketler doktrini adı altında yaptıkları analiz kanımızca yerinde değildir. Yukarıda incelediğimiz kararların hemen hepsinde tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin “tahkim iradesi” olup olmadığına odaklanılmıştır. Bu şirketin esas sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya sona ermesine aktif olarak katılması tahkim iradesinin var olduğu ve bu nedenle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilebileceği şeklinde yorumlanmıştır. Bu analizin iki sakıncası vardır. İlki, tahkim anlaşmasının teşmilinde “tahkim iradesi”ne özel bir önem atfetmesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, tahkim anlaşmasının teşmili, esas ilişkiden doğan hak ve borçların devredilmesi veyahut da üçüncü kişilerin esas ilişkide

³⁸⁰ *Société Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF v. Amkor Technology et al*, Cass le civ., 04-20.842, 27.03.2007, www.legifrance.gouv.fr (27.06.2023)

³⁸¹ Mantilla-Serrano, s. 18.

veya bu ilişkiden doğan hak ve borçlardan dolayı dürüstlük kuralı uyarınca sorumlu olması durumlarında gündeme gelir. Bu hâllerde üçüncü kişi esas sözleşmedeki tahkim anlaşmasından haberdar olmayabilir ve olması da gerekmez. Zira tahkim anlaşması tarafların arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümlerden sadece biridir. Nasıl ki sözleşmedeki diğer hükümlere taraf olmak için özel bir irade beyanı aranmıyorsa, tahkim anlaşmasına taraf olmak için de özel bir irade beyanı aranmamalıdır.

Hakem kurulu ve mahkemelerin tahkim iradesine odaklanan analizinin ikinci sakıncası ise çoğu hâlde tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan hâkim veya bağlı şirketin, tahkim anlaşmasına taraf olmak gibi bir iradesinin bulunmamasını göz ardı etmesidir. Birden çok şirketin şirketler topluluğu şeklinde yapılanmaya gitmesinin temel amacı, sözleşmenin farklı aşamalarına farklı şirketlerin katılımını sağlamak ve böylece iş bölümünü teşvik ederek efektif bir işleyişi temin etmektir. Eğer bir topluluk şirketi tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmamışsa, bunun sebebi çok büyük ihtimalle sorumluluktan kurtulmak ve hakem kurulunun yetkisine tabi olmak istememesidir. Dolayısıyla grup şirketler doktrininin uygulanması için bu şirketin tahkim anlaşmasına taraf olma iradesinin aranması (özellikle de üçüncü kişinin tahkimde davalı konumunda olması durumunda) kanımızca çelişkilidir. Tahkim yoluna götürülmek istemeyen taraf, tahkim iradesinin olmadığını ileri sürerek her zaman itiraz edebileceği gibi, bu şirketin tahkim iradesinin mevcudiyetinin kanıtlanması da çok güçtür.

Yukarıda incelediğimiz bazı kararlarda, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin tahkime gitme iradesinin olup olmadığına değil de, bu şirketin sözleşmenin karşı tarafında, esas sözleşmeyle ve tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna ilişkin bir kanı uyandırıp uyandırmadığına odaklanılmıştır. Bu yaklaşım tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin kurulmasını ayrı ayrı değerlendirmesi açısından kanımızca hatalı olsa da, sözleşmenin karşı tarafının dürüstlük kuralı uyarınca üçüncü kişinin tavır ve davranışlarına verdiği anlamı esas alması bakımından isabetlidir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, grup üyesi şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğer şirketlere teşmil edilebilmesi için, bu şirketin dürüstlük kuralı uyarınca tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeden doğan hak veya borçlardan sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda³⁸² incelediğimiz *ABS v. Amkor* kararında Fransız mahkemesinin benimsediği yaklaşım bizim kabul ettiğimiz

³⁸² Bkz. yukarıda s. 82.

görüŖüle aynı doğrultudadır. Zira mahkeme, üçüncü kiŖinin tahkim klotundan haberdar olup olmadığına ve tahkim iradesi bulunup bulunmadığına önem atfetmeksizin, tahkim anlaŖmasının etkilerinin sözleŖmenin ifasına katılan kiŖilere sirayet edeceği sonucuna varmıŖtır.

Son olarak, tahkim anlaŖmasının Ŗirketler arasında teŖmilinde, sıkı bir grup yapısının mevcudiyeti bizce önem arz etmemektedir. Öyle ki, tahkim anlaŖmasına Ŗeklen taraf olan Ŗirketle üçüncü kiŖi konumundaki Ŗirketin aynı gruba dahil olup olmadığının mahkeme tarafından hiç dikkate alınmadığı kararlar bile mevcuttur³⁸³. Önemli olan husus, tahkim anlaŖmasına taraf olmayan Ŗirketin, tahkim anlaŖmasının yer aldığı sözleŖmeyle bağlı kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu Ŗirketler, aynı grup içinde yer alabilirler veya almayabilirler. Kanımızca aynı grup içinde yer alan Ŗirketler, birbirleriyle doğal olarak daha yakın iliŖki içinde olduklarından ve ticari iŖlemlerin farklı aŖamalarına iŖ bölümü yapmak suretiyle dahil olduklarından, Ŗirketler topluluğuna dahil olan Ŗirketler arasında tahkim anlaŖmasının teŖmili daha sık gündeme gelmektedir. Ancak bu durum, teŖmil bakımından aynı gruba dahil olmanın bir Ŗart olmadığı gerçeğini deđiŖtirmemektedir.

III. Grup Ŗirketler Doktrinine YaklaŖımlar

A. Doktrinde

Bazı yazarlar, tahkim anlaŖmasının üçüncü kiŖilere teŖmilinde grup Ŗirketler doktrininin varlığına ihtiyaç olmadığını savunmaktadır. Bu görüŖe göre, tahkim tarafların iradesi üzerine kurulu olduğuna göre sözleŖmeler hukukunun hâlihazırda var olan ve yerleŖik ilkeleri üçüncü kiŖinin tahkim anlaŖmasına taraf olup olmadığının belirlenmesinde yeterli olacaktır³⁸⁴. Hakemler, grup Ŗirketler doktrini yerine her milli hukukta mevcut olan sözleŖmelerin kuruluşuna ve yorumuna iliŖkin genel kurallara dayanmalıdır. Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde farklı Ŗekilde adlandırılan bu kurallara örnek olarak, temsil, üçüncü kiŖi yararına sözleŖme, alter ego, inkorporasyon ve zımni irade³⁸⁵ teorileri gösterilebilir³⁸⁶. Wahab, grup Ŗirketler

³⁸³ Bkz. *Pujol Kararı*, yukarıda, s. 76.

³⁸⁴ Sandrock, **Scope**, s. 169; John Leadley/Liz Williams, “Peterson Farms; There Is No Group of Companies Doctrine In English Law”, **International Arbitration Law Review**, Vol. 7, S.4, 2004, s. 114; Habegger, **Extension**, s. 401; Gravel/Peterson, s. 530.

³⁸⁵ Grup Ŗirketler doktrininin temelini de zımni irade olduğu görüŖü için bkz. Courtney, s. 588; Mantilla-Serrano, s. 25.

³⁸⁶ Habegger, **Extension**, s. 401.

doktrininin benimsenmediği hukuk sistemlerinde grup şirketler doktrini uygulansaydı ulaşılabileceği sonuçlara “zımni irade”, “estoppel” “alter ego” veya “temsil” teorilerinin uygulanmasıyla ulaşılabileceğini belirtmiştir³⁸⁷. Grup şirketler doktrininin örtülü rıza teorisinden türemiş ve şirketler topluluğu özelinde uygulanan bir alt teori olduğu görüşü de savunulmuştur³⁸⁸.

Dow Chemical kararının aslında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde yeni bir teorinin temellerini atmadığı görüşü de savunulmuştur. Zira hakem kurulu bu kararda tarafların zımni iradelerini yorumlamış ve tüm şirketlerin ortak iradesinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla grup şirketler doktrini, iradeye dayanan teşmil teorilerinden farklı bir esas üzerine temellenmemekte, üstüne üstlük tahkim anlaşmasının teşmilinin hâlihazırda haiz olduğu karmaşıklığı daha da artırmaktadır. *Dow Chemical* kararının öneminin grup şirketler doktrininin doğumuna zemin hazırlamasından ziyade, hakem kurulunun zımni tahkim iradesinin değerlendirmesinde benimsediği esnek yaklaşım olduğu belirtilmiştir³⁸⁹.

Benzer şekilde Mayer, grup şirketler yapısının varlığının, sözleşmeyi imzalamayan şirketin, tüm tarafların örtülü rızasına uygun olarak veya dürüstlük kuralı uyarınca tahkim anlaşmasına taraf olduğunun kabul edildiği hâllerde bir anlam ifade edeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla grup şirketler doktrininin uygulandığı hâllerde de asıl önemli olan husus, sözleşmeyi imzalamayan şirketin karşı tarafı sözleşmenin gerçek bir tarafı olduğuna inandırıp inandırmadığıdır³⁹⁰.

Brekoulakis, genel olarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini sağlayan teorilerin ve bilhassa da grup şirketler doktrininin tarafların gerçek iradesine değil, sanal (*artificial*) iradesine odaklandığını ileri sürmektedir. Yazara göre, hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde kontrole sahip olması veya tahkim anlaşmasını imzalamayan şirketin sözleşmenin ifasına veya müzakeresine katılması olguları uyumsuzluğun esası için belirleyici olabilirse de tahkim iradesinin yerine geçemeyecektir³⁹¹. İlk olarak, ticaret hayatında şirketler topluluğundaki şirketlerin bir hukuki işlemin spesifik bir aşamasında rol almak için görevlendirilmeleri çok

³⁸⁷ Abdel Wahab, s. 159.

³⁸⁸ Abdel Wahab, s. 156.

³⁸⁹ Bernard Hanotiau/Leonardo Ohlrogge, “40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award”, **ASA Bulletin**, Vol.40, S.2, 2022, s. 305-307.

³⁹⁰ Mayer, **Extension**, s. 191.

³⁹¹ Brekoulakis, **Consent v. Commercial Reality**, s. 121.

olağandır. Dolayısıyla sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya sona ermesine katılan bir şirketin o sözleşme ile bağlı olma iradesinin varsayılması doğru değildir. İkincisi, söz konusu şirketin sözleşmeye taraf olma iradesi olsa bile, bu irade tahkim anlaşmasına değil, esas sözleşmeye yöneliktir. Brekoulakis'e göre, esas sözleşmeye yönelik bir irade beyanının tahkim iradesi olarak kabul edilmesi sorgulanmalıdır³⁹².

Öte yandan, grup şirketler doktrininin, tahkim iradesini yansıtan spesifik olay örgülerine (*fact-pattern*) ve davranışlara dikkat çektiği için önemli olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur³⁹³.

Bizim görüşümüze göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde grup şirketler doktrine ihtiyaç olmadığı gibi, teşmilde başvurulacak diğer teorilere de ihtiyaç yoktur. Tahkim anlaşmasının bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan üçüncü kişiye teşmil edilip edilmeyeceği, tamamen esas ilişkiye bağlı olarak değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Eğer üçüncü kişi tahkim anlaşmasının içinde yer aldığı sözleşmeye veya bu sözleşmeden doğan hak ve borçlara taraf oluyorsa, tahkim anlaşmasına da taraf olmalıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan sayıları ve şartları hukuk sistemlerine göre farklılık gösteren teorilerin ve bu arada grup şirketler doktrininin teşmil meselesini esas ilişkiden bağımsız bir şekilde ele alması sebebiyle gereksiz olduğu kanaatindeyiz.

B. Milli Hukuklarda

İngiliz hukukuna baktığımızda, mahkemelerin sınırlı sayıda davada ortaya koydukları yaklaşımlar saklı kalmak üzere, İngiliz tahkim hukukunda genelde *lex mercatoria* kurallarının ve bilhassa da *lex mercatoria*'ya dahil bir doktrin olarak görülen grup şirketler doktrininin uygulanmasına sıcak bakılmamaktadır. ABD hukukunun aksine, İngiliz mahkeme ve tahkim uygulamasında aynı zamanda şirketlerin ayrı tüzelkişiliği ilkesinin göz ardı edilmesi ve şirketin tüzelkişilik perdesinin kaldırılması da istisnai durumlarda kabul edilmektedir³⁹⁴. *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd* davasında tahkim yeri İngiltere olmasına rağmen hakemler grup şirketler doktrinine dayanarak tahkim anlaşmasını üçüncü şirkete teşmil etse de, hakem kararının iptali talebini karara bağlayan hâkim Langley J tarafından açıkça

³⁹² Brekoulakis, **Third Parties**, s. 182; Esas sözleşmeye yönelik irade beyanı ve davranışların tahkim iradesine etkisi hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda s. 36 vd.

³⁹³ Yves Derains/ Syvlie Schaf, "Clauses d'arbitrages et Groupes de Sociétés", **International Business Law Journal**, No.2, 1985, s. 238.

³⁹⁴ Wilske/Shore/ Ahrens, s. 80.

ifade edildiği gibi grup şirketler doktrini İngiliz Hukuku'nda kendine yer edinememiştir³⁹⁵.

İsviçre hukukuna baktığımızda mahkemelerin ve doktrinin grup şirketler doktrinine şüpheyle baktığı söylenebilir³⁹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi doktrini ne kabul etmiş ne de açıkça reddetmiştir³⁹⁷. Poudret/Besson, İsviçre Hukuku'nda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin ancak, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının taraflarınca geçerli bir şekilde temsil edildiği (ki bu temsil sadece şirketler topluluğuna üye şirketlerle sınırlı değildir), üçüncü kişinin sözleşmenin akdedilmesinden sonra davranışlarıyla tahkim anlaşması ile bağlı olduğunu ifade ettiği ve tüzelkişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiği hâllerde mümkün olabileceğini belirtmiştir³⁹⁸.

Yukarıda³⁹⁹ da bahsettiğimiz *Butec* kararında, İsviçre Federal Mahkemesi, şirketlerin aynı şirketler topluluğuna mensup olması gerekçesiyle biri tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının diğerine teşmiline sıcak bakmamıştır⁴⁰⁰. Benzer şekilde, Cenevre Ticaret ve Sanayi Odası nezdinde yürütülen bir tahkim yargılamasında⁴⁰¹ hakem kurulu, tahkim anlaşmasının bu anlaşmayı imzalamayan hâkim şirkete grup şirketler doktrini uyarınca teşmil edilmesi talebini reddetmiştir. Hakem kurulu bu karara gerekçe olarak, şirketler topluluğuna üye şirketlerden birinin taraf olduğu bir hukuki ilişkinin, bu topluluğa üye diğer şirketleri de bağlayacağına ilişkin bir kuralın İsviçre Hukuku'nda var olmamasını göstermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim anlaşmasının teşmiline müsaade ettiği kararlarında genelde borçlar hukukundaki prensiplere dayanmaktadır⁴⁰². Her ne kadar grup şirketler doktrinini zikretmese de İsviçre Federal Mahkemesi 2014 yılında verdiği bir kararda⁴⁰³ hâkim şirketin sözleşmeyi imzalamamasına rağmen bu şirketin sözleşmenin karşı tarafında, sözleşmenin bağlı şirketle değil hâkim şirketle yapıldığına dair güven uyandırdığını ve bu yüzden yavru şirket tarafından yapılan sözleşmedeki

³⁹⁵ *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd*, [2004] EWHC 121, 4.2.2004, Arbitration Law Reports and Review, Volume 2004, Issue 1, 2004.

³⁹⁶ Berger/Kellerhals, s. 200; Voser, s. 169; Stucki/Wittmer, s. 5.

³⁹⁷ Landbrecht/Wehowsky, s. 847.

³⁹⁸ Poudret/Besson, s. 224.

³⁹⁹ Bkz. yukarıda s. 81 vd.

⁴⁰⁰ Andrea Meier, "Multi-party Arbitrations", Manuel Arroyo (ed), **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**, B.2, Kluwer Law International, 2018, s. 2512.

⁴⁰¹ CCIG case No. 137, 24.03.2000, Kararın özeti için bkz. Zuberbühler, s. 26.

⁴⁰² İsviçre Federal Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir kararda, alacağın temliki, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin devri gibi durumlarda sözleşmeye dahil olmayan üçüncü kişilerin de bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olabileceğine hükmetmiştir. 4P_115/2003, 16.9.2003, www.servat.unibe.ch (27.05.2023)

⁴⁰³ 4A_450/2013, 7.04.2014. www.swissarbitrationdecisions.com (28.05.2023)

tahkim şartının hâkim şirkete teşmili gerektiğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme teşmil kararına gerekçe olarak grup şirketler doktrininin göstermese de Mahkeme'nin dayandığı kriterler aslında grup şirketler doktrininin dayandığı kriterlerden pek de farklı değildir⁴⁰⁴. Bu nedenle doktrinde İsviçre Mahkemesi'nin bu kararı sürpriz olarak karşılanmış ve İsviçre hukukunda grup şirketler doktrininin katı bir şekilde reddeden tutumun biraz yumuşadığı iddia edilmiştir⁴⁰⁵.

Alman tahkim hukukunda, hakem ve mahkeme kararları ile doktrindeki görüşler çerçevesinde grup şirketler doktrininin açıkça kabul gördüğü söylenemeyecektir⁴⁰⁶. Alman hukukunda üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olabileceği yalnızca istisnai hâllerde, ya üçüncü kişinin sözleşmenin taraflarından biri ile özel bir sözleşmesel ilişkisi olması durumunda veya da yasal halefiyet hâllerinde kabul edilmektedir⁴⁰⁷. 2001 yılında verilen Hamburg Mahkemesi'nin kararına⁴⁰⁸ konu olayda, uyuşmazlık bağlı şirket konumunda olan satıcı şirket ve alıcı arasındaki satım sözleşmesinden doğmuştur. Hâkim şirket, uyuşmazlık doğmadan önce, sözleşmeden doğan edimlerin bağlı şirket tarafından değil kendisi tarafından ifa edileceğini alıcıya bildirmiştir. Uyuşmazlık doğduktan sonra alıcı, hâkim şirkete karşı tahkime başvurmuştur. Hakem kurulunun tahkim anlaşmasını hâkim şirkete teşmil etme kararını iptal davasında değerlendiren Hamburg Mahkemesi, sözleşmenin hâkim şirketle değil bağlı şirketle akdedildiğini, bağlı şirketin bağımsız bir tüzelkişilik olduğunu belirtmiş ve bu nedenle tahkim anlaşmasıyla bağlı olamayacağına hükmetmiştir. Grup şirketler doktrininin açıkça reddetmese de mahkeme, şirketler topluluğuna mensup şirketlerden biri tarafından akdedilen sözleşmenin diğerine teşmil edilmesine karşı çıkmıştır.

İspanyol hukukunda grup şirketler doktrini mahkemelerin önüne sadece birkaç davada gelmiştir⁴⁰⁹. *ThyssenKrupp*⁴¹⁰ davasında Valensiya Yüksek Bölge Mahkemesi,

⁴⁰⁴ Özdemir Kocasakal, s. 52.

⁴⁰⁵ Wilske/Shore/Ahrens, s. 79.

⁴⁰⁶ Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, s. 25; Christian Duve/Philip Wimalasena, "Part IV: Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany", Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, B.2, Kluwer Law International, 2015, s. 951; Markus S. Rieder/Richard Kreindler, "The Arbitration Agreement", Richard Kreindler, Reinmar Wolff, Markus S. Rieder (eds), **Commercial Arbitration in Germany**, Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 71.

⁴⁰⁷ Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, s. 24-25.

⁴⁰⁸ *OLG Hamburg* 08.11.2001, Kararın özeti için bkz. Duve/Wimalasena, s. 951.

⁴⁰⁹ Miguel Gomez Jene, **International Commercial Arbitration in Spain**, Kluwer Law International, 2019, s. 115.

⁴¹⁰ *Thyssenkrupp Ag et al. v. Ros Casares Group*, TSJ Valencia, 19.11.2014, Kararın özeti için bkz. Mirambell Fargas, s. 97 vd.

tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan iki bağlı şirket tarafından hakem kararına karşı açılan iptal davasını değerlendirmiştir. Mahkeme; *ThyssenKrupp Stahl Service Center GmbH* ve *ThyssenKrupp Materials Ibérica S.A.* adlı iki bağlı şirketin sözleşmenin ifasında ve sözleşmeyle bağlantılı işlerin yerine getirilmesinde önemli rol üstlendiklerini ve hâkim şirketin bağlı şirketler üzerindeki kontrolünü göz önüne alarak tahkim anlaşmasının bağlı şirketlere teşmilinin hukuken isabetli olduğunu onaylamış ve hakem kararının iptali talebini reddetmiştir. Ne var ki, Mahkeme'nin analizinde grup şirketler doktrini ile beraber tüzelkişilik perdesinin kaldırılması ve estoppel doktrinleri de yer aldığından, kararını hangi temele dayandığı tam olarak anlaşılamamaktadır⁴¹¹.

Brezilya mahkemelerinin grup şirketler doktrinine ilişkin verdiği ilk karar olarak bilinen *Trelleborg do Brasil Ltda v. Anel Empreendimentos Participações e Agropecuaria Ltda* kararına⁴¹² konu olayda, São Paulo İstinaf Mahkemesi tahkim anlaşmasını imzalamayan hâkim şirketin, sözleşme müzakerelerine aktif ve açık katılımı ile elde edilecek sonuca ilişkin menfaatini dikkate alarak, tahkim anlaşmasının bu şirket açısından da bağlayıcı olduğuna karar vermiştir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, 2012 yılında verdiği *Chloro Controls (I) Pvt. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. & Ors.* kararında⁴¹³ grup şirketler doktrinini tartışmış ve şartlar gerçekleştiğinde üçüncü kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı tutmak için bu doktrinin uygulanabileceğini belirtmiş olsa da, Yüksek Mahkeme, 2022 yılında verdiği *Cox and Kings Ltd. v. SAP India Private Limited* kararında⁴¹⁴ *Chloro* kararında ve bu kararı takip eden diğer kararlarda benimsenen yaklaşımı eleştirmiştir. Mahkemeye göre *Chloro* davasında grup şirketler doktrini hukuktan ziyade ekonomi ve yarar ölçütlerine göre değerlendirilmiştir. Ayrıca, grup şirketler doktrininin irade serbestisi ve şirketlerin birbirinden ayrı tüzelkişilikleri olduğu ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmiştir.

⁴¹¹ Mirambell Fargas, s. 107.

⁴¹² Kararın ilgili kısmı için bkz. Renata Brazil-David, "An Examination of the Law and Practice of International Commercial Arbitration in Brazil", **Arbitration International**, Vol. 27, S.1, 2011, s. 69-70.

⁴¹³ *Chloro Controls (I) Pvt. Ltd. v. Severn Trent Water Purification Inc. & Ors*, Civil Appeal No. 7134, 28.9.2012, www.indiankanoon.org (11.03.2023)

⁴¹⁴ *Cox and Kings Ltd. v. SAP India Private Limited* (2022) SCCOnline SC 570, www.indiankanoon.org (11.03.2023)

Mısır hukukunda 2004 yılında verilen *The Care Service Chronicle* kararı⁴¹⁵ ile grup şirketler doktrininin sınırları çizilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda *El-Khatib* şirketi, bağlı şirket konumundaki *Care Construction Co.* ile boru satımına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. *El-Khatib*, bağlı şirkete karşı tahkim yargılaması başlatmış, daha sonra da yargılamaya hakim şirket olan *Care Service Co.*'nun katılımını talep etmiştir. Hakem kurulu bu talebi kabul etmiş ve verilen karar neticesinde iki şirket müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Hâkim şirket, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle karara karşı iptal davası açmış ve Kahire İstinaf Mahkemesi kararı iptal etmiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesi, Kahire İstinaf Mahkemesi'nin verdiği kararı onamıştır. Her ne kadar Temyiz Mahkemesi, tahkim anlaşmasının teşmiline müsaade etmese de, hâkim şirketin sözleşmenin ifasına katılsaydı veya sözleşmenin karşı tarafında bu sözleşmenin borçlusunun kendisi olduğu kanısını uyandırsaydı grup şirketler doktrininin uygulanabileceğini belirtmesi dikkate değerdir.

ABD mahkemeleri geleneksel olarak, bağlı şirketleri veya hâkim ortakları tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak için temsil, borcun üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme, estoppel ve alter ego teorilerini uygulamaktadır⁴¹⁶. Ayrıca ABD hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından eyaletler arasında farklı yaklaşımların olduğu belirtilmiştir⁴¹⁷. New York Bölge Mahkemesi, *Sarhank Group v. Oracle Corp.* davasında açıkça grup şirketler doktrinini uygulamayacağını ifade etmiştir⁴¹⁸.

Norveç Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihte verdiği bir karara⁴¹⁹ konu olayda, tahkim şartı içeren sözleşme, hâkim şirket ve alıcı arasında imzalanmış olup, bağlı şirket sözleşmeye taraf değildir. Mahkeme, bağlı şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığına karar verirken detaylı bir inceleme yapmış, tahkim şartının ele alınış biçimini, hukuki işlemlerin geçmişini ve somut olayda taraflar arasındaki ilişkileri dikkate almıştır⁴²⁰. Vurgulamak istediğimiz husus, Norveç Yüksek Mahkemesi'nin,

⁴¹⁵ Kararın özeti için bkz. Ibrahim Shehata, *Arbitration in Egypt: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2021, s. 71-74.

⁴¹⁶ Michael H. Bagot/Dana A. Henderson, "Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol.26, 2002, s. 436; Sentner, s. 58-68; Wilske/ Shore/ Ahrens, s. 82; Hosking, *Quest for Consent*, s. 295.

⁴¹⁷ Webster/Bühler, s. 125; Bamforth, s. 18.

⁴¹⁸ *Sarhank Group (Egypt) v. Oracle Corporation (US)*, United States District Court, Southern District of New York, 9.10.2002, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXVIII, 2003.

⁴¹⁹ Rt. 2017-1932-A, Supreme Court of Norway, 10.10.2017, www.domstol.no (24.05.2023), Kararın ilgili kısmı için bkz. Tufte-Kristensen, s. 203-204.

⁴²⁰ Tufte-Kristensen, s. 204.

grup şirketler yapısının mevcudiyetinin tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için gereken eşiği düşürdüğünü belirtmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, davalının hâkim şirketle aynı gruba mensup olması, davalının tahkim şartı içeren sözleşmeyle ilişkili olduğuna kanaat getirmeyi kolaylaştırmaktadır.

Türk hukukunda, incelemelerimiz sonucunda grup şirketler doktrinine atıf yapılan bir karara rastlanamamıştır. Gerek doktrinde gerek de uygulamada, şirketler topluluğu içinde tahkim anlaşmasının teşmiline son derece istisnai hâllerde izin verilebileceği belirtilmiştir⁴²¹. Özdemir Kocasakal, TTK'daki mevcut düzenlemelerin, bağlı şirketin akdettiği bir tahkim anlaşmasının hâkim şirkete teşmil edilmesi için (veya tam tersi) yeterli olmadığı kanaatinde. Grup şirketler yapısının mevcut olmasının yanında, tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği şirketin sözleşmenin kurulması, ifası ve sona ermesi aşamalarına aktif olarak katılması ve karşı tarafta sözleşmenin bir tarafı olduğuna dair güven uyandırması gerekir. Bunlara ilaveten, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin bu tahkim anlaşmasından haberdar olması veya haberdar olmasının makul olarak beklenebilmesi gerekmektedir⁴²².

Fransız hukuku ve bu hukuk sisteminden yoğun şekilde etkilenen Mısır ve Lübnan hukukları dışında grup şirketler doktrini milli hukuklarda fazla destek bulmamaktadır⁴²³. Grup şirketler doktrinine dayanarak verilen hakem kararlarının neredeyse hepsinde tahkim yerinin Fransa olduğu ve yargılamanın ICC Tahkim Kuralları'na göre gerçekleştiği göze çarpmaktadır. Fransa örneği dışında hakem kurulları ve mahkemelerin bu teoriyi neredeyse hiç benimsemediği görülmektedir⁴²⁴. Hatta son yıllarda Fransız mahkemeleri ve ICC hakem kurulları tarafından verilen kararlarda grup şirketler doktrinin biraz daha yumuşatıldığı, zira artık hakemlerin bu doktrinin getirdiği sorunlardan haberdar olduğu belirtilmektedir⁴²⁵.

Dow Chemical kararından sonra verilen Fransız hakem kararlarında grup şirketler doktrinin aynı şiddetle savunulmadığı görülmektedir. 2001 yılında verilen 11405 No'lu ICC kararında⁴²⁶ tek hakem, "*Fransız milletlerarası tahkim hukukunda; şirketler topluluğuna dahil olan üçüncü kişi konumundaki şirketlerin, her zaman veya*

⁴²¹ Nazlı Töre, **Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri**, Ankara: Turhan, 2019, s. 93.

⁴²² Özdemir Kocasakal, s. 54.

⁴²³ Wilske/ Shore/ Ahrens, s. 85; Derains, s. 132.

⁴²⁴ López, s. 86.

⁴²⁵ Wilske/Shore/Ahrens, s. 87-88.

⁴²⁶ Kararın ilgili kısmı için Bkz. Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s.97 dn. 308.

belli şartlar altında şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasına bağlı olacağına ilişkin bir genel kural yer almamaktadır. Burada önemli olan husus, ilgili tüm tarafların üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmasını isteyip istememiş olmasıdır” ifadesiyle grup şirketler doktrininin Fransız hukukunun bir parçası olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Benzer doğrultuda bir başka karar, 2008 yılında verilen 15116 No’lu ICC hakem kararıdır⁴²⁷. Bu kararda hakem, “grup şirketler doktrini” ifadesinin tam anlamıyla doğru olmadığını zira Fransız tahkim hukukunun şirketlerin ayrı tüzelkişilikleri olduğu kuralını kaldıracak bir grup şirketler teorisi benimsemediğini ifade etmiştir. Daha da önemlisi, şirketler topluluğuna üye olan şirketlerden birinin imzaladığı tahkim anlaşmasıyla diğer üyelerin de bağlı olmasına şirketler topluluğunun değil, tarafların bu yöndeki iradesinin neden olduğunu belirtmiştir.

IV. Grup Şirketler Doktrininin Benzer Teorilerle Karşılaştırılması

A. Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi

Tüzelkişiler ile bu tüzelkişileri oluşturan kişilerin birbirinden ayrı birer hukuki kişiliği olduğu kuralı pek çok Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmiştir⁴²⁸. Bu itibarla, tüzelkişiler kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız ve ayrı birer kişilik olarak hak sahibi olup borç altına girerler. Dolayısıyla tüzel kişiyi oluşturan kişiler, tüzel kişinin borçlarından sorumlu olmazlar⁴²⁹. Ancak elbette bu kural mutlak değildir⁴³⁰.

Tüzelkişilik yapısı bu tüzelkişiliği oluşturan ortaklar tarafından hukukun engel olduğu bir amaca ulaşmak amacı ile kullanılmaya elverişli olabilir⁴³¹. İşte bu durumlarda, tüzelkişiliğin, sözleşmeden veya kanundan doğan borçlardan ve diğer sorumluluklardan kurtulmak amacıyla kullanılmasını önlemek için perdeyi kaldırma teorisi geliştirilmiştir⁴³². Mahkemeler ayrı tüzelkişilik ilkesini göz ardı ettiğinde, tüzelkişilik perdesinin kaldırıldığı veya aralandığından (*piercing the corporate veil*

⁴²⁷ ICC Case No. 15116, 2008, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2014, Vol. 39, s. 165.

⁴²⁸ Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995, s. 387; Cheng-Han/Wang/Hofmann, s. 140.

⁴²⁹ Dural/Öğüz, s. 219; Kayıhan, s. 54.

⁴³⁰ Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması**, Ankara: Beta, 2011, s. 9.

⁴³¹ Dural/Öğüz, s. 219.

⁴³² Tekinalp/Tekinalp, s. 387; Vural Seven/Can Göksoy, “Ticaret Şirketlerinde Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, **İBD**, C.80, S.6, 2006, s. 2458; Dural/Öğüz, s. 219-220.

veya *lifting the corporate veil*) söz edilir⁴³³. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi⁴³⁴ şirketler hukukunda ortaya çıkmış, daha sonra farklı bağlamlarda ve farklı amaçlara yönelik olarak kullanılmıştır⁴³⁵. Tanımı ve uygulama şartları farklı hukuk sistemlerinde değişkenlik gösterse de doktrinin temeli taraflardan birinin diğeri üzerindeki kontrolünü kötüye kullanması ve bunun sonucunda tarafların ayrı tüzelkişiliklerinin göz ardı edilerek tek bir ekonomik varlık gibi muamele görmeleridir⁴³⁶. Böylece tüzelkişiliğin ayrılığını kötüye kullanmak isteyen kişiye izin verilmemektedir⁴³⁷.

Tahkim hukukunda ise tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin (bu kişiler hâkim şirket, bağlı şirket, gerçek kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ve hatta devlet olabilir) bu anlaşmayla bağlı kılınması için kullanılır⁴³⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve grup şirketler teorisinin mahkeme kararlarında ve doktrinde birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı veya karıştırıldığı görülür. Ancak bu iki teori arasında önemli farklar bulunduğu belirtilmiştir⁴³⁹.

Grup şirketler ve perdenin kaldırılması doktrini arasındaki temel fark, perdenin kaldırılması doktrininin genelde hile ve hakkın suistimali hâlleriyle sınırlı olmasıdır⁴⁴⁰. Diğer bir deyişle, bir şirketi vergi veya diğer sebeplerden dolayı kullanmak tek başına tüzelkişilik perdesini aralamak ve pay sahiplerini tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak

⁴³³ Born, s. 1545; Cheng-Han/Wang/Hofmann, s. 140.

⁴³⁴ Alter ego ve tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisi genelde birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılsa da bu iki teorinin birbirinden farklı olduğu; tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir şemsiye kavram olup, bu kavramın altında alter ego, “*instrumentality*” doktrini ve “*identity*” doktrininin yer aldığı savunulmuştur. Bkz. Phillip I. Blumberg, **The Multinational Challenge to Corporation Law**, New York: Oxford University Press, 1993, s. 84.

⁴³⁵ Besson, 148.

⁴³⁶ Born, s. 1546.

⁴³⁷ Tekinalp/Tekinalp, s. 387.

⁴³⁸ Yaraslau Kryvoi, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, **Global Business Law Review**, Vol. 1, No. 2, 2011, s. 173.

⁴³⁹ Esen, **Teşmil**, s. 243; Besson, s. 149; Leadley/Williams, s. 113.; Abdel Wahab, s. 159; Gaillard/Savage bu iki teori arasında ayırım yapmamıştır. Bkz. Gaillard/Savage, s. 284; Mirambell Fargas, s. 108.

⁴⁴⁰ Esen, **Teşmil**, s. 243; Bernard Hanotiau, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis”, **Journal of International Arbitration**, Vol.18 S.3, s. 298.

için yeterli değildir⁴⁴¹. Buna ek olarak, tüzel kişiliklerin bağımsızlığı ilkesi göz ardı edilmeyecek olursa ortaya çıkacak sonuçların hakkaniyete aykırı olması da gerekir⁴⁴².

İki doktrin arasındaki diğer bir farkın, grup şirketler doktrininin tarafların gerçek veya varsayılan iradesine odaklanması⁴⁴³, perdenin kaldırılması teorisinin ise hakkaniyet ilkelerine dayanması olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁴. Nitekim grup şirketler doktrinine başvurulmuş kararlarda da genelde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradelerinin mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ise, sözleşmenin gerçek tarafının şirket yapısını kötüye kullanarak aldatıcı davranışlarda bulunması veya hakkını kötüye kullanması durumlarında uygulama alanı bulur⁴⁴⁵. Dolayısıyla çoğu zaman sözleşmenin akdedilmesi sırasında tarafların iradeleri araştırılmaz⁴⁴⁶. Nitekim İngiliz Yüksek Mahkemesi 2010 yılında verdiği bir kararda, hakemlerin Pakistan’ın hem sözleşmeye taraf olma iradesinin bulunduğu hem de Pakistan’ın sözleşmeyi imzalayan kişinin alter ego’su olduğuna ilişkin kararlarını isabetsiz bulmuştur. Mahkemeye göre: “...*taraflardan birinin diğerinin alter ego’su olduğuna karar vermekle tarafların ortak iradesinin üçüncü kişinin sözleşmenin gerçek tarafı olduğuna karar vermek arasında büyük bir fark bulunmaktadır.*”⁴⁴⁷

İki teori arasındaki farklara rağmen, hakem ve mahkeme kararlarında bu teorilerin örtüştüğü örneklerle rastlamak da mümkündür⁴⁴⁸. Örneğin *Orri v Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*⁴⁴⁹ davasında, Paris İstinaf Mahkemesi hem grup şirketler doktrinine hem de perdenin kaldırılması teorisine dayanarak teşmil kararını

⁴⁴¹ Dural/Öğüz, s. 221; Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s. 298.

⁴⁴² Esen, **Tüzel kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s. 9; *Flynt Distributing Company v. Harvey*, 734 F.2d 1389, 12.6.1984, <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/734/734.F2d.1389.83-5941.html> (27.05.2023)

⁴⁴³ Born, s. 1563.

⁴⁴⁴ Abdel Wahab, s. 159; Mirambell Fargas, s. 108.

⁴⁴⁵ Besson, s. 149.

⁴⁴⁶ Juan Marcos Otazu, “The Law Applicable to Veil Piercing in International Arbitration” **McGill Journal of Dispute Resolution**, Vol.5, No.2, 2018-2019, s. 38; Born, s. 1563.

⁴⁴⁷ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 2010 UKSC 46, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf> (3.12.2022)

⁴⁴⁸ Leadley/Williams, s. 113.

⁴⁴⁹ *Orri v Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, Cour de Cassation, 90-12.966, 11.6.1991, Kararın özeti için bkz. Busse, s. 99.

gerektirilmesine rağmen, Temyiz Mahkemesi, İstinaf Mahkemesi'nin bu kararını onaylarken sadece perdenin kaldırılması teorisine atıfta bulunmuştur.

B. Estoppel Teorisi

Estoppel teorisi ABD hukukunda sıklıkla uygulanırken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bu teorinin uygulandığına nadiren rastlanmaktadır⁴⁵⁰. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de dürüstlük kuralı veya hakkın kötüye kullanılması yasağının estoppel teorisinin işlevini yerine getirebileceği belirtilmiştir⁴⁵¹.

Estoppel teorisi, kişilerin önceki davranış, kabul, ifa veya sessizliklerine aykırı davranışlarıyla hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmalarının önüne geçmek için geliştirilmiştir⁴⁵². Bu teori, taraflardan birinin sözleşmeden doğan hak ve menfaatlerden yararlanırken, öte yandan bu sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerden kaçınmasını önlemeyi amaçlar⁴⁵³. Estoppel doktrininin tahkim hukukundaki işlevi, kişinin esas sözleşmenin kendi menfaatine olan hükümlerinden yarar sağlarken bu sözleşmedeki tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığı yönündeki iddiasının dikkate alınmamasını sağlamaktır⁴⁵⁴.

Tahkimde başvuru alan estoppel teorisinin iki türü vardır. Geleneksel olarak estoppel teorisi, mahkemelerce tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan üçüncü kişiye karşı tahkim yoluna başvurulması için kullanılmıştır⁴⁵⁵. Zira üçüncü kişi tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye dayanarak kendi lehine hak ve menfaatler sağlamaktadır. Ancak ilerleyen dönemlerde ABD mahkemeleri üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının hâlihazırda taraflarına karşı tahkime başvurmalarını sağlayacak şekilde estoppel teorisinin ikinci bir uygulamasını başlatmışlardır. Bu ikinci hâlde, tahkim anlaşmasının tarafı ile üçüncü kişi arasındaki yakın ilişki, tahkim anlaşmasının

⁴⁵⁰ Moses, s. 40.

⁴⁵¹ Born, s. 1585-1586.

⁴⁵² Shannon T. Lazzarini, "Actions Have Consequences: Waiver and Estoppel in United States Courts in the Context of Commercial Arbitration", **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol.12, S.45, 2015, s.37; López, s. 93.

⁴⁵³ Moses, s. 40; Carolyn B. Lamm/ A. Aqua Jocelyn, "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**, Vol.34, No.4, 2003, s. 726.

⁴⁵⁴ David F. Sawrie, "Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court's Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration", **Vanderbilt Law Review**, Vol.51, S.3, 1998, S. 727; Andrijana Mišovic, "Binding Non-Signatories to Arbitrate: The United States Approach", **Arbitration International**, Vol. 37, S.3, 2021, s. 762.

⁴⁵⁵ Hawkings, s. 8.

tarafını, bu anlaşmayı akdetmediği biriyle tahkime gitmeye zorlamaktadır⁴⁵⁶. Mahkemeler bu hâlde tarafların iddiaları veya taraflar ile tahkim anlaşması arasında sıkı bir ilişkinin varlığını aramaktadırlar⁴⁵⁷.

Doktrinde grup şirketler doktrininin uygulanmasına imkân veren maddi koşulların bazı durumlarda estoppel teorisinin uygulanmasını da mümkün kılacağı ileri sürülmüştür. Örneğin davalının davranışları üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürmesini engelleyebilir⁴⁵⁸. *JJ Ryan&Sons v. Rhone Poulenc Textile S.A.*⁴⁵⁹ davasında *JJ Ryan&Sons* Şirketi, *Rhone* ve bu şirketin dört bağlı şirketine karşı dava açmış, mahkeme ise tahkim anlaşmasını imzalamamasına rağmen *JJ Ryan&Sons* şirketinin de tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna hükmedip davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde her ne kadar grup şirketler teorisi zikredilmese de mahkeme, bağlı şirket ve hâkim şirkete karşı yöneltilen iddia ve taleplerin ayrılmasının mümkün olmadığına ve bu nedenle hâkim şirkete karşı yöneltilen taleplerin tahkimde görülebileceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre aynı sonuca estoppel teorisi uyarınca da ulaşılabilecektir.

C. Teorilerin Örtüşmesi

Uygulamada, tek bir olayda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini sağlayacak birden fazla teori olabilir⁴⁶⁰. Örneğin hâkim şirketin yetersiz sermayeli bağlı şirketi aldatıcı eylemlerle yönlendirmesi durumunda hem tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisi hem de bağlı şirketin hâkim şirketin temsilcisi gibi hareket etmesi gerekçesiyle temsil teorisinin uygulanmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir⁴⁶¹.

Keza, grup şirketler teorisi ve zımni rıza teorisinde kullanılan kriterlerin temelinde pek bir fark bulunmadığı ifade edilmiştir⁴⁶². Bu nedenle aynı olayda hakem kurulu veya mahkeme, koşulların hem zımni rıza teorisi hem de grup şirketler teorisi gereğince teşmili gerekli kıldığına karar verebilir. Gerçekten de grup şirketler doktrini uygulamasında, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan şirketin tahkime gitme

⁴⁵⁶ Alexandra A. Hui, “Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration”, **Vanderbilt Law Review**, Vol.60, S.2, 2007, s. 714.

⁴⁵⁷ Lazzarini, s. 158.

⁴⁵⁸ Leadley/Williams, s. 113.

⁴⁵⁹ *JJ Ryan&Sons v. Rhone Poulenc Textile S.A.*, 863 F.2d 315, (4th Cir. 1988) www.law.justia.com (04.01.2023)

⁴⁶⁰ DiLeo, s. 44; Abdel Wahab, s. 145; Waincymer, s. 515.

⁴⁶¹ Park, **Non-Signatories**, s. 4.

⁴⁶² Courtney, s. 588; Özdemir Kocasakal, s. 53.

iradesini zımni olarak da olsa sözleşmenin kurulmasına veya ifasına katılmak suretiyle ortaya koyup koymadığı saptanmaktadır. Grup şirketler doktrini, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan şirket ile tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği şirketin aynı gruba dahil olmasının, üçüncü kişi durumunda olan şirketin sözleşmeye yönelik irade beyanının daha güçlü şekilde ortaya konulmasına olanak verdiği noktasından hareket etmektedir⁴⁶³. *Dow Chemical* kararında da esasen hakem kurulu yaptığı analizle tahkim iradesinin mevcudiyetini belirlemeye çalışmıştır⁴⁶⁴.

Diğer yandan, dürüstlük kuralı ve bu kuralın bir yansıması olan çelişkili davranış yasağının tahkim anlaşılmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin tüm teorilerin dayanağı olduğu da ileri sürülmüştür⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Özdemir Kocasakal, s. 53.

⁴⁶⁴ Wilske/Shore/Ahrens, 86-87.

⁴⁶⁵ Özdemir Kocasakal, s. 37.

**BEŞİNCİ BÖLÜM: HAKEM KARARININ GRUP ŞİRKETLER
DOKTRİNİNE DAYANARAK VERİLDİĞİ DURUMLARDA KARARA
KARŞI İLERİ SÜRÜLEN İPTAL VE TANIMA/TENFİZİN REDDİ
SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ**

I. Tanıma/Tenfiz Davasında

A. Genel Olarak

Hakem kararının tanıma/tenfizi davası kural olarak tahkim anlaşmasının tarafları arasında cereyan eder. Tahkim yargılamasına katılmayan ve hakemlerce hakkında karar verilmeyen kişilerin hakem kararına karşı tanıma/tenfiz davası açması mümkün değildir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir tenfiz davasına konu uyuşmazlıkta, davacının sözleşmeyi “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. A.Ş.” ile müzakere etmesi ve bu nedenle bu şirketi sözleşmenin tarafı gibi düşünmesine rağmen, sözleşme aslında “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.” ile akdedilmiştir. Davacı tenfiz davasında “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. A.Ş.” yi davalı olarak göstermiştir. Yargıtay, tahkim anlaşmasının “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.” ile yapıldığından bahisle davayı husumet yokluğundan reddetmiştir⁴⁶⁶.

Esasen bu olayda tahkim anlaşması yargılamanın başında limited şirkete teşmil edilmediğinden, yargılama sona erdikten sonra sözleşmenin tarafı olmayan şirkete karşı da tenfiz davası açılamayacaktır⁴⁶⁷. Zira hakem kararları ancak bu kararın taraflarınca veya bu kararın taraflarına karşı tenfiz edilebilir⁴⁶⁸. Dolayısıyla ancak yargılamanın başında veya yargılama devam ederken tahkim anlaşmasının kapsamı üçüncü kişileri de içine alacak şekilde genişletilirse, birazdan inceleyeceğimiz

⁴⁶⁶ Yargıtay 11. HD. E.1990/2931, K.1991/6828, T. 07.11.1989 (karar yayınlanmamıştır). Kararın özeti için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 452.

⁴⁶⁷ Şit Köşgeroğlu, s. 4.

⁴⁶⁸ Clare Ambrose, “When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause?”, **Journal of Business Law**, 2001, s. 415.

anlamda hakem kararının üçüncü kişilere karşı tenfizi olasılığı ortaya çıkar. Tahkim anlaşması kendisine teşmil edilmese de tahkim yargılamasına katılan üçüncü kişilere karşı hakem kararının tenfizi ise konumuz kapsamında değildir.

Yukarıda da incelendiği gibi, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan bir kişi çeşitli teoriler veya kurallar vasıtasıyla tahkim yargılamasına katılabilir ve yargılama sonucunda verilen hakem kararıyla da bağlı olabilir. Ancak esas problem bu kararın tanıma/tenfizi aşamasında çıkacaktır, zira tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini sağlayan teoriler konusunda farklı devlet hukuklarında büyük uyumsuzluklar vardır⁴⁶⁹. Teşmil kararı verilirken uygulanan hukuk ve hakem kararının tenfizinin istendiği devlet hukuku teşmil meselesi konusunda çelişen yaklaşımlara sahipse, bu kararın tenfizi güç olacaktır⁴⁷⁰. Grup şirketler doktrini, yukarıda incelediğimiz gibi milli hukuklarda herhangi bir somut düzenlemeye dayanmayan, tahkim hukukunda geliştirilmiş bir doktrindir. Bu nedenle doktrinin benzer hukuk sistemlerinde bile yeknesak bir uygulaması söz konusu değildir. Bu durum hakem kurulu ile devlet mahkemelerinin doktrin konusunda farklı yaklaşımlar benimsemesine ve kararın tenfizinin reddine yol açabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili kararına itiraz etmek isteyen tarafın bu itirazını ya hakem yargılaması başlamadan ya da yargılama sırasında geciktirmeden yapması tavsiye edilmektedir⁴⁷¹. Zira tanıma/tenfiz aşamasında yapılan itirazlar sadece tanıma veya tenfize engel olmak amacıyla yapılmış gibi değerlendirilirse, iyiniyet kuralına aykırı olarak görülüp dikkate alınmamaktadır⁴⁷². Örneğin ABD ilk derece mahkemesi bir kararında⁴⁷³ *Shaheen* adlı şirketin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı itirazını hakemlerin önünde dile getirmede için tenfiz aşamasında artık bu itirazı artık ileri süremeyeceğini belirtmiştir.

⁴⁶⁹ M.P. Bharucha/Sneha Jaisingh/Shreya Gupta, "The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories- A Global Perspective", **India Journal of Arbitration Law**, Vol.5, No.1, 2016, s. 48.

⁴⁷⁰ Bharucha/Jaisingh/Gupta, s. 48.

⁴⁷¹ Clint A. Corrie, "Challenges in International Arbitration for Non-signatories", **Comparative Law Yearbook of International Business**, Vol.29, 2007, s. 67; Sirko Harder, "Enforcing Foreign Arbitral Awards in Australia Against Non-Signatories of the Arbitration Agreement", **Asian International Arbitration Journal**, Vol.8, No.2, 2012, s. 155.

⁴⁷² Sibel Özel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması", **MÜHF-HAD**, C.23, S.1, 2017, s. 305.

⁴⁷³ *La Societe Nationale Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et la Commercialisation Des Hydrocarbures vs. Shaheen Natural Resources Co., Inc.*, 733 F. 2d 260, 11.5.1984, Journal of International Arbitration, Vol.1, S.4, 1984.

New York Konvansiyonu m. IV(1)(b) uyarınca hakem kararının tanınmasını veya tenfiz edilmesini talep eden taraf tahkim anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini ibraz etmelidir⁴⁷⁴. Tahkim anlaşması üçüncü kişilere teşmil edildiyse, tahkim anlaşmasında adı geçen taraflar, hakem kararında adı geçen taraflardan farklı olacaktır. Hakem kararının tanıma veya tenfizini talep eden kişi tahkim anlaşmasını imzalamadıysa, doğal olarak tahkim anlaşmasının kendisi tarafından imzalanmış bir örneğini ibraz etmesi mümkün olmayacaktır. Bu hâlde, imzası olmayan kişinin tahkim anlaşmasını başlangıçta bu şekilde ibraz etmesi yeterli sayılmalı, tahkim anlaşmasının teşmili kararının doğru olup olmadığı m.V(1)(a) kapsamında daha sonra mahkemece incelenmelidir⁴⁷⁵.

*Dardana Ltd v Yukos Oil Co*⁴⁷⁶ davasında İngiltere ve Galler İstinaf Mahkemesi, hakem kararlarının tenfizinin iki aşamada gerçekleştiğini ifade etmiştir. Sadece *prima facie* inceleme yapılan ilk aşamada kararı tenfiz etmek isteyen kişi İngiliz Tahkim Kanunu m. 102(1) uyarınca⁴⁷⁷ hakem kararını ve tahkim anlaşmasını mahkemeye sunmalı, daha sonra mahkeme ikinci aşamada tarafların ileri sürdüğü tenfize engel olabilecek sebepleri değerlendirmelidir. Ne var ki, hakem kararının tenfizi talebiyle açılan *Re. Javor v. Francoeur* davasında⁴⁷⁸ Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi tenfiz talebini reddederken, hem üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığına hem de m. IV(1)(b) uyarınca mahkemeye sunulması gereken tahkim anlaşmasında üçüncü kişinin adının yer almadığına işaret etmiştir.

B. New York Konvansiyonu m.VII'deki “Daha Lehe Hüküm” Kuralının Etkisi

New York Konvansiyonu m.VII (1) uyarınca, Konvansiyon hükümleri, ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem karardan, bu kararın bir talebe konu edildiği devletin kanun ve sözleşme hükümleri çerçevesinde faydalanma imkânından mahrum kılamaz. Uygulanacak milli hukuk kapsamında New York Konvansiyonu'ndaki düzenlemelere kıyasla daha lehe bir hüküm bulunmaktaysa, tenfiz hakiminin bu hükmü uygulaması ve tenfiz talep eden tarafın bu hükümden yararlanmasına imkân tanınması gerekir.

⁴⁷⁴ Benzer düzenlemeler içeren milli tahkim kanunları; 1996 Tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 102(1), 2012 tarihli Singapur Tahkim Kanunu m.30(1); Hong Kong Tahkim Kanunu m. 88; 1974 tarihli Avusturya Tahkim Kanunu m.9.

⁴⁷⁵ Haas/Kahlert, s. 1695-1696.

⁴⁷⁶ *Dardana Ltd v Yukos Oil Co*, [2002] EWCA Civ 543, 18.4.2002, www.casemine.com (11.02.2023)

⁴⁷⁷ Bu madde New York Konvansiyonu m. IV(1)(b)'ye tekabül etmektedir.

⁴⁷⁸ *Eddie Javor v. Luke Francoeur*, 2003 BCSC 350, 6.3.2003, www.newyorkconvention.org (11.02.2023)

Dolayısıyla tahkim anlaşması teşmil edilerek verilmiş bir hakem kararını tenfiz etmek isteyen taraf, milli hukuklardaki lehe hükümlere dayanabilecektir.

Eğer mahkemenin önüne gelen hakem kararının New York Konvansiyonu kapsamında tanınma ve tenfizi güçse, mahkemelerin bu kararı milli hukuklara veya diğer milletlerarası sözleşmelere dayanarak tanımasına veya tenfizine daha çok rastlanmaktadır. Özellikle Fransız mahkemeleri, “tahkim yanlısı” olduğu gerekçesiyle milli hukukları uygulama eğilimindedir⁴⁷⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, m.VII’de yer alan daha lehe hüküm düzenlemesinin, kararın tanıma veya tenfizinin istendiği devlet hukukunun tahkime ilişkin tüm düzenlemelerine değil, sadece hakem kararının tanıma ve tenfizine ilişkin kurallarına yönelik olduğu ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, kararın tanıma veya tenfizinin istendiği devlet hukukunda tahkime yönelik son derece liberal bir yaklaşım olsa bile, bu hukukun yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfiz edilmesine ilişkin hükümleriyle bağlı kalınacaktır⁴⁸⁰.

II. Hakem Kararının İptali Davasında

Aleyhine hakem kararı tesis edilen taraf, kararın haksız olduğunu düşündüğü için veya tamamen taktiksel sebeplerle tahkim yeri mahkemelerinde⁴⁸¹ iptal davası açabilir⁴⁸². Pek çok milli hukuk sistemi hakem kararlarının iptali konusunda benzer düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıca bu düzenlemelerin çok büyük oranda New York Konvansiyonu’ndaki tanıma veya tenfizin reddi sebeplerine paralel olduğu görülmektedir⁴⁸³.

Milletlerarası enstrümanlar genelde hakem kararının iptaline sadece kısaca değinmekte, iptal sebeplerine veya süresine ilişkin bir maddi hukuk kuralı getirmemektedir⁴⁸⁴. UNCITRAL Model Kanun ise 34. maddesinde hakem kararının

⁴⁷⁹ Dirk Otto, “Article VII”, Patricia Nacimiento, et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, s. 448.

⁴⁸⁰ Poudret/Besson, s. 822.

⁴⁸¹ Tahkim yeri mahkemeleri dışındaki devlet mahkemelerinde açılan iptal davaları genelde reddedilse de, az sayıda örnekte, mahkemeler kendi milli hukuklarının esasa uygulandığı gerekçesiyle iptal davasını görmeyi kabul etmiştir. Bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s.667.

⁴⁸² Lew/Mistelis/Kröll, s. 664.

⁴⁸³ Maxi Scherer/J. Ole Jensen, “Empirical Research on the Alleged Invalidity of Arbitration Agreements: Success Rates and Applicable Law in Setting Aside and Enforcement Proceedings”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 39, S.3, 2022, s. 332; Born, s. 3422; Poudret/Besson, s. 719.

⁴⁸⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 666.

iptali sebeplerini, New York Konvansiyonu'ndaki tanıma/tenfizini reddi sebeplerine paralel olarak düzenlemektedir⁴⁸⁵.

Hakem kurulu geçerli bir tahkim anlaşmasının ve kendi yetkisinin mevcudiyetine *kompetenz-kompetenz* ilkesi gereği kendisi karar verecektir. Tahkim anlaşmasına taraf olmamasına rağmen kendisi hakkında yargılama yapıp karar verildiğini iddia eden taraf hakem kararına karşı tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu veya hakemlerin yetkilerini aştıklarını gerekçe göstererek iptal davası açabilir⁴⁸⁶.

Yaptığımız karar taramalarında Türk hukukunda grup şirketler doktrinine dayanarak verilmiş bir hakem kararının iptali davasına rastlanmasa da, tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin olduğu anlaşılan bir iptal davasında Yargıtay'ın, Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁴⁸⁷ m. 15'te yer alan "hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği" veya "hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği veya istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı" iptal nedenine dayandığı görülmektedir⁴⁸⁸.

III. Hakem Kararının İptali veya Tanıma/Tenfizi Davasında İleri Sürülebilecek Sebepler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hakem kararının iptali sebepleri ve tanıma/tenfizini reddi sebepleri çok büyük oranda paralellik gösterdiği için hem iptale hem de tanıma/tenfize ilişkin kararları aynı başlıklar altında incelemeyi uygun gördük. Önemle belirtmek gerekir ki, bu bölümde inceleyeceğimiz mahkeme kararlarının hepsi grup şirketler doktrinine ilişkin değildir. Bazı kararlarda mahkemelerce belirtilen hususlar hem grup şirketler doktrini hem de teşmile ilişkin diğer teoriler için geçerli olduğundan grup şirketler doktrinine ilişkin olmasa da bu kararlara çalışmamızda yer verilmiştir.

⁴⁸⁵ Born, s. 3433.

⁴⁸⁶ Özdemir Kocasakal, s. 31.

⁴⁸⁷ RG. 5.7.2001/ 24453.

⁴⁸⁸ Yargıtay 11. HD, Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararını bozarken, tahkim anlaşmasına taraf olmayan davacılar karşı tahkimde dava açılmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve MTK m. 15'e atıfta bulunarak hakem kurulunun "yetkili olmadığı bir hususta karar vermesi nedeniyle" hakem kararının iptaline karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay 11. HD. E. 2014/9538, K. 2015/8707, T. 25.6.2015, www.lexpera.com (27.05.2023)

A. Yazılı Bir Tahkim Anlaşmasının Bulunmadığının İleri Sürülmesi

Yukarıda⁴⁸⁹ da incelediğimiz gibi, tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi kuralı milli hukukların çoğunda ve tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerde mevcuttur. New York Konvansiyonu m. II'deki kuralın hakem kararının tanıma/tenfizi davalarında ret sebebi olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalı olsa da, genel kabul gören görüş m.II ve m. V'in hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik hükümler olarak birlikte ele alınmasıdır⁴⁹⁰. Zira, tanıma/tenfizin reddi sebeplerinden ilkinin düzenleyen Konvansiyon m. V(1)(a), m. II'de düzenlenen tahkim anlaşmasına atıf yapmıştır. Bu atıf, m. II'deki şekil şartlarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁴⁹¹.

Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen *Eddie Javor v. Luke Francoeur* davasına⁴⁹² konu uyuşmazlıkta davacılar tahkim yargılamasını hem sözleşmenin karşı tarafı olan *Fusion-Crete Products* şirketine hem de üçüncü kişi konumundaki *Luke Francoeur*'a karşı başlatmışlardır. Hakem kurulu, *Luke Francoeur*'un *Fusion-Crete Products* şirketinin alter ego'su olduğuna ve kendisinin de yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir. Daha sonra davacılar *Luke Francoeur*'a karşı hakem kararını Yabancı Hakem Kararları Kanunu veya Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu uyarınca tenfiz etmek için Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme bu iki kanunun da New York Konvansiyonu m. II'ye karşılık gelen hükümlerine dayanarak, *Luke Francoeur*'un ne tahkim anlaşmasında taraf olarak gösterildiğini ne de bu anlaşmayı imzaladığını belirterek bu kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığına hükmetmiştir.

Öte yandan, ABD Mahkemeleri *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH* kararında⁴⁹³, tahkim anlaşmasını imzalamadığı gerekçesiyle hakem kararının New York Konvansiyonu m. II'ye aykırı olduğunu ileri süren *International Paper* şirketinin tenfizin reddi talebini reddetmiştir. Mahkeme, *International Paper*'ın tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye dayanıp bu sözleşmeden yarar sağlarken, aynı zamanda imza eksikliğini ileri sürerek tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia

⁴⁸⁹ Bkz. yukarıda s. 10.

⁴⁹⁰ Van Den Berg, s. 284-87; Born, s. 3780; Rubins, s. 452.

⁴⁹¹ Poudret/Besson, s. 830-831.

⁴⁹² *Eddie Javor v. Luke Francoeur*, 2003 BCSC 350, 6.3.2003, www.newyorkconvention.org (11.02.2023)

⁴⁹³ *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, No. 98-2482, 14.3.2000, www.casemine.com (27.5.2023)

etmesinin hakkaniyete aykırı olacağını belirtmiş ve hakem kararının tenfizine karar vermiştir.

İsviçre mahkemeleri genelde New York Konvansiyonu m. II'deki yazılılık şartını oldukça liberal biçimde yorumlamışlar ve bu hükümdeki şartları yerine getirmeyen tahkim anlaşmalarını da geçerli kabul etmişlerdir⁴⁹⁴. Her ne kadar davacı iptal talebini New York Konvansiyonu m. II'ye değil de PILA m. 190(2)(b)'ye (hakem kurulunun kendisi hakkında yetkisi olmadığına) dayandırmış olsa da yukarıda incelediğimiz⁴⁹⁵ *X. S.A.L., Y. S.A.L. and A v. Z, SARL and ICC Arbitral Tribunal* kararında İsviçre Federal Mahkemesi şekil şartlarının yalnızca tahkim anlaşmasının orijinal tarafları için aranması gerektiğini belirtmiştir. Böylece hakem kurulunun yazılılık şartını sağlamayan davacı hakkında da yargılama yetkisine sahip olduğuna kanaat getiren mahkeme, iptal davasını reddetmiştir.

Bize göre tahkim anlaşmasının grup şirketler doktrini uyarınca bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan şirkete teşmil edildiği bir hakem kararının New York Konvansiyonu m. II'deki şekil şartına uymadığı gerekçesiyle tenfiz edilmemesi veya iptal edilmesi yerinde değildir. Zira teşmil, zaten tahkim anlaşmasının nisbiligi ilkesinin bir istisnasıdır. Bu nedenle teşmil kurumunun doğası gereği üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına şeklen taraf olması ve m. II'deki şekil şartını sağlaması beklenemez. Kabul edilmesi gereken görüş, m. II'deki şekil şartının yalnızca tahkim anlaşmasının orijinal tarafları arasında aranmasıdır.

B. Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Bulunmadığının İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmamasına rağmen tahkim anlaşması kendisine teşmil edilen üçüncü kişinin, New York Konvansiyonu m.V(1)(a)⁴⁹⁶ uyarınca kendisi açısından geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürerek kararın tenfizine itiraz edebileceği belirtilmiştir⁴⁹⁷. Nitekim *Dallah Real Estate and*

⁴⁹⁴ Martin Bernet/Anna K. Müller, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki(eds), **International International Arbitration in Switzerland**, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 176.

⁴⁹⁵ Bkz. yukarıda s. 11 vd.

⁴⁹⁶ Benzer düzenleme, hakem kararının iptali bakımından UNCITRAL Model Kanun m.34(2)(a)(i)'de ve MTK m.15(A)(1)(a)'da, tanıma/ tenfizin reddi bakımından ise MÖHUK m.62(1)(e)'de yer almaktadır.

⁴⁹⁷ Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, B.13, İstanbul: Vedat, 2020, s. 469; Yasmine Lahlou/Andrew Poplinger/Gretta Walters, "Substantive Barriers to Recognition and Enforcement of Foreign Awards under Article V (1) of New York and Panama Conventions", Andreas A. Frischknecht, Yasmine Lahlou, et al. (eds), **Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York**, Kluwer Law International, 2018, s. 117; Sumer Dev Seth, "Enforcement of Foreign Awards against Non-Signatories under the New York Convention in

Tourism Co v. Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan kararında⁴⁹⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi, hakem kararının tenfizi talebini reddederken, New York Konvansiyonu m. V (1)(a)'ya tekabül eden İngiliz Tahkim Kanunu m. 103(2)(b)'ye dayanmıştır. Her ne kadar grup şirketler doktrinine ilişkin olmasa da, bu kararda Pakistan devletinin devlet şirketinin imzaladığı tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı incelenmiştir. Yüksek Mahkeme, Konvansiyon m.V(1)(a) açıkça “tahkim anlaşmasının geçersiz olması” ifadesini kullansa da uzun zamandır süregelen milletlerarası uygulamanın bu maddenin şüpheye mahal vermeyecek şekilde aynı zamanda tahkim anlaşmasıyla hiçbir zaman bağlı hâle gelmemiş kişileri de kapsadığını ifade etmiştir.

Grup şirketler doktrinine ilişkin olmasa da, 2011 yılında Victoria (Avustralya) Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *IMC Aviation Solutions Pty. Ltd. v Altain Khuder LLC* kararında⁴⁹⁹ Yüksek Mahkeme, hakem kararının tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişiye karşı (*IMC Solutions*) tenfiz edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkeme, *IMC Solutions* şirketinin tenfiz davasının reddini talep ederken ileri sürdüğü, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı itirazını New York Konvansiyonu m. V (1)(a)'ya tekabül eden Avustralya Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 8(5)(b) kapsamında değerlendirmiştir.

Yukarıda detaylıca incelediğimiz *Dow Chemical* kararına karşı *Isover*, Paris Temyiz Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Bu davada *Isover*, 1) hakem kurulunun tahkim anlaşmasının kapsamına Fransız hukukunu uygulaması gerektiği, 2) tahkim anlaşmasının mevcut olmadığı iddialarını ileri sürerek hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme, ICC Kurallarına atıfta bulunarak bu kuralların *lex mercatoria*'nın

India: A Critique of the Decision in *Gemini Bay*”, **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol.54, No.2, 2022, s. 748; Scherer/Jensen tarafından 75 farklı hukuk sisteminden alınan 117 tanıma tenfiz ve iptal davası incelenerek edinilen istatistiklere göre, Konvansiyon m.V(1)(a)'a dayanan itirazlarda, tahkim yargılamasına katılan bir kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı itirazı, davaların %8.2'sinde ileri sürülmüş, ileri sürülen davaların %42'sinde haklı bulunmuştur. Bkz. Scherer/Jensen, s. 335.

⁴⁹⁸ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 2010 UKSC 46, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf> (3.12.2022)

⁴⁹⁹ *IMC Aviation Solutions Pty. Ltd. v Altain Khuder LLC*, VSCA 248, 22.8.2011, www.uncitral.org (27.05.2023).

ve tarafların ortak iradelerinin dikkate alınmasına izin verdiğini belirtmiş ve davalıların tahkim anlaşmasıyla bağlı olduklarına karar vermiştir⁵⁰⁰.

Taraflardan biri tahkim anlaşmasının mevcut olmadığı itirazını ileri sürdüğünde, New York Mahkemeleri, bu itirazı süren kişinin sözleşmenin şeklen tarafı mı, yoksa üçüncü kişi mi olduğuna göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku farklı şekilde saptamaktadır⁵⁰¹. Zira eğer üçüncü kişi tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye dayanarak hak ve taleplerde bulunduysa, artık bu kişi sözleşmedeki hukuk seçimi klozu ile bağlı olacaktır⁵⁰². Dolayısıyla New York Mahkemeleri bu durumlarda taraflarca seçilen hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesine uygulayacaktır. Öte yandan, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan bir kişi, esas sözleşmeye dayanarak hak veya talep iddia etmeyen üçüncü kişiye karşı hakem kararını tenfiz etmek istiyorsa bu takdirde New York Mahkemesi kendi hukukundaki kanunlar ihtilafı kurallarını veya maddi hukuk kurallarını uygulayarak tenfiz talebini değerlendirmektedir⁵⁰³.

Fikrimizce, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı hâlde kendisi hakkında karar verilen kişi, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmemelidir. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, şirketler topluluğunda tahkim şartı yer alan sözleşmeye taraf olmayan ve dürüstlük kuralı uyarınca da bu sözleşmeden doğan borçlardan sorumlu olmayan şirket, tahkim anlaşmasına da taraf olmayacaktır. Ama bu durum, sözleşmede yer alan tahkim şartının geçersiz olduğu anlamına gelmemekte, sadece bu şartın kişi bakımından kapsamına söz konusu şirketin dahil olmadığını ifade etmektedir.

⁵⁰⁰ *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France*, Paris Cour d'Appel, 21.10.1983, Kararın özeti için bkz. Gravel/Peterson, s. 518.

⁵⁰¹ Lahlou/Poplinger/Walters, s. 120.

⁵⁰² “Eğer davalılar sözleşmedeki tahkim şartına dayanmak istiyorlarsa, aynı zamanda sözleşmede uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılan İsviçre hukukunu da kabul etmelidirler.” *Motorola Credit Corp. v. Uzan*, 388 F.3d 39 (2d Cir. 2004), 22.10.2004, www.casetext.com (27.0.2023).

⁵⁰³ *Alstom Brasil Energia E Transporte Ltda. v. Mitsui Sumitomo Seguros S.A.* kararına konu olayda, taraflar aralarındaki sözleşmede Brezilya hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmalarına rağmen, mahkeme, üçüncü kişinin Brezilya hukukunun uygulanmasına ilişkin talebini reddetmiş ve ABD federal hukukunu uygulamış ve bu hukuk uyarınca üçüncü kişinin tahkime gitmekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. 15 Civ. 8221 (AKH) (S.D.N.Y. 20.6.2016) www.casetext.com (27.01.2023)

C. Kararın Hakemlerin Yetkileri İçinde Verilmediğinin İleri Sürülmesi

New York Konvansiyonu m. V(1)(c)⁵⁰⁴ uyarınca bir hakem kararının tanıma veya tenfizine karşı çıkan taraf, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu ancak bu anlaşmaya kendisinin taraf olmadığını ve bu nedenle hakem kurulunun kendisine bu tahkim anlaşması ile verilen yetkinin dışına çıktığını ileri sürebilir⁵⁰⁵. Belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasına taraf olmadığını iddia eden kişinin tenfizin reddini talep ederken m.V(1)(c)'ye dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, m.V(1)(c) hükmü, hakem kurulunun en başından beri yargı yetkisi bulunmadığını ileri sürerken dayanak olarak kullanılamayacak olup hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin iddialar yukarıda incelediğimiz V(1)(a) hükmüne dayanarak ileri sürülebilecektir⁵⁰⁶. Diğer görüşe göre ise, hakemlerin üçüncü kişi hakkında karar vermiş olması m.V(1)(c) kapsamında potansiyel bir tenfizin reddi sebebidir⁵⁰⁷. Bizim görüşümüze göre, tahkim anlaşmasının yer aldığı esas sözleşmeye taraf olmadığı hâlde bu tahkim anlaşması kendisine haksız olarak teşmil edilen şirket m.V(1)(c) hükmüne başvurmaldır. Zira hükümde, “hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamı dışına çıkması”ndan söz edilmektedir. Dolayısıyla burada üçüncü kişi konumundaki şirket hakem kurulunun yetkisinin hiçbir zaman doğmadığını değil, kendisinin tahkim anlaşması kapsamına girmediğini ve bu nedenle hakemlerin kişi bakımından yetkisinin bulunmadığını ileri sürecektir.

New York Konvansiyonu m. V(1)(a) ve m.V(1)(c) arasındaki ayrıma ilişkin yukarıdaki farklı görüşleri benimseyen mahkeme kararları mevcuttur. Grup şirketler doktrinine ilişkin olmayan *Fiat S.p.A v. Ministry of Finance and Planning of Republic of Suriname*⁵⁰⁸ davasında Mahkeme Fiat'ın tahkim anlaşmasına taraf olmadığına

⁵⁰⁴ Benzer düzenleme, hakem kararının iptali bakımından UNCITRAL Model Kanun m.34(2)(a)(iii)'de ve MTK m.15(A)(1)(e)'de; tanıma/ tenfizin reddi bakımından ise MÖHUK m.62(1)(g)'de yer almaktadır.

⁵⁰⁵ Van Den Berg, s. 312; Pierre Mayer, “The Effect of Awards Rendered in Multiparty/Multicontract Situations”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol.7, Kluwer Law International, 2010, s. 224; Lahlau/Poplinger/Walters, s. 132.

⁵⁰⁶ Lahlau/Poplinger/Walters, s. 133.

⁵⁰⁷ Nicola Christine Port/ Scott Ethan Bowers/Bethany Davis Noll, “Article V(1)(c)”, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, s. 277; James Jacob Spigelman, “The Centrality of Contractual Interpretation: A Comparative Perspective”, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Vol.81, S.3, 2015, s. 244.

⁵⁰⁸ *Fiat S.p.A v. Ministry of Finance and Planning of Suriname*, Southern District Court of New York, 88 civ. 6639 (SWK), 12.10.1989, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1998- Vol. XXIII, Van den Berg (ed.), 1998, s. 884.

kanaat getirmiş, “İşbu olayda, hakem kurulu tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen bir üçüncü kişi hakkında karar vererek yetkisini aşmıştır” demek suretiyle hakem kararının Fiat’a ilişkin kısmının tenfizini talebini reddetmiş, ONYX’e olan kısmını ise tenfiz etmiştir. Dolayısıyla üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının kapsamına girmedigine karar verse de Mahkeme, New York Konvansiyonu m.V(1)(a)’ya değil, m.V(1)(c) ye dayanarak tenfiz talebini reddetmiştir. Benzer şekilde, *Aloe Vera of America, Inc. v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*⁵⁰⁹ kararında Singapur Yüksek Mahkemesi, tahkim anlaşması ile hakemlere verilen yetkinin aşılmasının, bir kişinin tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı ile ilgili olmadığını ifade etmiştir.

Bu ret sebebine ilişkin olarak, Konvansiyon, bir kısmi tenfiz imkânı getirmiştir. Hakem kararının tahkim anlaşması kapsamına giren meselelere ilişkin hükmü, tahkim anlaşması kapsamına girmeyen meselelere ilişkin hükümlerinden ayırt edilebilecek nitelikteyse, kararın yalnızca tahkim anlaşması kapsamındaki kısmının tanınması mümkündür. Bu itibarla, hakemlerin üçüncü kişi hakkında karar vererek kendilerine verilen yetkileri aştıkları sonucuna varılırsa, mahkeme, hakem kararının üçüncü kişilere ilişkin olmayan kısımlarını tenfiz edip diğer kısımların tenfiz talebini reddedebilecektir⁵¹⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, tarafların tahkim yargılaması sırasında görev belgesini hiçbir itiraz ileri sürmeden imzalamış olmaları, daha sonra tenfiz aşamasında hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdiklerini iddia etmelerini engelleyebilmektedir⁵¹¹. *CBS Corp. vs. WAK Orient Power & Light Ltd.*⁵¹² davasında Pakistan şirketi olan WAK, CBS ile aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurma iradesi bulunmadığını ileri sürererek hakem kararının WAK ve CBS arasındaki taleplere ilişkin kısmının tenfizinin reddini talep etmiştir. Mahkeme, tahkim yargılamasındaki kayıtlardan açıkça anlaşıldığı üzere WAK’ın görev belgesini imzaladığını ve bu görev belgesinde hakem kurulunun yetkili kılındığı uyuşmazlıklar arasında WAK ile CBS arasındaki talep ve iddiaların da bulunduğunu belirterek, hakemlerin yetkilerini aşmadıklarına karar vermiş ve hakem kararını tenfiz etmiştir.

⁵⁰⁹ *Aloe Vera of America, Inc. v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*, [2006] 3 SLR 174, [2006] SGHC 104 78, OS 762/2004, RA 327/2005, 10.5.2006, www.newyorkconvention1958.org (11.02.2023).

⁵¹⁰ Port/Bowers/Noll, s. 276-277.

⁵¹¹ Akıncı, s. 214.

⁵¹² *CBS Corp. vs. WAK Orient Power & Light Ltd*, 168 F. Supp. 2d 403 (E.D. Pa. 2001) 12.04.2001, www.law.justia.com (05.01.2023).

Bir ICC kararına karşı açılan davada davacı, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ve yetki aşımı bulunduğunu ileri sürerek kararın iptalini talep etmiştir. Asliye mahkemesi, davacıların hakem kararına konu imtiyaz sözleşmesini onayladıklarını ve bu nedenle imtiyaz sözleşmesinin lehtarı olan davacılar açısından da bu sözleşmede yer alan tahkim şartının bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Temyiz davasında Yargıtay, “*sırf tahkim şartını içeren sözleşmede lehlerine bir takım hükümler konulduğu için sözleşmeye taraf olmayan davacıların da tahkim anlaşmasına taraf oldukları*” sonucuna varılamayacağını belirtmiş, “*söz konusu imtiyaz sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi hâlinde dahi...tahkim sözleşmesinin istisnai niteliği ve tahkim anlaşmasına yönelik rızanın, açıkça ya da tereddüte mahal bırakmamak kaydıyla zımni olarak ortaya konulması gerektiği*”ni de göz önüne alarak, hakem kurulunun yetkili olmadığı bir hususta verdiği kararın iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵¹³. Bu karar, Yargıtay’ın “sözleşmeye taraf olmayan davacıların tahkim anlaşmasına taraf olmayacağını” belirtmesi açısından isabetlidir. Zira burada Mahkeme, tahkim anlaşmasıyla taraf olmayı bu anlaşmanın yer aldığı sözleşmeye bağlı olma şartına bağlamış gözükmemektedir. Ancak kararın devamında Yargıtay, tahkim anlaşmasına yönelik bir irade beyanı arandığını belirtmiş ve bu irade beyanının açık ve tahaddüte mahal vermeyecek nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir. Tahkim anlaşması için özel bir irade beyanı aranmaması gerektiğine ilişkin görüşlerimizi daha önce ifade ettiğimiz için burada tekrarlamayacağız. Ancak Yargıtay’ın bu kararı, hem tahkim anlaşmasına zımnen rıza göstermenin mümkün olduğunu kabul edip hem de bu rızanın açık ve tereddüte mahal bırakmayacak şekilde verilmesi gerektiğini belirtmesi açısından kendi içinde çelişkili görünmektedir.

D. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olduğunun İleri Sürülmesi

New York Konvansiyonu m. V(2)(b)⁵¹⁴ uyarınca hakem kararının bu kararın tanıma/tenfiz istenen devletin kamu düzenine aykırı olduğu, hakem kararlarının tanıma ve tenfizini engellemek için en sık ileri sürülen ret sebebidir⁵¹⁵. Bu ret sebebi

⁵¹³ Yargıtay 11 HD. E. 2014/9538 K. 2015/8707 T. 25.6.2015. www.kazanci.com (20.01.2023)

⁵¹⁴ Benzer düzenleme, hakem kararının iptali bakımından UNCITRAL Model Kanun m.34(2)(b)(ii)’de ve MTK m.15(A)(2)(b)’de; tanıma/ tenfiz reddi bakımından ise MÖHUK m.64(1)(b)’de yer almaktadır.

⁵¹⁵ Corrie, s.73; Yapılan bir istatistikte, incelenen tenfiz davalarının %44’ünde kamu düzenine aykırılık itirazı ileri sürüldüğü görülmüştür. Buna karşın bu itiraz, ileri sürüldüğü davaların yalnızca %19’unda başarılı olmuştur. Bkz. Roger P. Alford/Crina Baltag/Matthew E.K. Hall/Monique Sasson, “Empirical

bağlamında iç hukuktaki kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni arasında ayrım yapılması ve milletlerarası kamu düzenine aykırılık kavramının kapsamının dar tutulması gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁶. ABD mahkemeleri de kamu düzeni kavramını dar yorumlamakta ve hakem kararının tenfizini bu kararın “ahlâk ve adaletin temel kavramlarını”⁵¹⁷ ihlâl etmesi hâlinde reddetmektedir.

Belirtmek gerekir ki, “kamu düzenine aykırılık” sadece hakem kararının tanıma/tenfizi veya iptali aşamasında değil, hakem kararının verilmesinden önce devlet mahkemelerinde tahkim itirazında bulunulması hâlinde de gündeme gelebilir. Alman Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlığa konu olayda⁵¹⁸, aleyhine devlet mahkemelerinde dava açılan davalı, tahkim itirazında bulunmuştur. Bu itirazı değerlendiren Bölge Mahkemesi, grup şirketler doktrini uyarınca üçüncü kişi konumundaki davalının tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu iddiasını kabul etmemiş, bu doktrinin Alman kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir. Temyiz aşamasında Alman Federal Mahkemesi, öncelikle kamu düzeni kavramının, mahkemenin yabancı hukuku uygulamasını ve somut olayın koşullarına göre karar vermesini engellemeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre, ancak ve ancak yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuç Alman kamu düzenine aykırıysa, kamu düzenine aykırılık itirazı dikkate alınabilecektir. Somut olayda üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının akdedilmesine de katıldığını değerlendiren mahkeme, tahkim anlaşmasının teşmilinin kamu düzenine aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Sarhank’ın hakem kararının tenfizi için ABD Bölge Mahkemesi’nde açtığı davada⁵¹⁹ *Oracle* bu kararın tenfizinin “Amerikan kamu düzeni”ninde yer alan adil yargılanma hakkına aykırı olacağını, zira ne sözleşmeye ne de tahkim yargılamasına

Analysis of National Courts Vacatur and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards”, **Journal of International Arbitration**, Vol.39, S.3, 2022, s. 320-321.

⁵¹⁶ Michael Hwang/ Andrew Chan, “Enforcement and Setting Aside of International Arbitral Awards-The Perspective of Common Law Countries”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story**, ICCA Congress Series No. 10, 2000, s. 157.

⁵¹⁷ *Waterside Ocean Navigation Co. v. International Navigation Ltd.*, 737 F.2d 150 www.casemine.com (05.01.2023)

⁵¹⁸ BGH – III ZR 371/12, 8.5.2014, Kararın özeti için bkz. Kirstin Schwedt, “When Does an Arbitration Agreement Have a Binding Effect on Non-Signatories? The Group of Companies Doctrine vs. Conflict of Laws Rules and Public Policy”, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/30/when-does-an-arbitration-agreement-have-a-binding-effect-on-non-signatories-the-group-of-companies-doctrine-vs-conflict-of-laws-rules-and-public-policy/>, (11.04.2023)

⁵¹⁹ *Sarhank Group (Egypt) v. Oracle Corporation (US)*, United States District Court, Southern District of New York, 9.10.2002, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXVIII, 2003.

taraf olduğunu ileri sürmüştür. Bölge mahkemesi *Oracle*'ın iddialarını ikna edici bulmamış ve *Oracle*'ın uyuşmazlığın hakemlerin önünde olduğundan haberdar olduğunu, tahkim yargılaması ile ilgili kendisine bilgilendirme yapıldığını, yargılamada kendisini temsil ettirdiğini ve savunmalarını yaptığını göz önüne alarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. *Oracle* daha sonra bu karara karşı kanun yoluna başvurmuş ve Temyiz mahkemesi -kamu düzenine ilişkin bir değerlendirme yapmadan- ABD hukuku uyarınca tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabilmesi için sözleşmeler hukuku veya temsil hukuku teorileri uyarınca anlaşmaya taraf olduğunun ortaya koyulması gerektiğinden bahisle Bölge Mahkemesi kararını bozmuştur⁵²⁰.

Kenya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen *Kenya No. 5, Foxtrot Charlie Inc(Panama) v. Afrika Aviation Handlers Limited et al.* davasında⁵²¹ tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hakem kararının tenfizinde kamu düzenine aykırılık şartı son derece detaylı olarak incelenmiştir⁵²². Tahkim yeri İsviçre olan ICC tahkim yargılamasında davacı *Foxtrot Charlie*, davalılar ise sözleşmenin diğer tarafı olan *Afrika Aviation Handlers Limited (AAH) şirketi* ve sözleşmeye taraf olmayan *AAH* şirketi genel müdürü *Raphael Mullei Nzomo*'dur. Hakem kurulu, *Nzomo*'nun tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığını incelerken, “eğer tarafların ortak iradeleri tespit edilemezse, hakem kurulu yorumda ikinci aşamaya geçmeli ve normatif veya objektif yorum yöntemine başvurulmalıdır” ifadelerini kullanmıştır. Hakem kurulu bu aşamada, tarafların sözleşme akdedilmeden önceki tutum ve davranışlarının, *Nzomo*'nun sözleşme ile bağlı olma niyetini gösterdiğini, sözleşme uyarınca yapılan bazı ödemelerin *Nzomo*'nun hesabına yapıldığını, eğer *Nzomo* olmasaydı bu sözleşmenin hiç hayata geçemeyeceği gibi hususları dikkate alarak tahkim anlaşmasını *Nzomo* 'ya teşmil etmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre hakem kurulunun böyle bir yorum yöntemine başvurmamasının geçerli bir açıklaması olamaz. Zira İsviçre hukukunda sözleşme hükümleri açık anlamlarına göre yorumlanmaktadır. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme,

⁵²⁰ *Sarhank Group (Egypt) v. Oracle Corporation (US)*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 02-9383, 14.04.2005, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXX, 2005.

⁵²¹ *Kenya No. 5, Foxtrot Charlie Inc (Panama) v. Afrika Aviation Handlers Limited et al.*, Civil Suit 557 of 2004, 29.5.2012, ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2019.

⁵²² Davada, 1995 tarihli Kenya Tahkim Kanunu'nun hakem kararlarının tanıma/tenfizini düzenleyen 36 ve 37. bölümleri uygulanmıştır. Bu düzenlemeler New York Konvansiyonu ile uyumludur.

hakem kurulunun tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan *Nzomo* üzerinde yargı yetkisi olduğuna karar vermesini, “şok edici derecede saçma” ve “vakıaların talihsiz bir karışımı” olarak nitelendirmiş, bu sonucun sadece Kenya Hukuku değil aynı zamanda İsviçre Hukuku’ndaki adaletin temel kavramlarına aykırı olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, hakem kararının hem milletlerarası kamu düzeni hem de Kenya Hukuku’ndaki kamu düzeninin temel unsurlarına aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir.

Kanımızca tahkim anlaşmasının bu anlaşmaya şeklen taraf olmayan şirketler topluluğuna teşmil edilmiş olması tek başına kamu düzenine aykırı değildir. Kamu düzenine aykırılık sebebine, Konvansiyon’daki diğer ret sebeplerinin kapsamına girmeyen hâllerde dayanılmalıdır. Ancak yine de tahkim anlaşmasının teşmilinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği istisnai hâller olabilir. Örneğin üçüncü kişi tahkim yargılamasına çok geç bir aşamada dahil edilmişse ve bu nedenle hakem seçme hakkından mahrum bırakılmışsa, bu yargılama sonucunda verilecek hakem kararının adil yargılanma hakkını ihlal edeceği açıktır. Ne var ki, tahkim anlaşmasının grup şirketler arasında teşmil edildiği hâllerde, tahkim anlaşmasıyla bağlı hâle gelen hâkim veya bağlı şirket, şirketler topluluğunda tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan şirketlerden bağımsız birer tüzelkişiliği haiz olsa da aslında aynı hukuki menfaatlere sahiptirler. Bu nedenle çoğu hâlde hâkim veya bağlı şirketin yargılamaya dahil olması, bu şirketin ayrıca hakem seçmesini gerektirmeyecektir.

E. Gizlilik İlkesinin İhlal Edildiğinin İleri Sürülmesi

Temelini, tahkim yargılamasının tarafların iradesi üzerine kurulan özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasından alan tahkim yargılamasının gizliliği prensibi⁵²³, tahkimin temel bir ilkesi olarak kabul edilmekte ve tarafların devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluna başvurmak istemelerinde belirleyici bir unsur olarak öne çıkmaktadır⁵²⁴. Zira devlet mahkemelerinde kural olarak yargılamaların aleniyeti söz konusu olduğu için uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu seçen taraflar uyuşmazlıklarının ve kendileriyle ilgili bilgilerin ifşa edilmesinden kaçınmak

⁵²³ Loukas A. Mistelis, “Confidentiality and Third Party Participation”, *Arbitration International*, Vol. 21, No.2, 2005, 211; Esen, *Teşmil*, s. 12.

⁵²⁴ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 322; Hans Bagner, “Confidentiality-A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, S.2, 2001, s. 243; Fritz Nicklisch, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, *Journal of International Arbitration*, Vol.11, S.4, 1994, s. 69.

isterler⁵²⁵. Tahkim yargılaması prensip olarak yalnızca tahkim anlaşmasının tarafı olarak kişilere açık olup taraflara ilişkin gizli ve özel bilgilerin korunması devlet mahkemelerine kıyasla daha kolay olacaktır⁵²⁶.

Belirtmek gerekir ki “tahkimin gizliliği” (*confidentiality*) ile “tahkimin mahremiyeti” (*privacy*) farklı kavramlardır⁵²⁷. Tahkim anlaşmasının mahremiyeti ile genelde kastedilen, tahkim yargılamasına ve duruşmalara yalnızca tahkim anlaşmasının taraflarının katılabilmesi ve bunların üçüncü kişilere ve kamuya karşı kapalı olmasıdır⁵²⁸. Gizlilik prensibi ise tahkim yargılamasına katılan tarafların veya avukatların yargılamaya ilişkin bilgileri üçüncü kişilere ifşa etmeme yükümlülüğüne işaret eder⁵²⁹. Diğer bir deyişle, tahkimin gizliliği, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına ilişkin bilgilere ve yargılamada kullanılan belgelere tarafların rızası olmaksızın ulaşamamasını ifade eder⁵³⁰.

Tahkimin gizliliği prensibinin, tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılmasına mâni olabileceği belirtilmiştir⁵³¹. Özellikle de uygulanacak hukukun bu konuda liberal ya da katı bir yaklaşım sergilemesine göre varılacak sonuç farklı olacaktır⁵³². İngiliz hukukunda genellikle tahkimde gizlilik prensibinin tarafların zımni iradesinden doğduğu varsayılmaktadır⁵³³. Bilhassa, tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça tahkim yargılamalarının gizli olarak yürütüleceğini kararlaştırdıkları hâllerde, hakem kurulunun üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen iddiaları değerlendirirken daha dikkatli olmaları gerektiği belirtilmiştir⁵³⁴.

Eğer tahkim anlaşmasının teşmili, gizlilik prensibine aykırı kabul edilirse, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği bir kararın daha sonra iptal edilmesi veya tanıma/tenfizinin reddedilmesi ihtimali doğabilir. Zira bir görüşe göre, milli

⁵²⁵ Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **UTTDER**, Vol. 4, S.2, 2015, s. 68; Kalpsüz, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 344; David, s. 12

⁵²⁶ Cemre Tüysüz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **PPIL**, Vol.37, S.2, s. 847; Schultz/Grant, s. 46.

⁵²⁷ Ileana M. Smeureanu, **Confidentiality in International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2011, s. 3 vd.; Giray, s. 71.

⁵²⁸ Born, s. 3004.

⁵²⁹ Born, s.3004; Carter/Fellas, s. 84, dn.63.

⁵³⁰ Giray, s. 71.

⁵³¹ Philippe Leboulanger, “Multi-contract Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 13, S.4, 1996, s. 65; Sentner, s. 57; Nicklisch, s. 69.

⁵³² Sentner, s. 57.

⁵³³ *Oxford Shipping v. Nippon Yusen Kaisha* davasında İngiliz mahkemesi, “*tahkimin mahremiyeti, sadece tarafların kendi aralarındaki uyumsuzlukları tahkim yoluyla çözmeye iradesine dayanır.*” demek suretiyle tahkim yargılamasına üçüncü kişinin katılımını kabul etmemiştir. [1984] 2 Lloyd's Rep. 373 www.trans-lex.org (5.02.2023)

⁵³⁴ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 222.

hukuklarda tahkimin gizliliğine ilişkin kurallar mevcutsa, gizlilik ilkesinin ihlâl edilmesi m.V(1)(d) bendi kapsamında bir tanıma/tenfizin reddi sebebi oluşturmaktadır⁵³⁵. Keza, MTK kurallarına göre cereyan eden bir tahkim yargılamasında gizlilik yükümlülüğüne uyulmamışsa ve bu durum kararın esasına etkili ise MTK m. 15/A/1(f) hükmü uyarınca iptal davası açılabileceği belirtilmiştir⁵³⁶.

Bir görüşe göre, taraflar arasında çok sayıda sözleşmenin akdedildiği veya çok sayıda tarafın yer aldığı büyük ölçekli ticari projelerle ilgili olarak, bu projelere katılan şirketlerin zaten birbirlerini tanıdığı ve diğer şirketlerle olan ilişkilerinin bilindiği, bu nedenle bu şirketlerin tahkim yargılamasına katılmasının gizlilik prensibine aykırı olmayacağı iddiası kabul edilmemelidir. Zira, esasen aynı projede yer alan şirketler de genelde bilgi paylaşımını menfaatlerine aykırı görmekte ve akdettikleri sözleşmelere, sözleşmelerdeki fiyatlara ilişkin bilgileri saklamaktadır⁵³⁷.

Kanaatimizce tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili tahkimin gizliliği prensibine aykırı değildir. Tahkim anlaşmasının teşmil edildiği hâllerde zaten üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının gerçek bir tarafı olduğu saptanmış olmaktadır. Bu kişinin tahkim anlaşmasının yer aldığı esas ilişkiye taraf olması, tahkim yargılaması bakımından bir üçüncü kişi olarak değerlendirilmesini engellemektedir. Buna paralel olarak, tahkim anlaşmasının hâlihazırda tarafı olan şirket ile tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği şirket aynı şirketler topluluğuna mensupsa, bu hâlde tahkimin gizliliği prensibinin teşmile engel olarak görülemez. Örneğin, bağlı şirket tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasına dayanarak başlatılan tahkim yargılamasında karşı taraf hem bağlı şirkete hem de hâkim şirkete karşı tahkim yoluna başvurduysa, bağlı şirketin, uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin hâkim şirketten gizli tutulmasını istemesi makul olmayacaktır. Zira bu hâlde hâkim şirket zaten uyuşmazlığa aktif olarak dahil olmuştur⁵³⁸.

⁵³⁵ Born, s. 3009.

⁵³⁶ Giray, s. 105.

⁵³⁷ Nicklisch, s. 69.

⁵³⁸ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 222.

SONUÇ

Bu çalışmanın amacı, şirketler topluluğunda yer alan hâkim veya bağlı şirket tarafından akdedilen sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasının, bu sözleşmeye şeklen taraf olmasa da sözleşmenin müzakere, ifa veya sona erme aşamalarına katılan diğer hâkim veya bağlı şirkete teşmil edilmesinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesidir. Bu kapsamda; öncelikle tahkim hukukunun genel ilkelerinden olan tahkim anlaşmasının nisbiliği prensibi ve tahkim iradesinin yazılı olarak ortaya konulması şartı incelenmiş, bu ilkelerin tahkim anlaşmasının teşmiline engel olarak görülüp görülemeyeceği irdelenmiştir. Daha sonra tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceğine karar verirken uygulanacak hukuk veya hukuk kuralları hususundaki yaklaşımlar ele alınmıştır. Ardından, uygulanacak hukuk konusunda benimsediğimiz yaklaşım gereği, tahkim anlaşmasının teşmilini gündeme getiren esas ilişkiye odaklanılarak, bu ilişkiye uygulanacak kurallar bakımından şirketler topluluğuna mensup şirketlerden biri tarafından akdedilen esas sözleşmeyle diğer şirketin hak ve borç altına girip giremeyeceği ortaya konulmuştur. Bunu takiben, hakem ve mahkeme kararları ile doktrinde geliştirilen grup şirketler doktrininin uygulama şartları incelenmiş ve grup şirketler doktrinine yönelik yaklaşımlar ele alınmıştır. Son olarak grup şirketler doktrini uyarınca teşmil edilen bir tahkim anlaşmasına istinaden verilen hakem kararına karşı iptal ve tanıma/tenfiz davalarında hangi sebeplere dayanılarak itiraz edilebileceği incelenmiştir. Çalışmamızda yöntem olarak, milletlerarası ticari tahkim kararları, mahkeme kararları ve çalışmamızda incelenen hususları ele alan akademik eserler incelenmiştir.

Çalışmamız kapsamında varılan sonuçlardan ilki, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinin tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline bir engel teşkil etmediğidir. Tıpkı borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, tahkim anlaşmalarının nisbiliğinin de istisnaları olabilir. Esasen tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi de tahkim anlaşmasının nisbiliğinin istisnalarının incelenmesidir. Bu nedenle nisbilik ilkesi teşmile bir engel olarak görülmemelidir.

Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının yazılı olarak akdedilmesi şartı ile tahkim anlaşmasının teşmili birbirlerini dışlayan kavramlardır. Eğer bir kişi tahkim anlaşmasını yazılı olarak akdetmiş olsaydı, tahkim anlaşmasının teşmiline gerek duyulmayacak, bu kişi tartışmasız olarak bu anlaşmanın bir tarafı olacaktı. Teşmil, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayıp altta yatan maddi hukuk ilişkisi sebebiyle taraf olanları saptama faaliyeti olduğu için, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayanlar bakımından yazılı şekil şartının gerçekleşmemesi sebebiyle tahkim anlaşmasının teşmilinin mümkün olmadığını ileri sürmek tutarsız olacaktır.

Bu çalışma kapsamında çıkarılan diğer bir sonuç, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilip edilmeyeceğine karar verirken tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun uygulanmasının hatalı sonuçlara yol açacak olmasıdır. Tahkim anlaşmasının teşmiline tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun uygulanması kabul edilirse, esas ilişkiye uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun farklı olması ihtimali söz konusu olabilir. Esas ilişkiye uygulanan hukuk şirketler topluluğuna mensup şirketin diğeri tarafından akdedilen sözleşme ile bağlı olduğunu kabul ederken, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bunu kabul etmiyor olabilir. Durum böyle olunca esas ilişkiden doğan uyuşmazlıkları çözmek için varlık kazanan tahkim anlaşmasının varlık amacına aykırı bir sonuç ortaya çıkar. Tahkim anlaşmasının akdedilme amacı ve hayatta kalan hüküm niteliği göz önüne alınacak olursa, bu anlaşmanın esas ilişkiyi veya bu ilişkiden doğan hak ve borçları takip etmesi gerektiği görülecektir.

Vardığımız diğer bir sonuç, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde ve genel olarak, tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılması için özel ve ayrı bir tahkim iradesinin aranması gerekmediğidir. Tahkim şartı, herhangi bir sözleşmede yer alan yetki sözleşmesi, delil sözleşmesi gibi hükümlerden herhangi biridir ve bu nedenle esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına taraf olmak için bu anlaşmaya yönelik özel bir irade beyanında bulunmaya gerek yoktur. Bu yönde bir pozitif hukuk düzenlemesi mevcut olmamasına rağmen mahkeme kararları ve doktrinde tahkim iradesinin açık ve tereddüte mahal vermeyen nitelikte olması gerektiği belirtilmekte ve bu husus tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerinin yargı yetkisini ortadan kaldırması ve istisnai nitelikte olmasıyla açıklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, milletlerarası ticarete tahkim, uyuşmazlıkların olağan bir çözüm yöntemi hâline gelmiştir. Kaldı ki, devlet mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırsa bile, tarafların

tahkimden korunmaya veya tahkime gitme şartlarının zorlaştırılmasına ihtiyaçları yoktur. Tahkim, tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup pek çok açıdan devlet mahkemelerine kıyasla taraflara avantajlar sunmaktadır. Bunun yanında, tahkim anlaşması kendisine teşmil edilen kişi, esas sözleşmeyi veya bu sözleşmeden doğan hak veya borçları devralarak veyahut da esas sözleşmenin ifasına önemli ölçüde katılarak bu sözleşmedeki her türlü hükümle bağlı olmayı dürüstlük kuralı uyarınca kabul etmiş olmalıdır. Esas sözleşmede yer alan ve tarafların durumunu ciddi şekilde ağırlaştıran cezai şart ve zamanaşımı gibi hükümlere taraf olmak için ayrı bir irade beyanı gerekmezken, tahkim anlaşmasına taraf olmak için ayrı bir irade beyanının aranması kanımızca kabul edilemez.

Şirketler topluluğu hükümleri ve şirketler topluluğu hukukunda uygulama alanı bulan dürüstlük kuralına dayanan prensipler incelendiğinde esas sözleşmeye şeklen taraf olmayan bir şirketin, hâkim veya bağlı şirket tarafından akdedilen bu sözleşmeye sınırlı hâllerde taraf olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır. Karşılaştırmalı hukukta şirketler topluluğu düzenlemelerinde yer alan hükümler hâkim şirkete birtakım denkleştirme ve tazminat yükümlülükleri getirmektedir. Ne var ki bu hükümler uyarınca topluluktaki şirketlerden biri tarafından akdedilen sözleşmenin ifasına veya müzakeresine katıldığı gerekçesiyle hâkim şirketi bağlı şirket tarafından akdedilen sözleşme ile bağlı tutmak mümkün değildir. Öte yandan, dürüstlük kuralına dayanan teorilerin uygulanması ile bu sonuca varmak mümkün olabilir. Hukuki görünüşe güven ilkesi uyarınca, karşı tarafta sözleşmenin tarafı olduğu izlenimini yaratan şirket, bu sözleşmeye taraf olmasa bile hukuki görünüşe güven ilkesi gereği sorumlu tutulabilecektir. Benzer şekilde görünüşte temsil veya katlanma temsiline, hâkim şirket veya bağlı şirket, diğer şirketleri temsil etme yetkisi olmasa bile eğer karşı tarafta bu yönde haklı bir güven uyandırıyorsa, sözde temsil olunan şirket, temsilci gibi hareket eden şirketin akdettiği sözleşme ile bağlı olacaktır. Son olarak estoppel doktrini uyarınca esas sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya sona ermesine katılarak karşı tarafta bu sözleşmeye taraf olduğu izlenimini uyandıran bir kişi, daha sonra bu sözleşmedeki hükümlerle bağlı olmadığını ileri süremeyecektir. Tahkim anlaşmasının esasa ilişkin hak ve borç geçişini takip ettiği görüşümüze paralel olarak, bu hâllerde sözleşmeye taraf olarak kabul edilen şirketlerin tahkim anlaşmasına da taraf olduğu sonucuna varılmalıdır.

Grup şirketler doktrinini ele alan mahkeme ve hakem kararları incelendiğinde şirketler topluluğuna mensup şirketlerin şeklen taraf olmadıkları tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadıklarına karar verilirken, bu şirketlerin tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterip göstermediklerine odaklanıldığı görülmektedir. Bu rızanın varlığı ise genellikle tahkim anlaşmasının yer aldığı esas sözleşmenin müzakeresine, ifasına veya sona ermesine katılma davranışlarından çıkarılmaktadır. Böyle bir yaklaşım öncelikle tahkim anlaşmasının akdedilmesi için özel ve ayrı bir irade beyanı aranması bakımından sorunludur. Ayrıca kararların pek çoğunda, sözleşmeye şeklen taraf olmayan şirketin tahkim anlaşmasından haberdar olup olmadığı veya gerekli özeni gösterseydi haberdar olup olmayacağı hususu araştırılmıştır. Tahkim anlaşması içeren bir sözleşmeye kendi tutum ve davranışları dolayısıyla taraf kabul edilen bir şirketin, tahkim anlaşmasından korunması ve bu anlaşmadan haberdar olmasının beklenmesi yanlıştır. Dolayısıyla mahkeme ve hakem kararlarında, “grup şirketler doktrininin uygulama şartları” adı altında sıralanan şartların isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Grup şirketler doktrinine dayanılarak verilen bir hakem kararı, iptal veya tanıma/tenfiz talebi ile mahkeme önüne geldiğinde, karara itiraz eden taraf genelde yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını, hakemlerin kendilerine verilen yetkileri aştığını veyahut da kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Öncelikle yazılılık şartı ve teşmil birbirlerini dışladığından, yazılı bir tahkim anlaşması mevcut olmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptaline veya tanıma/tenfizinin reddine karar vermek hatalı olacaktır. Elbette eğer üçüncü kişi esas ilişkiden doğan hak ve borçlardan sorumlu değilse, verilen teşmil kararı hatalıdır. Ancak mahkemelerce meselenin bu boyutu incelenmeden sırf tahkim anlaşması “teşmil” edildiği için geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığına, hakemlerin yetkilerini aştığına veya kararın kamu düzenine aykırı olduğuna karar verildiği görülmektedir. Diğer bir mesele ise mahkemelerin, milli hukuklarda yer almadığı gerekçesi ile grup şirketler doktrinine dayanılarak verilen kararları iptal etmesi veya tanıma/tenfiz davasını reddetmesidir.

Netice olarak, “grup şirketler doktrini” adı altında ayrı ve kendi uygulama şartları olan bir doktrine ihtiyaç yoktur. Grup şirketler doktrini tahkim hukuku alanında tahkim anlaşmasının teşmiline yönelik olarak geliştirilmiş ve şartları mahkeme kararları ile doktrin tarafından şekillendirilmiştir. Bize göre, grup şirketler doktrinine

ihtiyaç olmadığı gibi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan diğer teorilere de ihtiyaç yoktur. Zira teşmilde esas mesele, tahkim anlaşmasına şeklen taraf olmayan kişinin maddi hukuktan kaynaklanan sebeplerle tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeye taraf olup olmadığıdır. Grup şirketler doktrini, muğlak şartları nedeniyle hem yeknesak bir uygulamaya sahip değildir, hem de *lex mercatoria*'ya ait bir kavram olduğu gerekçesi ile mahkemelerce nadiren benimsenmektedir. Milli hukuklarda böyle bir doktrininin yer almadığı gerekçesiyle mahkemelerin grup şirketler doktrinine dayanılarak verilen hakem kararlarını kabul etmediği görülmektedir. Bunun yerine, esas sözleşmeye veya bu sözleşmeden doğan bir hakka taraf olan şirketin, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemine de taraf kabul edilmesi, hem milletlerarası ticarete yer alan aktörler bakımından öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik sağlayacak hem de mahkemeler ve hakemler arasındaki çelişkili yaklaşımları ortadan kaldırıp uygulamadaki problemleri çözecektir.

KAYNAKÇA

Abdel Wahab, Mohamed S., “Extension of Arbitration Agreements to Third Parties: A Never-Ending Legal Quest Through the Spatial-Temporal Continuum”, Ferrari, Franco, Kröll, Stefan(eds), **Conflict of Laws in International Arbitration**, New York: Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2010, 137-186.

Abdulla, Zina, “The Arbitration Agreement, International Arbitration in Switzerland”, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki(eds), **International Arbitration in Switzerland**, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, 15-32.

Abolafia, Luis Bravo, “Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration”, **ASA Bulletin**, Vol. 37 No.1, 64-81.

Ağırman, Doğan, **Milli&Milletlerarası Tahkim**, B.1, Ankara: Adalet, 2022.

Akın, İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.

Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, B.4, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Akkanat, Halil/Çekin, Mesut Serdar, “Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri”, **İKÜHFD**, Vol.15, S.2, 2016, 103- 116.

Akyol, Şener, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul: Vedat, 2007.

Akyol, Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul: Vedat, 2009. (Temsil)

Akyol, Şener, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Fakülteler Matbaası, 1976. (Üçüncü Şahıs)

Alangoya, Yavuz, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973.

Alford, Roger P. /Baltag, Crina/Hall, Matthew E.K./Sasson, Monique, “Empirical Analysis of National Courts Vacatur and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards”, **Journal of International Arbitration**, Vol.39, S.3, 2022, 299-330.

Ambrose, Clare, “When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause?”, **Journal of Business Law**, 2001, 415- 432.

Antalya, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul: Legal, 2018.

Antunes, Jose Engracia, **Liability of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, An International and Comparative Perspective**, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Atakan, Murat Can, “Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi”, **AÜHFD**, Vol.69, S.3, 2020, 1505-1540.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, B.3, Ankara: Yetkin, 2020.

Ataman Figanmeşe, “İnci, Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **PPIL**, Vol.31, S.1, 91-152.

Aydemir, Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul: Oniki Levha, 2017.

Aytaç, Zühtü, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. XXIX, S.4, 2013, 5-55.

Bagot, Michael H. /Henderson, Dana A, “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol.26, 2002, 413- 461.

Bagner, Hans, “Confidentiality-A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 18, S.2, 2001, 243-249.

Bamforth, Richard, "Joining Non-signatories to an Arbitration: Recent Developments", **In-House Perspective**, Vol.3, No.3, 2007, 17-24.

Bärtsch, Philippe/Petti, Angelina M., "The Arbitration Agreement", Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners**, Kluwer Law International, 2013, 25 - 50.

Battal, Ahmet, "Şirketler Topluluğuna Güzenden Doğan Sorumluluk", **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, 2012, 245-253.

Berger, Bernhard/Kellerhals, Franz, **International and Domestic Arbitration in Switzerland**, Stämpfli Verlag, 2015.

Berger, Klaus Peter, **Private Dispute Resolution in International Business Vol.II, Handbook**, Kluwer Law International, 2015. (Dispute Resolution)

Berger, Klaus Peter, "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion? Albert van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**", ICCA Congress Series No.13, 2007, 301- 334. (Applicable Law)

Bernardini, Piero, "Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, 197-203.

Bernet, Martin/ Müller, Anna K., "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, International Arbitration in Switzerland", Gabrielle Kaufmann Kohler, Blaise Stucki (eds), **International Arbitration in Switzerland**, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, 167-179.

Besson, Sebastien, "Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track?", Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, 147-159.

Bharucha, M.P./ Jaisingh, Sneha/Gupta, Shreya, "The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories - A Global Perspective", **India Journal of Arbitration Law**, Vol.5 No.1, 2016, 35-63.

Blackaby, Nigel /Partasides, Constantine /Redfern, Alan, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, B.7, Kluwer Law International, 2023.

Blessing, Marc, “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories”, Marc Blessing (ed), **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, Zurich: ASA Special Series No. 8, 1994, 151-164. (Extension)

Blessing, Marc, “The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, 168-188. (The Law Applicable)

Blumberg, Phillip I., “The Transformation of Modern Corporate Law: The Law of Corporate Groups”, **Connecticut Law Review**, Vol.37, No.3, 2005, 605-618.

Blumberg, Phillip I., **The Multinational Challenge to Corporation Law**, New York: Oxford University Press, 1993.

Blumberg, Phillip I., “Limited Liability and Corporate Groups”, **The Journal of Corporation Law**, 1986, 573-631. (Limited Liability)

Born, Gary, **International Commercial Arbitration**, B.3, Kluwer Law International, 2021.

Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan M./Nacimient, Patricia, “Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview”, Patricia Nacimient, Stefan M. Kröll, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, B.2, Kluwer Law International, 2015, 1-50.

Brazil-David, Renata, “An Examination of the Law and Practice of International Commercial Arbitration in Brazil”, **Arbitration International**, Vol. 27, S.1, 2011, 57-74.

Brekoulakis, Stavros L., “Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, 119-160. (Consent v. Commercial Reality)

Brekoulakis, Stavros L., **Third Parties in International Commercial Arbitration**, Oxford: Oxford University Press, 2010 (Third Parties)

Briggs, Adrian, **Private International Law in English Courts**, Oxford University Press, 2014.

Busse, Daniel, "Privity to an Arbitration Agreement", **International Arbitration Law Review**, Vol.8, S.3, 2005, 95-102.

Can, Hacı/Tuna, Ekin, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, B.1, Seçkin: Ankara, 2021.

Carbonneau, Thomas E., **Arbitration Law and Practice Cases and Materials**, B.5, USA: West, 2009.

Carter, James H. /Fellas, John, **International Commercial Arbitration in New York**, New York: Oxford University Press, 2010.

Cheng-Han, Tan/ Wang, Jiangyu/Hofmann, Christian, "Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives", **Berkeley Business Law Review**, Vol. 16, No.1, 2019, 140-204.

Chukwumerije, Okezie, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, USA: Praeger Publishing, 1994.

Corrie, Clint A., "Challenges in International Arbitration for Non-signatories", **Comparative Law Yearbook of International Business**, Vol.29, 2007, 45-74.

Courtney, Tea, "Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad", **Richmond Journal of Global Law&Business**, Vol.8, S.4, 2009, 581-594.

Craig, W. Laurence/Park, William W./ Paulsson, Jan, **International Chamber of Commerce Arbitration**, B.3, New York: Oxford University Press, 2000.

Cuniberti, Gilles, **Rethinking International Commercial Arbitration**, United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2017.

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.17, İstanbul: Beta, 2021.

David, Rene, **Arbitration in International Trade**, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

Dayındarlı, Kemal, **HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim (Açıklamalı ve İçtihatlı)**, Ankara, 1997.

De Boisseson, Matthieu /Clay, Thomas: “Recent Developments in Arbitration in Civil Law Countries”, *International Arbitration Law Review*, Vol.1 S.4, 1998, 150-156.

Demirkol, Berk, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, İstanbul: Vedat, 2018.

Demirkol, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, **PPIL**, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, Vol.40, S.2, 2020, 1313-1350.

Demirkol, Berk, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: Oniki Levha, 2020, 279-314. (Teşmil)

Derains, Yves, “Is There a Group of Companies Doctrine?”, Bernard Hanotiau and Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, 131-145.

Derains, Yves/Schaf, Sylvie, "Clauses D'Arbitrage et Groupes de Societes", **International Business Law Journal**, Vol. 1985, no. 2, 1985, 231-238.

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**, Vol.54, No.2, 2022, 741-752.

Devolvé, Jean-Louis/Pointon, Gerald H./Rouche, Jean, **French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration**, B.2, Kluwer Law International, 2009.

DiLeo, Anthony M., “Enforceability of Arbitration Agreements by and Against Non-signatories”, **The Journal of American Arbitration**, Vol.2, S.1, 2003, 31-76.

Dimolitsa, Antonias, “Separability and Kompetenz-Kompetenz”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, 217-256.

Dinç, Serhan, “6102 Sayılı Kanun’un Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ile Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk (TTK m.209) Kavramının İncelenmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S.126, 2017, 14-41.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C.II, B.23, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

Duve, Christian /Wimalasena, Philip, “Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”, Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, B.2, Kluwer Law International, 2015, 927 - 961.

Ekşi, Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta, 2004.

Erkan, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara: Yetkin, 2013.

Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara: Yetkin, 1997.

Esen, Emre, “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Vol.28, S.1-2, 2008, 65-114. (Şekil)

Esen, Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta, 2008. (Teşmil)

Esen, Emre, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması**, Ankara: Beta, 2011. (Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması)

Gaffney, John P., “The Group of Companies Doctrine and The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, **Mealey’s International Arbitration Report**, Vol.19, No.6, 2004, 1-9.

Gaillard, Emmanuel/Savage, John, **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999.

Giray, Faruk Kerem, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **UTTDER**, Vol. 4, S.2, 2015, 65-121.

Girsberger, Daniel/Hausmaninger Christian, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, **Arbitration International**, Vol.8, No.2, 1992, 121- 165.

Girsberger, Daniel/Voser, Nathalie, **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, B.4, Nomos, 2021.

Gomez Jene, Miguel, **International Commercial Arbitration in Spain**, Kluwer Law International, 2019.

Göktürk, Kürşat, “Kaybı Denkleştirilmeyen Bağlı Anonim Şirketin Dava Hakkı ve Dayanağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2014, 231-250.

Gravel, Serge/ Peterson, Patricia, “French Law and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No.6519 Final Award”, **McGill Law Journal**, Vol.37, No.2, 1992, 510-536.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin, 2021.

Günergök, Özcan/Kayıhan, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020.

Haas, Ulrich/Kahlert, Heiner, “New York Convention”, Frank-Bernd Weigand, Antje Baumann (eds), **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, B.3, 2019, 1572-1777.

Habegger, Philipp, “Arbitration and Groups of Companies”, **European Business Organization Law Review**, Vol.3, 2002, 517-552. (Groups of Companies)

Habegger, Philipp, “Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form”, **ASA Bulletin**, Vol. 22, No.2, 2004, 398- 410. (Extension)

Hanotiau, Bernard, “Groups of Companies in International Arbitration”, Loukas A. Mistelis, Julian D.M. Lew (eds), **Pervasive Problems in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006, 279- 290. (Groups of Companies)

Hanotiau, Bernard, “Law Applicable to Arbitrability”, Albert Jan Van den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No. 9, 1999, 146-167.

Hanotiau, Bernard, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis”, **Journal of International Arbitration**, Vol.18 S.3, 253-360. (Multiple Contracts-Parties-Issues)

Hanotiau, Bernard, **Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study**, B.2, Kluwer Law International, 2020. (Complex Arbitrations)

Hanotiau, Bernard/Ohlrogge, Leonardo, “40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award”, **ASA Bulletin**, Vol.40, S.2, 2022, 300-308.

Harder, Sirko, “Enforcing Foreign Arbitral Awards in Australia Against Non-Signatories of the Arbitration Agreement”, **Asian International Arbitration Journal**, Vol.8, No.2, 2012, 131-160.

Hascher, Dominique T., “Complex Arbitration: Issues in Enforcement and Annulment Actions of Arbitral Awards Under French Law”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 2009.

Hawkings, Theodore J., “Arbitration, Equitable Estoppel, and the Right to Interlocutory Appellate Review”, **St. John’s Law Review**, Vol.84, No.5, 2010, 1-26.

Hook, Maria, "Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent?", **Journal of International Arbitration**, Vol.28, S.3, 2011, 175-186.

Hosking, James M., "Non-signatories and International Arbitration in the United States, the Quest for Consent", **Arbitration International**, Vol. 20, No. 3, 2014, 289-304. (Quest for Consent)

Hosking, James M., "The Third-Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent" **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol.4, No.3, 2004, 469-588. (Doing Justice)

Hui, Alexandra A., "Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration", **Vanderbilt Law Review**, Vol.60, S.2, 2007, 711-744.

Hwang, Michael/Chan, Andrew, "Enforcement and Setting Aside of International Arbitral Awards-The Perspective of Common Law Countries", Albert Jan Van Den Berg (ed), **International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story**, ICCA Congress Series no. 10, 2000, 145-164.

Immenga, Ulrich, "The Law of Groups in the Federal Republic of Germany", Eddy Wymeersch (ed), **The Groups of Companies in the EEC**, New York: De Gruyter, 1993, 85-121.

Işık, Fatih, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2015.

İlhan, Hüseyin Afşın, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Jagus, Stephen /Sinclair, Anthony Charles, "The Impact of Third Parties in International Arbitration: Issues of Assignment", Loukas A. Mistelis, Julian D.M. Lew (eds), **Pervasive Problems in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006, 119-139.

Jarvin, Sigvard: "The Group of Companies Doctrine", Marc Blessing (ed), **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, ASA Special Series 8, Zurich, 1994, 181-208.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul: Vedat, 2008.

Kalpsüz, Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, B.2, Ankara: Yetkin, 2010. (Milletlerarası Tahkim)

Kalpsüz, Turgut, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer** (Ankara, 18-29 Mart 1996), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, 337-379. (İnşaat Sözleşmeleri)

Kalpsüz, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, 1027-1053. (Tahkim Anlaşması)

Kaplan, Neil, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice," **Asia Pacific Law Review**, Vol.5, No.1, 1996, 1-23.

Kaplan, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin, 2002.

Kaplan, Yavuz, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **PPIL**, Vol.21, S.1-2, 2001, 43-73. (Bağımsızlık)

Kaufmann-Kohler, Gabrielle/Rigozzi, Antonio, **International Arbitration Law and Practice in Switzerland**, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

Keleş Güven, Ayşe Begüm, “Tahkim Anlaşmasının 3. Kişilere Teşmili Bağlamında Grup Şirketler Doktrininin Türk Ticaret Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, C.29, S.2, 2021, s. 1127-1165.

Keser Berber, Leyla, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul: Alfa, 1999.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.26, Turhan, Ankara, 2022.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, B.7, İstanbul: Filiz, 2017.

Koral, Rabi, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, **PPIL**, C. 48, S.1-4, 2011, 75-98.

Kryvoi, Yaraslau, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, **Global Business Law Review**, Vol. 1, No. 2, 2011, 169-186.

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, B.6, C.6, İstanbul, 2001. (Hukuk Muhakemeleri Usulü)

Kuru, Baki/Aydın, Burak, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, C.2, B.2, Ankara: Yetkin, 2021. (El Kitabı C.2)

Kuru, Baki/Aydın, Burak, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, C.I, B.2, Ankara: Yetkin, 2021. (El Kitabı C.I)

Lahlou, Yasmine/Poplinger, Andrew /Walters, Gretta, “Substantive Barriers to Recognition and Enforcement of Foreign Awards under Article V (1) of New York and Panama Conventions”, Andreas A. Frischknecht, Yasmine Lahlou, et al., **Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York**, Kluwer Law International, 2018, 115-152.

Lamm, Carolyn B./ Jocelyn, A. Aqua, “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**, Vol.34, No.4, 2003, 711-742.

Landau, Toby Thomas, “The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When "Written" Means "Oral", Albert Jan Van den Berg (ed), **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions**, ICCA Congress Series, No. 11, Kluwer Law International, 2003, 19-81.

Landbrecht, Johannes/Wehowsky, Andreas R., “Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its Extension”, **ASA Bulletin**, Vol.35, S.4, 2017, 837-859.

Landolt, Phillip, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, **Journal of International Arbitration**, Vol.30, S.5, 2013, 511-530.

Lazzarini, Shannon T., “Actions Have Consequences: Waiver and Estoppel in United States Courts in the Context of Commercial Arbitration”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol.12, S.45, 2015, 147-158.

Leadley, John/Williams, Liz, “Peterson Farms; there is no group of companies doctrine in English Law”, **International Arbitration Law Review**, Vol.7, No.4, 2004, 111-114.

Leboulanger, Philippe, “Multi-contract Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 13, S.4, 1996, 43-97.

Leboulanger, Philippe, “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”, Albert Jan Van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series No. 13, 3-31. (Arbitration Agreement)

Lew, Julian D. M./ Mistelis, Loukas A./ Kröll, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**, The Hague: Kluwer Law International, 2003.

Lew, Julian D.M, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No.9, Kluwer Law International, 1999, 114-145.

López, Carlos A. Matheus, “Global Analysis of the Extension of the Arbitration Agreement to Non-signatories, and Proposed Model Norm and Guideline for Standard Use”, Ben Beaumont, Alexis Foucard, et al. (eds), **International Arbitration: Quo Vadis?**, Kluwer Law International, 2022, 71-104.

Manóvil, Rafael Mariano, “Groups of Companies: Les groupes de sociétés, General Report”, Rafael Mariano Manóvil (ed), **Groups of Companies: A Comparative Law Overview**, Springer, 2020, 1-73.

Mantilla-Serrano, Fernando, “Multiple Parties and Multiple-Contracts: Divergent and Comparable Issues?”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol.7, Kluwer Law International, 2010, 11-33.

Mayer, Pierre, “Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, New York: Oxford University Press, 2009. (Extension)

Mayer, Pierre, “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, Albert Jan Van Den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No. 9, 1999, 261-267. (Severability)

Mayer, Pierre, “The Effect of Awards Rendered in Multiparty/Multicontract Situations”, Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol.7, Kluwer Law International, 2010, 223 - 233. (Effect of Awards)

Meier, Andrea, “Multi-party Arbitrations”, Manuel Arroyo (ed), **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**, B.2, Kluwer Law International, 2018, 2505-2525.

Meshel, Tamar, “Caught Between the FAA and the New York Convention: Non-Signatories to International Commercial Arbitration Agreements and the “In Writing” Requirement”, **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, Vol.22, S.3, 2020, 677-717.

Meyniel, Alexandre, “That Which Must Not be Named: Rationalizing the Denial of US Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine”, **The Arbitration Brief**, Vol.3, 2013, 18-55.

Mirambell Fargas, Miquel, “Choosing Spanish Arbitration Law to Apply the Group of Companies Doctrine”, **Arbitration International**, Vol.39, 2023, 95-108.

Mišovic, Andrijana, “Binding Non-Signatories to Arbitrate: The United States Approach”, **Arbitration International**, Vol. 37, S.3, 2021, 749-768.

Mistelis, Loukas A. /Di Pietro, Domenico, “New York Convention, Article II Arbitration Agreements”, Loukas A. Mistelis (ed), **Concise International Arbitration**, B.2, Kluwer Law International, 2015, 7-13.

Mistelis, Loukas A., “Confidentiality and Third-Party Participation”, **Arbitration International**, Vol. 21, No.2, 2005, 211-232.

Mistelis, Loukas A./Rao, Giammarco, “The Judicial Solution to the Arbitrator’s Dilemma: Does the ‘Extension’ of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 39, S.3, 2022, 351-364.

Mock, Sebastian, “National Report on Germany”, Rafael Mariano Manovil (ed), **Groups of Companies: A Comparative Law Overview**, Switzerland: Springer, 2020, 303-398.

Mohebbi, Nima H., “Back Door Arbitration: Why Allowing Non-Signatories to Unfairly Utilize Arbitration Clauses May Violate the Seventh Amendment”, **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, Vol. 12, S.2, 2010, 555-579.

Moses, Margaret L., **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, B.3, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Nicklisch, Fritz, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, **Journal of International Arbitration**, Vol.11, S.4, 1994, 57-72.

Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/ Öztekin Gelgel, Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, B.6, C.1, İstanbul: Beta, 2021.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, B.27, İstanbul: Oniki Levha, 2021.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.19, C.1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

Okutan Nillson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha, 2009.

Otazu, Juan Marcos, “The Law Applicable to Veil Piercing in International Arbitration”, **McGill Journal of Dispute Resolution**, Vol. 5, No. 2, 2018-2019, 30-59.

Otto, Dirk, “Article VII”, Patricia Nacimiento, et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, 443 - 474.

Özbilen, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul: Oniki Levha, 2016.

Özcanlı, Fatma Beril, **Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, İstanbul: Oniki Levha, 2021.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar (eds), **Tahkim Anlaşması**, İstanbul: Oniki Levha, 2020, 25-67.

Özel, Sibel, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, **MÜHF-HAD**, C.23, S.1, 2017, 303-323. (Tenfiz)

Özel, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008. (Kanunlar İhtilafı)

Özel, Sibel/Erkan, Mustafa/Pürselim, Hatice Selin/Karaca, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2022.

Park, William W., “The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction”, Albert Jan Van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series No. 13, 2007, 3-149. (Jurisdiction)

Park, William W., **Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice**, B.2, Oxford University Press, 2012. (Business Disputes)

Park, William W., “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, Permanent Court of Arbitration (ed), **Multiple Party Actions in International Arbitration**, Oxford University Press, 2009, (Non-Signatories)

Pavic, Vladimir, “Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction”, Tibor Varady, P. Hay, L. Vekas, Y. Elkana, N. Dimitrijevic, (eds), **Resolving International Conflicts – Liber Amicorum**, New York: Central European University Press, 213-229.

Pekcanitez, Hakan/Yeşilırmak, Ali, “Tahkim”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), **Medeni Usul Hukuku**, C.III, İstanbul: Oniki Levha, 2017, 2579-2800.

Pinsolle, Philippe, “A French View on The Application of The Arbitration Agreement to Non-Signatories”, The Evolution and Future of International Arbitration, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), Kluwer Law International, 2016, 209-218.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, B.14, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

Port, Nicola Christine /Bowers, Scott Ethan /Noll, Bethany Davis, “Article V(1)(c)”, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, 257-280.

Postacıoğlu, İlhan E. /Altay, Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, B.8, İstanbul: Vedat, 2020.

Poudret, Jean-François/Besson, Sebastien, **Comparative Law of International Arbitration**, B.2, London: Sweet&Maxwell, 2007.

Pulaşlı, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu”, **GÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007, 259-277. (Güven Sorumluluğu)

Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, B.7, Ankara: Adalet, 2021. (Şirketler Hukuku)

Rau, Alan Scott, **The Allocation of Power between Arbitral Tribunals and State Courts**, The Netherlands: Brill, 2018.

Reiner, Andreas, “The Form of the Agent’s Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention”, Albert Jan Van den Berg (ed), **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series No. 9, 1999, 82-104.

Rieder, Markus S./Kreindler, Richard, “The Arbitration Agreement”, Richard Kreindler, Reinmar Wolff, Markus S. Rieder (eds), **Commercial Arbitration in Germany**, Oxford: Oxford University Press, 2016, 29-98.

Rubins, Noah, “Group of Companies Doctrine and the New York Convention”, E. Gaillard, D. Di Pietro (eds), **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention Practice**, Cameron May, 2008, 449-479.

Ruhi, Ahmet Cemal, **Sözleşmeler Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2011.

Sakmar, Ata, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

Sandrock, Otto, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, **International Lawyer**, Vol.27, No.4, 1993, 941-961. (Groups of Companies)

Sandrock, Otto, “Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, **The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects**, Marc Blessing (ed), ASA Special Series 8, Zurich, 1994, 165- 180. (Scope)

Savage, John/Tan, Ai Leen: Family Ties, “When Arbitration Agreements Bind Non-Signatory Affiliate Companies”, **Asian Dispute Review**, Vol.5, S.2, 2003,16-18.

Sawrie, David F., “Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court’s Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration”, **Vanderbilt Law Review**, Vol.51, S.3, 1998, 721- 758.

Scherer, Maxi/Jensen, J. Ole, “Empirical Research on the Alleged Invalidity of Arbitration Agreements: Success Rates and Applicable Law in Setting Aside and Enforcement Proceedings”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 39, S.3, 2022, 331-350.

Schramm, Dorothee/Geisinger, Elliott/Pinsolle, Philippe, “Article II”, Herbert Kronke , Patricia Nacimiento , et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, 37-114.

Schwebel, Stephen M./Sobota, Luke/Manton, Ryan, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

Schwedt, Kirstin, “When Does an Arbitration Agreement Have a Binding Effect on Non-Signatories? The Group of Companies Doctrine vs. Conflict of Laws Rules and Public Policy”, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/30/when-does-an-arbitration-agreement-have-a-binding-effect-on-non-signatories-the-group-of-companies-doctrine-vs-conflict-of-laws-rules-and-public-policy/> (17.03.2023)

Schultz, Thomas/Grant, Thomas, **Arbitration: A Very Short Introduction**, Oxford Academic, 2021.

Sentner, James J Jr., “Who is Bound by Arbitration Agreements-Enforcement by and against Non-signatories”, **Business Law International**, Vol.6, No.1, 2005, 55-75.

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, B.7, İstanbul: Vedat, 2017.

Seven, Vural /Göksoy, Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, **İBD**, C.80, S.6, 2006, 2455-2470.

Shehata, Ibrahim, **Arbitration in Egypt: A Practitioner's Guide**, Kluwer Law International, 2021.

Sheppard, Audley William, “Third Party Non-Signatories in English Arbitration Law”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, 183-198.

Sinclair, Anthony C., “The Assignment of Arbitration Agreements”, E. Gaillard, D. Di Pietro (eds), **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention Practice**, Cameron May, 2008, 381-413.

Smeureanu, Ileana M., **Confidentiality in International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2011.

Spigelman, James Jacob, “The Centrality of Contractual Interpretation: A Comparative Perspective”, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Vol.81, S.3, 2015, 234 - 253.

Stucki, Blaise/Wittmer, Schellenberg, “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, **ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006**, 1-9.

Sutton, David St John/Gill, Judith/Gearing, Matthew, **Russell on Arbitration**, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2015.

Şanlı, Cemal /Esen, Emre, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Ali Yesilirmak, İsmail Esin (eds), **Arbitration in Turkey**, Kluwer Law International, 2015, 211 - 240.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/ Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.10, İstanbul: Beta, 2023.

Şanlı, 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”, **MHB, Ergin NOMER’e Armağan**, 2002, 773-789. (Konişmento)

Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, B.7, İstanbul: Beta, 2019. (Uluslararası Ticari Akitler)

Şit Köşgeroğlu, Banu, “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, **GÜHFD**, C. 15, S. 3, 2011, 1-30.

Tanrıver, Süha, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, 2014, 459-468.

Tekinalp, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, B.13, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995, 387-404.

Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C.II, İstanbul, 2009, 1543-1556. (Şirketler Topluluğu)

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016.

Tiryakioğlu, Bilgin, “Çok Taraflı Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara: ICC Türkiye, 27 Aralık 2014, 101-111.

Tok, Ozan, “Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: Oniki Levha, 2020, 57-76.

Townsend, John M., “Extending an Arbitration Clause to a Non-Signatory Claimant or Non-Signatory Defendant: Does it Make a Difference?”, Bernard Hanotiau and Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitrations**, Kluwer Law International, 2010, 111-118.

Tufte-Kristensen, Johan, “The Subjective Scope of Arbitration Agreements under Norwegian and Danish Law”, Axel Calissendorff, Patrik Schöldström (eds), **Stockholm Arbitration Yearbook 2022**, Kluwer Law International, 2022, 193 - 208.

Tüysüz, Cemre, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **PPIL**, Vol.37, S.2, 846–873.

Ulus, Ayşe Elif, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Ziya Akıncı, Berk Demirkol (eds), **Tahkim ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Oniki Levha, 2021, 31-70.

Umar, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin, 2014.

Ülgen, Hüseyin, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, İstanbul: Vedat, 2005.

Van Den Berg, Albert Jan, **The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation**, The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.

Varady, Tibor, “Arbitration Despite the Parties?”, **Netherlands International Law Review**, Vol. 39, 1992, 351-376.

Voser, Nathalie, “The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach with a Twist regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”, Stavros Brekoulakis, Julian D.M. Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, 161 - 182.

Waincymer, Jeffrey Maurice, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012.

Webster, Thomas H./Bühler, Michael W., **Handbook of ICC Arbitration Commentary Precedents, Materials**, B.3, London: Sweet/Maxwell, 2014.

Wilske, Stephan / Shore, Laurence /Ahrens, Jan Michael, “The Group of Companies Doctrine, Where is it Heading?”, **The American Review of International Arbitration**, Vol.17, 2006, 73-88.

Woolhouse, Sarita Patil, “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, **Arbitration International**, Vol.20, No.4, 2004, 435-444.

Yavuz, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim**, 14 Şubat 2009, İstanbul, 133-177.

Yeğengil, Rasih, **Tahkim (l’arbitrage)**, İstanbul, 1974.

Yeşilova, Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, İzmir: Güncel, 2008.

Yeşilova, Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **TBB Dergisi**, S.76, 2008, 83-164.

Yılmaz, Asuman, **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: Oniki Levha, 2010.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, B.4, C.4, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Youssef, Karim A., “The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies”, Bernard Hanotiau and Eric Schwartz (eds), **Multiparty Arbitration**, Kluwer Law International, 2010, 71-109. (Limits of Consent)

Youssef, Karim A., “The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Universal Arbitration Between Freedom and Constraint: The Challenges of Jurisdiction in Multiparty, Multi-Contract Arbitration”, Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration: The Next Fifty Years**, ICCA Congress Series No. 16, Kluwer Law International, 2012, 103-132. (Universal Arbitration)

Yöney, Can, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş (eds), **Tahkim Anlaşması**, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C.1, İstanbul: Oniki Levha, 2020, 3-32.

Zuberbühler, Tobias, “Non-Signatories and Consensus to Arbitrate”, **ASA Bulletin**, Vol. 26, S.1, 2008, 18 - 34.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	: T.C. Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hazırlayanın Adı Soyadı	: Hande Bingöl
Tez Başlığı	: Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili
Savunma Tarihi	: 23.06.2023
Danışmanı	: Doç. Dr. Berk Demirkol

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı	İmza
Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal	
Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel	
Doç. Dr. Berk Demirkol	

Prof. Dr. Ulun Akturan
Sosyal Bilimler Enstitü Müdürü

23.06.2023