

# YABANCI HAKEM KARARLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI TENFİZİ

Banu (ŞİT) KÖŞGEROĞLU\*

## ÖZET

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili uygulaması tahkim hukuku alanındaki güncel konulardan biridir. Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi gereğini beraberinde getirmektedir. Ancak hakem kararları sadece tahkim anlaşmasının teşmili suretiyle yargılamaya dahil olan üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda tahkim yargılamasında yer almayan üçüncü kişilere karşı da istisnai de olsa tenfiz edilebilmektedir. Tenfiz açısından tahkim anlaşmasının teşmili ve üçüncü kişilerin durumu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tahkim, tahkim anlaşmasının teşmili, üçüncü kişilere karşı tenfiz.

## ENFORCING FOREIGN ARBITRAL AWARDS AGAINST THIRD PARTIES

### ABSTRACT

Extension of arbitration agreements to third parties constitutes one of the current topics of arbitration law. Third party participation in arbitration has the requirement of enforcement against third parties as well. Although there are very exceptional and few cases, enforcement against persons who are not involved in the arbitration should also be considered in this context. Extension of arbitration agreement and the position of third parties in general is examined in this study from the viewpoint of enforcement.

**Key Words:** Arbitration, extension of arbitration agreement, enforcement against third parties.

---

\* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## **Giriş**

Milletlerarası tahkimde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, son yıllarda dikkat çeken konulardan biridir. Uygulamada hakemlerce tahkim anlaşmalarının, üçüncü kişilere teşmilinin bazı durumlarda kabul edilmesi, tahkim sonunda verilen hakem kararının gereğinin, davalı/davalıların rızası ile yerine getirilmemesi halinde kararın üçüncü kişilere karşı tenfizi ihtimalini; bir başka ifade ile kararın üçüncü kişilere karşı tenfiz edilip edilemeyeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Teşmil sonucunda hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfiz edilip edilemeyeceği meselesi yanında, teknik anlamda teşmilin söz konusu olmadığı bazı hallerde de üçüncü kişilere karşı hakem kararlarının tenfizinin tartışıldığı görülmektedir.

Burada öncelikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunu ele almak gereklidir. Bilindiği üzere, tahkim anlaşması, nisbi karakteri özellikle ön planda olan bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının, tarafların devlet mahkemelerine başvurmalarını engelleme işlevi, bu anlaşmada nisbiliğin önemini artırmaktadır. Zira tahkim anlaşması neticesinde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitmeye zorlanmaktadır. Hakemler de yetkilerini, taraflar arasındaki bu anlaşmadan alır ve bu itibarla tahkim yargılamaları, anlaşmanın tarafları arasında cereyan eder.

Ancak bazı hallerde tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişilerin de davacı veya davalı sıfatına sahip olmak üzere etkilenebileceği görülmektedir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olarak adlandırılan bu durum, milletlerarası ticari tahkimin güncel ve önemli sorunlarından biridir.

Genel bir kabule mazhar olmamakla birlikte tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, bazı tahkim yargılamalarında kabul görmüş ve görmeye devam etmektedir. Teşmilin kabul edildiği durumlarda, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi de bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Hatta teşmil söz konusu olmaksızın, hakem kararlarının ilgili üçüncü kişilere karşı tenfizinin mümkün görüldüğü mahkeme kararları mevcuttur.

Bu çalışmanın amacı, hakem kararlarının tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilere karşı tenfiz edilmesi konusunu incelemektir. Tenfiz meselesi, çalışmanın odak noktasını oluşturduğu için, ayrı bir çalışma konusu olan ve spesifik eserlere konu olan teşmil meselesi genel bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle, tahkim anlaşmasının teşmilinin han-

gi durumlarda mümkün görülebildiği belirtildikten sonra, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi meselesi üzerinde durulmaktadır.

## **I- Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Teşmili**

### **A) Tahkim Anlaşmasının Nisbiligi**

Tahkim anlaşmasında, tarafların tahkime gitme konusundaki iradelerinin, belirsizliğe yer vermeyecek şekilde “açık ve net” olarak ifade edilmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından temel bir unsurdur<sup>1</sup>.

Tahkim anlaşmasının, tarafların iradesine bağlı olarak bazı işlevleri vardır: İlk olarak, tahkim anlaşması, tarafların belli bir uyuşmazlığı tahkime götürme iradelerini ispat eder<sup>2</sup>. Tahkim anlaşması, hem tarafların kimler olduğunu ve bu kişilerin tahkime gitme iradelerini, hem de hangi konularda tahkime gitmek istediklerini gösterir. İkinci olarak, tahkim anlaşması, hakeme veya hakem heyetine uyuşmazlığı çözme yetkisi vermekte; mahkemelerin yetkisini bertaraf etmektedir. Son olarak da, bu anlaşma, hakem veya hakemlerin sahip olduğu yetkinin temel kaynağıdır<sup>3</sup>. Bu işlevler çerçevesinde görülmektedir ki tahkim, hem sözleşmesel, hem de yargısal karakter taşımaktadır<sup>4</sup>. Bu karakteri dolayısıyla taraf iradelerinin belirsizliğe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ifade edilmiş olması önem taşımaktadır.

Tahkim anlaşmasının taraf iradelerini yansıtmaması, bu anlaşmanın kapsamı bakımından da etkilidir. Anlaşmanın tarafları ve tahkime götürülmesi düşünülen uyuşmazlıklar bellidir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının, sadece tarafları için hüküm ve sonuç doğurması, onlar üzerinde etkili olması olağandır. Tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler bakımından bu anlaşma kural olarak herhangi bir hüküm ifade etmez<sup>5</sup>. Nisbilik ilkesinin bir gereği olarak

---

<sup>1</sup> Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 82; Redfern, A./Hunter, M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londra 1999, s. 135; Esen, E., Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, s. 20 vd.

<sup>2</sup> Kalpsüz, T., Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 34; Born, G. B., International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, The Hague 2001, s. 297 vd.; Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, B./Savage, J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague 1999, s. 253 vd.

<sup>3</sup> Lew, D. M. J./Loukas, A./Mistelis, S. K., Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 2003, s. 100.

<sup>4</sup> Lew/Loukas/Mistelis, s. 100.

<sup>5</sup> Lamm, C. B./Aqua, J. A., *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before AAA and Other International Institutions*, George Washington International Law Review, 2002-2003, Vol. 34, s. 712; Akıncı, s. 81; Şanlı, C., Uluslararası Ticari Akitlerin

tahkim anlaşmasında taraf olduğu belirtilmeyen kişilerin tahkim yargılamasına katılması mümkün olmamalıdır. Tahkim anlaşmasının tarafları ise, taraf olduğu belirtilen kişilerdir<sup>6</sup>.

Tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, tahkim yargılamasının, anlaşmanın tarafları arasında cereyan etmiş olması, tahkim sonunda verilecek hakem kararının hukuka uygunluğunu güvence altına alan önemli bir unsurdur. Hakem kararının tenfiz edilebilir bir karar olabilmesi de temelde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına bağlıdır. Gerek 5718 sayılı MÖHUK (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun)<sup>7</sup> gerek Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi<sup>8</sup> ne<sup>8</sup> göre geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı tenfizin şartlarından biridir. Bu gereklilik, aynı zamanda, tahkimin, anlaşmanın tarafları arasında cereyan etmiş olmasını da kapsamaktadır. Aksi takdirde, kural olarak verilen hakem kararının tenfizi edilmesi bir sorun olarak ortaya çıkabilir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bu konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı hakem kararının tenfizinin mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Karara göre, tenfizi talep edilen hakem kararının dayandığı tahkim anlaşması ve esas sözleşme “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. Ltd. Şti.” ile yapılmış, tahkim yargılaması ve bu yargılama sonunda verilen hakem kararının tenfizi davası ise “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. A.Ş.” aleyhine başlatıldığından, tenfiz talebi reddedilmiştir<sup>9</sup>.

Bu Yargıtay kararı, davalı anonim şirketin bağlı şirketi olarak görülebilecek olan aynı adlı limited şirkete karşı hakem kararının tenfiz edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Ancak burada belirtilmelidir ki, söz konusu tahkim yargılamasında, tahkim anlaşması, tahkimin başında, sözü edilen limited şirkete teşmil edilmemiştir. Dolayısıyla karar, yalnızca, Yargıtay’ın hakem kararlarının tenfizinde “taraf” kavramına verdiği anlamı göstermek bakımından

---

Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 3, İstanbul 2005, s. 307; Esen, s. 8.

<sup>6</sup> Esen, s. 8.

<sup>7</sup> 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, R.G. 12.12.2007, 26728.

<sup>8</sup> Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi (*Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958*), R.G. 25.9.1991, 21002.

<sup>9</sup> Şanlı, age., s. 302-303.

önem taşımaktadır. Doğaldır ki, aynı kişilerce kurulmuş olsa dahi, davalı anonim şirket ile dava dışı aynı adlı limited şirket farklı tüzel kişiliklerdir. Anonim şirketin taraf olduğu bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, aynı adlı limited şirkete karşı tenfiz edilemeyeceği açıktır.

O halde kural olarak, hakem kararların tenfizi davasının esas sözleşmenin (tahkim kaydı içeren) tarafları arasında cereyan etmesi gerekmektedir.

Söz konusu karara konu olan tahkim yargılamasında esasen, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden söz edilmemektedir. Ancak tahkim yargılamasının başında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, yani teşmili kabul edilirse, bu tür davalarda hakem kararlarının ilgili üçüncü kişilere karşı tenfizi olasılığı ortaya çıkar.

### **B) Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**

Öncelikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, tahkim anlaşmasının kapsamının, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesi ve bu kişilerin davacı veya davalı sıfatıyla yargılamada yer alması şeklinde tarif edilebilir<sup>10</sup>. Bazı durumlarda üçüncü kişiler davacı sıfatıyla tahkim yargılamasında yer almak isteyebilirler. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri tahkim yargılamasına dâhil etmek suretiyle hakem kararının bu kişilere karşı tenfizi olanağını yaratmak isteyebileceği görülmektedir<sup>11</sup>. Davalı sıfatıyla üçüncü kişilere teşmilde daha çok, tahkim anlaşmasının halihazırda tarafı olan davalının ekonomik durumu etkili olmaktadır. Örneğin, yan şirketin, takip konusu yapılabilecek malvarlığının bulunmaması, tahkim yargılamasına ana şirketin de davalı sıfatıyla dahil edilmesi eğilimini açıklamaktadır. Bu şekilde tahkim anlaşmasına taraf olan davalı yanında, üçüncü kişilerin davalı olarak dâhil edilmesi, bu kişilere karşı hakem kararının tenfizi suretiyle tahsilat olanağın ortaya çıkarmaktadır.

Tahkim anlaşmasının teşmili, esasen güncel tahkim uygulamasının bir sonucudur. Tahkim uygulamasının gereklerine karşılık olarak ortaya çıkan bu müessesenin gelişiminde, hakem kararları ve yabancı mahkeme kararlarının

---

<sup>10</sup> Poudret, J. F./Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, Londra 2007, s. 211; Esen, s. 9-10; Stucki, B., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Conference of September 29, 2006, Çevrimiçi: <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf> (5.3.2011)

<sup>11</sup> Esen, s. 9-10.

etkili olduğu görülmektedir. Ancak bugün için “teşmil” uygulaması tartışmalı bir zemin üzerinde oturmaktadır ve hakemlerce yaygın ve genel olarak kabul gördüğünü söylemek güçtür. Ayrıca teşmilin mümkün görüldüğü durumlara ilişkin çeşitli tespitler yapılmakla birlikte, hangi koşullar altında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilebileceğini kesin olarak ifade etmek aşırı bir yorum olur<sup>12</sup>. Teşmilin en azından bugün için tartışmalı bir uygulama olması ve tahkim anlaşmasının nisbi niteliği ile çatışması, bu uygulamanın tenfiz aşamasında milli mahkemelerde sınırlı bir kabul görmesinin de altında yatan temel sebeptir.

Üçüncü kişilerin teşmil yoluyla davaya dâhil edilmesi bazı hallerde adil görünmekte ise de, teşmil, gerek hakemlerin gerek mahkemelerin temkinli yaklaştıkları bir konudur<sup>13</sup>. Ancak milletlerarası tahkim uygulamasından ve yabancı mahkeme kararlarından hareketle belirlenen bazı hukuki olgu ve ilişkiler vardır ki, bu hallerde üçüncü kişilere teşmil mümkün görülebilmektedir. Buna göre,

1. Tahkime taraf olma konusunda üçüncü kişinin rıza göstermesi
2. Temsil
3. Grup şirketler doktrini
4. Halefiyet
5. Garanti sorumluluğu
6. Üçüncü kişi yararına sözleşme
7. Çelişkili davranış yasağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi
8. Devlet kuruluşu veya şirketinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının devlete teşmili, üçüncü kişilere teşmilin mümkün görüldüğü hallerdir.

Sayılan hallerde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı sayılması meselesinin çeşitli hakem ve mahkeme kararlarında tartışıldığı görülmektedir<sup>14</sup>. Bu hallerde tahkim anlaşmasının teşmilinin kabul edildiği yolunda bir

<sup>12</sup> Esen, s. 16-42; Lamm/Aqua, s. 715-716.

<sup>13</sup> Esen, s. 85 vd.; Courtney, T., *Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad*, Richmond Journal of Global Law & Business, 2009, Vol. 8:4, s. 585; Lamm/Aqua, s. 715 vd.

<sup>14</sup> Bkz. Esen, s. 14-34, 85 vd.; Zuberbühler, T., *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate*, ASA Bulletin, 2008, Vol. 26, s. 19 vd.; Eisen, C.L., *What Arbitration Agreement? Compelling Non-Signatories to Arbitrate*, Dispute Resolution Journal, May/July 2001, s. 42 vd.;

genelleme yapılmamalıdır. Teşmilin kabul edilip edilmeyeceği somut davanın şartları çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>15</sup>.

### **C. Teşmile Dayanak Olan Hallerden Bazıları**

Bu çalışmanın kapsamı içinde yukarıda sayılan haller tek tek incelemeyecek ise de, teşmil uygulamasını kısaca açıklamak amacıyla bunlardan bazıları örnek olmak üzere genel bir çerçevede ele alınmalıdır:

**1. Grup şirketler görüşü:** Bir şirketler topluluğunun varlığı halinde, şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğer bir şirkete teşmil edilmesinin dayanaklarından biri olarak grup şirketler görüşü karşımıza çıkmaktadır<sup>16</sup>. Özellikle, grupta yer alan yan şirketin akdettiği tahkim anlaşmasına, ekonomik olarak daha güçlü durumda olan ana şirketin taraf olduğunun kabul edilmesi, yargılama sonunda verilecek hakem kararının, ana şirkete karşı tenfizi imkanını yaratmak bakımından tercih edilebilir niteliktedir. Burada ana şirketin, grupta yer alan şirketlerden biri tarafından yapılan bir sözleşmenin müzakerelerinde veya ifası aşamasında yardımcı olması gibi gerekçelerle bu sözleşmede yer alan bir tahkim anlaşması ile bağlı sayılabileceği ileri sürülmektedir<sup>17</sup>.

Grup şirketler görüşünün tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından sınırlı bir şekilde uygulama alanı bulduğu görülmektedir<sup>18</sup>. Gerçekten, bu görüşün, bir tahkim anlaşmasının diğer bir şirkete teşmilini haklı kılmaya tek başına yeterli olmadığı vurgulanmaktadır<sup>19</sup>. Zira aynı gruba dahil olan her şirket ayrı bir tüzel kişi olarak hukuki varlığını sürdürmektedir. Tahkime gitme iradesinin net bir biçimde ifade edilmesi gereği karşısında, tahkime gitme iradesini açıklamamış olan ayrı tüzel kişiliğe sahip bir şirketin, ağırlıklı olarak aynı şirketler topluluğunda yer alması nedeniyle tahkim anlaşması ile bağlı sayılması ancak istisnai olarak kabul edilebilir.

---

Sentner, J. J., *Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories*, Business Law International, 2005, Vol. 6, s. 58 vd.; Lamm/Aqua, s. 716 vd.; Courtney, s. 585 vd.; Bagot/Henderson, s. 436 vd.

<sup>15</sup> Esen, s. 85 vd.; Lamm/Aqua, s. 716 vd.; Zuberbühler, s. 19 vd.

<sup>16</sup> Park, W. W., *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, Multiple Parties in International Arbitration, Oxford 2009, s. 23-24.

<sup>17</sup> Esen, s. 99; Courtney, s. 588; Park, s. 20 vd.; Zuberbühler, s. 25-27.

<sup>18</sup> Esen, s. 98 vd.; Zuberbühler, s. 25-27; Poudret/Besson, s. 226.

<sup>19</sup> Esen, s. 132; Zuberbühler, s. 27; Hanotiau, B., *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues*, Journal of International Arbitration, 2001, Vol. 18, S. 3, s. 282.

**2. Halefiyet:** Aşağıda görüleceği üzere, Yargıtay kararlarına da sıklıkla konu olan halefiyet nedeniyle üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olması da istisnai bir uygulamaya işaret etmektedir. Halefiyet halinde, halefiyet konusu hakka ilişkin bulunan tahkim anlaşmasının tarafı, devirle birlikte değişmektedir. Halefiyet, yalnız maddi hukuk yönünden değil, usul hukuku yönünden de hakların halefe geçmesi sonucunu doğuracağı için, halefin tahkim yargılamasında davacı veya davalı olarak yer alması teşmil kapsamında ele alınmaktadır<sup>20</sup>.

İlk olarak külli halefiyet açısından bakılacak olursa, malvarlığının bütün hak ve borçlarla birlikte halefe intikalinin söz konusu olduğu hallerde tahkim anlaşmasının da intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bazı hukuk düzenlerinde ölüm, şirket evliliği, iflas gibi hallerde hallerde külli halefin, tahkim anlaşması ile bağlı olacağı kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Buna bağlı olarak, külli halefiyet esas çerçevesinde halefin tahkim anlaşması ile bağlı sayıldığı hakem kararları mevcuttur<sup>22</sup>.

Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 11/B hükmü çerçevesinde, başlamış bir tahkim yargılamasında taraflardan birinin taraf olma niteliğini kaybetmesi halinde, tahkim yargılaması ertelenir ve yargılamaya devam edilebilmesi için ilgililere bildirimde bulunulur. İlgililer (halefler) yargılamaya devam etmek istemediklerini açıkça bildirmedikleri takdirde, tahkim yargılaması sona erer. Ancak bu hükümden hareketle, tahkim anlaşması akdedildikten, fakat yargılama başlamadan önceki bir aşamada da taraflardan birinin taraf olma sıfatını kaybetmesi halinde, haleflerin tahkim anlaşması ile bağlı sayılacağı sonucuna varılamaz. Aksine, söz konusu hükmün, yargılama başladıktan sonra dahi ilgililerin rızasını aradığı dikkate alındığında, yargılama başlamadan önce taraf olma sıfatını yitiren tarafın haleflerinin ancak

<sup>20</sup> Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, s. 5982; Hanotiau, 263-264; Akıncı, s. 81; Esen, s. 137; Bagot, M. H./Henderson, D. A., *Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration*, Tulane Maritime Law Journal, 2001-2002, Vol. 26, s. 451-455.

<sup>21</sup> İngiliz, Alman, İsveç hukukunda külli halefiyet çerçevesinde halefin tahkim anlaşması ile bağlı olması hakkında bkz.: Esen, s. 138 vd.;

<sup>22</sup> Bkz.: Esen, s. 138 vd.; Hanotiau, s. 263. Ayrıca teşmilin, tahkim yargılamasının başlangıcında mümkün olduğu; daha doğru bir deyişle, tahkim yargılamasının başında üçüncü kişilerin yargılamada taraf olarak yer almalarının, “teşmil” olarak adlandırıldığı dikkate alındığında, tahkim yargılaması başladıktan sonra taraf olma sıfatının kaybedilmesi halinde, yargılamaya haleflerin dahil edilmesi teknik anlamda teşmil olarak adlandırılmamalıdır.



rızaları varsa tahkim anlaşmasına taraf sayılabilecekleri; bu halde de esasen yeni bir tahkim anlaşması akdedilmiş olduğu kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

İkinci olarak, cüzi halefiyet açısından konişmentonun devri, alacağın temliki ve sigortacının halef olması çerçevesinde inceleme yapılmaktadır.

Konişmentoyu devralanın, konişmentoda atıf yapılan taşıma sözleşmesi genel şartları arasında yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmayacağı konusu, hamilin veya sonraki hamillerin iradelerini ortaya koymaları söz konusu olmadığından tartışmalıdır<sup>24</sup>. Çeşitli ülke mahkemelerinden verilen kararlara bakıldığında, konişmentonun sonraki hamillerinin, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı konusunda farklı yorumların yapıldığı görülmektedir. Aynı hukuk düzeninde somut durumun özelliklerine göre olumlu ve olumsuz kararlar verildiğine de rastlanmaktadır<sup>25</sup>.

Bu konuda önemli olan husus, konişmentonun sonraki hamilinin, tahkim şartı bakımından rızasının bulunup bulunmadığı veya bu şarttan tereddüde yer vermeyecek biçimde haberdar olup olmadığıdır. Konişmentonun sonraki hamili, konişmentoyu devralması sırasında, tahkim şartının varlığından tereddüde yer vermeyecek bir şekilde haberdar olmuşsa, tahkim şartı ile kendisinin bağlı sayılabileceği sonucuna varılmaktadır<sup>26</sup>. Konişmentoda, tahkim şartının açıkça belirtilmiş olması halinde, konişmento hamilinin, bu şarttan geçerli bir biçimde haberdar olduğu düşünülebilir. Ancak konişmento hamilinin açıkça haberdar olmasının yeterli olmadığı, kendisinin rızasının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Esen, s. 146. Tahkim anlaşmasının tarafı olan gerçek kişinin ölmesi halinde mirasçıların halef olması yanında, şirket birleşmesi veya devri gibi taraf sıfatının ortadan kalkmasına yol açan diğer hallerde de geride kalan ya da yeni kurulan şirketin halef olması dikkate alınmalıdır. Bu hallerde tahkim anlaşmasını akdeden şirketin tüzel kişiliği ortadan kalkmadığı takdirde, halefiyet esasına gerek olmadan tahkim anlaşması varlığını muhafaza eder. Ancak bu şirketin tüzel kişiliği tahkim anlaşması akdedildikten, fakat tahkim yargılaması başlamadan önce sona ermişse, halef olan şirketin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmayacağı; yani bu şirkete tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Esen, 138 vd.; Hanotiau, s. 263.

<sup>24</sup> Şanlı, C., 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, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, Y. 22, S.2, s. 776-781; Esen, s. 165-174; Bagot/Henderson, s. 451 vd.

<sup>25</sup> Bkz. Esen, s. 165 vd.; Bagot/Henderson, s. 452 vd.

<sup>26</sup> Şanlı, agm., s. 777; Ekşi, N., Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2004, s. 114; Bagot/Henderson, s. 452-453.

<sup>27</sup> Esen, s. 173.

Yargıtay çeşitli kararlarında, tahkim şartı içeren taşıma sözleşmesi hükümlerini konişmentoya ithal eden atıf hükmünün, tahkim şartını açıkça zikrediyorsa, konişmentonun sonraki hamilleri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir<sup>28</sup>.

Alacağın temlikinde ise mesele, bir sözleşmenin temlikinin, temlik eden, temellük eden ve sözleşmenin diğer tarafı üzerinde meydana getireceği etkidir. Alacağın temlikinde borçlunun rızası gerekli değildir. Ancak tahkimde, iradenin önemli bir unsur olması, alacağı temlik eden kişinin, sözleşmede yer alan tahkim anlaşması ile bağlı olup olmayacağı sorununu ortaya çıkarır<sup>29</sup>. Kıta Avrupası sisteminde tahkim anlaşmasının, temellük edene doğrudan intikal edeceği genellikle kabul edilirken, Anglo Sakson hukukunda temellük edenin açıkça rıza göstermesi halinde bağlı olacağı kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Türk hukukunda hem borçlar hukukunda alacağın temlik müessesesinin özellikleri hem de tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının esas sözleşmesinden bağımsızlığı çerçevesinde çeşitli açılardan konu tartışılmıştır. Buna göre, bir görüş, alacağın temlikinde tahkim anlaşmasının, esas sözleşmenin yarattığı sözleşme ekonomisine dahil olduğu gerekçesiyle temellük edeni bağlayacağı sonucuna ulaşırken<sup>31</sup>; diğer bir görüş, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ve usuli niteliği nedeniyle temellük edenin açıkça rızasının bulunması halinde bağlı sayılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>32</sup>.

Sigortacının halefiyeti, cüz'i halefiyet kapsamında ayrıca değerlendirilmektedir. Sigorta hukukunda, sigortacının, zararı karşıladıktan sonra, sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu haklara halef olması esas kabul edilmektedir. Sigortalı ile zarar veren arasındaki anlaşmada bir tahkim şartının bulunması halinde, sigortacının halef sıfatıyla bu tahkim anlaşmasına dayanıp dayanamayacağı ve zarar verenin de sigortacıyla tahkime gitme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır<sup>33</sup>.

Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukukunda genel olarak, sigortacının halef sıfatıyla tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmesi eğiliminin yaygın olduğu belirtilmektedir<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Bkz. aşa. "D. Yargıtay Kararlarında Teşmil" başlığı.

<sup>29</sup> Şanlı, agm., s. 781; Esen, s. 174; Hanotiau, s. 262-263; Sentner, s. 70.

<sup>30</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Esen, s. 176 vd.

<sup>31</sup> Şanlı, agm., s. 785.

<sup>32</sup> Esen, s. 194.

<sup>33</sup> Esen, s. 195; Hanotiau, s. 263-264.

<sup>34</sup> Esen, s. 195 vd.

Türk hukukunda da Yargıtay kararları tahkim şartının sigortacı için bağlayıcı olduğu yönündedir<sup>35</sup>.

**3. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi:** Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi şirketler hukukuna ilişkin bir yaklaşımı ifade eder. Bu teori, bir şirketin tüzel kişiliğinin, hileli ve kötü niyetli amaçlarla kullanılması durumunda alacaklıların haklarının ihlal edilmesi gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacaksa şirket tüzel kişiliğinin geri planındaki gerçek veya tüzel kişiye uzanılmasını sağlar<sup>36</sup>. Özellikle Anglo-Sakson hukukunda mahkemelerin, hileli ve kötüniyetli amaçlarla tüzel kişilik perdesinin arkasında kalan diğer bir şirketi, tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu tutma eğilimi gösterdikleri görülmektedir<sup>37</sup>. Bu teorinin tahkim anlaşmasının teşmiline gerekçe oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır<sup>38</sup>. Ancak belirtilmelidir ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumluluğuna hükmedilebilecek olan arka plandaki gerçek veya tüzel kişinin, tahkim anlaşması ile bağlı olması gerektiği yönünde mahkeme ve hakem kararları mevcuttur<sup>39</sup>.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanılarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesi uygulaması bugüne kadar söz konusu olmamıştır. Ancak doktrinde, bu teoriden hareketle, tahkime gitme iradesi bulunmayan üçüncü kişilerin taraf addedilmesi mümkün görülmektedir<sup>40</sup>.

#### **D. Yargıtay Kararlarında Teşmil**

Yargıtay kararlarında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisinin net bir biçimde kabul edildiği tek durumun, halefiyet olduğu görülmektedir. Özellikle konişmento hamilinin, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı sayılacağı konusunda çok sayıda Yargıtay kararı mevcuttur. Buna paralel olarak, alacağın temlikinde ve sigortacının halefiyeti konusunda da Yargıtay, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisini kabul etmektedir.

<sup>35</sup> Bkz. aşağı. "D. Yargıtay Kararlarında Teşmil" başlığı.

<sup>36</sup> Courtney, s. 587; Şanlı, agm., s. 786-787.

<sup>37</sup> Courtney, s. 587; Lamm/Aqua, s. 722; Park, s. 16.

<sup>38</sup> Bkz. Esen, s. 241 vd.; Park, s. 16-17; Eisen, s. 42-43; Bagot /Henderson, s. 448.

<sup>39</sup> Bkz. Esen, s. 241 vd.; Bamforth, R./Tymczyszyn, I./Fleet, A. V./Correro, M. A., *Joining Non-Signatories to an Arbitration: Recent Developments*, Dispute Resolution 2007/08, Vol. 2: Arbitration, s. 10; Park, s. 17; Bagot/Henderson, s. 448-449; Zuberbühler, s. 27-30. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Esen, s. 241 vd.

<sup>40</sup> Şanlı, agm., s. 788-789; Esen, s. 256-257.

Ancak özellikle yabancı hakem kararlarında, yabancı mahkeme kararlarında ve doktrinde teşmile ilişkin tartışmalara konu olan diğer haller bakımından, Yargıtay'ın eğilimini tam olarak belirleme imkanı bulunmamaktadır. Zira teşmilin tartışıldığı her durum Türk mahkemelerinin önüne henüz gelmemiştir.

Tespit edilebildiği kadarıyla Yargıtay tarafından tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin verilen kararlar, şu konular çerçevesindedir:

- Temsil ilişkisi<sup>41</sup> ile ilgili olarak tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği konusunda Yargıtay olumsuz görüş beyan etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1996/4047, K. 1996/7164, T. 22.10.1996 sayılı kararında<sup>42</sup> taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, bu sözleşmeyi komisyoncu sıfatıyla imzalayan davalı bakımından etkili olmadığı; davalının bu tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Benzer şekilde 19. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin olarak verdiği E. 2002/7495, K. 2002/6932 sayılı kararda da üçüncü kişinin temsilci sıfatıyla imzaladığı sözleşmede yer alan tahkim şartının kendisine teşmil edilemeyeceği; zira temsilen yapılan işlerde hakların ve borçların temsil olunana ait olacağı hükme bağlanmıştır<sup>43</sup>.

- Yargıtay'ın tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini kabul ettiği temel konulardan biri, halefiyettir. Külli halefiyet halinde tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin bir karara rastlanmamıştır. Ancak cüz'i halefiyete ilişkin kararlar dikkat çekmektedir:

---

<sup>41</sup> Tahkim anlaşmasının teşmilinin tartışılması bakımından etkili olan temsil ilişkisi, temsil yetkisinin açıkça verilmiş olmadığı; ancak halin şartlarından temsil ilişkisinin var olduğu izleniminin uyandığı hallerde söz konusudur. Görünüşte temsil yetkisi olarak adlandırılan bu türden temsil yetkisinin verilmiş olduğu hallerde temsil olunan kişinin, tahkim anlaşması ile bağlı sayılması gerektiği ileri sürülmüş ve bazı yabancı mahkeme ve hakem kararlarında bu türden bir uygulama ile karşılaşılmıştır. Bu konuda bkz. Esen, s. 85 vd.; Sentner, s. 66-67. Yargıtay'ın görünüşte temsil yetkisi ile ilgili olarak teşmili tartıştığı bir kararına ise rastlanmamıştır.

Metinde verilen kararlara konu olan davalarda doğrudan temsil ilişkisi söz konusu olduğundan, hak ve borçlar zaten temsil olunan üzerinde doğar ve teşmil tartışılmaz. Türk hukukunda temsilcinin tahkim anlaşması akdedebilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerektiğinden, temsil yetkisi zimni olarak verilmiş olsa dahi bu şekilde yetkilendirilen temsilcinin tahkim anlaşması akdetmesi mümkün değildir. Dolayısıyla zimni olarak yetkilendirilen temsilcinin akdettiği tahkim anlaşması, temsil olunana teşmil olunamaz

<sup>42</sup> Nomer, E./Ekşi, N./ Öztekin, G., Milletlerarası Tahkim, B. 2. İstanbul 2003, s. 602-603.

<sup>43</sup> YKD, 2003/3, s. 422-423.

İlk olarak, konişmentonun devri durumunda devralanın cüzi halefiyet kapsamında bu türden tahkim şartları ile bağlı olup olmayacağı konusunda Yargıtay, konişmentoda tahkim şartının zikredilmiş olması halinde, konişmentonun sonraki hamillerinin taşıma sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olacağı yönünde kararlar vermiştir. Sonraki hamillerin konişmentodaki tahkim şartından haberdar olmaları yeterli görülmüş; ayrıca rızalarının bulunup bulunmadığı tartışılmamıştır. Yargıtay'ın son dönemde verdiği bazı kararlara bakılacak olursa:

11. Hukuk Dairesi, E. 2002/216, K. 2002/4357, T. 6.5.2002 sayılı kararında<sup>44</sup>, konişmentoda yer alan tahkim şartının, konişmentoyu devralan üçüncü kişiyi (ve sigorta şirketini) bağlayacağı görüşünü ifade etmiştir.

11. H.D. E. 2004/9458, K. 2005/6114, T. 13..2005 sayılı kararda<sup>45</sup>, konişmentoda tahkim anlaşmasını içeren taşıma sözleşmesine atıf yapılması halinde, konişmentoyu ciro yoluyla devralan ve bunu ibrazla yükü teslim alan gönderilenin (ve sigorta şirketinin) tahkim şartı ile bağlı olduğu yönünde hüküm verilmiştir.

11.H.D., E. 2007/1590, K. 2008/8780, T. 1.7.2008 sayılı kararda<sup>46</sup>, benzer bir davada aynı yönde karar verilmiştir.

11. H.D., E. 2007/14582, K. 2009/3359, T. 23.3.2009 sayılı kararda<sup>47</sup> da, konişmentoyu ciro yoluyla devralan gönderilenin, konişmentodaki tahkim şartı ile bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay, alacağın temlik halinde tahkim anlaşmasının temlik alan bakımından bağlayıcı olup olmadığı konusunda, temellük edenin temlik sonucunda alacağa bağlı olarak tahkim anlaşmasının tarafı haline geleceğini kabul etmekte; temellük edenin ayrıca rızasının bulunması gerekip gerekmediği konusuna girmemektedir. Konuya ilişkin bir adet karara rastlanmıştır:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında<sup>48</sup>, alacağın temlikinde, tahkim şartının temellük edeni bağlayacağı sonucuna varmıştır.

---

<sup>44</sup> İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 91-93.

<sup>45</sup> İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 94-96.

<sup>46</sup> İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 102-104.

<sup>47</sup> İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 104-106.

<sup>48</sup> 11. H.D. E. 1993/5034, K. 1994/4082, T. 10.5.1994. Karar metni için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekkin, s. 594-595.

Yargıtay kararlarında halefiyet ilkesi gereği, sigortacının, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olduğu sonucuna varılmakla birlikte, sigortacının, zarar verenle ya da zarar verenin sigortacıyla tahkime gitme iradesinin bulunup bulunmadığı konusu incelenmemiştir.

Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 1995 yılında verdiği bir kararda<sup>49</sup> tahkim şartının sigortacıyı bağladığı, zira sigortacının, zarara uğrayanın hak ve –tahkim dahil- yükümlülüklerine halef olduğu ifade edilmiştir.

- Farklı taraflar arasındaki bağlantılı sözleşmelerde yer alan tahkim şartının, bu tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tarafı olmayan, ancak bağlantılı bir başka sözleşmeye ve bu sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye teşmili konusunda Yargıtay olumsuz görüş beyan etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2004 yılında verdiği kararında<sup>50</sup>, taraf olmayan üçüncü kişiye tahkim şartının teşmil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır: *“Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarının çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. A.Ş. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan M... Corp.'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar.”*

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın tahkim anlaşmasının teşmili ile ilgili kararları belli konular etrafında toplanmaktadır.

## **II- Yabancı Hakem Kararlarının Teşmile Konu Üçüncü Kişilere Karşı (Üçüncü Kişiler Tarafından) veya Teşmil Söz Konusu Olmaksızın Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Meselesi**

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin hakemlerce kabul edilmiş olması, hakem kararının söz konusu üçüncü kişilere karşı tenfizi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır<sup>51</sup>. Burada öncelikle teşmile konu üçüncü kişilere karşı (veya üçüncü kişiler tarafından) tenfizin mümkün görülüp görülmeyeceği in-

---

<sup>49</sup> Y.HGK, E. 1994/11-765, K. 1995/39, T. 1.2.1995 sayılı karar metni için bkz. <http://www.kazanci.com.tr> (10.3.2011).

<sup>50</sup> Y. 19. H.D., E. 2003/2654, K. 2004/2603, T. 11.3.2004. Karar metni için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.3.2011).

<sup>51</sup> Pullé, A. I., *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, Asia Pacific Law Review, 2008, Vol. 16, s. 177 vd.

celenmelidir.

Tenfiz açısından ortaya çıkması muhtemel bir diğer sorun, teknik anlamda tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin bir hakem değerlendirmesi tahkim yargılamasının başında yapılmamasına karşın, yargılama sürerken, hatta karar aşamasına yaklaşıldığı sırada üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi halinde, hakem kararının bu kişilere karşı (veya bu kişilerce) tenfizinin istenip istenemeyeceği meselesidir.

Son olarak dikkat çeken bir diğer olasılık ise, tahkim anlaşmasının teşmili veya tahkim yargılaması sırasında yargılamaya katılma/dahil edilme söz konusu olmadığı halde, tenfiz davasının üçüncü kişilere karşı açılıp açılmayacağına ilişkindir. Burada da, tenfiz davasının üçüncü kişilere karşı açılabilmesi için teşmil ile ilgili teorilere başvurulup başvurulamayacağı değerlendirilmelidir.

Tenfiz ve teşmil bağlantısı içinde bu tür soruların sorun olarak ortaya çıkması mümkündür. Çözümde hareket noktası, yabancı hakem kararının tenfiz şartları açısından ele alınmasıdır. Yabancı hakem kararlarının tenfizi ile tahkim anlaşmasının teşmili konusu arasındaki bağlantı, esasen gerek MÖHUK m. 62/1(a) gerek New York Sözleşmesi m. V/1(a) uyarınca kabul edilen tenfiz şartlarından birinin, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı olmasına dayanmaktadır. Aleyhine tenfiz istenen kişinin, hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olması ve bu tahkim anlaşmasının geçerli bir anlaşma olması gerekir ki, diğer şartlar da varsa hakem kararı tenfiz edilebilsin.

Yukarıda işaret edilen sorunlara göre meselenin ayrı ayrı ele alınması mümkündür.

#### **A) Teşmile Konu Üçüncü Kişilere Karşı Tenfiz<sup>52</sup>**

Yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme, kararın, tenfiz şartları açısından değerlendirilmesi ile sınırlıdır. Hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tenfize ilişkin düzenleme getiren MÖHUK ve New York Sözleşmesi hükümlerine göre, hakem kararlarının tenfiz edilebilmesinin şartlarından biri, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığıdır.

---

<sup>52</sup> Metinde ağırlıklı olarak “üçüncü kişilere karşı tenfiz” ifadesi kullanılmakta ise de, tahkim anlaşmasının teşmil edildiği veya yargılamaya dahil olan üçüncü kişiler tarafından tenfiz davası açılmasının da muhtemel olduğu dikkate alınmalıdır.

Tahkimin iradi karakteri, tahkim yargılamasında taraf sıfatı taşıyan kişilerin, tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulmasını gerektirmektedir. Kimlerin tahkim anlaşması ile bağlı olduğu sorunu, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir geçerlilik sorunudur. Bir başka deyişle, bir kimsenin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığı, tahkim anlaşmasının o kişi için geçerliliği ile ilgilidir<sup>53</sup>. Dolayısıyla, prensip olarak tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuka göre, üçüncü kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşması kurulup kurulmadığının incelenmesi gerekir<sup>54</sup>. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının hangi hukuka göre belirleneceği, New York Sözleşmesi m. V/1(a)'da, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, böyle bir seçimin bulunmaması halinde ise tahkim yeri hukuku olarak öngörülmüştür. MÖHUK m. 62/1(e) hükmünde de, New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeye paralel bir şekilde, tahkim anlaşmasının, taraflarca seçilen hukuka, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçerli olması gereği ifade edilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini, tenfiz aşamasında inceleyen hakimin, üçüncü kişi bakımından geçerli bir anlaşma bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekir.

Yukarıda teşmile dayanak teşkil eden hukuki durum, ilişki veya teoriler dikkate alındığında, üçüncü kişilerin zımnî olarak tahkime gitme iradelerinin ortaya konulduğu<sup>55</sup> veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi durumlarda iradeleri bulunmasa dahi tahkimde taraf olmalarının kabul edildiği ve hakemlerce kendilerine taraf sıfatı atfedildiği görülmektedir<sup>56</sup>. Bütün bu durumlarda, tenfiz hakimi tarafından tahkim anlaşmasının üçüncü kişi bakımından geçerli olduğunun kabul edilebilmesi için, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk çerçevesinde üçüncü kişinin tahkime gitme iradesinin tespit edilmesi gerekir.

Hakemlerce tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmesi ve tahkim yargılamasının üçüncü kişinin de taraf (davacı veya davalı)

---

<sup>53</sup> Stucki, s. 3; Esen, s. 59 vd.; Şanlı, agm., s. 788.

<sup>54</sup> Stucki, s. 3; Esen, s. 71. Bu meselenin hakemler önünde karara bağlanması aşamasında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin görüşler için bkz. Esen, s. 59-67.

<sup>55</sup> Poudret/Besson, s. 212.

<sup>56</sup> Stucki, s. 4-6; Courtney, s. 589-590. Tahkim anlaşmasının, New York Sözleşmesi'nde öngörülen "yazılı" olma şartının üçüncü kişi bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği de ayrıca incelenmelidir. Stucki, s. 6-7; Poudret/Besson, s. 211. MÖHUK, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin tabi olduğu hukuku ayrıca belirtmediğinden, bu konunun da esasa uygulanacak hukuka tabi olması kabul edilmektedir. Bkz. Esen, s. 72.



sıfatı kazanması suretiyle yürütülmesi sonucunda verilen hakem kararının, üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye karşı tenfizi ihtimali, tenfiz hakimi açısından, tahkim anlaşmasının geçerliliği çerçevesinde incelenir. Tahkim anlaşmasına uygulanan hukukta, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmemesi halinde, tenfiz hakimi üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye karşı tenfiz talebini, bu kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle reddedebilir<sup>57</sup>. Tenfiz hakimi, tahkim anlaşmasının kapsamı veya üçüncü kişilere teşmili konusunda hakemlerce verilen ara kararı ile veya hakem tespiti ile bağlı değildir<sup>58</sup>. Hatta, ABD hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişinin tahkim yargılamasında davacı veya davalı sıfatıyla yer alabileceği konusunda verilmiş bir mahkeme kararı<sup>59</sup> bulunsa dahi, bu karar veya aynı konuda hakemlerce verilmiş bir ara kararı, tahkim sonunda verilecek hakem kararının teşmile ilişkin teoriler uyarınca bir başka ülkede tenfiz edileceği anlamına gelmez<sup>60</sup>.

Türk hukukunda tenfiz aşamasında teşmil meselesinin yukarıda yer verilen teoriler çerçevesinde tartışıldığı bir karara bugün için rastlanmamıştır. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, üçüncü kişinin davacı sıfatıyla yer aldığı bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının tenfizi davasında, hakemin, üçüncü kişinin davacı sıfatı taşıyabileceğine ilişkin ara kararının ve dayandığı hukuki gerekçelerinin, tenfiz aşamasında denetlenmesinin mümkün olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmıştır<sup>61</sup>. Bu karar, üçüncü kişinin tahkime taraf olmasına ilişkin hakem ara kararının incelenemeyeceğini belirtmesi itibarıyla, tenfiz incelemesinin niteliğine aykırı düşmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, tenfiz mahkemesi, geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetini araştırırken, hakemlerin konu ile ilgili tespiti ile bağlı değildir.

<sup>57</sup> Stucki, s. 8. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuka göre üçüncü kişi açısından geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu kanaatine ulaşılsa dahi, üçüncü kişiye tahkim anlaşmasının teşmilinin tenfiz ülkesinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle engellenmesi ve tenfiz talebinin reddedilmesi mümkün olmalıdır.

<sup>58</sup> Esen, s. 42.

<sup>59</sup> Tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri genellikle kabul edilmekte ve teşmil konusunda da hakemlerce karar verilebileceği görüşü hakim eğilimi göstermektedir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde teşmil konusunda karar verme yetkisinin aynı zamanda federal mahkemelere tanındığı belirtilmelidir. Bkz.: Lamm/Aqua, s. 715-716; Pullé, s. 180. Ancak ABD'de mahkemelerin, hakemlerin konuya ilişkin yetkilerini kabul ettiği kararların varlığı da dikkat çekmektedir. Bkz. Esen, s. 38-39.

<sup>60</sup> Pullé, s. 180.

<sup>61</sup> Y. 11. H. D., E. 2006/7396, K. 2007/6672 (Karar yayımlanmamıştır).

Bu nedenle, tenfiz hakiminin, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olma durumunu tespit etmesi gerekir<sup>62</sup>.

Tahkim anlaşmasının teşmiline konu olan üçüncü kişilere karşı tenfiz davalarının açıldığı ve bu davalarda teşmil meselesinin tartışıldığı yabancı mahkeme kararlarının sayısı ise daha fazladır<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Yargıtay kararına konu olan davada somut durum karar metninden tam olarak anlaşılama-makla birlikte, davacılarından birinin unvan değişikliği veya şirket devri nedeniyle tahkim anlaşmasına taraf olması hususu hakem kurulu tarafından incelenmiş ve bu konuda bir ara kararı verilmiştir.

<sup>63</sup> Örnek olarak bkz. *International Paper Company v. Schwabedissen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411-420 (4th Cir. 2000), ICCA YBCA, XXV, 2000, s. 1146-1151. Bu karara konu olan davada Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Temyiz Mahkemesi, üçüncü kişiyi, dürüstlük kuralına dayanarak hakem kararına uymakla yükümlü tutmuştur.

Bir başka davada, yine ABD Temyiz Mahkemesi tarafından bu kez grup şirketler doktrinine dayanılarak hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının ana şirkete teşmil edilebileceği yönündeki kararının, tenfiz mahkemesini bağlamayacağı ve ana şirketin tahkime gitme iradesinin araştırılması gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesinin tenfiz kararı bozulmuştur. Bkz. *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, 404 F.3d 657 (2nd Cir. 2005). Karar hakkında bkz. Garfinkel, B. H./Herlihy, D., *Looking for Law in All the Wrong Places: The Second Circuit's Decision in Sarhank Group v. Oracle Corporaton*, Commentary, Mealey's International Arbitration Report, 2005, Vol. 20, No. 6, s. 1-3.

Moskova Bölge Mahkemesi'nce üçüncü kişiye teşmil sonucunda kararın bu kişiye karşı tenfizi talebinin reddine hükmedilen davada alacağın temlikinde tahkim şartının temlikine ilişkin bir irade beyanı bulunmadığı hususu belirleyici olmuştur. Bkz. Esen, s. 188, dn. 758'den naklen: *IMP Group (Cyprus) v. Aeroimp (Russian Federation)*, YBCA, Vol. 23, 1998, s. 745 vd. Kanada'da İngiliz Kolombiyası Temyiz Mahkemesi tarafından görülen *Javor v. Francoeur* davasında, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının teşmiline konu üçüncü kişi ile davalı şirket arasında bir farklılık bulunmadığı gerekçesiyle (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uyarınca) hakem kararını, üçüncü kişiyi de kapsar şekilde vermiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi, bu kararın üçüncü kişi aleyhine tenfizi talebini, New York Sözleşmesi'nin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler aleyhine tenfizi kapsamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Pullé, s. 187, dn. 24'ten naklen: *Javor v. Francoeur*, [2003] BCJ No. 480. *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania* davasına konu olan tahkim yargılamasında, davalı tarafta Litvanyalı eski bir devlet şirketi yer almış; tahkim anlaşmasının Litvanya devletine teşmili de tartışılarak hakemlerce olumlu sonuca varılmıştır. Tenfiz aşamasında İngiliz Yüksek Mahkemesi, Litvanya devletinin, tahkim anlaşmasının tarafı sayılıp sayılmayacağını ayrıca inceleyerek, anlaşmanın tarafı halinde geldiği kanaatine ulaştıktan sonra kararın tenfizine hükmetmiştir. Bkz. (2007) 1 All ER, s. 909. Karar hakkında bkz. Pullé, s. 191. Bu karar, Litvanya devletinin tahkim anlaşmasına taraf sayılıp sayılmayacağı meselesinin tahkim anlaşmasına dayanak olan taslak anlaşmalar ve Litvanya hukukuna ilişkin bilirkişi görüşleri doğrultusunda tenfiz aşamasında hakim, Litvanya devletinin taraf olduğuna kanaat getirmesi sonucunda verilmesi nedeniyle ayrıca önemlidir. Kararda devletin yargı bağımsızlığı konusunun da incelenmesi dikkate şayandır. Bu konuda bkz. Pullé, s. 192-195. Yargıtay'ın yukarıda değinilen kararında ise, tenfiz aşamasında, hakemlerin, üçüncü kişinin davacı sıfatı konusunda verdikleri ara kararın hukuken incelenemeyeceği belirtilmiştir ki, bu karar İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin yerinde değerlendirmesi karşısında eleştiriye açıktır.

<sup>3</sup> Kasım 2010 tarihinde İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Dallah Real Estate &*

## **B) Tahkim Yargılaması Başladıktan Sonra Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Dahil Edilmesi/Müdahale Etmesi ve Bu Suretle Verilen Hakem Kararlarının Tenfizi**

Tahkim anlaşmasının teşmili, uygulamada esasen tahkim yargılamasının başında ileri sürülmekte ve konu üzerinde hakemlerce (veya mahkemece) bir ara karar verilmektedir<sup>64</sup>. Teşmil, uygulamada gelişen ve bazı hakem (ve mahkeme kararlarında) kararlarında uygulama alanı bulan bir müessese olduğundan, bunun, yargılamanın hangi aşamasına kadar veya belli bir aşamaya kadar mümkün olduğuna ilişkin hukuki bir düzenleme de bulunmamaktadır<sup>65</sup>.

*Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Pakistan* kararı ise, mahkemelerin tenfiz taraftarı eğiliminin tersine döndüğü yorumlarına yol açmıştır. Zira kararda, Pakistan devletinin, devlet şirketinin taraf olduğu anlaşmada yer alan tahkim anlaşmasına taraf haline gelmediği sonucuna varılarak tenfiz talebi reddedilmiştir. Mahkeme, hakemlerce Pakistan devletinin tahkim anlaşmasına taraf olduğu yolunda verilen kararın ve hakem heyetinin yetkisinin tenfiz mahkemesinde ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatini bu kararda da tekrar etmiştir. Karar metni için bkz. [http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2009\\_0165\\_Judgmentv2.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0165_Judgmentv2.pdf) (15.5.2011). Karar ile ilgili yorumlar için bkz. [http://www.biicl.org/private\\_international\\_law/herbert\\_smith\\_seminar\\_series](http://www.biicl.org/private_international_law/herbert_smith_seminar_series) (15.5.2011)

<sup>64</sup> Bevilacqua, T., *Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: A Survey of the Current State of Play*, World Arbitration and Mediation Review, 2007, Vol 1. No. 4, s. 507; Hanotiau, s. 338-339; Lamm/Aqua, s. 734-736.

<sup>65</sup> Bazı milli hukuk düzenlemelerinde ve tahkim kurumlarının kurallarında üçüncü kişilerin tahkime katılmaları veya dahil edilmeleri konusuna yer verilmiştir. Örneğin, Belçika Medeni Usul Kanunu m. 1696'da, ilgili üçüncü kişilerin hakem heyetinden tahkime müdahale etme talebinde bulunabilecekleri; taraflardan birinin, üçüncü kişiye ihbarda bulunabileceği belirtilmiştir. Her hal ü kârda üçüncü kişinin talebinin kabul edilebilmesi için, taraflarla üçüncü kişi arasında bir tahkim anlaşmasının var olması ve hakem heyetinin de oybirliği ile karar vermesi şartı aranmaktadır. Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 1045'te, İtalyan Medeni Usul Kanunu m. 816'da ve 1997 tarihli İran Milletlerarası Tahkim Kanunu n. 26'da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Milli hukuk düzenlerindeki bu hükümler ve birbirlerinden farklılıkları hakkında bkz. Bevilacqua, s. 519 vd.

Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (*London Court of International Arbitration – LCIA*)'nın 1 Ocak 1998 tarihli Tahkim Kuralları m. 22/1/h'de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem heyetinin, taraflardan birinin başvurusu üzerine, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına taraf olarak dahil olmasına, üçüncü kişi ve başvuruda bulunan taraf arasında yazılı anlaşma bulunması şartıyla izin verebileceği hükme bağlanmıştır. Hollanda Tahkim Kurumu (*Netherlands Arbitration Institute*) Tahkim Kuralları m. 41'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

1 Ocak 2004 tarihli İsviçre Tahkim Kuralları (*Swiss Rules of Arbitration*) m. 4/2 'de ise, açıkça derdest yargılamaya katılımdan söz edilmektedir. Bu hükme göre, üçüncü kişinin derdest yargılamaya katılmak istemesi veya taraflardan birinin, üçüncü kişinin katılmasını talep etmesi halinde, hakem heyeti, bütün taraflara danışarak, ilgili ve gerekli bütün şartları göz önüne alarak karar verir.

Konuya ilişkin olarak ICC Tahkim Kuralları'nda açık bir hüküm yoktur ve bugün için ICC tahkim uygulamasında üçüncü kişilerin hakemler tayin edildikten sonra yargılamaya

Ancak, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri kapsamında değerlendirilerek, bu konuda bir ara karar ile üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmeleri konusunu genellikle yargılamanın başlangıcında hükme bağladıkları görülmektedir<sup>66</sup>.

Üçüncü kişinin taraf sıfatıyla yargılamada yer alması, tahkim anlaşmasının teşmili anlamında, tahkim anlaşmasının kapsamına; yani tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka tabi bir meseledir ve genellikle yargılamanın başlangıcında, hakemlerin kendi yetkilerini tayin çerçevesinde bu konuda bir karar vermeleri adil ve makuldür. Uygulamada da bu konu hakemlerce genellikle yargılamanın başında değerlendirilmektedir.

Buna karşılık, üçüncü kişinin yargılamanın daha ileri aşamalarında (sürmekte olan) yargılamaya dahil edilmesi veya katılması konusunda bir ayırım yapılması uygun olur<sup>67</sup>. Üçüncü kişinin *tarafsıfatı olmaksızın* yargılamada yer alması, örneğin, davaya müdahale veya davanın ihbarı gibi usul hukukunda mevcut olan müesseseler çerçevesinde yargılamaya dahil olması, tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir mesele olarak değil, medeni usul hukukuna ilişkin bir konu olarak ele alınmalı ve tahkim usulüne uygulanan kurallara tabi

---

katılmasının kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Hanotiau, s. 338-339; Esen, s. 300-301. Ancak ICC'nin 1998 tarihli Tahkim Kuralları'nın üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmaları veya dahil edilmelerine imkan tanınacak şekilde değiştirilmesine ilişkin çalışmalar sürmektedir. Bkz. Shannon, V., *The Revision of the ICC Rules of Arbitration*, çevrimiçi: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011springmeeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/The%20Revision%20of%20the%20ICC%20Rules%20of%20Arbitration.pdf> (20.5.2011). ICC tahkiminde hakemlerin davacının üçüncü kişileri dahil etmesine daha olumlu yaklaştığı ifade edilmektedir. Bkz. Whitesell, A. M./ Silva Romero, E., *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience in ICC*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, s. 7 vd. Ancak üçüncü kişilerin özellikle davalı tarafından dahil edilmesi yönünde bir eğilimin de son yıllarda gelişmekte olduğu hakkında bkz. Bevilacqua, s. 514 vd.

<sup>66</sup> Bkz. Esen, s. 35 vd.

<sup>67</sup> Üçüncü kişilerin sürmekte olan yargılamaya katılmaları, özellikle tarafların rızalarının bulunmadığı hallerde nadiren gerçekleşen bir durumdur. Bu türden müdahale veya katılma halleri, genellikle ilgili bütün tarafların rızası ile hakemlerce mümkün görülmektedir. Bkz. Bevilacqua, s. 507-508. Ancak LCIA Tahkim Kuralları ve İsviçre Tahkim Kuralları'nda tüm tarafların rızası bir şart olarak aranmamıştır.

Üçüncü kişilerin sürmekte olan tahkime müdahale etmesi veya katılması konusu ayrıca bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir. Ancak bu çalışma kapsamında, tenfiz açısından üçüncü kişilerin durumu ele alınmaktadır. Daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Poudret/Besson, s. 199-200; Bevilacqua, s. 507-538.

olarak değerlendirilmelidir<sup>68</sup>, <sup>69</sup>. Bir başka deyişle, üçüncü kişi, tahkim usulüne uygulanan kurallar imkan verdiği takdirde bu şekilde yargılamaya dahil edilebilir veya dahil edilebilir. Tabii burada üçüncü kişinin, yargılama sonunda verilecek hakem kararından taraf sıfatı ile olmasa da etkilenip etkilenmeyeceği meselesi de tahkim usulüne uygulanan hukuka göre belirlenir<sup>70</sup>.

Üçüncü kişinin, derdest yargılamada *taraf sıfatı taşımak üzere* yer alması ise, hem tahkim anlaşmasının kapsamına hem de usule ilişkin bir konudur ve tahkim usulüne uygulanan kurallar izin verdiği takdirde, hakemlerce (veya mahkemece) tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği hükme bağlanır<sup>71</sup>.

Tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılımı veya dahil edilmesi ile ilgili hüküm içeren pozitif düzenlemelerde, üçüncü kişilerin yargılamaya dahil olmasının veya taraflarca dahil edilmesinin, yargılamanın hangi aşamasına kadar mümkün olduğu veya hangi aşamasına kadar bu durumun teşmil olarak adlandırıldığı belli olmadığından, üçüncü kişilerin taraf sıfatı taşıyıp taşımayacakları önem taşır. Bu husus, yargılama sonunda verilecek hakem kararının etkileri bakımından da bir ayırım yapılmasını gerektirir.

Hakem kararı, tahkim anlaşmasının tarafları bakımından bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu kararın, tahkim anlaşmasının teşmiline konu üçüncü kişiler bakımından bağlayıcı sayılıp sayılmayacağı, yukarıda ele alındığı üzere, tenfiz hakiminin üçüncü kişiler bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda yapacağı incelemeye göre belirlenir. Tahkim yargılamasının

---

<sup>68</sup> Esen, s. 301. Üçüncü kişilerin taraf sıfatı olmaksızın yargılamada yer almaları, tahkimin başlangıcında da söz konusu olabilir. Böyle bir talebin, bu aşamada da tahkim usulüne uygulanan hukuka ve/veya kurallara göre karara bağlanması gerekir. Burada önemli olan tahkim yargılamasının ne aşamada olduğundan çok, ilgili kişinin taraf sıfatı taşıyıp taşımayacağıdır. Ancak yargılamanın ileri aşamalarında, örneğin karar aşamasına yaklaşıldığı sırada, üçüncü kişinin kendi rızası ile dahi olsa taraf sıfatı ile veya taraf sıfatı taşımaksızın yargılamada yer alması, kararın yerine getirilmesi ve etkileri bakımından önem taşıdığı için, yargılama başladıktan sonra üçüncü kişilerin yargılamaya katılması veya dahil edilmesi konusu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

<sup>69</sup> Sivil toplum kuruluşları gibi üçüncü kişilerin, özellikle devletin taraf olduğu tahkim yargılamalarında kamu yararı gerekçesiyle yargılamaya katılması da üçüncü kişilerin taraf sıfatı taşımaksızın yargılamada yer alması kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Bevilacqua, s. 533 vd.; Levine, E., *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, Berkeley Journal of International Law, 2011, Vol. 29:1, s. 200 vd.

<sup>70</sup> Esen, 295 vd.

<sup>71</sup> Poudret/Besson, s. 199-200.

ileri bir aşamasında, hakemlerin, üçüncü kişinin taraf sıfatıyla yer almasını kabul etmiş olmaları durumunda, tenfiz hakiminin, hem tahkim anlaşmasının üçüncü kişi bakımından geçerli olup olmadığını, hem de diğer tenfiz reddi nedenlerini üçüncü kişi açısından ayrıca incelemesi gerekir. Örneğin, üçüncü kişinin usuli haklarına riayet edilip edilmediği, bu tür bir tenfiz davasında daha büyük bir önem taşır.

Üçüncü kişilerin, taraf sıfatı olmaksızın tahkim yargılamasında yer almış olmaları halinde ise, bu kararın, kendileri tarafından veya kendilerine karşı tenfizi davası açılmayacağı sonucuna varmak gerekir. Bu durumda, kararın kendileri için ne tür bir hüküm ifade edeceği konusunda, tahkim usulüne uygulanan hukuk belirleyici olur.

### **C) Tahkim Yargılamasında Teşmil Söz Konusu Olmamakla Birlikte Tenfiz Davasının Üçüncü Kişiye Karşı Açılması**

Yabancı mahkeme kararlarında sınırlı da olsa örneklerine rastlanan bir diğer durum da, tahkim anlaşmasının teşmili söz konusu olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik olarak verilen bir hakem kararının, üçüncü kişi aleyhine tenfizinin talep edilmesidir<sup>72</sup>. Bu sınırlı sayıdaki örneklerde teşmile ilişkin teorilerden özellikle külli halefiyet ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında hakem kararlarının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan, yargılamada hiçbir şekilde yer almayan üçüncü kişiler aleyhine tenfiz edilebildiği görülmektedir. Özellikle ABD mahkemeleri, üçüncü kişinin ekonomik olarak daha güçlü olduğu bazı durumlarda, tahkimde taraf olan yan şirket veya devlet kuruluşu yerine üçüncü kişi aleyhine tenfiz kararı verme eğilimi göstermektedir<sup>73</sup>.

Örnek olarak seçilen kararlardan ilki, halef aleyhine tenfiz kararı verilmesine ilişkindir. Külli halefiyet kapsamında, Alman mahkemesi tarafından verilen karara<sup>74</sup> konu davada, tahkim yargılamasının davalısı olan şirketin, hakem kararı verildikten sonra gerçekleşen devri sonucunda tenfiz talebi, şirketin yeni sahibine yöneltilmiş ve mahkeme, hakem kararının, tahkim yargılamasının tarafı olmayan bu kişi aleyhine tenfizine karar vermiştir<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Lamm/Aqua, s. 739.

<sup>73</sup> Lamm/Aqua, s. 739.

<sup>74</sup> Esen, s. 141-142, dn. 547'den naklen: Sanders, P., Commentary, YBCA, 1977, Vol 2, s. 255.

<sup>75</sup> Bkz. Esen, s. 141-142.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve külli halefiyet kapsamında, ABD mahkemesi tarafından verilen bir karara<sup>76</sup> konu olan davada ise, tahkim yargılaması, davacı A ve davalılar (B ve C) arasında yürütülmüştür. C tahkime kendi rızası ile sonradan, B'nin halefi olarak katılmıştır. Yargılama sonunda B ve C aleyhine hakem kararı verilmiştir. Hakem kararının davalılarca yerine getirilmemesi üzerine açılan tenfiz davasında, davalılardan C'nin yan şirketi olan X şirketi de, B'nin halefi sıfatıyla taraf olarak gösterilmiştir. Tenfiz mahkemesi, hakem kararlarının kural olarak tahkim anlaşmasının tarafları aleyhine tenfiz edilebileceğini; ancak bu kuralın üçüncü kişinin, tahkime taraf olan kişinin *alter egosu* olması halinde uygulanmayabileceğini ve X'in tenfiz davasında taraf sıfatı taşıyabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme esasen X şirketinin, C'nin yan şirketi olması dolayısıyla C'nin *alter egosu* olmasından hareketle tenfiz davasında taraf olmasını kabul etmiştir<sup>77</sup>.

Bu sınırlı sayıdaki karar örneklerinden hareketle, tahkim yargılamasında yer almayan üçüncü kişiler aleyhine hakem kararlarının tenfizinin genel olarak mümkün olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin dahi tartışmalı bir konu olduğu; tahkim anlaşmasının nisbi karakterinin ağırlık taşıdığı dikkate alındığı takdirde; hakem kararının tahkimde taraf olmayan üçüncü kişiler aleyhine aynı teorilerden hareketle tenfizi, New York Sözleşmesi'nin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını arayan hükmü karşısında ancak istisnai bir yoruma dayanabilir. Ayrıca, üçüncü kişilerin tahkim yargılamalarında kendilerini savunma imkanlarının olmaması tenfize engel olabilecek bir diğer durumdur<sup>78</sup>.

Ancak, özellikle külli halefiyette, Alman mahkemesinin kararında olduğu gibi, tahkim davasının tarafı olan şirketin hakem kararının verilmesinden sonra devredilmesi gibi hallerde, taraf sıfatının değişmesi anlamında tenfiz davasının halefe karşı açılıp açılmayacağı incelenmelidir.

Bilindiği üzere, külli halefiyet nedeniyle taraf sıfatının değişmesi, *dava açıldıktan sonra* taraflardan birinin ölmesi, tüzel kişiliğin son bulması gibi hallerde kanunen mümkündür<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> *Productos Mercantiles e Industriales SA v. Faberge USA Inc.*, 23 F.3d s. 41 (2d Cir. 1994). Karar metni için bkz. <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/23/23.F3d.41.93-9111.1333.html> (15.5.2011). Karar hakkında bkz. Esen, s. 140.

<sup>77</sup> ABD mahkemeleri tarafından benzer durumlarda verilen diğer bazı tenfiz kararları için bkz. Lamm/Aqua, s. 739, dn. 104.

<sup>78</sup> Lamm/Aqua, s. 739.

<sup>79</sup> Kuru, C. I, s. 932; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, B. 3, Ankara

İlk olarak ölüm halinde taraf sıfatı konusuna bakılacak olursa, resmi yargıda *dava açıldıktan sonra* davalının ölmesi durumunda para alacağına ilişkin davalarda, mirasçılara karşı davaya devam edilir. Bir kimse öldükten sonra da tereke ile ilgili olup konusu para alacağı olan davaların mirasçılara karşı açılması mümkündür<sup>80</sup>.

Tahkim açısından bakıldığında ise, tahkim başlamadan önce kişi ölmüş ise, mirasçılar tahkim anlaşması ile bağlı değildir<sup>81</sup>. Tahkim anlaşması, taraflardan birinin ölümü halinde sona erer. Tahkim başladıktan sonra taraflardan biri ölmüşse, mirasçılara bildirimde<sup>82</sup> bulunulur ve onlara karşı (veya onlar tarafından) yargılamaya devam edilir (MTK m.11/B).

Buna karşılık, hakem kararı verildikten sonra, ancak tenfiz davası açılmadan önce davalının (veya davacının) ölmesi durumunda tenfiz davası mirasçılara karşı (veya onlar tarafından<sup>83</sup>) açılabilir mi? Burada konusu para alacağı olan davaların, murisin terekesine ilişkin olması nedeniyle genel hükümler çerçevesinde mirasçılara karşı açılabilirdiği dikkate alınmalıdır. Tahkimde de hükmün konusunun genellikle para alacağı olduğu açıktır. Bu nedenle, konusu para alacağı olan davanın, doğrudan doğruya mirasçılara karşı açılabilmesi gibi, para alacağını tespit etmiş bir yargı kararı olan hakem kararının tenfizi davasının da mirasçılara yöneltilebilmesi gerekir.

İkinci olarak tüzel kişiliğin sona ermesi, özellikle şirket birleşmesi ve devralma gibi durumlarda, kalan ya da yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer ve onlara ait tüm hak ve borçlar külli halefiyet ilkesine göre kalan ya da yeni kurulan şirkete geçer (Türk Ticaret Kanunu m. 151). Türü değiştirme halinde de, türü değişen şirketin, eskisinin devam olduğu açıkça

---

2004, s. 163.

<sup>80</sup> Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, B. 14, Ankara 2002, s. 267-269.

<sup>81</sup> Esen, s. 146.

<sup>82</sup> MTK m. 11/B/II'de bildirimde bulunulanların, tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça diğer tarafa veya hakem(ler)e bildirmeleri gerektiği; aksi takdirde yargılamının sona ereceği hükme bağlanmıştır.

<sup>83</sup> MÖHUK m. 52'de yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin olarak "Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir" hükmü yer almaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davası açmak bakımından haleflerin bu hükme de dayanabilecekleri düşünülebilir. Ancak yabancı hakem kararlarının tenfizinde, mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin hükümlerden kıyasen uygulanması öngörülenler arasında m. 52 yer almadığından, yabancı hakem kararlarının tenfizinde "hukuki yararı bulunan herkes" in tenfiz davası açabileceği sonucuna varmak güçtür.



kabul edilmiştir (TTK m. 152)<sup>84</sup>.

Öncelikle tahkim anlaşması akdedildikten sonra fakat henüz tahkime başvurulmadan önceki dönemde, tahkim anlaşmasına taraf olan bir şirketin şirket birleşmesine veya devralmaya konu olması durumuna ilişkin olarak bir ayırım yapmak gerekir. Eğer şirketin tüzel kişiliği sona ermeden birleşme, devralma gerçekleşmişse, tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruyacağı kabul edilmelidir. Ancak birleşme veya devralma ile taraf şirketin tüzel kişiliğinin sona ermiş olması halinde tahkim anlaşması sona ermiş sayılmalıdır<sup>85</sup>. Tür değiştirmede tüzel kişilik son bulmadığından tahkim anlaşması geçerliliğini korur.

Tahkim yargılaması başladıktan sonra taraf şirketin tüzel kişiliği son bulmak suretiyle şirket birleşmesinin gerçekleştiği hallerde ise, MTK m. 11/B gereği, yeni kurulan veya kalan şirkete halef sıfatıyla bildirimde bulunulur; bu şirket onay verdiği takdirde yargılamaya devam edilir.

Son olarak hakem kararı verilip de tenfiz davası açılmadan önce meydana gelen bir şirket devri, birleşmesi, tür değişikliği durumunda devralan, kalan veya türü değişen şirkete karşı (veya bunlar tarafından) tenfiz davası açılabilir. Burada külli halefiyet ilkesi gereği, devralan veya kalan şirket, birleşme veya devralmaya konu olan şirketin halefi sayıldığından, bu şirkete karşı (veya bu şirket tarafından) tenfiz davasının açılması gerekir. Zira hakem kararı ile hükme bağlanmış bir borç (ya da alacak) külli halefiyet gereği intikal eder. Tür değiştirmede de, tüzel kişiliğin devam ettiği kabul edildiğinden, tenfiz davası, hakem kararı verildikten sonra tür değiştiren şirkete karşı açılabilir.

Görüldüğü üzere, esasen külli halefiyette, tenfiz davasının üçüncü kişiye karşı açılması söz konusu değildir. Zira halefiyet, hak ve borçların halefin şahsında varlığını sürdürmesi anlamına geldiğinden, tenfiz davası herhangi bir alacak davası gibi halefe karşı açılmalıdır.

Külli halefiyet dışında kalan haller bakımından bir hakem kararının, tahkime taraf olmayan üçüncü kişi aleyhine tenfizi davasının açılması ise mümkün değildir. Zira tahkim anlaşmasının teşmilinin dahi tartışmalı olduğu

---

<sup>84</sup> 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu m. 153/1'de birleşme ile devrolunan şirketin bütün aktif ve pasiflerinin, devralan şirkete geçeceği; m. 180/1'de yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğu hükme bağlanmıştır.

<sup>85</sup> Esen, s. 147.

teorilere bakıldığında, bu teoriler kapsamında üçüncü kişilerin tahkimin en başında yargılamaya dahil edilmesi tartışılmaktadır. Hiçbir şekilde yargılamaya katılmayan üçüncü kişilerin, aynı gruba dahil şirketler söz konusu olsa da, hakem kararının tenfizi davasında taraf gösterilmeleri kabul edilemez. Bu hem tahkim anlaşmasının varlığının, hakem kararlarının tenfizinin bir şartı olması nedeniyle hem de husumet yokluğu nedeniyle davanın reddini gerektiren bir durumdur.

Ancak ABD kaynaklı tahkim uygulaması göstermektedir ki, özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, grup şirketler teorisi veya bağlantılı sözleşmeler dolayısıyla üçüncü kişilere karşı tenfiz davalarının açılması yakın gelecekte mahkemelerce tartışılacak sorunlardan biri olmaya adaydır.

### **Sonuç**

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, yani tahkim anlaşmasının tarafları yanında üçüncü kişilerin de tahkimde taraf olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Tahkim anlaşmasının nisbi karakteri ve tahkimin, taraf iradelerine dayanan yapısı, üçüncü kişilerin taraf olmasını engeller. Ancak özellikle son yıllarda üçüncü kişilerin çeşitli gerekçelerle tahkim yargılamasında taraf olarak yer almaya başlaması, teşmilin hukuki dayanağını oluşturmak üzere bir takım gerekçeler ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunlardan özellikle önemli ve etkili olanı halefiyet halinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkindir. Gerçekten halefiyet halinde, aslında doğrudan doğruya halefiyet nedeniyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Grup şirketler, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, bağlantılı sözleşmeler gibi teorilerle karşılaştırıldığında, halefiyetin aslında hukuken zorunlu bir şekilde tahkim anlaşmasının halefi kapsamı sonucunu doğurduğu görülmektedir.

Bu nedenle halefiyet ayrık tutulacak olursa, tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin teorilerin genel ve yaygın bir kabul gördüğünü söylemek güçtür. Çeşitli hakem kararlarında bu teorilere dayanılarak üçüncü kişilere taraf sıfatı atfedilmiş ve yer yer bu tür hakem kararlarına çeşitli ülke mahkemelerince de etki tanınmış ise de, bu durum bir genellemeye yol açmamalıdır.

Tenfiz açısından bakıldığında ise, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarının üçüncü kişiler aleyhine tenfizine ilişkin yabancı mahkeme kararları mevcuttur. Ancak aksi yönde mahkeme kararları da vardır. Dolayısıyla, teşmil neticesinde hakem kararlarının üçüncü kişiler aleyhine tenfizinin mümkün olduğu;

özellikle New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının varlığı şartını arayan hükmü karşısında kolay kolay ileri sürülemez. Aksine, bu tür hakem kararlarının, milli mahkemelerde tenfiz engeli ile karşılaşması olasılığı çok daha yüksektir.

Teşmilden farklı olarak, tahkim yargılaması sırasında üçüncü kişinin yargılamaya dahil olması veya dahil edilmesi halinde ise, üçüncü kişinin taraf sıfatı taşıyıp taşımadığına bakmak gerekir. Taraf sıfatı taşımaksızın yargılamaya dahil edilen veya müdahale eden üçüncü kişi aleyhine tenfiz zaten söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık üçüncü kişinin taraf sıfatı taşıması halinde, kendisi tarafından veya kendisine karşı tenfiz olasılığı doğar.

Son olarak teşmil veya müdahale söz konusu olmadığı halde, hakem kararı verildikten sonra hakem kararının üçüncü kişilere karşı tenfizi davasının açılması ise, hakem kararının, tahkim anlaşmasının tarafları arasında hüküm ifade etmesi nedeniyle mümkün değildir. Ancak son derece istisnai ve sınırlı bazı durumlarda, hakem kararı verildikten sonra ancak tenfiz davası açılmadan önce külli halefiyet çerçevesinde, tenfiz davasının, halefe karşı veya halef tarafından açılması mümkün görülebilir.

### **Kaynakça**

- Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- Bagot, M. H./Henderson, D. A.: *Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration*, Tulane Maritime Law Journal, 2001-2002, Vol. 26, s. 414-461.
- Bamforth, R./Tymczynszyn, I./Fleet, A. V./Correro, M. A.: *Joining Non-Signatories to an Arbitration: Recent Developments*, Dispute Resolution 2007/08, Vol. 2: Arbitration, s. 9-13.
- Bevilacqua, T.: *Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: A Survey of the Current State of Play*, World Arbitration and Mediaton Review, 2007, Vol 1. No. 4, s. 507-537.

- Born, G. B.: *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, The Hague 2001.
- Courtney, T.: *Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad*, *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2009, Vol. 8:4, s. 581-594.
- Eisen, C.L.: *What Arbitration Agreement? Compelling Non-Signatories to Arbitrate*, *Dispute Resolution Journal*, 2001, May/July 2001, s. 42-45.
- Ekşi, N.: *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, İstanbul 2004.
- Esen, E.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, İstanbul 2008.
- Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, B./Savage, J.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague 1999.
- Garfinkel, B. H./Herlihy, D.: *Looking for Law in All the Wrong Places: The Second Circuit’s Decision in Sarhank Group v. Oracle Corporation*, *Commentary*, *Mealey’s International Arbitration Report*, 2005, Vol. 20, No. 6, s. 1-4.
- Hanotiau, B.: *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues*, *Journal of International Arbitration*, 2001, Vol. 18, S. 3, s.251-360.
- Kalpsüz, T.: *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007.
- Kuru, B.: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, İstanbul 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, B. 14, Ankara 2002.
- Lamm, C. B./Aqua, J. A.: *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before AAA and Other International Institutions*, *George Washington International Law Review*, 2002-2003, Vol. 34, s. 711-741.
- Levine, E.: *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, *Berkeley Journal of International Law*, 2011, Vol. 29:1, s. 200-224.

- Lew, D. M. J./Loukas, A./Mistelis, S. K.: *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague 2003.
- Nomer, E./Ekşi, N./ Öztekin, G.: *Milletlerarası Tahkim*, B. 2. İstanbul 2003.
- Park, W. W.: *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford 2009, s. 1-31.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: *Medeni Usul Hukuku*, B. 3, Ankara 2004.
- Poudret, J. F./Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*, Londra 2007.
- Pullé, A. I.: *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, *Asia Pacific Law Review*, 2008, Vol. 16, s. 177-196.
- Redfern, A./Hunter, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londra 1999.
- Sentner, J. J.: *Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories*, *Business Law International*, 2005, Vol. 6, s. 55-75.
- Shannon, V.: *The Revision of the ICC Rules of Arbitration*, çevrimiçi: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011-spring-meeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/The%20Revision%20of%20the%20ICC%20Rules%20of%20Arbitration.pdf> (20.5.2011).
- Stucki, B.: *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Conference of September 29, 2006, Çevrimiçi: <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf> (5.3.2011).
- Şanlı, C.: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, B. 3, İstanbul 2005.
- Şanlı, C.: *Konışmantonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoynu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e

Armağan, 2002, Y. 22, S.2, s. 773-789.

Whitesell, A. M./ Silva Romero, E.: *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience in ICC*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

Zuberbühler, T.: *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate*, ASA Bulletin, 2008, Vol. 26, s. 18-34.