

KONİŞMENTONUN DEVRİ, ALACAĞIN TEMLİKİ VE
“PERDEYİ KALDIRMA TEORİSİ” UYGULAMASINDA SÖZLEŞMEDE
YER ALAN TAHKİM ŞARTININ KONİŞMENTOYU DEVRALAN,
ALACAĞI TEMELLÜK EDEN VE PERDENİN ARKASINDA KALAN
BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ SORUNU:

Prof. Dr. Cemal ŞANLI*

**I-Konişmentoyu Ciro Yolu İle Devralan Hamil, Taşıyıcı İle
Taşıtan Arasında Aktedilen Taşıma Sözleşmesindeki Tahkim
Şartı İle Bağlı Mıdır?**

1. Uluslararası ticarete “genel şartlar”, pratik mülahazalarla, yaygın şekilde kullanılmakta; sözleşmede yer alan basit bir atıfla asıl sözleşmenin parçası haline getirilmektedir. Bu yolla taraflar, zamandan tasarruf etmekte ve daha da önemlisi ticari ilişkiyi sekteye uğratacak pek çok potansiyel ihtilafın ortaya çıkmasını baştan önlemektedirler. Ayrıca, taraflar muayyen “genel şartlar”a atıf yapmak suretiyle hukuki ilişkilerini mesleki veya sektörel alanda ilgili uluslar arası ticaret aktörleri tarafından –az veya çok- bilinen yeknesak kurallara tabi kılabilirler. Bu ise uluslararası ticarete asgari bir hukuk güvenliği sağlamaktadır.

Acaba, tarafların atıfta bulunduğu genel şartlar içerisinde yer alan tahkim şartı; taraflar arasında aktedilmiş geçerli bir tahkim sözleşmesi olarak mütalâa edilebilir mi? Mesela taraflar, akdettikleri 50.000 ton pirinç satımı sözleşmesinde, içinde tahkim şartı bulunan GAFTA (The Grain and Feed Trade Association) nın 100 Nolu Genel Şartlarına atıfta bulunmuşlarsa, acaba Genel Şartlar içinde yer alan

* *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı*

tahkim klozu üzerinden bir tahkim sözleşmesi yapmış sayılacaklar mıdır? Yine taraflar, 50.000 ton şeker alım-satımı ile ilgili olarak düzenledikleri sözleşmelerinde, merkezi Londra'da bulunan The Refined Sugar Association (Rafine Şeker Birliği) ın tahkim şartı içeren genel şartlarına atıfta bulunmuşlarsa, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulmuş sayılacak mıdır?

Geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinden bahsedebilmek için, muayyen bir sözleşmeden doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıkların, -resmi yargı yerine- tahkim yoluyla çözümleneceği hususunda tarafların ortak iradelerinin mevcudiyeti gereklidir. Bu sebeple genel şartlar içinde yer alan tahkim klozunun taraflar bakımından geçerli bir tahkim sözleşmesi oluşturabilmesi için, sözleşmedeki genel şartlara atfın tahkim iradesini de kapsamaması gerekir. Buna uygun olarak uluslararası ticaret tatbikatında da sözleşmelerde "...işbu sözleşmede düzenlenmeyen konularda, <taahkim şartı da dahil>tarihli/sayılı Genel Şartlar uygulanacaktır..." veya "Tahkim/Arbitration:Tarihli/Sayılı Genel Şartlar" türünden düzenlemelere yer verilmektedir.

Prensip olarak sözleşmedeki genel şartlara atıf, -tahkim iradesini özel olarak belirtmeyen- "genel" bir atıf niteliğinde ise; bu, genel şartlar içindeki tahkim klozunu kapsamaz. Gerçekten de; bu tür atıflar, kural olarak, maddi hukuk karakterli genel şartlara müteveccihdir. Tahkim hükmü istisnai ve maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız bir düzenlemedir. Tahkim klozu şeklen genel şartlar içinde yer almış olsa da durum böyledir. Bu itibarla sözleşmedeki genel şartlara atfın, buradaki tahkim şartını da kapsadığı sonucuna varabilmek ve buna bağlı olarak taraflar arasında bu yolla bir tahkim sözleşmesinin kurulduğundan bahsedebilmek için, atfın tahkim iradesini de yansıtması zorunludur.

Genel şartlara yapılan atıfların burada yer alan tahkim klozunu da kapsayıp kapsamadığı konusunda ileride ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları baştan önleyebilmek için, uluslararası ticaret uygulayıcılarına, sözleşmelerinde yer alan genel şartlara atıf maddesini: "...İşbu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde, <taahkim şartı dahil> ...Genel Şartlar uygulanacaktır" (veyatarihli/sayılı genel şartlar işbu sözleşmenin eki haline getirilmiştir) ya da "Tahkim/Arbitration:Genel Şartlar" tarzında düzenlemeleri tavsiye edilmektedir.

Kuşkusuz, sözleşmede yer alan genel bir atfın her zaman genel şart-

lar içinde yer alan tahkim klozunu kapsamayacağı söylenemez. Bazı hallerde taraflar arasındaki ya da sektördeki mükerrer veya yeknesak uygulamalar, sözleşmedeki tahkim klozu içeren genel şartlara dönük “genel” nitelikteki atfın buradaki tahkim klozunu da kapsadığı, yani tarafların genel şartlara dönük genel bir atıfla buradaki tahkim düzenlemesi üzerinden bir tahkim anlaşmasına vardıkları sonucuna ulaşmaya elverişli olabilir. Burada, taraflar arasındaki ya da sektördeki yeknesak uygulamalar belirleyici olacaktır.

2. Genel şartlara atıf yolu ile burada yer alan tahkim klozu üzerinden tahkim anlaşmalarının kurulabileceği, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 4/II. Maddesiyle de kabul edilmiştir. Maddeye göre:

“Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

Kanun koyucu, tahkim şartı içeren genel şartlara atıfta bulunan tarafların, burada yer alan tahkim düzenlemesi üzerinde de iradelerinin örtüştüğünü farzetmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, prensip olarak, genel şartlara atıf; buradaki maddi karakterli hükümlere yöneliktir. Şeklen genel şartlar içinde bulunmakla beraber, genel şartlara atıf yolu ile taraflar arasında niteliği itibariyle bu sözleşmeden (maddi hukuk sözleşmesinden) bağımsız bir tahkim sözleşmesinin de kurulmuş sayılabilmesi için, bu yönde özel bir iradenin mevcudiyeti gereklidir. Kanun koyucunun, geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların tahkime gitme iradesini aramaksızın, kategorik olarak, sadece tahkim şartı içeren genel şartlara atfı yeterli saydığını söylemek mümkün değildir. Böyle bir yorum tarzı Kanunun tahkim şartı veya sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların tahkime gitme iradesini sözleşmenin kurucu unsuru sayan bir önceki fıkrasına aykırı olur. Bu sebeple 4/II. madde hükmünü, genel şartlar içindeki tahkim düzenlemesinin de kabulü iradesini yansıtan atıflar yolu ile tarafların buradaki tahkim şartı üzerinden tahkim anlaşmaları yapabilecekleri şeklinde yorumlamak gerekir.

3. Uygulamada, tahkim şartı içeren belgelere (veya genel şartlara) atıf yolu ile tahkim sözleşmelerinin yapılmasına konişmentolarda sıkça rastlanmaktadır. Gerçekten de; genel olarak uygulamada konişmentolarda detaylı tahkim klozlarına yer verilmemekte, konişmento hangi Charter Sözleşmesi altında düzenlenmiş ise o Charter sözleş-

mesindeki tahkim klozuna atıf yapılmak suretiyle tahkim anlaşmalarını kurulmaktadır.

Şüphe yoktur ki; bir tahkim şartı veya sözleşmesi, sadece sözleşmenin tarafları bakımından geçerli ve bağlayıcıdır. Uluslararası karakterli taşımalarda, özellikle deniz taşımacılığında taşıtan ile taşıyıcı bir taşıma sözleşmesi (Charter Party) yapmakta ve bu sözleşmeye genellikle tahkim şartı koymaktadırlar. Ancak, taşınan mal, malı temsil eden konişmentonun devri ile taşıtan dışındaki üçüncü kişilere; taşıma sözleşmesine taraf olmayan kişilere geçmektedir. Taşımadan kaynaklanan ihtilafların çözümünde acaba taşıma sözleşmesine taraf olmayan bakımından taşıma sözleşmesindeki tahkim şartı geçerli ve bağlayıcı sayılacak mıdır?

Bu soru, özellikle konişmentonun, charter party ile birlikte kullanılacak konişmento (Bill of Lading to be Used With Charter Parties) tarzında düzenlenmiş ise, çok daha anlamlı olmaktadır.

Taşıyıcı ile gönderilen veya konişmento hamili arasındaki ilişkilerde konişmento esas tutulur (Türk TK. m. 1110). Taşıyıcı ile gönderilen veya konişmento hamili arasındaki taşıma ilişkisinden doğan sorunlarda, taşıyıcı ile taşıtan arasında başlangıçta akdedilen taşıma sözleşmesi ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartından hareket edilemez. Bu sebeple taşıyıcı ile taşıma sözleşmesine taraf olmayan gönderilen veya konişmento hamili ya da bunların halefleri arasındaki taşıma mukavelesinden doğan ihtilafların çözümünde taşıyıcı ile taşıtan arasında yapılan Charter sözleşmesindeki tahkim şartına dayanılmaz.

Ancak, uygulamada "bütün diğer şartlar Charter party'deki gibidir" (all other conditions as charter party) şeklinde, konişmentolarda taşıma sözleşmesine genel atıf içeren hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu hükümle charter sözleşmesi hükümleri konişmentoya taşınmaktadır. Kanaatimizce bu türden genel bir atıfla charter party'deki tahkim klozu konişmentoya aktarılmış olmaz ve taşıyıcı ile konişmento hamili arasında bir tahkim sözleşmesi kurulmuş sayılamaz. Burada, konişmento hamilinin; esas itibariyle teslim, navlun bedelinin tediyesi ve süresterya ücreti.. vs. gibi yüke ilişkin şartlara atıfta bulunan "all other conditions as charter party" şeklindeki konişmento kaydına istinaden açık ve gerçek bir tahkim iradesinden bahsedilemez. İngiliz Hukukunda da konişmento üzerindeki charter sözleşmelerine

yapılan genel atıfların sonuncu sözleşme içindeki tahkim şartını kapsamadığı kabul edilmektedir¹. Bu sonuç, yukarıda 1 Nolu Paragraf altındaki açıklamalarımıza uygun olarak; konişmentodan charter sözleşmesine yapılan genel nitelikteki atfın sadece taşıma ile ilgili klotları (navlun, sürestarya, akdi rehin hakkı, ölü navlun vs.) kapsadığı, taşıma işi ile doğrudan ilgisi bulunmayan tahkim klotunun ise bu atfın dışında kaldığı anlayışına dayanmaktadır². Bununla beraber, İngiliz Mahkemeleri, "The MERAK" davasında, "...Tarihli charter sözleşmesinin tüm kayıt, şart, KLOZ ve istisnaları / All terms, conditions, CLAUSES and exceptions of the charter party dated..." şeklinde tanzim edilen konişmento klotunun, charter sözleşmesindeki tahkim klotunu da kapsadığı sonucuna ulaşmıştır. Burada Mahkeme, konişmento atfında "klot" tabirine yer verilmesinin etkisinde kalmış ve bununla charter sözleşmesindeki tahkim klotunun da konişmentoya taşındığı sonucuna ulaşmıştır³.

Bazı hallerde ise charter sözleşmesindeki tahkim klotu, charter sözleşmesine ve içindeki tahkim klotuna doğrudan atıf yapılmak suretiyle konişmentoya taşınmaktadır. Bu tür konişmentolar üzerine konan kayıtla, konişmento kapsamındaki emtianın nakli ile ilgili olarak taşıyıcı ile taşıtan arasında atedilen (x) tarihli carter partide yer alan tahkim şartı konişmentoya taşınmakta ve böylece konişmento hamilleri bakımından da geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması sağlanmaktadır. Kanaatimizce bu gibi durumlarda, konişmento hamilleri ile taşıyıcı arasındaki ihtilaflar bakımından taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü, burada hamil konişmentoyu ciro yolu ile iktisap ederken, üzerinde charter sözleşmesindeki tahkim klotuna atıf yapan hükmü görmekte ve bu düzenleme ile konişmentoyu temellük etmektedir. Yargıtay 11. Huuk Dairesi de 1983 Tarihli bir kararında:

"Gönderen veya taşıyıcı arasındaki navlun mukavelesinde yer alan tahkim şartı ile yetki anlaşmasının bu anlaşmada taraf olmayan gön-

¹ Bu konudaki İngiliz Mahkeme tatbikatı hakkında bakz: TODD, P; Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading, Journal of Business Law, July Issue, 1997, p.331 vd.; DEBATTISTA, C, Sale of Goods Carried by Sea, 1990-London, p. 172 vd.; ÜLGNER, M. F; Çarter Sözleşmeleri, C.1, İstanbul-2000, Sh. 610 vd.

² Bkz: Yukarıda, dipnot: 1'de belirtilen yazarlar.

³ "Merak" Kararı ile ilgili yorumlar için bkz: TODD (dn. 1), 344 vd.

derilenin halefi olan (sigorta şirketi) davacıya karşı ileri sürülemeyeceğine, TTK. nun 1110. Maddesi uyarınca gönderilen ile taşıyıcı arasındaki ilişkiyi düzenleyen konişmentoda ise bu yönde bir hüküm bulunmamasına göre...”

taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin kurulmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴.

⁴ Yargıtay 11. HD. E. 1983/5142, K. 5268, T. 24.11.1983 (Karar yayınlanmamıştır). Bununla beraber Yargıtay Ticaret Dairesinin E.1958/2336, K.439, ve 12.11.1959 T.li kararında(Karar için bkz: BATİDER, C.1-1961, sh. 279-280) konişmentonun atıfta bulunduğu charter sözleşmesindeki tahkim şartının konişmento hamillerini bağlayabilmesi için, onlar tarafından sözleşmenin imzalanması gerektiğine hükmedilmiştir. Ticaret Dairesinin bu eski içtihadı, tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekle tabi tutmakla beraber, onların maddi geçerliliğini tarafların imzasının bulunması şartına bağlamayan Avrupa Anlaşması(m. VI/2.a), New York Anlaşması(m. VI/a) ve 4486 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu(m. 4/III)na aykırıdır.

Burada, yukarıda değinilen Ticaret Dairesi Kararındaki “imza” hatırlatmasından ilham alarak New York Anlaşmasının II. Maddesindeki düzenlemeyi hatırlatmakta fayda vardır. Şöyle ki; II. Maddeye göre, “yazılı” tahkim şartı veya anlaşmasından kasıt (a) tarafların imzasını havi bir akit içinde yer alan hakem şartı veya müstakil tahkim sözleşmesi ile, (b) taraflar arasında karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda yer alan tahkim şartı veya bu yolla müstakil şekilde yapılan tahkim sözleşmeleridir. Kanaatimizce, maddedeki mektup veya telgraf, o tarihteki yazılı haberleşme vasıtalarıdır ve tahdîdi nitelikte sayılmamıştır. Benzer türdeki fax ve sair elektronik haberleşme vasıtalarıyla gerçekleştirilen sözleşmeler de II madde kapsamında düşünölmelidir.

II. maddeden anlaşılacağı üzere mektup, telgraf veya benzeri haberleşme vasıtaları ile karşılıklı olarak teati edilmek suretiyle akdedilen tahkim şartı veya sözleşmelerinin mutlaka tarafların imzalarını taşımaları şartı aranmamıştır Diğer bir ifade ile bu tür haberleşme vasıtaları ile tahkim iradesinin ortaya konması imza şartına bağlanmış değildir. Burada önemli olan, Borçlar Hukukunun genel prensipleri üzerinde diğer tarafın, sözleşme iradesinin ve hususen tahkime gitme iradesinin ispatlanmasıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi II. Madde, bunun tarafların karşılıklı imzaları ile ispatlanmasını aramamıştır. İlgili taraf, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf veya sair haberleşme vasıtaları ile bir tahkim anlaşmasının (Yazılı Olarak) kurulduğunu ispatladığında, tahkim şartı veya sözleşmesinin içinde yer aldığı yazılı metinlerin tarafların imzalarını taşımalarına gerek yoktur. Nitekim Yargıtay 11. HD de 18.6.1991 Tarihli bir kararında, taraflar arasında karşılıklı teati edilen ve tarafların iradî uyuşmasını tazammun eden yazılı

Karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay'a göre şayet taşıyıcı ile taşıtan arasında akdedilen navlun sözleşmesindeki tahkim şartı açık olarak konişmentoya taşınmış (geçirilmiş) olsa idi, bu şart taşıyıcı ve gönderilen (ve onun halefi olanlar) arasındaki taşımadan doğan sorunlar bakımından geçerli sayılacaktı.

Nitekim, Yargıtay HGK'nun E. 1994/11-765, K. 1995/39 ve 01.02.1995 T.li kararında⁵, Yargıtay 11. HD'nin E. 1995/1903, K. 1995/4235 ve 23.05.1995 Tarihli kararında⁶ ve Yargıtay 11. HD'nin E. 1997/9447, K. 1998/1703 ve 13.03.1998 Tarihli kararlarında⁷ charter sözleşmesindeki tahkim klozuna atıfta bulunan konişmento üzerindeki kayıtların, konişmento hamilleri bakımından geçerli bir tahkim sözleşmesi oluşturdukları hükme bağlanmıştır.

Yukarıda, bazı konişmentoların "Bitişik Konişmento"lar olduğunu, bunların ancak charter sözleşmeleri ile birlikte kullanılabileceğini belirtmiştik. Ancak uygulamada, bunların ekinde charter sözleşmesi olmaksızın yalın halde ciro edildiklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, hamil bakımından bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için konişmento üzerindeki charter sözleşmesine yönelik atfın sözleşmedeki tahkim klozuna açıkça yer vermesi gerekir. Aynı şekilde konişmento "bitişik konişmento" türünden olsa dahi, ekinde charter sözleşmesi mevcut değil ve aynı zamanda konişmento üzerinde atıfta bulunulan charter sözleşmesinin tarihi yoksa, konişmento hamilinin charter sözleşmesindeki tahkim klozu ile bağlılığından bahsedilemez. Çünkü, bu durumda hem -tahkim şartı içeren-

belgelere istinaden İngiltere' deki GAFTA Hakem Mahkemesinin yetkili kılındığı ve tenfize konu hakem kararının dayandığı tahkim şartının geçerli bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Kararın ilgili kısmına göre:

"... Hakem kurulunu içeren teklife, davalının satıcı sıfatıyla cevap vererek akdî ilişki kurulmuş olmasına ve bu şekilde taraflar arasında yazılı biçimde tahkim sözleşmesinin oluştuğunun kabulü ... gerekmiştir"(Aynı yönde bir başka karar için bkz: Yargıtay 11. HD, E.1990/2296, K. 4166, T. 18.06.1991, YKD, C. 17, S. 11/1991, Sh. 1670-1672).

⁵ Yargıtay HGK, E. 1994/II-765, K. 1995/39, T. 01.02.1995 (Karar için bkz: İstanbul Barosu D., C.71, S.2, 1997, Sh. 375 vd.).

⁶ Yargıtay 11. HD, E. 1997/9447, K. 1998/1703, T.13.03.1998 (Karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivinden alınmıştır).

⁷ Yargıtay 11. HD, E. 1997/6753, K.1997/7412, T. 27.10.1997 (Karar yayınlanmamıştır).

charter parti fiilen konişmento ekinde mevcut değildir, hem de konişmento üzerinde –tahkim atfı yer almakla beraber- atıfta bulunulan charter sözleşmesinin tarihi bulunmadığı için atıfta bulunulan sözleşme belli değildir.

4. Ancak, burada önemle belirtelim ki; yukarıdaki açıklamalar, -diğer hukuk sistemleri ile ciddi benzerlik içinde bulunmakla beraber- Türk Hukukuna dayalı açıklamalardır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, soruna uygulanacak hukukun öncelikle araştırılması ve ihtilafın bu hukuk sistemi içinde karara bağlanması gerekmektedir(MÖ-HUK.m. 1,2).

Konışmentodan charter sözleşmesine yapılan atıfla buradaki tahkim şartı üzerinden konişmento hamili bakımından geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulup kurulmadığı meselesi, tahkim şartının maddi geçerliliğine(esasına) uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir.

Tahkim şartının geçerliliğine uygulanacak hukuk hangisidir?

Türk Hukukunda yabancılık unsuru içeren tahkim klozlarının (maddi) geçerliliğine uygulanacak hukuk, ilk defa 4686 Sayılı Kanunun 4/III. Maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre:

“Tahkim anlaşması tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk Hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”

Ancak, hemen belirtelim ki; 4686 Sayılı Kanun sadece “yabancılık unsuru taşıyan” ve “tahkim mahalli olarak Türkiye’nin seçildiği” tahkimlerde uygulanır(4686 Sayılı K. m. 1/II). Dolayısıyla, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği tahkimlerde tahkim şartı veya sözleşmesinin maddi geçerliliğine 4686 Kanunun belirtilen hükmünün uygulanması düşünülemez⁸.

Tahkim klozunun geçerliliğine uygulanacak hukukun hangisi olduğu, esas itibariyle Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlarda düzenlenmiştir. Bu Konvansiyonlar: “Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa Anlaşması” ve “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması”dır. Türkiye her iki Kon-

⁸ 4686 S.lı Kanunun konu ve zaman itibariyle uygulama alanı hakkında bkz: ŞANLI, C; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 2.Bası, İstanbul-2002, Sh. 225 vd.

vansiyona da taraftır⁹. Avrupa Anlaşmasının VI-2/a. Maddesine ve New York Anlaşmasının V/1.a. maddesine göre, tahkim şartının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tarafların bu maksatla belirledikleri hukuktur. Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlar ise, hakem kararının verileceği ülke hukukudur. Bu düzenleme, tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlendiği tahkimlerde uygulanacak olan 4686 Sayılı Kanunun Yukarıda bahsedilen 4/III. Maddesindeki düzenleme ile uyum halindedir.

Buna göre, Türk mahkemelerinde herhangi bir sebeple yukarıda bahsedilen biçimde konişmentolardan charter sözleşmelerine yapılan atıflarla konişmento hamilleri bakımından da geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş olup olmadığı meselesi tartışma konusu olduğunda; ihtilaf, öncelikle tarafların tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa hakem kararının verileceği ülke hukukuna göre çözümlenecektir.

II- Alacağın Temlik İşleminde Temlik Eden İle Borçlu Arasında Aktedilen Asıl Sözleşmedeki Tahkim Şartı Temellük Edeni Bağlar mı?

1. Genel olarak hukuk sistemlerinde alacağın temlik müessesesi kabul edilmiştir. Türk Hukukunda da Borçlar Kanununun 162-172. maddelerinde alacağın temlik(devri) düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklı; alacağını başka bir kimseye devredebilir ve devralan asıl alacaklı yerine geçer.

Alacaklının, borçlunun rızasına ihtiyaç olmadan, alacağını anlaşarak bir kişiye devretmesi "İradî Temlik"(rızaî temlik) olarak ifade edilmektedir¹⁰. Alacağın temlik yolu ile tahkim anlaşmalarının da temellük edene intikal edip etmeyeceği sorunu iradi temlik açısından değerlendirilecektir.

⁹ Türkiye, 08.05. 1991 T. ve 3730 S.lı Kanun ile Avrupa Anlaşmasını onaylamış ve 23.09.1991 T. ve 21000 Nolu Resmi Gazete'de yayınlamış ve yürürlüğe sokmuştur. Aynı şekilde Türkiye New York Konvansiyonunu 08.05.1991 T. ve 3731 S.lı Kanun ile onamış ve 25.09.1991 T. ve 21002 Nolu Resmi Gazete'de yayınlamış ve yürürlüğe sokmuştur (Her iki Konvansiyonun uygulama alanı ve tarafları hakkında bkz: ŞANLI (dn. 8), 219, 266 vd.)

¹⁰ DAYINLARLI, K; Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, 2. Bası, Anka-

İradî temlikte, alacağı temlik edenle temellük edenin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak beyan etmeleri gerekir. Bu itibarla iradî temlik bir akittir ve bu akit temlik edenle temellük eden arasında kurulur.

Türk Hukukunda alacağın temliki sözleşmesinin kurulabilmesi için sadece temlik edenin irade beyanının(icabın) yazılı olması gerekir. Buradaki şekil, "sıhhat şartı"dır. Buna göre, alacağın temliki sözleşmesinin kurulabilmesi için temellük edenin iradesinin şekle bağlı olması gerekmez.

Alacağın temlikinde, temlik eden kişi sözleşme konusu alacak ve fer'ileri üzerindeki "alacaklı" niteliğini kaybeder ve artık alacağın konusu olan edimi talep edemeyeceği gibi, bu edim kendisine sunulsa bile bunu kabul ve tahsil edemez. Ayrıca, alacağı temlik etmekle bu alacak üzerindeki haklar temellük edene geçtiğinden, temlik edenin alacağın tahsilini dava ve talep hakkı kalmaz¹¹.

Yine, alacağın temliki sözleşmesi ile temellük eden, alacaklı olarak temlik edenin yerine geçer. Bu nedenle, alacaklı sıfatıyla temlik edilen alacağın borçlusuna karşı haklarını ileri sürebilir. Bununla beraber, alacağın temlikinde temlik edilen sadece "alacak" olduğundan, temellük eden temlik edenin tüm hukukî durumunu elde etmiş olmaz. Mesela; temlik eden muayyen bir kira sözleşmesinden doğan kira alacağını veya satım sözleşmesinden doğan satış bedelini temlik ettiğinde, asıl sözleşmelerden doğan "kiralayan" veya "satıcı" niteliklerini muhafaza eder. Diğer bir ifade ile alacak, temlik muamelesi ile değişikliğe uğramaz. Bu vesile ile sözleşmelerin devri(Future Option) veya satımı ile alacağın temliki müessesesinin birbirinden farklı olduğunu belirtmekte yarar vardır.

2. Borçlar Kanununun 168. maddesinin 1. Fıkrasında,

"Bir alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri hakları dahil olur"

hükmü yer almaktadır. Buna göre, taraflar arasında aksine sözleşme yoksa, temlik edenin şahsına özgü olanlar dışında kalan tüm rüçhan hakları ve fer'i haklar, alacakla birlikte temellük edene geçer. Alaca-

ra-2000, Sh. 105 vd.; BOZER, A; Borçlar Hukuku(Genel Hükümler), Ankara-2002, Sh. 261 vd.

¹¹ DAYINLARLI (dn. 10), 301.

ğın temlik ile temellük edene geçen fer'i haklar olarak: Kanunî ve akdî faizi, cezai şartı, kefaleti, rehni, hapis hakkını, mülkiyeti muhafaza hakkını, kanunî ipotek hakkını, tapu kütüğüne şerh hakkını, seçimlik bir alacakta alacaklıya tanınmış seçim hakkını... sayabiliriz.

Acaba, temlik edenle borçlu arasında aktedilen sözleşmedeki tahkim şartı da temlikin kapsamına dahil midir? Diğer bir ifade ile alacağın temlik ile temellük eden asıl sözleşme içindeki tahkim anlaşması(şartı)nın tarafı olur mu?

Borçlar Hukuku uzmanları, genel olarak, bu soruya olumlu cevap vermektedirler. Bunlara göre, tahkim şartı da alacağın fer'ileri arasında dır. Aksine bir sözleşme olmadıkça, alacağın devri ile bunun fer'isi konumundaki tahkim şartı da –alacakla birlikte- temellük edene geçer¹².

Tahkim şartı (veya sözleşmesi)nin alacağın fer'ileri arasında sayılması ve buna bağlı olarak alacağın temlik işlemi ile temellük edene geçeceği görüşü, Uluslararası Tahkim Hukukundaki tahkim şartı veya sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesinden(Asıl Sözleşmeden) bağımsızlığı görüşü ile uyumsuzdur. Gerçekten de; kural olarak, Mukayeseli Uluslararası Tahkim Hukukunda tahkim şartı veya anlaşmaları, maddi hukuk sözleşmesinin şeklen bir parçası (bir maddesi/hükmü) olarak düzenlenmiş olsalar dahi, ondan bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Burada, tahkim şartı veya anlaşması ile maddi hukuk sözleşmelerinin konu ve amaç itibariyle birbirinden farklı olmasından hareket edilmektedir. Tahkim şartı veya sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi(asıl sözleşme)nden bağımsızlığı görüşü, 21.06.2001 T. ve 4686 Sayılı (Türk) Milletlerarası Tahkim Kanunu ile de kabul edilmiştir. Kanunun 4/IV. Maddesine göre;

“Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.”

4686 Sayılı Kanunun kabulünden evvelki Yargıtay uygulamasında da tahkim şartı veya sözleşmelerinin –içinde buldukları- maddi hukuk sözleşmelerinden bağımsızlığı ilkesi benimsenmiştir¹³.

¹² DAYINLARLI (dn. 10), 302; ENGEL, P; Traite des Obligations en Droit Suisse, Berne-1997, 881; BOZER (dn. 10), 265.

¹³ Bu yöndeki Yargıtay kararları ve yorumu hakkında bkz: ŞANLI, (dn.8), 293 vd.

Gerçekten de; tahkim şartı veya anlaşmalarının, -bunlar maddi hukuk sözleşmesi(asıl sözleşme) içinde bir madde ya da kloz şeklinde yer almış olsalar da- asıl sözleşmenin bir parçası veya hükmü sayılmaları ve dolayısıyla asıl sözleşmenin fer'ileri cümlesinden mütalaa edilmeleri mümkün gözükmemektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, şekil olarak iç içe düzenlenmiş olsalar da, bu iki sözleşme grubu konu ve amaç itibariyle birbirinden farklıdırlar. Bu sebeple tahkim şartı veya anlaşmaları ile (bunların içinde bulunduğu) maddi hukuk sözleşmelerinin maddi ve şekli geçerlilik şartları, taraflarca açık bir hukuk seçiminin yokluğunda geçerliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesi ve ifa sebepleri ve sonuçları... gibi konularda farklı hukuki rejimlere tabi olmaları gerekmektedir. Bununla beraber; alacağın temlik işleminde temlike konu alacak ile bu alacak ilişkisinden (doğmuş veya ileride) doğacak sorunların çözüm usulünü düzenleyen tahkim klozu arasında bir ilişkinin bulunduğu da bir vakıadır. Tahkim klozu, ait olduğu maddi hukuk sözleşmesinden doğacak sorunların çözüm metodunu düzenlemektedir. Maddi hukuk sözleşmesinden doğan alacak, temlik işlemi ile temellük edene intikal ettirilirken; temlik konusu alacaktan doğan sorunların çözüm usulünü temlik edenin uhdesinde ibka etmek işin mahiyetine ve temlik işleminin amacına uygun düşmeyecektir. Pek çok Fransız Yargıtay kararında belirtildiği gibi, -her ne kadar tahkim şartı veya anlaşması içinde bulunduğu maddi hukuk sözleşmesinden hukuki nitelik itibariyle bağımsız ise de- tahkim şartı maddi hukuk sözleşmenin "ekonomisi"ne dahildir ve sırf bu sebeple, alacağın mukadderatına tabi olmalıdır¹⁴.

14 Fransız Mahkeme kararları ve yorumu için bkz: ULUOCAK, N; Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temlik İle İntikali-Fransız İçtihadı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 19-20, Sayı:1-2, 1999-2000, (Aysel ÇELİKEL'e Armağan), Sh.996 vd. Mesela "Worms" Kararına konu uyuşmazlıkta Fransız Şirketi "Sud Marine", "Dailly" adlı Cezayir Şirketinin bir gemisini tamir ediyor ve taraflar arasında yapılan tamir sözleşmesinde de Milletlerarası Ticaret Odası tahkimi yer alıyor. Daha sonra Sud Marine gemi tamir sözleşmesinden doğan alacağını Worms adlı Bankaya temlik ediyor. Borcun vadesinde ödenmemesi üzerine alacağı temellük eden Banka Fransız Mahkemelerinde alacak davası açıyor. Davalı, tahkim itirazında bulunuyor. İstinaf Mahkemesi, tamamen tarafların iradesine atıfta bulunarak temellük edenin tahkim şartı ile bağlılığı sonucuna ulaşmıştır. Fransız Yargıtayı da İstinaf Mahkemesi kararını onamıştır(Karar aslı için bkz: Rev. Crit. 1999, 537-538. Kararın yorumu için bkz: ULUOCAK (dn. 14), 996 vd.).

Gerçekten de; ticari ve ekonomik sözleşmelerin hazırlanması sırasında, bu sözleşmelerden ileride doğabilecek muhtemel sorunlar ve bunların çözüm yolları, maliyetlere dahil edilmektedir. Buna bağlı olarak sözleşme fiyatı ve teminat şartları, potansiyel ihtilafların kesafetine göre değişmektedir. Bu sebeple, Fransız Yüksek Mahkemesi, temlik konusu alacakla bu alacak ilişkisinden doğan sorunların çözüm usulünü düzenleyen tahkim arasında bir "ekonomik bağlantı" kurmakta ve taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise temellük edenin iradesinin temlik sözleşmesindeki tahkim şartını da kapsadığı kabul edilmektedir. Bizce de bu yorum tarzı doğrudur ve temlik müessesesinin amaç ve niteliğine uygundur.

3. Alacağın temlik yolu ile tahkim şartının temellük edene geçip geçmediği sorunu, alacak ilişkisinden bir ihtilaf çıktığında temellük edenin ya da borçlunun ihtilafı devlet mahkemelerine taşınmasında ortaya çıkmaktadır. Resmi mahkemelerde açılan davada davalı taraf (temellük eden ya da borçlu) tahkim itirazında bulunduğu, mahkeme; alacağın temlik sebebiyle temellük edenin de borçlu ile temlik eden arasında akdedilen sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olup olmadığını tespit etmektedir.

Kanaatimizce sorun, alacak ilişkisine uygulanan hukuk(lex Obligationis)a göre değil, tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre çözümlenmelidir. Türkiye ile birlikte pek çok devletin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu(m. V/1-a) ve Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Anlaşması(m. VI/2) ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(m. 45/f) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu(m. 4/III) hükümlerine göre soruna; yani tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk, öncelikle tarafların bu konuda seçtikleri hukuk; böyle bir hukuk seçimi yok ise hakem kararının verileceği ülke hukukudur. Bu sebeple Türk mahkemesi, alacağın temlik ile temellük edenin borçlu ile temlik eden arasında akdedilen sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olup olmadığını, yukarıda belirtilen düzenlemelerin uygulama alanlarını dikkate alarak, buradaki kanunlar ihtilafı kuralı ile yetkili kılınan hukuka göre çözümlenecektir. Uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu durumda, yukarıdaki çözüm tarzının doğru olacağı; yani temlik eden ile borçlu arasında akdedilen sözleşmedeki tahkim şartının; -alacağın fer'isi olması sebebiyle değilse de, sözleşmenin ekonomisine dahil olması sebebiyle temellük edeni de bağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

III- “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında, Perdenin Önündeki Şirketle Hak Sahibi Alacaklı Arasında Aktedilen Sözleşmedeki Tahkim Şartı ile “Perdenin Kaldırılması” Yolu İle Sorumluluğuna Gidilen (Perdenin Arkasındaki) Şirket Bağlı Mıdır?

1. Gerek Anglo-Amerikan ve gerekse Kıta Avrupası Hukuklarının önemli bir kısmında, tüzel kişiliğin ya da gerçek ve tüzel kişi ayrımını ifade eden “hukuki ayrılık ilkesi”nin sözleşmeden (veya kanundan) doğan sorumluluktan kurtulmak için bir “araç” olarak kullanılmasına izin verilmemektedir. Hukuk sistemlerinde; tüzel kişiliğin ya da gerçek kişi ile tüzel kişinin ayrı hukuki varlıklar olduğu savunmasının sorumluluktan kurtulma aracı olarak kullanılmasının önlenmesi bazen özel hükümlerle, bazen de Türk Medeni Kanununun 2. Maddesindeki düzenleme türünden genel hukuk prensipleri yardımı ile gerçekleştirilmektedir¹⁵.

Tüzel kişiliğin veya ayrı tüzel kişilik savunmasının kötüye kullanıldığı durumlarda, (paravan) tüzel kişiliğin veya “ayrı kişilik savunması”nın nazara alınmamasına, Türk Hukukunda; İngiliz Hukukunun kullandığı “Lifting the veil of incorporation” veya “piercing the corporate veil” deyimlerinden esinlenerek, “peçenin kaldırılması”, “perdenin kaldırılması” ya da “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” denmektedir¹⁶.

1. Hukuk sistemlerinde perdeyi kaldırma veya tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin kabul (meşruiyet) gerekçesi; hukuk normlarının amaçları dışında kullanılmasına izin vermeyerek, tüzel kişiliğin sorumluluktan kurtulma aracı olarak istismarını önlemektir. Teori, perdenin önündeki –çok defa – (paravan) tüzel kişiyi veya bu tüzel kişinin ayrı hukuki kişilik savunmasını nazara almayarak, (onunla birlikte veya münferiden) perdenin arkasındaki asıl gerçek veya tüzel ki-

¹⁵ Anglo-Amerikan, Kıta Avrupası ve Türk Hukuklarında “perdeyi kaldırma teorisi”, hukuki dayanakları ve uygulama örnekleri için bkz: TEKİNALP, G - TEKİNALP, Ü; Perdeyi Kaldırma Teorisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul-1995, Sh. 387 vd.; ATABARUT, İ.S; İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri, M.Ü. Hukuk Fakültesi, Nuri Çelik’e Armağan, C.1, İstanbul-2001, Sh. 481 vd.

¹⁶ TEKİNALP-TEKİNALP (dn. 15), 389.; ATABARUT (dn. 15), 481- Dipnot: 1.

şiyi sorumlu tutmaya imkan vermektedir. Konumuz açısından sorun, sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişilik perdesine sığınan veya ayrı kişilik savunması yapanla hak sahibi-alacaklı arasında aktedilen sözleşmedeki tahkim şartı ile perdenin aralanması yolu ile sorumluluğuna ulaşılan gerçek veya tüzel kişinin bağlı sayılıp sayılmayacağıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, tüzel kişilik perdesini sorumluluktan kurtulma aracı olarak kullanan ve “hukuken sorumlu” gözüken kişi nazara alınmayarak, arkadaki gerçek ya da tüzel kişinin sorumluluğuna dürüstlük kuralının temelleri üzerinde ulaşılmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılığın sonucu olarak perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişinin sorumlu tutulması, “hukuken sorumlu” konumdaki tüzel kişinin taraf olduğu tahkim anlaşmasının sorumluluğuna ulaşılan şahsa da teşmilini gerektirmez. Burada, perdenin arkasında kalan gerçek ya da tüzel kişinin sorumluluğunu temin eden kural(Dürüstlük Kuralı) bir maddi hukuk normudur. Bu norm, tüzel kişilik perdesine sığınan ile hak sahibi/alacaklı arasındaki asıl sözleşmede yer alan (ve bir usul hukuku anlaşması olan) tahkim şartının dürüstlük kuralına istinaden sorumluluğuna gidilen gerçek ve tüzel kişiye teşmilini sağlamaz. Burada, dürüstlük kuralına istinaden sorumluluğuna gidilen şahsın tahkim iradesinden söz edilemez. Yukarıda belirttiğimiz gibi, perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğunu tesis eden maddi hukuk kuralı(Dürüstlük Kuralı), tüzel kişilik perdesine sığınan ile hak sahibi arasındaki –tahkim şartı da içeren- sözleşmenin aynen ve yeniden sorumluluğuna gidilen gerçek ve tüzel kişi arasında kurulmasını sağlamamakta; sadece sözleşmenin maddi hükümlerinden doğan hak ve borçlar bakımından perde arkasındaki gerçek ve tüzel kişinin sorumluluğunu sağlamaktadır. Bu sebeple biz, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulaması çerçevesinde, tüzel kişilik perdesine sığınan ile hak sahibi/alacaklı arasında aktedilen sözleşmedeki tahkim şartına dürüstlük kuralına istinaden sorumluluğuna gidilen şahsın taraf olamayacağını düşünmekteyiz.

Bununla beraber, tüzel kişilik perdesine sığınan ile hak sahibi/alacaklı arasında aktedilen sözleşmedeki tahkim şartına dürüstlük kuralının temelleri üzerinde sorumluluğuna gidilen kişinin de taraf olup olmayacağı meselesi, tahkim şartının (maddi) geçerliliğine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Buradaki açıklama, maddi geçerlilik

şartları bakımından Türk Hukukuna tabi tahkim klozları ile sınırlıdır. Bu sebeple tahkim şartının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun hangisi olacağına ilişkin yukarıda II/3 altında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Ancak, önemle belirtelim ki; bir tahkim şartı veya sözleşmesinin maddi geçerlilik şartlarının ne olduğu ve bu şartlara uygulanacak hukukun tespitinden evvel; taraflar arasında “şeklen” geçerli, yani yazılı şekilde yapılmış bir tahkim şartı veya anlaşmasının mevcudiyeti gerekmektedir. Şekli anlamda böyle bir anlaşma bulunmadan, tahkim şartı veya anlaşmasının maddi geçerlilik şartları ve bu şartlara uygulanacak hukukun hangisi olacağı meselesi üzerinde durulmaz. 2002 yılı itibariyle 130 civarında ülkenin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonunun II/2. Maddesine göre tahkim şartı veya anlaşmalarının şeklen geçerliliği, “yazılı şekilde” yapılmalarına bağlıdır. Anlaşmaya göre “Karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi” yazılı şekilde yapılmış tahkim şartı veya anlaşmaları sayılmıştır. Bu düzenleme Türkiye’nin de taraf olduğu Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Anlaşmasının I/2-a. Maddesinde ve Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. Maddesinde tekrarlanmıştır.

Bu vesile ile tahkim şartı veya anlaşmalarının şeklini düzenleyen yukarıdaki Andlaşma ve Kanun hükümlerinin tahkim şartı veya anlaşmalarının şekli geçerlilik şartlarını düzenleyen maddi kurallar olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Bu sebeple, Türk mahkemelerinde görülmekte olan –tenfiz davaları dahil- herhangi bir davada bir tahkim şartı veya anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığı tartışma konusu olduğunda; herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralından geçerek uygulanacak hukuk araştırması yapılmadan, mahkeme doğrudan yukarıda zikredilen Kanun veya Andlaşmadaki kuralları uygulayarak karar verecektir.

Perdeyi kaldırma teorisinin uygulamasında, dürüstlük kuralının temelleri üzerinde sorumluluğuna gidilen gerçek veya tüzel kişi ile hak sahibi/alacaklı(Davacı) arasında New York Konvansiyonu m. II/2, Avrupa Anlaşması m. I/2.a ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4 anlamında şeklen mevcut ve geçerli bir tahkim şartı veya anlaşması bulunamayacaktır. Bu sebeple de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çer-

çevesinde açılan davalarda sorumluluğuna gidilen gerçek ve tüzel kişinin, tüzel kişilik perdesine sığınanın taraf olduğu tahkim anlaşması ile bağlı sayılması mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca, hususen belirtelim ki; ihtilafların genel çözüm mercii devlet mahkemelerdir. Tahkim istisnai bir ihtilaf çözme yoludur ve tamamen tarafların özel iradeleri ile bu yolun kullanılması mümkündür. Bu sebeple, perdenin gerisinde bulunan gerçek ve tüzel kişinin belirli şartlarda sorumluluğunu temin eden dürüstlük kuralından yola çıkarak; tüzel kişilik perdesinden yararlanan ile hak sahibi/alacaklı arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının yorum yolu ile genişletilerek birinciye de teşmili mümkün gözükmemektedir. Bu yön, Yüksek Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16.05.2002 günlü bir kararında da vurgulanmıştır. Karara göre:

“Tahkim şartı, bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir sözleşmedir. Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı Mulla DURDURAN ile davalı Ata Yatırım Menkul Kıymetler AŞ. arasında aktedilmiştir. Her ne kadar sözleşme davalı Şirketi temsilen sözleşme tarihinde müdür yardımcısı diğer davalı Emel DURAK tarafından imzalanmış ise de, temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı sözleşmenin tarafı olmayan adı geçen davalıya teşmil edilemez.

Öte yandan Şirket temsilcisinin davacıya ait menkul kıymetleri satarak zimmetine geçirdiğine ilişkin iddia da tahkimin bu haksız eylemi nedeniyle davalı Emel DURAK'a teşmilini haklı kılmaz. Çünkü, uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesi esastır. Tahkimde çözümlenmesi istisnai bir nitelikte olup, sözleşmenin taraflarını bağlar”

Görüldüğü gibi Daire, haklı olarak taraflar arasında aktedilen sözleşme içindeki tahkim şartının sözleşmeyi imzalayan temsilciye ve temsilcinin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna uygulanacak biçimde genişletilmesine(teşmiline) izin vermemiştir¹⁷.

¹⁷ Yargıtay 19. HD, E. 2002/7495, K. 2002/6932, T. 24.10.2002. (Karar yayınlanmamıştır).