



YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI YÜKSEK LİSANS TEZİ

**SERMAYE ŞİRKETLERİNDE
ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARIN
TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ**

YAĞMUR TÜRKEŞ

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. BİLGEHAN YEŞİLOVA

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS

SUNUM TARİHİ: 14.11.2023

BORNOVA/ İZMİR
12/2023

JÜRİ ONAY SAYFASI

Jüri üyeleri olarak bu tezi okuduğumuzu ve kapsam ve kalite bakımından Yüksek Lisans tezi olarak uygunluğunu onaylıyoruz.

Jüri Üyeleri:

İmza:

Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova

Yaşar Üniversitesi

.....

Doç. Dr. Ali Murat Sevi

Yaşar Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göksu

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yücel Öztürkoğlu
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZ

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Yağmur TÜRKEŞ

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

Danışman: Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA

2023

Gerek hızlı olması gerekse gizli olması sebebiyle şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi oldukça avantajlıdır. Başta Almanya ve İsviçre olmak üzere Kıta Avrupası Hukuklarında şirket içi uyuşmazlıklar hakkında birçok çalışma yapılmış ve söz konusu çalışmalar neticesinde bu konu özelinde meydana gelen tahkim yargılamaları sırasında meydana gelen birçok soruna çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Ülkemizde de kayda değer gelişmeler yaşanmaktadır. Tahkim iradesi, tahkime elverişli şirket içi uyuşmazlıklar, yargısal temel haklar olan eşitlik ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, hakem seçimi ve yargılamaların birleştirilmesi çalışmamızın odak noktasını oluşturmaktadır.

Çalışmamız temelde iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde esas sözleşmede yer verilen tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği ve şirket içi uyuşmazlıkların konu objektif tahkime elverişliliği ele alınmıştır. Bu kapsamda özellikle tahkim iradesi ve tahkime elverişlilik konusunda tartışmalı uyuşmazlıklar irdelenmiştir.

İkinci bölümde ise çok taraflı tahkimin meydana getirdiği sorunlar; özellikle hakem seçimi, tarafların eşitliği ilkesi ve paralel yargılamalar kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bölümde son olarak paralel yargılamalara, yalnızca şirket içi uyuşmazlıklar özelinde yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Şirket Esas Sözleşmesinde Tahkim Şartına Yer Verilmesi, Tahkime Elverişlilik, Eşitlik İlkesi, Hakem Seçimi

ABSTRACT

RESOLUTION OF INTRA-CORPORATE DISPUTES IN THE WAY OF ARBITRATION IN CAPITAL COMPANIES

Yağmur TÜRKEŞ

LL,M, Department of Private Law

Advisor: Assoc. Prof. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA

2023

It is preferable to resolve intra-corporate disputes in the way of arbitration because it is both fast and confidential. Since one party is the company and the other party is the shareholders, many problems arise in these multiparty arbitration proceedings. Many studies have been conducted on the subject, especially in Germany and Switzerland. Significant developments are also taking place in Turkey. The consent to arbitration, the arbitrability of intra-company disputes, the principle of equality, the right to be heard and the effects on the appointment of arbitrators and consolidation are the main focus of Study.

Study basically consists of two parts. In the first part, the arbitration agreement in the articles of association is examined in terms of substantive validity and arbitrability. In this context, especially the consent of arbitration and the arbitrability of controversial disputes are analyzed.

In the second part, the problems arising from multiparty arbitration are evaluated, particularly with respect to the appointment of arbitrators, the principle of equality of the parties and the right to be heard. Finally, parallel proceedings are analyzed only in the context of intra-corporate disputes.

Keywords: The Arbitration Clause in the Articles of Association, Arbitrability, Equality Principle, Appointment of Arbitrators

TEŞEKKÜR METNİ

Tez alıŐmasının planlanmasında, yazılmasında, tamamlanmasında ilgi ve desteğini esirgemeyen, araŐtırmaya ve sorgulamaya teŐvik eden, saygıdeğer danıŐmanım sayın Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova, Jüri üyeleri Doç Dr. Ali Murat Sevi ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göksu'ya; Hayattaki en büyük şansım olan aileme, annem Sermin Banu Türkeş ve babam Mustafa Türkeş'e teŐekkürlerimi sunarım.

Yağmur Türkeş

İzmir 2023



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Yağmur Türkeş

2023



İÇİNDEKİLER

JÜRİ ONAY SAYFASI	ii
ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
TEŞEKKÜR METNİ	v
YEMİN METNİ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	x

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİMİN GEÇERLİLİĞİ

§1. ESAS SÖZLEŞMEDE TAHKİM ŞARTININ MADDİ GEÇERLİLİĞİ	5
I. GENEL OLARAK	5
II. EMREDİCİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ	8
A. Genel Bilgiler	8
B. Tahkim Şartının Emredici Hükümler İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi	12
C. Halka Açık Şirketlerin Esas Sözleşmesinde Tahkim Şartına Yer Verilmesi	14
III. TEK BORÇ İLKESİNE AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ	19
IV. TAHKİM ANLAŞMASININ MADDİ ESAS SÖZLEŞME HÜKMÜ NİTELİĞİ TAŞIMASI	19
V. ÖNGÖRÜLMESİ HALİNDE ESAS SÖZLEŞMEDE YER ALMASI ZORUNLU HÜKÜM OLMASI	26
VI. TAHKİM İRADESİ	29
A. Genel Olarak	29
B. Mukayeseli Hukuk	29
1. Alman Hukuku	29
2. İsviçre Hukuku	32

C. Türk Hukuku	38
1. Doktrindeki Öneriler	38
2. Görüşümüz	43
3. Tahkim Şartının Esas Sözleşmeye Sonradan Eklenmesinde Gereken Nisap	50
§2. ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARIN OBJEKTİF TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ	51
I. GENEL OLARAK	51
II. ORGAN KARARLARININ İPTALİNE VEYA GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN DAVALAR	56
A. Genel Kurul Kararının İptali Davası	56
B. Genel Kurul Kararının Butlanı ve Yokluğunun Tespiti	65
C. Yönetim Kurulu Kararlarının İptali ve İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Kararına Karşı Açılan İptal Davası	67
III. SORUMLULUK DAVALARI	67
IV. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARILMAYA İLİŞKİN DAVALAR	71
V. ŞİRKETİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN DAVALAR	72
A. Genel Olarak	72
B. Anonim Şirketler ve Limited Şirketlerde Haklı Nedenle Fesih Davası	73
VI. ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ	77
A. Genel Olarak	77
B. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	78
C. Özel Denetçi Atanması	79
D. Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmasını Sağlama Ve Gündeme Madde Ekletmenin Tahkime Elverişliliği	81
E. Değerlendirmemiz	81
ARA SONUÇ	83

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASINDAKİ ÖNEMLİ BAZI SORUNLAR

§1. ÇOK TARAFLI TAHKİM	84
I. Genel Olarak	84
II. İhtiyari Tahkimde Yargısal Temel Hakların Korunması	86

III. Hakem Heyetinin Oluşumu	91
A. Genel Olarak	91
B. Şirket İçi Uyuşmazlıklarda Hakem Heyetinin Kurulması	95
§2. PARALEL YARGILAMA PROBLEMİ	96
I. GENEL OLARAK	96
II. ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARDA ORTAYA ÇIKAN PARALEL YARGILAMA ÖRNEKLERİ	99
III. PARALEL YARGILAMA PROBLEMİNİN ÖNÜNE GEÇİLMESİ	102
A. Tahkim İlk İtirazı	102
B. Yargılamaların Birleştirilmesi	102
C. Yargılamaya Müdahil Olma	107
D. Bekletici Mesele	111
E. Koordinasyon Görüşmeleri	114
F. Aynı Hakem Heyetinin Atanması	114
G. Dava Karşıtı Emir	115
SONUÇ	118
KAYNAKÇA	124

KISALTIMA LİSTESİ

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AktG	: Alman Paylı Şirketler Kanunu
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art	: Article
AY	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
C	.: Cilt
CCP	: Hollanda Medeni Usul Kanunu
Concordat	: Concordat sur l'Arbitrage (1969)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DIS	: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Alman Tahkim Enstitüsü)
EC 44/2001	: Regulation Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 On jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements and commercial matters
eTBK	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Gmb-Gesetz	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Limited Şirket)
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: HMK
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILA	: International Law Association (Uluslararası Hukuk Derneği)
ICC	: International Chamber of Commerce

ICSID	: International Center for the Settlement of International Dispute
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi
Karş.	: Karşılaştırınız
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NYS	: 1958 Tarihli New York Sözleşmesi
PIL	: Private International Law (IPRG, Bundesgesetz XVI über das internationale Privatrecht)
UNCITRAL	: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZPO	: Zivilprozessordnung

ICSID	: International Center for the Settlement of International Dispute
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi
Karş.	: Karşılaştırınız
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NYS	: 1958 Tarihli New York Sözleşmesi
PIL	: Private International Law (IPRG, Bundesgesetz XVI über das internationale Privatrecht)
UNCITRAL	: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Mahkemelerde yargılamanın aleni olması, şirket sırlarının ortaya çıkması sebebiyle iç ilişkide huzursuzluk yaratabildiği gibi dışarıya karşı da itibar kaybedilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bununla birlikte, yargılamayı yürütecek hakem heyetinin, bizzat taraflarca uyuşmazlığı çözebilecek kabiliyette kişilerden seçilmesi, tarafların kendi ihtiyaçlarına göre (örneğin şirketin türüne göre) yargılama usulünü şekillendirebilmeleri tahkimi şirket içi uyuşmazlıkların çözümü bakımından avantajlı bir seçenek olarak karşımıza çıkarmaktadır.

Devlet mahkemesinde yargılamalar uzun yıllar boyunca sürmektedir. Yargılamaların uzun sürmesi de anlaşmazlıkların şahsileşmesine, başka dava ve taleplerin eklenmesine neden olmaktadır. Pay sahipleri ve şirket arasındaki bu çekişmeler, şirket faaliyetlerini de olumsuz anlamda etkileyebilir. Birçoğu tahkime elverişli olan şirket içi uyuşmazlıkların, alanında uzman hakemler tarafından hızlıca çözüme kavuşturulması, ihtilafların daha kompleks bir yapıya bürünmesinin önüne geçebilir.

Bu kapsamda, pay sahipleri ile şirket arasında meydana gelebilecek bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin kararlaştırılacağı en olağan yer, esas sözleşmedir. Esas sözleşme, anonim şirketin temel düzenini oluşturan, şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin şirkete ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerinin düzenlendiği, özel yazılı şekle tâbi, katılıma açık, çok taraflı bir sözleşmedir¹. Bir sermaye şirketinin kurulması için bir esas sözleşmenin düzenlenmesi zorunludur (TTK m. 336, TTK m. 575)². Esas sözleşme, şirketin anayasasını oluşturur ve şirket organizasyonunun yanı sıra ilgililerin, şirket ve birbirleriyle ilgili hak ve yükümlülüklerini düzenler³. Esas sözleşme, iç ilişki ve elverdiği ölçüde dış ilişki açısından emredici kanun hükümlerinden hemen sonra uygulama alanı bulur. Esas

¹ MOROĞLU, Erdoğan, “Makaleler: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010 s. 515; AYOĞLU, Tolga, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 47; YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, Uluslararası Tahkim Sempozyumu 25-26 Nisan 2019/Ankara, Yetkin, Ankara 2020 s. 286; Limited ortaklıklarda şirket sözleşmesi de aynı niteliği taşımaktadır. HAMAMCIOĞLU, Esra, “Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 9-10.

² Yaşar, s. 287; Limited ortaklıkta “Şirket Sözleşmesi” olarak ifade edilmektedir (Hamamcıoğlu, s. 28-29).

³ Hamamcıoğlu, s. 29.

sözleşme, limited şirketlerde ise “şirket sözleşmesi” adını almaktadır. Özel olarak şirket sözleşmesi ve esas sözleşme arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinilmedikçe, esas sözleşme terimi, şirket sözleşmesi için de kullanılmıştır.

Pay sahipleri ve şirket arasındaki uyuşmazlıklar, daha hızlı ve barışçıl şekilde çözülebilir. Günümüz globalleşmiş dünyasında çok uluslu şirketlerde meydana gelen uyuşmazlıkların daha güvenilir şekilde çözülmesini sağlar. Esas sözleşmeye tahkim şartı konulması, yeni bir uygulama olması sebebiyle çözümlenmesi gereken tahkim yargılamasına özgü sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda Türk hukukunun yanında, İsviçre hukukundaki güncel kanun değişiklikleri başta olmak üzere özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer ülkelerin mevzuatlarına ve yargı kararlarına da değinilmiştir.

Şirket içi uyuşmazlıklar, pay sahipleri ile şirket arasında, şirketler hukuku düzleminde meydana gelen uyuşmazlıklar olarak çalışmamızda kaleme alınmıştır. Pay sahipleri sözleşmeleri çalışmamızın dışındadır. Bu tür uyuşmazlıklardan yalnızca şirketler hukuku düzleminde meydana gelen uyuşmazlıklar ile etkileşime geçtiği hallerde bahsedilmiştir.

Şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yargılaması ile çözümünün mümkün olması, yatırımcılar açısından riski azaltırken hukuki öngörülebilirliği de arttıran bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de bu yönde birçok çalışma yapılmaktadır.

Çalışmamız, anonim, limited ve paylı komandit şirketler olan sermaye şirketleri özelinde hazırlanmıştır. Özellikle anonim ve limited şirketlerin sayıca fazla olması sebebiyle bu şirket türleri üzerinde durulmuştur.

Esas sözleşme, tescilden önce ve tescilden sonra farklı hukuki niteliğe bürünür. Karma görüşe göre şirket tüzel kişilik kazanmadan önce kurucular tarafından imzalanan esas sözleşme bir sözleşme niteliğindedir. Tescil edildikten sonra kısmen de olsa objektif normlar bütününe dönüştüğü ifade edilir. Bu görüş uyarınca sonradan pay sahibi olanlar, esas sözleşme objektif normlar bütünü olduğu için yasal rol ve işlevi gereği bağlı olurlar⁴.

⁴ BAHTİYAR, Mehmet, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi”, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 s. 15-31; KARASU, Rauf, “Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”, 2. Bası, Yetkin Kitabevi ,

Sermaye şirketlerine hakim olan emredicilik ilkesi, esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin borçlar hukuku niteliğini zayıflatmakta ve taşıdıkları özel karakteri vurgulamaktadır. Tescil aşamasından sonra şirket sözleşmesi, normatif bir nitelik kazanır⁵.

Emredicilik ilkesi, tahkim şartının maddi geçerliliği ile doğrudan ilgilidir. Bu ilke uyarınca esas sözleşmeye bir hüküm konulması, ancak kanunda açıkça düzenlendiği takdirde mümkündür. Bu kapsamda esas sözleşmede tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği gerek mukayeseli hukukta gerek Türk hukukunda tartışılmıştır. Çalışmamızda bu tartışmalara ve görüşlere de yer verilmiştir.

Çalışmamızda sermaye şirketlerinde meydana gelebilecek uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine yoğunlaşmıştır. Tahkime elverişlilik, esas itibariyle sözleşme özgürlüğüne kamu düzeniyle sınır çizilmesidir. Uyuşmazlık türlerinin konu itibariyle tahkime elverişliliği ise “objektif tahkime elverişlilik” olarak ifade edilir. Bizim esas aldığımız tahkime elverişlilik, objektif tahkime elverişlilik kavramından daha geniş olup tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamıyla doğrudan ilgilidir. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması halinde hem tahkim şartının geçersiz olması hem de hakemlerin yetkisinin bulunmaması gündeme gelir⁶. Zira şirket içi uyuşmazlıklar, bu uyuşmazlıklara özgü emredici usul kurallarını da beraberinde getirmektedir. Hakemler, icra edilebilir bir karar ortaya çıkarabilmek için bu hükümleri uygulamak durumundadır⁷.

Ankara 2015, s. 30-31; Ayoğlu, Tahkim, s. 47- 55; Limited ortaklık şirket sözleşmesi için benzer bir inceleme için bkz. Hamamcıoğlu, s. 23-27 Karş.; Esas sözleşme tescil edildikten sonra niteliğinin değişmediğini, sözleşmesel niteliğini sürdürdüğünü savunulmaktadır Bu kapsamda, esas sözleşme değişikliğinin tescilden itibaren sözleşme yerine karar şeklinde bir işlem aracılığıyla gerçekleştirilebilmesini, esas sözleşmenin hukuki niteliğinde herhangi bir fark yaratmayacağını savunmaktadır. Tescilden sonra karar alma artık genel kurul tarafından gerçekleştirilir. Nihayetinde bu da kolektif bir iradeyi ortaya koymaktadır. Bu görüş uyarınca sonradan pay sahibi olanlar, katılma iradesiyle esas sözleşmeye tabi olurlar (VEZİROĞLU, Cem, “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 216-224).

⁵ BAHTİYAR, Mehmet, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi”, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 50; Hamamcıoğlu, s. 8-9.

⁶ YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi”, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2008, s. 319; HUYSAL, Burak, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 154,199.; Ayrıca Bkz. VISCASILLAS, Maria P. Perales, “Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (Editör: MİSTELİS, Loukas/ BREKOULAKİS, Stavros), Kluwer Law Internatinal, 2009 ss. 285.

⁷ Viscasillas, s. 285.

Her ne kadar tahkim şartının tarafı olsalar da tahkim yargılamasına taraf olmayan pay sahipleri, üçüncü kişi konumunda olup yargılama sonucu ortaya çıkan hakem kararından doğrudan etkilenecektir⁸. Bu noktada yargısal temel hakların korunması önem taşımaktadır⁹.

Çalışmamızın ilk bölümde, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı ve tahkime elverişli şirket içi uyuşmazlıklar tanıtılmıştır. Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının geçerliliği, hukuki statüsü ve yeni pay sahiplerinin tahkim anlaşması ile bağlılığı detaylıca ele alınmıştır. Uyuşmazlık türleri detaylıca tanıtılmış ve tahkime elverişliliği değerlendirilmiştir. Doktrinde yazarlar tarafından hazırlanan örnek tahkim şartları da incelenmiştir.

İkinci bölümde, şirket içi uyuşmazlıklar özelinde çok taraflı tahkimin karakteristik özelliklerine değinilmiştir. Adil yargılanma hakkı ve hakem heyetinin oluşumu ele alındıktan sonra, paralel yargılama problemine değinilmiştir. Paralel yargılamalarda şirket içi uyuşmazlıklar ile bu uyuşmazlıklarla etkileşime geçtiği ölçüde sözleşmesel uyuşmazlıklar, somut örnekler üzerinden ele alınmıştır. Sonuç kısmında, tespit ettiğimiz hususlar göz önünde bulundurularak örnek bir tahkim şartı hazırlanmıştır.

⁸ Viscasillas, s. 289; YILDIRIM, Burçin, “Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, (Danışman: YASAMAN, Hamdi), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, İstanbul, s. 37.

⁹ Ayrıca Yeşilova, s. 341-342.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİMİN GEÇERLİLİĞİ

Ş1 ESAS SÖZLEŞMEDE TAHKİM ŞARTININ MADDİ GEÇERLİLİĞİ

I. GENEL OLARAK

Şirket içi tahkim anlaşması, bir ticari şirketin pay sahiplerinin esas sözleşmeye koyduğu tahkim şartından ileri gelmektedir¹⁰. Bu anlaşma uyarınca, şirket içinde bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu uyuşmazlığın çözümünde hakem heyeti yetkili hale gelir¹¹.

Şirket içi uyuşmazlıklarda tahkim şartının nerede düzenlendiği, davalıların tayini açısından önem arz etmektedir. Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı, şirketler hukuku düzleminde meydana gelen, şirketin organizasyonu ve faaliyetleri ile doğrudan ilişkili uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlenir¹². Esas sözleşmede öngörülen tahkim şartı meydana gelen her uyuşmazlıkta değil yalnızca tahkime elverişli uyuşmazlıklar yönünden uygulanabilir¹³.

Bu kapsamda uyuşmazlık, şirket ile pay sahipleri/üyeleri arasında, şirket ile yöneticileri/müdürleri arasında, şirket ile denetçileri arasındaki, pay sahipleri/üyeleri ile yöneticileri/müdürleri arasında ya da yönetici/müdürlerin birbirleri arasında meydana gelebilir. Pay sahiplerinin birbirleri arasında meydana gelen pay sahipliği

¹⁰ ESEN, Emre, “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili”, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 133; Ayrıca GÖKSU, Mustafa, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim”, Temel Hukuk Dizisi, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, 2023, s. 135.

¹¹ Esen, s.133.

¹² Huysal, s. 294; BERGER, Bernhard/KELLERHALS, Franz, International And Domestic Arbitration In Switzerland (Third Edition), Beck/Hart, 2015, s. 155; GEİSINGER, Elliott/MERMER, Sinem, “Şirket Esas Sözleşme ve İç Yönergelerindeki Tahkim Şartları”, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, (Editör: AKINCI, Ziya/ YASAN TEPETAŞ, Candan), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 1, 2018, s. 48-49; Yaşar, s. 286.

¹³ KREINDLER, Richard/ WOLFF, Reindmar/ RIEDER, Markus, “Commercial Arbitration In Germany”, Oxford University Press, 2016, s. 46, 50; Ayoğlu, Tahkim s. 75; VEZİROĞLU, Cem, “Tahkim Yargulaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinde Düzenlenen Tahkim Şartının Geçerliliği”, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 9.

sıfatından ileri gelen uyuşmazlıklar, pay sahipleri sözleşmesinden doğacağı için bu kapsamda değildir¹⁴.

Tüm pay sahiplerini bağlayıcı niteliği gereği esas sözleşme, tahkim kaydına yer verilmesi hususunda “*en doğal yer*” olarak tanımlanmıştır¹⁵. Tahkim yargılaması, mahkemeler gibi aleni olmadığından ve ticari ihtiyaçları bilen uzman kişiler tarafından yürütüldüğünden, özellikle kapalı şirketler olmak üzere birçok şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerini karşılamaktadır¹⁶. Nitekim tahkime elverişlilik ve esas sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerliliği hususları halen uygulamayı ve doktrini meşgul ettiğinden; tahkim şartına esas sözleşmede değil pay sahipleri sözleşmesinde yer verilmesi daha yaygındır¹⁷.

Bugün için merkezi Türkiye’de bulunan şirketlerin esas sözleşmelerinde, tahkim şartına yer verilmesi yaygın değildir¹⁸. Ancak bu konuda kayda değer düzenlemeler yapılmakta ve çalışmalar yürütülmektedir.

Kuruluş aşamasından önce tahkim şartı, kurucuların iradesiyle esas sözleşmeye koyulabilir. Esas sözleşme, kuruluş aşamasında sözleşmesel niteliği haiz olup kurucuların serbest iradeleri doğrultusunda hazırlanır; imzalanır ve kurulur¹⁹. Şirkete sonradan katılan pay sahipleri, esas sözleşmeyi yürürlükte olduğu haliyle kabul etmiş sayılırlar. Katılıma açık sözleşme olması sebebiyle sonradan pay iktisap edip şirkete

¹⁴ Geisinger/Mermer, s. 47-49.

¹⁵ MARKERT, Lars, “*Arbitrating Corporate Disputes German Approaches And International Solutions To Reconcile Conflicting Principles*”, Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), vol 8, no. 1, May 2015, s. 39; 1990’ların sonunda Arthur Andersen, Andersen Danışmanlık ve uluslararası Arthur Andersen çatı şirketi olan “*Andersen Worldwide Soci ete Cooperative*” arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, sözleşme ve iç yönergelerde yer alan tahkim şartı dolayısıyla tahkimde  oz lmesi sebebiyle dikkat çekmiştir (Geisinger/Mermer, s. 47).

¹⁶ Geisinger/ Mermer, s. 45; Halka açık şirketlerde sınırsız sayıda potansiyel pay sahibi olması söz konusudur. Pek tabiki bu şirketlerde meydana gelen uyuşmazlıkların tahkim yoluyla  oz mlenmesi hususunda ülke hukuku belirleyici olur. Halka açık şirketlerde Almanya, tahkim şartının geçersiz olduğu kabul etmekte ise de ABD’de tahkim şartının geçerliliği desteklenmektedir (Markert, s. 39).

¹⁷ VEZİROğLU, Cem/ÇEVİKBAŞ, Kadir; “*İstanbul Ticaret Sicili’ ne Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler*”, 3.12.2021, (<https://Hukukbulteni.Khas.Edu.Tr/Bulten/60>).

¹⁸ Ayoğlu, Tahkim s. 230; AYOğLU, Tolga, “*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının  oz münde Paralel Yargılama Problemi*”, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi (Istac) Yayınları- 1, 2018, s. 102.

¹⁹ POROY, Reha/TEKİNALP,  nal/ AMOğLU, Ersin “*Ortaklıklar Hukuku I*”, 13. Bası, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2014 s. 309; Bahtiyar, s. 24-25; Geisinger/Mermer, s. 52.

katılan pay sahipleri, halihazırda mevcut esas sözleşmenin hazırlanmasına etki ve katkıda bulunamazlar; esas sözleşmenin müzakeresini talep edemezler²⁰.

Kuruluş aşamasından sonra ise tahkim şartı, esas sözleşme değişikliği yolu ile kararlaştırılabilir²¹. Bu sebeple şirkete sonradan katılanlar, mevcut esas sözleşme hükümlere tabi olurlar. Ancak pay sahiplerinin şirkete girmeme ve girdikten sonra da esas sözleşme hükümlerin değiştirilmesi hususunda istediği yönde oy kullanma hakkı olduğu açıktır. Esas sözleşmenin katılıma açık niteliği gereği şirkete sonradan katılan kişiler ya sözleşmeyi mevcut haliyle kabul eder ya da pay sahibi olmaktan vazgeçerler²². Sonradan katılan pay sahiplerinin esas sözleşmeye tabi olmasının sebebinin şirketler hukukunun esas sözleşmeye objektif normlar bütünü anlamı yüklemesiyle yasal rolü ve işlevinden kaynaklandığı görüşü de savunulmaktadır²³.

İsviçre’de adi şirketlerde ortaklar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim anlaşması yapılabilmesi hakkında genel bir kabul söz konusuydu. Ancak anonim ve limited şirketlere karşı temkinli yaklaşılmaktaydı²⁴. İsviçre’de, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu’ndan (OR) önce bu hususta bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde doktrinde birçok tartışma mevcuttu²⁵. Benzer tartışma ülkemizde de mevcuttur. Bu tartışmaları dört başlık altında toplamak mümkündür.

1) Esas sözleşmedeki tahkim şartının hukuki niteliğine tartışılmıştır. Tahkim şartı esas sözleşmeye konulduğu zaman korporatif hüküm yani *lex specialis* haline gelip gelmediği tartışılmıştır.

²⁰ Bahtiyar, s. 10-11; ETİRLİ, Burak, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt No: 8, Sayı No: 32, 2019; Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, s. 2022.

²¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 309; Ayoğlu, Tahkim 42; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 17.

²² Bahtiyar, s. 11; Payı devralan kişinin esas sözleşmedeki tahkim şartıyla bağlı olmak istememesi durumunda TBK m.30 vd. düzenlenen yanılma hükümleri uyarınca pay devri işleminin iptalini isteyebilir (Etirli, s. 2022).

²³ Ayoğlu, Tahkim, s. 51.

²⁴ ERDEM, Ercüment, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 67-84, s. 71.

²⁵ Erdem, İTOTAM, s. 73.

2) İkinci tartışma, şirkete yeni katılan pay sahipleri için bağlayıcı olup olmadığına ilişkindir. Bu bağlayıcılığın nasıl sağlanacağı konusunda bir belirsizlik söz konusudur.

3) Bir başka tartışma da genel kurulda aranacak çoğunluğa ilişkindir. Kural, esas sözleşme değişikliğinde oybirliği aranmasıdır. Adi çoğunluğa dayanan bir esas sözleşme değişikliği, pay sahiplerinin menfaatine uygun olmayabilir²⁶.

4) Diğer bir tartışma ise tahkim şartının tek borç ilkesine aykırı olup olmamasıyla ilgilidir²⁷.

Tahkim anlaşması için öngörülen şekil şartı, tarafların tabii hâkimden ayrıldıklarının farkında olmalarını sağlayarak tarafların korunması ve bu hususta delil yaratma amacı taşır²⁸. Tahkim anlaşması ya yazılı olmalıdır (HMK m. 412/III; MTK m 4/II; NYS m. 2/I).

Konumuzda tahkim şartının şekli geçerliliği hakkında özellik arz eden bir durum yoktur. Şirketin kuruluşunda kurucular tarafından imzalanan esas sözleşmedeki tahkim şartı ya da esas sözleşmenin tadili üzerine tahkim şartının yer aldığı genel kurul kararı yazılılık şartını yerine getirir²⁹. Esas sözleşmenin tamamı tescil edilir (TTK m. 354, TTK m. 587). Böylelikle tahkim şartı şekil şartını sağlamış olur.

Çalışmamızda öncelikle esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının geçerliliği incelenmiştir. Devamında ise tahkim yargılamasında özellik arz eden durumlar ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

²⁶ Esas sözleşme değişikliği, nitelikli çoğunluğa bağlanabileceği gibi oybirliği de öngörülebilir. (Erdem, İTOTAM, s. 74).

²⁷ Erdem, İTOTAM, s. 73-74.

²⁸ STEINGRUBER, Andrea Marco, “*Consent In International Arbitration*”, Oxford International Arbitration Series, 2012, s. 105; Yeşilova, s. 253; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 436; Ayoğlu, Tahkim, s. 39.

²⁹ Tahkim anlaşması ya yazılı olmalıdır (HMK m. 412/III; MTK m 4/II; NYS m. 2/I). Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 20, 22; Geisinger/ Mermer, s. 55. Doktrinde uygulama açısından ise hisse devri sözleşmesinde esas sözleşmede tahkim şartı olduğuna ilişkin bir ifadeye yer verilmesi yaşanabilecek olası sorunların önüne geçilmesi bakımından isabetli olacağı belirtilmiştir (MEKENGECİ, Merve Acun, “*Türk Şirketler Hukukundaki Bazı Durumlarda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Sorunu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68. C: 1, 2019, s. 17; Kayıklık, s. 161, dn.101). Çalışmamızda bu yönde bir ifadeye yer verilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Detaylı açıklamalarımız için Şimdilik Bkz. Birinci Bölüm 1, VI, C, 2.

II. EMREDİCİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Bilgiler

Şirket içi uyuşmazlıkların çözümünde tahkime gidilebileceğine ilişkin TTK’da açık bir düzenleme mevcut olmadığından tahkim şartının geçerliliği, sermaye şirketlerinde hakim olan “emredicilik ilkesi” kapsamında değerlendirilmelidir³⁰. Emredicilik ilkesi ile sözleşmesi serbestisi sınırlandırılmaktadır³¹. Emredicilik ilkesi, halka açık ve kapalı şirketlerde farklı sorunlara sebebiyet verir³².

Emredici hükümler ilkesi, yalnızca sözleşmenin maddi nitelikli hükümlerine uygulanacağından tahkim şartına şekli esas sözleşme hükmü atfedildiği takdirde bu denetime tabi olmaz. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadıktan sonra kararlaştırılabilir³³.

Emredicilik ilkesinden (TTK m. 340, TTK m. 579) ancak Kanun’da buna açıkça izin verilmişse sapılabilir. Bu düzenleme, doktrinde yazarlar tarafından farklı şekilde yorumlanmıştır³⁴.

İlk görüş, hükmün lafzını esasa alarak, TTK hükümlerinin aksinin esas sözleşmede öngörülebilmesinin mümkün olmadığı yönündedir³⁵. İlgili düzenlemenin lafzıyla sıkı sıkıya bağlı olunmasının en önemli sonucu, yapılacak esas sözleşmelerin tek tip olmasıdır³⁶. İkinci görüş ise TTK m. 340’ ın gerekçesinden yola çıkmakla birlikte hükmün anlamı ve amacının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır³⁷.

³⁰ Etirli, s. 2001.

³¹ Karasu, s. 45; MOROĞLU, Erdoğan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler”, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 150-151; Hamamcıoğlu, s. 35; Yaşar, s. 288.

³² Halka açık şirketlere ilişkin Bkz. Birinci Bölüm Şİ, II.A, 1, c.

³³ Ayoğlu, Tahkim, s. 32-33; METİN, Umut, “Şirketlerde Yönetim Kurulu Krizleri ve Çözüm Yolları”, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2022 s. 452.

³⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 26-33; KAYIKLIK, Abdurrahman, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 36 , S. 4, 2020 s. 158; Büyüksağış, s. 73-74. Benzer bir tartışma Alman hukukunda da mevcut olmakla birlikte modern eğilim ikinci görüş etrafında gelişmektedir. (Karasu, 172-173; Ayoğlu, Tahkim, s. 29).

³⁵ İsviçre’de her ne kadar genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olduğunu kabul edilse de Concordat’ın yazılı beyan istemesinin pratikte tahkimde görülmesini oldukça sınırladığını ifade etmiştir. (MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 300).

³⁶ Hamamcıoğlu, s.35; Emredicilik ilkesinin katı yorumlanması, Türk kanun koyucusunun bilinçli tercihidir. Bu itibarla tahkim sözleşmesi maddi hüküm niteliği kazanamaz. Şekli hüküm olarak tahvil edilse dahi anonim ortaklık tahkim anlaşmasının tarafı olamaz. (HELVACI, Mehmet; “Sermaye Ortaklarına Özgü Davalarda “Tahkime Uygunluk” İle İlgili Değerlendirmeler”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, İstanbul 2022, s. 110).

³⁷ BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 233-234; Karasu, s. 50-52; Ayoğlu, Tahkim, s. 28 vd.; ÇELEBİ, Ali Ergin, “Şirketler Topluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı” GÜHFD, No. 2, 2018, s.564-565;

Bu yönde bir sapma, kanunda açıkça öngörülmüşse ya da öngörülmemiş olmakla birlikte hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi göz önüne alındığında uygun görülebiliyorsa mümkün olur³⁸.

Alman Paylı Şirketler Kanunu (AktG) 23/5. maddesi, TTK'daki emredici hükümler ilkesinin kaynağıdır³⁹. Bu düzenleme anonim şirketlere ilişkin olup Alman hukukunda limited şirketlere ilişkin düzenleme getiren GmbH-Gesetz' de emredicilik ilkesi düzenlenmemiştir. Bu şekildeki düzenlenmenin amacı anonim şirketlerde daha çok pay sahibinin bir araya gelerek daha büyük bir sermayenin toplanabilmesi sebebiyle, pay sahibi olmak isteyen kişinin esas sözleşmenin belirli, değiştirilemez asgari standart üzerine şekillendiğini bilmesi ve buna güvenmesinin istenmesidir⁴⁰. Bu sebeple limited şirketlerin esas sözleşmesine tahkim şartı konulması tartışma konusu olmamış; tartışmalar anonim şirketler düzleminde gerçekleşmiştir⁴¹.

Bu hüküm *“esas sözleşme bu kanundaki hükümlerden ancak buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Esas sözleşmenin tamamlayıcı nitelikteki hükümleri, bu Kanunda sınırlayıcı hüküm bulunmaması halinde geçerlidir.”* şeklindedir. Bu maddenin tamamlayıcı hükümler ile ilgili ikinci kısmı TTK'ye alınmamıştır⁴².

Yaşar, s. 300-301; Etirli, s. 2003-2004; MILDON, Yasemin, *“Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem İle Bağlantılı Paralel Yargılamalar”*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 13; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 15-17; ARTIK, Sezin Aktepe, Medeni Usul Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m.439), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.407; Kayıklık, s. 158; Yaşar, s. 300-301; Etirli, s. 2002.

³⁸ PULAŞLI, Hasan, *“Şirketler Hukuku Şerhi”*, Cilt I, II, III, 3. Bası, Adalet, Ankara 2018, §29, N.28; BALAK, Ahmet Can, *“Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı”*, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 9-15, s. 11.

³⁹ KIRCA, İsmail, *“Anonim Şirketler Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 178 vd., Ayoğlu, Tahkim, s. 30, DUVE, Christian, *“Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”*, *“Arbitration in Germany”* (Editör: BÖCKSTİNGEL, Karl-Heinz/ KRÖLL, Stefan Micheal/ NACIMIENTO, Patricia); Kluwer Law International, 2008, s.989; Hamamcıoğlu, s. 37-39.

⁴⁰ Hamamcıoğlu, s. 38; Esas sözleşmede sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması hakkındaki eleştiriler için bkz. Karasu, s. 127-129.

⁴¹ Helvacı, İTOTAM, s. 105.

⁴² Duve s. 989; Maddenin çevirisi için bkz. Karasu, s. 59 dn. 54; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, §29, N. 29; Yaşar, s. 289. Bu düzenleme ile TTK m. 340 arasında bazı farklılıklar vardır. Sapma, kanun hükmünün başka bir kuralla değiştirilebilmesi ve böylece anasözleşmede kanunda öngörülen kuraldan başka bir düzenleme getirilmesini ifade etmektedir (Hamamcıoğlu, s. 37, dn. 108).

Bunun yerine kaynak yasada yer almayan “diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” hükmüne yer verilmiştir⁴³.

TTK m. 340’ın gerekçesinde maddenin ikinci kısmının alınmaması, Sermaye Piyasası Kanunu (SPK), Türk Borçlar Kanunu (TBK), Finansal Kiralama Kanunu (FKK) gibi anonim şirketlere ilişkin kanunlara kendi konuları kapsamında serbesti tanımak olduğu belirtilmiştir⁴⁴. Bu kanunların kendi alanlarına özgülenerek TTK’ye müdahalede bulunamamaları hedeflenmiştir. Nitekim bu hüküm, eTTK’da yer almayan yeni bir hükümdür. eTTK’da açıkça yasaklanmamış her konunun esas sözleşmede düzenlenebileceği kabul edilmekteydi. TTK’da ise esas sözleşmenin

⁴³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, §29, N.29.

⁴⁴ TTK m.340’ın gerekçesi şu şekildedir: “Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. AktG 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde birçok karşıtı vardır; Türkiye’de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını, ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel pay sahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez.

Diğer yandan bu hüküm dolaylı bir şekilde bir mutlak pay sahipliği ve azlık hakkı da yaratmaktadır. Her iki hakkın da anılan haklardaki dava listesini zenginleştirdiği şüphesizdir. Ayrıca, kanunda emredici nitelik taşımayan birçok hüküm bulunduğu gerçeğinin de hükmün bir örnek esas sözleşmeler yaratacağı eleştirisinin haklılık temellerini sorgulanabilir hâle getirdiği de muhakkaktır.

Madde, ikinci cümlesinde Alman hükmünden ayrılmaktadır. Cümlenin amacı, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum güçlüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımaktır. Hüküm uyarınca bu kanunlar kendi alanlarına özgülenecek, TTK’ye müdahalede bulunamayacaktır. Yargı kararlarının da bu ilkeye özenle hayat vereceği düşünülmektedir.

340 ıncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına, şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir.

Hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lafzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.”; Tescile gelen evrakların kanuni şartlara uygun olup olmadığı, kamu düzenine uygun olup olmadığı, üçüncü kişileri yanıltıcı olup olmadığı, gerçeği yansıtmıyıp yansıtmadığı ticaret sicili tarafından incelenir (KANSOY TEMEL, Fatmagül; “Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri”, 16 Ekim 2021, İstanbul 2022, s.19).

ancak TTK hükümlerinde açıkça izin verilmişse sapabileceği düzenlenerek esas sözleşmenin içeriği bakımından sözleşme serbestisinin sınırları daraltılmıştır⁴⁵. Hükümün gerekçesine bakıldığında; bu hükmün kabulündeki en önemli sebeplerden birinin pay sahiplerini korumak olduğu görülmektedir⁴⁶.

İsviçre hukukunda emredicilik ilkesi ya da benzeri bir hüküm bulunmadığından esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi hakkında bu kapsamda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁷.

B. Tahkim Şartının Emredici Hükümler İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi

Emredici hükümler ilkesini tahkim şartı özelinde irdelenecek olursak, öncelikle bu hükmün esas sözleşmeye konuluş amacı üzerinde durmak gerekir. Emredici hükümler ilkesinin temelinde esas sözleşmeye belli bir standart getirerek hukuki güvenilirliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması; mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin haklarının korunması; azınlık pay sahiplerinin, çoğunluk pay sahiplerine karşı korunabilmesi vardır⁴⁸.

Bu hususta ilk olarak Alman hukukunun konuya yaklaşımını değerlendirmek gerekir. Burada hâkim görüş tahkim şartının emredici hükümler ilkesine aykırı olduğunu ifade ederken, modern görüş ise aykırı olmadığını savunmaktadır. Nitekim, zamanla modern görüşün güçlenip Federal Mahkemesi kararlarını bu yönde etkilediği gözlemlenmektedir.

Hâkim görüşe göre, emredici hükümler ilkesi, pay sahipleri ile yatırımcıları, esas sözleşmede yer alan “şaşırtıcı kayıtlardan” korur. Emredici hükümler ilkesini düzenleyen AktG m. 23/IV ve genel kurul kararlarının iptali davaları hakkında şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunu düzenleyen m. 246/III birlikte değerlendirildiğinde, tahkim şartını şaşırtıcı hüküm olarak nitelendirilmektedir. 1996 Tarihli Arbitrability I kararı⁴⁹ bu yöndedir⁵⁰. Nitekim bu görüşü savunan bazı yazarlar, tahkim şartının tamamlayıcı hüküm olarak nitelendirilip esas sözleşmeye eklenebileceğini kabul eder⁵¹. Doktrindeki hakim

⁴⁵ Ayoğlu, Tahkim, s. 26; Karasu, s. 45.

⁴⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, §29, N.29-32, Gerekçe m. 340.

⁴⁷ Ayoğlu Tahkim, s. 30; Helvacı, İTOTAM, s. 105.

⁴⁸ Duve, s. 989; Karasu, s. 46-48; Hamamcıoğlu, s. 37.

⁴⁹ Bkz. Birinci Bölüm §2, II, A

⁵⁰ Yaşar, s. 290.

⁵¹ Yaşar, s. 291.

görüŖe göre, borsaya açık olmayan Ŗirketler için esas sözleşmede yer verilmesi bile ayrıca bir tahkim sözleşmesi yapılabileceğini önermiştir. Bu görüş, emredici hükümler ilkesinin dolanılması anlamına geldiğinden bahisle eleştirilmiştir⁵². Kaldı ki, Arbitrability I kararı üzerine, 2009 tarihli Arbitrability II kararı verilmiş ve limited Ŗirket esas sözleşmeye tahkim şartı konulabilmesi, hatta tüm pay sahipleri üzerinde etki doğurabileceği hükme bağlanmıştır⁵³. Çağdaş tahkim anlayışı ve yapılan Ŗiddetli eleştiriler sayesinde bu gerekçe geçerliliğini yitirmiştir⁵⁴.

Modern görüş ise, emredici hükümler ilkesinin daha yumuşak yorumlanması suretiyle esas sözleşmeye tahkim şartının eklenebileceğini savunmaktadır. Yine bu görüş, AktG m. 246/III'ün devlet mahkemesine gidilmesi durumunda görev ve yetkiyi gösterir. Bu sebep, emredici hükümler ilkesine aykırı olacağı sonucuna varmamaktadır⁵⁵. Günümüzde, mukayeseli hukukta mahkemelere verilen bu yetkinin aykırılık oluşturmayacağı konusunda fikir birliği mevcuttur⁵⁶.

Bu bilgiler ışığında modern görüşü destekleyen yazarlar, payları borsaya kote olmayan anonim Ŗirketler ile limited Ŗirketler arasında bir fark kalmadığını, bu sebeple emredici hükümler ilkesinin engel teşkil etmesinin hiçbir gerekçeyle açıklanamadığını ifade etmektedir⁵⁷.

Sonuç itibariyle, Alman doktrininde bir görüş birliği halen mevcut değildir. Ancak modern görüşün Federal Mahkemesi kararlarını Ŗekillendirecek kadar güçlü ve tutarlı olduğu ortadadır⁵⁸. Gerçekten de, kanımızca amaç pay sahiplerinin eşit düzeyde korunması ise, emredici hükümler ilkesinin esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasına engel teşkil etmesi için hiçbir sebebi yoktur⁵⁹.

Ayrıca, konumuz dahilindeki uyuşmazlıkların tahkime engel olmadığını düşünmekteyiz. Zira emredicilik ilkesi hakemler tarafından da gözetilmek

⁵² Yaşar, s. 291-292.

⁵³ Huysal, 310, Yaşar, s. 293.

⁵⁴ Huysal, 310.

⁵⁵ Huysal, s. 310; Duve, s. 989-990; Yaşar, s. 292.

⁵⁶ Huysal, 310.

⁵⁷ Yaşar, s. 293; Mevcut düzenleme, esas sözleşmeye tahkim kaydı konulmasına engel teşkil etmez. Ancak *de lege feranda* TTK m. 340'a "Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebilir." şeklinde bir hüküm eklenmesi düşünülebilir (ÇELEBİ, Ali Ergin, "Ŗirketler Topluluğunda Hâkim Ŗirket Pay Sahiplerinin Bağlı Ŗirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2018, s. 569).

⁵⁸ Pulaşlı, Ŗirketler Hukuku Şerh II, §35, N.243; Ayoğlu, Tahkim, s. 29; Kırca, s.183.

⁵⁹ Duve, s. 1004.

durumundadır. Hakem, şirket esas sözleşmesi ya da genel kurul kararının tahkime elverişliliği konusunda bir denetim zaten yapar⁶⁰.

Tahkime gidebilmek için “mahkeme lehine yargı tekeli yaratılmamış” olmalıdır⁶¹. Zira emredicilik kuralı, tamamlayıcı nitelikte hükümler konulmasına mâni değildir. Kaldı ki, TTK’da anonim şirketler ve limited şirketler için TTK’da bir düzenleme bulunmasa da TTK m. 561’in gerekçesinde tahkim sözleşmesi yolunun açık olduğu da belirtilmiştir⁶².

Sonuç itibariyle esas sözleşmede yer alan tahkim şartının emredicilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği düşüncesini benimsemekteyiz.

C. Halka Açık Şirketlerin Esas Sözleşmesinde Tahkim Şartına Yer Verilmesi

Halka açık şirketlerde meydana gelen uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, hisse senedi değerinin manipülasyon ve spekülasyona maruz kalmasının önüne geçilmesi açısından oldukça avantajlı⁶³ olsa da bu şirketlerin esas sözleşmesine tahkim şartı konulabilmesi veya uygulanabilmesi hakkında ayrıca bir değerlendirme yapmak gereklidir. Halka açık şirketlerde yatırımcılar, kapalı şirketlerdeki pay sahiplerinin aksine yatırım yaptıkları şirket ile yakın bir ilişki içinde değillerdir⁶⁴. Halka açık şirketlerde tahkime elverişlilik konusunda fikir birliği yoktur⁶⁵.

Kapalı şirketler için Hollanda, Finlandiya, Avusturya, İsveç, İtalya, İspanya ve Brezilya, tahkim şartına esas sözleşmede yer verilebilmesi konusunda yasal düzenlemelere sahip ülkelerdir. Fransa, ABD ve İngiltere’ de ise şirketin esas

⁶⁰ Genel kurul kararlarının iptali ve butlanı davalarının tahkim yoluyla görülmesi için bir düzenleme yapılması gerekmektedir (Karasu, s. 174).

⁶¹ Yeşilova, s. 335; Huysal, s. 310; Duve, s. 990; VISCAILLAS, Maria P. Perales; “Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (Ed, Loukas A. Mistelis/ Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, 2009 s. 288; Karasu, s. 174; PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, “Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku”, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2634; Yaşar, s. 301.

⁶² Karasu, s. 174; Ayoğlu Tahkim, s. 31; Anonim şirket esas sözleşmesine tahkim şartı koymanın emredicilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ancak limited şirketler ve şahıs şirketlerini halefiyet dolayısıyla bağlar. (CAN, Hacı/TUNA, Ekin, “Milletlerarası Tahkim Hukuku”, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 233-239).

⁶³ Yıldırım, Şirket İçi, s. 21.

⁶⁴ Yıldırım, Şirket İçi, s. 69.

⁶⁵ Viscasillas, s. 291.

sözleşmesine tahkim şartı konulması genel kabul görmektedir⁶⁶. Halka açık şirketler için ise yeknesak bir uygulama mevcut değildir⁶⁷. Fransa ve İspanya, halka açık ya da kapalı ayrımı yapmaksızın tahkim anlaşması yapılmasına imkân tanırken, Almanya ve ABD’de olumsuz bir yaklaşım vardır⁶⁸.

Bu tür şirketler, kapalı şirketlerden farklı dinamiklere sahiptir. Hakim pay sahibi sınıfının yanında spekülâtif hareketlerle oluşan fiyatlandırmalardan kâr sağlamaya çalışan bir sınıf da vardır. Bu şirketlerde TTK’dan farklı olarak SPK’da farklı davalar düzenlenmiştir⁶⁹.

ABD’de, Securities and Exchange Commission (SEC), şirket içi uyuşmazlıkların çözümü için tahkim şartına izin vermemektedir. Hatta, bir şirket halka arz olacağı ve esas sözleşmesinde tahkim şartı varsa, bu şartın çıkarılmasıyla halka arz mümkün olur. Gerekçe olarak da küçük yatırımcıların korunması ve onların dava açma haklarının ortadan kaldırılması gösterilmektedir⁷⁰. SEC’in bu olumsuz bakış açısı, kimileri tarafından desteklenmiş; kimileri tarafından da eleştirilmiştir⁷¹. SEC’in bu politikası halen ABD’de belirleyicidir⁷².

2009 tarihli “Arbitrability II” kararında Alman Federal Mahkemesi, esas sözleşmede yer verilecek tahkim şartının geçerliliğini tüm pay sahiplerinin tahkim şartına rıza göstermesine ve tahkim yargılamasına aktif şekilde katılma imkânı tanınmasına bağlamıştır⁷³. Bu sebeple Alman hukukunda, pay sahibi çok olan halka açık şirketler için tahkim şartının uygun düşmediği kabul edilmektedir⁷⁴.

⁶⁶ Erdem, İTOTAM, s. 71; ALTAY, İsmail, “Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı Uyuşmazlıkların Tahkim İle Çözümü”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, İstanbul, 2022, ss. 29-66, s. 48.

⁶⁷ Altay, s. 49.

⁶⁸ Viscasillas, s. 290-291; Erdem, İTOTAM, s. 71-72.

⁶⁹ SPK m. 23 ve 24’de ayrılma (çıkma) hakkı, SPK m. 25 ve 26’da zorunlu pay alım teklifi, SPK m. 27’de de ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı düzenlenmiştir. Bu konular çalışmamızın kapsamı dışındadır (Altay, s. 31).

⁷⁰ Ayoğlu, Tahkim, s. 15

⁷¹ Ayoğlu, Tahkim, s. 17-20

⁷² 1994 Tarihli Salomon Inc. Kararında, dolayısıyla zarar sebebiyle açılan sorumluluk davasında, davacı pay sahibinin aslında şirketin yerine geçtiği ve davalının da yönetim kurulu üyeleri olduğu, bu sebeple tahkim anlaşmasının pay sahibini de bağlayacağı ifade edilmiştir (Ayoğlu, Tahkim, s. 21-22). American Yüksek Mahkemesi, 1987 yılında “Shearson/American Express Inc. v. Mc Mahon” davasında sermaye piyasası mevzuatından doğan davaların tahkime elverişli olduğu yönünde karar vermiştir (Altay, s. 50).

⁷³ Bkz. Birinci Bölüm § 2, I, B, 2.

⁷⁴ RAESCHKE-KESSLER, Hilmar; “The Arbitrability of Intra-Corporate Disputes in a German GmbH – A Comment on OLG Frankfurt am Main, 2010”, in: Essays in Honour of Hans Van Houtte,

Alman doktrininde ZPO § 1066'nın tüm şirket tipleri için çok büyük bir öneme sahip olduğunu ifade edilmiş⁷⁵, halka açık şirketlerin esas sözleşmesine tahkim şartı koyulamayacağını; ancak belirli bir pay sahibi sayısı olan kapalı anonim şirketler için bu madde karşılığında tahkim şartı koymanın mümkün olduğunu savunulmuştur⁷⁶.

OR Art 697n halka açık- kapalı şirket ayrımı gözetilmeksizin tüm pay sahiplerini kapsayacağı, düzenlenmiştir. Yani İsviçre'de halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesinde bir engel yoktur⁷⁷. İspanyol hukukunda da benzer şekilde ayırım yapılmaksızın esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceği düzenlenmiştir⁷⁸.

İspanyol Hukukunda, halka açık- kapalı şirket ayrımı yapılmaksızın, şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilebileceği öngörülmektedir. İtalya'da, kapalı şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesine olanak tanınmış olmasına rağmen halka açık şirketler için bu imkân, açıkça yasaklanmıştır. Hong Kong'da ise halka açık şirketlerin esas sözleşmesinde tahkim şartı bulunması zorunludur⁷⁹.

Halka açık olan Royal Dutch Shell Plc⁸⁰ ve Kone Oyj⁸¹ şirketlerinin esas sözleşmelerinde tahkim şartı olması örnek olarak sunulmuştur⁸².

2012, Intra-Corporate, s. 130; Ayoğlu, Tahkim, s. 15; Halka arz veya ikincil piyasadan satın alma yoluyla hisse alımında tahkime yönelik gerçek bir zımnî rızanın görülüp görülemeyeceği ve tüketicilerin korunması hakkında yazılılık koşulunun sağlanması temel sorundur. Bu nedenle, örneğin, Alman hukuku kapsamında bir ortaklık kurulurken, genel ortaklar ortaklığı yönetmeleri nedeniyle tüketici değil tacir olarak kabul edilirken, sınırlı ortaklar tüm ortaklar için şekil şartlarına uymak zorunda kalacaktır. (Markert, s. 37-38); Sınırlı ortaklar, genel ortaklardan daha sıkı şekil şartlarına tabidir (Sandrock, s. 430).

⁷⁵ İlgili madde hakkında bkz. Birinci Bölüm §1, II, A, 5, b, ii.

⁷⁶ Raeschke-Kessler, s. 130; Aynı yönde Markert, s. 37-38.

⁷⁷ Ayoğlu, Tahkim, s. 23-24; Helvacı, İTOTAM, s. 106.

⁷⁸ 60/2003 sayılı Tahkim Kanunu'nun mükerrer 11. maddesinin (art. 11-bis) ilk fıkrasında düzenlenmiştir (Ayoğlu, s. 24).

⁷⁹ Ayoğlu, Tahkim, s. 24-25.

⁸⁰ İlgili esas sözleşme hükmü şu şekildedir: "Article 138- Arbitration: Unless article 139 applies: (A) All disputes: (i) between a shareholder in that shareholder's capacity as such and the company and/or its directors arising out of or in connection with these articles or otherwise; and/or (ii) so far as permitted by law, between the company and any of its directors in their capacities as such or as employees of the company, including all claims made by or on behalf of the company against any or all of its directors; and/or (iii) between a shareholder in that shareholder's capacity as such and the company's professional service providers; and/or (iv) between the company and the company's professional service providers arising in connection with any claim within the scope of sub-paragraph (A)(iii), shall be exclusively and finally resolved under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("ICC") (the "ICC Rules"), as amended from time to time...". Ayoğlu, Tahkim, s. 18 n.22

Türk doktrinde ağırlıklı görüş, tahkim şartının mümkün olmadığı yönünde olup bu konuda farklı gerekçeler ileri sürülmüştür.

Bir görüş, tahkim şartına halka açık şirketlerin esas sözleşmesinde yer verilmesini, bu hükme maddi esas sözleşme niteliği atfedildiği takdirde mümkün olduğunu ifade etmiştir⁸³.

Bu konu doktrinde, emredicilik ilkesi kapsamında da değerlendirilmiştir. Halka açık şirketlerde emredicilik ilkesinin daha sıkı yorumlanacağını ifade edilmiştir. Bu kapsamda, sözleşme özgürlüğünden yoksun küçük yatırımcıların tahkime başvurmak konusunda bir müzakere gücü olmadığını ifade edilmiştir⁸⁴.

Doktrinde, halka açık şirketlerde pay sahipliği yatırıma yönelik olduğundan, tahkim anlaşmasına rızanın tespitinin daha zor olduğu da değerlendirilmiştir. Bu konuda sermaye piyasası kuralları çerçevesindeki bilgi verme yükümlülüğü dâhilinde açıklama yapılması gerektiği tartışılmasına değinilmiştir. Bir görüş, halka açık şirketlerin paylarının piyasada sahip oldukları değere, tahkim anlaşması dikkate alınarak ulaşıldığı, bu nedenle değeri kabul etmenin tahkim anlaşmasına rıza göstermek anlamına geldiği yönündedir. Ancak, bu şekildeki zımnî bir rızanın, tahkim kurumunun iradî niteliği ile de bağdaşmadığı ileri sürülmüştür⁸⁵.

Halka açık şirketlerde, hamiline yazılı pay senetleri üzerinde esas sözleşmede tahkim şartı olduğuna ilişkin bir ibare olması halinde yeni pay sahibinin bu şarta tâbi olup olmayacağı sorunu da üzerinde durulması gereken bir başka sorun olarak ele alınmıştır. Hisse senetlerine, hisselerin yeni pay sahibinin tahkim şartına rızası olmadıkça devredilemeyecekleri yönünde bir ibare konulmasının mümkün olduğu savunulmuştur⁸⁶.

⁸¹ İlgili esas sözleşme hükmü şu şekildedir: “§ 12 *Arbitration-Disputes between the company, on the one hand, and the Board of Directors, a member of the Board of Directors, the Chief Executive Officer, an auditor or a shareholder, on the other, regarding the application of the Limited Liability Companies Act or these Articles of Association shall be settled by arbitration in compliance with the provisions of the Limited Liability Companies Act and the Arbitration Act.*” (<https://www.kone.com/en/investors/governance/articles-of-association/>)

⁸² Erdem, İTOTAM, s. 72.

⁸³ Tahkim şartının şekli esas sözleşme hükmü olduğundan olumsuz sonuca ulaşılmıştır (Ayoğlu, Tahkim, s. 25).

⁸⁴ Veziroğlu, Arbitration, s. 788-789.

⁸⁵ Yıldırım, Şirket İçi, s. 91-92.

⁸⁶ Türk Hukuku'nda kıymetli evraklarda yer alan tahkim şartının geçerli kabul edildiğini ifade etmiştir (Yıldırım, Şirket İçi, s. 91-92).

Doktrinde emredicilik ilkesinin kapalı şirketler için gerekli olmadığı; zira emredicilik ilkesinin halka açık şirketlerde yönetme amacı olmaksızın yalnızca kâr alma amacıyla gelen pay sahipleri için olduğu savunulmaktadır⁸⁷. Zira emredicilik ilkesini halka açık şirketlerde gerekli kılan koşullar, kapalı şirketlerde zorunlu değildir. Borsa dışında bir yolla şirkete pay sahibi olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip bilinçli bir şekilde karar vermektedir. Müstakbel pay sahipleri, yalnızca kâr ile değil; yönetim ile de ilgili oldukları için kapalı bir şirkete pay sahibi olma saiki taşırlar. Bu sebeple müstakbel pay sahiplerinin pay sahibi olmadan önce pay sahiplerinin yükümlülüklerini, şirketin organlarının hangi yetkilere sahip olduğunu öğrenmek amacıyla şirket esas sözleşmesini incelemeleri beklenebilir. Uygulamada müstakbel pay sahipleri, şirket hakkında tüm bilgileri edinip bilinçli olarak ortak alma kararı almaktadır. Bu kapsamda azlığı korumak için, eşit işlem ve pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün yeterli bir güvence sağladığı ifade edilmiştir⁸⁸.

Kanun ile düzenlenmek şartıyla halka açık şirketler için de tahkim yolunun tercih edilebileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda,

- Sonradan pay satın alan pay sahiplerinin tahkim iradesinin netleştirilmesi adına, halka açık şirketler, hatta borsa şirketleri farklı bir pazarda işlem görebilir. Bu pazar ya da bilgilendirme platformunda, tahkim şartını kabul etme iradesiyle birlikte pay satın alınır. Hong Kong ve Brezilya'da benzer bir uygulama mevcuttur⁸⁹.
- Uyuşmazlıklar, uzman tahkim merkezlerinde özel tahkim kurallarıyla çözümlenmelidir. Merkezler ticaret odaları, borsalar ve Merkezi Kayıt Kuruluşu ile işbirliği içinde olabilir ve dava açıldığı takdirde pay sahiplerini bilgilendirmek üzere bir platform kurabilir⁹⁰.

⁸⁷ Halka açık bir şirketten borsadan hisse alanlar, yalnızca hisse senedinin güncel alış satış fiyatını gördüklerinden (ve buna önem verdiklerinden) esas sözleşmenin öngörülebilir olması büyük önem taşır. Özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketlerde büyük sermaye olduğundan, emredici hükümler ilkesi şirketle ilişki içinde olan menfaat sahiplerini korumaya hizmet eder (Karasu, s. 102-103); Emredicilik ilkesinin komple kanundan çıkarılması gerektiğini savunulmaktadır (Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 152).

⁸⁸ Buna ek olarak kapalı ortaklıklarda pay sahipleri şirketin yabancılaşmasını istemezler. Emredici hükümler ilkesi, şirketin kişisel niteliklerini korumasını zorlaştırır (Karasu, s. 127-129).

⁸⁹ Altay, s. 49.

⁹⁰ Altay, s. 50.

- Hakemler, tahkim merkezleri tarafından atanmalı ve uyuşmazlık bu tahkim merkezinin kuralları uygulanarak çözülmelidir. Tahkim kurumu sekreteryası tarafından bu davalar birleştirilmelidir⁹¹.

Sonuç itibariyle, emredicilik ilkesinin halka açık şirketlerin esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilebilmesi hususunda bir engel teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. Her ne kadar halka açık şirketler ile kapalı şirketler arasında farklılıklar olsa da, bu farklılıklar tahkim şartının niteliği bakımından belirleyici bir rol oynamaz. Bu ilke itibariyle kapalı şirketler ile halka açık şirketler arasında, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi hususunda bir farklılık yoktur. Ancak halka açık şirketlerde, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bahsettiğimiz usuli gerekliliklerin sağlanması hususunda zorluklar ortaya çıkmaktadır.

III. TEK BORÇ İLKESİNE AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanuni istisnalar dışında esas sözleşme ile pay sahibine pay bedelini ya da payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez (TTK m. 480). Tahkim şartı pay sahipleri için ikinci ve yeni borç yaratılması anlamına gelmediğinden, tek borç ilkesine de aykırılık teşkil etmez⁹². Lakin tahkim yeri, tahkim dili ve hakem sayısı gibi tahkim yargılamasının getirdiği farklılıkların maliyeti sebebiyle hak arama özgürlüğünü fiilen kısıtladığı takdirde her ne kadar borç teşkil etmese de pay sahibinin vazgeçilmez nitelikteki dava hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak kısıtlamaması gerekir. Aksi halde esas sözleşme hükmü niteliğinde kabul ettiğimiz tahkim şartının batıl olduğu kabul edilmelidir⁹³.

⁹¹ Altay, s. 50.

⁹² Ayoğlu, Tahkim, s. 33; AYOĞLU, Tolga, “Esas Sözleşmede Yer Verilecek Tahkim Şartının Bağlayıcılığı ve Şirketler Hukuku Davalarının Tahkime Elverişliliği”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VINCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 85-99, s. 88; Helvacı, İTOTAM, s. 111.

⁹³ Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 15.

Tahkim şartı yazılırken, şirket merkezinin bulunduğu yer hukuku, o yerdeki bir tahkim merkezi ve tahkim yeri seçilmesi ve tahkim dili seçilmelidir. Tahkim şartı, devlet mahkemesine başvurmaktan daha ağır yükümlülükler getirmemelidir⁹⁴.

IV. TAHKİM ANLAŞMASININ MADDİ ESAS SÖZLEŞME HÜKMÜ NİTELİĞİ TAŞIMASI

Bu hususta öncelikle Kıta Avrupası ekolünde olan maddi-şekli esas sözleşme hükmü ayırımına değinmemiz ve bu ayırmda tahkim şartının niteliğini değerlendirmemiz gerekmektedir. Belirtilen türlerdeki hükümler için mukayeseli hukukta terim birliği bulunmadığından tüzel kişiliğe özgü- tüzel kişiliğe özgü olmayan; gerçek- gerçek olmayan ya da korporatif- korporatif olmayan esas sözleşme hükümleri olarak da adlandırılmaktadır⁹⁵.

Şekli esas sözleşme hükmü, esas sözleşmede yer almasına rağmen niteliği itibariyle şirketin temel yapısına ve normatif düzenine ilişkin olmayan hükümleri tanımlamaktadır⁹⁶. Bu sebeple bu hükümler esas sözleşme hükmü olma niteliğinden uzaktırlar⁹⁷. Bağlayıcı olma etkisi, tıpkı borçlar hukuku sözleşmesi gibi sadece

⁹⁴ Altay, s. 47.

⁹⁵ Bahtiyar, s. 235-236; OKUTAN NILSSON, Gül, “Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri”, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 95; Karasu, s. 32; Ayoğlu, s.57-58; Mildon, s. 16; Hamamcıoğlu, s. 33. Esas sözleşme hükümleri, bu tasniflendirmelerden bağımsız olarak tüzel kişiliğe özgü ve ortaklık içi ilişkilerde özgü olmak üzere de tasniflendirilmektedir. Bu kapsamda tüzel kişiliğe özgü hükümler, şirketin kurumsal yapısını ve örgütsel düzenini düzenleyen kurallardan oluşur. Tüzel kişinin oluşumuna, kimliğine, malvarlığına, özelliklerine, organlarına ve işleyişine ilişkin düzenlemeler bu kapsamdadır. Örneğin, şirketin ticaret unvanına, merkezine, işletme konusuna, sermayesine, payların türüne ve devrine, genel kurulun ve yönetim kurulunun oluşumuna ve işleyişine, şirketin temsiline veya şirketin sona erme sebeplerine dair düzenlemeler tüzel kişiliğe özgü hükümlerdir. TTK m. 354/I uyarınca ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanan hususlar ile özellikle şirketin işletme konusuna, temsil yetkilerinin kullanım şekline ve pay devir sınırlamalarına dair hükümler üçüncü kişileri etkileyebilmektedir. Şirket içi ilişkilere özgü hükümler de, pay sahipleri, intifa senedi veya pay edinme hakkı veren borçlanma aracı sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, çalışanlar ve alacaklılar, yani şirket ilgililerinin ortaklığa ve/veya birbirlerine karşı hak, yetki, borç ve külfetlerini oluşturur. Burada şirket içi ilişkileri düzenleyen hükümlerin ilişkisel ve sözleşmesel boyutu önem kazanmaktadır. Konusu bakımından ortaklık içi ilişkilere özgü bir hüküm, hukuki niteliği ve etkisi yönünden maddi veya şekli nitelikte olabilir. Burada hukuki niteliğinden bağımsız yalnızca, şirket ilgililerinin ortaklıkla ve kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen esas sözleşme hükümleri ifade edilmektedir. (Veziroğlu, s. 172-175). İsviçre hukukunda doktrinde böyle bir ayırım yapılmıştır. Bir hükmün maddi esas sözleşme hükmü olup olmadığı, yalnızca esas sözleşmenin içinde yer alıp almamasına bakılarak değil; böyle bir hükmün anonim şirket hukukunda korporatif etki taşımaya izin verilip verilmediğine bakılarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir (Okutan Nilsson, s. 97, dn. 91).

⁹⁶ Karasu, s. 32; Ayoğlu, Tahkim, s. 57; Hamamcıoğlu, s. 34.

⁹⁷ Bahtiyar, s. 235; Okutan Nilsson, s. 96; Hamamcıoğlu, s. 34.

sözleşmenin tarafları için bağlayıcıdır⁹⁸. Şirketle pay sahipleri arasında, pay sahiplerinin birbirleri arasında veya pay sahipleriyle üçüncü kişiler arasındaki bireysel ilişkileri düzenleyen hükümlerdir⁹⁹. Bu hükümlerden doğan talepler, pay sahipliğine bağlı olmadığından yeni pay sahibine geçmez. Bu hükümlerden doğan haklar, külli halefiyet ile ya da pay sahibinin devretmesi yoluyla geçer¹⁰⁰. Şekli esas sözleşme hükmü olarak Türk hukukunda, payların satımı halinde pay sahiplerine öncelikle alım hakkı tanıyan veya öncelikle pay sahiplerine öneride bulunma yükümü öngören esas sözleşme hükümleri, intifa hakkı tanınması, çalışanlar ve işçiler lehine yardım akçesi, ödenmesini; kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere kazanç payı hakkı tanınmasını, huzur hakkı sağlanmasını, hazırlık devresi faizi ödenmesini öngören esas sözleşme hükümleri ilişkin hususlar örnek gösterilebilir¹⁰¹.

Maddi esas sözleşme hükümleri ise, şirketin organizasyon yapısına özgü ve buradan kaynaklanan ilişkileri düzenlemeye yönelik hükümlerdir. Maddi esas sözleşme hükmü olmanın ilk şartı, varsa şirketler hukuku normlarına aykırı olmamaktır. Maddi esas sözleşme hükümlerine aykırılık, genel kurul kararının iptaline yol açar¹⁰².

Bir hükmün maddi esas sözleşme hükmü niteliği kazanması için;

- Bu hükmün şirkete özgü ilişkileri düzenlemeye hizmet etmesi,
- Hükmün şirkete yönelik olarak konulmuş olması,
- Hükmün hedef kitlesinin şirket ve pay sahipleri dahil olmak üzere iç ilişkiye katılan kişiler olması gerekir¹⁰³.

⁹⁸ Karasu, s. 32-33; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 13; Hamamcıoğlu, s. 34; SULU, Muhammed, “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk ve Tahkim”, TFM, C: 8, S: 2, 2022, s. 519.

⁹⁹ Okutan Nilsson, s. 96.

¹⁰⁰ Okutan Nilsson, s. 97.

¹⁰¹ KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün, “Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kayseri 2020, s. 92-93.

¹⁰² Okutan Nilsson, s. 97.

¹⁰³ Bahtiyar, s. 236; Karasu, s. 31; Hamamcıoğlu, s. 33-34; Veziroğlu, Arbitration, s. 795; Karahmetoğlu, s. 83-84; Kayıklık, s.160; Şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtlar, tüzel kişiliğe özgü korporatif niteliktedir. (Ayoğlu, Tahkim, s. 60; Hamamcıoğlu, s. 34); Maddi esas sözleşme hükümlerinin şirketler hukuku düzleminde tanıdığı bağlayıcı etki ile esas sözleşmenin yalnızca bazı hükümlerinin faydalanabildiği ticaret sicilinin olumlu etkisi arasındaki farka dikkat çekilmiştir. Sicilin olumlu etkisinden faydalanma, şirket bünyesi dışındaki üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülmemesiyle alakalıdır. Maddi esas sözleşme hükmü olması da mevcut ve müstakbel tüm pay sahiplerini bağlaması anlamına gelir. Örnek olarak kar dağıtım rejimi gösterilebilir. Müstakbel

İsviçre’de, OR Art. 697n yürürlüğe girmeden önce mevcut düzenlemeler ışığında; tahkim anlaşmasının korporatif hüküm olup olmadığı yönünde tartışma mevcuttur¹⁰⁴. Maddi esas sözleşme hükmü olduğunun kabulü halinde, ayrıca bir rıza aranmaksızın yeni pay sahipleri tahkim şartıyla bağlı olur. Zira, payları yeni alan pay sahibi, ilan edilen ve aleni olan esas sözleşme hükümlerini bilmeli veya biliyor sayılmalı ve payı devralmak suretiyle tahkim şartına “zımmen” rıza göstermiş sayılmalıdır. Böyle bir durumda yukarıda bahsetmiş olduğumuz eşitlik ilkesine aykırılık durumu meydana gelmez. Ayrıca bir rıza da aranmaz¹⁰⁵. Korporatif hüküm olmadığının kabulü halinde ise halinde yeni pay sahipleri tarafından tahkim şartına yazılı rıza gösterilmesi gerekir. Aksi halde yeni pay sahibi tahkim şartıyla bağlı olmamaktadır. Bu halde bazı pay sahipleri, tahkim şartıyla bağlı olurken bazıları olmaz. Böyle bir durum, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğundan tahkim şartı geçersizdir¹⁰⁶.

Almanya’da, Alman Federal Mahkemesi, hükmün niteliğinin tespitinde muhataplarına ve etki alanına yoğunlaşmaktadır. Buna göre yalnızca mevcut pay sahiplerini (veya bir kısmını) değil; gelecekteki pay sahiplerini ve/veya alacaklıları¹⁰⁷ da kapsayan belirsiz bir kişi çevresi için geçerli olan esas sözleşme hükümleri, korporatif niteliktedir. Zira söz konusu hükümler, belirli bir zamanda şirketin payına sahip olan kişilere değil; statü olarak pay sahipliği konumuna yönelir. Mevcut pay sahiplerini aşan bir etki alanına sahip olma, korporatif hüküm olmanın hem bir sonucu hem de kriteri olursa, esas sözleşmeye bu amaçla yazılan bütün hükümleri korporatif kabul etmek gerekir¹⁰⁸.

pay sahipleri bağlı olsa da üçüncü kişiler açısından bir anlam ifade etmez (Ayoğlu, Tahkim s. 57, dn. 150).

¹⁰⁴ Bu tartışmaların giderilmesi için 1.1.2023 tarihinde OR Art 697n yasalaşmıştır (Yaşar, s. 287-298). Ayrıca Okutan Nilsson, s. 97

¹⁰⁵ Kaufman- Kohler/ Rigozzi, s.118; Yaşar, s. 287; Nitekim bu görüş, tek kurucu olan pay sahibinin, kendine uygun tahkim yeri veya hakemi belirleyebileceği gibi, çoğunluğu elinde tuttuğu sürece diğer pay sahiplerinin ulaşmasını zorlaştıran hükümlerin uygulanabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Yaşar, s. 287 dn. 71)

¹⁰⁶ Nitekim pay sahibi, talep dilekçesinde mevcut tahkim şartına atıf yapıp tahkime başvurduğu takdirde rıza verilmiş olur (Yaşar, s. 287).

¹⁰⁷ Federal Mahkeme’nin kararlarında ve temel eserlerde söz konusu çevreye “alacaklıların” da dâhil edilmesini yalnızca ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanan esas sözleşme hükümleri açısından kabul etmek mümkündür. Aksi halde esas sözleşmeyle üçüncü kişilere borç yükletilmesi mümkün değildir (Veziroğlu, s. 305, dn. 532).

¹⁰⁸ Veziroğlu, s. 305.

TTK m. 340 anlamında kanunu tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri de maddi esas sözleşme hükmü niteliğindedir¹⁰⁹.

Şekli esas sözleşme hükümlerinden farklı olarak maddi esas sözleşme hükümleri, şirketler hukukunun esas sözleşmeye bağladığı özel etkiye ve sonuçlarına sahip olup, kanunun emredici hükümlerine tabidir. Bu hükümlerin değiştirilmesi, esas sözleşme değişikliği ile değil, tarafların anlaşması ile gerçekleşir¹¹⁰.

Sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim şartıyla bağlı olmadığının kabulü halinde, bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde bazı pay sahipleri tahkime gidebilecekken diğer pay sahipleri ise devlet mahkemesine gidebilir. Böyle bir durumda mahkeme kararı ile hakem kararının çelişme tehlikesi de gündeme geldiği gibi tarafların tamamı için tahkim iradesinin açık olmadığı ve devlet mahkemelerinin yetkisi tamamen ortadan kaldırılmadığından tahkim şartının geçerli olmadığı ve bağlayıcılığını yitirdiği kabul edilmektedir¹¹¹.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yönde bir ayrıma Yargıtay kararlarında yer verilmemiş olsa da “ortaksal/sözleşmesel hüküm” ayrımı hakkında kararlar mevcuttur. Yargıtay, imtiyaz hakkının paya bağlı bir hak olduğunu, murahhas üyelik tanıyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu ancak bunlar akdi nitelikte olduğu için kişiye bağlı olduğunu ifade etmektedir¹¹².

¹⁰⁹. Belirsiz nitelikteki hükümlerin esas itibarıyla kaynağı TTK m. 340'tır. Bu hükümler için her somut olaya özgü ayrı değerlendirme yapılmalıdır. (Karaahmetoğlu, s. 85-87); Karş. Esas sözleşmede yer alan tahkim şartı bu kapsamdadır. (Veziroğlu, s. 312); Borçlar hukuku karakterli hükümler emredici hükümler ilkesine tabi değildir. Yani TTK m. 340 anlamında “sapma” sadece şirketler hukuku karakterli hükümler için söz konusu olur. (Kırca, s. 70).

¹¹⁰ Okutan Nilsson, s 97

¹¹¹ Ayoğlu, Tahkim, s. 71-72; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 20; Kayıklık, s. 161; Tahkim şartının şekli esas sözleşme hükmü olduğunun kabulünde ise tahkim şartıyla bağlı olan ve bağlı olmayan pay sahipleri olarak iki ayrı pay sahibi kategorisi meydana gelir. Böyle bir durumda dahi tahkim şartı bir anda geçerliliğini yitirmez. Tahkim şartını geçerliliğini ve bağlayıcılığını yitirmemesi için doktrinde birtakım çareler üretilmektedir (Ayoğlu, Tahkim, s. 72-74).

¹¹² “...imtiyazın "pay"a bağlanması, yani üstünlüğün "pay"a tanınmış olması icap eder. Paya değil de "kişi'ye veya "sıfat"a veya "makam"a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkânlar, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre imtiyaz değildir. Mesela pay sahibi (A)'ya ömür boyu murahhas üyelik tanıyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Çünkü, üstün hak tanınan "pay" veya "paylar" değil, pay sahibi (A)'dış. Bu tür haklar "akdi haklar" diye anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilmesi mümkündür. Sözleşmesel bir hakkın hak sahibinin izni olmadan ortadan kaldırılması da mümkün değildir.” 11. HD., 13.02.2013, 2011-15478/491 (Legalbank), Aynı yönde bkz. 11 HD., 25.12.1987, 3565/7565 (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 566, 789 n.)

Esas sözleşmede düzenlenen tahkim şartının şekli hüküm olduğunun kabulü halinde ise tahkim şartı, yalnızca tarafları bağlar. Tahkim şartı maddi hüküm niteliğini haiz olduğu takdirde ise kuruculara ek şirket tüzel kişisi, pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve sonraki pay sahipleri tahkim şartıyla bağlı olur¹¹³.

Bu hususta esas sözleşme hükmü yorumlanarak tarafların gerçek iradelerine ulaşılmalıdır¹¹⁴. Doktrinde, yorum neticesinde amaçlanan etki alanı anlaşılamiyorsa, tahkim şartının esas sözleşmede yer aldığı için hükmün maddi esas sözleşme niteliği taşıdığı karine olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira pay sahiplerinin tahkim şartını pay sahipleri sözleşmesine bırakmayıp esas sözleşmede düzenlemesi ile bu iradenin varlığı ortaya konulmuştur¹¹⁵.

Tahkim şartının yalnızca mevcut pay sahiplerini etkilemesi amaçlanmıyorsa zaten hükmün maddi nitelik taşıması amaçlanmamış demektir. Ancak hükmün yukarıda açıkladığımız üzere sadece kurucuları değil tüm şirketi, mevcut ve müstakbel pay sahiplerini etkilemesi amaçlanmıyorsa artık o hükmün maddi esas sözleşme hükmü olduğunun kabulü gerekmektedir¹¹⁶. Limited şirket hükümleri, anonim şirket hükümlerine nazaran daha esnek düzenlenmiştir¹¹⁷.

Tahkim şartının şirketler hukuku bağlamındaki yerine gelecek olursak, bu hususta doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Tahkim şartının şekli esas sözleşme hükmü olduğunu savunan yazarlar, tahkim anlaşmasına tahkim iradesini ön planda tutar¹¹⁸. Maddi esas sözleşme hükmü taşıdığını savunan yazarlar, tahkim

¹¹³ Bahtiyar, s. 236; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 14, 20; Yaşar, s. 293-294.

¹¹⁴ Bahtiyar, s. 288.

¹¹⁵ Veziroğlu, s. 313; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 14; Esas sözleşme metninde maddi ve şekli esas sözleşme kapsamında olmayan, hukuki niteliği belirsiz sözleşme hükümleri de vardır. Niteliği kıyas ya da yorum yoluyla tespit edilebilen hükümlere belirsiz esas sözleşme hükümleri denir. Çoğu durumda esas sözleşmedeki hükmün niteliği konusunda tam bir açıklık olmadığından; taraf iradeleri somut durum bağlamında göz önünde bulundurulmalıdır. Tahkim şartı da bu hükümler arasındadır. Belirsiz nitelikteki hükümler, AktG §23/5,2 anlamındaki esas sözleşmenin tamamlanmasında söz konusudur (Karaahmetoğlu, s. 93-99).

¹¹⁶ Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 14.

¹¹⁷ Karasu, s. 27; Özellikle sermayenin korunması, alacaklıların korunması ve şirketin zorunlu organlarının görev ve yetkileri emredici hükümlerle düzenlenmişken; eşit işlem ilkesi gibi dürüstlük ilkesi ve sadakat ilkesi, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturur (Karasu, s. 27-28; Hamamcıoğlu, s. 2); Günümüzde daha çok anonim ortaklık olarak kurulan aile şirketleri için, limited ortaklığın daha uygun ve elverişli olacağına dikkat çekmektedir (Karasu, s. 175, Hamamcıoğlu, s. 3).

¹¹⁸ Ayoğlu, Tahkim, s. 68 vd.; Esen, s. 136-194; AKIN, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 105; YILDIRIM, Burçin, "Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözülmesi", (Danışman: YASAMAN, Hamdi), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, İstanbul, s. 82 ve 103-104; ÖZKAN, Gökalp, "Çok Uluslu Şirketler,

şartının, şirkete ilişkin ve şirket ile ilişkili kişileri hedeflediği gerekçesini ileri sürerler¹¹⁹.

Şekli esas sözleşme hükmü niteliği taşıdığı ihtimalinde ise doktrinde, sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim anlaşmasına katılması gerektiği, aksi halde bu anlaşmanın geçerliliğini yitireceği ve hakemlerin yetkisiz kalacağı ihtimali değerlendirilmiştir¹²⁰. Sonra gelen pay sahipleri tahkim ilk itirazında bulunamazlar¹²¹.

Böyle bir durumda, tahkim şartının etkisizleşmesinin önüne geçmek adına payları borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde, senede bağlanmamış çıplak payların ya da nama yazılı pay senetlerinin mevcut olduğu hallerde, esas sözleşmede devir sınırlaması öngörülebileceğini, çözüm olarak sunulmuştur. Bu kapsamda şirkete devredene paylarını başvurma anındaki gerçek değeri üzerinden, kendi adına veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın almayı önererek onay istemini reddetme hakkı tanıyan kaçış klozu (TTK m. 493/I) bir çözüm olarak sunulmuştur. Esas sözleşmede yer verilen kaçış klozu ile payı devralanın esas sözleşmede yer alan tahkim şartını kabul ettiğine dair yazılı bir beyan vermemesi halinde şirkete, payları gerçek değeri üzerinden kendi adına veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın almayı devredene önermek suretiyle pay defterine

Türkiye’de Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü”, Yetkin, 2022, s. 146; Tahkim şartının maddi esas sözleşme hükmü olacağı yönünde hiçbir veri yoktur. Bunun için TTK’da açık düzenleme gereklidir. Ancak yasal düzenleme yokken, Alman hukukunda olduğu gibi tahkim kurumlarının şirketler hukukuna özgü kurallar düzenleyerek, esas sözleşmedeki tahkim şartına da atf yapılarak gerekli koşullar sağlanabilir. (Ayoğlu, İTOTAM, s. 89,94).

¹¹⁹ Bahtiyar, s. 211; HELVACI, Mehmet, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargulamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- Tahkim, 2009, s. 190; Mekengeç, s. 16; Kayıklık, s. 162; Veziroğlu, s. 313; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 14; İntifa hakkı sahipleri de tahkim şartıyla bağlıdır (Huysal, s. 296).

¹²⁰ Ayoğlu, Tahkim, s. 72; Kayıklık, s.161-162.

¹²¹ ESKİOCAK, Ali, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsi Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddi Hukukun Usul Hukukuyla Etkileşimi”, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 271.

kayıttan kaçınma imkânı tanınması sağlanabilir¹²². Böylelikle şirket, yeni pay devralacak kişileri tahkim şartını kabule zorlama imkânı elde eder¹²³.

Limited şirketler bakımından ise TTK m. 595/IV hükmü uyarınca, şirket sözleşmesinde sermaye payının devri tamamen yasaklanabilir. Böylelikle limited şirketlerde, yazılı bir beyan ile şirket sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olmayı kabul etmeyen kişilere payın devredilmesinin yasaklanması mümkündür¹²⁴.

Kanımızca, tahkim şartına esas sözleşmede yer verilmesi halinde, bu hüküm maddi esas sözleşme hükmü niteliğindedir. Tahkim şartının tüm pay sahipleri ile şirket arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik olması, bu şartın maddi sözleşme hükmü niteliği taşıdığı düşüncemizi desteklemektedir. Zira harici bir anlaşmayla da yapılabilecek tahkim anlaşması, esas sözleşmeye tüm pay sahiplerini bağlama saikiyle eklenir. Şirkete ilişkin bir uyuşmazlığı çözmek konusunda, şirket ilişkisi içerisindeki kişilere yöneliktir. Pay sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanılması, şirketler hukuku düzleminden ayrı tutulamaz. Pay sahipliği ister aslen ister devren elde edilsin fark etmez. Kaldı ki, tahkim şartının niteliği gereği, maddi esas sözleşme hükmü olması daha uygundur. Zira, sonradan katılan pay sahiplerinin de tahkim anlaşmasının tarafı olduğunun kabulü, pratik anlamda da önem arz eder. Bu yüzden maddi bir esas sözleşme hükmü olduğu görüşünü benimsemekteyiz.

¹²² Tahkim kaydının payı devralan kişi tarafından kabulünün “önemli sebep” olarak kabul edilmesi ile tahkim şartı devralan tarafından kabul edilmezse eğer şirketin pay devrini onaylamayı reddetme imkanının olup olmadığını da değerlendirmiştir. TTK m. 493/II hükmü, pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin, ancak şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa önemli sebep oluşturur. Tahkim şartının kabulünün şirketin işletme konusu ya da şirkete ait işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilişkilendirebilmek ve bu ölçütler yönünden haklı görülebilecek bir onaydan kaçınma nedeni olarak nitelendirebilmenin güç olduğu sonucuna ulaşılmıştır (Ayoğlu, Tahkim, s. 73-74; Eskiocak, s. 271).

¹²³ Eskiocak, s. 271; Ayoğlu'nun önermiş olduğu, nama yazılı pay devrinde TTK m. 493'te şirkete tanınan payların satın alınması önerisini incelemiştir. *Oyunbozan* hâkim pay sahiplerine karşı bu önerinin yetersiz olduğunu ifade etmiştir (Kayıklık, s. 162-162).

¹²⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 74.

V. ÖNGÖRÜLMESİ HALİNDE ESAS SÖZLEŞMEDE YER ALMASI ZORUNLU HÜKÜM OLMASI

Esas sözleşmenin içeriği, pay sahiplerinin esas sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü kapsamında, zorunlu, şarta bağlı ve ihtiyari hükümler olmak üzere üçe ayrılır¹²⁵.

Bu kapsamda TTK'da limited şirket sözleşmesi, TTK'nın 576. ve 577. maddelerinde “zorunlu kayıtlar” ve “öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümler” olarak iki grup halinde¹²⁶düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde ise yalnızca TTK m. 339/II'de esas sözleşmede bulunması gereken “zorunlu kayıtlar” olarak kanunda düzenlenmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar ve bağlayıcı olabilmeleri için esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar olmak üzere iki madde halinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye uygun olarak İsviçre öğretisinde esas sözleşme hükümler, a) zorunlu unsurlar, b) bulunması şartıyla bağlayıcı olan unsurlar ve c) ihtiyari unsurlar olmak üzere üç başlık halinde sınıflandırılmıştır¹²⁷.

Alman hukukunda, esas sözleşmede yer alması zorunlu unsurlar sayılmış ve tamamlayıcı hükümlere yer verilebileceği belirtilmiştir. Bu itibarla zorunlu ve ihtiyari (tamamlayıcı) unsurlar olmak üzere iki başlık halinde tasniflendirme yapıldığı düşünülse de AktG Art. 26-27'de geçerli olabilmeleri için esas sözleşmede yer alması gereken unsurlar düzenlendiğinden, aslında tıpkı İsviçre'deki gibi üçlü bir sınıflandırma yapıldığı düşünülebilir¹²⁸.

Zorunlu unsurlar, anonim şirketin kurulabilmesi için esas sözleşmede kesinlikle bulunması gereken hususlardır. Bu unsurlar, esas sözleşmenin asgari içeriğidirler¹²⁹.

¹²⁵ Veziroğlu, s. 261-262.

¹²⁶ Kanun maddelerinde sayılan bu düzenlemeler asgari unsurlardır. Bu asgari unsurlar dışında kanunda öngörülen bazı hususlar da ortaklığa karşı şirket sözleşmesine yazılımları şartıyla geçerlilik kazanabilir. Benzer şekilde anonim ortaklıklar da başkaca hükümlerin yazılması mümkündür. (Hamamcıoğlu, s. 31).

¹²⁷ Bahtiyar, s. 100.

¹²⁸ Bahtiyar, s. 101.

¹²⁹ Veziroğlu, s. 262; Zorunlu unsurların detaylı incelemesi ve eksikliği hakkında detaylı inceleme için Veziroğlu, s. 262-268.

Yukarıda bahsedilen hususlar¹³⁰, zorunlu hükümler olup tahkim şartı bu hükümler arasında yer almamaktadır.

İhtiyari unsurlar ise esas sözleşmede bulunması zorunlu olmadığı gibi başka hukuki işlem formları içerisinde de düzenlenebilir hususlardır¹³¹. Bu hükümler, esas sözleşmeye yazılabilirler de başka bir hukuki işlem formu içerisinde geçerlilik kazanabilen unsurlardır. Bunlara örnek olarak, genel kurul veya yönetim kurulu kararı, iç yönerge ya da borçlar hukuku taahhüdü olarak geçerlilik kazandırılabilen hükümler örnek gösterilebilir¹³². Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin mali hakları (TTK m. 394); sermaye taahhüdünde iştirak arttırımı (TTK m. 459), ihtiyari unsura örnek olarak sunulabilir¹³³.

Öngörülmesi halinde esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar, yalnızca esas sözleşmede yer verilmeleri halinde geçerlilik kazanabilen unsurlardır. Esas sözleşmede öngörülmemesi halinde tamamen geçersiz olabilecekleri gibi şirketi, organları açısından bağlayıcılık kazanmasa dahi pay sahipleri arasında hüküm ve sonuç doğuracak bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak geçerliliğini koruyabilir¹³⁴. Zorunlu unsurlardan farklı olarak bu kayıtların eksikliği, şirketin tescil veya izin talebinin reddine sebebiyet vermez. İhtiyari hükümlerden farklı olarak da şirket düzeninde hüküm ifade edebilmesi, ancak esas sözleşmede yer alması halinde mümkündür¹³⁵.

Öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılması zorunlu unsurlar ile ihtiyari hükümlerin birbirinden farkına değinmemiz gerekir. Eğer pay sahipleri sözleşmesinde yer verilen bir unsur, esas sözleşmede kendine yer bulduğu takdirde, hukuki etki açısından maddi esas sözleşme hükmü niteliği taşıyorsa bunun artık öngörülmesi halinde esas sözleşmede bulunması zorunlu kayıt olduğunun kabulü gerekir. TTK m. 577’de sayılı hükümler, kanunda belirtilen öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılması zorunlu hükümlere örnek olarak gösterilebilir¹³⁶. Ancak halen bir borçlar hukuku sözleşmesi gibi yalnızca tarafları arasında bir hüküm ifade

¹³⁰ Özel kanunlarda da zorunlu hükümler mevcuttur. Ancak çalışmamızda yalnızca TTK hükümlerine yer verilmesiyle yetinilmiştir.

¹³¹ Bahtiyar, s. 104; Hamamcıoğlu, s. 32-33; Ayoğlu, Tahkim, s. 57.

¹³² Bahtiyar, s. 104; Veziroğlu, s. 272-273.

¹³³ Veziroğlu, s. 276.

¹³⁴ Hamamcıoğlu, s. 32-33.

¹³⁵ Bahtiyar, s. 152; Veziroğlu, s. 271-278; Hamamcıoğlu, s. 31.

¹³⁶ Hamamcıoğlu, s. 90-91.

ediyorsa, yani şekli esas sözleşme hükmü niteliği taşıyorsa artık ihtiyari unsur olduğunun kabulü gerekir¹³⁷. Uygulamada ihtiyari hükümlerin önemli bir bölümü şekli esas sözleşme hükümlerinden oluşur¹³⁸. Örneğin, şirket paylarının ve pay senetlerinin satılmak istenmesi halinde diğer pay sahiplerine esas sözleşmeyle tanınan öncelikle satın alma hakkı, örnek olarak gösterilebilir¹³⁹.

Öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılmaları zorunlu unsurların maddi esas sözleşme hükmü olup olmadıkları ise şirkete özgü olup olmadıklarına göre değişir. Örnek vermek gerekirse, genel kurul karar toplantı ve karar yeter sayısının arttırılması esas sözleşmede düzenlenmelidir ve bu nisap herkesi bağlar. Bu sebeple bu kararın maddi esas sözleşme hükmü olduğu açıktır. Ancak müdürlere kâr pay verilmesi yalnızca müdürler yararına bir alacak hakkı yaratır. Bu sebeple şekli esas sözleşme hükmüdür¹⁴⁰.

Öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılması zorunlu unsur olmanın sonucu, ihtiyari unsurlardan farklı olarak, şirket düzeninde hüküm doğurmasıdır. Şirketi bağlar, paya bağlı olarak devrolunur ve şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanabilir¹⁴¹.

Kanaatimizce esas sözleşmede öngörülen tahkim şartı, öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılması zorunlu sözleşme hükmü olarak kabul edilmelidir. Zira çalışmamızın devamında detaylarıyla yer vereceğimiz üzere, tahkim şartını, herkesin katılımına açık esas sözleşmede yer vermenin amacı, pay sahipleri ya da hisse devir sözleşmesinden çok daha farklı olarak mevcut ve müstakbel tüm pay sahiplerini bağlama düşüncesidir. Bu niteliği itibarıyla tahkim şartının herkesi bağlayabilmesi için, esas sözleşmede yer alması gerektiği düşüncesine katılıyoruz.

¹³⁷ Veziroğlu, s. 273.

¹³⁸ Pay sahipleri ile üçüncü kişiler lehine anonim ortaklığa karşı ve pay sahipleri arasında birbirlerine karşı alacak hakkı tesis eden ve borçlar hukuku sözleşmesi olan düzenlemeler bu kapsamdadır (Moroğlu, Anasözleşme, s. 433).

¹³⁹ Moroğlu, Anasözleşme, s. 433.

¹⁴⁰ Karasu, s. 33; Hamamcıoğlu, s. 34-35.

¹⁴¹ Veziroğlu, s. 273.

VI. TAHKİM İRADESİ

A. Genel Olarak

Şirkete sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim şartının tarafı olup olmayacağı bu konuda en çok incelenen hususlardandır. Sonradan katılan pay sahibinin hangi düzenlemeler dolayısıyla tahkim anlaşmasının tarafı olacağı, tahkim anlaşmasının hukuki niteliğine göre değerlendirilmiştir. Çalışmada önce mukayeseli hukuktaki düzenlemelere, sonra Türk hukukundaki değerlendirmelere yer verilecektir.

Birçok ülkede, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴². Hollanda (CCP Art 1020/V)¹⁴³ ve İsviçre (OR Art. 697n) buna örnek oluşturmaktadır.

Devlet mahkemesine gitme hakkından feragat ederek tahkim yoluna gitme iradesinin, açık, kesin ve yasal olması gerektiğinden de bahsetmek gereklidir. Adil yargılama hakkı temeline dayanan bu husus, çalışmamızın ikinci kısmında ele alınmaktadır.

B. Mukayeseli Hukuk

1. Alman Hukuku

Alman hukukundan başlayacak olursak, Zivilprozessordnung (ZPO) § 1031/III uyarınca Alman hukukunda, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde geçerli bir şekilde tahkim anlaşması yapılmış sayılır¹⁴⁴.

ZPO § 1031/IV’de konişmentoda açıkça çarter partiye açıkça atıf yapılması aranmaktadır. Böylelikle hükmün kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından ayrıca tahkim şartına yönelik özel ve doğrudan bir atıf gerekli olmaz¹⁴⁵.

¹⁴² Yıldırım, Şirket İçi, s. 87; Steingruber, s. 141.

¹⁴³ Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının tarafları bağlayacağı düzenlenmiştir (Steingruber, s. 141).

¹⁴⁴ EKŞİ, Nuray, “Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları”, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.55-56; YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi”, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 296; Maddenin 4. ve 5. fıkrasında tüketici sözleşmeleri ve çarter partiye yapılan atıflar ayrıca düzenlenmiştir (Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 54).

¹⁴⁵ Yeşilova, s. 297.

Alman doktrininde bu şekilde şirkette pay iktisap edenlerin yeterli ölçüde bilgilendirilmiş olması ve buna göre onların bilinçli bir şekilde katılmış olmaları aranmaktadır¹⁴⁶. İngiltere’de ise yeni gelenler, “kuruluşa katılan üyeler” olarak kabul edilip tahkim şartı ile bağlı hale gelir¹⁴⁷.

Tahkim şartının kabul edilmesinde aleyhe oy kullananlar veya karar sürecine hiç katılmamış olan pay sahiplerinin durumu da tartışma konusu edilmiştir. Bu hususta mukayeseli hukukta 44/2001 sayılı AB Konseyi Tüzüğü kapsamında şirket esas sözleşmesinde yer alan yetki sözleşmesine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı çözüm olarak sunulmuştur. Bu düzenlemede tüzel kişiliğin kurucu statüsünde yer alan hükmün, Tüzüğün 23. maddesinin 1. fıkrası kapsamında anlaşma teşkil ettiği ve şirket merkezi ya da kamuya açık bir sicil gibi pay sahiplerinin erişebileceği bir yerde olması koşuluyla rıza göstermelerinden bağımsız olarak tüm üyeler veya pay sahipleri için bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir. Yetkili mahkeme seçimine yönelik hükümler nasıl tüm pay sahiplerinin rızasına bağlı olmaksızın bağlayıcıysa, aynı şekilde tahkim şartının da tüm pay sahipleri için bağlayıcı olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁸. Ancak, tahkim şartı, ticaret sicili gibi herkesin erişebileceği bir yerde olmalıdır¹⁴⁹.

Bu konuda Almanya’da açık bir düzenleme yer almasa da ZPO § 1066 hükümleri uygulanmaktadır¹⁵⁰. Alman hukukunda sözleşmesel tahkim ZPO §1029 vd.’da düzenlenmiş olup ZPO § 1031’ de düzenlenmiş yazılı şekil şartına uyması gerekir. ZPO § 1066’da da, sözleşmesel tahkim olmayan yasal (statüsel) tahkim düzenlenmiştir. Esas sözleşmede tahkim şartına yer verildiği takdirde artık sözleşmesel tahkim kapsamına girmediği, yasal ya da statüsel tahkime ilişkin hükümlerin kıyasen (*mutatis mutandis*) uygulanabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla tahkim şartının şekline ilişkin ZPO §1031’de aranan koşulların esas

¹⁴⁶ Berger/ Kellerhals, s. 155; Geisinger/ Mermer, s. 52; CATZEFLIS, Boris/ SCHRAMM, Dorothee, “*Statutory Arbitration Clauses of Swiss Companies*”, ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2021, C. 39, ss. 778- 790, s. 779.

¹⁴⁷ Geisinger/ Mermer, s. 52.

¹⁴⁸ Berger/Kellerhals, s. 156-157; Geisinger/ Mermer, s. 53-54.

¹⁴⁹ Berger/Kellerhals, s. 157.

¹⁵⁰ Yaşar, s. 289, 294.

sözleşmede yer verilen tahkim şartı bakımından aranmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵¹.

Bunun sonucu olarak ise tahkim şartının maddi ya da şekli nitelik taşıdığı yönündeki tartışmalara hiç ihtiyaç kalmamaktadır. ZPO § 1066'da düzenlenen sözleşme dışı tahkim olarak değerlendirilmek suretiyle tahkim şartının şirketi, şirketin organlarını, mevcut ve müstakbel tüm pay sahiplerini bağladığı ifade edilmektedir¹⁵². Alman mahkemeleri tarafından esas sözleşmedeki tahkim şartına bağlılık, çok daha güçlü ele alınmaktadır:

“Kişi, katılımından önce halihazırda kurulmuş olan bir ortaklıkta genel ya da sınırlı bir payın sahibi olduğunda, ortaklığa katılmasından önce esas ortaklık sözleşmesine eklenmiş olan “ortaklık içi” (intra-partnership) sözleşmesiyle bağlı olacaktır. Bu kişinin genel ya da sınırlı bir pay sahibi mi olduğu konudan tamamen bağımsızdır. Söz konusu kişinin ortaklığa girişinin dayandığı hukuki temel de- meşru intikal (örneğin varis, yediemin ya da tasfiye memuru olarak” veya kurumsal bir işlem üzerine (örneğin bir alıcı ya da bağış yapılan taraf olarak)- önemli değildir.”¹⁵³”

¹⁵¹POUDRET, Jean- François/ BESSON, Sebastien, “*Comparative Law of International Arbitration*”, Thomson Sweet&Maxwell, Second Edition, 2007, s. 5; Kreindler, Wolff, Rieder, s. 51,70; Aydemir, s.13, dn. 28; Yaşar, s. 293-294; Bu kapsamda yukarıda tahkim sözleşmesinin kurulması sırasında beyan edilen tahkim iradesi ve tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin koşulların, bir tüzel kişiliğin organizasyonel yapısı içerisinde esas sözleşmeye (ya da katılacak şirket tipinin sözleşmesine) dayanılarak yürütülecek tahkim süreci bakımından aynen aranmaları doğru bir yaklaşım olmayacaktır. (Ayoğlu, Tahkim, s. 36-37).

¹⁵² SANDROCK, Otto, “‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ Agreements to Arbitrate and their Extension to Non_Signatories Under German Law”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2002, Volume 19 Issue 5, s. 434-435; Duve, s. 1004; Raeschke-Kessler, s.,130; Kayıklık, s. 141-142. Hakem kararından etkilenen kişilerin kanunen korunması amacıyla bu hükmün uygulanmasına ihtiyaç duyulmuştur (HAAS, Ulrich, “Art. 1066 – Mutatis Mutandis Application of the Provisions of the Tenth Book”, *Arbitration in Germany The Model Law in Practice*”, *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*”, (Editör: BÖCKSTİNGEL, Karl-Heinz/KRÖLL, Stefan Micheal/NACİMİENTO, Patricia), Kluwer Law International, 2008, s. 637-638, 646-647). Bu hükmün genel bağlayıcı etkisi sonucu, esas sözleşmeyi bilseler de bilmeseler de tahkim şartıyla bağlı olacaklarından maddi esas sözleşme hükmü niteliği kazanır. (Yaşar, s. 293-294); Bu sebeple Alman doktrinde tahkim şartının korporatif etkiye sahip olup olmadığına ilişkin kayda değer bir tartışma yoktur (Helvacı, İTOTAM, s.105).

¹⁵³ Court of Appeals of Cologne, NJW 1961, 1312; BGH, NJW 1991, 423, 424; Sandrock, s. 439 dn. 49; AĞAOĞLU, Cahit, “*Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim*”, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 255.

Tahkim şartı, şirketin kurumsal yapısına dahilindedir ve hiçbir sözleşmesel niteliği kalmaz. Zira esas sözleşme, bilhassa sonradan şirkete katılan pay sahipleri tarafından imzalanmaz¹⁵⁴.

Külli ya da cüzi devrin doğurduğu etki sebebiyle tahkim anlaşmasını imzalayanlar ile tarafı olanların farklı olabileceği; bu sebeple tahkim anlaşması içeren bir yapıda veya şirkette, bir pay sahibi ya da ortak olarak hakların kullanılması ve buradan menfaat elde edilmesinin yeni tarafı bu maddeye tabi kılmak için yeterli olduğu savunulmuştur. Bu görüş doğrultusunda, yeni pay sahibi, pay sahibi sıfatıyla yeni bir sözleşme imzalamaksızın *şirketin kurucu dökümanları* tahtındaki maddelerinden kendiliğinden sorumlu olur¹⁵⁵.

Son olarak Alman doktrininde, “Arbitrability II” olarak ifade edilen karardaki hususları taşımayan, bu nedenle geçerli olmayan bir tahkim anlaşması söz konusuysa¹⁵⁶, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının yanı sıra, hakemlerin icra edilebilir ve iptal edilmeyecek bir karar vermeleri için, uygun bir zamanda bu geçersizlikten tarafları haberdar edebileceği belirtilmiştir. Böyle bir durumda, şirketin ya da pay sahiplerinin iyiniyetli davranarak geçersiz tahkim anlaşmasının onarılmasına katılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu yönde bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir onarım uyuşmazlık ortaya çıkmadan yapılmalıdır. Şunu da eklemek gerekir ki, tahkim şartının yukarıda belirtilen gereklilikleri sağlamadığı durumda, her ne kadar genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkim yoluyla çözülmesi mümkün olmayacaksa da diğer tahkime elverişli uyuşmazlıklar için halen geçerli ve bağlayıcıdır¹⁵⁷.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda ise OR Art 697n bu konu ile doğrudan ilgilidir. Bu maddenin yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemelere de göz atacak olursak, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren Federal Medeni Yargılama Usulü Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılan Concordat sur l’Arbitrage’ın (Concordat) tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin 6. maddesinin ikinci fıkrasında, tüzel kişilerin *kurucu*

¹⁵⁴ Duve, s. 1004.

¹⁵⁵ Ağaoğlu, Tahkim, s. 277-278.

¹⁵⁶ Her ne kadar bu kriterlerin belirlenmesinden önce esas sözleşmeye ya da tüzüğe bir tahkim şartı konulmuşsa da bu da geçersizdir. Yeniden esas sözleşmeye kriterleri sağlayan hüküm konulmalıdır (Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 49).

¹⁵⁷ Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 49.

belgelerinde (statülerinde) yer alan tahkim şartının sonradan üye olan/ pay iktisap eden kimseleri bağlayabilmesi için üye olan/ pay iktisap eden kimsenin yazılı bir beyan ile açıkça tüzel kişinin statüsündeki tahkim şartı ile bağlı olmayı kabul etmesi gerekmektedir¹⁵⁸. Bu düzenleme tahkim için fazla sınırlayıcı bulunmuştur. Sonradan pay iktisap edenlerin tahkim şartıyla bağlı olması gerektiği ve tahkim şartına ilişkin yazılı kabul beyanı aranmasının özellikle hamiline yazılı pay senetlerinin söz konusu olduğu hallerde pratik ve anlamlı bir çözüm de oluşturmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁵⁹. Sonradan yürürlüğe giren düzenlemede ise bu konuyla alakalı bir madde yer almıştır. Bu sebeple bu yönde bir tahkim şartı doktrinde, “atıf yoluyla tahkim anlaşması kurulması” olarak da değerlendirilmekteydi¹⁶⁰.

İsviçre’de Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının bu olumsuz sonuçlarını dikkate alınarak, tahkim iradesinin var olup olmadığının net olarak ortaya konulmadığı hallerde, kısıtlayıcı yorum yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme, 2001 yılında verdiği kararında, herkesin davasının mahkemelerde görülmesini isteme hakkı olduğuna dair AY m.30/I ve AİHS m.6/f.I’de yer alan adil yargılanma hakkına dayandığını; tahkim anlaşması yapan tarafların bu temel haklarından vazgeçtiklerini, bu nedenle tahkim anlaşmasının varlığının tartışmalı olduğu durumlarda tahkim aleyhine bir yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁶¹. İhtiyari tahkimde doğal hâkimden feragat edilemez diye bir durum söz konusu değildir. Ancak bu iradenin açık ve net olması gerekmektedir. Taraflar arasında kesin ve açık bir irade beyanı olmamasına rağmen hakemin yargı yetkisi kazanması durumunda, tahkim anlaşmasına yabancı kişilerin tahkime mecburen dahil gündeme gelir. Bunun sonucunda ilgilinin mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur¹⁶².

OR Art. 697n dile görüş ayrılıkları ortadan kaldırılarak esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının kural olarak şirketi, organlarını, organ üyelerini ve tüm pay

¹⁵⁸Poudret/ Besson, s. 4-5; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/RIGOZZI, Antonio; “*International Arbitration Law And Practice In Switzerland*”, First Edition, Oxford University Press, 2015, s. 118. Concordat’ta yeni gelen pay sahipleri tarafından aksi yazılı olarak açıkça beyan edilmedikçe, bu pay sahiplerinin tahkim şartıyla bağlı olmadıkları kabul edildiğinden, burada tahkim şartına şekli esas sözleşme hükmü atfedildiğini ifade etmektedir (Ayoğlu, Tahkim, s 63; Yaşar, s. 295).

¹⁵⁹ Ayoğlu, Tahkim, s 63.

¹⁶⁰ Kaufman-Kohler/ Rigozzi, s. 118; Berger/Kellerhals, s. 155; Steingruber, s. 141.

¹⁶¹ ATF 128 III 50, 58 (Özdemir Kocasakal, Balkar, s. 40, dn. 37).

¹⁶² Yeşilova, s. 203-204; HANAĞASI, Emel, “*Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*”, Ankara 2016, s. 198-199; Tarafsız ve bağımsız makamlar önünde yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması hâlinde de ortada, aslında yargı yetkisini haiz, geçerli bir yargılama makamı olmaz (Yeşilova, s. 208).

sahiplerini bağlayacağına yer verilmiştir. Yeni pay sahipleri, aleni olarak erişilebilen esas sözleşme hükümlerini biliyor kabul edilmektedir. Böyle bir durumda artık pay sahipliği statüsünün kazanılması, tahkim anlaşmasının *ipso iure*, kanunen ve kendiliğinden tarafı olmak için yeterlidir¹⁶³. Bu hüküm ile tahkim şartının kabulünde olumsuz oy veren pay sahiplerinin de tahkim şartıyla bağlı olduğu kabul edilmiştir¹⁶⁴.

“Tahkim” başlıklı Ort Art 697n maddesi şu şekildedir¹⁶⁵;

Hükümün Türkçe Çevirisi	Orijinal Metin
<p>(1) Esas sözleşme, şirketler hukuku ihtilaflarının İsviçre'deki bir tahkim mahkemesince karara bağlanacağını öngörebilir. Aksi esas sözleşmede belirtilmedikçe tahkim şartı şirketi, şirket organlarını, organ üyelerini ve pay sahiplerini bağlar.</p> <p>(2) Tahkim usulüne [I-ZPO] 3. Kısım hükümleri uygulanır; [IPRG] 12. Bölüm uygulama bulmaz.</p> <p>(3) Esas sözleşme, detayları özellikle tahkim kurallarına atıf yoluyla düzenleyebilir. Esas sözleşme hakem kararıyla hukuken bağlı olan kişilere tahkim sürecinin başlangıcı ve bitişi hakkında bilgi verilmesini ve bu kişilerin hakem seçimine ve davaya müdahil olarak katılabilmelerini her halükârda düzenleyerek temin eder.</p>	<p>(1) Die Statuten können vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt werden. Wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, bindet die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre.</p> <p>(2) Für das Verfahren vor dem Schiedsgericht gelten die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung; das zwölfte Kapitel des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht ist nicht anwendbar.</p> <p>(3) Die Statuten können die Einzelheiten regeln, insbesondere durch Verweisung auf eine Schiedsordnung. Sie stellen jedenfalls sicher, dass Personen, die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als Intervenienten am Verfahren beteiligen können.”</p>

¹⁶³ Yaşar, s. 298; Olumsuz oy kullanan ve müstakbel pay sahiplerini bağlaması yönünden bu hükme maddi esas sözleşme niteliği kazandırılmıştır (Ayoğlu, Tahkim, s. 64).

¹⁶⁴ Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 69-70; Catzeflis/Schramm, s. 782; Spoorenberg/ Catzeflis, s. 320-321; Concordat'tan farklı olarak bu niteliği itibarıyla maddi esas sözleşme hükmü olarak düzenlenmiştir (Ayoğlu, Tahkim, s. 64).

¹⁶⁵ Kararın çevirisi için bkz. ERDEM, Ercüment, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Tahkim Anlaşması, (Editör: BALKAR, Süheylâ ve ÖZDEMİR KOCASAKAL), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 1-23, s. 18 dn. 50; Kayıklık, s. 145; Kırca, s. 184-189 ; Sulu, s. 519; Erdem, İTOTAM, s. 77.

OR 697n hükmünün gerekçesi ise şu şekildedir¹⁶⁶:

“Tasarı, azınlık haklarının iyileştirilmesi ve pay sahipliği haklarının işlevsel hale getirilmesini hedeflemektedir ve tahkim bu konuda önemli bir katkı sağlayacaktır.

Almanya ve Avusturya’dan farklı olarak İsviçre’de şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin uygulama alanı sınırlı kalmıştır; çünkü esas sözleşmeye konulacak tahkim kayıtlarının geçerliliği tartışmalıdır. Her ne kadar ağırlıklı olarak öğreti ve mahkemeler buna olumlu baksa da bu türden kayıtların tek borç ilkesine aykırılık teşkil ettiği (OR Art.602/2 ve 680/1, TTK m.339/II, 480/I) ve pay sahiplerinin dava haklarını sınırladığı (OR Art. 706b/1, TTK m. 447/I-a), bu türden kayıtların ancak bütün pay sahiplerinin rızasıyla geçerli olabileceği ileri sürülmektedir. Bu sebeple günümüzde esas sözleşmelerde tahkim kayıtlarına nadiren rastlanmaktadır.

İşte bu hükümle hukuk güvenliği yararına tahkim kayıtlarının esas sözleşmelere konulabilmesine kanuni bir dayanak oluşturulmaktadır.

Özellikle iptal ve butlanın tespiti davaları, haklı sebeple fesih davası, sorumluluk davaları, şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arasında yer alır.

Tahkim kaydını esas sözleşmede görme imkanına sahip olduklarından yeni pay sahipleri başkaca bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın esas sözleşmede tahkim kaydıyla bağlı olacaklardır.”

Yani OR Art. 697n, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilip verilemeyeceğine ilişkin tartışmalara son verme; tahkim şartının geçerliliğini güvence altına alma ve şirketler hukuku uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözümlenmesini yaygınlaşma amacıyla düzenlenmiştir¹⁶⁷. Yeni pay iktisap eden kişi, herhangi bir şekil şartı ya da kabul beyanı olmaksızın doğrudan tahkim şartının tarafı olur¹⁶⁸. Bu kapsamda anonim ve limited şirketlerin esas sözleşmelerine tahkim şartının dâhil edilmesi için yapılacak esas sözleşme değişikliğinde oybirliği değil,

¹⁶⁶ Gerekçenin çevirisi için bakınız Kırca, s. 185.

¹⁶⁷ Erdem, Tahkim, s.18; Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı için sözleşme dışı bir hukuki zemin hazırlanmış ve korporatif karakterli bir hüküm meydana getirilmiştir (Erdem, İTOTAM, s. 78).

¹⁶⁸ Erdem, İTOTAM, s. 79; SPOORENBERG/ Frank, CATZEFLIS/ Boris, “The 2023 Supplemental Swiss Rules of Corporate Law Disputes”, 41 ASA Bulletin 2/2023, ss. 318-333, s. 320.

nitelikli çoğunluk ile karar alınmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Düzenlemenin tahkime ilişkin genel kurul kararının alınmasında ağırlaştırılmış çifte nisap düzenlenmiştir. OR Art 704 ve Art 808b hükümlerinde yapılması teklif edilen değişiklikler ile tahkim şartı, genel kurulda temsil edilen oyların üçte ikisinin olumlu olması ve oyların toplantıda kullanılan tüm oylara karşılık gelen payların itibari değerleri toplamının salt çoğunluğunu oluşturması halinde eklenebileceği düzenlenmiştir¹⁶⁹. Görüldüğü üzere taslakta nitelikli çoğunluk yeterli görülmüştür. Tahkim şartının kabulünde olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin de bu hüküm ile bağlı olduğu kabul edilmiştir. Böylece esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının geçerliliği hakkındaki tartışmaların son bulacağı ifade edilmiştir¹⁷⁰.

Kanun koyucunun aradığı şartlar ise şu şekildedir:

- i) Tahkim yeri İsviçre olmalıdır.
- ii) İç tahkimlerde, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun uygulanması zorunludur.
- iii) Yabancı şirketler bu maddenin kapsamında değildir¹⁷¹. Milletlerarası tahkimlerde, İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 12. Bölümü'nün "uygulanmasının kararlaştırılması" mümkün değildir¹⁷².

Bu düzenleme uyarınca, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın bu uyuşmazlıklarda iç tahkim olacak ve İsviçre Hukuku uygulanacaktır. Esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilen şirket, İsviçre hukukuna tabi bir şirket olduğundan yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın İsviçre Medeni Usul Kanunu uygulanır. Böylelikle hakem kararları, Federal mahkemenin denetimi altındadır¹⁷³.

¹⁶⁹ Sulu, s. 519; Kararın alınması için gerekli oy sayısının belirlenmesinde geçersiz ve çekimser oylar da göz önünde tutulur. Konu hakkında bkz. Etirli, s. 2020-2021; Ayoğlu, Tahkim, s. 42-43; Kırca, s. 185; Aynı nisap İspanyol Tahkim Kanunu'nda da mevcuttur. Geisinger/ Mermer, s. 52; Esas sözleşmede daha ağır bir nisap kararlaştırılabilir (Catzefflis/Schramm, s. 785).

¹⁷⁰ Ayoğlu, Tahkim, s. 64; Kayıklık, s. 146; Etirli, s. 2001; Erdem, Tahkim, s. 18.

¹⁷¹ Catzefflis/Schramm, s. 783.

¹⁷² Geisinger/ Mermer, s. 51; Catzefflis/Schramm, s. 782, 784 vd.

¹⁷³ Erdem, İTOTAM, s. 78. Şirketin esas sözleşmesine tahkim şartı konulabilmesinde uygulanacak hukuk şirket merkezinin bulunduğu yer hukukudur. Hukuk seçimi mümkün değildir (Duve, s. 1009-1010; Ayoğlu, Tahkim s. 68, 229-230; Etirli, s. 2000 dn. 5). Türk hukukunda da şirket içi uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığında uygulanacak hukuk, şirket merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre belirlenir (Ayoğlu, Tahkim, s. 76). Türk hukukunun uygulanmasının gerekliliği ve

Yürürlüğe giren OR Art 697n hükmü uyarınca, belli şartların varlığı halinde anonim şirket esas sözleşmesine geçerli bir şekilde tahkim şartı konulabilmesi mümkündür¹⁷⁴. Ayrıca bu hüküm, kanunun 797a maddesi uyarınca limited şirketlere de uygulanır¹⁷⁵. Bu hüküm, pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaz¹⁷⁶.

İsviçre’de de, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi esas sözleşmenin tamamı tescil ve ilan edilir. Ancak bazı hükümler sicilin olumlu etkisinden yararlanır. Her ne kadar OR Art. 697n kanunlaşmış olsa da tahkim şartı, İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğünde olumlu etkiden yararlanan maddeler arasında belirtilmemiştir¹⁷⁷. Aynı şekilde Türkiye’de de tahkim şartının olumlu etkiden yararlanan maddelerden olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁸.

İsviçre PIL Art. 178/II’ ye göre, tahkim anlaşmasının ya taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka yahut da İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterlidir. Her üç alternatifin bir diğerinden bağımsız olup diğerlerine göre hiçbir önceliği veya üstünlüğü yoktur¹⁷⁹. İsviçre hukukunun geçerli olması halinde, anonim şirket paylarının devralınması, iç yönerge veya esas sözleşmede yer alan tahkim şartının da kabul edilmesi anlamına gelir¹⁸⁰. Bu şekilde pay sahibi olmak, iyiniyet ilkesine de uygun olacağından tüm pay sahiplerinin tahkim ile uyuşmazlığı çözebilir¹⁸¹.

Estoppel doktrini dolayısıyla dürüstlük kuralı kapsamında 2003 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda¹⁸² tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişinin asıl sözleşmenin ifasına katılması ve böylece tahkim sözleşmesi ile

yabancı bir hukukun uygulanmasının yaratabileceği sorunlar dikkate alınarak, Türk hukukunda da tahkim yargılaması MTK yerine HMK’nın tahkim hükümlerine tabi olmalıdır (Erdem, İTOTAM, s. 82) Ayrıca, icra edilebilir bir tahkim kararı için hakemler, yargılama sırasında emredici kuralları da gözetmelidir yargılama yaparken uygulanacak hukukun emredici hükümlerini gözetmelidir. (Artık, s. 407); Ayrıca, Viscasillas, s. 285.

¹⁷⁴ Catzeflis/Schramm, s. 779.

¹⁷⁵ Ayoğlu, Tahkim, s. 104; Kırca, s. 189; Spoorenberg/ Catzefis, s. 320.

¹⁷⁶ Catzeflis/Schramm, s. 782.

¹⁷⁷ Tahkim şartının bu maddelerden olması gerektiği gerekçede ifade edilmiştir (Erdem, İTOTAM, s. 49).

¹⁷⁸ Erdem, İTOTAM, s. 83.

¹⁷⁹ Yeşilova, s. 263; Kaufman-Kohler/ Rigozzi, s. 114.

¹⁸⁰ Kaufman-Kohler/ Rigozzi, s. 118.

¹⁸¹ Kaufman-Kohler/ Rigozzi, s. 118.

¹⁸² BGE 129 III 727; İLHAN, Hüseyin Afşın, “Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 148.

bağlı olmak yönündeki iradesini göstermiş sayılması halinde tahkim sözleşmesinin sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiye teşmil edilebileceğine karar vermiştir. Federal mahkeme kararına göre, İsviçre Hukuku tahkim sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmiline tarafların gerçek iradesine ve iyiniyete dayanarak izin vermektedir¹⁸³. 2008 tarihli bir başka kararında¹⁸⁴, sözleşmenin ifasına katılan üçüncü kişinin bu davranışından onun tahkim anlaşmasına taraf olma iradesi anlaşılabilirse tahkim şartının onun açısından bağlayıcı olacağını tespit etmiştir¹⁸⁵. Zira somut olayda iki ayrı sözleşme olup bu sözleşmeler birbirleriyle sıkı bir ilişki içindedir. Dürüstlük kuralı ve iyiniyet prensibi uyarınca üçüncü kişilerin tahkim şartı ile bağlı oldukları zımnen kabul edilmiştir¹⁸⁶.

Bununla birlikte, OR Art 112’de, üçüncü kişi yararına sözleşme hükümleri düzenlenmiştir¹⁸⁷. İsviçre Yüksek Mahkemesi, aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa tarafı olmadığı halde o sözleşmeden yarar sağlayan tarafın tahkim anlaşmasına dayanabileceğini kabul etmiştir. Bu kapsamda hakem heyeti, yargı yetkilerine karar vermek için öncelikle, sözleşmenin tarafların üçüncü kişinin sözleşme kapsamında ifa talebinde bulunabilmesini amaçlayıp amaçlamadıklarını inceler¹⁸⁸. Nitekim yarar sağlayan tarafın davacı değil davalı olduğu bir durumda, bu kadar açık olmaz. Bir görüş, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına kendiliğinden bağlı olduğunu savunurken; karşıt görüş tahkim anlaşmasının açıkça kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁸⁹. Tahkim iradesinin açık olması gerekmez. Üçüncü kişi, kendi lehine öngörülen maddi hakları kabul ediyorsa ve hatta bu hakların ifasını talep etmiş veya bu haklardan yararlanmışsa tahkimi kabul ettiği kabul edilmelidir¹⁹⁰.

¹⁸³, İlhan, s. 148.

¹⁸⁴ BGE 134 III 565; Ayrıntı için bkz. Kaufman- Kohler/ Rigozzi, s.141; İlhan, 148-149; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice. “*Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili.*” Tahkim Anlaşması (Editör: ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; BALKAR, Süheyla), 2020, s. 41

¹⁸⁵ Kaufman- Kohler/ Rigozzi, s.141; Özdemir Kocasakal, s. 25-26.

¹⁸⁶ İlhan, s. 149.

¹⁸⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2683.

¹⁸⁸ Supreme Court Decision 4A_627 of 8 March 2012; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaufman-Kohler/ Rigozzi, s.140.

¹⁸⁹ Kaufman- Kohler/ Rigozzi, s.140-141.

¹⁹⁰ Kaufman- Kohler/ Rigozzi, s 141.

C. Türk Hukuku

1. Doktrindeki Öneriler

Ülkemizde OR Art. 697n'de yer verilen hükmün bir benzerinin anonim şirketlerin ve limited şirketlerin esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen maddelere (TTK m. 339, TTK m. 577) bir fıkra olarak eklenmesi, hukukumuzda olan fikir ayrılıklarını ortadan kaldıracağı ifade edilmiştir¹⁹¹. Bu kapsamda bu konu özelinde TTK'ye eklenebilecek örnek bir metin hazırlanmıştır¹⁹².

“(4) Esas sözleşme şirketler hukukuna ilişkin uyumsuzlukları Türkiye’de kurulan bir hakem heyeti tarafından çözüleceği öngörebilir. Esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, şirket, organları, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartıyla bağlıdır. Tahkim, 12.01.2011 tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Onbirinci Kısım hükümlerine tabidir. 21.06.2001 tarihli ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmaz. Esas sözleşme, özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak tahkim usulünü düzenleyebilir. Esas sözleşmede yer alacak tahkim şartı hakem kararının hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin, yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerini, hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini de düzenler.”

Yazar tarafından esas sözleşmeye tahkim şartının sonradan eklenmesine dair düzenlemelere (TTK m. 421/III, TTK m. 621/I) bu yönde bir bent eklenmesinin de uygun olacağı ifade edilmiştir¹⁹³. Uygulama kolaylığı ve hukuk güvenliği açısından kısıtlayıcı olmamalıdır¹⁹⁴.

¹⁹¹ Bu hükümde “*şirketler hukukuna ilişkin uyumsuzluklar*” ifadesinin geniş anlaşılması gerekmektedir. İsviçre’de olduğu gibi şirketin sona ermesine ilişkin davaları ve sorumluluk davalarının da bu kapsamda düzenlenmesi gerekir. Bu hükmün kapsamı daraltılabilir ya da genişletilebilir (Erdem, Tahkim, s. 19-20, 21; Erdem, İTOTAM, s. 81-82).

¹⁹² Erdem, İTOTAM, s. 81-82.

¹⁹³ Anonim şirketler için OR Art 697n olduğu gibi sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların olumlu oyu yeterli görülmüştür. Limited şirketler için esas sözleşmeye sonradan konulacak tahkim şartına ilişkin esas sözleşme değişiklikleri genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde yapılabileceği belirtilmiştir. (Erdem, Tahkim, s. 19,21; Erdem, İTOTAM, s. 83); İTOTAM, ISTAC, TOBB gibi kurumlar, DIS Kuralları gibi “Şirketler Hukuku İhtilafları İçin Ek Kurallar” hazırlamalıdır (Erdem, İTOTAM, s. 84).

¹⁹⁴ Erdem, Tahkim, s. 20.

Benzer gerekçelerle, bu konun kanunlaştırılması gerektiği ifade edilmiş ve usul problemlerini yalın bir şekilde çözmeyi hedefleyen bir kanun önerisi hazırlanmıştır¹⁹⁵.

“Tahkim Kaydı, Madde 339a:

(1) Esas sözleşmeye kuruluşta veya sonradan oybirliğiyle eklenecek bir kayıtla şirket, yönetim kurulu üyeleri ve pay sahipleri arasında şirketler hukukundan doğan ihtilafların tümünün veya bir kısmının Türkiye’de bir hakem veya hakem heyetince çözüleceği öngörülebilir.

(2) Tahkim kaydı şirket, pay sahipleri, yönetim kurulu ve üyelerini bağlar.

(3) Kararın dava tarafları haricindeki kişiler bakımından da hüküm ifade edeceği durumlarda; bu kişilere tahkim sürecinin başlangıcı hakkında bilgi verilmesi, davaya taraf veya müdahil olarak katılma ve hakem seçiminde söz sahibi olma imkânı tanınması ve Kanun’ca öngörülen durumlarda davaların birleştirilmesine dair detaylar, esas sözleşmeyle doğrudan veya atıf yoluyla düzenlenir.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça esas sözleşmedeki tahkim kaydı, sadece ilgili kaydın esas sözleşmeye eklendiği karar tarihinden itibaren doğan ihtilaflar açısından hüküm ifade eder. Önceki ihtilafları kapsayan tahkim kaydı, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davalara dair ve karar tarihinden önce doğmuş ihtilaflar bakımından sadece üyelerin yazılı muvafakati varsa hüküm ifade eder.

(5) Esas sözleşmedeki tahkim kaydı, şirketçe çıkarılan pay senetlerinin arka yüzüne işlenir. Bu konudaki eksiklikler, tahkim kaydının geçerliliğini etkilemez.”

Hazırlanmış kanun tasarısının, tahkim yargılamasında meydana gelebilecek usuli sorunlara değinmesi itibariyle birçok soruna çözüm olabileceğini düşünüyoruz. Ancak pay senetlerinin arkasında tahkim ifadesine yer verilmesinin elzem olmadığını düşünüyoruz.

Şirket içi uyuşmazlıkların çözümü için hazırlanan bir başka tahkim şartı, bu hükmün şekli esas sözleşme hükmü olduğunun kabulüyle hazırlanmıştır. Bu sebeple

¹⁹⁵ Kayıklık, s. 170.

yönetim kurulu üyelerinin, ayrıca bir kabul beyanı ile ancak bu tahkim şartı ile bağlı olacağına kabulüyle hazırlanmıştır¹⁹⁶.

“Şirket (ve organları) ile pay sahipleri arasında ve pay sahiplerinin bu sıfatla kendi aralarında ortaya çıkabilecek şirketler hukukuna dayanan (Türk Ticaret Kanunu’ndan kaynaklanan) tüm uyuşmazlık ve davalar, [X] Tahkim Enstitüsü’nün -isimli şirketler hukuku ihtilaflarının çözümüne ilişkin özel tahkim kuralları çerçevesinde, münhasıran ve nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Uyuşmazlığın niteliğine ve zorluk derecesine göre hakem mahkemesinde görev yapacak hakemlerin sayısına karar vermek ve hakem mahkemesi tek hakemden oluşacak ise tek hakemi, üç hakemden oluşacak ise hakemlerin tamamını atamak konusunda yetki [X] Tahkim Enstitüsü’ne ait olacaktır. [X Tahkim Enstitüsü, şirketler hukuku ihtilaflarının çözümüne ilişkin özel tahkim kuralları çerçevesinde, Şirket’in tüm pay sahiplerine diledikleri takdirde davacı ya da davalı yanında davaya katılmaları veya müdahil olmaları imkânını sağlamak üzere gereken bildirimleri yapmakla ve davanın her aşamasında tüm pay sahiplerini bilgilendirmekle yükümlüdür. Hakem mahkemesi, işbu tahkim şartı ekseninde yapılacak yargılamalarda, nezdindeki davanın türü ve niteliğine göre, Türk Ticaret Kanunu’nun maddi hükümleri ile birlikte, o dava türüne özgü olarak öngördüğü yargılama usulüne ilişkin hükümleri de uygulamak konusunda yetkili ve yükümlüdür. Hakem mahkemesi tarafından verilen karar, tesis edildiği an itibarıyla nihai ve bağlayıcı nitelik taşıyacak ve Şirket (ve organları) ile birlikte, davaya taraf olsun ya da olmasın tüm pay sahipleri, hakem mahkemesi tarafından verilen karar ile bağlı kabul edileceklerdir.

İşbu tahkim şartı, Şirket’in tüm pay sahiplerinin bu tahkim şartı ile bağlı bulunduğu kabul edilebildiği sürece geçerli kalmaya devam edecektir. Bu nedenle, Şirket’in nama yazılı paylarının işbu tahkim şartı ile bağlı olmayı yazılı bir beyan ile kabul etmeyen kimselere devredilmek istenmesi halinde, Şirket’in, Türk Ticaret Kanunu’nun 493. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, devredene, devir konusu payları gerçek değeri üzerinden kendi adına ya da

¹⁹⁶ Ayoğlu, Tahkim, s. 169-171.

diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın almayı önermek suretiyle, devir işlemine onay vermeyi reddetme hakkı mevcuttur. Şirket'in tüm pay sahiplerinin işbu tahkim şartı ile bağlı kabul edilemediği hallerde tahkim şartı bağlayıcılığını yitirecek, Şirket'in paylarının tamamının yeniden tahkim şartını kabul eden pay sahiplerinin elinde toplanması halinde ise tekrar bağlayıcılık kazanacaktır.

[Opsiyonel- Yönetim Kurulu üyelerini tahkim şartına şahsen taraf olmaları isteniyorsa kullanılacaktır] İşbu tahkim şartı, şirket veya pay sahipleri tarafından yönetim kurulu üyelerinin şahsına karşı açılacak sorumluluk davaları ile yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin ihtilaflar da dâhil olmak üzere, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında ortaya çıkan ve şirketler hukukuna dayanan tüm uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olacaktır. Yönetim kurulu üyelerini tahkim şartına şahsen taraf olmalarını sağlamak amacıyla, yönetim kurulu üyeliğine aday olacak gerçek veya tüzel kişilerin, bir seçilme koşulu olarak işbu tahkim şartı ile bağlı olmayı yazılı bir beyan ile kabul etmeleri gerekir; aksi takdirde bu kimseler yönetim kurulu üyeliğine seçilemezler.”

Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi hususunda İTO ve İTOTAM örnek tahkim şartı yayınlamıştır. Tahkim şartı şu şekildedir¹⁹⁷:

“Türk Ticaret Kanunu, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Uyuşmazlıklara İTOTAM Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlığa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kuralları uygulanacaktır.

Uyuşmazlık- (tek hakem veya üç hakemden oluşan hakem kurulu) tarafından çözüme bağlanacaktır.

¹⁹⁷ <https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/combotah.pdf> (E.T.: 29.07.2022); Hamamcıoğlu, s. 503.

Tahkim yeri İstanbul'dur.

Tahkim dili Türkçe' dir. "

Böyle bir metnin hazırlanması, esas sözleşmelere tahkim şartının getirilmesi kolaylaşacak ve tereddütleri azaltacaktır. Ancak içerik itibariyle birtakım eksiklikler barındırmaktadır. Tahkim yargılamasından pay sahiplerinin haberdar edilmesi, esas sözleşmede yer alan tahkim kaydının tüm pay sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi ya da hakem heyetinin oluşumuna katılma imkânı sunulması hususlarında geliştirilmelidir.

Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi kanunlarımıza da yansıtıldığı takdirde şirketler hukuku uyuşmazlıklarının hızlıca alanında uzman hakemler tarafından çözülmesinin önünü açacaktır.

Her ne kadar esas sözleşmedeki tahkim şartının geçerliliğini kabul etmiş olsak da taraflar sonradan meydana gelebilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesi adına esas sözleşmede usuli yöntemlere yer verilmesi ya da kurumsal bir tahkim merkezinin kurallarının seçilmesi önemlidir¹⁹⁸.

2. Görüşümüz

25 Ekim 2021 tarihli tescil başvurusuna istinaden İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü nezdinde ilk esas sözleşmesel tahkim şartı 28 Ekim 2021 tarihinde tescil edilmiş ve 1 Kasım 2021 tarihli ve 10441 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiştir. Bu kapsamda esas sözleşme ve içinde yer alan tahkim şartı, pay devralacak kişiler için de ulaşılabilir bir metindir.

Tescil edilen metin şu şekildedir¹⁹⁹:

"Pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında, Türk Ticaret Kanunu'ndan, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Uyuşmazlıklar İstanbul Tahkim Merkezi tarafından belirlenecek tek hakem tarafından çözüme bağlanır. Hakem, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim

¹⁹⁸ Veziroğlu, Arbitration, s. 785.

¹⁹⁹ Sulu, s. 520-521.

Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlıklara özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kurallarını da uygulamakla yetkili ve görevlidir. Tahkim yeri İstanbul'dur. Tahkim dili Türkçe'dir.”

Tescil edilen metin ile tescil talebine ilişkin metin birbirinden farklıdır. Çalışmamıza konu edilen tereddütler sebebiyle talep edilen bazı hususlar tescil edilmemiştir. Tescil edilmeyen kısım şu şekildedir²⁰⁰:

“Ticaret Sicili Gazetesi'ne vereceği ilanla ve esas sözleşmede gösterilen şekilde duyurur.

Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı olmak kaydıyla, organ kararlarının hükümsüzlüğü ve şirketin feshi davalarında davanın açıldığının ilan edilmesinden itibaren bir aylık sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz. Bu süre içinde davaya taraf olma Türk Ticaret Kanunu'na göre; davaya müdahale imkanı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenir.

İşbu hüküm uyarınca hakem tarafından verilen karar, tahkim yargılamasına taraf veya müdahil olup olmadıklarına bakılmaksızın şirket, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri için bağlayıcıdır. Şirket, işbu tahkim şartını devlet mahkemelerinde açılan tüm davalar bakımından ileri sürer.” (vurgu eklenmiştir.)

Görüldüğü üzere, ticaret siciline tescil için başvurulmuş hali ile tescil edilen hali arasında farklılıklar vardır²⁰¹. Tahkim şartının içeriğine ilişkin çekinceler halen

²⁰⁰ Veziroğlu/ Çevikbaş, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/60>; Sulu, s. 521.

²⁰¹ Detaylı incelemesi için Veziroğlu/ Çevikbaş, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/60> Bu kapsamda davanın açıldığına ve sona erdiğine ilişkin bildirim noter aracılığıyla yapılacağı belirtilmiştir. Genel kurul kararlarının iptali ve şirketin feshi davaları bakımından davaya müdahil olma ve duruşmaların başlaması konusunda yer verilen özel hüküm, Yargıtay'ın olumsuz yaklaşımı sebebiyle kabul görmemiştir. Ayrıca yine doktrinde tartışmalar devam ettiğinden ve uygulama yetersiz olduğundan tüm pay sahiplerinin bu hüküm ile bağlı olacağına ilişkin hüküm tescil edilmemiştir. Yazar, Ticaret sicil müdürlüklerinin esas sözleşme hükümlerini inceleme görevinin kapsamının, ilgili düzenlemenin “kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmaması” ve “kanunun aradığı zorunlu unsurları içerip içermemesi” olduğunu dile getirmiştir. Sicilin inceleme görevini düzenleyen TTK m. 32 ve TSY m. 34 uyarınca ticaret sicil müdürlüğünün bir esas sözleşme hükmünün “emredici hükümlere aykırı” olması hâlinde tescil talebini reddedebileceği ifade edilmiştir. Ne Türk Ticaret Kanunu'nda ne diğer kanunlarda esas sözleşmesel tahkim şartını engelleyen bir kanun hükmü bulunmadığına göre tarafların bu konuda anonim ortaklıklar hukukunun diğer kurallarını (örn. TTK 340, 447/I-c, 480/I) ve ilkelerini ihlâl etmediği sürece serbestçe düzenleme yapması mümkün olduğu vurgulanmıştır. Aynı yönde bkz. Karasu, s. 98; Bu tahkim şartının tescilinden kısa bir süre önce 16 Ekim 2021 tarihinde İTOTAM tarafından gerçekleştirilen “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” konulu toplantıda Yargıtay'ın tahkime elverişsiz olarak kabul ettiği ‘genel kurul kararlarının iptali’ ve ‘şirketin feshi’ davaları dışındaki uyuşmazlıklar bakımından esas sözleşmesel

devam etmektedir²⁰². Bu şekilde yapılan bir tescil konumuz itibariyle oldukça umut verici olsa da icra edilebilir bir hakem kararının ortaya çıkabilmesi ve genel kurul kararlarının iptali ile şirketin feshi gibi uygulamada sıklıkla ortaya çıkan şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme kavuşabilmesi için daha katedilecek çok yol vardır. Zira tescil edilmemiş kısım, OR Art 697n’de kanunlaştırılmış kısımdır.

Anonim şirkete katılmak için gerekli işlem, esas sözleşmeye taraf olmak değil; şirket payının iktisabıdır. Payın iktisabıyla pay sahibi olan kişi, pay sahipliği hukuki statüsünün içerdiği hakları, yetkileri, borçları, külfetleri devralır. Burada dikkat çektiğimiz husus, anonim şirket ile pay sahibi arasındaki ilişkinin değişmediği; yalnızca paya bağlı pay sahipliği statüsünün değiştiğidir. Bu durum, şirket içi hak ve borçların paya ve pay sahipliği konumuna bağlılığı, tüzel kişilere hâkim olan “devamlılık ilkesi”nin uzantısıdır. Bu kapsamda ise açık veya zımni bir iradesi olmadıkça şirkete katılma iradesi, şirket ilişkisini düzenleyen korporatif hükümleri kapsar. Pay iktisabı iradesi, kendisini esas sözleşmeye tabi kılar²⁰³.

Tahkim iradesi, tahkim şartının korporatif nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirmesi ile doğrudan alakalıdır. Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının korporatif nitelik taşıdığı, dolayısıyla şirketin yapısına katıldığı görüşünü kabul ettiğimizden bahsetmiştik²⁰⁴. Tahkim şartına maddi esas sözleşme hükmü niteliği atfedildiği takdirde, tahkim şartı şirketin organizasyon yapısına katıldığı için yeni katılan pay sahiplerinin artık tahkim şartının tarafı olduğunu düşünmekteyiz. Şirket esas sözleşmesi ticaret siciline işlendikten sonra alenileşir ve incelemesi önünde bir engel yoktur. Bu husus da şekli geçerlilik için yeterli olduğundan tekrar yazılı bir beyan aranmaz²⁰⁵. Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceği görüşünü benimsemekteyiz²⁰⁶. Kaldı ki, tahkim şartının şirket, organlar ve sonradan katılan

tahkim şartına karşı olumlu bir yaklaşım sergilenmiştir (Veziroğlu/ Çevikbaş, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/60>).

²⁰² Erdem, İTOTAM, s. 68.

²⁰³ Veziroğlu, s. 249- 257.

²⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm §1, I, a, 3.

²⁰⁵ Markert, s. 40; Sandrock, s.234-235; Bahtiyar, s. 210; Helvacı, s. 190; Veziroğlu, Arbitration, s. 800-801; Kayıklık, s. 161; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 19; Ağaoğlu, Tahkim, s. 277; Yaşar, s. 295. Devralan pay sahibi, tahkim şartı ile bağlı olmak istemediği takdirde hisse devri sözleşmesinde bunu beyan etmesi gerekmektedir. Doktrinde uygulama açısından ise hisse devri sözleşmesinde tahkim kaydına yer verilmesi yaşanabilecek olası sorunların önüne geçilmesi bakımından isabetli olacağı belirtilmiştir (Mekengeç, s. 17; Kayıklık, s. 161, dn.101).

²⁰⁶ KURU, Baki. “*Hukuk Muhakemeleri Usulü*”, 6. Cilt, 6. Baskı, Demir, İstanbul 2001 s. 5941; AYDEMİR, Fatih, “*Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*”, On İki Levha, İstanbul 2017, 92; Ayoğlu,

pay sahipleri de dahil olmak üzere tüm pay sahipleri bakımından bağlayıcı olması, tahkim şartının ancak esas sözleşmede düzenlenmesi halinde mümkündür²⁰⁷.

Şirket esas sözleşmesinde yer alan tahkim şartının tüm pay sahiplerini ve şirketi bağlayacağı konusunda önceden Yargıtay'ın birçok kararı olsa da son yıllarda aksi yönde kararlar ile tahkim şartının makul ve geçerli kabul etmediği görülmektedir²⁰⁸.

Esas sözleşmenin tamamı tescil edilir (TTK m. 354, TTK m. 587). Zira esas sözleşme her ne kadar iç ilişkiyi düzenlese de dış ilişkiler açısından da önemsiz değildir. Zira, şirketin ehliyet ve temsili, temsilcilerin yetki sınırları, organlarca alınacak kararların geçerlilik koşulları, şirketin sona ermesi ya da tasfiyesi gibi hususlar, şirketle işlem yapmayı düşünen kişileri çok yakından ilgilendirir. Böylece aleniyet sağlama işlevi yerine getirilir²⁰⁹.

Tescil edilen esas sözleşme, yani ticaret sicili kayıtları, aleni ve ilgili sıfatına gerek kalmaksızın herkes tarafından inceleyebilir, giderini ödeyerek onaylı bir suretini alabilir ya da herhangi bir hususun sicile kayıtlı olup olmadığına ilişkin onaylı belge isteyebilir (TTK m. 35/II). Lakin tüm hükümler, üçüncü kişilere karşı hukuki sonuç doğurmaz. Bu, "ticaret sicilinin olumlu etkisi" olarak adlandırılmaktadır²¹⁰. TTK m. 36'da düzenlenen ticaret siciline tescil ve ilan üçüncü kişilere etkisi hükümleri uyarınca üçüncü kişiler, tescil ve ilan edilen hükümleri bilmediklerini ileri süremezler. Bu hükümlerin herkesçe bilindiği kabul edilir (TTK m. 354/I, TTK m.587)²¹¹. Tahkim şartı, kanunda sayılan bu haller içerisinde yer almamaktadır²¹².

Tahkim, s. 11 vd.; Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 10 vd.; KALDIRIM, Nur, "Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim", Yeditepe Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 46 vd.; KÖPRÜCÜ, Üstün, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu" Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 191.

²⁰⁷ Bahtiyar, s. 211; Metin, s. 451-453.

²⁰⁸ VEZİROĞLU, Cem, "Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis", European Company and Financial Law Review, 2019, s. 788-790; UYGUN, Doğukan, "Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü", Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 36.

²⁰⁹ Bahtiyar, s. 14; ERDEM, Nuri, "Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi", Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 203; Hamamcıoğlu, s. 20, 23.

²¹⁰ Hamamcıoğlu, s. 20.

²¹¹ Hamamcıoğlu, s. 20.

²¹² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 309; Hamamcıoğlu, s. 19-21; Sarıkaya, s. 91. Karş. Sicilin olumlu etkisi dolayısıyla tahkim şartının sonraki ortaklar ve pay üzerindeki hak sahipleri için bağlayıcı olur. Bu sebeple sözleşmeye taraf olma ya da halefiyet gibi özel durumların varlığının aranmaz (Huysal, s. 297).

Lakin benimsediğimiz görüş doğrultusunda, ticaret sicilinin olumlu etkiden faydalanıp faydalanmaması hususunda pratikte bir farklılık yoktur.

Tarafımızca benimsenen görüş doğrultusunda, pay edinen kişi, pay sahipliği statüsüne bağlı haklar, yetkiler, borçlar ve külfetlere sahip olur. Korporatif niteliği sebebiyle pay devrinde tahkim şartı için ayrıca bir rıza aranmaz. Pay sahibinin söz konusu haklara ve borçlara tabi olması kendi rızasına, yani şirkete katılma iradesine bağlıdır. Tahkim iradesi de şirkete katılma iradesi ile birlikte²¹³. Şu hâlde, bu nitelikte hükümler esas sözleşmeye dahil edilmekle birlikte, şirket tüzel kişisini, şirketin organlarını, yönetim kurulu üyelerini ve sonradan pay iktisap eden pay sahiplerini bağlar.

Bu kapsamda bahsetmiş olduğumuz estoppel doktrini ile dürüstlük kuralı da büyük ölçüde uyuşmaktadır. Bir sözleşmenin kendi lehine olan maddi hükümlerinden yararlanan kişi, o sözleşmede yer alan tahkim şartı ile sözleşmede imzası bulunmadığı gerekçesiyle bağlı olmadığını ileri süremez²¹⁴.

Tarafımızca esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının, maddi esas sözleşme hükmü olduğu görüşü benimsenmiştir. Ancak, tahkim anlaşmasının şekli esas sözleşme hükmü niteliğinde olduğu görüşü benimsendiği takdirde, tahkim şartının geçerliliği için açık ya da zımni bir irade beyanı aranması gündeme gelir. Pazarlık, due diligence ve hisse satış devri aşamaları dikkatlice incelenmelidir²¹⁵. Görüldüğü üzere böyle bir durumda tahkim şartının uygulanabilirliği yönünden çözülmesi gereken farklı sorunlar karşımıza çıkmaktadır.

Böyle bir durumda “atıf yoluyla tahkim anlaşması” yapıp yapılmadığı değerlendirilir²¹⁶. Bu itibarla asıl sözleşme rıza gösteren tarafın, ilgili kurumun yazılı statüsü veya kurallarında yer aldığı tahkim şartını bildiği ve ona da rıza gösterdiği kabul edilir²¹⁷. Asıl yazılı belgede yer alan tahkim şartı yazılılık şartını yerine

²¹³ Esas sözleşmenin bağlayıcı etkisini” paya bağlı hak ve borç” kavramıyla açıklamak, sözleşme temelinden uzaklaşıldığı anlamına gelmez (Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 19).

²¹⁴ Özdemir Kabasakal, s. 47-48.

²¹⁵ Veziroğlu, Tahkim Şartının Geçerliliği, s. 20; Yazılı şekil şartının, irade beyanını ortaya koyan daha sonraki işlemler bakımından da aranması sorun teşkil eder (Geisinger/Mermer, s. 55).

²¹⁶ Şekli esas sözleşme olduğunun kabulü halinde de hemen olumsuz cevap vermek mümkün değildir. Atıf yoluyla tahkim sözleşmesi yapma, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılmasıdır. Herhangi bir belge, taraflar arasındaki sözleşmenin eki veya parçası haline gelir (UNCITRAL m.7; HMK m. 412/III, MTK m. 4/II).

²¹⁷ Özbek, Tahkim Hukuku, s. 442.

getirir²¹⁸. Atıf yoluyla kapsama alma, temelde yatan bir sözleşmeye yönelik taraf iradesi tahkim anlaşmasında da gösterilen bir rıza teşkil edip etmediği yönünden oldukça önemlidir²¹⁹. Konunun şekli geçerlilik ve rıza olmak üzere iki yönü vardır. Esas itibarıyla şekli ve maddi yönü yakın ilişkilidir²²⁰. Sorun, genel atıf yapılması halinde ortaya çıkar²²¹. Burada, atıf yapılan sözleşmede tahkim şartının yer almadığı belirtilmez²²².

Pay devri sırasında hisse devir sözleşmesi yapılır. Burada tahkim şartına açıkça yer verilmişse bir sorun yoktur²²³. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılmış olması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır (HMK m. 412/III; MTK m.4/II)²²⁴.

Benimsediğimiz görüş dolayısıyla tahkim anlaşması, sonradan şirkete katılan pay sahibine intikal eder. Sonradan katılan pay sahibi, bu tahkim şartının tarafı olur²²⁵. Yeni katılan pay sahibinin esas sözleşmedeki tahkim şartının varlığından haberdar olma imkanına sahip olması, tahkim anlaşmasının tarafı olmasında gerekçe olarak gösterilmektedir²²⁶.

Bu düzenleme neticesinde artık Türk hukukunda tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan genel bir atfın geçerli bir tahkim anlaşması kurmaya yeteceği ve

²¹⁸ Kaufmann-Kohler/ Rigozzi, s. 111; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 442.I

²¹⁹ Ağaoğlu, Tahkim, s. 55; Bu şekilde tahkim anlaşması yapmak daha hızlı ve basit olduğundan genel işlem koşulları ya da standart sözleşmelerin yapıldığı uluslararası ticaret uygulamasında yaygındır (Steingruber, s. 134; EKŞİ, Nuray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim”, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.80; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 441). Mukayeseli hukukta, tahkim şartının esas sözleşmede yer verilmesi, atıf yoluyla tahkim anlaşması yapılmasının özel bir biçimi olarak değerlendirilmiştir (Steingruber, s. 141; Berger/Kellerhals, s. 155; Kaufmann- Kohler/ Rigozzi, s. 118).

²²⁰ Steingruber, s. 134; Ağaoğlu, Tahkim, s. 233.

²²¹ Yeşilova, s. 289 dn.167; Berger/Kellerhals, s. 152; Ekşi, Incorporation, s. 21,26; Ekşi, Tahkim, s. 80. Aynı bir metinde tahkim şartına yer verildiği takdirde, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmakla alakalı iki görüş mevcuttur. Bunlardan biri, genel şartları içeren metnin her iki tarafın da hakimiyet alanında olması ya da her ikisinin de bir konumda bulunması koşuluyla genel atfın tahkim anlaşmasıyla bağlanmak konusunda yeterli olmasıdır. Diğer bir görüş ise tahkim şartının açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde tahkim kaydına yönelik atfın yapılmış olmasıdır (Yeşilova, s. 289.)

²²² Steingruber, s. 139-140; Berger/Kellerhals, s. 152-153; Kaufmann- Kohler/ Rigozzi, s. 116-117; Ekşi, Tahkim, s.80; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 443.

²²³ Mekengeç, 16.

²²⁴ Atıf yoluyla tahkim anlaşması yapılması, navlun sözleşmesindeki tahkim şartının konişmento hamilini bağlayıp bağlamayacağı noktasında sıkça ele alınmıştır. Bu tartışma ve değerlendirmelerden yalnızca konumuz ile ilgili kısımları ele alacağız. Bu hususta çalışmalar için Ekşi, Incorporation, s. 113 vd.; Yeşilova, s. 296-304; ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Tahkim Hukuku, Cilt I-II”, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 s. 445-450; Göksu, 136.

²²⁵ Esen, s. 134; Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 70.

²²⁶ Markert, s. 40; Esen, s. 134. Sadece ortaklık alanına ait haklar yeni pay sahibine geçecek olup ortaklık alanı dışında kalan haklar intikal etmez (Esen, s. 134).

tahkim anlaşmasının bu atıfta özel olarak belirtilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir²²⁷.

Böyle bir durumda esas sözleşmenin herkese açık ve erişilebilir olduğu göz önünde tutulmalıdır. TTK m. 354/I uyarınca esas sözleşmenin tamamının tescil ve ilan edilmesi, şirkete yeni katılacak pay sahiplerinin veya organlarda görev alacak kimselerin esas sözleşmede bulunan tahkim şartından haberdar olmalarını sağlar. Pay sahibi olduktan ve olduktan ve şirket organlarında görev aldıktan sonra esas sözleşme herkes için bağlayıcıdır²²⁸.

Burada tahkim sözleşmesinin geçerliliği belirlenirken soyut değerlendirmelerle yetinilmemeli, somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda tarafların statüsü veya belli sektörde örf adet kuralları gibi unsurlara da bakılmalıdır. Doktrinde tacirlerin, basiretli davranma yükümlülüklerine binaen (TTK m. 16/II) sözleşmede atıf yapılan bütün hususları inceleyerek içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları ve bunlara rıza göstermeleri halinde sözleşmeyi imzalamaları asıl olduğu için, atıfta bulunulan belgedeki tahkim şartı dahil bütün kayıtların tarafları bağlayacağı belirtilmiştir²²⁹. Ancak tacir olmayan kişilerin taraf olduğu sözleşmelerde, atıf yapılan diğer sözleşmelerdeki tahkim şartını bilip bilmediğini araştırmak ve geçerlilik konusunda değerlendirmek gerekir²³⁰.

²²⁷ ŞANLI, Cemal, “*Milletlerarası Özel Hukuk*”, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Kasım 2016, s. 630.

²²⁸ Erdem, Tahkim, s. 20. NYS, bu konu özelinde bir düzenleme barındırmasa da, NYS m. 2²²⁸ hakkındaki bazı kararlarda, atıf yoluyla dahil edilen tahkim şartının tanınması ve tenfizinin, tarafların tahkim anlaşmasına katılmalarının sonuçlarından fiilen haberdar olmalarının ya da haberdar olduklarının varsayıldığı hallerin kanıtlandığı durumlarda mümkün olduğu ifade edilmiştir. Tarafların statüsü, faaliyet gösterilen sektörün uygulaması ve atfın özgürlüğü dikkate alınır (Steingruber, s. 135.). Yani, kendisi aleyhine maddeye başvuru olan tarafın, ilgili maddenin esas sözleşmeye dahil edildiğine ilişkin bilgi sahibi olup olmadığına ve içeriği öğrenmek için gerçek bir fırsatı olup olmadığı incelenir (Ağaoğlu, Tahkim, s. 235). İsviçre Hukukunda Federal Mahkeme, her olay için koşulları ayrı ayrı değerlendirerek karar verir. Genel atıf ile ilgili olan *Tradax v Amoco* davasında, NYS m. 2'nin uygulanması değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, ilgili ticaretin yanı sıra tarafların deneyiminin de genel atıfla kabul edilen tahkim şartının geçerliliğinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynadığı belirtilmiştir (Kaufmann- Kohler/ Rigozzi, s. 117). Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesi, standart kurallar içinde bulunan tahkim kurallarının taraflar arasında geçerli olabilmesi için belirli atıf yöntemini kabul etse de, uyuşmazlıktaki somut olay bakımından belirli iş kolunda uzun zamandır çalışan, kurallara aşına olması beklenen tacir tarafın tahkim şartından haberdar olmadığını ileri süremeyeceği ifade edilmiştir (Yeşilova, s. 291-293; POUURET, Jean- François/ BESSON, Sebastien, “*Comparative Law of International Arbitration*”, Thomson Sweet&Maxwell, Second Edition, 2007, s. 216-217; Steingruber, s. 135).

²²⁹ Kalpsüz, s. 1037-1038; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 442-443; Mekengeç, s. 16.

²³⁰ Özbek, Tahkim Hukuku, s. 443.

Her ne kadar tarafımızca tahkim şartının şekli esas sözleşme olduğu görüşü benimsenirse de, böyle bir kabul halinde bir sözleşmeye açıkça atıfta bulunmak, asıl sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek anlamına gelir. Bu şekilde genel işlem şartlarına yapılan atfın tahkim anlaşmasını içerecek şekilde anlaşılması için karşı tarafın tacir ya da işin ticari iş olmasının gerekli olması gerekli değildir. Zira yazılı bir sözleşmede açıkça atıfta bulunulan belgenin, o sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğunun belirtilmiş olması halinde, o belgenin sözleşmeyi imzalayanları bağlayacağı şüpheden varestedir²³¹. Her ne kadar bu görüşü benimsememle birlikte şekli esas sözleşme olduğunun kabulü halinde ise açık ya da zımni irade beyanı aranmalıdır. Zira esas sözleşme alenidir. Tahkim şartı ilan edildiği için, müstakbel pay sahiplerinin tıpkı diğer esas sözleşme hükümleri gibi ulaşma imkanına sahiptir. İyiniyet ilkesine göre, aleni olan tahkim şartını görme fırsatı olduğundan şaşırtıcı şart olmadığı, dolayısıyla da tahkim anlaşmasının tarafı olduğunu düşünmekteyiz. Aksi takdirde tahkim anlaşması pratikliğini yitirecek ve tahkimin doğasına aykırı bir durum oluşacaktır.

Sonuç itibarıyla kanımızca, tahkim şartı paya bağlı hak ve borç olduğundan, esas sözleşmenin aleni ve ulaşılabilir olması sebebiyle, pay sahibi şirkete taraf olarak katılarak kendiliğinden ve kanunen tahkim şartının taraf olur. Tahkim iradesi, şirkete katılma iradesi ile birliktedir.

3. Tahkim Şartının Esas Sözleşmeye Sonradan Eklenmesinde Gereken Nisap

Tahkim şartının esas sözleşme değişikliği yoluyla sonradan eklenmesi durumunda ise gerekli nisabın sermayenin tamamını temsil eden payların oybirliği olduğu görüşünü benimsemekteyiz²³². Zira oybirliği ile tahkim şartına bağlı olanlar

²³¹ Kalpsüz, s. 1038-1039; Salt anonim şirketin payımı devralmak tacir sıfatı vermediğinden, devralan eğer ayrıca tacir sıfatını haiz değilse zaten tacir olmaz ve tacirse bile ticaretinin konusu pay alım-satım işleri değilse, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tabi olmaz. Bu itibarla hisseyi devralanın basiretli bir tacir gibi hareket ederek esas sözleşmenin tescil edildiği ticaret sicilini incelemekle yükümlü olduğu, onun da esas sözleşmedeki çerçevesi belirli tahkim kaydıyla bağlı sayılması mümkün değildir (Büyüksağış, s. 74).

²³² Tahkim şartının esas sözleşmeden çıkarılması için de oybirliği gereklidir. Konu hakkında bkz. Huysal, s. 296; YILDIRIM, Ali Haydar, Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 82; Ayoğlu, Tahkim, s. 42-46; Kayıklık, s. 2020, s. 162; Etirli, s. 2020; Metin, s. 451; Bu hususta Ticaret Bakanlığının yaklaşımı, oybirliğiyle esas sözleşmeye eklenebilmesi yönündedir. (Balak, s. 14); Esas sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla tahkim şartı getirilmesi halinde, değişiklikten önceki halinin TTK m.452/1 hükmü anlamında esas sözleşmesel olumsuz müktesep hak olarak yorumlanabileceğini, bu sebeple hem karar alınırken hem de kararın ortadan kaldırılırken oybirliği

ve olmayanlar olmak üzere iki farklı pay grubu yaratılmasının önüne geçilmesi amaçlanır²³³. Tahkim, açık ve kesin irade beyanıyla mümkündür. Şirket içinde bir grubun tahkim yoluna gidip bir grubun mahkemeye gidebilmesi ihtimali, tahkim iradesini tehlikeye düşürebileceği gibi paralel yargılamaları da meydana getirebilir. Başka bir ihtimal olarak çoğunluk pay sahipleri, azınlık pay sahiplerini iradeleri dışında tahkime mecbur bırakabilir ki bu tahkimin doğasına aykırıdır.

Kanımızca, sonradan katılan pay sahibinin zaten hali hazırda bütün olan esas sözleşmede hangi hükümleri kabul edip hangilerini etmediği yönünde bir serbestisi bulunmamaktadır. Korporatif hüküm olması dolayısıyla sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim şartının doğrudan taraf olması, tahkimin doğasına da daha uygundur.

aranması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. (Ayoğlu, Tahkim, s. 45-46); Yalnızca şirketler hukuku karakterli esas sözleşme hükümleri müktesep hak yaratır. Borçlar hukuku karakterli esas sözleşme hükümlerine aykırılık durumunda borçlar hukuku kurum ve ilkeleri devreye girer. Şirketler hukuku karakterli hükümleri ihlal eden genel kurul kararlarının yaptırımını konusunda şirketler hukukunda geçerli hüküm ve ilkeler uygulanır (Kırca, s.26); Şekli esas sözleşme hükümlerine karşı genel kurul kararlarının iptali davası açılmaz. Ancak maddi esas sözleşme hükümleri için açılabilir. Şekli esas sözleşme hükümleri, o hüküm sayesinde hak sahibi olanın rızası olmaksızın değiştirildiği takdirde, o genel kurul kararı yok hükmündedir (Kırca, s. 71). Bu yönde bkz. 11. HD., 30.06.2015, 893/8774 (Legalbank).

²³³ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2651-2660; Etirli, s. 2020; Nitekim Alman doktrininde ağırlıklı görüş tahkim şartının esas sözleşmeye oybirliği ile eklenmesidir. Alman Federal Mahkemesi'nin BGH 03.04.2000, NZG 2000, 897-898 sayılı kararında, tüm pay sahiplerinin tahkim şartına rıza göstermiş olmaları aranmaktadır. Böylelikle Alman Hukukunda esas sözleşme değişikliği yoluyla tahkim şartının esas sözleşmeye dâhil edilebilmesi için tüm pay sahiplerinin oybirliğinin gerektiğini ifade etmektedir. (Ayoğlu, Tahkim, s. 42); OR Art 697n bu konuyu tartışmalı olmaktan çıkararak tahkim şartının kabulünde olumsuz oy veren pay sahiplerinin de bu hüküm ile bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm §1, II, A, 5, b, ii.

§2 ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARIN OBJEKTİF TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

I. GENEL OLARAK

Tahkim sözleşmesi, birden çok uyuşmazlığı kapsıyorsa uyuşmazlıklardan birinin tahkime elverişli olmaması tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez (MTK m.15/III, HMK m. 439/III)²³⁴.

Tarafların tahkim yoluna başvurmaya yönelik iradesi ortaya konulduktan sonra tahkim anlaşması, atıfta bulunulan ilişkiden kaynaklanan ve tahkime konu edilebilecek uyuşmazlıkların tümünü kapsar²³⁵.

Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı, yalnızca tahkime elverişli uyuşmazlıklar için geçerli olur²³⁶. Bu sebeple şirket içi uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği her bir uyuşmazlık için ayrı ayrı değerlendirmektedir²³⁷. Anonim şirket, dava sırasında yönetim kurulu tarafından temsil edilir (TTK m. 365)²³⁸.

Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerin tahkime elverişli değildir (HMK m. 408 ve MTK m. 1/IV)²³⁹. Türk hukukundaki düzenlemeler, taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların açık kanun hükmü ile tahkime elverişli olmadığı düzenlenmesi ve tasarruf edebilme ya da sulh olabilme kriteri yerine iki tarafın iradesine tabi olma kriteri olarak kaleme alınması yönünden Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde²⁴⁰ yer alan düzenlemelerden

²³⁴ İlhan, s. 231.

²³⁵ Aġaoġlu, Tahkim, s. 148.

²³⁶ Ayoġlu, Tahkim, s. 76; Mildon, s. 26. Tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin temeli olan iradenin geçerliliği ve kapsamı ile ilgilidir. Emredici kanun hükümlerine aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. İradenin geçersiz sayılması, tahkim sözleşmesini geçersiz hale getireceğinden tahkime elverişlilik bir tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır (İlhan, s. 232)

²³⁷ Duve, s. 980; Ayoġlu, Tahkim, s. 79; Etirli, s. 2006.

²³⁸ Kuru, Cilt I, s. 1055; İlbasmuş Hızlısoy, s. 219; Şahin, s. 219; Kayhan, s. 137; BÜYÜK, Elif Irmak, "Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 152.

²³⁹ Etirli, s. 2005; Doktrinde iki tarafın iradesine tabi olma ile sulh olmanın farklı kavramlar olduğu yönünde görüşler mevcuttur. "İki tarafın iradelerine tabi olmayan işler" ifadesinin kamu düzenini ifade ettiğini belirtmiştir. Bu ifadenin hangi uyuşmazlıklarda tahkime başvurulacağını belirlemede mülga kanundan beri yetersiz olduğunu belirtmiştir. (Ekşi, Tahkim, s. 53-54); Doktrinde bir başka görüş, sulh olabilme ile serbestçe tasarruf edebilmenin farklı iki husus olduğunu ifade etmekle birlikte HMK m. 313/II'de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından sulh olabilecekleri düzenlenmiştir. Bu yönde sulh olmanın, iki tarafın iradesine tabi olma kavramının usul hukukundaki karşılığı olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir (Etirli, s. 2015). Ayrıca bkz. Huysal, s. 197; Ayoġlu, Tahkim, s. 78; Köprücü, s. 189; Göksu, s.138.

²⁴⁰ Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler için bakınız. Yeşilova, s. 329-333; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2633; Ayoġlu, Tahkim, s. 76-79.

farklılık arz etmektedir. Hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar sulh olunabilecek uyuşmazlıklar olmadığından tahkime elverişli de değildir²⁴¹. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri olan hangi tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu meselesi, objektif tahkime elverişlilik olarak ifade edilmektedir²⁴². Şirketler hukuku uyuşmazlıkları genelde tahkime elverişli olarak değerlendirilir²⁴³.

Genel kurul kararlarının iptali davaları başta olmak üzere şirket içi uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği, doktrinde oldukça tartışmalıdır. Yargıtay, 1966 yılında vermiş olduğu bir kararda²⁴⁴, kollektif şirkette meydana gelebilecek tüm uyuşmazlıkların çözümünde tahkime gidilebileceği yönünde getirilen bir tahkim şartını hukuka aykırı bulmamıştır²⁴⁵.

Bununla birlikte TTK'nın sorumluluk davalarını düzenleyen 561. maddesinin gerekçesinde, sorumluluk davalarında asliye ticaret mahkemelerinin kesin yetkili olmadığı ve tahkim sözleşmesi ya da yetki anlaşması yapabilmenin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu ifade yalnızca bu tür davalar için değil; şirket içi uyuşmazlıkların hepsinde tahkime elverişlilik değerlendirmesi yapabilmenin mümkün olduğunu göstermektedir²⁴⁶.

²⁴¹ Huysal, s. 197; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2632; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 820- 821; Büyük, s. 200.

²⁴² Yeşilova, s. 319; Huysal, s. 15; YEŞİLİRMAK, Ali, “Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 85; Tahkime elverişlilik meselesi esas itibariyle subjektif tahkime elverişlilik ve objektif tahkime elverişlilik olarak iki ana başlık kapsamında incelenir. Devletlerin yahut kamu tüzel kişilerinin tahkime taraf olamamaları veya bu konuda özel bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaları, bu başlık altında yaşanan sorunlardır ve mesele, subjektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılmaktadır. Hangi türdeki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olduğuna ilişkin olup objektif tahkime elverişlilik alt başlığı altında değerlendirilmektedir. (YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler” TBBB, S. 76, 2008, ss. 83-164, s. 140-141).

²⁴³ Erdem, İTOTAM, s. 69; Helvacı, İTOTAM, s. 107; Altay, s. 48.

²⁴⁴ YHGK 12.01.1966 T. 408/D-7/6 Sayılı Kararın İlgili Kısmı İçin YEĞENGİL, Rasih, “Tahkim”, İstanbul 1974, s. 357, 364; TAŞ, Mehmet, “Türk Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 34.

²⁴⁵ Bu karar, eTTK döneminde verilmiştir. Anonim şirketler için de aynı sonuca varılabilir (Bahtiyar, s. 209); Ayrıca bkz. Etirli, s. 2004.

²⁴⁶ Karasu, s. 174; Ayoğlu, Tahkim, s. 87-88; Etirli, s. 2014. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, sermaye koyma borcu ve sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğu görüşü desteklenmektedir. Ancak, şirket organlarının alacağı kararlara karşı yokluk ve butlanın tespiti ile iptal davaları için, serbestçe tasarrufta bulunulamayacağı gerekçesiyle tahkime elverişli olmadığı görüşünün benimsendiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, fesih ve iflas davalarının tahkim usulüyle çözülemeyeceği ifade edilmiştir. (Balak, s. 13-14). Helvacı, İTOTAM, s. 113.

Azınlık pay sahipleri tarafından genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması, uyuşmazlık çözümlene kadar birden fazla benzer davaların açılması hatta problem daha da büyüyerek sorumluluk ya da haklı nedenle fesih davalarının açılması, uygulamada sıkça meydana gelmektedir. Bu kapsamda genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkim yoluyla çözülmesi büyük fayda sağlar²⁴⁷.

Alman hukukunda, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığı ZPO § 1030/I'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre malvarlığına ilişkin her türlü talep tahkime konu edilebilir. Malvarlığına ilişkin olmayan hususlar ise ancak uyuşmazlık üzerinde sulh olunabildiği takdirde tahkime elverişlidir²⁴⁸. Yasa koyucu, malvarlığına ilişkin konuları geniş yorumlamaktadır. Sözleşmenin iptali gibi farklı amaçları da kapsayan talepler de bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁴⁹. Genel itibariyle şirketler hukuku uyuşmazlıkları, tahkime elverişli kabul edilmektedir²⁵⁰. Bu kapsamda bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması ya da kar dağıtımına ilişkin uyuşmazlıkların malvarlığına ilişkin olması sebebiyle tahkime elverişli kabul edildiği söylenebilir²⁵¹.

Malvarlığıyla ilgili olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ise tarafların hakkında anlaşma sağlayabilmeleri halinde mümkündür. Bu husus karar verme sürecinde mümkün olmalıdır. Nitekim anonim ve limited şirketlerde kararlar paydaşların katılımıyla alınır²⁵².

Dava türlerine geçmeden önce, gerçek ve gerçek olmayan inşai dava ayırımına da değinmek gerekir. Bu ayırım, istenen sonuç üzerinde tarafların irade serbestisi olup olmamasıyla ilgilidir. Gerçek olmayan inşai davalarda, taraflar anlaşarak istenen sonucu mahkeme kararı olmaksızın elde edebilirler. "Gerçek olmama" ifadesi, mahkeme kararının ikincil olmasını değil; aynı kararın başka şekilde ortaya çıkabilmesi anlamını taşır. İki tarafın aynı iradeye sahip olmasıyla arzu edilen sonuç meydana gelir. Tarafların görüş birliğine varamaması halinde dava yoluna gidilir. Ticaret ve borçlar hukukundaki inşai davaların büyük çoğunluğu bu niteliktedir. Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre ve Alman hukukunda da gerçek olmayan inşai davalar

²⁴⁷ Ayoğlu, Tahkim, s. 114.

²⁴⁸ Duve, s. 979; Karasu, s. 174; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2633; Kırca, s. 178-179.

²⁴⁹ Duve, s. 979.

²⁵⁰ Duve, s. 980.

²⁵¹ Duve, s. 980-982, 992.

²⁵² Duve, s. 983.

daha çoğunluktadır²⁵³. Gerçek inşai davalara da aile ve kişilik hukukundan doğan davalar örnek gösterilebilir. Mutlaka mahkeme incelemesi olması gerekir. Bu sebeple bu davaların tahkime elverişli olmadığı kabul edilebilir²⁵⁴.

Gerçek olmayan inşai davalarda anlaşma halinde tasarruf yetkisinde bir sınırlama olmaksızın istenilen sonuca ulaşılabilir. Anlaşma sağlanamadığı takdirde tıpkı eda davaları gibi tarafların tasarruf yetkisi sınırlanır ve dava açma zorunluluğu ortaya çıkar²⁵⁵.

Bu tespitlerden hareketle, gerçek olmayan yenilik doğurucu davaların, HMK m. 408'de ifade edildiği üzere iki tarafın iradesine tabi olması ve taşınmazın aynına ilişkin olmaması kaydıyla, tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kural olarak bu hususu sınırlayan bir engel yoktur²⁵⁶.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, tahkim şartının varlığı halinde haklı sebeple fesih talebinin öncelikle hakem tarafından incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁵⁷. 1983²⁵⁸ ve 1986²⁵⁹ yıllarında, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı Yargıtay tarafından geçerli kabul edilmiştir. 2010 yılında verilen bir kararda,

²⁵³ Oysa güvenilmeyen bir ticari şirket hissedarının şirket yönetiminden ve ortaklıktan el çekirmek istenilmesi durumunda, tarafın bu pozisyondan kendi iradesiyle vazgeçmesi mümkündür (Büyük, s. 35); Gerçek olmayan inşai davanın temelinde inşai bir hak vardır. Bu davada inşai etkiyi doğuran, davacıya talep hakkı veren esaslı unsur, kanunda ya da sözleşmede düzenlenen bir inşai haktır. Bu hakkın dava yoluyla kullanılması, inşai haktan kaynaklandığı gerçeğini bertaraf etmez (Büyük, s. 38-39).

²⁵⁴ Büyük, s. 26-29.

²⁵⁵ Büyük, s. 35-36.

²⁵⁶ Büyük, s. 201.

²⁵⁷TD, 03.11.1969, 3878/5118 (MİNELİLER, Zeynep, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 3 s. 101-102).

²⁵⁸ "Davacılar vekili, vekil edenlerinin mirasbırakanı Yılmaz Urfalı'nın paşadaşı bulunduğu davalı şirketin, payın kendi adlarına pay defterine kaydı istemini TTK.nun 418. maddesini dayanak yaparak kabul etmediğini, ana sözleşmenin tahkime ilişkin 31. maddesi hükmü uyarınca istenilen hakem atamaya da yanaşmadığını bildirerek HUMK.nun 320. maddesi uyarınca hakem atanmasını istemiştir. Davalı şirket vekili, şirket işleri nedeniyle ortaklara şirket arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanması gereken ana sözleşme tahkim koşulunun olaya uygulanamayacağını bildirerek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, nama yazılı pay senetlerinin mirasçılar adına pay defterine yazının istemi ile bunun şirket yönetiminin reddi işleminin ana sözleşmenin 31. maddesi hükmü uyarınca hakemlerce çözümlenmesi gerektiği, davalı şirketin uyarıya karşın süresinde hakem atamaya yanaşmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle üç hakem atanmıştır. Karar davalı şirket vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere göre davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazlarını yerinde değerlendiren SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." 11. HD., 07.04.1983, 1595/1780 (Legalbank).

²⁵⁹ "Mahkemece önce husumet hususunun incelenmesi ve talebin pasif husumet yönünden reddi gerekirken, tahkim şartının geçersizliğine dayanılarak talebin reddi isabetli görülmediğinden..." 11. HD., 26.12.1986, 5180/7134 (Legalbank).

limited şirketin şirket sözleşmesinde yer alan tahkim şartı geçerli kabul edilerek tahkim itirazının kabulüne karar verilmiştir²⁶⁰.

Çalışmamızda, özellikle davacı tarafta birden fazla paydaşın olması ve ortaya çıkacak hakem kararından tüm pay sahipleri ve şirketin etkileneceği; dolayısıyla usuli açıdan özellik arz eden uyuşmazlık tiplerine özel olarak yer verilmiştir²⁶¹.

II. ORGAN KARARLARININ İPTALİNE VEYA GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN DAVALAR

A. Genel Kurul Kararının İptali Davası

Pay sahipleri²⁶², yönetim kurulu ve kişisel sorumluluğu ortaya çıkacaksa yönetim kurulu üyeleri; kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilir (TTK m. 445).

Birleşme, bölünme ya da tür değiştirme gibi yeniden yapılandırma işlemlerinde, çıkarılan pay sahibi ayrılma akçesinin uygun belirlenmemiş olduğu iddiasıyla denkleştirme davasını açabilir (TTK m. 191)²⁶³. Ayrıca, şirketlerin birleştirilmesi söz konusu ise TTK m.134 vd. hükümlerin ihlali halinde birleşme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan pay sahipleri, birleşmenin iptaline ilişkin bir dava açabileceklerdir (TTK m.192)²⁶⁴. Dava, kararın TTSG’de ilanından

²⁶⁰ “Dava, TTK.’nın 556. maddesindeki atıf nedeniyle 309. maddesine dayalı zarar gören pay sahibinin uğradığı dolaylı zararın, limited şirket müdürleri davalılardan tahsili ile şirkete verilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece dava konusu limited şirketin anasözleşmesinde hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla halledileceği hükmü nedeniyle davalılar vekilinin süresinde yaptığı tahkim itirazının kabulüne karar verilmiştir.” 11. HD., 15.02.2010, 9429/1648 (Lexpera).

²⁶¹ Malvarlığına ve iki tarafın iradesine tabi diğer uyuşmazlıklar için Ayoğlu, s. 158-162.

²⁶² Olumsuz oy verip muhalefet şerhini tutanağa geçiren pay sahipleri ile çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri iptal davası açabilir (TTK m.446/I, a, b).

²⁶³ Sevi, Birleşme, s. 46; Bu dava niteliği gereği inşai bir davadır. Ortaya çıkan karar erga omnes niteliğe sahiptir. Mahkeme kararı, davacı ile aynı konumda olmaları şartıyla birleşmeye katılan şirketlerin ortakları da bu karardan etkilenecektir (SARIKAYA, Sinan, “Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Türk Ticaret Hukukunda Öngörülen Birleşme Davalarında Tahkim” On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 83).

²⁶⁴ SEVİ, Ali Murat, “Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Zorunlu Ayrılma Akçesi ve Bu Yolla Çıkarılacak Ortakların Menfaatlerinin Korunması.” (Editör: MEMİŞ/ Tekin, ŞİŞEK/ Bahar, ŞENER/Özge Selin), Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan,2020, ss. 33-80, s.

iki ay içinde açılabilir (TTK m.192). Birleştirmeye ilişkin hükümlerde aykırılık bulunmamakla birlikte, alınan karar dürüstlük kurallarına ve kanunun diğer hükümlerine veya esas sözleşmeye aykırı ise veya pay sahipleri tarafından gündemin gereği gibi ilan edilmediği, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin katılıp oy kullandıkları veya genel kurula katılmaya ve kullanmaya haksız olarak izin verilmediği ileri sürülüyorsa; birleşme kararına karşı TTK m.445 hükmü doğrultusunda iptal davası açılabilir²⁶⁵.

Genel kurul kararlarının iptali, uygulamada en çok rastlanan şirket içi uyuşmazlıklardan biridir²⁶⁶. Bu konu birçok çalışmaya konu edilmiştir. Genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkime elverişliliğine ilişkin görüşleri,

- a) Genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkime elverişli olmadığı,
- b) Genel kurul kararlarının iptali davasının tahkime elverişli olduğu,
- c) Genel kurul kararının konusuna göre değerlendirme yapılması gerektiği olmak üzere üç grup altında toplamak mümkündür²⁶⁷.

Genel kurul kararlarının tahkime elverişli olmadığını savunan yazarların görüşleri, TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar için emredici usul hukuku düzenlemeleri karşısında tahkim şartının geçersiz olduğu, iptal davalarının niteliği itibariyle iki tarafın üzerinde anlaşarak sonuçlandırabilecekleri bir uyuşmazlık olmadığından tahkime elverişli olmadığı, TTK m. 445'te yer alan şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu, TTK m. 448/II' de yer alan genel kurul kararlarının iptali davalarının birleştirilmesine ilişkin düzenlemenin tahkimle bağdaşmayacağını; genel kurul kararlarının *erga omnes* etkisi sebebiyle bir pay sahibinin dahi genel kurul kararlarının iptali davası açmış olduğu takdirde tüm pay sahiplerinin etkileneceği etrafında toplanmaktadır²⁶⁸.

46. Yeniden yapılandırma işleminin kendisi, başka bir ifadeyle işlemin koşulları ve hukuki akıbeti üzerinde sonuç yarattığından bahisle iki tarafın iradesine tabi bir işten söz edilemeyeceği yönünde Ayoğlu, Tahkim, s. 162.;

²⁶⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 181; Sevi, Birleşme, s. 74-75

²⁶⁶ Viscasillas, s. 286; Etirli, s. 1997.

²⁶⁷ Ayoğlu, Tahkim, s. 104.

²⁶⁸ Bahtiyar, s. 211; Karasu, s. 173; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 300; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi c2, 2424; Genel kurul kararlarının iptali davalarında tarafların sulh olabilme imkanı tek başına tahkime elverişlilik için yeterli değildir. Genel kurul kararlarının iptali için emredici usul hükümleri öngörüldüğünden tahkim şartı bu hükümlere aykırılık yaratır (Helvacı, s. 200- 201); Kansoy Temel, s. 20.

Genel kurul kararlarının tahkime elverişli olduğunu savunan yazarlar ise, genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıkların taraf iradelerine tabi ve tahkime elverişli olduğunun kabulü ile şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkisinin tahkimi dışlamadığını, emredici hükümlerin de zaten tahkim yargılaması sırasında uygulanacağını, *erga omnes* etkinin tahkim engeli oluşturmayacağını ve irade serbestisi ilkesine üstünlük tanınması gerektiğini belirtmişlerdir²⁶⁹.

Bir diğer görüşe göre, genel kurul kararının konusuna göre elverişliliğin değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre genel kurul kararının tahkim yargılamasında görülmesinin önünde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Ancak genel kurul kararlarının da konularına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir²⁷⁰.

Yargıtay, limited şirket genel kurulu kararının iptali davasının tahkime elverişliliği hakkında vermiş olduğu bir karar ile tahkim sözleşmesinin esas sözleşmede yer alan bir şart ile yapılamayacağını kabulü ile tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu, kaldı ki genel kurul kararlarının iptalinin tarafların aralarında anlaşarak sonuçlandıramayacağını; şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin ise kesin yetkili olduğu görüşünü benimseyerek genel kurul kararlarının tahkime elverişli olmadığını kabul etmektedir²⁷¹. Yargıtay yakın tarihli bir kararında anonim şirketlerde genel kurul iptali davalarının tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir²⁷². Yargıtay, 11. Hukuk Dairesinin 2012/1345 Esas numaralı 2012/19915 Karar numaralı ve 05.12.2012 tarihli kararı şu şekildedir:

²⁶⁹ Huysal, s. 308 vd., YEŞİLİRMAK, Ali, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Tahkim Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 3, Eylül 2014, s. 311-312; Ayoğlu, Tahkim, s. 108-111; Veziroğlu, Arbitration, s. 8; Yaşar, s. 308; Kırca, s. 187-188; Büyük, s. 203-204; Erdem, İTOTAM, s. 70; Artık, s. 409.

²⁷⁰ Taş, s. 53-54; Yıldırım, Şirket İçi, s. 60.

²⁷¹ 11. HD., 05.12.2012, 13485/19915 (Lexpera).

²⁷² “Kar payı isteme hakkının, ancak genel kurulun bu yönde karar vermesine bağlı olduğu, genel kurul kararının iptali hususunda tahkim yoluna başvurulamayacağı, hakem kararında davalının talebinin, genel kurul kararının iptalini gerektiren kar payı istemine ilişkin olup, şirketin ana sözleşmesinde yer alan tahkim şartının bu tür uyuşmazlık açısından geçersiz olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 439/2-a maddesi uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, hakem kararının iptaline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan yargılama ve HMK'nın hakem kararlarının iptaline ilişkin 439. maddesi hükmü gözetildiğinde, verilen kararda bir isabetsizlik olmadığı ve şirket ana sözleşmesindeki tahkim şartının anlaşmazlığın hakemde çözülmemesi halinde yetkili mercilerin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeler olacağı düzenlemesi

“Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece şirket ana sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, TTK'nun 381. maddesinin 1. fıkrasının münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. Fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır. (Bkz. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, üçüncü baskı, s. 226,227)”

Bu karar doktrinde, her ne kadar Yargıtay tarafından genel kararının iptalinin taraflar tarafından aralarında çözümlenemeyeceği belirtilse de, tarafların anlaşma yoluyla eski kararı tamamen veya kısmen ortadan kaldıracak şekilde yönüyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili kılınması, ilgili kayıtlara daha kolay ulaşılmasını sağlama amacı güder. Günümüzde bu kayıtlara elektronik olarak rahatça ulaşılabileceği gibi şirket merkezinden başka bir yere de hızlıca ulaştırmak mümkündür²⁷³.

Ayrıca anonim şirketin genel kurul kararının iptali davası ile istenen sonuç, genel kurulun bu yönde karar almasıyla da ortaya çıkabilir. Bu anlamda bu davalar gerek Türk hukukunda gerek Alman ve İsviçre hukukunda çoğunluk olarak gerçek olmayan yenilik doğucu dava olarak kabul edilir. İptal hakkının davayla kullanılması, inşai hakkın tipik örneğidir²⁷⁴.

Genel kurul kararlarının iptali davasının tahkime elverişli olduğu görüşüne iştirak etmekteyiz. Kanaatimizce bu davanın, HMK m. 408 ve MTK m. 1/IV'te

nedeniyle açık ve kesin olmaması nedeniyle geçersiz olduğunun anlaşılması bulunmasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” 11. HD., 01.07.2019, 2226/5000 (Lexpera).

²⁷³ YEŞİLİRMAK, Ali, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Tahkim Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 3, Eylül 2014, s. 311; Etirli, s. 2014.

²⁷⁴ Büyük, s. 27-28, 152; Anonim ve limited şirket genel kurul kararlarının iptali davası, geçmişte etkili inşai davadır (Büyük, s. 232).

düzenlenen “iki tarafın iradesine tabi olma” kriterine uygun olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu davalar, davacı ile şirketin aralarında anlaşmasıyla yahut sulh olmasıyla ya da davacının feragatiyle sonra erdirilebilir²⁷⁵. Yargıtay feragate²⁷⁶ ilişkin vermiş olduğu kararlarında açıkça iki tarafın iradesine tabi bir uyuşmazlık olduğunu ifade etmiştir²⁷⁷. Bununla birlikte yine bu genel kurul kararını kaldıracak biçimde yeni bir genel kurul kararı alınabileceği gibi şirket tarafından, üç ay içinde genel kurul kararının tescil edilmemesi suretiyle geçersiz hale getirilmesi gibi, uyuşmazlık konusu genel kurul kararının uygulanmasından kaçınılabılır (TTK m. 456/3)²⁷⁸.

Alman hukukunda genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişliliği, önceki yıllarda oldukça tartışılmıştır. Zira Türk hukukunda ortaya çıkan tartışmalara ilişkin gerekçelerin isabetli olup olmadığı, TTK'nın mehası olan Alman hukukunda da tartışılmıştır. Alman hukukunda meydana gelen tartışmalar tahkime elverişlilik ve

²⁷⁵ Tahkime elverişlilik için asıl olan iki tarafın iradesine tabi olmadır. Ayrıca bkz. Genel kurul kararı, ancak bir genel kurul kararıyla ortadan kaldırılabilir. Davada şirketi temsil eden yönetim kurulunun bu yönde bir yetkisi yoktur. Bu ise şirket içi bir yetki sorunundan ibarettir. Genel kurulun yönetim kuruluna, kabul etme ya da sulh sözleşmesi yapma yetkisi vermesiyle bu sorun aşılabılır (Helvacı, İTOTAM, s. 107 dn. 22; Kırca, s. 202).

²⁷⁶ Feragat, iptal davası açısından özellik arz etmez. Davacı, açmış olduğu iptal davasından vazgeçebilir (Kırca, s. 203).

²⁷⁷ “Dava, davalı şirketin 25.03.2009 tarihinde yapılan genel kurulunda alınan bir kısım kararın iptali istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte olup davadan feragat hüküm kesinleşinceye değin yapılabilir ve karşı tarafın kabulüne bağlı olmadığı gibi yapıldığı anda kesin hükmün sonuçlarını doğurur.” 11. HD., 19.02.2018, 8300/1224 (Lexpera); “Uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir niteliktedir. Davadan feragat karar kesinleşinceye değin yapılabilir ve yapıldığı anda kesin hüküm etkisi yaratır. Davacı vekilinin usulen tevsik olunan davadan feragate ilişkin beyanının, HMK'nın 74 ve 307 vd. maddeleri uyarınca sonuç doğurucu nitelikte olduğu anlaşılmış, Yargıtay İBK'nın 11.04.1940 gün ve 70 sayılı ve HGK'nun 21.11.1981 gün ve 1981/2-551 sayılı kararları uyarınca, öncelikle, davacının davadan feragatine ilişkin bir hüküm verilmesini teminen yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” 11. HD., 19.02.2018, 3396/1222 (Lexpera).

“Asıl ve birleşen dava, davalı şirketin 22.7.2013 tarihli yönetim kurulu kararının butlan ile malul olduğunun tespiti ile 3.9.2013 tarihli genel kurul kararlarının iptaline ilişkindir. Uyuşmazlık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte olup davadan feragat hüküm kesinleşinceye değin yapılabilir ve karşı tarafın kabulüne bağlı olmadığı gibi yapıldığı anda kesin hükmün sonuçlarını doğurur.” 11. HD., 12.03.2019, 3461/2038 (Legalbank).

“Dava, davalı şirketin 27.03.2015 tarihli genel kurulunda alınan bir kısım kararın iptali istemine ilişkindir. ...Feragat, HMK'nın 307. maddesi uyarınca istemde bulunanın talep sonucundan vazgeçmesi olup hüküm kesinleşinceye değin yapılabilmesi gibi karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir. Müimeyyiz davacı vekilinin yukarıda sözü edilen dilekçesi, davadan vazgeçme (feragat) mahiyetinde olup HMK'nın 74. maddesi de gözetildiğinde kesin hüküm gibi sonuç doğurucu nitelikte bulunduğundan HMK'nın 311., 371. ve 373/1. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi'nin istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, dava dosyasının davadan feragate ilişkin bir hüküm kurulmak üzere İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermek gerekmiştir.” 11. HD., 19.02.2018, 3459/1223 (Lexpera).

²⁷⁸ Ayoğlu, Tahkim, s. 108-109; Etirli, s. 2015; Büyük, s. 204.

emredici hükümler ilkesi etrafında toplanmıştır. Nitekim bu konular birbirinden bağımsız değil; iç içe geçen konulardır²⁷⁹.

Almanya’da bu konunun tahkime elverişliliği konusunda uzun yıllardan beri gelen çalışmalar yapılmaktadır. Bu hususta Alman Federal Mahkemesinin 04.07.1951 tarih ve II ZR 117/50 Sayılı kararında²⁸⁰, anonim şirket esas sözleşmesine konulan tahkim şartının, bu davaların görülmesi için görevli ve yetkili mahkemenin şirket merkezinin bulunduğu yer federal mahkemesinin gösterilmesi dolayısıyla tarafların sulh olamayacağı; dolayısıyla da üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri gerekçesiyle geçersiz olduğuna karar verilmiştir²⁸¹.

Alman Federal Mahkemesinin kısaca “Arbitrability I” olarak bilinen kararı, bir limited şirketin genel kurul kararının iptaline ilişkindir. Bu kararda, Kanunda münhasır görev ve yetkili mahkeme öngörülmesinin tahkime elverişliliğe engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Böylelikle bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu ifade edilmiş ise de burada daha çok iptal davalarının *erga omnes* etkisi üzerinde durulmuştur. AktG m. 248/I uyarınca iptal davasının sonucu, davaya taraf olmasalar dahi bütün pay sahipleriyle organlar arasında hüküm ifade eder (Aynı yönde bkz. TTK m. 450). Bununla birlikte AktG m. 246/III’te açılan iptal davalarının birleştirileceği belirtilmiştir (Aynı yönde bkz. TTK m. 448/II). Ancak bu düzenlemelerin tahkim yargılamasına uygulanması o dönemde mümkün değildir. Hakem kararları, *inter partes* etkiye haiz olduğundan yalnızca taraflar arasında hüküm ifade eder. O dönemdeki ZPO’daki her ne kadar tahkime ilişkin hükümlerde değişiklik yapılsa da Kanun, hakem kararlarının yargılamaya taraf olmayan tüm pay sahipleri ve organları bağlayacağı sorusuna cevap vermemiştir²⁸². Buna ek olarak tüm paydaşların hakem seçimine etki edememesi, tahkim şartının geçersiz olduğuna karar verilmesine yol açmıştır²⁸³.

²⁷⁹ Kırca, s. 178.

²⁸⁰ Kırca, s.179.

²⁸¹ Kırca, s.179.

²⁸² Kararın özeti için Kırca, s. 179- 181; Ayoğlu, Tahkim, s. 98-100; Karar hakkında, Duve, s. 984-986; Markert, s. 43-44; Yaşar, s. 303. 1998 Reformundan önce olmasına rağmen, bahsedilen hususlara çözüm bulunmadıkça kararın geçerliliğini koruyacağı yönünde Yeşilova, s. 341-342 dn. 87.

²⁸³ Markert, s. 42-44; TRITTMANN, Rolf/ HANEFELD, Inka, “Art. 1030 – Arbitrability”, *Arbitration in Germany The Model Law in Practice*, *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*, (Editör: BÖCKSTINGEL, Karl- Heinz/KRÖLL, Stefan Micheal/NACİMİENTO, Patricia), Kluwer Law International, 2008, s. 120-121; Ayoğlu, Tahkim, s. 99.

Bu karardan sonra öğretide yapılan tartışmalar sonunda “Arbitrability II” olarak bilinen karar verilmiştir. Bir önceki kararın devamı niteliğinde olan bu karar, hakem kararlarına *erga omnes* etki tanınıp tanınmayacağı açısından bir değerlendirme içermektedir. Kararda pay sahiplerinin hakem yargılamasına *erga omnes* etki sağlamak üzere yetki verilebileceği ifade edilmiştir. Zira, yargılamaya taraf olmayanların da iptal davasının sonucundan etkileyeceğini düzenleyen AktG m. 248/I’in tahkim yargılamasına uygulanması, tahkim sürecinin zorunlu bir parçasıdır. Kararda, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin bir tahkim kaydının geçerli olması için asgari şartlar düzenlenmiştir²⁸⁴.

2009 tarihli “Arbitrability II” olarak bilinen Federal Mahkeme kararında, hakem kararlarının tüm pay sahiplerini etkileyebilecek biçimde sonuç doğurabileceğini kabul etmiştir. Nitekim bu sonuç için bazı şartlar öngörülmüştür²⁸⁵. Böylelikle devlet yargısının sağladığı hukuki koruma tahkim yargılamasında da sağlanmış olur²⁸⁶. Bu şartlar;

- i) Tahkim şartı esas sözleşmeye tüm pay sahiplerinin oybirliği ile dâhil edilmelidir. Esas sözleşmeden bağımsız bir tahkim sözleşmesinin yapılmış ise, tüm pay sahipleri ve şirket bu sözleşmeye taraf olmalıdır.
- ii) Tüm pay sahipleri uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurulduğundan haberdar edilmelidir. Böylece pay sahiplerinin davaya katılma veya müdahil olma imkânı sağlanacağı gibi tüm gelişmeler konusunda bilgilendirileceklerdir.
- iii) Hakem atamalarının tarafsız bir makam tarafından yapılmaması halinde, tüm pay sahipleri bu süreçte söz sahibi olabilmelidir.
- iv) Aynı genel kurul kararına karşı açılacak iptal davaları birleştirilmeli ve aynı hakem mahkemesi önünde tek bir davada görülmelidir. Bu şartların sağlanamaması halinde tahkim şartı kesin hükümsüz kabul edilir²⁸⁷.

²⁸⁴ Kırca, s. 182-183; Genel kurul kararlarının iptalinde tahkim şartının öngörülmesi pek tabii ki her ülkenin mevzuatına göre ayrı ayrı değerlendirilir. Tek bir çözüm yolu bulmak imkansızdır. Bu şartlar ise belli bir standart getirmek üzere düzenlenmiştir (Markert, s. 42).

²⁸⁵ Huysal, s. 307; Ayoğlu, Tahkim, s. 100; Kayıklık, s. 150-151; Yaşar, s. 293.

²⁸⁶ Yaşar, s. 304.

²⁸⁷ Kreindler/ Wollf/ Rieder, s. 49; Markert, s. 45; Ayoğlu, Tahkim, s. 100-103; Etirli, s. 2011-2012; Yaşar, s.304; Helvacı, İTOTAM, s.105.

Bu karar gerek doktrin gerekse de uygulamacılar tarafından oldukça olumlu karşılanmıştır²⁸⁸. Önemle belirtmek isteriz ki, bu koşullar bu uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine değil; tahkim şartının geçerliliğine ilişkindir. Federal mahkeme zaten bu uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul etmiştir.²⁸⁹.

Arbitrability II kararı ve getirdiği bu standartlar, mahkemelerin münhasır yetkisi olduğu görüşünü benimseyen Alman ilk derece mahkemeleri tarafından hemen benimsenmemiştir. Buna karşın ancak tek tip olarak hazırlanan Model tahkim şartları hem aranan kriterlerin karşılanmasını sağlayabilir hem de ortaya çıkabilecek sorunları en az seviyeye indirebilir²⁹⁰. Bu kapsamda şirketlerin ihtiyaçlarına göre şekillendirilebilen bu kayıtlar, daha incelikli bir şekilde hazırlanmalıdır.²⁹¹.

²⁸⁸ Markert, s. 45; Ayoğlu, Tahkim, s. 102; Bu karar limited şirketlere ilişkin olup limited şirketlerde emredicilik ilkesi düzenlenmemiştir. Nitekim Alman doktrininde tartışmalar devam etmekte olup halen mümkün olmadığını ileri süren yazarlar vardır. Ayoğlu, Tahkim, s. 103, dn. 103.

²⁸⁹ Markert, s. 35,48; Duve, s. 990; Ayoğlu, Tahkim, s. 102; Yaşar, s. 305.

²⁹⁰ Alman Tahkim Enstitüsü (DIS) tarafından matbu bir tahkim şartı hazırlanmıştır. Örnek tahkim şartının tarafimca yapılmış çevisi şu şekildedir: “(1) *Pay sahipleri arasında ve pay sahipleriyle şirket arasında ortaya çıkan işbu esas sözleşmeyle ya da geçerliliğiyle ilgili tüm uyuşmazlıklar, devlet mahkemelerine başvurmaksızın kesin olarak Alman Tahkim Enstitüsü'nün (DIS) Tahkim Kuralları ve Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları İçin Ek Kuralları uyarınca çözümlenir.*

(2) *Eski Pay Sahipleri bu tahkim anlaşmasıyla bağlı kalacaktır.*

(3) *Şirket, mevcut tahkim anlaşmasını, her zaman birinci paragraf kapsamında yer alan uyuşmazlıklarla ilgili her iddiaya karşı bir savunma olarak devlet mahkemesinde açılan uyuşmazlıklarda ileri sürer*²⁹⁰.

(4) *Hakem heyeti [lütüfen "tek hakem" veya "üç hakem"].*

(5) *Tahkim yeri [-] olacaktır.*

(6) *Tahkim dili [-] olacaktır.*

(7) *Esasa uygulanacak hukuk [-] olacaktır.”*

Orijinal metin şu şekildedir:

(1) *All disputes arising among the shareholders or between the corporation and its shareholders in connection with these articles of incorporation or their validity shall be finally settled in accordance with the Arbitration Rules and the Supplementary Rules for Corporate Disputes of the German Arbitration Institute (DIS) without recourse to the ordinary courts of law.*

(2) *Former shareholders shall remain bound by this arbitration agreement*

(3) *The corporation shall always raise the existing arbitration agreement as a defence against any claim that is filed in the ordinary courts of law and that relates to disputes covered by paragraph No. 1 above.*

(4) *The arbitral tribunal shall be comprised of [please enter “a sole arbitrator” or “three arbitrators”].*

(5) *The seat of the arbitration shall be [please enter city and country].*

(6) *The language of the arbitration shall be [please enter language of the arbitration].*

(7) *The law applicable to the merits shall be [please enter law or rules of law*

<https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules>

²⁹¹ Markert, s. 49; Yazar, bölgesel ya da milli tahkim kurumlarının, şirket içi uyuşmazlıklarda belirlediği kurallar, her bölgeye göre belli farklılıklar içereceğinden, bu farklılıkları ortadan kaldıracak uluslararası yeknesak prensiplere ihtiyaç bulunduğu dikkat çekmektedir (Markert, s. 51).

Gelgelelim bu kurallar, halka açık şirketler ve pay sahipleri sözleşmeleri için uygun düşmemektedir²⁹².

İsviçre Hukukunda da genel kabul, genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkime elverişli olduğu yönündedir²⁹³. OR Art 697n, genel olarak şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu görüşünü benimseyerek hazırlanmış olmakla birlikte, yine de maddenin gerekçesinde iptal davalarının tahkime elverişli olduğuna ayrıca açıkça yer verilmiştir²⁹⁴.

Mahkeme kararlarına tanınan bu *erga omnes* etkinin hakem kararlarına da tanınması hakkında endişeler bulunmaktadır. Zira Alman Federal Mahkemesi tarafından hakem kararlarının belirli özellikleri taşıması halinde tüm pay sahiplerini bağlayacak şekilde hüküm doğuracağına hükmedilmiştir. Bu nedenle olsa gerek İsviçre’de kanuna eklenen hükmün son fıkrası aynı amaçla esas sözleşmede tahkim kararıyla bağlı olacak kişilere bazı usuli güvencelerin sağlanmış olmasını aramaktadır²⁹⁵. Devlet yargısı iptal ya da butlanın tespitine ilişkin kesinleşen karar, TTK m. 450 uyarınca bütün pay sahipleri hakkında hüküm ve sonuç doğurur²⁹⁶. Nitekim iptal kararı, niteliği itibariyle, maddi hukukta meydana getirdiği değişikliklerin herkese karşı ileri sürülebilen inşai etkiye sahiptir. Yine de genel kurul kararının iptali kararının TTK’da tüm pay sahipleri hakkında kesin hüküm teşkil edeceği özel olarak düzenlenmiştir²⁹⁷.

Tahkim şartı, çok taraflı durumu yansıtmalı ve taraflara hakem seçimine katılma imkanını tanımalıdır. Bu amaçla, tahkim yargılamasının başlatılması için tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesi sağlanmalıdır. Taraflara, davacı ya da davalı tarafa katılma imkânı verilmelidir²⁹⁸. Bu konunun detayları, ikinci bölümde ele alınmıştır.

Şu halde esas sözleşmede yer verilebilecek bir tahkim kaydıyla TTK’nın 450. maddesinin de uygulanarak hakem kararlarına da devlet mahkemesiyle eş düzeyde

²⁹² Markert, s. 50.

²⁹³ Fransa ve İspanya’da da elverişli olduğu kabul görmektedir (Markert, s. 42; Yaşar, s. 306).

²⁹⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 102-104; Kırca, s. 184-186; Kayıklık, s. 151; Etirli, s. 2017-2018; Catzeflis/Schramm, s. 778 vd.; Yaşar, s. 307; İlgili madde Hakkında Bkz. Birinci Bölüm §1, II, A, 5, b, ii.

²⁹⁵ Kayıklık, s. 150-151.

²⁹⁶ Etirli, s. 2017.

²⁹⁷ Huysal, s. 315; Kayıklık, s. 150-151.

²⁹⁸ Trittman/ Hanefeld, s. 121; Duve, s. 986; KREINDLER, Richard/ WOLFF, Reindmar/ RIEDER, Markus, “*Commercial Arbitration In Germany*”, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 49.

koruma temin ederek *erga omnes* etki tanınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır²⁹⁹. Nitekim, aynı sonuca ulaşan TTK m. 450'nin emredici niteliği sebebiyle tahkim anlaşmasının nisbiliğinin kaldırıldığına ilişkin bir görüş de bulunmaktadır³⁰⁰. Görüldüğü üzere, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının tek başına tüm pay sahiplerine karşı etki doğurmayacağı kabulünde dahi bu tahkim şartında yukarıda belirtilen hususlara yer verildiği takdirde tüm pay sahiplerine karşı hüküm ifade etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu belirsizliği gidermek adına, tahkim şartında hakem kararlarının herkesi bağlayacağı yönünde bir ifadeye yer verilebilir³⁰¹.

Sonuç itibariyle, genel kurul kararlarının iptali davasının tahkime elverişli olduğu görüşünü benimsemekteyiz.

B. Genel Kurul Kararının Butlanı ve Yokluğunun Tespiti

Genel kurul kararlarının butlanı davasının tahkime elverişliliği açısından incelenmesi gereken hususlar, genel kurul kararının iptali davasındakiler ile aynıdır (TTK m. 622). Burada özellik arz eden durum ise bu davanın şirket alacaklıları ya da rakipleri gibi menfaati olan üçüncü kişiler tarafından da açılabilmesidir³⁰². Doktrinde bir görüş, hakem kararının üçüncü kişiler için de kesin hüküm doğuracağından bahisle, tahkime elverişsiz olduğunu savunmaktadır³⁰³. Bir diğer görüş ise, iptal davasıyla butlan davası arasındaki çizginin oldukça ince olduğu, taraf iradesine tabiiyet açısından aralarında bir fark olmadığıdır³⁰⁴.

Bir yönetim kurulu üyesi, genel kurul kararıyla esas sözleşmeye eklenen tahkim şartının, asgari içeriği barındırmadığı iddiasıyla genel kurul kararının batıl olduğunun

²⁹⁹ Ayoğlu, Tahkim, s. 110-111; Kırca, s. 188; Büyük, s. 206; Kayıklık, s. 151; Yaşar, s. 310; Hakem heyeti tarafından verilen bir kararın TTK'nın 450. maddesi gereğince bütün pay sahipleri ve organlar için geçerli ve bağlayıcı olması, hukuken kabul edilemez (Moroğlu, Anasözleşme, s. 300); Herkese etkili olması kanun yoluyla öngörülmüştür. Tahkim, sözleşme temellidir ve sadece tarafları arasında hüküm doğurma etkisine sahiptir. Mutlak inşai dava olduğundan açık kanuni düzenleme olmaksızın herkese etkili bir karar verilemez. Hukuk tekniği açısından gerekliliklerden hareketle kıyasen uygulanamaz Kanunun tanımadığı bir sonuç, tahkim şartında düzenlenerek yerine getirilmez. (Helvacı, İTOTAM, s. 114).

³⁰⁰ Huysal, s. 315-316; Ayoğlu, Tahkim, s. 84-86, 109-110; Etirli, s. 2017.

³⁰¹ Ayoğlu, Tahkim, s. 84-86; Etirli, s. 2017; Veziroğlu, Arbitration, s. 786.

³⁰² Huysal, s. 320; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 97; Kayıklık, s. 151; Yönetim kurulu kararlarının yokluğu ve butlanı için de benzer eleştiriler ve görüşler mevcuttur (Ayoğlu, Tahkim, s.118; Kaldırım, s. 118-121).

³⁰³ Huysal, s. 322; Kaldırım, s. 117.

³⁰⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 117-118; Erdem, Tahkim, s. 13; Kayıklık, s. 151-153; Erdem, İTOTAM, s. 70; İptal mi yoksa butlan mı olduğu konusunda tereddüt var ise iptal kararı verilmelidir (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 75; Kırca, s. 14-15).

tespitini mahkemeden isteyebilir³⁰⁵. Bu ihtimalde şirket, tahkim itirazında bulunmalıdır. Hakemlerin tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve geçerliliği hakkındaki itirazları değerlendirerek kendi yetkileri hakkında bizzat karar vermeleri esastır (MTK m. 7/H, HMK m. 422)³⁰⁶. Mahkemelerin tahkim yargılaması bekletici sorun sayma zorunluluğu olmadığı gibi hakemlerin de tahkim şartının geçerliliği konusunda karar vermesi için mahkeme kararını beklemeleri gibi bir yükümlülükleri yoktur³⁰⁷.

³⁰⁵ Oybirliği ile karar alındığı göz önünde bulundurulduğunda artık iptal değil butlan kararının verilmesi daha olasıdır. (Kayıklık, s. 163).

³⁰⁶ “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görev ve yetkili hakem kuruluna ait olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına,” 15. HD., 01.07.2014, 3330/4607 (Legalbank).

“Taraflar arasındaki sözleşmenin 67/2. maddesinde sözleşmeden doğabilecek her türlü ihtilafın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca tahkim yolu ile görüleceğinin taraflarca kabul edildiği, adı geçen Kanun’un 15-A.1.d bendinde hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verilmiş olmasının iptâl nedenleri arasında sayılmış, olması karşısında hakem veya hakem kurulunun yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verme yetkisi hakem heyetine ait olduğundan ilk derece mahkemesince davanın hukuki yarar yokluğundan reddi yerine yazılı gerekçe ile reddinde isabet bulunmamakla birlikte verilen ret kararı sonucu itibari ile doğru olduğundan 6100 sayılı HMK’nın 370/4. maddesi uyarınca ret gerekçesinin bu şekilde değiştirilerek kararın değiştirilmiş şekliyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA,” 15. HD., 20.02.2020, 2019-2759/685 (Legalbank); Buna ek olarak HMK’nın 413. maddesi ile bu maddeye atf yapan MTK’nın 5. maddesi uyarınca tahkim anlaşması “hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız” ise mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul etmemesi gerekmektedir. Burada artık tahkim şartının geçerliliği ile esasa konu ihtilaf birbirleriyle çok yakın olduğundan ve tahkim itirazı ile yapılan *prima facie* bir inceleme ile bu şartın geçersizliğine karar verilmesi oldukça zordur. Böyle bir durumda bu kararın hakemlere bırakılması gerekir. (Kayıklık, s. 163-164); Aksi yönde, mahkemeler tam denetim yapmalıdır. Aksi halde davacı tabii hakiminden koparılacak ve mahkemeye erişim hakkından mahrum kalacaktır. Mahkemenin ilk itirazı kabul ettikten sonra dosyanın hakemler önüne gönderilmesi üzerine, yargılama sırasında uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı yönünde bir itiraz ileri sürülmemiş olmasına rağmen bu hususu inceleyen BAM tarafından resen iptal kararı verilebilir (YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine - Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları”, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, ss. 739-818, s. 193-198); Bu durumun önüne geçmek adına mahkemelerin hakemlerin yargı yetkisine ilişkin verdikleri karara karşı kısmi karar hükümleri uyarınca iptal davası açılabilirdir (Yeşilova, İlk İtiraz, s. 804); Mahkemelerin verdiği tahkim ilk itirazının kabulü kararının BAM için de bağlayıcı olması gerekir. Kanunda bu yönde bir düzenleme yapılabilir (Özbek, İlk İtiraz, s. 201); Tahkime elverişliliğin tek istisna olduğu yönünde Bkz İkinci Bölüm §I, C; Tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, mahkemelerince yapılacak inceleme uzun bir süreye yayılabilir. Hele ki çıkan kararın derhal denetlenmesi mümkün değilse bu süre daha da uzayabilir. Bu durum, tahkimi geciktirmek, tahkim yargılamasının etkinliğini yitirmesini isteyen tarafa, önemli bir fırsat vermektedir. Böyle bir durumda davacının hakemini seçmemesi sebebiyle tahkim ilk itirazında bulunan davalı tarafın, ülke mahkemesinin yardımını istemesi halinde mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu kanaatine varması halinde hakem tayinine de gerek kalmayacağından derdest yargılamayı bekletici mesele yapması ihtimali yüksektir (YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler.” TBBD, No. 76, 2008, s. 124).

³⁰⁷ Özbek, İlk İtiraz, s. 208; Aynı dava önce tahkimde sonra mahkemede açılmışsa hakemler mahkeme kararını bekletici mesele yapmalıdır. Bu hakemlerin takdirindedir. (PEKCANITEZ, Hakan, “Makaleler (2 Cilt): Tahkim İlk İtirazı”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 210).

Alacaklılar gibi, üçüncü kişilerin açtığı butlan davası, paralel yargılamalar açısından bir önem arz etmektedir. Tahkime elverişlilik açısından bir engel arz etmez³⁰⁸. Davacıları farklı olacağından açılan butlan davalarının birleştirilmesi söz konusu olmaz³⁰⁹. Tahkime elverişli olduğu görüşüne katılmaktayız.

Genel kurul kararının yokluğunun tespiti davalarının³¹⁰ tahkime elverişliliği hakkındaki endişeler, tıpkı genel kurul kararının butlanı davasında olduğu gibi, davanın üçüncü kişiler tarafından da açılabilir olmasına ilişkindir³¹¹. Bu hususu tahkime elverişlilik için engel olarak görmüyor; konuda yukarıdaki açıklamalarımızı tekrarlamakla yetiniyoruz.

C. Yönetim Kurulu Kararlarının İptali ve İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Kararına Karşı Açılan İptal Davası

Anonim şirketlerde³¹², belli şartlarda yönetim kurulu kararlarının iptali mümkündür. Kayıtlı sermaye sisteminde, başkaca bir esas sözleşme değişikliği ya da genel kurul kararı aranmaksızın, esas sözleşmede belirlenen taban ve tavan sermaye tutarları arasında sermaye artırımı yetkisi yönetim kuruluna bırakılabilir (TTK m. 460). İmtiyazlı veya itibari değerlerinin üzerinde pay çıkarma veya pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması da yönetim kuruluna bırakılabilir³¹³. TTK m. 445'teki sebeplerin varlığı halinde, kararın ilanından sonra bir ay içerisinde iptal davası açılabilir. TTK m. 448-451 hükümleri uygulanır (TTK m. 460/5). Bu davalar açısından da doktrinde yine bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu davaların tahkime elverişli olduğunu savunan görüş, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna devredilen yetkilerin aslında genel kurulun yetkisi dahilinde olduğunu ve bu yetkiler devredilmeseydi bir sorun teşkil etmeyeceğini savunmaktadır³¹⁴. Tarafımızca, ilk

³⁰⁸ Davanın kabulü halinde, tahkimde görülen dava önce sonuçlanırsa devlet mahkemesindeki dava; devlet mahkemesinde görülen dava önce sonuçlanırsa bu sefer tahkim yargılamasındaki dava konusuz kalır. Red kararı ise sadece davanın taraflarını bağlar (Kayıklık, s. 152).

³⁰⁹ Bu durum tahkime elverişlilik için bir engel oluşturmasa da, tahkim yargılamasını etkisiz hale getirebilir (Veziroğlu, Arbitration, s. 786, dn. 48); Şirket, üçüncü kişiye tahkim anlaşması yapmayı önerebilir (Kayıklık, s. 152).

³¹⁰ Bu dava, TTK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu iddia herkes tarafından ileri sürülebilir. Mahkeme tarafından resen incelenir. (Kaldırım, s. 117)

³¹¹ Kaldırım, s. 117-118; Tahkim şartında, hakem kararının erga omnes etkiye sahip olacağına yer verildiği takdirde endişeler ortadan kalkar (Ayoğlu, Tahkim, s. 117-118).

³¹² Limited şirketlerde müdürlerin kararına karşı benzer bir itiraz yolu düzenlenmemiştir.

³¹³ Ayoğlu, Tahkim, s. 117.

³¹⁴ Huysal, s. 330; Ayoğlu, Tahkim, s. 117.

görüŖe katılmaktayız. Bu davaların da tahkime elveriŖli olduğu görüŖünü benimsemekteyiz.

Bu kapsamda yönetim kurulu, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun, genel kurul kararını onaylamama kararı aleyhine dava açarak, bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescilini talep edebilir (TTK m. 454/VII). Husumet, İptal davasında genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullananlara karşı yöneltilir (TTK m. 454/VIII). Burada da iki tarafın iradelerine tabi bir uyuŖmazlık olduğundan bahisle tahkime elveriŖli olduğu görüŖünü benimsemekteyiz³¹⁵.

III. SORUMLULUK DAVALARI

Hukuki sorumluluk, TTK'nın 549-557. Maddeleri arasında düzenlenmiŖtir. Genel düzenleme, TTK m.553'tür. Kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal eden yönetim kurulu üyeleri, Ŗirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuŖtur. Pay sahipleri, kiŖisel olarak ya da Ŗirketin zarara uğraması sebebiyle zarara uğramıŖ olabilir. İlk durumda "Pay sahiplerinin doğrudan zararları nedeniyle açacakları sorumluluk davası (TTK m. 553)"; ikinci durumda da "Pay sahiplerinin dolaylı zararları nedeniyle açacakları sorumluluk davası (TTK m.555)" söz konusu olur³¹⁶.

TTK m. 549 ile 552 arasında ise, özel sorumluluk sebepleri düzenlenmektedir. Belgeleri düzenleyenlerin ve beyanları yapanların (TTK m. 549), sermaye hakkında yanlış beyanda bulunanların veya ödeme yetersizliğini bilenlerin (TTK m. 550), değer biçimde yolsuzluk yapanların (TTK m. 551), halktan para toplamak için

³¹⁵ Ayoğlu, Tahkim, s. 158-159.

³¹⁶ Ayoğlu, Tahkim, s. 126-128; Köprücü, s. 4. Doktrinde Ŗirket iç yönergesinde de tahkim Ŗartına yer verilebileceği belirtilmiŖtir (Esen, s.133; Geisinger/ Mermer, s. 45); İç yönerge düzenlenmesi, TTK'da iki durumda yer almıŖtır. Bunlar, genel kurul toplantı esaslarının düzenlendiği iç yönerge (TTK m. 419/II) ve anonim Ŗirketin yönetimine iliŖkin iç yönergedir (TTK m. 397/I). İç yönerge ile yönetim yetkisi, bir yönetim kurulu üyesine ya da baŖkaca bir kiŖiye devredilebilir. Böyle bir durumda, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyesinin yönetimle görevli kiŖilerin faaliyetlerini gözetim ve denetleme görevi (TTK m. 375/I, e) devam eder. Kendisine yetki devredilen kiŖiler, organ sıfatını haiz olacaklar; yönetim kurulu üyeleri ile aynı sorumluluk rejimine tabi olacaklardır (TTK m. 369, 553/1). Yetkinin devredildiği kiŖilerin seçiminde gerekli özen gösterildiyse, yönetim kurulu artık bu kiŖilerin eylemlerinden sorumlu değildir (Eskiocak, s. 363; Köprücü, s. 129-131; KARSLIOğLU, Hasan, "Anonim Ŗirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi", AndHD, C: 8, S: 1,2022, s. 37-53; Ayrıca Bkz. Viscasillas, s. 282). Bu bilgiler ışığında tarafımızca, yönetim kurulu iç yönergesinde yer alan tahkim Ŗartının, esas sözleşmede yer alan tahkim Ŗartının yönetim kurulu üyeleri tarafından da kabul edildiği anlamı taşıyabileceği sonucuna varılmıŖtır. Alacaklıların sorumluluk davası açabileceği durumlar, alacaklıların esas sözleşmenin tarafı olmadığı gerekçesiyle çalışmamız dıŖında tutulmuŖtur. Kaldı ki OR Art 697n'de alacaklılar tarafından açılan sorumluluk davalarına uygulanmaz. (Spoorenberg/ Catzefis, s. 320.332-333)

çağrıda bulunanların (TTK m. 552) sorumluluğu bu kapsamdadır. İşin niteliğinden bahisle yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin bu maddeler kapsamında sorumluluğu doğabilmektedir³¹⁷.

Birleştirme, bölünme ya da tür değiştirme gibi yeniden yapılandırma işlemleri için, özel bir sorumluluk düzenlemesi yapılmıştır. Tüm ticari şirketlerde, birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler, şirketlere, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludur (TTK m.193). “Bütün kişiler”den kasıt, birleştirmede hem devralan hem de devrolunan şirketin yönetim kurulu üyeleri; bölünmede bölünen şirketin yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri; tür değiştirmede tür değiştiren şirketin yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileridir³¹⁸. TTK m.193’te, TTK m.555 hükmü saklı tutulmuştur. Bunun sonucu olarak pay sahipleri, anonim ve limited şirketler açısından yöneticilere karşı genel hükümlere dayalı sorumluluk davası da açılabilir³¹⁹.

Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler bakımından bu düzenlemelere ek olarak, müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393), şirketle işlem yapma yasağı (TTK m. 395/I), şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 358, TTK m. 395/II) ve rekabet yasağı (TTK m. 396) olmak üzere, menfaat çatışmasından veya sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan özel sorumluluk sebepleri de öngörülmüştür³²⁰.

Bu dava, niteliği itibariyle tazminat istemli bir eda davasıdır. Tarafların iradesine bağlı olduğundan sulh veya kabul suretiyle uyuşmazlık çözümlenebilir. Bu itibarla sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğu ifade edilmektedir³²¹. Mukayeseli hukukta da sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir³²².

Yönetim kurulu üyelerine karşı doğrudan ya da şirketin zararı sebebiyle açılacak dolaylı sorumluluk davasının doktrinindeki görüşlere katılarak tahkime elverişli olduğu görüşündeyiz.

³¹⁷ Köprücü, s.26-27.

³¹⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 184.

³¹⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 184; Sevi, Birleşme, s. 74.

³²⁰ Köprücü, s. 27-28.

³²¹ Bahtiyar, s. 211; Huysal, s. 328; Yıldırım, s. 176; Yıldırım, Şirket İçi, s. 68; Ayoğlu, Tahkim, s. 128-129, Kaldırım, s. 79; Köprücü, s. 190-191; Eskiocak, s. 270; Artık, s. 410; Balak, s. 12.

³²² Duve, s.997-998; MONTE, Antonio; “*Arbitration and Corporate Law*”, Three Essays on International Commercial Arbitration, Lugano 2003, s. 91.

TTK'nın sorumluluk davalarını düzenleyen 561. maddesinin gerekçesinde, sorumluluk davalarında asliye ticaret mahkemelerinin kesin yetkili olmadığı ve tahkim sözleşmesi ya da yetki anlaşması yapabilmeyen mümkün olduğu belirtilmiştir.³²³.

Burada irdeleneceğimiz husus esas sözleşmede yer alan tahkim şartının şirketin organı olan yönetim kurulunun üyelerini de kapsayıp kapsamadığıdır³²⁴. Doktrinde bir görüşe göre, yönetim kurulu üyeleri, tahkim şartıyla bağlıdır³²⁵. Çünkü tahkim şartı, şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmeye dahil olduğundan görevi kabul ettiklerinde tahkim şartını da kabul etmiş sayılır³²⁶. OR Art 697n'da, yönetim kurulu organları ve bu organların üyelerinin de esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı ile bağlı olduğu düzenlenmiştir³²⁷.

Bir diğer görüşe göre ise yönetim kurulu üyelerinin tahkim iradesi açık olmalıdır. Bu sebeple esas sözleşmede yer alan tahkim şartının tarafı olduklarına ilişkin yazılı bir beyan alınmalıdır³²⁸. Yargıtay, pay sahibi olmayan dışarıdan atanan yönetim kurulu üyeleri ve müdürler için tahkim şartının bağlayıcı olmadığı yönünde karar vermektedir³²⁹.

³²³ Karasu, s. 174; Ayoğlu, Tahkim, s. 87-88; Etirli, s. 2014; Balak, s. 12.

³²⁴ Bir başka ihtimal de tahkim şartının esas sözleşmede değil de şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki yöneticilik sözleşmesinde öngörülmesidir. Bu sözleşme, bu haliyle yalnızca şirket için bağlayıcıdır. Pay sahipleri, bu sözleşmenin genel kurulda tasdiklenmesiyle tahkim anlaşmasının tarafı olabilir. Şirket alacaklıları ise bu sözleşmenin tarafı olamaz. (Köprücü, s. 193). Çalışmamız esas sözleşmede yer verilen tahkim anlaşmasına ilişkin olduğundan bu hususlar detaylıca incelenmeyecektir.

³²⁵ Bahtiyar, s. 211; Huysal, s. 328; Metin, s. 453; Köprücü, s. 178.

³²⁶ Köprücü, s. 192-193; Yönetim Kurulu üyesinin olası itiraz hakkının önüne geçmek adına, bu tahkim şartıyla bağlı olduğunun netleştirilmesi için "YK üyesinin tahkim şartına katılımı" niteliğinde yazılı bir beyanın alınabileceğini ifade etmiştir (Metin, s. 453-456).

³²⁷ Catzeffli/Schramm, s. 782; Ayoğlu, Tahkim, s. 104.

³²⁸ Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin tahkim kaydını kabul ettiklerine dair yazılı beyan ile tahkim şartının tarafı haline gelmeleri gerektiği görüşü için Ayoğlu, Tahkim s. 130; Metin, s. 456; Eskioçak, s. 269-270; Ayoğlu, İTOTAM, s. 94.

³²⁹ "Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, dava konusu Ö. Ü. Makine Ltd. Şti. anasözleşmesinin 18. maddesinde "hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla halledileceğinin, hakem seçimi ve meselenin çözümünün HUMK'nun belirtilen usullere göre yapılacağı" belirtildiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.1- Dava, TTK. 'nun 556. maddesindeki atf nedeniyle 309. maddesine dayalı zarar gören pay sahibinin uğradığı dolaylı zararın, limited şirket müdürleri davalılardan tahsil ile şirkete verilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece dava konusu limited şirketin anasözleşmesinde hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla halledileceği hükmü nedeniyle davalılar vekilinin süresinde yaptığı tahkim itirazının kabulüne karar verilmiştir.HUMK. 'nun 516. maddesine göre iki taraf, aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler. Yine aynı yasanın 517. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin yazılı olması lazımdır ve tahkim şartı yazılı olarak tespit edilmedikçe yok hükmündedir. Dolayısıyla taraflar arasında bir

Biz esas sözleşmede yer alan tahkim şartın maddi esas sözleşme hükmü olduğu dolayısıyla yönetim kurulu üyelerini de bağladığı; bu sebeple pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarında, tahkim yoluna başvurulabileceğini savunuyoruz. Çünkü yönetim kurulu üyesi, esas sözleşmeyle birlikte tarafı olmuştur. Zira tahkim şartının varlığından haberdar olmanın yanında, bu esas sözleşmesinin icrasında etkin katılım gösteren, görev alan ve menfaat temin eden yönetim kurulu üyelerinin dürüstlük kuralı gereği tahkim anlaşmasının kapsamında olması gerekmektedir³³⁰.

Limited şirketlerde, haklı sebeplerin varlığı halinde, her bir pay sahibine mahkemeye başvurarak yöneticilerin ve bu kapsamda müdürün³³¹ yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılmasını talep etme hakkı tanınmıştır³³² (TBK m.630/II). Normal şartlarda, müdürü veya müdürleri görevden alma, yönetim hakkını ve temsil yetkisini sınırlama yetkisi genel kurula aittir (TTK m. 630/I). Bu sonuç, pay sahibinin tek taraflı irade beyanıyla ortaya çıkmaz. Dava niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran davadır³³³. Bu karar, halihazırda genel kurul kararı ile alınabileceğinden; tarafımızca bu davaların tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır³³⁴.

tahkim sözleşmesi yapılmadıkça tahkim itirazında bulunulamaz ve uyuşmazlık tahkim yoluyla çözümlenemez. Somut olayda ise davalılardan T. U. ve L. K., dava konusu limited şirketin dışarıdan atanan ve ortak olmayan müdürleridir. O halde bu kişiler yönünden anasözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olması, anılan kişilerin tahkim itirazında bulunabilmesi ve bu kişiler yönünden uyuşmazlığın hakem önünde çözümlenebilmesi mümkün değildir. Bu türden bir davanın ise kapsadığı maddi olgular açısından birlikte görülmesi zorunlu olup, davaların birbirinden ayrılması suretiyle bir kısım davalılar yönünden uyuşmazlığın mahkemede, diğer davalılar yönünden ise hakem önünde çözümlenmesi düşünülemez. Bu durum karşısında mahkemeye, davalılar vekilinin tahkim itirazının reddine karar verilerek işin esasının incelemesine girilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” 11. HD., 15.02.2010, 9429/1648 (Lexpera).

³³⁰ Metin, s. 453; Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 288.

³³¹ Organsal işlev niteliğindeki faaliyetleri yürüten ya da şirketin faaliyetleri üzerindeki etkisi sebebiyle fiilî organ sayılan, yani organ işlevi yerine getiren kişiler de bu kapsama dâhil sayılmalıdır (SEVİ, Ali Murat. “*Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemeye Kaldırılması veya Sınırlandırılması*” (Editör: ALIŞKAN/ Murat, MERSİN/ Bilge Utkan, SARIKAYA/ Sinan), Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 2019, 2020, ss. 421-454. s. 428).

³³² Sevi, Sınırlandırma, s. 424; Zira müdürün veya yöneticinin azli veya yetkilerinin sınırlanması ancak mahkeme hükmü ile gerçekleşeceğinden, hükme kadar geçecek süre içerisinde söz konusu müdürün veya yöneticinin şirketin menfaatlerini zedelemeye devam etmesi ve bunun sonucunda şirketin zarara uğraması yahut uğradığı zararın büyümesi ihtimâl dâhilindedir. Bu nedenle, aşağıda değinileceği üzere, dava sürecinin başlangıcı ile birlikte ihtiyati tedbir yoluyla ilgili yöneticinin yetkilerinin kaldırılması büyük önem taşımaktadır (Sevi, Sınırlandırma, s. 426).

³³³ Sevi, Sınırlandırma, s. 436.

³³⁴ TTK m. 630/II hükmüne dayanan davalar, malvarlığına değil şirketin organsal düzenine ilişkin davalar olmalarına karşın, iki tarafın iradesine tabi olduğundan tahkime elverişlidir (Ayoğlu, Tahkim, s. 158)

Son olarak, TTK m.554'te denetçinin sorumluluğu da düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eTTK'dan farklı olarak denetçilerin şirketin bir organı statüsünde olmayıp dışarıdan bağımsız faaliyet göstermesidir. Bu kapsamda esas sözleşmenin tarafı olduğundan söz edilemez³³⁵.

IV. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARILMAYA İLİŞKİN DAVALAR

Limited şirketlerde TTK m.638 ve 640 hükümlerinde ortağın şirketten çıkması ya da çıkarılması düzenlenmiştir. TTK m. 638'e göre, ortak, şirket sözleşmesinde kendisine tanınan çıkma hakkını kullanabileceği gibi, çıkma için gerekli şartların gerçekleşmediği ya da böyle bir hakkın şirket sözleşmesinde düzenlenmediği durumlarda haklı sebeplerin varlığı halinde dava yoluyla şirketten çıkmasına karar verilmesini isteyebilir. Ortağın şirketten çıkarılması ise TTK m. 640 uyarınca, gerekli şartların sağlanması halinde genel kurul kararıyla mümkün olabileceği gibi, haklı bir sebebin varlığı halinde mahkemeden talep edilmesi de mümkündür³³⁶. İsviçre hukukunda bu davalar tahkime elverişli oldukları kabul edilir³³⁷. Türk hukukunda da ortaklıktan çıkma ya da çıkarılma davalarının elverişli olduğu kabul edilmektedir³³⁸.

Çıkma veya çıkarılma sonunda ortak, TTK m. 641 ve 642 hükümleri uyarınca esas sermaye payının gerçek değerini karşılayan ayrılma akçesini talep etme hakkına da sahiptir. Şirket, kullanılabilir bir öz kaynak üzerinde tasarruf ediyorsa veya ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa ya da esas sermaye kanuna uygun şekilde azaltılmışsa, bu üç durumdan birinin varlığı halinde ayrılma akçesi ortağın ayrılmasıyla kendiliğinden muaccel olur³³⁹. Tarafların aralarında serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık olduğundan, bu davaların tahkime elverişli olduğu kabul edilmelidir³⁴⁰.

³³⁵ Ayoğlu, Tahkim, s.126.

³³⁶ Ayoğlu, Tahkim, s.158-159.

³³⁷ Monti, s. 90.

³³⁸ Huysal, s. 303; Ayoğlu, Tahkim, s.157; GÜRPINAR, Bünyamin, "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkılmaya Katılma", GÜHFD, C. 20, S. 2, 2016, ss. 73-101, s.84; Kaldırım, s. 110.

³³⁹ YILDIZ, Şükrü/ ÖZBAY, İbrahim/ ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Sorunlar", EBYÜHFD, C. 22, S. 3-4, 2018, ss. 445-487, s. 446-447.

³⁴⁰ Ayoğlu, Tahkim, s. 157; Hakem kararlarının bu uyuşmazlıklar özelinde icrasıyla alakalı sorunlarına değinildiği detaylı çalışma için Yıldız/Özbay/Özbek, s. 460.

V. ŞİRKETİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN DAVALAR

A. Genel Olarak

Anonim ve limited şirketlerde fesih halleri farklı maddelerde düzenlenmiştir. Anonim şirkete ilişkin hükümler, birden fazla yerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kuruşta kanuna aykırılık nedeniyle fesih TTK m. 353'te düzenlenmiştir. Sona erme ve tasfiye sebepleri bölümü ise genel ve özel sebepler olmak üzere iki başlığa ayrılmış; içinde infisah sebeplerini de barındıran genel sona erme sebepleri TTK m. 529'da düzenlenmiştir. TTK m. 530'da düzenlenen organ eksikliği sebebiyle fesih ve TTK m. 531'de düzenlenen haklı nedenle fesih halleri ise özel sona erme sebepleri olarak gösterilmiştir. Limited şirketlerde böyle bir ayrıma gidilmeden sona erme sebepleri TTK m. 636'da toplanmıştır³⁴¹.

Anonim şirketlerde TTK m. 529/I'nin a, b, c, ve e bentlerinde öngörülen haller ise infisah halleridir³⁴². TTK m. 529/I-f'de öngörülen diğer kanunlardaki sona erme halleri de fesih bir mahkeme kararına bağlanmadığı sürece, infisah nedenidir³⁴³.

Doktrinde iradi fesih ve infisah hallerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği bakımından ayrıma gidilmektedir³⁴⁴.

İnfisah sebeplerinin varlığı halinde, şirketin sona ermesi tarafların iradesine bağlı olmadığından hem mahkeme kararını gerektiren hem de gerektirmeyen hallerde şirketin infisahına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı görüşü savunulmaktadır. Doktrinde emredici hükümlere dayanan sona erme hallerinin taraf iradesine tabi olmadığı için tahkime elverişli olmadığı ifade edilmektedir³⁴⁵. Bununla birlikte, şirketin sona erme sebepleri ilişkin bir ayrıma tabi tutulmaksızın şirketin hukuki varlığına son verilen taraf olan şirketin temyize gitme hakkının ortadan

³⁴¹ Ticaret Bakanlığının, düzenleme ve denetleme yetkisi kapsamında, ticari şirketlerin yayınlanan tebliğlere uymaması sebebiyle TTK m. 210 hükmü uyarınca açabileceği fesih davası, konumuz dışında bırakılmıştır.

³⁴² İnfisah halleri; kanunda veya esas sözleşmede öngörülen sona erme hallerinin meydana gelmesi halinde, herhangi bir karara ya da mahkeme kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden meydana gelir. İlgili haller şu şekildedir: Sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli bir hale gelmemesi, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi, işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmenin imkansız hale gelmesi, esas sözleşmede öngörülmuş herhangi bir infisah sebebinin gerçekleşmesi, ortaklığın iflası, sermayenin 2/3'ünün kaybedilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması.

³⁴³ Erdem, Tahkim, s. 13.

³⁴⁴ Yıldırım, Şirket içi, s. 63-64; Kaldırım, s. 110; Erdem, Tahkim, s. 13.

³⁴⁵ Bahtiyar, s. 211; Huysal, s. 326-327; Erdem, Tahkim, s. 178; İnfisah sebebi oluşturan sona erme hallerinin, niteliği itibarıyla tespit talebi olduğu için tahkime elverişli olduğu yönünde karşı. Yıldırım, Şirket içi, s. 63-64, Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, §29, N.28.

kaldırılmasının hukukun temel ilkelerine ve kamu düzenine aykırı olduğu sebebiyle tahkime elverişli olmadığı da ileri sürülmüştür³⁴⁶.

B. Anonim Şirketler ve Limited Şirketlerde Haklı Nedenle Fesih Davası

Anonim şirketlerin haklı nedenle fesih davası da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bilindiği üzere haklı nedenle fesih son çare (*ultima ratio*) niteliğindedir. TTK m. 531 gereği hâkim, fesih yerine davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesiyle davacıların şirketten çıkarılmasına karar verebileceği gibi duruma uygun düşen ve kabul edilebilir alternatif bir çözüme de karar verebilir.

Anonim şirketlerin haklı nedenle fesih davalarının tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüşler, üzerinde serbestçe tasarruf edilememesi, *erga omnes* etki doğurması, mahkemenin kesin yetkili olması ve alternatif uyuşmazlıklara yalnızca mahkemenin hükmedebileceği gerekçeleri etrafında toplanmaktadır³⁴⁷. Yine bu yönde haklı nedenle fesih davasının, şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi sonucuna yönelik bir dava olduğu; kişiler hukukuna ait bulunduğu bahisle, tahkim yargılamasının hukuki varlığına son verilen taraf olan şirketin temyize gitme hakkının ortadan kaldırdığı, bu sebeple kişiler hukukunun temel ilkelerine ve kamu düzenine aykırı görülebileceği de doktrinde belirtilmiştir. Yazar, genel kurulda verilen fesih kararının tarafların aralarında yaptıkları bir konsensus olarak düşünülebileceğini, bu sebeple aynı mahiyette olmadığını ifade etmiştir³⁴⁸.

Tahkime elverişlilik tartışması, limited şirketler için de benzer yöndedir³⁴⁹. Bu davanın tahkime elverişli olmadığını savunan yazarlar, mahkemenin kesin yetkili olması ve alternatif çözümlere karar verme seçeneğinin mahkemenin takdirine bırakılmış olduğu yönünde gerekçelendirmektedir³⁵⁰. Tahkime elverişli olduğunu savunan yazarlar ise şirketin genel kurul kararıyla feshedilebilmesi (TTK m.529/I, d, TTK m. 636/I, b) sebebiyle feshin, iki tarafın (şirket ile pay sahibinin) iradelerine

³⁴⁶ Ayoğlu, Tahkim, s. 145-147; Kaldırım, s. 114.

³⁴⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 340, 1562c; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, §60, N.122; Erdem, Tahkim, s. 162; Metin, s. 454-455; KAYHAN, Mustafa, "Anonim Ortaklığın Hakle Nedenle Feshi", On İki Levha, İstanbul 2021 s. 193; Ayrıca emredicilik ilkesi gereği tahkim şartına esas sözleşmede yer verilemez (HANAĞASI, Emel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi." Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, 2016, s. 232-233).

³⁴⁸ Ayoğlu, Tahkim, s. 146-147; Aksi görüş için bkz. Erdem, Tahkim, s. 17.

³⁴⁹ Ayoğlu, Tahkim, s. 143.

³⁵⁰ (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku II, s. 569, 1742n.

tabi bir iş olduğu, dolayısıyla da bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu düşüncesi etrafında toplanmaktadır³⁵¹.

Doktrinde, fesih davasının sulh ve kabul ile sona erdirilememesinin sebebinin kamu düzeni olmadığı ifade edilmiştir. Şirket dava sırasında müdürler tarafından temsil edileceğinden, bu kişiler tarafından gerçekleştirilecek bir sulh ve kabulün organlar arasındaki fonksiyon ilkesine aykırı olması sebebiyle haklı nedenle fesih davasının tahkime elverişli olduğu belirtilmiştir. Zira şirketin sona erdirilmesi hususunda karar verme yetkisi genel kurula ait olup genel kurulun bu yetkisi devredilemez ve vazgeçilemez niteliktedir (TTK m. 408/II-e; TTK m. 616/I-i). Haklı sebeple fesih davasının niteliğinin gerçek olmayan bir yenilik doğurucu dava olduğu ve bu tür uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir³⁵². Tahkime elverişlilik aranan şart, “iki tarafın iradesine tabi olma”dır. Bu itibarla, yönetim kurulunun sulh olamamasını, tahkime elverişlilik önünde bir engel olarak görmüyoruz³⁵³.

Yargıtay limited şirketler hakkında vermiş olduğu bir kararında, sulh protokolüne dayanılarak davalı şirketin feshine ve tasfiyesine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir³⁵⁴.

³⁵¹; Huysal, s. 327; İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, “Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 236-237; Esas sözleşmede yer alan tahkim şartının seçimlik yetki olarak yer alabileceği ileri sürülmüştür (ŞAHİN, Ayşe, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”, Vedat, İstanbul 2013, s. 373).

³⁵² Yıldırım, s. 429; GİRAY, Eda, “Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S. 12, 2007, s. 210; Mineliler, s. 101; İlbasmış Hızlısoy, s. 366; Şahin, s. 236; Büyük, s. 206-207; Anonim ve limited şirketin haklı nedenle feshi davası, dava geleceğe etkili inşai davadır (Kayhan, s. 25; Büyük, s. 206, 230-231).

³⁵³ Ayrıca bkz. Sulh olma yetkisi, konu itibarıyla objektif sulh olma yetkisi ve kişi itibarıyla subjektif sulh olma yetkisi olarak ifade edilmiştir. Objektif sulh olma yetkisine göre sözleşmesinin konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hukuki ilişki olmalıdır (HIZIR, Fatma, “Sulh Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Temmuz 2018, s. 82-83). Subjektif sulh olma yetkisi ise fiil ehliyetine sahip olmayı karşılar (Hızır, s. 68 dn. 273).

³⁵⁴ “Ayrıca, 6100 sayılı HMK’nın 315. maddesinde “Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre, sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir.” hükmü düzenlenmiş olup ilgili hüküm değerlendirilmediği gibi, sulhun şekli şartlarına uyulup uyulmadığı da tartışılmamıştır. Bu suretle, mahkemece, davalı şirketin feshi için yasal şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, haklı nedenlerin bulunup bulunmadığı, diğer uygun çözüm yollarının olup olmadığı hususları değerlendirilmeksizin ibraz edilen 26.02.2015 tarihli sulh protokolüne dayanılarak davalı şirketin feshine ve tasfiyenin adı geçen sulh protokolüne göre yapılmasına karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD., 12.01.2017, 413/200 (Lexpera)

Haklı nedenle fesih davasının tahkime elverişli olduğu kabul edildiği takdirde hakemlerin alternatif çözümlere karar verme yetkisinin olup olmadığı hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır³⁵⁵.

Haklı nedenle fesih davaları, Fransa, Belçika ve İsviçre’de tahkime elverişli olarak nitelendirilmektedir³⁵⁶. İsviçre’de bu davaların tahkime elverişli olduğu hakim görüşüdür³⁵⁷. OR Art 697n, açıkça esas sözleşmeye konulacak tahkim maddesinin şirketi, pay sahiplerini ve yönetim kurulu üyelerini bağlamasına olanak sağlamaktadır. Bu hükmün gerekçesinde, haklı nedenle fesih davalarının da tahkime elverişli bulunduğu açıkça belirtilmiştir³⁵⁸.

Yargıtay, tarafların iradesine tabi iş niteliğinde olmaması ve asliye ticaret mahkemesinin kesin yetkili olması gerekçesiyle haklı nedenle fesih davasını tahkime elverişli kabul etmemektedir³⁵⁹.

Uygulamada anonim şirketten çıkmak isteyen pay sahibinin haklı nedenle fesih davası açtığı, ancak mahkemenin değerlendirmesi sonucu pay sahibinin şirket payını alarak şirketten ayrılabilirdiği bilinmektedir. Haklı nedenle fesih davasının tahkime elverişli olmadığı yönündeki emsal karar, tahkime başvurulamayacağı gibi

³⁵⁵Hanağası, Haklı Nedenle Fesih, s. 232-233; Şahin, s. 373; Yazar uyuşmazlığın sulh yoluyla sona erdirilememesinin sebebini, kamu düzeni olarak değil; organlar arasındaki fonksiyon ayrılığı ilkesinin bir sonucu olduğunu ifade etmekle birlikte şirketin mahkeme dışı yollarla da feshedilebilmesi işaret etmiştir. TTK m. 531 hükmünde, fesih yerine alternatif çözümlere hükmetme yetkisinin sadece mahkemeye tanındığını, bu sebeple alternatif çözümlere hakemlerin hükmedemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, bu nedenle esas sözleşmede haklı nedenle fesih davasının mahkemede açılma olanağını ortadan kaldıracak etki ve niteliğe sahip bir tahkim şartına yer verilemeyeceği, haklı nedenle fesih davası bakımından tahkime başvurma olanağının ancak pay sahiplerine seçimlik yetki sağlayacak şekilde tanınabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Erdem, alternatif çözüme hakemler tarafından da hükmedilebileceği, önünde hiçbir engel olmadığını hatta daha hızlı sonuçlanabileceğini savunmuştur. (Erdem, Tahkim, s. 16).

³⁵⁶ Huysal, s. 239; Ayoğlu, Tahkim, s. 139-140; Erdem, Tahkim, s. 17.

³⁵⁷ Monti, s. 90; Pulaşlı Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, s. 1793 no. 108.

³⁵⁸ Ayoğlu, Tahkim, s. 140, dn. 306.

³⁵⁹ “Asıl dava, davacıların ortak olduğu davalı şirketin haklı nedenle feshi, birleşen dava ise davalı şirketin zorunlu organlarının bulunmaması nedeni ile zorunlu organların oluşturulması için süre verilmesi ve verilen süre içerisinde organlar oluşturulmadığında şirketin feshi istemine ilişkin olup, mahkemece taraflar arasında imzalanan hissedarlar sözleşmesinin 7. maddesinde taraflar arasındaki anlaşmazlıkların tahkim kuralları ile çözümleneceğinin düzenlendiği gerekçesiyle, davanın tahkim ilk itirazı nedeni ile reddine karar verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda şirket ortakları arasındaki sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir anonim şirketin feshine dair uyuşmazlığın ortaklar arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, 6102 sayılı TTK’nın 530 ve 531. Maddelerinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükümleri de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır.” 11. HD., 09.04.2014, 141/6951 (Lexpera).

arabuluculuğa gitmenin de olanaksız olduğu yönünde bir istinaf sebebi olarak kendine yer bulmuştur³⁶⁰.

Doktrinde, şirketin yaşatılması gereken ekonomik bir bütünlük olduğundan bahisle şirketin feshinin, işletmenin tamamını, çalışanlarını ve şirketle ilişki içerisindeki üçüncü kişileri de etkileyeceği, somut duruma uygun düşen ve kabul edilebilir herhangi bir başka çözüm tespit edilebiliyorsa şirketin feshine karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Zira, şirketin devamının sağlanması, genel ekonomik menfaatlerin, yani kamu menfaatinin de korunması gerektiği ifade edilmiştir³⁶¹.

Biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Çalışanlar ve şirket ile ilişki içindeki üçüncü kişilerin şirketin feshinden etkilenmeyeceği kuşkusuzdur. Fakat burada korunmaya değer bir hak, bir menfaat yoktur. Burada yalnızca iktisadi bir menfaat söz konusu olup hukuki dinlenilme hakkı kapsamında dava açamayacağı gibi ferî müdahalede de bulunmazlar. Aksinin kabulü, yalnızca üçüncü kişinin haklarını doğrudan doğruya etkilemesine bağlıdır³⁶².

Haklı nedenle fesih davasının tahkime elverişli olduğu görüşünü benimsemekteyiz. Şirketin feshi, pay sahiplerinin alacakları bir kararla da mümkündür. Alternatif çözüm yollarına hükmetme yetkisi de yalnızca hâkime verilmiş bir yetki değildir. Hakemler de uygun bir çözüme hükmedebilir. Bununla birlikte ne alacaklılara ne de çalışan üçüncü kişilere hukuki dinlenilme hakkı tanınmasını gerektiren bir durum mevcuttur. Gerçek olmayan yenilik doğurucu dava özelliği taşıdığından, haklı nedenle fesih davasının tahkim yoluyla çözülmesinin önünde bir engel yoktur.

VI. ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ

A. Genel Olarak

Bu başlık altında bilgi alma inceleme hakkı, özel denetçi atanması, genel kurul gündemine madde ekletme ve toplantıya çağırma hakkı incelenecektir. Bu haklar

³⁶⁰ İstanbul BAM, 14. HD. 17.6.2021, 2021/798 (Lexpera),

³⁶¹ Şahin, s. 325; Ayrıca Bkz. Hanağası, Haklı Nedenle Fesih, s. 260; Kayhan, s. 192.

³⁶² BUDAK, Ali Cem, "Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması", Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 32-34; Büyük, s. 248-249; Ticari şirketlerin hukuki statüleriyle ilgili davalar, çoğunlukla *inter omnes* etkiye sahiptir. Davanın tarafları dışında birçok kişiyi etkilemektedir. Ticari şirketlerin feshini öngören davalarda, davacı olmayan diğer şirket ortaklarına hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Çünkü bir ortak fesih istediğinde ortaya çıkacak karar herkesi etkileyeceğinden, bu karar diğer ortakları doğrudan ilgilendirir (Büyük, s. 254-255).

özelinde temel iki sorun ele alınacaktır. İlk olarak bunların çekişmesiz yargı işi³⁶³ olup olmadıkları ele alınacaktır. İkinci olarak da tahkim yoluyla çözümlenemeyeceği konusu aydınlatılacaktır.

Öncelikle konumuz dahilindeki uyuşmazlıkların çekişmesiz yargı işi mi yoksa bir dava mı olduğu değerlendirilmelidir. HMK m. 382/II'de bazı çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. İnceleme konusu işler bunlar arasında yer almamaktadır³⁶⁴. HMK m. 382/I hükmünde sayılan üç ölçütten birine veya birkaçına giren işler, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir. Bu ölçütler şu şekildedir³⁶⁵:

- a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller³⁶⁶,
- b) İlgililerin ileri sürebilecekleri herhangi bir hakkın bulunmadığı haller,
- iii) Hâkimin re'sen harekete geçtiği haller³⁶⁷.

HMK m.382/II-b hükmünde sayılan subjektif hakkın bulunmadığı haller, çekişmeli ya da çekişmesiz olarak gerçekleşebilir³⁶⁸.

Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçüt, “ihtilaf (çekişme) yokluğu” kıstasıdır. Ancak medeni yargıya tabi olan bütün çekişmeli işlerin, çekişmeli yargı işi (dava) olduğu da söylenemez. Çünkü, subjektif bir hak yoksa ve hâkimin resen harekete geçti bir halde, uyuşmazlık çekişmeli olsa da çekişmesiz yargı işi olarak kabul edileceğini belirtmiştir. İlgililerin ileri sürebileceği subjektif bir hak yoksa, bu uyuşmazlık her ne kadar çekişmeli dahi olsa,

³⁶³ Mahkemeler eliyle sağlanan hukuki koruma türleri hukukumuzda, çekişmeli yargı, çekişmesiz yargı ve geçici koruma tedbirleri şeklinde üç kategoride ifade edilebilir. Çekişmeli yargı alanına giren bir talep “dava” olarak nitelendirilir. Oysa çekişmesiz yargıya ilişkin talep ise “çekişmesiz yargı işi” olarak görülür (ATALAY, Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, DEÜHFD, C. 16, 2014, ss. 53-76 s. 63).

³⁶⁴ Çalışmamız daha çok anonim ve limited şirketler ekseninde hazırlanmıştır. HMK m. 382/II'de çekişmesiz yargı işi sayılan haller düzenlenmiş olup çekişmesiz yargı işleri bu sayılanlarla sınırlı değildir. HMK m. 382/II/e/b/4'te komanditer ortağın talebi üzerine şirket hesaplarını incelemek üzere mahkemece eksper tayin edilmesi, çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır.

³⁶⁵ Pekcanitez/Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2108-2109; Ayoğlu, Tahkim, s. 119-120, dn. 264; Çelebi, s. 547; Büyük, s. 136.

³⁶⁶ Bu ölçüt, Kuru tarafından “Çekişme Yokluğu Ölçütü” olarak adlandırılmaktadır. Konu hakkında bkz. KURU, Baki, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku”, Legal, 2016, s. 910.

³⁶⁷ Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işlerinde ise, tarafların iradesine tabi bir uyuşmazlık yoktur (HMK m.385/II); Özbek, Tahkim Hukuku, s. 821-822.

³⁶⁸ ENGİN GÜNAY, Gözde, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 262; Aynı yönde KAYA, Arslan, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi.”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, 2015, s. 67.

çekişmesiz yargı işidir³⁶⁹. Talepte bulunan kişinin, bu talebin ilgisine karşı ileri sürdüğü bir subjektif hakkı yoksa, burada mahkemeye talep konusu hakkında karar vermesi için başvurulmasını sağlayan bir hukuki himaye hakkının olduğu söz edilir³⁷⁰.

Uyuşmazlık olmaması, yukarıda sayılan ölçütlerden yalnızca biridir. Çekişmesiz yargı işlerinin tamamında ortada bir uyuşmazlığın olmadığı yönünde bir genelleme yapılması mümkün değildir. Yapılacak değerlendirme son derece ciddi bir şekilde ele alınmalıdır. Öne çıkarılan bir ölçüte göre çekişmesiz yargı işi olabilecekken başka bir değerlendirmeye göre çekişmeli yargıya ait olabilir³⁷¹.

B. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Bireysel bir pay sahipliği hakkı olan ve pay sahibine sorduğu soru kapsamında şirketin ticari defter ve yazışmalarını incelemeyi talep etme hakkı sunan bilgi alma inceleme hakkının (TTK m. 437/V; TTK m.614) sınırını, şirket sırrı ve şirket menfaati oluşturur³⁷².

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasında mahkeme tarafından davanın kabulüne ve davalı şirket merkezinde, davacı tarafından belirlenecek bir uzmana tevdi edilmesi suretiyle belirlenen günlerde davacının bilgi alma inceleme hakkını kullanmasına karar verilir³⁷³.

İsviçre hukukunda, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması, OR Art 697n kapsamındadır³⁷⁴. Alman hukukunda, komanditer ortağın şirket hesaplarını inceleme

³⁶⁹ Kuru, Cilt I, s. 26-28; Pekcanitez/Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2114.

³⁷⁰ Büyük, s. 137.

³⁷¹ Pekcanitez/Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2109; Ayoğlu, Tahkim, s. 119-120, dn.264; Büyük, s. 138.

³⁷² Her ne kadar husumet şirket tüzel kişiliğine yöneltirse de şirketler hukuku bağlamında hakkın varlığına ilişkin bir çekişme bulunmamaktadır. Yalnızca hakkın kullanılması için mahkemeye başvurulur. Azınlık haklarının kullanılmasına yöneliktir. Karar, dosya üzerinden incelemeye verilir; temyiz edilemez; ilamlı icraya konulamaz. Bu sebeple ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılmalıdır (Ayoğlu, Tahkim, s. 119-120). Kararın aynen icrası mümkün olmadığından, şirket organlarının bilgi alma ve inceleme talebini reddetmeleri durumunda pay sahibinin bu yolla hiçbir menfaat elde edememesine de sebebiyet verebilir (Engin Günay, s. 82); ENES, İbrahim, “*Şirketler Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri*”, (Danışman: GÜNEYSU NİLÜFER, Boran), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Afyon, s. 60-62. Karş. Bu kapsamda doktrinde hakim görüş, bilgi alma ve inceleme hakkının çekişmeli yargı işi olduğudur (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 1015 a, s. 60; Atalay, s. 65; Karasu, s. 97; Çelebi, s. 548; SÜMER, Burak, “*Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi Ankara, 2022, s. 262).

³⁷³ Bu kapsamda örnek olarak İstanbul Anadolu 12. ATM, 12.02.2020, 2019-716/126 (Lexpera).

³⁷⁴ Spoorenberg/Catzefflis, s. 312.

talebi ile limited şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkına dayanan talepleri gibi şirketler hukukuna özgü çekişmesiz yargı işleri tahkime elverişli kabul edilmektedir³⁷⁵. Yine Fransız, İsviçre, Belçika hukuk sistemlerinde de bu tür bireysel pay sahipliği ya da azınlık haklarının kullanımına ilişkin bazı prosedürlerin tahkime elverişli oldukları ifade edilmiştir³⁷⁶.

Doktrinde her ne kadar çekişmesiz yargı işleri tahkim yoluyla çözülemese de bu uyumsuzluğun iki tarafın iradesine tabi olduğu, bu sebeple tahkime elverişli olduğu ileri sürülmüştür.³⁷⁷.

C. Özel Denetçi Atanması

Özel denetim, bilgi alma ve inceleme hakkının akabinde, bu talepten beklenen sonucun elde edilemediği durumlarda kullanılan belirli olayların açığa kavuşturulması amacıyla, temel pay sahipliği haklarının ve sorumluluk davası açma hakkının kullanılması için gerekli bilgi ve delillere ulaşılmasını sağlayan bilgi alma ve inceleme hakkının uzantısı niteliğinde bir haktır. Mahkeme ya da mahkemece atanacak bir uzman ile bu hak kullanılır³⁷⁸.

Eğer genel kurulda özel denetçi atanması kabul edilirse, TTK m.438/II gereği taraflar artık özel denetim konusunda anlaşmıştı, mahkemeden artık sadece denetçinin atanması talep edilir. Burada bir davanın varlığından söz edilemez. Bununla birlikte ortada ileri sürülen bir subjektif hak da yoktur. Mahkeme özel denetim şartlarının oluşup oluşmadığını denetlemeksizin yalnızca şekli bir inceleme yapar³⁷⁹.

Tarafımızca benzer bir sonuca, TTK m.439/I'e göre özel denetçi atanması talebinin, genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine azlık ya da belli bir paya sahip pay sahibinin mahkemeye gidebilmesi hali için de ulaşılmaktadır. Bu çekişmesiz

³⁷⁵ Ayoğlu, Tahkim, s. 121.

³⁷⁶ Duve, s. 982; Monti, 85-86, Ayoğlu, Tahkim; s. 122.

³⁷⁷ KAYA, Arslan, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", Ankara, 2021, s. 323; Huysal, s. 323; Ayoğlu, s. 121-122; Kaldırım, s. 122-123; Uygun, s. 47; Yine iki tarafın iradesine tabi bir işin kesin hüküm ve ilam niteliği arz etmeyen bir karar vermeye yetkili olmadıklarının kabulü hukuk mantığıyla bağdaşmamaktadır. (Ayoğlu, s. 121). Bilgi alma ve inceleme hakkının çekişmeli bir dava olduğu ve tahkime elverişli olduğu yönünde detaylı açıklama için Çelebi, s. 567-568.

³⁷⁸ Ayoğlu, Tahkim, s. 123-124.

³⁷⁹ Engin Günay, s. 64-65: TTK m.438/II'nin gerekçesinde, özel denetçinin bağımsız olması ve güven sağlaması amacıyla atanmanın mahkemeye bırakıldığı ve mahkemenin hâkimin, genel kurulda özel denetim yapılması istenilen konu ile kendi önüne getirilen konunun aynı olup olmadığını, pay sahiplerinin, pay sahibi sıfatını taşıyıp taşımadıklarını kontrol etmesi gerektiği ifade edilmiştir. (Engin Günay, s. 66, dn. 157).

yargı işinde mahkeme, iki şartın varlığını tespit eder ve yaklaşık ispat yöntemi sonucu karar verir ³⁸⁰.

Özel denetçi atanması için kurucuların veya organların, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davranış sergilediğinin tespiti ve bu davranış sebebiyle şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekir (TTK m. 439/II)³⁸¹.

Çekişmesiz yargı işi olan özel denetçi atanması konusunda genel kurul kararı alınabildiği düşünüldüğünde ve tahkime elverişlilik için “iki tarafın iradesine tabi olması” kriteri esas alındığından bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu görüşü doktrinde savunulmuştur³⁸².

D. Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmasını Sağlama Ve Gündeme Madde Ekletmenin Tahkime Elverişliliği

Bu haklar, anonim şirketlere ilişkin TTK'nın 410/I ve 411. maddelerinde düzenlenmiş olup TTK m. 617/III hükmü uyarınca limited şirketlere de uygulanır.

TTK m.410/II' ye göre, tek bir pay sahibi bile genel kurulu toplantıya çağırabilir. TTK m. 411'e göre azınlık, genel kurulun toplantıya çağrılmasını ya da gerçekleştirilecek toplantının gündemine madde eklettirilmesini isteyebilir. Bu istemin reddedilmesi ya da yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmemesi halinde pay sahibi ya da azınlık, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden genel kurulun toplantıya çağrılmasını isteyebilir (TTK m. 412). Mahkeme gerekli görürse, gündemi düzenlemek ve kanun hükümleri uyarınca

³⁸⁰ Davanın niteliği hakkındaki tartışmalar için bakınız Engin Günay, s. 71-85; Çekişmesiz yargı işi olduğu hakkında genel kurulda kabul ya da red ayrımı yapmaksızın aynı yönde Ayoğlu, Tahkim, s. 123-124; Yazar TTK m. 399/VI hükmü çerçevesinde denetçi atanması hakkında, pasif bilgi alma hakkı içinde kaldığından tahkime elverişli olduğu görüşünü benimsemektedir. Ayoğlu, Tahkim, s. 124-125.

³⁸¹ Yükümlülükten farklı bir kavramdır. Yükümlülüklerin tipik özellikleri; dava edilemezlik, cibrî icra imkânının olmaması ve tazminat talep edilememesidir. Burada azlığın yükümlülük; özel denetçinin atanması için mahkemeye başvurmak ve TTK m.439/II'deki hususların gerçekleştiği yönünde hâkimi ikna etmeye çalışmaktır. TTK m.439/2'deki yükümlülük yerine getiren azlık, şirkete özel denetçi atandığında herhangi bir hak elde etmemektedir. Subjektif hak yoktur. (Engin Günay, 80). Azınlık, şirketin pay sahipliğine ilişkin hakları ihlal ettiği ya da yapılan işlemler sonucunda şirketin zarara uğradığı iddiası ile özel denetim yapılması gerektiği iddiasında bulunur. Şirket, özel denetime gerek olmadığı savunmasını yapar. Mahkeme, talebi kabul edip özel denetçi atadığında azınlığa bir hak intikal etmez; şirketin zarara uğratıldığı tespit edilmiş olur. Özel denetçinin mahkemeye sunacağı rapor bir delil teşkil eder (Engin Günay, s. 82); Örnek olarak İstanbul 14. ATM, 2018-1/925 (Lexpera).

³⁸² Ayoğlu, Tahkim, s.124; Kaldırım, s. 125; Uygun, s. 47.

çağrıyla yapmak üzere kayyım atar³⁸³. Bu hakların ileri sürülmesinde, subjektif hak yoksunluğundan ve TTK m. 412'nin son cümlesinde zorunluluk olmadıkça mahkemenin dosya üzerinde inceleme yaparak karar vereceği düzenlemesinden hareketle çekişmesiz yargı işi olduğu görüşünü benimsemekteyiz³⁸⁴.

Bu hakların kullandırılması, şirket ve talepte bulunan pay sahibinin iradesine tabi olduğundan, bu hakların tahkim ile kullanılmasının mümkün olduğu savunulmuştur³⁸⁵.

E. Değerlendirmemiz

Kanımızca bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin önündeki asıl engel tahkime elverişlilik değil, tahkim yargılamasının bu uyuşmazlıkların çözümüne uygun olmamasıdır.

Çekişmesiz yargı işleri, yolumuza ışık tutan OR Art 697'nin kapsamının dışında bırakılmıştır³⁸⁶. Hukukumuzda, çekişmesiz yargı işlerinin tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir³⁸⁷.

Tahkime elverişlilik için gerekli kriterin “iki tarafın iradesine tabi olma” olduğunu belirtilmiş, çekişmesiz yargı işine konu oluşturan taleplerin, sırf bu nitelikleri itibariyle tahkime elverişli olmadıklarının söylenemeyeceği savunulmuştur. İki tarafın iradesine tabi bir çekişmeli yargı işini görmeye ve maddi anlamda kesin hükme bağlamaya yetkili kılınabilen hakemlerin, yine iki tarafın iradesine tabi olan bir konuda, daha sınırlı hukuki sonuç doğuracak, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek ve ilam niteliği arz etmeyecek şekilde karar vermeye yetkili kılınmalarını reddetmenin hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır³⁸⁸.

³⁸³ Örnek olarak İstanbul Anadolu 11. ATM, 13.02.2020, 256/85 (Lexpera).

³⁸⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 126; Kaldırım, s. 125-126. Karş. Çekişmesiz yargı işinden bahsedebilmemiz için bir “ihtilaf” olmaması gerekir. Oysaki burada şirket ile azınlık arasında bir uyuşmazlık vardır. Bu dava niteliği itibariyle bir eda davasıdır ve bu davada taraf teşkili zorunludur. Bu itibarla çekişmez yargı işi değildir (MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Daveti ve Mahkemenin Davete İzin Kararının Uygulanmasının Durdurulması”, Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 237-254, s. 247).

³⁸⁵ Ayoğlu, Tahkim, s. 126; Kaldırım, s. 126.

³⁸⁶ Spooenberg/ Catzeflis, s. 322.; Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması, OR Art 697'nin kapsamındadır ve tahkim yoluyla çözümlenebilir (Spooenberg/ Catzeflis, s. 321).

³⁸⁷ Kuru, Cilt IV, s. 5918; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2641; Özbek, Tahkim Hukuku, s. 821.

³⁸⁸ Mukayeseli hukukta çekişmesiz yargı işlerinin tahkime elverişli kabul edildiğini belirterek görüşünü desteklemiştir (Ayoğlu, s. 121-122).

Çekişmesiz yargı kararları, maddi anlamda kesin hüküm gücünde olmamakla beraber (HMK m. 388), şekli bakımdan kesindir (TTK m. 394/IV; TTK m. 399/VI; TTK m. 410/II; TTK m. 412). Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri için bu kararlar hâkim tarafından gerekçesi gösterilmek suretiyle; iptal edilebilir, değiştirilebilir veya düzeltilebilir³⁸⁹. Ancak tahkim yargılamasının sonunda, tarafları bağlayan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı maddi anlamda kesin hüküm oluşturacak şekilde sonlandıran bir hüküm ortaya çıkar³⁹⁰. Bu noktada, gerek hızlı bir şekilde inceleme yapılması, gerek ise ortaya çıkan kararın kesin hüküm niteliği taşıyaması sebebiyle acil durum hakemi tarafından bu uyuşmazlıkların görülmesi bir seçenek olarak değerlendirilebilir³⁹¹. Ancak bildiğimiz anlamdaki tahkim yargılaması, bahsettiğimiz farklılıklar itibariyle, çekişmesiz yargı işlerinin çözümü için uygun değildir.

³⁸⁹ Kuru, s. 912.

³⁹⁰ Göksu, s. 130.

³⁹¹ Bir tahkim kurumunun seçilmesiyle, acil durum hakemi tarafından verilecek kararlar da taraflar için bağlayıcı olur. (UYANIK, M. Ece, “Acil Durum Hakemi Kararlarının Özellikleri ve Bu Kararların İcra Edilebilirliği.” Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 319-342, s. 321)

ARA SONUÇ

Sermaye şirketlerinde pay sahipleriyle şirket arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkimle çözümlenmesi için öncelikle esas sözleşmede geçerli bir tahkim şartı bulunmalıdır. En başta, esas sözleşme aleni ve katılıma açıktır. Bu itibarla TTK m. 354/I uyarınca esas sözleşmenin tamamı tescil ve ilan edileceğinden şirkete yeni katılacak pay sahipleri esas sözleşmede yer alan tahkim şartını inceleyip tahkim şartından haberdar olarak şirkete katılabilirler.

Emredicilik ilkesi, esas sözleşmeye tahkim şartı konulabilmesine engel teşkil etmez. Tahkim şartı hukuki niteliği itibariyle maddi esas sözleşme hükmüdür.

Esas sözleşmesinde tahkim şartı bulunan bir şirkette pay sahibi olmak, pay sahibinin şirkete katılma iradesine bağlıdır. Pay iktisap edildiği takdirde sonradan katılan pay sahibi, pay sahipliği statüsüne bağlı haklara, yetkilere, borçlara ve külfetlere sahip olur.

Bu sebeple şirket, şirket organlar, yönetim kurulu üyeler, mevcut ve müstakbel pay sahipleri tahkim anlaşmasının tarafıdır.

Genel kurul kararlarının iptali uyuşmazlıklarının emredici kurullarla düzenlenmesinin amacı, çok taraflı yargılama sırasında tarafların menfaatinin korunmasıdır. Bu da esas sözleşmeye eklenecek tahkim şartının içeriğinin detaylandırılması ya da uyuşmazlığın kurumsal bir tahkim merkezi önüne götürülmesi yoluyla sağlanabilir. Böylece genel kurul kararının iptali davalarının herkese karşı hüküm ifade etmesi, bu davaların tahkime elverişliliği önünde bir engel teşkil etmez. Yine aynı şekilde kanunda düzenlenen alternatif çözüm yollarına hükmetme yetkisinin hakemler tarafından kullanılmasının önünde bir engel bulunmadığından; haklı nedenle fesih davalarının da tahkime elverişli olduğunu düşünmekteyiz. Yine sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğunu kabul etmekle birlikte yönetim kurulu üyelerinin de bu tahkim şartıyla bağlı olduğu görüşünü benimsemekteyiz.

Doktrin ile Yargıtay arasındaki bu görüş farklılığının yasal bir düzenleme ile giderilebileceğini düşünüyoruz. Bu kapsamda OR Art 697/n, oldukça ışık tutucudur.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM YARGILAMASINDAKİ ÖNEMLİ BAZI SORUNLAR

§1. ÇOK TARAFLI TAHKİM

I. Genel Olarak

Davacı ya da davalı tarafın birden fazla kişiden oluştuğu uyuşmazlıklarda çok taraflı tahkimden söz edilir³⁹². Çok taraflılık tek bir sözleşme etrafında gerçekleşiyorsa, tahkim şartının bu kişileri bağlayarak hazırlanması; birden çok sözleşme etrafında gerçekleşiyorsa bu sözleşmeler arasında bağlantı kurulması önemlidir³⁹³. Bir sözleşmede tahkim şartı bulunsa dahi çok taraflı tahkime uygun olmadığı takdirde, hakem kararı iptal edilebilir; kararın tenfizine itiraz edilebilir³⁹⁴.

Emredici hükümlerin tahkime elverişliliğe etkisi konusundaki tartışmalar, tahkimde çok taraflılık ve buna bağlı menfaat sahiplerinin haklarının korunması etrafında toplanmaktadır³⁹⁵. Bir pay sahibinin açmış olduğu bir tahkim yargılaması sonucu verilen karardan, davaya taraf olmayan diğer pay sahipleri de etkilenmektedir. Davanın açıldığına dair bilgilendirme, hakem seçimi ve davaya katılma imkânı için önem arz eder³⁹⁶.

Esas sözleşmede yer verilen tahkim şartının çok taraflılığı gözetmesi ve azınlık pay sahiplerini de gözetmesi oldukça önemlidir. Gerek hakemin seçilmesinde gerek

³⁹²KESER BERBER, Leyla, “Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu”, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 22; Etirli, s. 2009. ICC’de 2020 yılında açılan 929 davanın %31’i çok taraflı dava olarak kategorilendirilmiştir (ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, “Başlıca Tahkim Merkezlerinin Kuralları Uyarınca Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Davaya Dahil Edilmesi (Joinder) ve Davaya Katılması (Intervention).” TBB, no. 165, 2023, ss. 173-202, s. 176).

³⁹³ Keser Berber, s. 26 vd.; Yeşilova, s. 397-398; AKIN, Pelin, “Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XCIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 332.

³⁹⁴ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, DEÜHF Döner Sermaye İşletilmesi Yayınları No: 73, İzmir, 1996, s. 226.

³⁹⁵ Etirli, s. 2009.

³⁹⁶ Bu kişilerin kendi iddia ve savunmalarını ileri sürme imkânı olmalıdır (Yıldırım, Şirket İçi, s. 38); DIS Kurallarında, diğer pay sahiplerinin bilgileri davacı tarafından tahkim kurumuna verilir ve DIS bu kişilere bildirim yapar. Bu yol pratikte zorluklara yol açabilir. İsviçre kurallarında ise davanın açıldığı, şirket tarafından 5 gün içinde şirket ilanları için öngörülen şekilde bildirilir. Esas sözleşmede özel bir düzenleme öngörülebilir. Böylelikle bildirim şirket tarafından yapılacağı düzenlenmiştir (KAYIKLIK, Abdurrahman, “Şirketler Hukuku İhtilaflarında Çok Taraflı Tahkim ve Bu İhtilaflar İçin Tamamlayıcı Tahkim Kuralları Önerisi”, “Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-3: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021”, (Editör: ERKAN/Mustafa, YASAN TEPETAŞ/Candan), On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 238-239). Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 168-169.

davacı ya da davalı tarafa katılmasına imkân tanınmalıdır. Böylelikle tahkim yargılamasının getirilmesiyle azınlık haklarının ihlali de söz konusu olmaz³⁹⁷.

Genel kurul kararının iptali davalarının çok taraflılığı kural, aksinin ise istisna olduğu söylenebilir³⁹⁸. Pay sahipleri şirkete karşı dava açtıklarında, tek bir tarafta birden fazla kişi olması sebebiyle, şirket içi uyuşmazlıkların yürütüldüğü tahkim yargılamasında davacı tarafta çok taraflılık meydana gelir³⁹⁹. Esas sözleşme etrafında toplanan pay sahipleri ile şirket arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasının çok taraflı olması olağan bir durumdur. Tahkim şartının etkili şekilde işleyebilmesi için meydana gelebilecek uyuşmazlığın çok taraflı olma ihtimali, metne yansıtılmalıdır⁴⁰⁰. Birden çok kişinin aynı tahkim sözleşmesini imzalaması halinde, anlaşmanın açıkça çok taraflı tahkimden bahsetmemesi halinde dahi tarafların buna rızaları olduğu kabul görmektedir⁴⁰¹.

Bireyler, mahkemeler ile aynı işlevi haiz, yargılama yapan ve uyuşmazlığı nihai olarak çözüme kavuşturan tahkimi seçebilir⁴⁰². Esas sözleşmede öngörülen tahkim şartı, pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldırmaz; dava hakkının mahkemede değil hakemler önünde kullanılmasını ifade eder. Dava hakkının mahkemelerde kullanılmasına ilişkin TTK'da emredici bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁰³.

Hakemler, bir tarafın tahkim anlaşmasının tarafı olup olmadığına ve kendi yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığına (*competence-competence*) karar verir⁴⁰⁴. Hakemler, yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığını ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar (MTK m. 7/H,V, HMK m. 422/V)⁴⁰⁵. Zira tarafların arasında hakemin seçimi hakkında bile bir uyuşmazlık olacağı ortadadır. Öncelikle tahkim

³⁹⁷ Yargılama usulüne ilişkin hükümlerin karşılaştırılabilmesi şirket içi uyuşmazlıkların çözümünde bir avantaj olarak görülse de, usul hükümlerinin karşılaştırılabilmesi, azınlık haklarının kullanılmasını zorlaştırmamalıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin American Express Co. et al. v. Italian Colors Restoran et al. kararında (133.S.Ct.2304-2013) tahkim “pay sahipliği haklarını süpürmek için tehdit” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda düzenleme yapılırken diğer tarafın haklarını ihlal edici şekilde olmamasına dikkat edilmelidir (Markert, s. 53-54).

³⁹⁸ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 350; Etirli, s. 2010.

³⁹⁹ Akın, s. 332; Yıldırım, Şirket içi, s. 115; Etirli, s. 2010.

⁴⁰⁰ Akın, s. 332.

⁴⁰¹ Yıldırım, Şirket içi, s. 94.

⁴⁰² Yeşilova, s. 165-166.

⁴⁰³ Ayoğlu, Tahkim, s. 86-88; Etirli, s. 2007; Helvacı, İTOTAM, s. 108.

⁴⁰⁴ Yeşilova, s. 399; Yeşilova, İtiraz, s. 74; YEŞİLOVA, Bilgehan, “1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTKM. I/VI)”, UTTHD, C. 3, S. 2, 2014, ss. 137-186, s.162.

⁴⁰⁵ Uyuşmazlık ilk mahkeme önüne giderse, tahkim ilk itirazı dava şartlarından sonra ön sorun gibi incelenir ve karara bağlanır. Özbek, İlk İtiraz, s. 192.

anlaşmasının maddi geçerliliği ele alınır⁴⁰⁶. Tahkim yargılamasının ertelenmesi ya da önüne geçilmesi adına, hakemlerin yetkili olup olmadıklarını değerlendirirken, uyuşmazlığın esasları ile birlikte ele alınmalıdır⁴⁰⁷. Hakemlerin sadece yargı yetkileri olduğuna ilişkin verdikleri karar, *lex arbitri* içinde ya derhal ve özel olarak karşı konulmaya müsait kararlar olarak vasıflandırılır (UNCITRAL m.16/III, ZPO §. 1040/III) ya da nihai hakem kararıyla birlikte ve hakem kararlarına karşı geçerli usulde denetlenebilmektedir⁴⁰⁸.

Türk hukukunda ise, UNCITRAL ve ZPO'nun aksine hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu karşı bir hukuki çare düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, hakem kurulu yetkili olduklarına karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürerek karara bağlar (MTK m. 7/ H, V; HMK m. 422/V). Hakemlerin yetki hakkındaki kararlarına karşı mahkemeye başvurma imkânı bulunmamaktadır⁴⁰⁹.

II. İhtiyari Tahkimde Yargısal Temel Hakların Korunması

Çok taraflı tahkimin sebebiyet verdiği hakem heyetinin oluşumu ve yargılamanın yürütülmesi hususları, tahkim yargılamasında yargısal temel hakların ihlal edilmesi noktasında önemli bir sorundur⁴¹⁰.

Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı, tahkim yargılaması için açıkça düzenleme altına alınmıştır (AY m.2; AY m.10; HMK m. 423; MTK m.8/B). Eşitlik ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı aleyhine bir düzenleme yapılamaz (HMK m. 423)⁴¹¹. Devlet yargılamasında olduğu gibi, tarafların yargılama neticesinde ortaya çıkacak karara eşit derecede etki edebilmeleri, iddia ve savunmada bulunmaları gerekir. Bu durum, aslında “silahların eşitliği ilkesidir”. İptal sebebi olması için yargılamaya yansması gerekir (HMK m., 439/II, f; MTK m. 15/A/II, g)⁴¹². Bununla

⁴⁰⁶ Yeşilova, Cenevre, s. 162-163.

⁴⁰⁷ Yeşilova, s. 503.

⁴⁰⁸ Yeşilova, s. 503-504.

⁴⁰⁹ AYDEMİR, Fatih, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi”, On İki Levha, İstanbul, 2017.s. 324; OKUMUŞ, Nagehan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali” On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 169; Ancak nihai karar ile yetkiye karşı itiraz etmek mümkündür. Oysaki, hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin karar kısmi nihai karar olduğu ve bu sebeple iptal davası denetimine tabi olduğu görüşünü benimsemekteyiz. Bu görüşün kabulü ile Westland davasında ortaya çıkan sorunun önüne geçilebilir (Yeşilova, s. 506-507).

⁴¹⁰ Yeşilova, s. 129.

⁴¹¹ Artık, s. 344; Göksu, s.161; Aynı yönde HMK m. 27

⁴¹² BALKAR, Süheyla, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü ile İlgili Bazı Tespitler”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI, Ziya ve EKMEN, Yasin), On İki Levha Yayıncılık,

birlikte, silahların eşitliği ilkesinin tahkim yargılaması sırasında ihlâl edilmiş olması Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yolu bakımından önem arz etmektedir⁴¹³.

Adil yargılanma hakkı ile ilgili sorunlardan biri, tahkim iradesi açık ve net olmaksızın tarafların tahkim sözleşmesinin tarafı olması dolayısıyla hakem heyetinin yetkili hale gelmesidir. Esas sözleşmeye tahkim şartı koyan kurucu pay sahibinin tahkim iradesi olduğundan şüphe yoktur. Sonradan katılan pay sahibinin de pay devralmakla esas sözleşmedeki tahkim şartının tarafı haline geldiği görüşünü benimsemekteyiz. Bu kapsamda konumuz itibarıyla adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kanaatindeyiz⁴¹⁴. Tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada taraf iradelerinin sakatlanmamış olması gerekir. Taraf iradesinin sağlanmasıyla hakem heyetinin yargı yetkisi tam olur⁴¹⁵.

Hukuki dinlenilme hakkının ihlali hakem kararının geçerliliği ve hukuki sonuç doğurmasını engeller. Tahkim yargılaması, başta hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere, kamu düzeni, eşitlik ilkesi, usule uygunluk ve hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı gibi konulardan denetlenir⁴¹⁶.

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama öncesi ve sonrasında dikkate alınmalı ve korunmalıdır. Eşitliğin sağlanması ve korunması için her taraf, önceden kararlaştırılmamış ise hakemlerin seçimi ve tahkim usulünün belirlenmesinde hukuki dinlenilme hakkına sahip olmalı, hakem seçimi de dahil olmak üzere hiçbir taraf diğer taraftan yargılamanın hiçbir evresinde üstün konumda olmamalıdır⁴¹⁷.

İstanbul, 2022, ss. 139-178, s. 168. Tarafların eşitliği ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ya da hukuki dinlenilme hakkı gibi aralarında küçük nüanslar olan teknik usuli kavramlar yerine, “adil yargılanma ilkesi” olarak daha kapsayıcı bir kavram olması gerekmektedir (Balkar, s. 169-170).

⁴¹³ Hanağası, s. 197. Bramelid kararı için Bkz İkinci Bölüm §1, III, A

⁴¹⁴ Catzefflis/Schramm, s. 786 vd.; GÖKYAYLA, Cemile Demir, “*Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEK, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 65-82, s. 81.

⁴¹⁵ Yeşilova, s. 139.

⁴¹⁶ AKINCI, Ziya, “*Usul Kurallarına Aykırılık ve Dinlenilme Hakkı*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI, Ziya ve EKMEK, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 21-54, s. 50-51.

⁴¹⁷ Hanağası, s. 206; Eşitliğin korunması bunlarla sınırlı değildir. Her bir taraf, diğer taraf ve hakemlerin rey ve mütalaalarına ilişkin görüş sunabilmeli, cevap verebilmeli, delil ibraz edilebilmeli, bunlar da hakemlerin tamamı tarafından incelenebilmelidir. Yargılama dili, tahkim yeri, ibraz edilecek delillerin türü, değeri gibi durumlarda bir taraf bir tarafa nazaran aleyhe bir konumda olmamalıdır. Yargısal işlemler hakkında beyan ve açıklamalarda bulunma imkânı verilmelidir. Tahkim yargılamasına ilişkin kurallar hakemler tarafından belirlendiğinden farklı hukuk sistemlerinden gelen

Hakemlere düşen tüm taraflara eşit yaklaşmak değil; taraflar arasındaki eşitliği sağlamaktır. Hakemler, adil yargılanmanın sağlanması adına taraflar arasındaki eşitsizliğin önüne geçerler⁴¹⁸.

Bu hususta ZPO'daki düzenleme oldukça önemlidir. ZPO § 1034/II' de, tarafların hakem seçimi sırasında eşit konumda olmaları amaçlanmıştır. Bu kapsamda hakem seçiminde taraflardan birine üstünlük tanınmışsa, hakem seçiminin mahkeme tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Bu talep, hakem heyetinin oluşmasından itibaren iki hafta içinde yapılmalıdır. Aksi halde eşitsizliğe dayanılarak, hakem kararının iptali istenemez. Bu da Alman Tahkim hukukundaki sayılı emredici düzenlemelerden biridir⁴¹⁹. Benzer bir düzenleme hukukumuzda bulunmamaktadır.

Hiçbir milli hukuk, adaletin tecellisine ilişkin bir haktan tümüyle feragate izin veremez. Devlet tahkim yargılaması içinde gerçekleşen ihlale karşı herhangi bir hüküm, düzenleme ya da hukuki çare üretmediği sürece sorumlu kalmaya devam eder⁴²⁰.

Özellikle hakem seçimi ve kararın icrası yönünden adil yargılanma hakkının temini burada hayati öneme sahiptir⁴²¹. Tahkim yargılamasının seçilmesi ile mahkemeye başvurma hakkı dışında diğer yargısal temel haklardan feragat edilmez. Bu kabulün tek istisnası, söz konusu anlaşmanın imzalanması konusunda tarafların özgür ve sağlıklı bir iradeye sahip bulunmalarını halidir⁴²². Tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı, feragat edilemez haklardandır⁴²³.

tarafların hakemlere uygulanacak kurallara aşına olmayabilir ya da kurallar gerektiği şekilde uygulanamayabilir. Taraflar, yargılamaya ilişkin bilinmezlik içinde kalmamalıdır (Yeşilova, s. 170-173; Benzer yönde Artık, s. 344).

⁴¹⁸ Yeşilova, s. 167-168; Hanağası, s. 205; Tahkim yargılaması süresince hakemler uyuşmazlığın tüm taraflarına eşit mesafede durmalı, iddia ve savunmalarını sunmaları bakımından birbirine denk fırsatlar sunmalıdır (Artık, s. 354).

⁴¹⁹ WAGNER, Gerald, "Art. 1027 – Loss of Right to Object", *Arbitration in Germany The Model Law in Practice*, *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*, BÖCKSTINGEL, Karl- Heinz; KRÖLL, Stefan Micheal; NACIMIENTO, Patricia; "Arbitration in Germany", Kluwer Law International, 2008, s. 87; Yeşilova, s. 174. Wagner, s. 87; Yeşilova, s. 174.

⁴²⁰ Yeşilova, s. 148.

⁴²¹ Yeşilova, s. 146-147; Yeşilova, s. 167; Güvenalp, s. 118.

⁴²² Hanağası, s. 201.

⁴²³ Yeşilova, s. 153.

Eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımı konusunda bir görüş sözleşmenin geçersiz olacağı yönündedir. Modern görüşe göre ise atama usulü değiştirilerek sözleşme geçerli kılınabileceğinden bir kısmi geçersizlik söz konusudur⁴²⁴.

Türk hukukunda, sorumluluk davaları dışındaki diğer organ kararlarına ilişkin davalar, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak maktu harca tabidir. Bu sebeple masraflar, pay sahiplerinin devlet mahkemesinde dava açma iradesini etkilemez. Tahkim yargılaması daha masraflıdır; ancak pay sahibinin dava açma hakkını kısıtlamamalıdır⁴²⁵. Tarafların tahkime erişiminin fiziki ya da hukuki sebeplerle engellendiği söz konusu olursa HMK m. 439/I uyarınca tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali mümkün olabilir⁴²⁶.

Taraflar arasındaki eşitlik ya da hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları, yargısal temel haklardandır (AİHS m.6, AY m.6). Eşitlik ilkesinin ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi, ortaya icra edilebilir bir hakem kararı çıkmasına engel teşkil eder (NYS m. V/1-b; UNCITRAL m. 18; HMK m. 439/II, f; MTK m. 15/A, 1, g)⁴²⁷. Somut olayı özellikleri dikkate alınarak hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta yapılan, kabul edilmeyecek sonuçlara neden olmayan, sağlıklı taraf iradelerine dayalı tasarruflar geçerli kılınabilir⁴²⁸.

⁴²⁴ ÖZBEK, Nimet, “MTO Kuralları Işığında Yeni Bir Tahkim Türü Şartı Olarak Çok Taraflı Tahkim (Multiparty Arbitration)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 2, 1999, s. 118.

⁴²⁵ Helvacı, İTOTAM, s. 109; OR Art. 697n’in yürürlüğe girmesinden sonra Swiss Arbitration Center tarafından düzenlenen model tahkim şartı uyarınca, ihtiyari olarak bazı masrafların şirkete bırakılması mümkündür. Konu hakkında ilgili model kanun metni şu şekildedir: “(7) [The arbitral tribunal may, at the request of a claimant who is a shareholder of the company, order the company to pay the costs of the arbitration provided that, based on the facts and the applicable law, the claimant had reasonable cause to file the action and provided that the action does not conflict with predominant interests of the company.] (8) [The arbitral tribunal may order the company to pay any deposit of costs pursuant to Article 41 of the Swiss Rules and to advance the costs reasonably incurred or estimated to be incurred by a claimant who is a shareholder of the company for legal representation and legal assistance.]”

⁴²⁶ Etili, s. 2008; Hakem heyetinin AİHS’ni doğrudan uygulamayacağıının varsayılması durumunda bile, tahkim yargılamasına eşlik eden ve denetleyen devlet mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının gözetilmesi gerekir. (Hanağası, s. 199); İptal davası, niteliği itibariyle istinaf ya da temyiz kanun yolu niteliği taşımaz. İptal davası sonucu hakem kararı kaldırılarak hukuki etki ve sonuç doğurmaz hale gelir. Tıpkı mahkeme kararı gibi hukuki güce ve icra edilebilirliğe sahiptir. Hakem kararının ortadan kaldırılması, mevcut usuli durumun bertaraf edilmesini sağlayan bozucu inşai davadır. (Büyük, s. 59-60).

⁴²⁷ YILMAZ, Ejder, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEK, Yasin), On İki Levha, İstanbul, Nisan, 2022., s. 20; Artık, s. 343, 353.

⁴²⁸ Yeşilova, s. 175-176.

“Somut olayda, davacı iddiaları; **HMK 439/2-b bendinde düzenlenen hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu kısımda usule uyulmadığı ile f) bendinde yer alan, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediğidir.** Tahkim yargılamasında, yukarıda açıkça yer verilen yasal düzenlemelere ve taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 22. Maddesine uygun olarak hakem kurulu oluşturulmuştur. Davacı vekilinin iddiası arasında, üç hakem üyesinin de davalı üniversite ile arasında organik, hukuki ve ekonomik yönden bağlantı bulunan İzmir Ticaret Odası tarafından seçilmesi, bu nedenle verilen kararın yok hükmünde olduğu yer almaktadır. **Somut olayda taraflar yasal düzenleme kapsamında hakemlerin seçim usulünü sözleşme ile belirlemişlerdir. Davacı vekilince iptal iddiasına dayanak yapılan düzenleme, taraflarca kararlaştırılmış olup, iş bu davada iptal nedeni olamaz.**⁴²⁹” (vurgu eklenmiştir)

Tarafların eşitliği ilkesinin ihlalinin tahkim yargılaması sürerken telafi edilmesine rağmen bir iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak ileri sürüldüğü durumlarda da dürüstlük kuralının devreye girmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³⁰.

Adil yargılanma hakkının tesis edilmesi hakkında önem arz eden bir diğer husus, hakemlerin tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları kendilerinin uygun gördüğü şekilde belirleyebilmeleridir (UNCITRAL m. 18/II; ZPO § 1042/IV, HMK m. 424; MTK m. 8/A)⁴³¹. Yargılamanın daha belirli kurallar dahilinde yürütülmesi adına, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartında bir tahkim kurumu seçilerek kurumun tahkim kuralları dahilinde tahkim yargılamasının yürütülmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Tahkim yargılaması sonucu genel kurul kararının iptaline karar verildiği takdirde, bu karar sadece davanın tarafı olan pay sahiplerini değil; tüm pay sahiplerini etkiler. Dolayısıyla tüm tarafların tahkim yargılamasına katılma imkânı sağlanması, bu konuya ilişkin diğer bir sorundur⁴³². Zira, hukuki dinlenilme hakkı sağlanmaksızın taraflara eşitlik ilkesinin sağlanması mümkün değildir. Hakem heyeti

⁴²⁹ 6. HD., 23.11.2021, 5566/1702 (Lexpera).

⁴³⁰ GÜVENALP, Ferda Nur, “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEK, Yasin), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 103-138, s. 129.

⁴³¹ Yeşilova, s. 172-173.

⁴³² Kreindler, Wolff, Rieder, s. 49.

tarafından yargılamanın başlatıldığı usulünce bildirilmeli ve tarafların aleyhlerine olan hususları çürütmesi için haberdar etmesi beklenmelidir.⁴³³

Sonuç itibariyle, mevcut düzenlemelerimiz, şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi sırasında adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesinin korunması için yeterli korumayı sağlamaktadır. Şirket gibi pay sahiplerinin çok olduğu bir yapıda, tahkim kurumu ve kuralları tarafından bu hakların temininin sağlanması gerekir. Bu sebeple esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı, şirketin yapısı ve şirketler hukukunun getirdiği özellikler dikkate alınarak incelikle kaleme alınmalıdır.

III. Hakem Heyetinin Oluşumu

A. Genel Olarak

Tarafların kendi hakemlerini bizzat seçebilmeleri, tahkimi adli yargıdan ayıran en önemli özellik ve bu yargılama yolunun seçilmesinin en önemli sebebidir⁴³⁴. İrade serbestisi, hakem seçiminde ana unsur olup tahkim şartında belirtilmesi ya da kabul edilen tahkim kuralları vasıtasıyla yerine getirilebilir⁴³⁵.

Hakem heyetinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını temin etmek için, hakem heyetinin teşekkülü sırasında tarafların arasındaki eşitlik gözetilmelidir. Bu durum, bu yönde herhangi bir düzenleme içermeyen her milli hukuk için de geçerlidir.⁴³⁶ Örneğin üçüncü hakemin belirlenmesi hususunda yalnızca tek tarafın yetkili kılınması da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden; hakem kararının iptaline karar verilebilir. Hakem seçimi aşamasında çok taraflı tahkim yargılamasında tarafların tamamına hakem heyetinin oluşumuna eşit derecede etki edebilme imkânı tanınmaması da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder⁴³⁷.

Aynı tarafta olan birden çok kişinin atanacak hakem konusunda anlaşamaması gündeme gelebilir. Böyle bir durumda aynı yanda yer alan iki taraf kendi aralarında anlaşamamaları nedeniyle, kendilerine tanınan bu hakkı kullanamayacak duruma gelmeleri söz konusudur. Aynı tarafta yer alan iki kişinin hakem atama hakkını kullanamayacak olması, davadan farklı menfaat beklentisi ya da menfaat çatışması

⁴³³ Yeşilova, s. 168-169.

⁴³⁴ Keser Berber, s. 73.

⁴³⁵ Yeşilova, s. 575.

⁴³⁶ Yeşilova, Cenevre, s.149.

⁴³⁷ Güvenalp, s. 118.

gibi olağan ve meşru bir sebebe dayanabilir⁴³⁸. Zira irade serbestisi başta olmak üzere, eşitlik ilkesi ve hakem heyetinin oluşmasında eşit etkiye sahip olma, yargısal temel haklardır⁴³⁹.

1992 yılında Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen ve Dutco kararı olarak bilinen karar, çok tarafı tahkimde tarafların hakemleri belirleme yetkisini değerlendirmiş ve geleneksel yaklaşımın uluslararası tahkim pratiği açısından sorun yaratabileceğini gözler önüne sermiştir⁴⁴⁰.

Tahkim yargılamasında bir tarafta birden fazla kişi olduğunda hakem heyetinin oluşumu, her bir tarafın kendi hakemi atarken eşit olarak katılım sağlayabilmesi oldukça önemlidir. Dutco kararında, birden fazla davalının aynı hakem tarafından temsil edilmeye zorlanması kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmiştir⁴⁴¹.

Sonrasında yapılan itirazlar sonucunda Fransız Yargıtayı, aynı yanda yer almasına rağmen farklı menfaatteki kişilerin tek hakem atama konusunda anlaşmak zorunda kalmalarını ya da hakeminin tahkim merkezi tarafından atanmasının, davanın tarafı olan kişiler arasındaki eşitliği bozup eşitlik ilkesine ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden iptaline karar vermiştir⁴⁴².

Bu karar tahkim kurumlarının kurallarını gözden geçirmelerine sebebiyet vermiştir. Dutco kararından sonra dünyadaki belli başlı tahkim kurumları böyle bir durumda yalnızca o tarafın hakeminin değil tüm tarafların hakemlerinin tahkim kurulu divanı tarafından atanmasına yönelik düzenlemeler getirmiştir⁴⁴³. Burada amaçlanan, hakemlerin atanması hususunda adil yargılanma hakkının tesis edilmesi suretiyle taraflara eşit davranılması ve kamu düzeninin ihlal edilmemesidir⁴⁴⁴. Lakin bu yöntem de tahkimin en önemli özelliklerinden olan tarafların kendi hakemini

⁴³⁸ Yeşilova, s. 400; Demirkol, Çok Tarafli Tahkim, s. 45-46.

⁴³⁹ Keser Berber, s. 74; Yeşilova, Cenevre, s. 148.

⁴⁴⁰ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 218; DEMİRKOL, Berk, "Çok Tarafli Tahkim Yargılaması." Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 43-72, s. 49; Akın, s. 335; Kararın analizi için Yeşilova, s. 400.

⁴⁴¹ Günümüzde ICC VE LCIA gibi modern tahkim kurumlarının çoğu, taraflara eşit davranılması ilkesiyle tutarlı çözümler sunar. (Ağaoğlu, Tahkim, s. 137; Akın, s. 332-333).

⁴⁴² Yeşilova, s. 401; Demirkol, Çok Tarafli Tahkim, s. 50.

⁴⁴³ Yeşilova, s. 401; THIEFFRY, Patrick, "§ 1 Ortak Girişimin Üçüncü Kişilere ve Üçüncü Kişilerin Ortak Girişime Karşı Yönelbileceği Talepler." Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler, 2019, s. 158-160; ICC, SIAC gibi Tahkim kurumlarının bu husustaki düzenlemeleri hakkında Demirkol, Çok Tarafli Tahkim, s. 51 vd.

⁴⁴⁴ Demirkol, Çok Tarafli Tahkim, s. 54.

seçebilme imkanını ortadan kaldırmaktadır⁴⁴⁵. Eşit katılımın sağlanamaması halinde ise bu kararın tenfizi mümkün olmayabilir⁴⁴⁶. Taraflar aralarında anlaşmamışlarsa hakem seçimine *lex loci arbitri* (hakem kararının verildiği yer hukuku) uygulanır⁴⁴⁷.

Buradaki temel sorun, hakem heyetinin oluştuğu sırada, yargılama sırasında ve sonrasında yargılamanın icrasında eşit muamele edilip edilmediğine ilişkindir⁴⁴⁸. Hakem seçimi sırasında eşitliğin bulunması zorunludur⁴⁴⁹. Çok taraflı tahkimde, hakem heyetinin nasıl oluşacağı, davacı ile davalı için ayrıca değerlendirilmelidir. Zira davacıların aralarında anlaşarak yargılama başlatma yoluna girmeleri mümkündür. Böyle bir durumda uyuşmazlığın çıkmasının ardından, davacı olan tarafların tek bir hakemde anlaşabilmesi, tarafları külfet altına sokmaz; Dutco kararında getirilen ilkelere aykırılık oluşturmaz⁴⁵⁰.

Davacı yanın hakemini sorunsuzca seçtiği bir durumda, ortak iradeye ya da menfaate sahip olmayan davalıların aynı hakemi seçmesini beklemek adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilir⁴⁵¹. İptal davası açıldığı takdirde tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğinin ispatı davacıya bırakılmıştır⁴⁵².

⁴⁴⁵ Yeşilova, s. 401.

⁴⁴⁶ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 222; Yıldırım, Şirket içi, s. 95; Tahkim yargılamaını gerçekleştirecek hakem ya da hakem kurulunun seçiminde taraflar eşit biçimde rol almalıdır. Bu şekildeki bir tahkim şartı geçersizdir (Hanağası, s. 206; Artık, s. 354).

⁴⁴⁷ Yeşilova, s. 404.

⁴⁴⁸ Steingruber, s.117; Yeşilova, s. 397; Kayıklık, Öneri, s. 245.

⁴⁴⁹ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 210; Hanağası, s. 207; Özbek, s. 112; Akın, s. 336; Güvenalp, s. 118.

⁴⁵⁰ Yeşilova, s. 402.

⁴⁵¹ Keser Berber, s. 92 vd.; Yeşilova, s. 400; Hanağası, s. 207; BEYSÜLEN, Berfu, “Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının İptal Sebepleri”, (Danışman: KOCASAKAL, Hatice), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.s. 92-93.

⁴⁵² Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2764-2765; ASLAN, Adem, “Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya ve EKMEN, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 21-54, s. 46; Artık, s. 389; “Çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde, bu yargulamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamaında ve hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, her bir yargılama ve çözüm yolunda uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı şekilde tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır (Yargıtay 20. HD.'nin 07.02.2012 gün, 2011/15852 Esas, 2012/1321 Karar sayılı ilamı). Bu ilkeler sonucu tahkim yargılamaında hakemlerce taraflara e şit davranılması ve hukuki dinlenilme hakkının hakem yargılamaı sürecinde devam etmesi gerekir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olmadığından hakemlerce taraflara eşit davranılmadığı ve hukuki dinlenilme hakkına uyulmadığı hakem kararının iptâlini talep eden tarafça ileri sürülüp ispatlanmadıkça iptâl davasına bakan mahkemece kendiliğinden gözetilip hakem kararının iptâl edilmesi mümkün değildir. Doktrin ve Yargıtay uygulamalarında tarafların eşitliği ilkesinden, gerek hakemler gerekse mahkemeler ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu yürütenler tarafından yapılan yargılama ve çözüm üretiminde tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları konusunda her bir tarafa eşit olanak ve süre tanınması, tarafsız

Bramelid kararında, hakem heyetinin dengeli bir şekilde oluşabilmesi için, taraflara seçim olanağı sağlanmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Asıl olan yargılamayı yürüten makamın oluşmasında menfaat dengesinin korunmasıdır⁴⁵³.

Tahkim yargılamasında bir tarafta birden fazla kişi olması ihtimali HMK ya da MTK'da düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda hakemin mahkeme tarafından seçilebileceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır⁴⁵⁴. UNCITRAL kanunun da benimsediği hakemin tahkim kurumu ya da hâkim tarafından seçilmesi geleneksel yaklaşım olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁵.

davranılıp, tarafsızlığın yargılama süresince korunması ve tarafsızlık şüphesini uyandıracak hal ve davranışlardan kaçınılmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (Prof. Dr. ... s. 236, 239, Kalpsüz Tahkim s.41).... Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelince hakem heyeti çoğunluğu tarafından taraflarca bilirkişi listesi verilmemesi sebebiyle gerekçesi de gösterilmek suretiyle bilirkişi incelemesinden vazgeçilip, ispat yükümlülüğüne ilişkin maddi ve usul hukuku kurallarına göre değerlendirme yapılarak karar verilmiş olduğundan davanın taraflarına karşı farklı davranma hali söz konusu olmayıp hakem kurulunun tarafsızlıklarını yitirdikleri somut delillerle kanıtlanmadığı ve taraflara tahkim yargılaması süresince eşit olarak iddia ve savunmalarını ve itirazlarını ileri sürme imkanı tanınıp taraflarca bu hak kullanılmış olduğundan bilirkişi incelemesi yaptırılmasından vazgeçilerek karar verilmesi nedeniyle tarafların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı davranılıp karar verildiğinin kabulü mümkün değildir. Hakem kararının iptâli davalarında iptâl sebepleri tahdidi olarak sayıldığından kararın esası yönünden hukuka uygun ve yerinde olup olmadığının incelenmesi mümkün değildir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.06.2016 gün 2016/4931 Esas 2016/6886 Karar sayılı ilamı). Kanunda bu hal iptâl sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda iptâl davasına bakan yetkili ve görevli bölge adliye mahkemesince HMK 439/2-f maddesindeki iptâl koşulları gerçekleşmediği ve ileri sürülen diğer iptâl sebepleri de yerinde görülmediğinden davanın reddine karar verilmesi yerine yanlış değerlendirme sonucu kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” 15. HD., 12.06.2019, 1062/2725 (Lexpera).

⁴⁵³ Yeşilova, s. 187-188. Nitekim bu husus Dutco kararından önce, 1983 yılında bir AİHM Kararına konu olmuştur. İsveç'te kurulmuş bir şirkette iki hissedar ile bahse konu şirketin hisselerinin %90'ını satın alan ve bu sebeple İsveç Şirketler Kanunu'na göre kalan %10'luk hisseleri satın alma hakkına olan üçüncü kişi konumundaki bir diğer şirket arasında hisselerin satım koşulları konusunda meydana gelen uyuşmazlıkta, İsveç Tahkim Kanunu'na yapılan yollama sebebiyle her taraf birer hakem seçmek durumunda kalmıştır. Hissedarlar, oybirliğiyle hakem ataması yapamamıştır. Bu sebeple hakem Stockholm mahkemesi tarafından atanmıştır. Uyuşmazlık, bu şekilde oluşturulan hakem heyeti tarafından karara bağlandıktan sonra, hissedarlar tarafından heyetin bağımsız ve tarafsız olmadığı gerekçesiyle, AİHM'e başvurulmuştur. Hissedarlar adına mahkeme tarafından hakem ataması yapılması nedeniyle, hissedarların kişisel tercihlerinin dikkate alınmadığı, buna karşın alıcı şirketin, bir ticari şirket olarak ileride kendisiyle çalışabilmek amacıyla çıkarlarını koruyacak bir yeminli muhasebeciyi hakem olarak atadığı üzerinde durulmuştur. Somut olayda, taraflar arasında hakem heyetinin oluşturulmasına etkide bulunabilme bakımından kesin bir eşitliğin sağlanamadığı ve bu sebeple, hakem kararının tarafların tarafsız ve bağımsız bir hakem heyeti tarafından yargılanma hakkına aykırı olduğu kabul edilmiştir. Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-92813>) Yeşilova, s. 187-188.

⁴⁵⁴ Demirkol, Çok Taraflı Tahkim, s. 46-47.

⁴⁵⁵ Örnek olarak, ISTAC Tahkim Kuralları m. 14 uyarınca hakemini seçmeyen veya seçemeyen yanın hakemi ISTAC Tahkim Divanı tarafından tayin edileceği gösterilebilir. (Demirkol, Çok Taraflı Tahkim, s. 48-49); Konsorsiyum sözleşmesinden meydana gelen uyuşmazlıkta, o zamanların ICC kuralları gereğince taraflar hakem seçemedikleri takdirde seçim ICC divanı tarafından yapılacağından davalılar, seçimin usulsüzlüğüne ilişkin itiraz haklarını açıkça saklı tutarak bir hakemde mutabık olmuşlardır (Yeşilova, s. 399-400; Demirkol, Çok Taraflı Tahkim, s. 49-50).

Dutco kararından⁴⁵⁶ sonra birçok tahkim merkezi, kurallarını buna uygun düzenlemiştir. Çok taraflı tahkimde çözülmesi gerekli diğer hususlar davanın birleştirilmesi ve müdahaledir. Zira tahkim şartının kendisi davaların birleştirilmesine veya davaya müdahaleye ilişkin bir düzenleme ihtiva etmese de kurumsal tahkim merkezi kuralları ihtiva edebilir⁴⁵⁷.

B. Şirket İçi Uyuşmazlıklarda Hakem Heyetinin Kurulması

Şirket içi uyuşmazlıklarda hakem heyetinin oluşumu bazı ülkelerde özel olarak düzenlenmiştir. İsviçre ve Almanya’da Swiss Arbitration Center⁴⁵⁸ ve DIS’in⁴⁵⁹ şirketler hukuku uyuşmazlıklarına özgü tahkim kuralları vardır. Doktrinde, Türkiye’deki tahkim kurumlarının da benzer şekilde tamamlayıcı tahkim kuralları ihtiva etmeleri önerilmiştir.⁴⁶⁰

İtalya’da şirket içi uyuşmazlıkların tahkimini düzenleyen Tüzük’ün 34/II maddesinde, hakemlerin şirket aktörleri dışında bir kişi veya kurum tarafından tayin edileceği düzenlenmiştir. Aksi halde tahkim şartı geçersiz sayılmaktadır. Bu hüküm, tahkim iradesinin üstünlüğüne aykırı olduğu sebebiyle eleştirilmekle birlikte çok taraflı tahkimin meydana getirdiği sorunları ortadan kaldırması ile faydalı görülmektedir⁴⁶¹. Çok taraflı tahkimin meydana getirdiği sorunları bertaraf etmek adına hakemlere pay sahiplerini tahkim yargılamasına müdahil olmaya zorlama yetkisi verilmiştir⁴⁶².

İspanyol Tahkim Kanunu’nun 11. maddesinin 3. fıkrasında hakem seçimine ilişkin düzenleme getirilmiş ve hakem heyetinin seçiminde irade serbestisi sınırlandırılmıştır. Bu hüküm uyarınca şirket içi uyuşmazlıklarda hakem heyeti tahkim yargılamasının tabi kılındığı tahkim kurumunca belirlenir⁴⁶³.

⁴⁵⁶ Bkz. İkinci Bölüm §1, II, A.

⁴⁵⁷ Steingruber, s. 117.

⁴⁵⁸ https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/11/Supplemental-Swiss_Rules_for_Corporate_Law_Disputes_EN.pdf

⁴⁵⁹ https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Arbitration_Rules.pdf

⁴⁶⁰ Şirketler içi uyuşmazlıklar için özel tahkim kuralları önerisi için Kayıklık, Öneri, s. 261-278. Benzer şekilde özel tahkim kuralları önerisi için Demirkol, Çok Taraflı Tahkim, s. 54-56.

⁴⁶¹ Yıldırım, Şirket İçi, s. 95.

⁴⁶² Yıldırım, Şirket İçi, s. 97.

⁴⁶³ Geisinger/ Mermer, s. 51’den alıntı: İspanyol Tahkim Kanunu (2011’de revize edilen 2003 tarihli *Ley de Arbitraje*) madde 11bis 3. paragrafı “şirket iç yönergelerinde, şirketin kararlarına karşı pay sahipleri veya yöneticiler tarafından açılacak davaların, tahkim yargılamasının tabi kılındığı tahkim kurumunca belirlenecek bir veya daha fazla hakem tarafından görülmesi kararlaştırılabilir”

Hukukumuzda, yukarıda bahsetmiş olduğumuz koşullar ışığında, hakem seçiminin esas sözleşmede yer verilen tahkim şartında düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, ilk ve en cazip seçenek, her iki tarafın da hakem seçiminin ilgili tahkim kurumuna bırakılmasıdır⁴⁶⁴.

Doktrinde, menfaatleri ortak olan kişilerin saptanabilmesi mümkünse, bu kişilerin tek bir taraf teşkil edecek şekilde gruplandırılması önerilmiştir. Şirket içi uyuşmazlıklar bakımından aynı pay veya imtiyaz grubunda yer alan pay sahipleri için böyle bir imkan olduğu ifade edilmiştir. Bu yönde bir gruplandırma mümkün olmazsa, hakem seçimi yine tahkim kurumu tarafından yapılır⁴⁶⁵.

Yine doktrinde, tek veya üç kişilik hakem heyeti seçilecekse, öncelikle taraflara 10 gün süre verilmesi, hakem/hakem heyeti bu süre içinde seçilemezse tahkim kurumu tarafından atanabilmesi öneri olarak sunulmuştur⁴⁶⁶.

İkinci seçenek ise, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartında, hakemlerin ismen kararlaştırılması ile bir hakem heyetinin kurulmasıdır. Bu hakem heyetinin şirket ile pay sahipleri arasında meydana gelen tüm uyuşmazlıklarda yetkili oldukları kararlaştırılabilir. Hakemler, bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Aralarındaki sınır net bir şekilde çizilmelidir⁴⁶⁷. Hakem heyetinin ismen atanması yönteminin de birtakım dezavantajları vardır. Taraflar, ortaya çıkan uyuşmazlığın türüne göre uzman bir hakem atanması olanağından mahrum kalacaktır. Buna ek olarak, şirketlerin uzun süre faaliyet göstereceğinden, ismen atanan hakemlerin görevi kabul etmemesi ya da hakemlerin görevlerini ifa edememesi ihtimalleri de göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁶⁸.

Kanımızca, hakem seçiminin doğrudan tahkim kurumuna bırakılması hem daha hızlı hem de eşitlik ilkesine uygun olur.

⁴⁶⁴ Ayoğlu, Tahkim, s 169 (Örnek Tahkim Şartı); Kayıklık, s. 167.

⁴⁶⁵ Yıldırım, Şirket İçi, s. 95; Demirkol, Çok Taraflı Tahkim, s. 54-56.

⁴⁶⁶ Kayıklık, Öneri, s. 247.

⁴⁶⁷ Duve, s. 1003.

⁴⁶⁸ Kayıklık, Öneri, s. 246.

§2. PARALEL YARGILAMA PROBLEMİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamız, şirket içi uyuşmazlıklar temelinde hazırlanmıştır. Uygulamada çoğunlukla uyuşmazlık, pay sahipleri sözleşmesinin ihlal edilmesiyle doğmakta; devamında şirketler hukuku davası açılarak şirketin de bu uyuşmazlık içine çekilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁶⁹. Pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ile şirket içi uyuşmazlıklar farklı düzlemlerde meydana gelmektedir. Aynı unsurlara sahip olsalar da aralarında taraf ve konu birliği bulunmamaktadır. Lakin aynı fiil sonucunda hem pay sahipleri sözleşmesi ihlal ediliyor hem de şirket içi uyuşmazlık meydana geliyorsa bu durumda paralel yargılamaların varlığından söz edilir⁴⁷⁰. Bu konuya yalnızca şirketler hukuku düzlemiyle etkileşimi kadar değinilmiştir.

Pay sahipleri arasında doğan uyuşmazlıklar çoğu zaman şirket tüzel kişiliğine de yansımakta; pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmaları, şirketin işleyişinin aksamasına hatta şirketin karar alamaz hale gelmesine sebep olmaktadır. Bu durum şirketin organ eksikliği sebebiyle ya da haklı nedenle feshine bile yol açabilmektedir. Bu durum uygulama ve öğretide kilitlenme anlamına gelmektedir⁴⁷¹. Pay sahipleri sözleşmeleri, pay sahiplerinin yerine getirecekleri edimler yanında organlar tarafından oluşturulacak iradelere ve edimlere karşı taahhütler de içermektedir. Lakin pay sahipleri sözleşmesinin ihlalinin, şirketler hukuku düzleminde bir yaptırımı yoktur. Pay sahipleri sözleşmesinin esas sözleşmenin yaptırım gücüne sahip olmaması dolayısıyla pay sahipleri tarafından bu uyuşmazlıkların şirketler hukuku düzlemine taşınması gündeme gelmektedir⁴⁷².

Şirket pay sahipleri sözleşmesinin tarafı değil ise, pay sahipleri sözleşmesinin ihlalinden meydana gelen uyuşmazlık için verilen karar şirket için bağlayıcı olmayacağından; kesin hüküm etkisi de ortaya çıkmaz. Böyle bir durumda yalnızca pay sahipleri arasında hüküm doğuran bir karar ile şirket için de hüküm ifade eden

⁴⁶⁹ Ayoğlu, Tahkim s. 231; Mildon, s. 70.

⁴⁷⁰ Mildon, s. 82-83; Sulu, s.518; Bir davanın başka bir dava ile aynı olması için davanın tarafları, sebebi ve konusu aynı olmalıdır. (Özbek, İlk İtiraz, s. 207)

⁴⁷¹ İlbasmış Hızlısoy, s. 366; SEVİ, Ali Murat, "Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları." Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 2021, s. 325-326.

⁴⁷² Pay sahipleri sözleşmesi nisbi nitelikte bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Esas sözleşmenin yaptırım gücüne sahip değildir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, pay sahipleri sözleşmesinin ihlali halinde genel kurul kararının iptali gibi şirketler hukuku düzleminde etki gösteren bir dava açılmamasıdır. (Okutan Nilsson, s. 97; Mildon, s. 45-48)

başka bir karar olmak üzere, iki karar ortaya çıkar. Önce sonuçlanan dava sonucu çıkan kararı alan taraf, ciddi bir avantaj elde eder⁴⁷³.

Açılan davada menfaat oldukça önem arz etmektedir. Zira bu husus, dürüst olmayan hileli davranışlara karşı koyabilmek için bir araçtır. Böylece dürüstlük kuralına aykırı şekilde ciddi bir amaç taşımadan açılan davaların, hukuken korunmaya değer bir menfaat bulunmaması sebebiyle usulden reddedilmesinin önünü açar⁴⁷⁴. TTK veya esas sözleşme hükümlerini ihmal etmemekle birlikte pay sahipleri sözleşmesinin ihlalinden kaynaklanan bir uyuşmazlık meydana gelmesi ya da herhangi bir pay sahipleri sözleşmesi olmaksızın pay sahipleri arasında bir uyuşmazlık meydana gelmesi söz konusu olabilir. Şirketin böyle bir uyuşmazlık içine çekilmesinin arkasındaki asıl sebep, pay sahipleri arasında meydana gelen ekonomik ya da aile içi bir uyuşmazlık olabilir⁴⁷⁵.

Şirketler hukukunda meydana gelen paralel yargılama problemi, özellik arz etmektedir. Zira pay sahipleri sözleşmesi kapsamında meydana gelen uyuşmazlıkta pay sahipleri karşılıklı iken; uyuşmazlık şirketler hukuku düzlemine yansıdığı anda dava şirkete yöneltilir. Pay sahipleri farklı taraflarda iken şirkete karşı aynı tarafta olur. Pay sahipleri sözleşmesinin ihlaline karşı açılan davaların hukuki temeli sözleşmeye aykırılıktır. Şirkete karşı açılan davalarda ise şirket merkezinin bulunduğu yer hukukunun şirketler hukuku hükümler davanın hukuki temelini oluşturmaktadır⁴⁷⁶.

Pay sahipleri sözleşmesi ile esas sözleşmenin etkileşiminden kaynaklanan paralel yargılamaların⁴⁷⁷ önüne geçilmesi için doktrinde, esas sözleşmenin kanunda öngörülen içerik ile sınırlı tutulması, diğer tüm unsurların ise geçerli bir tahkim şartı

⁴⁷³ ESİN, İsmail “*Birleşme ve Devralmalar*”, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, Ocak 2021, s. 528; Hukukumuzda kesin hüküm, HMK’nın 114. Maddesinin i bendi uyarınca dava şartı olarak düzenlenmiştir. Uyuşmazlık sonucu meydana gelen davaların taraf, konu ve sebepleri aynıysa kararın tanıma ve tenfizi bu madde uyarınca kesin hüküm ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilebilir. Bahse konu uyuşmazlıklar ise tarafları farklı olduğu için birbirleri için kesin hüküm teşkil etmez. (CANBELDEK AKIN, Özlem, “*Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens)*”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2019, s. 27; Mildon, s. 80)

⁴⁷⁴ Hanağası, Haklı Nedenle Fesih, s. 233-234.

⁴⁷⁵ Mildon, s. 72.

⁴⁷⁶ Ayoğlu, Tahkim s. 231.

⁴⁷⁷ Doktrinde bu husus Ayoğlu tarafından “Atipik Paralel Yargılama Problemi” olarak nitelendirilmektedir. (Ayoğlu, Tahkim, s. 229; Ayoğlu, Paralel Yargılama, s. 111).

içeren pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenmesi önerilmiştir⁴⁷⁸. Yine doktrinde bu sorunun önüne geçilmesi için, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁷⁹. Çalışmamızın devamında bu çözüm önerileri de değerlendirilmiştir.

Paralel yargılamaların önüne geçmek adına birçok müessese olsa da en çok kullanılanlar bekletici mesele yapılması ve kesin hüküm itirazıdır. Bekletici mesele ve kesin hüküm itirazının kullanılması hakkında İLA, yaptığı çalışmalar sonucunda tavsiye niteliğinde bazı düzenlemeler getirmiştir. Doktrinde İLA'nın tavsiyeleri haricinde uluslararası tahkimde bekletici mesele ve kesin hükümden doğan sorunlara yönelik oybirliğiyle kabul edilmiş bir çözüm yolu olmadığı belirtilmiştir.⁴⁸⁰ Bu kurallara göre ilk açılan dava başka bir hakem kurulu önünde derdest (HMK m. 114 I/ h, 1) ise ikinci davanın açıldığı hakem heyeti ya yargı yetkisini reddetmeli ya da yargılamayı durdurmalıdır. Bunun için uygulanacak hukuk kuralları bunu yasaklamamalı, ilk davanın açıldığı hakem heyetinin davayı çözme konusunda yetkisi olmalı, bu talebe itiraz eden tarafın paralel yargılamada elde edilecek hukuki himayenin yetersiz olması, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesinden oluşan adil yargılanma gerekliliğinin yetersiz olması, kararın iptal edilme ya da tenfiz edilememe riski altında olması ya da bazı zorlayıcı sebeplerin olması gibi haklı olduğu emareler bulunmamalıdır⁴⁸¹.

II. ŞİRKET İÇİ UYUŞMAZLIKLARDA ORTAYA ÇIKAN PARALEL YARGILAMA ÖRNEKLERİ

Pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen bir hakkın ihlali, şirketler hukuku düzleminde genel kurul kararının iptali ya da şirketin haklı nedenle feshi davası açılmasına sebebiyet verebilir⁴⁸².

⁴⁷⁸ ESİN İsmail G./ÇELEBİ Özgün/ERKER Sevgin/KAŞARCIOĞLU Demet, “Chapter 10: Arbitrating M&A Disputes”, Arbitration in Turkey, (Editör: YEŞİLİRMAK Ali/ESİN İsmail), Kluwer Law International, 2015, s. 270; Mildon, s. 83.

⁴⁷⁹ Veziroğlu, Arbitration, s. 25, Mildon, s. 83.

⁴⁸⁰ CREMADES Bernardo M./MADALENA Ignacio, “Parallel Proceedings in International Arbitration”, Arbitration International, C. 24, S. 4, 2008, ss. 507-539, s. 509; Ağaoğlu, Tahkim, s. 155; AĞAOĞLU, Cahit, “Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, Haziran 2018, ss. 187-220, s. 189

⁴⁸¹ Özbek, İlk İtiraz, s. 211-212.

⁴⁸² Tahkim şartına yöneticilik sözleşmesinde yer verildiği takdirde bu şartın şirket için bağlayıcı olacağı kuşkusuzdur (Metin, s. 456; Köprücü, s. 178); Yazar, yöneticilik sözleşmesinin pay sahiplerini bağlaması için genel kurulda onaylanması gerektiğini belirtmiştir. Böyle bir durumda TTK m.558/2'nin kıyasen uygulanması sebebiyle olumlu oy kullanan pay sahiplerinin tahkim şartıyla bağlı

Pay sahipleri sözleşmesinde yer verilebilen organların kompozisyonuna; azınlığa sağlanan bazı haklara, yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları bakımından öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına; veto haklarına ya da kâr dağıtımına ilişkin düzenlenen hükümlerin ihlal edilmesi; şirketler hukukunda organ kararlarının iptaline ilişkin veya geçersizliği tespiti davalarına yol açar. Ortaklığın çekilmez hale gelmesi halinde TTK m. 531 uyarınca haklı nedenle fesih davası, çoğunluk- azınlık pay sahibi ayrımına dayanabileceği gibi; pay sahipleri arasındaki kişisel menfaat çatışmalarından veya pay sahipliği sözleşmelerinden kaynaklanabilir⁴⁸³.

Bu bağlamda pay sahipleri sözleşmesinde kilitlenme meydana geldiğinde belirli şartlar halinde kullanılabilir tek taraflı alım ve satım haklarının yerine getirilmemesi; haklı nedenle fesih davası açılmasına sebep olmak olmaktadır⁴⁸⁴. Pay sahipleri sözleşmesine konu edilen alım opsiyonunun kullanılması ile sözleşmede belirtilen tutar üzerinden payların devredilmesi borcu doğuran hukuki ilişki kurulur⁴⁸⁵. Pay devir borcu altında olan taraf ifayı gerçekleştirmediğinde diğer taraf, pay devir sözleşmesinde meydana gelecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırıldığı takdirde sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarına binaen aynen ifayı isteyebilir. Buna karşılık pay devir borcu altında olan taraf, feshin son çare olması ilkesi uyarınca daha uygun bir çözüm olarak payların gerçek değerinde şirkete satılmasını⁴⁸⁶ isteyebilir⁴⁸⁷. Haklı sebeple fesih davasında ise feshin

olduğunu, olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ise tahkim şartıyla bağlı olmadığını ifade etmiştir. Yazar, bu durumun paralel yargılamalara sebebiyet verebileceği ifade etmiştir. (Köprücü, s. 178).

⁴⁸³ Yüksel, Haklı Sebeple Fesihte Davalı, s. 881; Mildon, s. 23.

⁴⁸⁴ Ayoğlu, Tahkim, s. 232-233; Esin, Birleşme, s. 519.

⁴⁸⁵ ESİN, İsmail “*Hissedarlar Sözleşmesi*.” Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, 2018, s. 36; Mildon, s. 121.

⁴⁸⁶ Yargıtay, limited ortaklık hakkında verdiği çeşitli kararlarında, ortaklığın haklı sebeple feshi davasında uyuşmazlığın niteliği itibarıyla ortaklara husumet yöneltilemeyeceğini kabul etmiştir. Öğretide ve uygulamada baskın görüş, davanın yalnızca anonim ortaklığa karşı açılabilirliği; dolayısıyla da çoğunluk pay sahiplerine karşı açılmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, pay sahipleri ancak ferî müdahil sıfatıyla yargılamaya katılabilir. Feshin son çare olması ilkesi gereğince alternatif çözüm yollarına hükmedilmesi konusunda hâkime geniş takdir yetkisi verildiği gözetildiğinde feshe karar verilmesinin yalnızca ihtimallerden biri olduğuna dikkat çekilmektedir. Haklı nedeni yaratan çıkar çatışmasının tarafı olup alternatif çözümden doğrudan etkilenen pay sahiplerinin, ferî müdahil sıfatıyla kanun yoluna başvurma yetkisinden yoksun kalabileceğini dile getirilmektedir. Yüksel, husumetin yalnızca ortaklığa yöneltilmesi halinde, bazı alternatif çözümlerin uygulanmasında da sorunlarla karşılaşılacağına ve hâkime tanına talep dışı kara verme yetkisinin etkinliği azaltılacağına dikkat çekmektedir. Konumuz olan davacının paylarının gerçek değer üzerinden satılması ile kişinin ortaklıktan çıkarılması buna örnektir. Doktrindeki hâkim görüş, payların yalnızca şirkete satılabileceği yönündedir. Bu görüşün kabulünü yine sorun doğurucu bulmakla birlikte payların satılması çözüm yoluna engel olduğunu savunmaktadır (Yüksel, Haklı Sebeple Fesihte Davalı, s. 863 vd.).

⁴⁸⁷ ESİN, İsmail *Hissedarlar Sözleşmesi*, s. 36; YÜKSEL, H. Sinan, “*Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim*.” Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim,

son çare olması ilkesi gereği payların devrine karar verilmesine hükmedilebilir. Görüldüğü üzere her iki dava da payların devri sonucuna yönelik olup derdesttir⁴⁸⁸. Bu ve buna benzer durumlarda taraflar arasındaki uyuşmazlık farklı yargılamaların başlatılmasına sebep olmaktadır. Her iki yargılamada çıkan karar aynı yönde olabileceği gibi birbirlerinden farklı kararlar da meydana gelebilir.

Paylarını devretme borcu altında olan pay sahibinin açmış olduğu haklı sebeple fesih davası aynen ifanın isteminden önce sonuçlandığı takdirde; pay sahipleri sözleşmesinin konusunu teşkil eden paylar, daha yüksek bir tutara satılmış olur ve haklı nedenle fesih davası sonuçlandığında artık payların mülkiyeti, pay sahipleri sözleşmesinin tarafı olan pay sahibinde olmaz. Dolayısıyla artık payların devredilmesi de mümkün olmaz. Pay sahipleri sözleşmesinden doğan davanın önce sonuçlanması halinde ise, sözleşmede belirlenen şekilde paylar devredilir ve payları devretme borcu altında olan pay sahibi artık haklı nedenle fesih davasında davacı sıfatını yitirir⁴⁸⁹.

Pay sahipleri sözleşmesinde şirketin sona ermesi için akdi bir sebep öngörülmüş olabilir. Ancak bu sona erme sebebi direkt olarak TTK m.531 anlamında haklı neden teşkil etmemelidir. Aksinin kabulü, pay sahipleri sözleşmesinin tarafı olmayan başka pay sahiplerini de etkileyeceği anlamına gelmektedir ki bu mümkün değildir⁴⁹⁰. Pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği artık haklı sebep davasının hakem heyeti tarafından incelenir. Böyle bir durumda paralel yargılamaların meydana gelebilmektedir⁴⁹¹.

Pay sahipleri sözleşmesinde pay sahiplerinden birine tanınan yönetimde temsil edilme hakkı, TTK m. 360 uyarınca esas sözleşmede paylara imtiyaz hakkı tanınması ile şirketler hukuku düzleminde de hüküm ifade edebilir. Böyle bir durumda pay sahibi, imtiyaz hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle tahkimde veya esas sözleşmesinde tahkim şartı bulunmuyorsa şirket merkezinin bulunduğu yerde bulunan görevli mahkemede genel kurul kararının iptalini isteyebilir⁴⁹².

(Editör: AKINCI, Ziya/YASAN TEPETAŞ, Candan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 156-165., s. 161.

⁴⁸⁸ Esin, Hissedarlar Sözleşmesi, s. 36.

⁴⁸⁹ Şahin, s. 346; Yüksel, Tahkim, s. 160; Mildon, s. 72-121.

⁴⁹⁰ Ayoğlu, Tahkim, s. 233.

⁴⁹¹ Mildon, s. 69-70.

⁴⁹² Mildon, s. 69.

Pay sahipleri sözleşmesinde, önemli kararların alınmasında azınlık pay sahiplerine veto hakkı öngörülmesine sıklıkla rastlanır⁴⁹³. Genel kurulda ya da yönetim kurulunda alınacak kararlara yönelik pay sahipleri sözleşmesi yapılarak bir takım pay sahiplerine veto hakkı tanınabilir. Böyle bir veto hakkı niteliği itibariyle akdi bir haktır. Herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olması için esas sözleşmede ağırlaştırılmış yetersayı olarak düzenlenmelidir⁴⁹⁴.

III. PARALEL YARGILAMA PROBLEMİNİN ÖNÜNE GEÇİLMESİ

A. Tahkim İlk İtirazı

Pay sahibi, bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde tahkim şartının varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açmış ise, şirket tahkim itirazında bulunarak davanın usulden reddini sağlamalıdır⁴⁹⁵. Doktrinde, hakim pay sahibi olmaları sebebiyle şirketin, kendisine yöneltilen bir davada uyuşmazlığı uzatmak adına tahkim itirazında bulunmaması ihtimali değerlendirilmiştir. Bir pay sahibinin uyuşmazlığı yargıya taşınması diğer pay sahipleri için bir engel oluşturmamaktadır. Tahkim yargılamasının devlet yargılamasından önce sona ermesi halinde ise artık devlet mahkemesinde yürüyen dosya konusuz kalır. Bu sebeple, paralel yargılamaların önüne geçilmesi adına, davada şirketi temsil eden yönetim kurulunun bu yükümlülüğünün somutlaşması için tahkim şartına, devlet mahkemesinde dava açılması halinde şirketin tahkim ilk itirazında bulunacağı açıkça yazılabileceği doktrinde yer bulmuştur⁴⁹⁶. Nitekim ülkemizde tescil ve ilan edilen ilk tahkim şartında, her ne kadar teklif edilen halinde bu yönde bir hüküm olsa da ticaret sicili tarafından bu yönde bir hükmün tescil ve ilanı uygun görülmemiştir⁴⁹⁷.

B. Yargılamaların Birleştirilmesi

Çok taraflı tahkimin meydana geldiği durumlarda, menfaat sahiplerinin tahkim yargılamasına katılması, önem taşır. Mahkemeler nezdinde birbirleriyle bağlantılı davaların belirli koşullar halinde birleştirilmesi hukukumuzda mümkün olup birlikte davaların birleştirilmesi için gerekli bağlantı HMK'nın 166. maddesinde

⁴⁹³ Ayoğlu, Tahkim, s. 207.

⁴⁹⁴ Okutan Nilsson, s.390; Yüksel, Pay Sahipleri Sözleşmeleri, s. 99-100; Mildon, s. 56, Veto hakkı, esas sözleşmede yer alıp almamasına göre "hard veto rights" ve "soft veto rights" şeklinde adlandırılmıştır (Esin, Birleşme, s. 520).

⁴⁹⁵ Kayıklık, s. 164; Eskiocak, s.311-312 Ayrıca Göksu, s.133.

⁴⁹⁶ Kayıklık, s. 164-165.

⁴⁹⁷ Bkz Birinci Bölüm §1, II, A, 5, c, ii

düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca davaların aynı⁴⁹⁸ veya benzer⁴⁹⁹ sebeplerden doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek olması⁵⁰⁰ halinde aynı ya da farklı mahkemelerde açılmış davalar, talep üzerine ya da kendiliğinden birleştirilebilir⁵⁰¹. Tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin temel amacı, tutarsız sonuçların meydana gelmesini önleyerek uyuşmazlığın adil ve etkili bir şekilde çözümünü sağlamaktır⁵⁰².

Tahkim yargılamalarının birleştirilmesi, iki temel şarta dayanmaktadır. Birincisi, tarafların açık ya da örtülü bir şekilde yargılamaların birleştirilmesini kararlaştırmış olmaları; ikincisi ise hakem heyetinin tüm tarafların eşit etkisiyle oluşturulmuş olmasıdır⁵⁰³.

Alman Federal Mahkemesinin yukarıda bahsetmiş olduğumuz “Arbitrability II” kararında gösterilen şartlarında⁵⁰⁴, tahkim iradesi ön planda tutulmuştur. Hakem seçimi konusunda pay sahipleri arasında eşitlik ilkesi korunmaya çalışılmaktadır. Amaç, genel kurul kararının iptali davasında davaların birleştirilmesi suretiyle

⁴⁹⁸ Davalar aynı sebepten doğmuş ise maddi ve hukuki sebepler değerlendirmeye alınır. Bu noktada asıl belirleyici olan maddi vakıalardır. Zira hukuki sebep hakim tarafından serbestçe tayin edilir.

⁴⁹⁸ Aynı maddi vakıalara dayanılarak farklı hukuki sebepler uyarınca farklı kişilere talep yöneltilmesi halinde dava sebeplerinin aynı olduğu kabul edilir. (Pekcanitez/ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1430; ERMENEK, İbrahim, “Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 155; Mildon, s. 100)

⁴⁹⁹ Davaların aynı olmasa dahi benzer sebeplerden doğması da mümkündür. Böyle bir durumda farklı maddi durumların aynı amaca hizmet eden yahut aynı sonuca yönelmiş sebeplerin varlığından söz edilir. Ancak benzerliğin var olması hayatın olağan akışı çerçevesinde sınırları geniş tutulmamak kaydıyla mümkündür (Pekcanitez/Özekes. Pekcanitez Usul, s. 1431; Mildon, s. 101). Nitekim doktrinde maddi vakıaların benzerliğinin yanında taraflardan en az birisinin aynı olması ile hukuki sebeplerin aynı veya benzer olmasının, aynı zamanda usul ekonomisi ve çelişkili kararların önlenmesi hususlarına hizmet edecek olmasının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Ermenek, s. 157; Mildon, s. 101).

⁵⁰⁰ Davalar arasında bağlantı olup olmaması dava sebebine göre değil talep sonucuna göre belirlenir. Dava sebepleri benzer olmasa bile davaların talepleri dava sonunda birbirleriyle uyumlu karar verilmesini gerektiriyorsa davaların birleştirilmesi mümkündür. (Ermenek, s. 161); Kesin hüküm ve derdestlikle karıştırılmamalıdır. Çünkü bu iki durumda taleplerin ve sonuçların aynı olması söz konusudur. Birleştirmede ise sınırlı bir yakınlık ile sonucun birbirini etkilemesinden bahsedilir (Pekcanitez/ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1432).

⁵⁰¹ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, “Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 338; Mildon, s. 100; Akın, s. 304.

⁵⁰² Cremades/Madalena, s. 532; Ağaoglu, Paralel Yargılamalar, s. 212.

⁵⁰³ Tahkim yargılamasının adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisinin gerektirdiği hallerde davaların birleştirilmesine, ayrılmasına ya da bağlantılı davaların birlikte görülmesine karar verilebilir (Ermenek, s. 305).

⁵⁰⁴ Spoongruber/ Catzefflis, s. 323-324; Bkz. Birinci Bölüm § 2, II, A

çelişkili kararların önüne geçilmesidir⁵⁰⁵. Bu itibarla tahkim yargılamalarının birleştirilememesi, bir tahkime elverişlilik engeli olarak karşımıza çıkmaktadır.

TTK'da genel kurul kararlarının iptali ve bu hükümlerin uygulanacağı diğer davalar için özel bir düzenleme mevcuttur. TTK m. 448/1 hükmü uyarınca, yönetim kurulu, genel kurul kararı hakkında iptal veya butlan davasının açıldığını ve mahkemece tespit edilen duruşma gününü usulüne uygun olarak ilan ederek şirketin internet sitesinde yayınlamak zorundadır. Amaç, davacı pay sahibinin dışında kalan pay sahiplerinin davadan haberdar olmaları ve onlara davaya müdahil olma imkânı sağlamaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, genel kurul kararının iptali davasının ancak 3 ay içinde açılabileceği; bu süre içinde açılacak davaların ise birleştirilerek görüleceği, düzenlenmiştir. Yine bu dava özelinde, özel bir ihtiyati tedbir olan genel kurul kararlarının yürütülmesinin geriye bırakılması kararı alınması suretiyle davanın devam ettiği sırada başka bir dava açılarak çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁰⁶.

Doktrinde, TTK m. 448 vd.' da düzenlenen genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıklar için davanın usulüne ilişkin emredici kuralların nasıl uygulanacağı hakkında görüş ayrılığı mevcuttur.

Bir görüş, özellikle davada taraf olmayan pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerinin korunması amacıyla kamu düzeninden olan emredici hükümlerin varlığı sebebiyle tahkimin mümkün olmadığını savunmaktadır⁵⁰⁷.

Diğer görüş, belirli bir korporatif uyuşmazlığa özgü olarak kanun tarafından öngörülen bu usuli düzenlemelerin şirketin tabi olduğu hukuk sisteminin şirketler

⁵⁰⁵ Etirli, s. 2012.

⁵⁰⁶ Hukuki nitelendirmeyi yapmanın mahkemenin görevi olmasından yola çıkarak, aynı karara karşı açılan yokluğun ve butlanın tespit davalarının da TTK m. 448/2 uyarınca birleştirilmesinin zorunludur. Farklı kararlara karşı açılan yokluğun ve butlanın tespiti davalarının birleştirilmesi ise ihtiyaridir (Kırca, s. 199). Aynı genel kurul kararlarının yokluğunun ve butlanının tespitine ilişkin davalar ile iptal davaları ihtiyari olarak birleştirilebilecek olmakla birlikte, bunların birleştirilmesinin zorunlu olacağı kabul edilemez. Aksi takdirde iptal davaları için öngörülen üç aylık hak düşürücü sürenin dolanılmasına yol açar (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 309). Ayoğlu, Tahkim, s. 88-90; YALÇIN, Selim, "Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle İptali", On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 110; Mildon, s. 103; Davaların birleştirilmesi, iptali istenen genel kurul kararlarının farklı hususlara ilişkin olmaması halinde mümkündür. Bir genel kurulda, yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ve sermayenin artırılmasına ilişkin karar farklı kararlar verildiği varsayılırsa, bu iki kararın iptali ayrı iki dava ile istenir. Ancak, birden fazla pay sahibinin ayrı ayrı davalarda aynı sermaye artırımı kararının iptalini talep ettiği bir durumda, artık davaların birleştirilmesi gerekmektedir (Yalçın, s. 111).

⁵⁰⁷ Helvacı, İTOTAM, s. 111.

hukuku düzeninin o davaya ilişkin öngördüğü hukuk rejiminin parçası olduğundan, hakemlerin hükümleri uygulamakla yükümlü olduğunu savunmaktadır. Zira bu hükümler, emredicidir ve doğrudan uygulanır. Bu sebeple, genel kurul kararlarının iptali davalarına özel şartların öngörülmemesi halinde bile bu şartın geçerli olacağını savunmaktadır⁵⁰⁸. Şirketler hukukunun maddi esaslarına uygulanacak kurallar, hakemler tarafından doğrudan uygulanır.

Ayrıca bir görüş, geçerli bir tahkim anlaşmasının asgari içeriğinin davanın açıldığı konusunda bilgilendirme ve dileyen pay sahiplerinin taraf veya ferî müdahil olarak davaya katılımı, hak düşürücü sürede duruşma yapılmaması ve davaların birleştirilmesi ve pay sahiplerinin hakem seçimine katılımı olduğunu ifade etmiştir⁵⁰⁹. Tarafımızca bu görüşe iştirak edilmektedir.

Kanımızca, şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi için tahkim iradesinin bulunması yeterli değildir. Esas sözleşme etrafında toplanan pay sahibi olan tahkim şartının taraflarının, hakem heyetinin kurulması ve yargılamaya eşit katılımlarının sağlanması gerekir. Bu itibarla asgari içeriğinin davanın açıldığı konusunda bilgilendirme ve dileyen pay sahiplerinin taraf veya ferî müdahil olarak davaya katılımı, hak düşürücü sürede duruşma yapılmaması ve davaların

⁵⁰⁸ Etirli, s. 2011; Ayoğlu, İTOTAM, s. 93; Ayrıca bkz. Erdem, Tahkim, s. 12. Hakemlerin bu hükümlerin usuli hüküm olduklarından bahisle uygulamaktan kaçınabileceği görüşünün benimsenmesi halinde; esas sözleşmede TTK'daki düzenlemelere yer verilebilir. Pratik olması açısından TTK m. 448-450 hükümlerine yollamada bulunulabilir. Aynı şekilde TTK'nın ilgili hükümlerinin hakemler tarafından uygulanmasının öngörülebilir (Ayoğlu, Tahkim, s. 94-96).

⁵⁰⁹ Kayıklık, s. 165; Ayrıca doktrinde emredici kurallara riayet edilip edilmediğinin belirli şartlar altında denetlenebileceğini ifade edilmiştir. Bu kapsamda TTK m. 448 vd. gibi emredici kurallara uyulmaksızın verilen hakem kararları, hakemlerin yetkilerini aştığı ya da kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilebilir. Bu kapsamda, YIBK., 28.01.1994, 4/1 uyarınca, taraflar uygulanacak maddi hukuku belirlemiş olduklarında hakemlerin karar verme yetkilerini de sınırlamış olurlar. Bu kuralların dışına çıkılması ise hakemlerin yetkilerini aşması anlamına geleceğinden HMK'nın 439. Maddesinin 2. Fıkrasının ç bendinde düzenlenen yetki aşımı sebebiyle kararın iptali mümkündür. Aktarılan yorum ve önerilerin benimsenmesiyle, yalnızca genel kurul kararlarının iptali uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği için değil diğer şirket içi uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edilmelerine olumlu katkısı olacağını ifade edilmiştir (Etirli, s. 2017); Ancak 13.04.2018 tarihli 2016/2 Esas No. ve 2018/4 Karar No.'lu YİBK' da yukarıda bahsetmiş olduğumuz 1994 tarihli kararın yeni kanun döneminde uygulanmayacağına karar verilmiştir. Böylelikle hakemlerin yanlış karar vermesinin tek başına bir iptal sebebi olmadığı netleştirilmiştir. Konu hakkında bkz. *"Borçlar Hukukunu uygulayarak sonuca gittiğine ve böylece yetkisini aştığına ve tarafların eşitliğini bozduğuna ilişkin iptal sebebinin yerinde görülmediği, kaldı ki MTK.15.m. iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup, maddi hukukun yanlış uygulanmasının tek başına iptal sebebi olarak düzenlenmediği, itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, icra inkar tazminatına da hükmedilebileceği..."* 11. HD., 27.11.2018, 3263/7408 (Lexpera).

birleştirilmesi ve pay sahiplerinin hakem seçimine katılımı tahkim şartında yer alarak pay sahiplerine sağlanmalıdır.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda, davanın açıldığı ve ilk duruşma günü, TTSG ilan edilir ve internet sitesinde belirtilir (TTK m. 448/I). Diğer dava çeşitleri için böyle bir düzenleme mevcut değildir⁵¹⁰. Bu düzenleme, diğer pay sahiplerinin isterlerse ferî müdahalede bulunabilmelerine, isterlerse de yeni bir dava açarak bu dava ile birleştirebilmelerine yöneliktir.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin kanunda düzenlenmiş özel usul kurallarının yanında, doktrinde diğer dava çeşitleri için de TTSG’de ilan ile birlikte TTK m. 448’e paralel olarak pay sahiplerine e-posta⁵¹¹ ya da noter aracılığıyla bildirim yapılabileceği düzenlenebileceği önerilmiştir⁵¹².

Devamında ise ilgililerin dava açmaları ya da müdahil sıfatıyla davaya katılmaları için bir süre tanınması; hakem heyetinin ise bu sürenin sonunda oluşturulması gerekmektedir⁵¹³. Bu sürede hakem heyeti oluşturulmamış olur. Dava açmaları ya da müdahil olmaları için tanınacak süre, esas sözleşmede ya da atıf yapılan tahkim kurallarında açıkça belirtilmeyebilir; somut olaya göre bu süre tayin edilebilir. Ancak hukuki belirlilik için bu sürenin belirli olması gereklidir⁵¹⁴. Bu sürenin tayini yetkisi tahkim kurumuna verilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken

⁵¹⁰ Kayıklık, Öneri, s. 239. Bu düzenleme, haklı nedenle fesih davasında da kıyasen uygulanabilir. Tüm pay sahipleri bu davanın sonucundan etkileceğinden, davanın her aşamasında ferî müdahil olarak katılmaları sağlanmalıdır (İlbasmış Hızlısoy, s. 218). Benzer dava türlerinde de TTSG’de ilan mümkün olmalıdır (Kayıklık, Öneri, s. 239-240).

⁵¹¹ DIS Kurallarında, esas sözleşmede düzenlenmek suretiyle pay sahiplerinin meydana gelen uyuşmazlıklardan haberdar olmaları için, güncel posta, elektronik adres veya temsilcinin adresi ya da yazılı iletişim için herhangi bir adres sağlamakla yükümlü olabileceklerini düzenlemiştir. “*Further, it is recommended that a provision be adopted elsewhere in the articles of incorporation (which may require notarization) stipulating that all shareholders are obliged to provide the corporation with a current postal and electronic address for service or the address of a representative for service, and that receipt of any written communication at such address will be deemed to have occurred after the expiry of a reasonable period of time.*”<https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules>. Benzer bir düzenleme İsviçre Tahkim Kurallarında da öngörülmüştür. Bu kapsamda esas sözleşmede belirtilen e-mail, fax, mektup gibi uygun herhangi bir usulde bu bildirim yapılabilir (Spoorenberg/ Catzefis, s. 325).

⁵¹² Esas itibarıyla bu husus tahkim merkezlerinin şirketler hukukuna ilişkin tamamlayıcı kuralları olarak hazırlanmıştır. (Kayıklık, Öneri, s. 240). Çalışmamızın hazırlandığı tarihte ülkemizde İsviçre ya da Almanya’da olduğu gibi tamamlayıcı ek kurallar olmadığından, bu hususlar tahkim şartında düzenlenmelidir.

⁵¹³ DIS Kurallarında bu süre, tahkim talebinin iletilmesinden itibaren bir ay belirtilmişken, İsviçre kurallarında özel bir düzenleme yapılmaksızın genel kurallara atıf yapılmıştır (Kayıklık, Öneri, s. 242).

⁵¹⁴ Kayıklık, Öneri, s. 242.

husus, genel kurul kararının hükümsüzlüğünde olduğu gibi kanunen belirlenmiş bir süre varsa, bundan daha kısa bir süre belirlenmemelidir⁵¹⁵.

Diğer pay sahiplerine, davanın açılmasından sonra, pay sahiplerine yapılan bildirim üzerine tanınacak bir süre içerisinde, davaya müdahil olmak ya da başka bir tahkim talebi sunulması ile davaların birleştirilmesi için süre tanınmalıdır. Hakem heyeti, bu süre sonunda kurulmalıdır. Böylelikle davada yer alan herkes hakem heyetinin teşekkülünde yer almış olur⁵¹⁶.

Bir tahkim yargılamasının başlatıldığı yönünde yapılan bildirim ardından tanınan süre içerisinde pay sahipleri, bu davaya tahkim talebinde bulunabilir. Ancak gerek pay sahibinin bu süre içerisinde dava açmayıp sonra açmaya karar vermesi, gerek bu bildirim yapılmasından önce ayrı bir dava açmış olması, gerekse de kendisinin katılmaksızın ayrı bir dava yürütmek istemesi sebepleriyle aynı konuda birden fazla tahkim yargılaması bir arada bulunabilir⁵¹⁷.

Ancak her dava türü farklı süreler öngörülmüştür. Örnek vermek gerekirse genel kurul kararının iptali davası, 3 aylık hak düşürücü süreye tabidir. Sorumluluk davasında ise zamanaşımı, zararın öğrenilmesinden sonra 2 yıl, her hâlükârda ise 5 yıldır. Böyle bir durumda her ne kadar önceden tahkim talebinde bulunmak ya da müdahil olmak için süre verilse de yeni tahkim talebi verilebilir. Böyle bir durumda ise yargılamaların birleştirilmesi mümkün kılınmalı; tahkim şartı yargılamaların birleştirilmesine elvermelidir⁵¹⁸.

Aynı tahkim sözleşmesinden kaynaklanan ve aynı hakem heyetinde görülen bağlantılı davaların tarafların talebi üzerine birleştirileceği doktrinde belirtilmiştir. Çalışmamızda tahkim şartında tahkim yargılamasının birleştirilmesi hakkında kuralları olan kurumsal bir tahkim merkezi ve tahkim kurallarının belirlendiği kabul edildiğinden, bağlantılı davaların tespiti çok daha kolay olur⁵¹⁹.

Bu konuda tahkim şartında, ilk açılan davada atanan hakem heyeti, diğer açılan tahkim davalarında da atanmasına yer verilebilir.

⁵¹⁵ Kayıklık, Öneri, s. 242.

⁵¹⁶ Kayıklık, Öneri, s. 242.

⁵¹⁷ TTSG’de yapılan ilan umuma açık olduğundan, bahsedilen adres sonunun önüne geçer (Kayıklık, Öneri, s. 244).

⁵¹⁸ Kayıklık, Öneri, s. 245.

⁵¹⁹ ERMENEK, İbrahim, “*Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar*”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014 (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan) 2016, s. 1215-1252, s. 1247.

C. Yargılamaya Müdahil Olma

Halihazırda tahkim anlaşmasının tarafı olmasına rağmen taraf olmayan kişiler⁵²⁰ ya da üçüncü kişinin davanın tarafı olmamasına rağmen, çıkan sonuca göre aralarında bir rücu ilişkisi olması gibi bir durum sebebiyle bu davadan etkilenecek olması halinde, bu kişilerin davaya ferî müdahalesinden söz edilir⁵²¹.

Konumuz itibarıyla, şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde önem arz eden “Arbitrability II” uyarınca, tüm pay sahiplerine müdahil olma imkânı sağlanması, tahkim şartının uygulanması için oldukça önem arz etmektedir. OR Art 697n, esas sözleşmede yer verilen tahkim şartından doğrudan etkilenecek kişilerin bilgilendirilmesi ve bu kişilerin hakem heyetinin oluşumu ile açılacak davaya müdahil olabilmesine imkân tanımaktadır⁵²². Tahkim şartı bu gereklilikleri sağlamadığı takdirde ticaret sicili bu şartı tescil etmeyi reddedebilir⁵²³.

Şirket içi uyuşmazlıklara ilişkin davalar, genellikle çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki çekişmelerden meydana geldiğinden çoğunluğun bu davaya katılması uyuşmazlığın çözümünde önem arz eder⁵²⁴. Genel kurul kararlarının iptali⁵²⁵ ve haklı nedenle fesih davasında⁵²⁶ ferî müdahalenin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵²⁷.

⁵²⁰ Şit Köşgeroğlu, s. 195.

⁵²¹ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 206; Yeşilova, s. 410; ARSLAN, Ramazan /YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema /HANAĞASI Emel, “Medeni Usul Hukuku”, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 500; Mildon, s. 103.

⁵²² Spoorenberg/ Catzefis, s. 323-324.

⁵²³ Catzeflis/Schramm, s. 785; Ayrıca Bkz. Yıldırım, Şirket İçi, s. 39.

⁵²⁴ Geisinger/ Mermer, s. 50-51; Mildon, s. 105; Anonim şirket genel kurulunda kar dağıtmama yönünde alınan karara karşı açılan iptal davasında, şirketin yedek akçe tutmak suretiyle güçlenmesinde menfaati olan ortaklar şirketin yanında; kar beklentisi içinde olan diğer ortaklar da davacı pay sahibinin yanında ferî müdahil sıfatıyla davaya katılabileceği değerlendirilmiştir. (Pekcanıtez/Atalı, Pekcanıtez Usul, s.,725; Mildon, s. 104); Genel kurul kararlarının iptali davalarına pay sahipleri, yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyelerimin ferî müdahil olarak katılması mümkündür. Kırca, s. 202; (Geisinger/ Mermer, s. 50-51; Mildon, s. 108); Ancak yönetim kurulu, halihazırda şirketi temsil yetkisine sahip olduğu için ancak davacı yanında ferî müdahil sıfatıyla yer alabilir. (Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 252; Mildon, s. 108).

⁵²⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh, s. §35, N.183 vd.; Etili, s. 2010; Genel kurul kararına diğer pay sahiplerinin asli müdahalede bulunabileceğine ilişkin Kırca, s. 311 vd.

⁵²⁶ İlbasmış Hızlısoy, s. 217. Şirketin feshedilmesi halinde şirket ile şirketin çalışanları arasındaki hizmet sözleşmesinin sona ermesi gündeme gelir. Bu sebeple şirket çalışanlarının yargılamaya müdahil olmakta hukuki yararı bulunmaktadır (Hanağası, s.225; Kayhan, s. 188) Karş. Tarafımızca benimsenen görüşe göre burada yalnızca iktisadi bir menfaat söz konusudur. Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında dava açamayacağı gibi ferî müdahalede de bulunmazlar (Budak, s. 32-34).

⁵²⁷ Kayıklık, Öneri, s. 243.

Anonim şirket genel kurulunda kar dağıtmama yönünde alınan karara karşı açılan iptal davasında, şirketin yedek akçe tutmak suretiyle güçlenmesinde menfaati olan pay sahipleri şirketin yanında; kar beklentisi içinde olan diğer pay sahipleri da davacı pay sahibinin yanında ferî müdahil sıfatıyla davaya katılabileceği değerlendirilmiştir⁵²⁸.

Sorumluluk davalarında da her bir pay sahibinin kesin hüküm etkisine ya da derdestlik itirazına tabi olmaksızın dolaylı sorumluluk davası açması mümkün olduğu halde, açılan davanın sonucunun dava açmayan kişilerin menfaatini etkilemesi sebebiyle, açılan diğer davaya ferî müdahil olarak katılımı mümkündür. Zira davanın kaybedilmesi halinde dava açmayan pay sahibi aleyhine delil teşkil eder; kazanılması halinde ise karardan olumlu olarak etkilenir⁵²⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda somut olayda, eTTK m. 36 (TTK m. 34) maddesi uyarınca ilgililer, ticaret sicili tarafından yeni yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair genel kurul kararı ile seçilen üyelerin temsil yetkilerinin tesciline ilişkin taleplerinin reddedilmesi üzerine, ticaret sicilinin bu kararına karşı itiraz etmişlerdir. Mahkeme, bağımsız olarak genel kurul kararının iptali davası açma hakkı bulunan pay sahiplerinin, iptal davasına müdahale haklarının bulunmadığına karar vermiştir⁵³⁰. Karar, pay sahiplerine davaya müdahale imkânı tanınırsa, pay sahiplerinin iptal davası açmadan da aynı sonucu elde edecekleri şeklinde gerekçelendirilmiştir. Doktrinde bu gerekçe hukuken yanılıcı ve

⁵²⁸ Pekcanitez/Atalı, Pekcanitez Usul, s. 725; Mildon, s. 104.

⁵²⁹ Köprücü, s. 197.

⁵³⁰ “Davaya müdahale etmek isteyen ortak İ.Ö. ve arkadaşlarının (dokuz ortak) talebi mahkemece usul hükümlerine uygun bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve adı geçenlerce bu karar temyiz edilmiş bulunmaktadır. Müdahale istemi reddedilen kişi veya kişilerin temyiz hakkı olduğu öğreti ve uygulamada yerleşmiş bir biçimde kabul edilmektedir. (Y.H.G.K. 11.11.1981 gün ve 1980/11-2571 Esas, 1980/933 Karar sayılı kararı, Yargıtay kararları Dergisi Cilt 8 Nisan 1982 sayı 4 sh. 470 ve d). Ancak müdahale etmek isteyenlerin sıfatlarına bakılacak olursa, bunların genel kurul kararına itiraz etmiş bulunan ortaklar olduğu anlaşılmaktadır. Bir davaya müdahale için sadece hukuki yararı olması yeterli olmayıp, hakkı veya borcu davanın neticesine bağlı olması lazımdır. (HUMK. md. 53). Oysa müdahale isteyenlerin hak veya borçlarının bu sicil memurunun kararına vaki itiraz davası sonucuna bağlı olduğu kabul edilemez. **Müdahale isteyenlerin TTK.nun 381. maddesi hükmü gereğince bağımsız olarak iptal davası açmak olanakları vardır. Aksi kabul edilirse, ortakların, TTK.nun 381. maddesi yoluna başvurmadan aynı sonucu elde etme ve anılan maddede öngörülen süre ve teminat gösterme şartlarından kurtulma neticesi doğabilir.**” 11 HD 13.10.1982 3701/3867 (Legalbank) (Vurgu eklenmiştir.)

yetersiz olarak değerlendirilmiştir. Zira tüm pay sahipleri TTK m. 450 uyarınca zaten iptal davasının sonuçlarından yararlanır⁵³¹.

Ancak tahkim şartının şirketin çok taraflı yapısına uygun olarak, tahkim yargılamasında bir tarafta birden fazla taraf olma ihtimaline binaen hazırlanması veya kurallarında bu yönde bir uygulamaya cevaz veren bir tahkim kurumu seçildiği takdirde ileride doğacak uyuşmazlıklarda üçüncü kişi, uyuşmazlık taraflarının yanında hakem heyetinin muvafakatine ihtiyaç duyulmaksızın ferî müdahil olarak yargılamaya katılabilir. Tahkim anlaşması, çok taraflı ilişkide tahkim iradesini gösterir şekilde kaleme alınmalıdır⁵³².

Kurumsal tahkim kurallarında, genel olarak davaya müdahale kabul edilmekle birlikte özellikle hakem seçimine etki edilebilmesi ve davaya müdahalede tarafların onayının aranıp aranmayacağı bakımından tahkim şartında bu hususa yer verilmesi yerinde olur⁵³³.

Burada sorun hakem heyetinin oluşumuyla ilgilidir. Bir kimse, iradesi dışında bir hakem yargılamasına katılmaya ya da kendi katılımı olmaksızın oluşturulmuş hakem heyetini kabule zorlanamaz⁵³⁴.

Hakem heyeti kurulduktan sonra, üçüncü bir kişi tahkim yargılamasına katılmak istediğinde, *prima facie* bir şekilde mevcut taraflar arasında anlaşma olup olmadığına bakar⁵³⁵. Doktrinde hakem heyeti kurulduktan sonra ise pay sahiplerinin hakemlerin tayinine yönelik itirazda bulunmamaları kaydıyla, tahkim yargılamasına ferî müdahil

⁵³¹ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 314-316; Üç aylık sürenin sonrasında da ferî müdahale talebinde bulunulabilir (Kırca, s. 201-202).

⁵³² Duve, s. 984; Ayrıca Bkz.; Yeşilova, s. 411; Akın, s. 318; Şit Köşgeroğlu, s.182.

⁵³³ Demirkol, DEMİRKOL, Berk, “Çok Taraflı Tahkim Yargılaması.” Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 43-72, s. 56; Etirli, s. 2011; En bilindik tahkim merkezlerinin davaya katılma ve müdahil olma kuralları ve anlatımı için Şit Köşgeroğlu, s.183-193.

⁵³⁴ Yeşilova, s. 408-413; Akın, s. 58; Yargılamaya müdahil olma mecburiyeti getirilirse, müdahillerin seçiminde söz sahibi olmadıkları hakemlerce yargılanacakları; oysa birden fazla kişi arasında gerçekleştirilen bir tahkim anlaşmasını imzalamanın, hakem seçme yetkisinden feragat anlamına gelmediği belirtilmiştir. (Yıldırım, Şirket İçi, s. 96-97); Öncelikle mevcut tahkim yargılamasının tarafları arasında bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Bulunduğu kabul edildiğinde ise yargılamanın halihazırda atanmış hakemler tarafından mı yürütüleceği yoksa yeni hakemlerin mi seçileceği belirsizdir. Adi şirket ortağının derdest yargılamaya asli ya da ferî müdahil şeklinde katılabilmesinin mümkün olmadığı, ortak ve ortaklık yönünden bağlayıcılık etkisinin şüpheli olduğu, tahkimin sözleşmesel yönü sebebiyle üçüncü kişilere kapalı olduğu yönünde 15 HD 21.06.2004 3418/3451 (Yeşilova, s. 409-410, dn. 38).

⁵³⁵ Yargılamadaki taraflar, mevcut tahkim kurallarını seçerek, yargılamaya üçüncü kişinin katılabileceğini kabul etmiş olur (Şit Köşgeroğlu, s. 198); Spoorenberg/ Catzefis, s. 326.

olarak katılmalarının mümkün kılınabileceği önerilmiştir⁵³⁶. Hakem heyeti de yapılan bu talebi kabul edip etmemek noktasında takdir hakkına sahiptir⁵³⁷. Tahkim yargılamasına dahil etme ve katılma konusunda karar vermeye yetkili makam, genellikle Divan ya da hakem heyetidir⁵³⁸.

Doktrinde, tahkim yargılamasında ferî müdahale kurumunu daha aktif kullanabilmek için HMK'nın ilgili hükümlerinden yararlanılabileceği ifade edilmiştir⁵³⁹.

Burada konumuz dahilinde ferî müdahaleye ilişkin bir eleştiri getireceğiz. Ferî müdahil olarak katılmak yerine, dava açıp tahkim yargılamalarının birleştirilmesini talep etmek ya da yargılamaya katılmak daha işlevseldir⁵⁴⁰. Doktrinde bu kurumun ancak şirketin yanında yer almak isteyen pay sahipleri tarafından kullanılabileceği ifade edilmiştir⁵⁴¹. Bununla birlikte örnek vermek gerekirse genel kurul kararının iptali davası açacak bir pay sahibinin açılan bir davaya müdahil olmak yerine ayrıca bir dava açıp birleştirmesi, tahkimin sözleşmesel niteliğine daha uygundur.

⁵³⁶ Kayıklık, Öneri, s. 244; Burada eşitlik ilkesine ilişkin bir değerlendirme yapmak gereklidir. Eşitlik kuralından, baştan ve tümüyle feragat edilmesi mümkün değildir. Ancak, taraflar arasında eşit davranılması yükümlülüğü ve tarafların bunu talep haklarının sınırı, hakkın kötüye kullanılması ya da usuli dürüstlük kuralı ile çizilmiştir (Yeşilova, s. 174.). Zira hukuki dinlenilme hakkı yalnızca hakemler tarafından değil; taraflarca da göz önünde bulundurulmalıdır. Burada önemle belirtmeliyiz ki, tarafların yargılama usulünde serbestçe tasarruf etmeleri, kamu düzenine haiz bir haktan feragat edilebileceği anlamına gelmez. Somutlaştırmamız gerekirse, yargılamanın tarafı, hakemin seçimine yahut hakem heyetinin oluşumunda, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini süresinde ya da zamanında ileri sürmez, suskun kalır ve yargılamanın bu şekilde devam etmesine göz yumarsa, hükmün verilmesinden sonra ya da yargılamanın aleyhine gelişmesi halinde ileri sürülmesinin hukuken korunur bir yönü bulunmamaktadır (Wagner s. 85; Yeşilova, s. 175). Hakem heyetinin usulünce oluşturulmadığı ya da tahkim kurallarına uyulmaması, bu kapsamda değerlendirilir. “Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının hakemin baskı altına alındığını ve hakemin tarafsızlığını yitirdiğini işbu iptal davasında ilk kez ileri sürdüğü, tahkim yargılaması sırasında ve hakemce kararının verildiği tarihinin kadar bu hususu hiç dile getirmediği, bu davada önce aynı konuda açılan davada da bu iddiayı ileri sürmediği, tüm hakem yargılaması boyunca hiç ileri sürülmeyen ve hakemin hüküm vermeden önce tarafların yargılama prosedürü ile ilgili bir itiraz ve beyanlarının bulunup bulunmadığını hakemin sormasına rağmen böyle bir iddia ileri sürmeyen davacının iptal davası aşamasında ileri sürdüğü bu iddianın dürüstlük kuralına da aykırı olduğu, kaldı ki, dosya kapsamına göre hakemin tarafsızlığını yitirdiğine ve tarafların eşitliği ilkesini ihlal ettiğine dair somut bir veri de bulunmadığı, hakemin ... Borçlar Hukukunu uygulayarak sonuca gittiğine ve böylece yetkisini aştığına ve tarafların eşitliğini bozduğuna ilişkin iptal sebebinin yerinde görülmediği, kaldı ki MTK.15.m. iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup, maddi hukukun yanlış uygulanmasının tek başına iptal sebebi olarak düzenlenmediği, itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, ...” (11. HD., 27.11.2018, 3263/7408 (Lexpera).

⁵³⁷ Şit Köşgeroğlu, s. 199.

⁵³⁸ Şit Köşgeroğlu, s. 179.

⁵³⁹ Kayıklık, Öneri, s. 243-244; Ayrıca Yeşilova, s:413.

⁵⁴⁰ Spooenberg/ Catzefis, s. 330. Zira davadan feragat etmek, sulh olmak ya da davadan vazgeçmek gibi hakları yoktur. (Kayıklık, Öneri, s.244.).

⁵⁴¹ Haklı nedenle fesih davasında çoğunluk pay sahipleri, davalı şirketin yanında ferî müdahil olabilir (Kayhan, s. 188). Kayıklık, Öneri, s. 243-244.

D. Bekletici Mesele

Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya ya da dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, bir davanın sonucu öteki davayı etkiliyorsa, mahkeme tarafından bekletici mesele yapılabilir (HMK m.165). Bekletici mesele yapılması, paralel yargılamaların en tipik çözülme şekillerindendir⁵⁴². Devlet mahkemesi ile tahkim yargılaması arasında paralel yargılama meydana geldiği takdirde öncelikle tahkim ilk itirazında bulunma imkânı; bu olmadığı takdirde bekletici mesele yapılması imkânı verilmektedir⁵⁴³.

Tahkim yargılamasında, devlet mahkemesi tarafından çözülmesi zorunlu hususların varlığı halinde tahkimin devlet mahkemesini bekletici mesele yapması, zorunlu olabilir. Buna hakemin reddi örnek gösterilebilir⁵⁴⁴.

Hakem heyetleri, aynı veya benzer konularda yürüyen ya da önlerindeki dava üzerinde önemli bir etkiye sahip olacağını düşündükleri başka yargılamaların sonucunu için yargılamayı bekletebilirler⁵⁴⁵. Burada bekletici mesele yapılması dolayısıyla tahkim yargılamasından karar elde edilmesinin gecikebileceği; bu sebeple de hakem kararının iptali için dava açılabilmesi öne sürülmüştür⁵⁴⁶. Her ne kadar yargılamanın bekletilmesi paralel yargılamaların önüne geçilmesi için etkin bir çözüm yolu olsa da paralel yargılamaların sonuca ulaşması zaman alabileceğinden hakemlerin uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözüme kavuşturmasını geciktirebilmektedir⁵⁴⁷. Bu da tahkimdeki süre şartı meselesini gündeme getirmektedir.

⁵⁴² Esin, Birleşme, s. 525.

⁵⁴³ Tahkim anlaşması açıkça batıl ve hükümsüz olmadığı takdirde tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi gereği ulusal mahkemelerin davayı görmesini engellemektedir. Hem New York Sözleşmesinde hem de Cenevre Sözleşmesinde kaleme alınmıştır. (Ağaoğlu, Paralel Yargılamalar, s. 190).

⁵⁴⁴ Pekcanitez/Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1416.

⁵⁴⁵ Mildon, s. 125.

⁵⁴⁶ MTK m.10/B maddesi ile HMK m. 427 paralel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre ülkemizde tahkim süresi 1 yıldır. Bu süre eğer tek hakem var ise hakemin seçildiği, birden çok hakem var ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlar. Ancak bu hükümlerin aksi kararlaştırılabilir. Tahkim süresinin uzatılması, tarafların aralarında anlaşmaları ile mümkün olabileceği gibi anlaşamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme kararı ile de mümkündür. Süre sona erdikten sonra tahkim süresi uzatılmazsa artık tahkim yargılamasının sona erdirilmesi gerekir. Aksi halde karar iptal edilir. Karar verilmiş ise iptal edilir. Hakem, iş görme borcu kapsamında adil yargılama yapmalı, yargılamayı zamanlıca yürütmeli ve esas hakkında nihai kararı verebilmelidir. (Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2696); Tahkim yargılamasında süreye ilişkin detaylı inceleme için Yeşilova, s. 381 vd.; Gökyayla, s. 77-78.

⁵⁴⁷ Ağaoğlu, Tahkim, s. 178.

Lakin kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi halinde hakem kararına karşı iptal davası açılabilmesi, haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁴⁸. Zira tahkimde kanunen belirtilmiş sürelerle ihtiyaç yoktur. Süre olması herhangi bir amaca da hizmet etmemektedir⁵⁴⁹. Kural olarak kurumsal tahkimde belirtilmiş süreler de tavsiye niteliğindedir. Uluslararası nitelikte bir tahkimde süreyi öngörmek, daha da zor bir hale gelmektedir. Kaldı ki, her uyuşmazlık aynı değildir. Uyuşmazlığın zorluğu, tarafların ve hakemlerin tecrübesi, hukuki dinlenilme hakkına uyulması tahkim süresini doğrudan etkiler. Kaldı ki, tahkimin kısa sürede bitirilmesi hakemlerin de tarafların da menfaatinde. Dosya hakem tarafından sürüncemede bırakılmış ise zaten haklı nedenle hakemin reddi sebebi olup tahkim kararının iptali ancak tarafların cezalandırılmasından ibarettir⁵⁵⁰. Bekletici mesele yapılması halinde tahkim usulünün gizliliğinin ihlal edilmesi tehlikesi de ortaya çıkmaktadır⁵⁵¹.

Pay sahipleri sözleşmesi ile şirketler hukuku düzlemi aynı maddi vakıa ile ihlal edilebilir. Pay sahipleri sözleşmesindeki yönetimde temsil hakkı ile esas sözleşmede yer alan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyaz hakkı, aynı maddi vakıa ile ihlal edilebilir⁵⁵². İki yargılamanın aynı anda başlatılmasına gerek yoktur. İhlalin tespiti bakımından farklı sonuçlara ulaşılması buradaki temel sorundur.

Alım opsiyonunun kullanılmasına dair tahkim yargılaması sonuca ulaştırıldığı takdirde, haklı nedenle fesih davasıyla arzulanan sonuç elde edilmiş olur. Böylece ortada uyuşmazlık kalmaz ve şirketin feshine gerek kalmaz. Mukayeseli hukukta böyle bir durumda devlet mahkemesi tarafından yargılamanın bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵³.

Dava konusu edilen uyuşmazlık esas itibarıyla pay sahipleri arasında meydana gelen bir anlaşmazlıktan ibaretse pay sahipleri arasında olan yargılamanın bekletici mesele yapılması, diğer pay sahipleri ve şirketin bu uyuşmazlıktan etkilenmesinin

⁵⁴⁸ Tahkim süresi içinde karar verilmemiş olmasının iptal sebebi olması, UNCITRAL model kanunda yer almadığı gibi Alman, İngiliz, Fransız, İsviçre hukuk sistemlerinde de kabul edilmemiştir. (Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, 2752)

⁵⁴⁹ Yeşilova, s. 392-293.

⁵⁵⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s.,2754- 2755; Akıncı, Tahkim, s. 407.

⁵⁵¹ Yeşilova, s. 416 dn 60.

⁵⁵² Yüksel, Tahkim, s. 160; Mildon, s. 95; Pay sahipleri sözleşmesine aykırılık ile TTK'nın 360. maddesine aykırılığın farklı koşullarda gerçekleştiği hallerde bekletici mesele yapılması gereksizdir. Buna, TTK m. 360 uyarınca gösterilen adayların seçilmemesinde haklı nedene dayanılması ile pay sahipleri sözleşmesinde haklı nedene dayanılamayacağına ilişkin hükme yer verilmiş olması hali örnek gösterilebilir. (Yüksel, Tahkim, s. 163)

⁵⁵³ Ayoğlu, Tahkim, s. 242.

önüne geçmelidir⁵⁵⁴. Burada ilk sonuçlanacak davanın doğacak sonuçları belirleyici olur. Bu sebeple devlet yargısı ya da tahkim yargılaması tarafından hangi yargılamanın bekletileceği hususunda karar verilirken davaların koruduğu menfaatleri değerlendirilmelidir⁵⁵⁵.

Kanımızca bekletici mesele, yukarıda bahsetmiş olduğumuz hukuki çarelerden yararlanmayan ya da yararlanamayan pay sahibinin önüne bir alternatif olarak çıkmaktadır. Ancak bekletici mesele kararı verilmesi hususunda genel geçer bir kural getirilmesi mümkün değildir. Paralel yargılamaya konu davalar ile korunan menfaatler her uyuşmazlığa göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Konumuzun dahilinde kesin bir çözüm sağlayacağı kanaatine varılamamıştır.

E. Koordinasyon Görüşmeleri

Hakemlerin, tüm tarafların katılımı ile toplanacak bir koordinasyon görüşmesi teklif etmesi, doktrinde paralel yargılamaların önüne geçilmesi için bir çözüm yolu olarak önerilmiştir. Burada amaç, uyuşmazlıkların ortak noktalarının tespiti ile taraflar paralel yargılamaların doğurabileceği sakıncalar hakkında bilgilendirmek ve yargılamaların kısmen veya tamamen birleştirilmesi için anlaşma ihtimalini arttırmaktır⁵⁵⁶.

Koordinasyon görüşmeleri ilk bakışta etkili olarak görülebilir. Ancak bu yöntemin en zorlu kısımlarından biri, yine tüm tarafların rızasıyla mümkün olmasıdır. Mesela, tahkim yargılamasında taraflardan birinin rızası aleyhine durdurma kararı verilmesi, tarafın hızlı bir şekilde yargılanma hakkını elinden alacağından, kararın iptal edilmesinin önünü açabilir⁵⁵⁷.

F. Aynı Hakem Heyetinin Atanması

Paralel yargılamaların önüne geçmek adına başvurulmuş diğer bir yöntem, bağlantılı uyuşmazlıkların çözümü için aynı hakem heyetinin ya da aynı başkanın atanmasıdır⁵⁵⁸. Burada çoklu yargılamaların koordine edilmesi söz konusudur. Yargılamaların birleştirilmesi tabii ki etkili bir yöntemdir. Ancak tarafların rızasına

⁵⁵⁴ Esin, Hissedarlar Sözleşmesi, s. 36; Mildon, s. 94.

⁵⁵⁵ Mildon, s. 94.

⁵⁵⁶ Ağaoğlu, Tahkim, s. 177; Mildon, s. 131.

⁵⁵⁷ Ağaoğlu, Tahkim, s. 178; Mildon, s. 131.

⁵⁵⁸ Yeşilova, s. 416; Ekşi, Paralel Davalar, s. 11; Akın, s. 313; Ağaoğlu, Tahkim, s. 177-178; Ağaoğlu, Paralel Yargılamalar, s. 204.

bağlı olduğundan; rızanın olmadığı durumda ancak uygulanacak tahkim kuralları ya da ülkenin mevzuat hükümleri çerçevesinde mümkün olabilir⁵⁵⁹. Dolayısıyla burada tahkim yargılamaların hiç olmazsa uyumlaştırılması söz konusudur. Abu Dhabi doğalgaz davası olarak bilinen uyuşmazlık, bu hususta iyi bir örnektir⁵⁶⁰. Menfaatleri çatışan birden fazla taraf uyuşmazlığa dahil olmuştur. Tarafların rızası sağlanamadığı için tahkim yargılamaları birleştirilememiştir. İngiliz İstinaf Mahkemesi, uyuşmazlık mahkemedeki görülseydi bu davaların birleştirilebileceğini tespit etmiştir. Mahkeme, tarafların rızası olmaması dolayısıyla tahkim yargılamaları birleştirilemeyeceği de tahkim yargılamalarına aynı hakemin atanmasına karar vererek çelişen kararları engellemeye çalışmıştır. Sonuç itibarıyla mesele iki ayrı tahkim yargılaması içinde çözümlenmiştir⁵⁶¹. Benzer bir örnek olarak, Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Fas ve Consortium RFCC v. Fas davaları gösterilebilir⁵⁶². Her ikisi de iki taraflı yatırım anlaşmaları olup İtalya ile Fas arasında yapılmıştır. ICSID, davalar maddi ve hukukî dayanakları bakımından benzer olduğundan, her iki dava için aynı hakem heyetini atamıştır. Böylece ayrı ayrı yürüyen tahkim yargılamalarından uyumlu kararlar alınmıştır⁵⁶³.

Böylece birleştirilmeden ya da konsolidasyona gidilmeden yargılamaların koordine edilmesi mümkün getirilmektedir. Ortak heyetin tayin edilmesi, genellikle uyuşmazlık yargılamalardan herhangi birinde bir hakem heyeti tayin edilmeden önce teklif edilmelidir. Hakem heyeti oluşturulduktan sonra bağlantılı bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde, bu uyuşmazlığın çözümü için kurulacak hakem heyetinin aynı üyelerden oluşmasının uygun olup olmayacağı belirlenirken hakemler de sürece dahil edilmelidir⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ Ağaoğlu, Tahkim, s. 177; Ağaoğlu, Paralel Yargılamalar, s. 204.

⁵⁶⁰ Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd v. Eastern Bechtel Corp. [1982] 2 Lloyd's Rep. 425, CA; (1982) 21 ILM 1057 (Yeşilova, s. 416; Cremades/Madalena, s.539).

⁵⁶¹ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 200; Ekşi, Paralel Davalar, s. 11.

⁵⁶² Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco, ICSID Case no. ARB/00/4, (2003) 42 ILM 609; Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, ICSID Case no. ARB/00/6 (Cremades/Madalena, s.539).

⁵⁶³ Ekşi, Paralel Davalar, s. 11; Akın, s.313.

⁵⁶⁴ Keser Berber, s. 109-110; Ağaoğlu, Tahkim, s. 178.

OR Art 697n, pay sahipleri sözleşmesini kapsamaz. hem pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için hem de şirket içi uyuşmazlığın çözümü için aynı hakem heyeti atanabilir⁵⁶⁵.

G. Dava Karşıtı Emir⁵⁶⁶

Dava karşıtı emir, common law sisteminde doğmuş olsa da son yıllarda ülkemizde dahil olmak üzere kara Avrupası hukuk sisteminde de dikkat çeken, devlet mahkemesi ya da tahkim yargılamasında karşılaşılabilen, uyuşmazlığın tarafının açmayı düşündüğü bir davayı açmaktan vazgeçmesini yahut açılmış ise davanın geri çekilmesini amaçlayan, *in personam* etkiye sahip bir geçici hukuki koruma türüdür⁵⁶⁷.

Şirketler hukuku düzlemi ile pay sahipleri sözleşmesi kaçınılmaz şekilde etkileşim halinde olduğundan, paralel yargılamaların ve çelişen kararlar çıkması tehlikesinin önüne geçmek için, Ülke hukuku elverdiği takdirde, dava karşıtı emir⁵⁶⁸, farklı maddi vakıaların çözümünde en verimli yöntemlerden biri olarak değerlendirilmektedir⁵⁶⁹. Hakemler, mahkemeleri bağlayacak bir karar veremese de tahkim şartının taraflarını bağlayabilecek bir karar verebilirler⁵⁷⁰.

Pay sahipleri sözleşmesine konu edilen tek taraflı alım opsiyonunun aynen ifası davası ile Türk hukukuna göre TTK m. 530 hükmü uyarınca organ eksikliği sebebiyle ya da başka bir sebebe dayanmak suretiyle TTK m. 531 hükmü uyarınca şirketin haklı nedenle feshi istendiğinde dava karşıtı emir kararı, bu iki yargılamanın eş zamanlı devam edip çelişkili kararların meydana gelmesini engelleyebileceği

⁵⁶⁵ Catzeflis/Schramm, s. 782.

⁵⁶⁶ Anti suit/arbitral injunction'ın türkçe karşılığı için kullanılmıştır.

⁵⁶⁷ ACAR Serdar, "*Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction*", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, ss. 1609-1654, s. 1609; Yeşilova, s. 419-420; EKŞİ, Nuray, "*Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 2, 2013, s. 29; GÖLCÜKLÜ, İlyas, "*Güncel Gelişmeler Işığında Kıta Avrupası Hukukunda Dava Açma Yasağı Uygulamaları*", Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 253

⁵⁶⁸ Mildon, s. 113-114, Bayraktaroğlu Özçelik, s. 121-123; Dava örnekleri hakkında örnekler ve incelemeler için bkz. Acar, s. 1610- 1642; GÖLCÜKLÜ, İlyas, "*Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 153-163, 167-179; Gölcüklü, Uygulamalar, s. 259-271; Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen bazı ülkelerde bu tedbirlere karşı daha olumlu yaklaşmakta; hatta bizzat ülke mahkemesi tarafından dava karşıtı emir verilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu dava örnekleri hakkında örnekler ve incelemeler için Gölcüklü, Dava Açma, s. 389-419; Gölcüklü, Uygulamalar, s. 271-272.

⁵⁶⁹ Mildon, s. 113 vd.

⁵⁷⁰ Özbek, İlk İtiraz, s. 211.

düşünülebilir⁵⁷¹. Kural olarak, tahkim sözleşmesinin kapsamına giren taleplerin hakem önünde ileri sürülmesi gerekir. Aksine bir davranış, tahkim sözleşmesinin ihlali kabul edilerek dava karşıtı emir için gerekçe oluşturabilir⁵⁷².

Yine tahkim yargılaması sonuçlanmadan alım opsiyonunun borçlusunun haklı sebeple fesih davasında hisselerini devretmesine hükmedilmesi ihtimaller dâhilinde olduğundan; burada koşulları oluşmuşsa hakemlerin açılan davanın geri çekilmesi yönünde anti suit injunction verilebileceği ifade edilmiştir.⁵⁷³

Türkiye’de İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) ’ta yürütülen pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan bir yargılamada davalı taraf, mevcut yargılamayı geciktirmek ve sabote etmek amacıyla genel kurul kararının iptali ve şirketin feshi gibi davalısının şirket olduğu birçok dava açmıştır. Bu kapsamda hakem heyeti tarafından davalı tarafa bir daha dava açmaması ve mevcut davaları geri çekmesi yönünde anti suit injunction kararı verilmiştir. Bu karar davalı tarafından rızaen uygulanmıştır⁵⁷⁴.

⁵⁷¹Ayoğlu, Tahkim, s. 233-243; Ayoğlu, Paralel Yargılama, s. 104-111.

⁵⁷² Yüksel, Tahkim, s. 163-164.

⁵⁷³ Esin, Hissedarlar Sözleşmesi, s. 36.

⁵⁷⁴ ISTAC tarafından 6-7 Mayıs 2023 tarihleri arasında düzenlenen “Tahkimde Hakemlik Eğitimi” kapsamında “Geçici Hukuki Koruma Taleplerinin Değerlendirilmesi” oturumu esnasında Prof. Dr. Ziya Akıncı tarafından örneklendirilmiştir.

SONUÇ

Şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, son yıllarda yurtdışında yaygınlaşmaya başlamış ve bu alanda mevzuat değişikliğine gitme zorunluluğu meydana gelmiştir. Ülkemizde de aynı şekilde esas sözleşmede yer verilen tahkim şartı TTSG’de tescil ve ilan edilmiştir. Şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, bir hayli ihtiyaç arz etse de bu uyuşmazlıklar, tahkim yargılamasında çözüm bulması gereken birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir.

Çalışmamızda ulaşılan sonuçlar şu şekildedir;

1. İlk bölümde tahkim şartının esas sözleşmede yer verilmesi hali incelenmiştir. Esas sözleşme katılıma açık bir sözleşmedir. Şirkette pay sahibi olan herkes bu sözleşmenin tarafı olur. Emredicilik ilkesi, kapalı şirketlerin esas sözleşmesine tahkim şartı konulabilmesinin önünde bir engel teşkil etmez. Emredicilik ilkesi, halka açık şirketlerin esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilebilmesi hususunda da bir engel teşkil etmez. Ancak çalışmamızda bahsettiğimiz usuli gerekliliklerin sağlanması hususunda zorluklar ortaya çıkmaktadır.
2. Tahkim şartının niteliği itibariyle maddi esas sözleşme hükmüdür. Zira tahkim şartı, şirketin organizasyon yapısına özgü ve buradan kaynaklanan ilişkileri düzenlemeye yönelik olup hükmün hedef kitlesi şirket ve pay sahipleri olmak üzere iç ilişkiye katılan kişilerdir. Öngörülmesi halinde esas sözleşmeye yazılması zorunlu unsurdur. Bunların sonucu olarak paya bağlı devrolur ve şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanabilir. Şekli yazılılık şartı ise tahkim anlaşması dolayısıyla esas sözleşmede ya da genel kurul kararıyla yerine getirilmiş olur.
3. Tahkim iradesi başlığı altında, özellikle sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim şartının tarafı olmasına yoğunlaşmıştır. Kurucu pay sahiplerinin esas sözleşmeye tahkim şartı eklemesi ile genel kurul kararıyla esas sözleşmeye sonradan tahkim şartının eklenmesi durumlarında, tahkim iradesi çok daha somuttur. Tahkim şartı maddi esas sözleşme hükmü olduğu için, esas sözleşmenin katılan herkesi bağlaması sebebiyle tahkim şartı da yeni katılan pay sahiplerini de bağlar. Aynı şekilde, pay devri ile hissedar olduğunda cüz’i halefiyet de tahkim şartının bağlayıcı olması için gerekçe

olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte, şekli esas sözleşme hükmü olduğunun kabulü halinde atıf yoluyla tahkim anlaşması yapıldığının da kabulü mümkündür. Esas sözleşmenin tamamı, tahkim şartı ile birlikte, ulaşılabilir ve alenidir. Kaldı ki, sözleşmenin ifasında rol oynayan ve ondan kar eden pay sahibinin, sözleşmenin külfetlerine katlanmaması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Tahkim şartı esas sözleşmeye sonradan eklendiği takdirde ise aranacak nisap oybirliğidir.

4. Objektif tahkime elverişlilik başlığı altında, en çok tartışılan dava türleri incelenmiştir. Genel kurul kararlarının iptali davası, konumuz itibarıyla en çok tartışılan uyuşmazlık türlerinden biridir. İki tarafın iradesine tabi bir uyuşmazlık olması, bu uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunu söylemek için yeterli değildir.
5. Bu davanın erga omnes niteliği gereği, tüm pay sahipleri için hüküm ifade edebilmesi, ancak “Arbitrability II” kararındaki şartların sağlanması ile mümkün görülmektedir. Bu karar uyarınca; tahkim şartı oybirliğiyle kararlaştırılmalı (sonradan esas sözleşmeye dahil edilirse); tüm pay sahipleri tahkime gidildiğinden haberdar edilmeli, pay sahiplerine yargılamada söz sahibi olma imkanı tanınmalı ve davalar birleştirilebilmelidir. Bu hususların varlığı, tahkim şartının geçerliliği için önem arz etmektedir. Tahkim şartındaki bu gereklilikler, tahkim yargılamasında çözülmesi gereken hususun objektif tahkime elverişlilik değil; yargılama usulü olduğunu ortaya koymaktadır. Organ Kararlarının iptali ve geçersizliğinin tespitine ilişkin davalar başlığı altında işlenen diğer davalarda da benzer sonuçlara ulaşılmıştır.
6. Sorumluluk davaları da tahkime elverişlidir. İlgili maddenin gerekçesinde tahkim sözleşmesi yapılabileceği yer aldığından uyuşmazlık türlerine göre tahkime elverişli olduğu daha kolay tespit edilebilmektedir. Tahkim şartı maddi nitelikli olduğundan, yönetim kurulu üyeleri de bu şartla bağlı olur. Yine şirketin yönetimiyle bu kadar yakından ilgili olan bu kişilerin tahkim şartından haberdar olmadıkları söylenemez. Denetçiler, esas sözleşmenin tarafı olmadığından bu tahkim şartının tarafı değildir. Limited şirketler için ortaklıktan çıkma ve çıkarılma davalarının da tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

7. Anonim ve limited şirketlerin haklı nedenle feshi davalarının da tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu davalar, gerçek olmayan yenilik doğurucu davadır. Bir yargılama dışında da çözüme kavuşturulabilirler. Feshe karar verilmesi, genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Şirketi temsil eden yönetim kurulu ise bu yetkiye haiz değildir. Bu problem fonksiyon ayrılığı ilkesinden gelmektedir. Bu durum tahkime elverişlilik için bir engel değildir. Alternatif çözüm yollarına hakem tarafından da hükmedilebilir. Bu gerekçelerle bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.
8. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması, özel denetçi atanması ve genel kurulun toplantıya çağrılmasını sağlama ve gündeme madde ekletmenin tahkime elverişliliği incelenmiştir. Bu uyuşmazlıklar, ortada davacının ileri sürebileceği subjektif bir hak olmadığı için çekişmesiz yargı işidir. İlgililer arasında halen bir uyuşmazlık vardır. Kaldı ki pay sahipleri öncelikle bu hakların kullanılmasını şirketten talep ederler. Ancak bu uyuşmazlıklar, nitelikleri itibarıyla tahkim yolu ile çözülmeye uygun değildir. Zira hakem heyeti yaptığı yargılama sonucunda kesin karar verir. Oysaki bu işlerde mahkeme yalnızca şeklen kesin bir karar vermektedir. Ortaya çıkan kararın kesin hüküm niteliği taşımaması sebebiyle acil durum hakemi tarafından bu uyuşmazlıkların görülmesi iyi bir seçenek olarak değerlendirilebilir.
9. Çalışmamızın ikinci kısmında çok taraflı tahkim ve çözülmesi gereken sorunlar ele alınmıştır. Özellikle genel kurul kararlarının iptali davasında çok taraflılık kural; aksi ise istisnadır. Bu kapsamda esas sözleşme hükmünün çok taraflılığı yansıtacak şekilde kaleme alınması büyük önem arz eder. Pay sahiplerinin hakem seçiminde etki edebilmesi yargılamanın devamı için oldukça önemlidir. Tahkim yargılamasında itirazlar zamanında ileri sürülmelidir. Bu itirazlar iptal davasında ne de tenfiz davasında dinlenir.
10. Tahkim yargılamasının her aşamasında adil yargılanma hakkının gereklilikleri yerine getirilmelidir. Bu kapsamda özellikle üzerinde durulması gereken husus, yargısal temel haklardan olan eşitlik ilkesinin gerek hakem seçimi gerek ise tahkim yargılamasına eşit katılım sağlaması sırasında temin edilmesidir. Tüm pay sahiplerinin hakem seçiminde ve

tahkim yargılamasında eşit katılım sağlaması oldukça önemlidir. Hiç kimse, oluşumuna katılmadığı hakem heyetini kabule zorlanamaz.

- 11.** Çalışmamızda, mevzuatımızda şirketler hukukuna ilişkin tahkim yargılamalarında ortaya çıkabilecek çok taraflılığa ilişkin bir düzenleme tespit edilememiştir. Bu kapsamda yargılama usulünün netleştirilmesi adına bir tahkim kurumu bu seçilip tahkim kurumunun kurallarının benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Heyetteki tüm hakemler tahkim kurumu tarafından atanabilir ya da ismen belirtilen bir hakem heyeti de oluşturulabilir. Hakem heyetinin tahkim kurumu tarafından atanmasının daha avantajlı olduğunu düşünüyoruz.
- 12.** Yargılamaların birleştirilerek görülmesi, bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde elzemdir. Genel kurul kararlarının iptali davası başta olmak üzere, aynı konu hakkında birden çok tahkim yargılaması başlatıldığı takdirde davalar birleştirilmelidir. Bu hususta TTK m. 448’de genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ve diğer davalar için özel bir birleştirme usulü öngörülmüştür. Zira hakemler tarafından bu emredici usuli kuralların uygulanması gereklidir. Bu dava, 3 aylık hak düşürücü süreye tabidir. Bu sırada tahkim taleplerinin toplanabilir. Bu süre sonrasında hakem heyeti atanabilir Böylelikle yargılamaya katılanlar hakem seçimine katılmış olacaklardır.
- 13.** Bu noktada şirkete karşı bir hak iddia etmek isteyen pay sahibinin feri müdahil olmasından ziyade kendi davasını şirkete yöneltmesinin, tahkimin sözleşmesel niteliğine daha uygun olduğunu düşünüyoruz.
- 14.** Tahkim yargılamalarının birleştirilemediği durumlarda bekletici meselenin, fiilî birleştirmenin, irtibatlı uyuşmazlıkların çözümünde, aynı hakem veya hakemlerin seçilmesi (ya da atanması) yoluyla sağlanması, önerilen çözümler arasındadır. Böylelikle yakın veya ortak konulardaki birden fazla yargılamada, farklı ve hatta birbirleriyle çelişen kararların verilmesi ihtimali, azaltılmaya çalışılmaktadır.
- 15.** Dava karşıtı emir kararı verilmesi bu uyuşmazlıklarda paralel yargılamaları önlemek adına çözüm olarak önerilmektedir. Yakın bir tarihte ülkemizde rızaen de olsa uygulama bulmuştur.

Görüldüğü üzere, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının çok taraflı yargılamaya uygun düzenlenmesi ya da tahkim kurumu kuralları seçilmesi, sorunların çözümüne tek başına yeterli olmamaktadır. Yeni yürürlüğe giren OR Art 697n, bu konuda kanuni bir dayanak olarak hazırlanmıştır. Gerek Almanya gerek ise İsviçre’de bu konu kanun ile düzenlenmiştir.

Bunun gerekçesi ise yargılamaya taraf olmayan diğer pay sahiplerinin ortaya çıkan hakem kararından etkilenmesi ve yargılamanın her aşamasında eşitlik ilkesinin korunması gerekliliğidir. Ülkemizde ticaret sicili, benzer çekinceler ile esas sözleşmede yer alan tahkim şartında, tahkim yargılamasına taraf olmayan diğer pay sahiplerinin bu karardan etkilenmesini sağlayacak hükümleri tescil ve ilan etmemiştir.

Böyle bir durumda ise esas sözleşmede yer alan tahkim tahkime elverişliliği tehlikeye düşmektedir. Benzer bir şekilde ülkemizde de düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Tarafımızca şirket esas sözleşmesinde yer verilmesi için hazırlanan örnek tahkim şartı aşağıdaki gibidir:

“Şirket, pay sahipleri ve şirketin organları arasında ortaya çıkabilecek şirketler hukukuna dayanan tüm uyuşmazlık ve davalar, A Tahkim Kurumunun B tahkim kuralları çerçevesinde, kesin ve nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Her ne şekilde olursa olsun sonradan pay iktisap eden pay sahipleri de dahil olmak üzere tüm pay sahipleri bu tahkim şartının tarafıdır.

Tahkim yargılamasının başlatıldığı pay sahiplerine usulünce bildirilir. Pay sahipleri, hakem seçimine katılabilecekleri gibi yargılamanın her aşamasında tahkim kurumunun kuralları çerçevesinde davaya katılabilir ya da müdahil olabilir. Pay sahipleri, yargılama hakkında diledikleri zamanda bilgi edinebilir.

TTKK m. 448-450 hükümleri, tahkim yargılamasında da uygulanacaktır.

Tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararı, tüm pay sahipleri için bağlayıcıdır.

Şirket, tahkim şartına konu bir uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiği takdirde, tahkim ilk itirazında bulunmakla yükümlüdür.

Bilgi alma ve inceleme hakkının, özel denetçi atanması talebinin, genel kurulun toplantıya çağrılmasını sağlama ve gündeme madde ekletme hakkının kullanılmasında, seçilen tahkim kurumunun acil durum hakemi kuralları uygulanır.

(Seçenek-1) Hakemlerin sayısına karar vermek ve tek hakem tarafından yargılama yapılacaksa hakem; üç hakemden oluşan bir hakem heyeti oluşturulacak ise hakem heyetinin tamamı, A Tahkim Kurumu tarafından atanacaktır. Tahkim kurumunun atayacağı tarafsız ve bağımsız hakem, pay sahipleri tarafından kabul edilmiş sayılacaktır.

Aynı uyuşmazlık hakkında birden fazla tahkim yargılaması başlatıldığı takdirde, ilk tahkim yargılaması için atanan heyet, diğer yargılama için de atanacaktır.

(Seçenek-2) Pay sahipleri ile şirket arasındaki bir tahkim yargılamasında, X Pay sahipleri taraf hakemi; Y ise Şirket taraf hakemi olarak hakem heyetinde yer alır. Üçüncü hakem, tahkim merkezi tarafından belirlenir.”

KAYNAKÇA

ACAR Serdar, “*Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, ss. 1609-1654.

AĞAOĞLU, Cahit, “*Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim*”, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016. (Anılış: Tahkim).

AĞAOĞLU, Cahit, “*Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar*”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 7, Haziran 2018, ss. 187-220 (Anılış: Paralel Yargılamalar).

AKIN, Murat Yusuf, “*Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*”, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

AKIN, Pelin, “*Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XCIII, Y. 2014, Sa. 3-4, ss. 299-340

AKINCI, Ziya, “*Milletlerarası Tahkim*”, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Anılış: Tahkim).

AKINCI, Ziya, “*Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*”, DEÜHF Döner Sermaye İşletilmesi Yayınları No: 73, İzmir, 1996 (Anılış: İnşaat Sözleşmeleri).

AKINCI, Ziya, “*Usul Kurallarına Aykırılık ve Dinlenilme Hakkı*”, “*Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5*”, (Editör: AKINCI, Ziya ve EKMEN, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 21-54. (Anılış: Dinlenilme).

ALTAY, İsmail, “*Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı Uyuşmazlıkların Tahkim İle Çözümü*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, İstanbul, 2022, ss. 29-66.

ARSLAN, Ramazan /YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema /HANAĞASI Emel, “*Medeni Usul Hukuku*”, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ARTIK, Sezin Aktepe, “*Medeni Usul Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m.439)*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

ASLAN, Adem, “*Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya ve EKMEN, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 21-54.

AŞIK, İbrahim, “*Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ATALAY, Oğuz, “*Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması*”, DEÜHFD, C. 16, 2014, ss. 53-76.

AYDEMİR, Fatih, “*Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*”, On İki Levha, İstanbul, 2017.

AYOĞLU, Tolga, “*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. (Anılış: Tahkim).

AYOĞLU, Tolga, “*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi*”, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi (Istac) Yayınları- 1, 2018, ss. 101-111. (Anılış: Paralel Yargılama).

AYOĞLU, Tolga, “*Esas Sözleşmede Yer Verilecek Tahkim Şartının Bağlayıcılığı ve Şirketler Hukuku Davalarının Tahkime Elverişliliği*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 85-99. (Anılış: İTOTAM).

BAHTİYAR, Mehmet, “*Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*”, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

BALAK, Ahmet Can, “*Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 9-15.

BALKAR, Süheyla, “*Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü ile İlgili Bazı Tespitler*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI, Ziya ve EKMEN, Yasin), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 139-178.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm, “*Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

BERGER, Bernhard/KELLERHALS, Franz, “*International And Domestic Arbitration In Switzerland (Third Edition)*”, Beck/Hart, 2015.

BEYSÜLEN, Berfu, “*Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının İptal Sebepleri*”, (Danışman: KOCASAKAL, Hatice), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, “*Şirketler Hukuku*”, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

BUDAK, Ali Cem, “*Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*”, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

BÜYÜK, Elif Irmak, “*Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, “*Şirketler Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*”, Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI), (Editör: SUSMAZ, Hakkı, YEŞİLIRMAK, Ali, MANAV ÖZDEMİR, Eda Ve BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz), Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara 2023, ss. 69- 82.

CAN, Hacı/TUNA, Ekin, “*Milletlerarası Tahkim Hukuku*”, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2021.

CANBELDEK AKIN, Özlem, “*Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens)*”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2019.

CATZEFLIS, Boris/ SCHRAMM, Dorothee, “*Statutory Arbitration Clauses of Swiss Companies*”, ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2021, C. 39, ss. 778-790.

CREMADES Bernardo M./MADALENA Ignacio, “*Parallel Proceedings in International Arbitration*”, Arbitration International, C. 24, S. 4, 2008, ss. 507-539.

ÇELEBİ, Ali Ergin, “*Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2018, ss. 517-582.

DEMİRKOL, Berk, “*Çok Taraflı Tahkim Yargılaması.*” Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 43-72. (Anılış: Çok Taraflı Tahkim).

DUVE, Christian, “*Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*”, “Arbitration in Germany” (Editör: BÖCKSTİNGEL, Karl- Heinz/ KRÖLL, Stefan Micheal/ NACİMİENTO, Patricia); Kluwer Law International, 2008, ss. 975-1011.

EKŞİ, Nuray, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*”, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019. (Anılış: Tahkim).

EKŞİ, Nuray, “*Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*”, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010 (Anılış: Incorporation).

EKŞİ, Nuray, “*Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 2, 2013, ss. 53-82. (Anılış: Paralel Davalar).

ENES, İbrahim, “*Şirketler Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri*”, (Danışman: GÜNEYSU NİLÜFER, Boran), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Afyon.

ENGİN GÜNAY, Gözde, “*Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ERDEM, Nuri, “*Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*”, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ERDEM, Ercüment, “*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği*”, Tahkim Anlaşması, (Editör: BALKAR, Süheylâ ve ÖZDEMİR KOCASAKAL), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 1-23 (Anılış: Tahkim).

ERDEM, Ercüment, “*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss. 67-84 (Anılış: İTOTAM).

ERMENEK, İbrahim, “*Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ERMENEK, İbrahim, “*Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar*”, DEÜHFD, C.: 16, Özel Sayı 2014 (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan) 2016, ss., s. 1215-1252 (Anılış: Bağlantı.)

ESEN, Emre, “*Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişilere Teşmili*”, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

ESİN, İsmail, “*Birleşme ve Devralmalar*”, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2021. (Anılış: Birleşme)

ESİN, İsmail “*Hissedarlar Sözleşmesi.*” Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, (Editör: ÖZEL, Sibel ve ERKAN, Mustafa), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 35-38. (Anılış: Hissedarlar Sözleşmesi)

ESİN İsmail G./ÇELEBİ Özgün/ERKER Sevgin/KAŞARCIOĞLU Demet, “*Chapter 10: Arbitrating M&A Disputes*”, Arbitration in Turkey, (Editör: YEŞİLIRMAK Ali/ESİN İsmail), Kluwer Law International, 2015.

ESKİOCAK, Ali, “*Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsi Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddi Hukukun Usul Hukukuyla Etkileşimi*”, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2022.

ETİRLİ, Burak, “*Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği*”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, C. 8, S. 32, 2019, ss.1997-2030.

GEİSİNGER, Elliott/MERMER, Sinem, “*Şirket Esas Sözleşme ve İç Yönergelerindeki Tahkim Şartları*”, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim,

(Editör: AKINCI, Ziya/ YASAN TEPETAŞ, Candan), İstanbul Tahkim Merkezi (Istac) Yayınları- 1, 2018, ss. 45-56.

GİRAY, Eda, “*Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S. 12 , 2007, ss.195-218.

GÖKSU, Mustafa, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*”, Temel Hukuk Dizisi, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, 2023.

GÖKYAYLA, Cemile Demir, “*Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı- Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEN, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 65-82.

GÖLCÜKLÜ, İlyas, “*Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. (Anılış: Dava Açma).

GÖLCÜKLÜ, İlyas, “*Güncel Gelişmeler Işığında Kıta Avrupası Hukukunda Dava Açma Yasağı Uygulamaları*” “Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021. (Anılış: Uygulamalar).

GÜRPINAR, Bünyamin, “*Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkmaya Katılma*”, GÜHFD, C. 20, S. 2, 2016, ss. 73-101.

GÜVENALP, Ferda Nur, “*Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEN, Yasin), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 103-138.

HAAS, Ulrich, “*Art. 1066 – Mutatis Mutandis Application of the Provisions of the Tenth Book*”, *Arbitration in Germany The Model Law in Practice*”, Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”, (Editör: BÖCKSTINGEL, Karl-Heinz/KRÖLL, Stefan Micheal/NACİMİENTO, Patricia), Kluwer Law International, 2008.

HAMAMCIOĞLU, Esra, “*Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

HANAĞASI, Emel, “*Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*”, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

HANAĞASI, Emel, “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi.*” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 2, 2016, ss.199-164. (Anılış, Haklı Nedenle Fesih)

HELVACI, Mehmet, “*Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler*”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- Tahkim, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 179-202. (Anılış: Düşünceler)

HELVACI, Mehmet; “*Sermaye Ortaklarına Özgü Davalarda “Tahkime Uygunluk” İle İlgili Değerlendirmeler*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, İstanbul, 2022, ss. 99-119. (Anılış: İTOTAM).

HIZIR, Fatma, “*Sulh Sözleşmesi*”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Temmuz 2018.

HUYSAL, Burak, “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, “*Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi*”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

İLHAN, Hüseyin Afşın, “*Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KALDIRIM, Nur, “*Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim*”, (Danışman: BAHTİYAR, Mehmet), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ RIGOZZI, Antonio, “*International Arbitration Law And Practice In Switzerland*”, Oxford University Press, Oxford, 2015.

KANSOY TEMEL, Fatmagül, “*Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı*”, İTOTAM Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri 16 Ekim 2021, (Editör: BAHÇEKAPILI VİNCENZİ, Senem ve HELVACI, Muhammed Buğrahan), İstanbul, 2022, ss.19-23.

KARASU, Rauf, “*Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*”, 2. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2015.

KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün, “*Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması*”, (Danışman: ADIGÜZEL, Burak) (Yayımlanmış Doktora Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, Kayseri.

KARSLIOĞLU, Hasan, “*Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi*”, AndHD, C: 8, S: 1,2022, s. 37-53.

KAYA, Arslan, “*Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*”, Ankara, 2021.

KAYA, Arslan, “*Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, 2015, ss. 61-83.

KAYHAN, Mustafa, “*Anonim Ortaklığın Hakle Nedenle Feshi*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KAYIKLIK, Abdurrahman, “*Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 36. , S. 4, 2020, ss. 133-176.

KAYIKLIK, Abdurrahman, “*Şirketler Hukuku İhtilaflarında Çok Taraflı Tahkim ve Bu İhtilaflar İçin Tamamlayıcı Tahkim Kuralları Önerisi*”, “Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-3: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021”, (Editör: ERKAN/Mustafa, YASAN TEPETAŞ/Candan vd.), On İki Levha, İstanbul, 2023, ss. 225-260 (Anılış: Öneri)

KESER BERBER, Leyla, “*Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*”, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999.

KIRCA, İsmail, “*Anonim Şirketler Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*”, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

KÖPRÜCÜ, Üstün, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, Seçkin Yayınevi Ankara, 2022.

KREINDLER, Richard/ WOLFF, Reindmar/ RIEDER, Markus, “Commercial Arbitration In Germany”, Oxford University Press, Oxford, 2016.

KURU, Baki, “Hukuk Muhakemeleri Usulü”, 6 Cilt, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001. (Anılış: Usul I, II, III, IV, V, VI).

KURU, Baki, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku”, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

MARKERT, Lars, “Arbitrating Corporate Disputes German Approaches And International Solutions To Reconcile Conflicting Principles”, Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), C. 8, S. 1, 2015, ss, 19-40.

MEKENGEC, Merve Acun, “Türk Şirketler Hukukundaki Bazı Durumlarda Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 1, 2019, ss. 1-38.

METİN, Umut, “Şirketlerde Yönetim Kurulu Krizleri ve Çözüm Yolları”, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2022.

MİLDON, Yasemin, “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem İle Bağlantılı Paralel Yargulamalar”, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

MİNELİLER, Zeynep, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 26, S. 3, Y. 2012, ss. 95-117.

MONTI, Antonio, “Arbitration and Corporate Law”, Three Essays on International Commercial Arbitration, Lugano 2003 ,ss. 19-107.

MOROĞLU, Erdoğan, “Makaleler: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Anılış: Anasözleşme).

MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Daveti ve Mahkemenin Davete İzin Kararının Uygulanmasının

Durdurulması”, Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 237-254 (Anılış: Davet)

MOROĞLU, Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. (Anılış: Değerlendirme ve Öneriler).

MOROĞLU, Erdoğan, “*Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020. (Anılış: Hükümsüzlük).

OKUMUŞ, Nagehan, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

OKUTAN NILSSON, Gül, “*Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*”, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

ÖZBEK, Mustafa Serdar, “*Tahkim Hukuku, Cilt I-II*”, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (Anılış; Tahkim Hukuku)

ÖZBEK, Mustafa Serdar, “*Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi*”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, ss. 178-252. (Anılış: İlk İtiraz).

ÖZBEK, Nimet, “*MTO Kuralları Işığında Yeni Bir Tahkim Türü Şartı Olarak Çok Taraflı Tahkim (Multiparty Arbitration)*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 2, 1999, ss. 93-147. (Anılış: Özbek, MTO).

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “*Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili.*” Tahkim Anlaşması, (Editör: ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice/BALKAR, Süheyla), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 25-26.

ÖZKAN, Gökalp, “*Çok Uluslu Şirketler, Türkiye’de Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü*”, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

PEKCANİTEZ, Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, “*Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*”, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Anılış: Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usul)

PEKCANITEZ, Hakan, “*Makaleler (2 Cilt): Tahkim İlk İtirazı*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. (Anılış: İlk İtiraz).

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, “*Ortaklıklar Hukuku I*”, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

POUDRET, Jean- François/ BESSON, Sebastien, “*Comparative Law of International Arbitration*”, 2. Baskı, Thomson Sweet&Maxwell, Londra: 2007.

PULAŞLI, Hasan, “*Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I,II, III*”, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. (Anılış: Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerh).

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar, “*The Arbitrability of Intra-Corporate Disputes in a German GmbH – A Comment on OLG Frankfurt am Main, 2010*”, in: Essays in Honour of Hans Van Houtte, (Editör: WAUTELET, Patrick/ KRUGER, Thalia/ COPPENS, Govert) 2012, ss. 130-133 (Anılış: *Intra-Corporate*).

SANDROCK, Otto, “*‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ Agreements to Arbitrate and their Extension to Non_Signatories Under German Law*”, Journal of International Arbitration, C. 19, S. 5, 2002, ss. 423 – 442.

SARIKAYA, Sinan, “*Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Türk Ticaret Hukukunda Öngörülen Birleşme Davalarında Tahkim*” On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

SEVİ, Ali Murat, “*Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları.*” Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, (Editör: KARAGÖZ, Havva/ÖZCANLI, Beril/PALANDUZ, Seda) 2021, ss. 357-358.

SEVİ, Ali Murat, “*Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Zorunlu Ayrılma Akçesi ve Bu Yolla Çıkarılacak Ortakların Menfaatlerinin Korunması.*” (Editör: MEMİŞ/ Tekin, ŞİŞEK/ Bahar, ŞENER/Özge Selin), Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan,2020, ss. 33-80. (Anılış: Birleşme)

SEVİ, Ali Murat. “*Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemece Kaldırılması veya Sınırlandırılması*” (Editör:

ALIŞKAN/ Murat, MERSİN/ Bilge Utkan, SARIKAYA/ Sinan), Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 2019, 2020, ss. 421-454. (Anılış: Sınırlandırma)

SPOORENBERG/ Frank, CATZEFLIS/ Boris, “*The 2023 Supplemental Swiss Rules of Corporate Law Disputes*”, 41 ASA Bulletin 2/2023, ss. 318-333.

STEINGRUBER, Andrea Marco, Consent In International Arbitration, Oxford International Arbitration Series, 2012.

SULU, Muhammed, “*Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk ve Tahkim*”, TFM, C: 8, S: 2, 2022, ss. 511-528.

SÜMER, Burak, “*Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*”, (Danışman: KARASU, Rauf), (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, Ankara.

ŞAHİN, Ayşe, “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

ŞANLI, Cemal, “*Milletlerarası Özel Hukuk*”, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

ŞENER, Oruç Hami, “*Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*”, Ankara, 2012. (Anılış: Ders Kitabı)

ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, “*Başlıca Tahkim Merkezlerinin Kuralları Uyarınca Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Davaya Dahil Edilmesi (Joinder) ve Davaya Katılması (Intervention)*.” TBB, no. 165, 2023, ss. 173-202.

TAŞ, Mehmet, Türk “*Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi*”, (Danışman: ŞANLI, Cemal) (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, İstanbul.

THIEFFRY, Patrick, “*§ 1 Ortak Girişimin Üçüncü Kişilere ve Üçüncü Kişilerin Ortak Girişime Karşı Yöneltebileceği Talepler.*” Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde

Ortak Girişimler, (Editör: ATAMER, Yeşim M./ BAŞ SÜZEL, GEİSİNGER Elliott), On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss.153-176.

TRITTMANN, Rolf/ HANEFELD, Inka, “Art. 1030 – Arbitrability”, Arbitration in Germany The Model Law in Practice”, *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*, (Editör: BÖCKSTİNGEL, Karl- Heinz/KRÖLL, Stefan Micheal/NACİMIENTO, Patricia), Kluwer Law International, 2008.

UYANIK, M. Ece, “Acil Durum Hakemi Kararlarının Özellikleri ve Bu Kararların İcra Edilebilirliği.” Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 319-342

UYGUN, Doğukan, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü”, Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkimle Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

VEZİROĞLU, Cem, “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021. (Anılış: Esas Sözleşme)

VEZİROĞLU, Cem, “Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinde Düzenlenen Tahkim Şartının Geçerliliği”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021. (Anılış: Tahkim Şartının Geçerliliği).

VEZİROĞLU Cem, “Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis”, *European Company and Financial Law Review*, C. 16, S. 6, 2019, ss. 771–806. (Anılış: Arbitration).

VEZİROĞLU, Cem/ÇEVİKBAŞ, Kadir, “İstanbul Ticaret Sicili’ne Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler”, KHAS Hukuk Bülteni, 3 Aralık 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/60>.

VISCASILLAS, Maria P. Perales, “Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (Editör: MİSTELİS, Loukas/ BREKOULAKİS, Stavros), Kluwer Law Internatinal, 2009 ss. 272-292.

WAGNER, Gerald, “Art. 1027 – Loss of Right to Object”, *Arbitration in Germany The Model Law in Practice*, *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany*, (Editör: BÖCKSTINGEL, Karl- Heinz/KRÖLL, Stefan Micheal/NACIMIENTO, Patricia), Kluwer Law International, 2008

YALÇIN, Selim, “Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle İptali”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, Uluslararası Tahkim Sempozyumu 25-26 Nisan 2019, (Editör: AYGÜL, Musa/ERDOĞAN, Esin), Yetkin Yayıncılık , Ankara, 2020, ss. 283-318.

YEĞENGİL, Rasih, “Tahkim”, Cezai Matbaası, İstanbul, 1974.

YEŞİLIRMAK, Ali, “Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

YEŞİLIRMAK, Ali, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Tahkim Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 3, 2014, ss. 305-324. (Anılış: Tahkim).

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi”, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008 (Temel Eser).

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler” TBBD, S. 76, 2008, ss. 83-164. (Anılış: Tahkim).

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları”, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, ss. 739-818. (Anılış: İtiraz).

YEŞİLOVA, Bilgehan, “1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTKM. 1/VI)”, UTTHD, C. 3, S. 2, 2014, ss. 137-186. (Anılış: Cenevre).

YILDIRIM, Ali Haydar, “Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi”, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

YILDIRIM, Burçin, “*Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*”, (Danışman: YASAMAN, Hamdi), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, İstanbul. (Anılış: Yıldırım, Şirket içi).

YILDIZ, Şükrü/ ÖZBAY, İbrahim/ ÖZBEK, Mustafa Serdar, “*Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Sorunlar*”, EBYÜHFD, C. 22, S. 3-4, 2018, ss. 445-487.

YÜKSEL, H. Sinan, “*Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim.*” Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, (Editör: AKINCI, Ziya/YASAN TEPETAŞ, Candan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 156-165. (Anılış: Tahkim).

YILMAZ, Ejder, “*Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*”, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları- 5”, (Editör: AKINCI/ Ziya, EKMEK, Yasin), On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 1-2