

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE FİNANSMAN
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA
ICSID TAHKİMİNİN YARGILAMA USULÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mürüvet ACAR

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara, 2015

Mürüvet ACAR

Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda ICSID Tahkiminin Yargılama Usulü

Ankara, 2015



T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE FİNANSMAN
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA
ICSID TAHKİMİNİN YARGILAMA USULÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Mürüvet ACAR

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara, 2015

KABUL VE ONAY

Mürüvet Acar tarafından hazırlanan "Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda ICSID Tahkiminin Yargılama Usulü" başlıklı bu çalışma, **03.06.2015** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

[Prof. Dr. Lütfi Şanal GÖRGÜN] (Başkan)

[Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK] (Danışman)

[Yrd. Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA] [(Jüri Üyesi)]

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
Prof. Dr. Mehmet Akif Ersoy
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- Tezim/Raporum sadece Ufuk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- Tezimin/Raporumun 2 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

13/06/2015

Mürüret ACAR

ÖNSÖZ

Hazırlamış olduğum bu çalışmanın amacı, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda ICSID Tahkimi' nin Yargılama Usulü'nü inceleyerek görüş oluşturmaktır.

Başta çalışma süreci boyunca desteklerini esirgemeyen Sayın, Prof. Dr. Lütfi Şanal GÖRGÜN' e, danışman hocam Sayın Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK 'e, Sayın Yrd. Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA' ya şükranlarımı sunarım.

Hayatımın her alanında olduğu gibi, bu çalışma süreci boyunca da her zaman yanımda olan desteklerini esirgemeyen sevgili eşime teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmamın başlangıcından itibaren vermiş olduğu fikirlerini ve her türlü desteğini benden esirgemeyen değerli kardeşlerim Ersin KILINÇ ve Mert AKKAPLAN' a şükranlarımı sunarım.

ÖZET

ACAR, Mürüvet. Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda ICSID Tahkiminin Yargılama Şekli, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Globalleşen dünyada uluslararası yatırımlar alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası ticaret hukukunun önemi giderek artmaktadır. Bu bağlamda uyuşmazlıkların yoğun bir şekilde ortaya çıkışı uluslararası ticari arenada bu uyuşmazlıkların çözüm arayışlarını da beraberinde getirmektedir.

Uyuşmazlıkların uluslararası nitelikli olması objektif bir yargı ortamını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde ulusal yapıda oluşturulacak bir çözüm metodu uyuşmazlığın tarafı olan devlet* tarafından, taraflar arasında kendi çıkarlarını

* Devlet kuramının geliştiricisi, Georg Jellinek, devleti, "egemenlik gücüyle aslen donatılmış, belli bir toprak parçası üzerinde yerleşik bir millet birliği (corporation d'une nation sédentaire dotée originanement de la puissance dominatrice)" olarak tanımlamaktadır. (Georg Jellinek, L'Etat moderne et son droit, Traduction française par Georges Fardis, Paris, V. Giard & Brière, 1911, c.I, s. 296.). Devleti bu şekilde tanımlayan G. Jellinek, üç unsur sırasıyla incelemektedir. Birinci unsur olan "ülke (territoire)"yi ikinci cildin 17-34 sayfalarda; ikinci unsur olan milleti (nüfus, population), ikinci cildin 34-60; üçüncü unsur olan "devlet gücü (puissance étatique)" veya "egemenlik (souveraineté)" unsurunu ünlü eserinin 2'nci cildinin 61-70'inci sayfaları arasında incelemektedir.

Devletin temel işlevleri anayasal çerçevede belirlenmiştir. Bunlar Yasama, Yürütme, Yargıdır. Öğretide de klasik olarak bu üçlü ayırım yapılır. Sayılan bu üç işlev, devletin olmazsa olmaz yapısını oluşturur dolayısı ile, devlet olmanın temelini oluşturan bu işlevlerin, devri söz konusu değildir.Devlet bu yolla kendi gücünü gösterir ve devlet olmanın gerektirdiği hakimiyeti tesis eder.(Yılmaz Ejder "Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim", Makaleler (1973-2013) 2. Cilt, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s. 268.)

Bunlardan birisi olan, yargıya ilişkin hükümlerlik gücünü elinde bulunduran devlet, uyuşmazlıkları mahkemeler eliyle çözülmesi esasını benimsemiş ve bunu anayasal norm olarak kabul etmiştir. Bu açıdan bakılınca tahkim, devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya, ikame bir yargılama biçimidir, ona göre istisnai bir yargısal yoldur. (Süha Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim" Kemal Oğuzman' a Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2000 s.1069.)

ICSID tahkimine göre uyuşmazlığın bir tarafını akit devlet oluşturmalıdır. ICSID konvansiyonuna göre bir devlet, konvansiyonu kendi anayasal usullerine göre tasdik, kabul ve onaylama ile akit devlet olacaktır. ICSID sözleşmesi 68. maddesi gereği bu statü onay belgesinin imzalanmasından 30 gün sonra yürürlüğe girecektir. Bir devlet, bu süreçten sonra akit devlet olarak ICSID sözleşmesi 25/1 maddesi kapsamında ICSID Merkezi'nin kişi bakımından yetkisine tabi olacak ve merkez akit devlet hakkında karar verebilecektir. www.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/basic-en.htm

düşünerek kendi vatandaşlarını koruyan ve kollayan tarafsız olmayan bir yargı şekli meydana getirebilir ki, bu da uluslararası yatırımcı için büyük ticari riskler taşımaktadır. Örneğin ev sahibi ülke; yabancı yatırımcının mülkiyetini kamulaştırabilir veya yatırımın faaliyet lisanslarını iptal ederek, yatırım sürecinin devam etmesini engelleyebilir. Bunlarla beraber ev sahibi ülke, direkt olarak yatırım sözleşmesini ihlal etmeden, proje ve çevresel izinlerin değiştirilmesi, elektrik, su gibi devlet tarafından sağlanması gereken temel ihtiyaçların sağlanması gereken temel ihtiyaçların yatırımcının fabrikasına temin edilmemesi gibi dolaylı yollarla da yatırımı sekteye uğratabilir ¹.

Dünyada tam olarak oluşturulmuş, tam teşekküllü, bütün ihtiyaçlara cevap veren bir uluslararası ticaret hukuku henüz mevcut değildir. Fakat bir uluslararası uyuşmazlık çözüm metodu olan tahkim, milli mahkemelerdeki yargılamalara göre çok daha avantajlı, nitelikli, şeffaf ve fonksiyoneldir. Çünkü taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek istediklerinde esasa uygulanacak hukuku belirleme, nasıl ve ne şekilde uyuşmazlığın çözümleneceğini öngörme gibi avantajlara sahip olacaktır.

Bütün yatırımcıların, ekonomik, teknolojik ve hukuki alanlarda kendilerinin güven ve istikrar içinde olduklarından emin olarak yatırımlarını gerçekleştirebilecekleri ve herhangi bir riskle karşılaştıklarında kolay, hızlı ve tarafsız olarak sonuçlanan bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak kullandıkları tahkim, dünyada en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındandır.

Devletlerarasındaki uyuşmazlıklarda tahkimin uyuşmazlığı çözecek en önemli ve etkili çözüm yolu olması dolayısıyla, tahkimde uygulanacak kuralları önce ikili, sonraları çok taraflı milletlerarası anlaşmalarla düzenlemek ve tahkim işlerinde kolaylık, sürat ve güven sağlayacak uzman kuruluşlar oluşturmak gerekmiştir ².

Günümüzde doğrudan yabancı sermaye yatırımları, uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerin önemli bir kısmını teşkil etmektedir. 20. yüzyılın başından

¹ M. Sornarajah, *The settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International / The Hague / London/Boston, 2000, s. 30.

² Yaşar Karayalçın, *Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 1998, Cilt 19. Sayı 3, s.1-52.

bu yana milli devletler, yabancı sermaye yatırımlarını, bir kalkınma vasıtası olarak görmekte, bunu teşvik etmektedirler. Ülkeler, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra yabancı sermaye girişimi, özendirici yasalar çıkarmışlar, bu yasalarla yabancı sermayeyi yerli sermaye ile aynı şartlar içerisinde destekleyici, teşvik edici ve koruyucu tedbirler almışlardır³.

Bu bağlamda küresel yatırım hareketlerinin beslenmesi ve uluslararası yatırım uyuşmazlıkları hareketlerinin objektif çözümü için Dünya Bankası 1966 yılında ICSID (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez) sözleşmesi (Washington Anlaşması) yayınlamıştır.

Bu sözleşme ile âkit devlet vatandaşı olan gerçek ve tüzel kişilerin ve diğer âkit devlet olan ev sahibi ülkelerin yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözümünü özel bir tahkim ve arabuluculukla düzenlenmiştir

Tahkim yolları arasında en önemlisi ve en çok kullanılanı, ICSID tahkimidir. Bunun en önemli nedeni ICSID tahkimin yargılama şeklidir ve sağladığı avantajlardır.

Anahtar Sözcükler

- 1- Uluslararası Ticaret
- 2- Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklar
- 3- Yatırım Uyuşmazlıkları Tahkimi
- 4- Milletlerarası Tahkim
- 5- Uluslararası Hukuk Kuralları

³ Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 451.

ABSTRACT

ACAR, Mürüvet. Jurisdiction of the ICSID Arbitration in International Commercial Dispute Form, Master Thesis, Ankara, 2014.

The importance of international trade law for the resolution of conflicts is arising in the globalized world in the field of international investments. The intensely emerging of these disputes in the international arena, brings the solution seek with it.

It becomes an obligatory for an objective judge because of the international qualitatively of these disputes. The resolution methods of the disputes which will be created in national structure may can generate an un neutral jurisdiction between the parties which is considering their own citizens and this is a great commercial risk for international investors.

For example the host country may expropriate the ownership of the foreign investors or can prevent the continuation of the investment process licence. Therewithal the host country can may impede the investment in indirectly ways without violating of the investment contract by project and environment replacements and by not providing of basic needs like electrical and water to the investors factory , which should be provided by the state.

An international trade law which is full-fledged and responds to all needs is yet unavailable in the world. However an international arbitration dispute resolution method is much more advantageous, qualified, transparent and functional against to the national court proceedings. Moreover when the parties will resolve their disputes by arbitration, they will have the advantage of predicting how and whatever the dispute will be concerning the applicable law basis.

Arbitration which is used by investors as a dispute resolution method which resolves impartial, quickly and easily is the most preferred alternative dispute resolution way in the world. All investors are full filling their investments by

making sure in their confidence and stability of economical, technological and legal areas.

It was necessary to build specialized organizations for providing speed and confidence for bilateral and multilateral arbitration rules for the organizing of international agreements due to the most important and effective solutions of arbitration to resolve disputes between states.

Today, foreign direct investments, constitutes an important part of the international trade and economic activities. National states are seeing the foreign investments as a mean of development and they encourage it since beginning of the 20 th century.

Especially after the Second World War, countries made encouraging laws for foreign capital inflow and they supported encouraged and protected measures for foreign and domestic capital with these laws.

In this context, the World Bank has published ICSID (The International Center of Settlement of Investment Disputes) in 1966, for the nurturing of the global investment flows and for an objective resolution of international investment disputes (Washington agreement).

This agreement is regulated for settlement of disputes by arbitration and mediation of real and legal persons/ citizens of the contracting states and the investment disputes of the host country.

ISCID arbitration is the most used and the most important way of arbitration. The most important reason of this is the way of the proceeding and the benefits of ICSID.

Keywords

- 1- International Trade
- 2- International Commercial Disputes
- 3- Investment Disputes Arbitration
- 4- International Arbitration
- 5- International Law Rules

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:	
KABUL VE ONAY	I
BİLDİRİM	II
ÖNSÖZ	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	VII
İÇİNDEKİLER	IX
KISALTMALAR CETVELİ	XII
1.BÖLÜM	1
ICSID TAHKİMİNE DUYULAN İHTİYAÇ	1
1.1. ICSID TAHKİMİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER	14
1.1.1. İç Düzenlemeler	14
1.1.1.1.Hukuk Muhakemeleri Kanunu (407-444).....	14
1.1.1.2.4446 Yasa İle Yapılan Anayasa Değişiklikleri	15
1.1.1.3.Yatırım Uyuşmazlıkları ile İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler ...	19
1.1.2. Dış Düzenlemeler.....	20
1.1.2.1.Milletlerarası Tahkim Kanunu (4686 sayılı) (MTK)	20
1.1.2.2.Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında 5718	
sayılı Kanun (MÖHUK).....	21
1.2.ICSID Tahkimi Organizasyonu	23
1.2.1. Organlar	23
1.2.1.1. İdari Konsey	24
1.2.1.2. Sekreterlik	26
1.2.1.3. Panel	28

2.	BÖLÜM	30
	ICSID TAHKİMİNİN UYGULAMASI	30
	2.1.Tahkime Elverişlilik.....	34
	2.2.Tahkim Sözleşmesi veya Şartı	35
	2.2.1.Tahkim Yeri	37
	2.2.2.Tahkim Dili	37
	2.2.3. Tahkim Süresi	38
	2.2.4. Tahkim Masrafları	38
	2.3. ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk	42
	2.3.1. ICSID Tahkiminde İrade Serbestisi	43
	2.3.2. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte Uygulanması	45
	2.3.3. Hukuki Boşluğun Doldurulması (Non – Liqueet Yasağı)	48
	2.3.4. Hakkaniyet İlkelerine Göre Karar Verme	49
3.	BÖLÜM	53
	ICSID TAHKİMİ SÖZLEŞMESİ VE HAKEM SEÇİMİ	53
	3.1.Hakem Seçimi	53
	3.2.Hakemin Reddi.....	58
	3.3.Hakemin İstifası.....	59
	3.4.Hakemin Ölümü	59
	3.5.Yeni Hakem Seçimi	60
4.	BÖLÜM	61
	ICSID TAHKİMİNDE YARGILAMA	61
	4.1.Tahkime Müracaat	61
	4.2.Tahkim Süresinin Başlaması.....	62
	4.3.Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	63
	4.4.Oturumlar	65
	4.5.Deliller ve Sunma	66
	4.5.1. Şahit ve Bilirkişilerin Açıklamaları.....	69

4.5.2. Hakem Heyetinin Keşfi.....	69
4.5.3. Delil Tespiti.....	70
4.6. Tarafların Sulh Olması	71
4.6.1. Talep Üzerine Davanın İşlemden Kaldırılması	71
4.6.2. Tarafların Hiçbir İşlem Yapmamaları Nedeniyle Davanın İşlemden Kaldırılması.....	72
4.7. İhtiyati Tedbir Kararı.....	72
5. BÖLÜM.....	77
ICSID TAHKİMİNDE HÜKÜM (KARAR)	77
5.1. Kararın Verilmesi.....	77
5.2. Kararın Tebliği.....	79
5.3. Kararın Düzeltilmesi	79
5.4. ICSID Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları.....	80
5.4.1. Kararın Yorumlanması	80
5.4.2. Yargılamanın Yenilenmesi	82
5.4.3. Kararın İptali.....	83
5.4.3.1. Hakem Heyetinin Usule Uygun Kurulmaması	85
5.4.3.2. Yetki Aşımı	86
5.4.3.3. Yolsuzluk.....	87
5.4.3.4. ICSID Temel Kurallarından Sapma	87
5.4.3.5. Gerekçe.....	89
SONUÇ	90
KAYNAKÇA	97
EK	107
ÖZGEÇMİŞ.....	132

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
Arb. Int.	: Arbitration International
AT	: Avrupa Topluluđu
BK	: Borçlar Kanunu
BLS	: Business Law Review
BM	: Birleşmiş Milletler
BYIL	: British Year Book of International Law
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DHH	: Devletler Hususi Hukuku
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EC	: European Community
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IBL	: International Business Lawyer
IBRD	: Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası
IDA	: Uluslararası Kalkınma Birliği
IFC	: Uluslararası Finans Kurumu
MIGA	: Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı
ICC	: Uluslararası Ticaret Odası
ILC	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
ICLR	: International Construction Law Review
ICSID	: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi.
ILM	: International Legal Materials
INCOTERMS	: International Commercial Terms
Int. Lawyer	: International Lawyer
ITLJ	: International Trade Law Journal
İİK	: İcra İflas Kanunu
İTY	: İkili Yatırım Anlaşmaları

K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MAI	: Yatırımlar Hakkında Çok Taraflı Anlaşma
MIGA	: Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi
MERCOSUR	: Güney Amerika Ortak Pazarı
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖH	: Milletlerarası Özel Hukuk
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NAFTA	: Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması
Northwestern JILB	: Northwestern Journal of International Law and Business
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
PCA	: Permanent Court of Arbitration
p.	: Page
RG	: Resmî Gazete
Sh.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UN	: United Nations
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuk Komisyonu
WTO	: World Trade Organization
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü
YBCA	: Yearbook Commercial Arbitration
YİD	: Yap- İşlet- Devret

1. BÖLÜM

ICSID TAHKİMİNE DUYULAN İHTİYAÇ

Genel olarak “ticaret”, üretici ve tüketici arasında mal ve hizmetlerin el değiştirmesi işlemi olarak ifade edilir. “Uluslararası ticaret” ise, farklı ülkelerde ikametgâhı, iş merkezi veya mutlak meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmet mübadelelerini ifade eder⁷.

Uluslararası ticaret, ülkelerarası bir değişim aracı olarak ortaya çıkmış, farklı devletlerin gelişimine paralel bir şekilde gelişerek hukuki temelde yeni ihtiyaçlar ve bu ihtiyaçlara cevap verecek yeni metotları da beraberinde getirmiştir.

Özel hukuk bakımından uluslararası ticari ilişkilerin temelinde “âkit” (sözleşme) yer alır ve taraflar arasındaki hukuki münasebetler bu sözleşme üzerine icra edilir⁸. Taraflar, sözleşmeye mutlak uyulmasına güvenerek, net ve kesin standartlarda tarafsız uyuşmazlık çözüm yolları sağlamak isterler.

⁷ Ülkelerin ekonomik bakımından muayyen mal ve hizmetlere ihtiyaç duyması veya ülkelerde muayyen mal ve hizmetlerin teknolojik gelişme sonucu ihtiyaçtan fazla üretilmesi; ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin bedel karşılığında başka ülkelere teminini, ihtiyaç fazlası olan mal ve hizmetlerin bedel karşılığında başka ülkelere satılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, bir taraftan sosyal ve ekonomik sebeplere, bir taraftan da kalkınma ve büyüme ihtiyacına dayanmaktadır. Uluslararası ticaretin temelini bu sosyal ve ekonomik olgular teşkil etmektedir. Günümüzde tüm mal ve hizmetler bakımından kendi kendine yeterli bir ülke mevcut değildir. Bu itibarla günümüzde devletler, sosyal ve ekonomik mülahazalarla uluslararası ticarete iştirak etmek durumunda kalmaktadırlar.(Şanlı, Uluslararası Ticari Akıtların Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 3.)

⁸ Bu sözleşme bir taraftan harp, isyan ve ayaklanmalar, grevler, millileştirmeler, el koymalar, gümrük ve kambiyo sınırlamaları, yangın ve sel felaketleri, depremler ve sair önlenemeyen ve beklenmeyen pek çok fiziki, sosyal, siyasal faktörün etkisine açıktır; bir taraftan da tarafların daha çok kazanma hırsı veya daha az riskle menfaat elde etme isteği gibi kişisel saik, düşünce ve duyguların etkisine açıktır. Muhtelif iç (subjektif) ve dış (objektif) faktörün etkisine açık uluslararası ticari sözleşmeler, ciddi bir risk potansiyeline sahiptirler. Bu itibarla, uluslararası ticari ilişkilerle birlikte uluslararası ticari uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları da mevcut olmuştur. Uyuşmazlıkların arka planı ne olursa olsun, uluslararası ticari ilişkilerden amaçlanan genel ve özel yararın elde edilebilmesi için bunların en kısa sürede,

Uluslararası ticaret yalnızca uluslararası ticaret hukukunu dünya gündemine getirmekle kalmaz, bununla birlikte ülkelerarası sosyal, siyasal, bilimsel, ekonomik ve kültürel faaliyetleri de besler, etkiler ve biçimlendirir⁹.

Bundan dolayıdır ki bütün ülkeler gerek farklı mal ve hizmetlere ihtiyaç duymaları gerekse kalkınma ve büyüme ihtiyacından dolayı farklı mal ve hizmetleri ihraç etmek arzusuyla zorunlu ama doğal bir süreç gibi işleyen bir piyasa oluşturmaktadırlar.

Milli devletler ekonomik ve sosyal zorunluluk üzerine kurulmuş bu piyasada, ticari ilişkilerin sorunsuz işleyebilmesi için dolaylı ve doğrudan yabancı sermaye yatırımlarını bir kalkınma aracı olarak görmüşler ve bu yatırımları teşvik etmek için çeşitli özendirici yasalar çıkarmışlardır. En önemlisi dünya genelinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için ihtiyaç duyulan çeşitli tahkim türleri oluşturularak uluslararası hukuk düzenlemeleri yapılmıştır.

Tahkimin konusu daha çok medeni ve özel hukuk alanlarındaki uyuşmazlıklardır. Tahkim ile bir hukuk düzeni içerisinde karar verme yetkisi özel irade beyanlarıyla mahkeme yerine resmi olmayan bir veya birden çok hakeme havale edilmektedir.¹⁰ Tahkim uluslararası uyuşmazlıklar bakımından hızlı ve memnun edici çözümlere ulaşılmasını sağlayan bir mekanizma olması sebebiyle, birçok ülke uluslararası ticari uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yargılamalarını kendi ülkelerine çekmeye çalışmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir hukuki ortamın yaratılması bugünün dünyasında kritik önem taşımaktadır¹¹.

en ucuz şekilde ve en etkili usul çerçevesinde giderilmesi ve çözümlenmesi gerekir, Aksi halde, ülkelerin iktisadi kalkınmasında, sosyal, siyasal, kültürel ve ekonomik ilişkilerin gelişmesinde önemli rol oynayan uluslararası ticaretin gelişmesi ve sürdürülmesi engellenmiş olur. (Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 1.)

⁹ Olcay Işık, Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 7, sayı 28, 2011, s.125-145

¹⁰ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI,6. Bası İstanbul 2001,s. 5937. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 528.

¹¹ Uluslararası ticaret ve yatırımların önlenemez gelişimi sebebiyle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çoğalması ulusal mahkemelerce sunulan uyuşmazlık çözümlerini

Çünkü özellikle ikinci dünya savaşının doğurduğu ekonomik buhrandan sonra ülkeler yabancı sermaye girişini özendirici girişimlerde bulunmuşlar ve mevzuatlarını yabancı yatırımcıya elverişli hale getirmişlerdir. Bu noktada hukuk ile yatırım arasındaki ilişkinin ne olduğu açıklanmalıdır. Yatırımcı herhangi bir proje üzerinde çalışırken esas olarak üzerinde analiz yaptığı iki durum vardır; risk ve kazanç. Yatırımcılar kabul edilebilir seviyedeki riskle bir kazanç sağlayabilecekleri durumlardaki projelere yatırım yaparlar. Öngörülen risk karşısında kazancı yetersiz bulurlarsa projeyi reddederler. Bir devletin hukuk sistemi de her yönü ile yatırımcının potansiyel projedeki riskleri ve kazançları değerlendirmesinde negatif ya da pozitif olarak etkilidir. Örneğin; Ev sahibi ülkenin yüksek vergi sistemi, uzun ve ağır işleyen bürokratik işlemleri, bağımlı yargı ve fahiş yabancı döviz kontrolü, yatırımcının kazancını düşürerek, yatırımcıyı yatırım yapmaktan caydırabilir ¹².

Dikkate alınması gereken başka bir nokta ise; sanayi yatırımının kısa süreli bir yatırım olmayışdır, uzun sürelidir ve daimidir. Yatırımcılar, belirtildiği gibi, yatırım götördükleri ülkelerde, her bakımdan, her alanda istikrar ve güven isterler. Dolayısıyla her anlamda, yabancı sermayeyle yerli sermaye aynı derecede değer görmeli, aynı şartlar içerisinde yabancı sermayeyle yerli sermayeyi destekleyici ve koruyucu yasalar çıkarılmalıdır ¹³.

tamamlayacak veya ikame edecek alternatif uyuşmazlık çözüm araçlarına olan ihtiyacı doğurmuştur. Uluslararası ticari tahkimin uluslararası ticaret ve yatırımları içeren uyuşmazlıkların çözümünde iş hayatının gereklerine en uygun mekanizma olduğu kabul edilmektedir. Taraflara tahkim merkezini veya uyuşmazlığı çözecek bireyleri, tahkim yerini, yargılamanın dilini ve usule ve esasa uygulanacak hukuku seçme serbestisinin tanınması uluslararası ticari tahkimi vazgeçilemez bir uyuşmazlık çözüm metodu yapan en önemli faktörlerdendir. Tahkim yargılamaının nispeten kısa bir zamanda tamamlanması, hakem heyetlerinde gerekli ve uygun teknik bilgiye sahip bireylerin görev yapma imkânının olması ve özellikle devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, ulusal mahkemelere duyulan güvensizlik tahkim yargılamalarının önemini arttıran diğer önemli faktörlerdendir. (M.Pedro J.Martinez-Fraga, (Latin Amerika ve Florida Bölgeleri Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Uygulama Grubu'nun Koordinatörü) Milletlerarası Ticari uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne ilişkin İstanbul Konferansı, 2007, 1. Bası, Beta Yayıncılık, s.4)

¹² Cansu İste, ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, Şubat, 2013, İstanbul, s. 4.

¹³ Cem Çağatay Orak: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve ISCID Tahkimi", Ankara Barosu Dergisi, 2005-4 Orak, s. 87-89.

Bu sebeple, pek çok ülkenin ihtiyaç duyduğu tüm bu uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan ihtilaflara çözüm üretmek ve özel mülkiyetin gelişmiş ülkelerden gelişmemiş ülkelere akışını artırmak için Dünya Bankası'nın gayretleriyle bir sözleşme hazırlanmıştır.

'Washington Konvansiyonu' veya ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Sözleşmesi olarak anılan bu sözleşme, devletler ve diğer devletlerin uyrukları arasındaki yatırım anlaşmazlığının çözümüne ilişkin bir antlaşmadır.

Washington antlaşması olarak da bilinen bu sözleşme 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe girmiştir (ICSID, m.1/1) Dünya Bankası grubu; Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD), Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA), Uluslararası Finans Kurumu (IFC), Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (MIGA) ve Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) gibi kuruluşlardan ibarettir. Merkezi, Washington' dur.

ICSID Tahkim Merkezi'nin¹⁴ amacı antlaşmanın maddelerine uygun olarak taraf olan diğer ülkelerin uyrukları arasındaki yatırım anlaşmazlıkları için uzlaştırıcı ve hakemlik gibi kolaylıklar sağlamaktır (ICSID, m.1/2). Bu kapsamda, özellikle altının çizilmesi gereken bir husus da uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekliliğidir¹⁵.

Washington Sözleşmesine 24 Haziran 1987' de taraf olan Türkiye Cumhuriyeti ayrıca Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' ne ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ni de kabul etmiştir^{16,17}.

New York sözleşmesinin 1. Maddesine göre; sözleşme, verilen hakem kararının gerçek ve tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda tanınması ve tenfizi

¹⁴ Merkez bir idari konsey bir sekreteryaya sahip olacak ve Arabuluculuk ve Hakemler paneli oluşturulacaktır.(ICSID,m.3), www.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/basic-en.htm

¹⁵ Rasih Yeğengil, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974, s. 53.

¹⁶ Türkiye Washington Sözleşmesini, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı kanun'la onaylamıştır. (R.G. 02.06.1988, S.19830). Sözleşme metni için bkz: R.G. 06.12.1988, s. 20011.

¹⁷ R.G. 25.09.1991, s. 21002.

istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararının tanınması ve tenfizine uygulanır. Sözleşme aynı zamanda tanınması ve tenfizi istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır. Binaenanaleyh Sözleşmede yapılan “yabancı hakem kararı” tarifi, sözleşmenin konusunu teşkil eden “ yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ” dışında genel bir geçerlik taşımaz¹⁸.

Özellikle yatırımcı – devlet uyuşmazlıkları ve devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için, Birleşmiş milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından 1976’da düzenlenen ve son şekli 2010 yılında verilen UNCITRAL tahkimi de tercih edilmektedir.

UNCITRAL kuralları genellikle ilgili sözleşmenin tarafı olan devletlerin biri ya da her ikisinin ICSID Sözleşmesi’ne taraf olmaması durumunda kullanılır¹⁹.

Bunun yanı sıra merkezi Paris olan ve 1923 yılından bu yana faaliyet gösteren ve son şeklini 1998 yılında alan ICC (MTO) tahkimi de farklı ülke vatandaşları arasında çıkan ticari uyuşmazlıkların başka ülke vatandaşlığına sahip olan hakem tarafından, çözümlenmesini amaçlar (ICC.m.1/1). MTO Tahkiminde İdari organizasyon bakımından sabit ve sürekli olan; ancak, uyuşmazlığı halledecek hakem heyetinin davadan davaya farklı kimselerden oluştuğu ve tahkimin her somut davada farklı bir hukuka tabi kılınabildiği esnek bir düzen kurulmuştur²⁰.

Görüldüğü üzere Uluslararası ticari tahkim genellikle; tahkim prosedürünü yöneten kuralların varlığı, verilen tahkim kararlarının ulusal hukuk sistemleri tarafından gözden geçirilmesi, tanıma ve tenfiz için uluslararası sözleşme

¹⁸ Turgut Kalpsüz, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, İkinci Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 29.

¹⁹ Grant Hanessian, Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında UNCITRAL Kuralları, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” 14 Şubat 2009, s. 319.

²⁰ Tahkim Divanı’nın işlevsel yapısı ile hakem ya da hakemlerin taraflarca seçilmesi esasları arasındaki ilişki, MTO tahkimini karakterize eden özelliklerden biridir. Şöyle ki, MTO tahkim kurallarını hazırlayanlar, bilinçli olarak, belli bir ülkede yerleşecek, dolayısıyla o ülke hukukuna tabi olacak ve bu nedenle milletlerarası uyuşmazlıkların halinde pek elverişli sayılmayacak daimi bir hakem heyeti vücuda getirmekten kaçınmışlardır. Turgut Kalpsüz, Hakem Kararlarının Milliyeti, BATİDER, 1978, C.IX. S. 3, s. 601-651.

kurallarının dikkate alınması gibi bu üç özelliği bünyesinde barındırmakta iken, ICSID tahkim sistemi kendi kendine yeten (self contained) ve ulusal hukuklardan bağımsız (autonomus) bir mekanizmaya sahiptir.

ICSID tahkimine duyulan ihtiyacın sebepleri; ICSID' e açılmış olan davalar incelendiği zaman ortaya çıkmaktadır. Bunlar genellikle; güvenlik sorunları, işgal, el koyma, rejim değişiklikleri, mevzuat değişiklikleri, idari ve yargı organlarının keyfi kararları vs gibi sıralanabilir²¹.

Görüldüğü üzere yatırımcılar çok ağır risklerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu durumda yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkede, teknolojinin gelişmesi, işsizliğin azalması, ihtiyacın artması gibi yararları düşünüldüğünde, ev sahibi devletin de yabancı yatırımcıya karşı yükümlülükleri son derece mühimdir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının güvenliğini sağlama, yatırımcıya adil davranma, keyfi muamele yapmama, eşit işlem yapma, kamulaştırma gibi yükümlülüklerini yerine getirmelidir²².

Bu bağlamda taraflar arasında çıkan herhangi bir uyuşmazlığın çözümünde, ya da olması kaçınılmaz zıt talepleri dengelemek adına, ICSID tahkimiyle, tarafların birbirine denk olarak yargılama yapılması öngörülmüş ve özel bir kurumsal tahkim olarak taraflara sağladığı hukuki güvenceyle uluslararası ticareti teşvik etmiştir. ICSID tahkimiyle yabancı yatırımcıların yatırım yapacağı ülkelere karşı olan güvensizliğinin ve tereddüdünün yok edilmesi amaçlanmıştır²³. ICSID tahkim yargılamasının bütün aşamalarında taraflar arasındaki menfaat eşitliği sağlanması öngörülmüştür. Tarafların menfaat eşitliği tahkime başvuru, hakem heyetinin oluşumu, kararın sonuçları ve icrası aşamalarının hepsinde temin edilmiştir²⁴. Bu şekilde hem yatırım yapılan

²¹ Ziya Akıncı, İkinci Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Türk Yatırımcıların Yurtdışındaki Yatırımlarının Korunması Açısından ICSID, Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayınları, 2009, s. 283.

²² Akıncı, "Tahkim", İkinci Uluslararası Hukuk Sempozyumu, s. 284.

²³ Ali Kemal Kılavuz, "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı. 1-2, 2009, s.179-215.

²⁴ Nuray Ekşi, Devletler ve Diğer Devletlerin arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Hakkında Konvansiyon – ICSID, Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözülmesi Sempozyumu Bildiriler

devletin hem de yatırımcının çıkarlarından taviz vermeyecekleri, ticari risklerini önceden hesaplayabilecekleri ya da herhangi bir ticari riskle karşılaştıklarında sorunu tarafsız çözebilecekleri bir mekanizma oluşturulmuştur.

ICSID sözleşmesi özellikle yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü siyasetten ya da ulusal çıkarlardan uzaklaştırarak ihtilafın taraflarının isteklerini objektif bir uluslararası zeminde çözmeleri için “arabuluculuk”(uzlaştırma) ve uyuşmazlığın çözümü için tahkim öngörmektedir²⁵.

ICSID sözleşmesi her ne kadar uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için düzenlenmiş olsa da, sözleşmede ne yatırımın tanımı yapılmış ne yatırım uyuşmazlığından neyin kastedildiği açıklanmıştır. Yatırım ve yatırım uyuşmazlığı kavramları uluslararası hukukta, iki taraflı ya da bölgesel ticari anlaşmalarda ülkeler tarafından tanımlanmıştır. İkili anlaşmalarda ev sahibi ülkenin yatırım mevzuatına uygun olmak kaydıyla yatırım sayılabilecek kıymetler sayılmıştır. Ancak bu sayımın tahdidi olmadığı ifade edilmiştir. Ev sahibi ülke, ikili anlaşmada yer almayan başka bir kıymeti yatırım olarak kabul edebilir. Bu durumda söz konusu yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlık da ikili anlaşma hükümlerinde öngörülen usul çerçevesinde karara bağlanacaktır. İkili anlaşmalarda kabul edilen kıymetler şunlardır²⁶;

- Hisseler, tahviller ya da ortaklıklar,
- Yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan ve yasalara uygun olarak kabul edilen diğer haklar (gelirler kavramı, bir yatırımdan elde edilen kar, faiz ve temettü gibi hâsılat ifade eder),
- Taşınır ve taşınmaz mallar ve bunların üzerindeki kıymetli teminat,

Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, 146; Nuray Ekşi, Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, I (2005) 2 YTHFD, s. 183.

²⁵ Margaret, L. Moses: The Principle and Practice of International Commercial Arbitration, 2. Bası, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 s.12.

²⁶ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s.121

- Patent, lisans, sınaî tasarım, telif hakları, teknik işlemler, ticari markalar, peşte maliye, know-how ve benzeri diğer haklar,
- Tarafların ülkelerindeki doğal kaynakların aranması, ihracı, işlenmesi ve kullanılması gibi konularda yasalar veya yasalara uygun olarak akdedilmiş bir ticari sözleşme uyarınca sağlanan imtiyazlardır.

Uluslararası ticaretin kaçınılmaz olduğu günümüzde, son zamanlarda ülkelerin kendilerini garantiye almak için ICSID yargı yetkisi içeren iki taraflı, bölgesel ve uluslararası yatırımı koruma ve teşvik anlaşmaları yapmaları ICSID' i kullanmalarını kolaylaştırmıştır. İTY, NAFTA ve MERCOSUR bu anlaşmalara birer örnektirler.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması²⁷ (NAFTA) “Tahkime Onay” başlıklı 1122. Maddesinde;

“1. Her bir taraf bu Anlaşmada öngörülen usullere göre bir talebin tahkime götürülmesine onay verir.

2. 1. Paragrafta verilmiş olan onay ve uyuşmazlık tarafı yatırımcının bir talebini tahkime sunması:

a. ICSID Konvansiyonu'nun II. Kısmı (Merkezin Yetkisi) ve Ek Mekanizma Kuralları için gerekli tarafların yazılı onayı olarak kabul edilecektir;” denilerek, ICSID' in yetkisine açıkça onay verilmiştir

Diğer yandan, Türkiye'nin, 17 Aralık 1994'te imzalayarak taraf olduğu Avrupa Enerji Şartı Antlaşması'nın²⁸ 26/5/a maddesinde: “...maddesi kapsamında

²⁷ <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590> (Erişim 05.02.2015), Mehmet Can AÇIKALIN, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 31.

²⁸ R.G. 6.2.2000 / 23956, Açıkalın, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey, s. 31.

verilen muvafakat, paragraf (4) uyarınca verilen Yatırımcının yazılı muvafakati ile birlikte aşağıdaki hususlara ilişkin şartları sağlayacaktır.

(i) İlave Hizmet Kuralları ve ICSID Konvansiyonu'nun II. Bölümünün amaçları doğrultusunda bir uyuşmazlık için tarafların yazılı izni“ denilerek, açıkça onay sağlanmıştır

İTY anlaşmaları, yabancılar eliyle gerçekleştirilen kamu yatırımları hakkında öncelikle tercih edilir. Çünkü İTY anlaşmaları, güçlü konumda bulunan ev sahibi devletin yatırım üzerindeki işlemlerine karşı yabancı yatırımcının menfaatlerini korumak için, ev sahibi devlete yükümlülükler, yabancı yatırımcıya da bazı güvenceler sağlamaktadır.

Bu anlaşmalarda, genellikle, devlet yargısı yolu tahkim yargısının yanında alternatif bir seçenek olarak öngörülmekle birlikte, yabancı yatırımcılar, uluslararası ticari tahkimlerden sırasıyla ICSID, UNCITRAL ve ICC tercih etmektedirler. Bu kapsamda Türkiye’de özellikle, yabancı eliyle gerçekleştirilecek kamu yatırımlarına ilişkin esas sözleşmelerde, uyuşmazlıkların çözümü için genellikle ICSID Tahkimi tercih edilmektedir. Bu tercih, yabancı yatırımların geliştirilmesi ve artırılması bakımından yerindedir²⁹.

ICSID’ in en çok tercih edilen tahkim sistemi olmasının sebebi; sahip olduğu, diğer tahkim sistemlerinden farklı birtakım özellikleridir. Bunlardan birincisi, öncelikle ICSID’ in uluslararası sözleşmeyle kurulmuş olmasıdır. Bu en önemli özelliklerinden birisidir. Çünkü ICSID tahkimi hiçbir devlet hukukuna bağlı olmayan, hiçbir devlet tarafından iç hukuk gibi kabul edilmeyen “milliyetsiz” (anasyonel) hale gelmiş kararlardır. ICSID yabancı yatırımcılardan doğan uyuşmazlıkların bizatihi bu kuruluş tarafından çözümünü öngörmemekte,

²⁹ ... Örneğin PSEG/NACC/İlgın girişiminin Türkiye’ye karşı başlatmış olduğu ICSID Tahkim yargılamasının hukuki dayanağını, Türkiye ile ABD arasında imzalanan İTY anlaşması oluşturmuştur. Yine aynı şekilde, ICSID sözleşmesi tarafı olan başka ülkelerde yatırım yapan Türk uyruklu şirketlerin, ev sahibi ülke ile aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için ICSID Tahkimine başvurmalarının hukuki dayanağı da söz konusu ülkelerle yapılan İTY anlaşmaları oluşturmaktadır. (Süleyman Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, Asil Yayın Dağ. Ltd. Şti. 2006, s. 146.)

sadece uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hukuksal bir çerçeveyi kurgulamaktadır³⁰.

ICSID, bir milletlerarası hukuk objesi olarak uluslararası tüzel bir kişiliğe sahiptir. Bütün sözleşmelere taraf olabilme, taşınır veya taşınmaz mal edinme ve bu mallar üzerinde tasarruf yapma hakkına sahiptir.(ICSID, m.18) . ICSID' in kendisinin çalışanlarının ve tahkim prosedürüne dâhil olan kişilerin sözleşmeye taraf olan ülkelerin sınırları içindeki mahkemelerde tam teşekküllü dokunulmazlık hakları vardır.

ICSID Tahkimin yapısı, Merkez'in bir milletlerarası konvansiyona dayanılarak kurulmuş olmasıdır; bu açıdan milletlerarası kamu hukuku ile tahkim konusu uyuşmazlıkların özel hukuka ilişkin olması açısından, milletlerarası özel hukukun kesiştiği bir alan meydana getirmiş olmasıdır. Bu özelliği nedeniyle ICSID tahkimi, milletlerarası ticari tahkim alanında, istisnai bir karakter göstermektedir³¹.

İkincisi ICSID, Dünya Bankası tarafından kurulmuş, uluslararası ihtilafları çözen bir teşkilat oluşturan sözleşme olmasının yanı sıra, sağladığı tarafsız hukuki güvenceyle de uluslararası ekonomik gelişmeyi teşvik etmektedir. ICSID Tahkim sözleşmesinin önsözünde var olan "Ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliğinin gerekliliği ve özel uluslararası yatırımın rolü düşünülerek;" ibaresi bunun en güzel ispatıdır.

Sermayenin gelişmekte olan ülkelere akışını artırmak; bu ülkelerde kamulaştırma veya millileştirme işlemlerine karşı etkin adli mekanizmanın olmamasından kaynaklanan sorunları gidermek ve ulusal mahkemelerin, yabancı yatırımcılara karşı önyargılı davranacaklarına ilişkin endişelerini ortadan kaldırmak; yabancı devlete karşı açılan davalarda, devletlerin yargı

³⁰ Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, içinde Ekonomik istikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, Ankara, 2001, s.150-151.

³¹ Banu Şit, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, s. 14.

muafiyeti şemsiyesinin altına girerek yabancı yatırımcılar tarafından açılan davaları reddettirmelerinden kaynaklanan problemlere çözüm bulmak amacıyla ICSID hazırlanmıştır³².

Üçüncüsü, ICSID sözleşmesi uluslararası hukuk kurallarından ibarettir. Milli mahkemelerin etkisinden hiçbir zaman bağımsız hareket etmemesi öngörülen ticari tahkim gibi değildir. Tamamen yerel hukuklardan bağımsız, kendi kendini yöneten bir tahkimdir. Şöyle ki bir ICSID hakem kararlarına karşı ICSID' den başka başvurulabilecek herhangi bir makam yoktur. ICSID kararının gözden geçirilmesi talebi ICSID genel sekreterliğine yapılan başvuruyla gerçekleşir. Aynı şekilde bir ICSID kararının iptali istenirse, ancak ve ancak ICSID bünyesinde oluşturulacak iptali istenen kararın tahkim heyetinin üyelerinden, hakem olmayan kişilerden oluşan bir ad hoc komisyon tarafından iptali vukuu bulur. (ICSID,M.51-52)

ICSID hakem kararlarına karşı sadece ICSID Genel Sekreterliğine başvurulabilir. ICSID hakem kararlarına karşı milli mahkemelere başvurulması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, ICSID hakem kararlarına milli mahkemelerin müdahale etmesi; Bu kararların temyize veya iptale tabi tutulması engellenmiştir. ICSID hakem kararlarının hukuki denetimi de ICSID bünyesinde gerçekleştirilmektedir³³. Bu nedendir ki milli mahkemeler ICSID' in verdiği bir kararın sadece tanınmasını, tenfizini ve icrasını gerçekleştirirler³⁴.

ICSID hakem kararlarının diğer hakem kararlarına göre kimi üstünlüklerinin bulunduğu hususu önemlidir. Sözgelimi, ICSID kararlarına devletlerce uyulması, ICSID' in Dünya Bankası Grubu içerisinde yapılandırılmış olması ve bu meyanda Dünya Bankası ile organik bir bağ içerisinde bulunması, Dünya

³² İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID. İstanbul, 2004, 34-35; Susan Choi, Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New YORK Conventions, 28(1995-1996) N.Y.U.J.Int'l L.&Pol., s.177.; R. Doak BISHOP/James CRAWFORD/W. Michael Reisman, Foreign Investment Disputes Cases Materials and Commentary, Kluwer Law International 2005, s. 318.

³³ Nuray Ekşi, ICSID Hakem kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 67.

³⁴ Mahmut Tefvik Birsal: "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel sayı, s.1-38.

Bankası'nın ise gerek kredi verme ve gerek uluslararası ticari bankaları harekete geçirme işlevi düşünüldüğünde, çok daha etkin bir zorunluluk halini almaktadır³⁵.

Dördüncüsü ise, ICSID tahkim sözleşmesine göre verilen herhangi bir kararın icrası, yerine getirilmesi istenen ülke tarafından kesinleşmiş bir hüküm olarak kabul edilmek ve bu hüküm koşulsuz yerine getirilmek zorundadır. (ICSID,m.54/1)

ICSID tahkiminin, yatırım uyuşmazlıklarında tercih edilmesinin sebebi, verilen kararın icra edilme gücü ve kolaylığında yatmaktadır. ICSID tahkim yargılaması neticesinde verilen kesinleşen kararlar, âkit devletlerde cebri icra kurallarına istinaden doğrudan icra edilirler³⁶.

ICSID tahkiminin bir icra organı bulunmadığından, ICSID' in 53(3).maddesine göre, hakem kararının icrası, icra yeri kanunlarına tabidir. Bu maddede icra yeri kanunları ile kastedilen, yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler değil, ilamlı icraya ilişkin hükümlerdir³⁷. Bundan dolayı mal varlığının nasıl ve ne şekilde haczedileceği ICSID hakem kararının icra edileceği devletin hukukuna göre tayin edilir. Kara Avrupa'sı hukuku, Anglo Amerikan hukuku ve diğer hukuk sistemlerindeki icra farklılıkları Konvansiyona konulacak ortak bir metodun iç hukuklara uyarlanmasını engellemiştir³⁸. O yüzden ICSID hakem kararlarının icrası ulusal hukuklara bırakılmıştır. Aksi emenlik hakkı nedeniyle mümkün değildir.

ICSID' in amacı, yabancı yatırımcının haklarını, yatırım yaptığı devlet ile uyuşmazlığa düşmesi durumunda güvence altına almaktır. Bununla beraber, ICSID' e taraf olmakta, devletlerin de menfaati bulunmaktadır. Zira yabancı

³⁵ Schreuer Christoph, The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures (www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf)

³⁶ Kerem Faruk Giray, Milletlerarasında Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 60.

³⁷ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 427.

³⁸ Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States 136(1972) Recueil des Cours, s. 401.

yatırımcıyı ülkesinde yatırım yapmak için cezp etmek isteyen devletler, ICSID' e taraf olmakla, ülkelerinde yabancı yatırımcının haklarının korunduğunu ve sözleşme kapsamına giren hukuki uyuşmazlıklarda etkili bir çözüm yolunun var olduğunu kanıtlamış olmaktadır³⁹. Çünkü ICSID' e taraf olan bütün devletler söz konusu yatırım ihtilafına taraf olsun veya olmasın sözleşmeye uygun olarak verilen hakem kararının bağlayıcılığını kabul etmek ve karar verilen para borçlarının icra edilmesini sağlamak borcu altındadır⁴⁰.

Beşincisi, taraflar ICSID tahkimine başvurdukları andan itibaren, tarafların kesinlikle tek taraflı olarak tahkimden vazgeçme hakları bulunmamaktadır. Bu kuralın amacı, hiçbir devletin ya da gerçek veya tüzel kişinin yargılamanın seyrini olumsuz etkilemesine izin vermemektir.

İki tarafın rızaları beyan edilmiş olduktan sonraki bir aşamada rızanın tek yanlı olarak geri alınması ise mümkün bulunmamaktadır⁴¹.

Söz konusu tahkimin bir diğer ayırıcı özelliği ise, Merkez'in kendisinin hakemlik ya da arabuluculuk yapmamasıdır. Merkez, arabuluculuk ve tahkim için özel uzman ve profesyonel kişilerden paneller oluşturmuş olup taraflar bu panellerden istediklerini hakem ya da arabulucu olarak seçme imkânına sahiptirler (ICSID,m.1/2)

En belirgin özelliği ise yabancı yatırımcı ile ev sahibi ülke arasındaki menfaat eşitliğini sağlamada hassas bir terazi görevini görmesi ve en ilginç yanı bu davaların yayınlanması, yani şeffaf oluşudur. Bu yönüyle üçüncü kişilerin görüşlerine ve müdahalesine açık olması, bu tahkimin daha çok tercih edilmesinin ve güvenilmesinin yolunu açmıştır.

³⁹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 45.

⁴⁰ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s. 54.

⁴¹ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1,3. Bası, Beta Kitabevi, İstanbul 2008, s. 109.

Hukuki sınıflandırılması tartışmalı olmakla birlikte ICSID tahkimi, hem maddi hem de usul hukuku karakterini taşıdığı için sui generis tarzında bir tahkimdir, yani kendine özgü yapısı olan, nevi şahsına münhasırdır⁴².

1.1. ICSID TAHKİMİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

1.1.1. İç Düzenlemeler

1.1.1.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (407-444)

Düzenlenmiş olan Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi Türk yargı sisteminde de kabul gören bir müessesedir ve 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı (Mülga)Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516–536 maddeleri arasında düzenlenmiş ve 01.10.2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır⁴³. 2011 yılı itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407-444. maddeleri arasında yeni hükümler getirilmek suretiyle iç tahkim hükümleri yeniden düzenlenmiştir. İç tahkim hükmünün uygulama alanı şu şekilde belirtilmiştir⁴⁴.

21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.” Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımaması veya tahkim yerinin Türkiye dışında olması halinde HMK 'nın tahkime ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır şeklinde düzenlenmiştir (m.407)⁴⁵. Görüldüğü gibi kanundaki sistem, milli tahkim açısından toprak ilkesine dayanmaktadır⁴⁶.

⁴² M. Kamil Yıldırım: ICSID ve ICSID' DE Arabuluculuk Makale, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, TAHKİM, 2009, s. 361.

⁴³ 1086 sayılı Kanun, 02.03.04.07.1927 tarihli RG sayılı 622.623.624 sayılı RG.

⁴⁴ 6100 sayılı kanun, 12.01.2011 tarihli 27836 sayılı RG.

⁴⁵ Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, s. 16.

⁴⁶ Lütfi Şanal Görgün, Medeni Usul Hukuku,3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 492.

1.1.1.2. 4446 Yasa İle Yapılan Anayasa Değişiklikleri

Türkiye’de 1980’ li yıllarda başlayan liberalleşme, kamu hizmetlerinin özel kesim eliyle yürütülmesi ve işletilmesi süreciyle başlamıştır.1980’li yılların başında “ özelleştirme”⁴⁷ akımı, Türkiye’de etkilerini göstermeye başlamış ve bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamalarına girişilmiş, başlangıçta yasal dayanaktan yoksun bu uygulamaların hukuki dayanağa kavuşturulması amacıyla bir dizi düzenleme⁴⁸ yapılmıştır⁴⁹.

1999 Anayasa değişikliği öncesinde, Türkiye’de özel sektör kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde kamu altyapı yatırımlarına katılımını düzenleyen kanunlarda, bu projelerin uygulama sözleşmelerinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören düzenlemelere yer veriliyor, ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından “YİD projelerin kamu hizmeti imtiyazı olması ve bu idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Türkiye’deki idari yargı bünyesinde çözüme kavuşturulması gerektiği” gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵⁰. Kamu altyapı projelerinde tahkim

⁴⁷ Özelleştirme, dar anlamda kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyet ve yönetimlerinin özel kesime devrini ifade eder. Geniş anlamda ise ekonomik, mali, sosyal ve siyasal nedenlerle ulusal ekonomide kamu kesiminin ekonomik faaliyet hacminin daraltılması anlamına gelir. Halil Seyidoğlu, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Güzem Yayınları, s. 661.

⁴⁸ ...2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkındaki Kanun 17.03.1984.18344 sayılı RG, 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun 17.03.1984.18344 sayılı RG,3096 sayılı TEAŞ ve TEDAŞ Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı R.G, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun,13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı R.G, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı R.G,4283 Sayılı Elektrik Enerjisi Üretim Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ve Enerjinin Yap İşlet Modeliyle Satılmasına Dair Kanun 19.7.1997 tarih ve 23054 sayılı R.G, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrolü Yapımı, Bakımı, İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 2.6.1988 tarih ve 18390 sayılı R.G

⁴⁹ Burhan Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Mart – 2004, s. 190.

⁵⁰ Uğur Emek, Ek ve Değişiklikleri ile YİD, Yİ ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı (Mevzuat), DPT Yayınları, Kasım 2002, s. 273-320

sözleşmesi yapılamadığı için de, bu projelere yabancı sermayeli yatırımcıların katılımında önemli bir sorun ortaya çıkıyordu⁵¹.

Öyle ki Türkiye’ de yatırım yapmak isteyen özellikle Avrupa Birliği üyesi devletler ve ABD, aslında sadece kamu imtiyaz sözleşmeleri açısından 1999 yılından önce mevcut yasal düzenlemeleri dikkate alarak milletlerarası tahkim alanında Türkiye’de reform yapılması ihtiyacını dile getirmekteydiler⁵².

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla⁵³ T.C. Anayasasının 47.125.ve 155. maddelerinde değişiklik yapıp uluslararası tahkimi anayasal zemine oturtarak yukarıdaki sorunların çözüme kavuşturulması öngörülmüştür.

Dönemin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı adına, 1999 TBMM Genel Kurulu’nda yapılmış konuşmanın,“ Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararını şu andaki uygulamada yaptığı gibi –yorumlamayıp, sözleşmelerde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasasını değiştirmek zorunda kalmazdı.” metni bunu doğrular niteliktedir⁵⁴.

Ayrıca genel gerekçede de Anayasada ki bu değişikliğin nedenleri şu şekilde belirtilmiştir. “ ...Ülkemizin, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü önemli bir yer tutmaktadır. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde gerek çok taraflı sözleşmelerde

⁵¹ Emek Uğur, Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, s. 61.

⁵² Ekşi Nuray, Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinde Tahkim Yoluyla Çözümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2005 s. 149.

⁵³ 14.08.1999 tarih ve 23786 sayılı R.G.

⁵⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Cilt:9, 46. Birleşim, 10.08.1999, s. 69.

tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa'da yer verilmesi uygun olacaktır..."⁵⁵.

4446 sayılı kanunun 1. Maddesi ile 47. Maddesinin (Devletleştirme) olan başlığı (Devletleştirme ve Özelleştirme) olarak değiştirilmiş ve söz konusu maddeye iki fıkra eklenmiştir. Bu durumda özelleştirme, 47. Madde ile kaynağını Anayasaya dayandırmaktadır

Anayasa'nın 47. Maddesinde 4446 Sayılı Kanunla Yapılan değişiklik ile, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmet ve yatırımların özel hukuki kişilerine yaptırılması için hukuksal zemin yaratılmıştır⁵⁶.

Anayasanın 125. Maddesinin birinci fıkrasına yine aynı kanunla bir hüküm eklenmiştir. Hüküm şu şekildedir " Kamu Hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir".

Bu değişiklik; imtiyaz sözleşmelerinde idare ile şirketler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda ulusal ya da uluslararası tahkime başvurulmasının önündeki Anayasal engelleri ortadan kaldırmıştır⁵⁷. Anayasanın 125. Maddesinde yapılan değişikliğe göre imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar için, yabancılık unsuru var ise, artık uluslararası tahkime gidilmesine engel bir durum kalmamıştır⁵⁸. Bu değişikliğin doğal sonucu olarak imtiyaz sözleşmelerinden

⁵⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (Kanun No: 4446, Kabul Tarihi 13.08.1999, RG: 14.08.1999/23786

⁵⁶ Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, s.157.

⁵⁷ Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2009, s. 203.

⁵⁸ Ali Yeşilirmak, Yatırım uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, Batıder, Cilt:XX, Sayı:2, Aralık 1999 (Merkez'in İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi) s.153.

doğacak ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar için artık ICSID tahkimine gidilebilmektedir⁵⁹.

Ayrıca tahkim yolunun açılması suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin dış borç bulma maliyetinin düşürülmesi, global sermayeden daha fazla pay alınması ile yabancı sermaye kökenli yatırımlar için birinci derecede risk olan politik riskin izole edilmesinin sağlanması da amaçlanmıştır⁶⁰.

4446 sayılı Kanun'un 3. Maddesi ile yapılan değişiklik ile Anayasa'nın 155. Maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiş ve "Danıştay davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." olarak son şeklini almıştır.

Böylece, kanunla belirlenecek olan ve özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki yatırım ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler idari yargı alanından çıkmıştır⁶¹. Antlaşma şartlarının yerine getirilmesi şartı ile imtiyaz sözleşmesinin tarafları olan idare veya yabancı yatırımcı ICSID' e başvurabilir⁶². Çünkü yatırımcı İTYA yolu ile ICSID Merkezi'nin yargı yetkisine rıza gösteren Türk Devleti'nin, yine İTYA' sının hükümleri arasında yer alan, icabını kabul ettiği zaman, "Merkez'in, doğrudan doğruya yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarda münhasır yargı yetkisi olacaktır⁶³.

⁵⁹ Yeşilirmak, Yatırım uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, s.153.

⁶⁰ Tanrıver, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, s.1081-1082., dn. 81.

⁶¹ Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, s.170.

⁶² Ali Yeşilirmak, Jurisdiction of The International Centre for Settlement of Investment Disputes Over Turkish Concession contracts (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi), ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Fall/1999, Vol:14, No:2, s. 404 (jurisdiction of ICSID)

⁶³ Yeşilirmak, Yatırım uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, s.169.

1.1.1.3. Yatırım Uyuşmazlıkları ile İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler

Danıştay kanunu ve idari yargılama usulü kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına dair kanun,4492 Sayılı yasa ile 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23, 24, 42 ve 48.maddeleri, Anayasa'nın 155.maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak değiştirilmiştir⁶⁴.

4501 Sayılı Kanun ise Kamu Hizmetleri ile İlgili Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanundur. Tahkim kaydı taşımayan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 4501 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz⁶⁵. 4501 Sayılı Kanun, özellikle Yap-İşlet ve YİD olarak adlandırılan sözleşmelerin uygulamaya geçirilmesi ve özellikle yabancı sermayeli yatırımcıları bu tür projeler için Türkiye'ye çekebilmek için çıkarılmıştır⁶⁶.

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkiminin seçilip seçilemeyeceği ile ilgili değil sadece tahkim yolunun ve özellikle konu itibariyle ICSID tahkim yolunun seçilmesi durumunda bu sözleşme hazırlanırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektir⁶⁷.

Petrolün Boru Hatlarıyla Geçişine Dair 4586 Sayılı Kanun ise aslında Bakü-Tiflis –Ceyhan boru hattı projesi ile ilgili düzenlemedir⁶⁸. 4586 Sayılı Kanun'un ihtilafların çözümü başlıklı 13. Maddesine göre; transit petrol boru hattı projesi ile ilgili olarak, Türkiye ile yatırımcı arasında ihtilaflar, ilgili proje anlaşmalarına göre bir hüküm yoksa Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda öngörülmüş olan çözüm usulleri ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözülebilecektir⁶⁹. Bundan dolayıdır ki 4586 Sayılı Kanun'un dolaylı olarak

⁶⁴ Kanun No: 4492 Kabul tarihi: 18.12.1999, RG: 21.12.1999/23193.

⁶⁵ Kanun No: 4501 Kabul tarihi: 21.01.2000, RG: 22.01.2000/23941

⁶⁶ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 34.

⁶⁷ Salih Tuynun, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:1 ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir, 2007, Turhan Kitabevi. s.104.

⁶⁸ 23.06.2000 tarihli ve 24094 sayılı RG.

⁶⁹ Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü s.179.

ICSID tahkiminin uygulanmasına yönelik iç hukukta yapılan bir düzenleme olduğu açık bir şekilde görülmektedir⁷⁰.

4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yerini almış ve doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak hukuku düzenlemektedir⁷¹. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile "özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan şartların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, ulusal ve uluslararası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği" belirtiliyor⁷². Böylelikle, "doğrudan yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine başvurulabilecektir"⁷³.

Bunun yanı sıra 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu, 4833 sayılı Mali Yılı Bütçe Kanunu, 4577 sayılı bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin kuruluşu ve görevleri hakkında kanun ile idari yargılama usulü kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun gibi düzenlemede uluslararası tahkim kurallarının kabul edilmesi ve uygulanmasını sağlamıştır⁷⁴.

1.1.2. Dış Düzenlemeler

1.1.2.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu (4686 sayılı) (MTK)

Türkiye, kültürel ve coğrafi açıdan bulunduğu konum itibarıyla, hem batılı hem de doğulu ülkelerle yakın irtibat içindedir. Türkiye'nin bu özelliği, Türkiye'yi

⁷⁰ Tuygun, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:1 ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, s.105.

⁷¹ Kanun No: 4875, Kabul Tarihi: 05.06.2003, RG: 17.06.2003/25141

⁷² Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları Ve ICSID Tahkimi, s. 102-103.

⁷³ Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları Ve ICSID Tahkimi, s. 102-103.

⁷⁴ 4734,22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG. 4833,31.03.2003 tarihli ve 25065 sayılı RG. 4577, 15.06.2000 tarihli ve 24080 sayılı RG

uyuşmazlıkların çözümünde nötr ve cazip bir tahkim merkezi haline getirebilir, bu sebeple milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara ilişkin tahkimlerin Türkiye’de yapılmasını cazip kılacak yeni ve milletlerarası standartlara uygun bir Milletlerarası Tahkim Kanunu, Türkiye açısından faydalı olacaktır⁷⁵. O yüzden Türkiye’nin yabancı yatırımcı ve yabancı şirketleri daha fazla çekmek istemesinin, 4686 sayılı Kanunun hazırlanmasına etki eden faktörlerin başında geldiği ifade edilmektedir⁷⁶.

21.06.2001 tarihinde kabul edilen ve 5.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁷⁷, UNCITRAL model kanunu örnek almış yabancılık unsuru taşıyan (MTK.m.2/1) ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. (MTK.m.1/2) Ancak, bu Kanun hükümleri, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradeleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmaz. (MTK.m.1/4) .Türkiye bu konuda ICSID’ in yargı yetkisine kısıtlama getirdiğini bildirmiştir⁷⁸.

Reform niteliğinde olan yasa, ülkemizde milletlerarası alanda tahkim kurumunu kurumsallaştıracak niteliktedir⁷⁹.

1.1.2.2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında 5718 sayılı Kanun (MÖHUK)

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku⁸⁰ Hakkında Kanun (MÖHUK) 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 2675 sayılı MÖHUK’u⁸¹

⁷⁵ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 56.

⁷⁶ Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, s. 33.

⁷⁷ Kanun no: 468, 05.07.2001 tarihli ve 24453 sayılı RG

⁷⁸ Yavuz N, Okçuoğlu, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1991, s. 528.

⁷⁹ Hüseyin Ali Sadruleşraf, Türk “Milletlerarası Tahkim Kanunu”na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 9, Sayı: 1, 2007, s.400.

⁸⁰ Kanun No. 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, R.G Sayı: 26728

⁸¹ Kanun No 2675, 20.5.1982, RG. Sayı: 17701

yürürlükten kaldırılmıştır. 5718 Sayılı Kanununun 60-63. Maddeleri yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenler. 5718 Sayılı Kanunun yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen hükümleri, esas itibariyle 1958 yılında BM nezdinde düzenlenmiş olan, New York anlaşmasından alınmıştır, ancak bazı noktalarda anlaşmadan uzaklaşmış ve anlaşmaya göre tenfiz şartları ağırlaştırılmıştır⁸². 5718 sayılı MÖHUK 'un 60/2 maddesine göre "yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye 'deki yerleşim yeri, yoksa sakin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır." Yani MÖHUK da, yabancı hakemlik kararlarının tenfizi için görevli mahkemenin bir inceleme yapmasını ve sayılan şartlar uygun değilse tenfiz isteğinin reddini öngörülmektedir (MÖHUK.m.60) .Oysa ICSID tahkimi 48/3. maddeye göre uyuşmazlığa ilişkin bütün sorunları çözen kararlar nihaidir ve dolayısıyla ICSID Tahkimi 54. maddesi ile diğer bütün tahkimlerden farklı olarak her âkit devletin hakem kararlarını kendi mahkemesinden çıkmış gibi bağlayıcı olmasını öngörmektedir. Bu itibarla ICSID Anlaşması'na göre verilmiş hakem kararlarının Türkiye' de tanınması ve tenfizi davalarında New York anlaşmasının ve 5718 sayılı Kanununun hakem kararlarının tenfizine ilişkin şart ve hükümleri uygulanmayacak; anlaşmaya göre bağlayıcılık kazandığı tespit edilen kararlar hakkında doğrudan exequatur (tanıma) kararı verilecektir.

Tanıma kararı verilen hakem kararı, iç hukuktaki ilamlı icrayı düzenleyen İİK hükümlerine göre verilecektir⁸³. İlam niteliğindeki belgeler İİK' nun (2004 sayılı Kanun) 38. maddesinin de düzenlenmiştir⁸⁴.

⁸² Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 401.

⁸³ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 467.

⁸⁴ ... İlam niteliğindeki belgeler şunlardır; 1) mahkeme huzurunda yapılan sulhlar (HMK,m.313) 2) Mahkeme huzurunda yapılan kabuller (HMK,m.308) ve kanımızca feragatler (HMK,m.307-315). 3) Kayıtsız şartsız (tek taraflı) para borcu ikrarını içeren düzenleme biçimindeki noter senetleri. Görüldüğü gibi, düzenleme biçimindeki noter senetlerine dayanılarak ilamlı icra takibi yapılabilmesi için senedin kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarına ilişkin olması gerekmektedir.(İİK,m.38) Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller (ve kanımızca feragatler) bakımından böyle bir şart aranmamaktadır.4) Temyiz kefaletnameleri (HUMK m.443;m350,367, Geçici Madde3; İKK m.33,36). Bunlar temyiz halinde icranın geri bırakılması

1.2. ICSID Tahkimi Organizasyonu

1.2.1. Organlar

Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi ile kısaca ICSID olarak bilinen Yatırım uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi kurulmuştur (ICSID,m.1). Türkiye bu merkeze 3460 sayılı kanunla üye olmuştur⁸⁵.

ICSID, uzlaştırıcılar ve hakemler listesini içeren iki panel, İdari Konsey ve Sekreteryayı bünyesinde barındırır (ICSID,m.3).

Merkez, görevlerini yerine getirebilmek için bütün taraf ülkelerin topraklarında taşınırlar ve taşınmazlarda dâhil olmak üzere, bütün dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanabilecektir (ICSID,m.19).

için verilmiş bulunan kefaletnamelerdir. 5) İcra dairesindeki kefaletler. Bunlar, Takip konusu borcun ödenmesini sağlamak için, özellikle borcun takside bağlanması durumunda, üçüncü bir kişinin (kefilin), icra dairesi huzurunda borçlunun borcuna kefil değildir. Bu icra kefaletleri, kanundan dolayı müteselsil kefalet hükmündedir (m.38 son cümle). Kanun No. 2004, Tarih: 19.6.1932 R.G. Sayı: 2128

⁸⁵ Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi onaylanması dair Kanun, Kanun No:3460, kabul tarihi 27.5.1988 (RG 6.121988/19830)

MADDE 1. - 24.6.1987 tarihinde imzalanan ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi (ICSID) kuran Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmenin: a) Yabana sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID' e götürülebilmesi,

b) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye'de Mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynî hak uyuşmazlıklarının ICSID' e Götürülmemesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı «Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına» ilişkin münferit ikili anlaşmalarda yatırını uyuşmazlıklarının Lahcy Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64 üncü maddesine rezerv konulması, kaydıyla onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2. - Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez'e Yapılması gereken ödemeler gelecek yıllar bütçelerine konulacak ödeneklerden mahsup edilmek üzere avans olarak yerine getirilebilir.

MADDE 3. - Katılma için gerekli diğer işlemleri yapmak ve Sözleşme hükümlerinin gerektirdiği diğer tedbirleri almak üzere Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir.

MADDE 4. - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5. - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ICSID Merkez başkanı, İdari Konsey Üyeleri, arabulucular, hakemler, komite üyeleri ve sekreterlik çalışanlarının dokunulmazlık haklarının olduğu gibi sözleşmede gösterilen bazı sorumluluklardan muaf tutulacaklar ve kolaylıklardan da faydalanabileceklerdir (ICSID,m.21).

Bu ayrıcalıklar sözleşme kapsamında, davaya katılan taraf ve temsilciler avukatlar, şahitler, uzmanlar içinde geçerlidir (ICSID,m.22).

Merkezin tutacağı arşivler ve kayıtlar saklanacaklar, gerekli görüldüğü hallerde, dokunulmazlık ve gizlilik kurallarına tabi olacaklardır. Merkez, resmi yazışmalarla ilgili olarak bütün uluslararası yazışmalarda daha az müsaadeye mazhar olmayacaktır (ICSID,m.23).

Merkez'in malları, gelirleri, işlemleri ve faaliyetleri, vergi ve gümrüklerden muaf olacak ve Merkez tarafından ödenen yolluk, ödenek ve maaşlardan vergi alınmayacaktır. (ICSID,m.24).

1.2.1.1. İdari Konsey

İdari konsey, ICSID sözleşmesinin tarafı olan devletlerden gelen birer temsilciden meydana gelmiştir. Temsilcilerin bu görevi yerine getirmedikleri durumlarda ya da toplantılara katılmadıkları zamanlarda yardımcılarını onların yerine katılır.

Âkit devlet idari konsey için atama yapmadığında Dünya Bankası için atanmış olan başkan veya başkan yardımcısı, Konseyde temsilci veya temsilci yardımcısı olacaktır.(ICSID,m.4) Dünya Bankasının başkanı kural olarak idari konseyinde başkanlığını yürütmekte, ancak oy kullanma hakkına sahip değildir. (ICSID,m.5)

İdari konsey genel toplantısı yılda bir kez yapılır. Bunun dışında konsey veya konseyin beşte birinin teklifi ile Başkan veya Genel Sekreter tarafından da toplanabilir. Konseyin toplantı yeter sayısı üyelerinin sadece çoğunluğudur.

Her bir üye sadece bir oy kullanabilir. Kararlar istisnai durumlar haricinde oy çokluğu ile alınır. (ICSID,m.7) Konsey üyeleri ve başkan, bu iş için Merkezden herhangi bir ücret almazlar. (ICSID,m.8)

İdari Konsey Başkanı'nın birtakım görevleri vardır. Bunlar:

- Genel sekreteri ve genel sekreter yardımcısını seçmek, (ICSID,m.10/1) ;
- Gerek gördüğü durumlarda komiteler kurmak (ICSID,m.52/3) ;
- Her hakem ya da uzlaştırıcı paneline 10 adet üye seçmek (ICSID,m.13/2);
- Tarafların atamasını yapmadığı hakemlerin ya da uzlaştırıcıların tam olarak atamalarını yapmak (ICSID,m.38) ;
- Hakem ya da uzlaştırıcıların istifası durumunda, yeni hakem ya da uzlaştırıcı tayin etmek (ICSID,m.56/3) ;
- Teklif üzerine, belirli şartlarda, herhangi bir hakemi ya da uzlaştırıcıyı görevinden men etmek (ICSID,m.58).

ICSID sözleşmesi 6. Madde İdari Konsey'in görev ve sorumlulukları şu şekilde belirtir;

- Merkez'in idari tüzüklerini ve bütçesini onaylamak,
- Arabuluculuk usulü, tahkim yargılamasının oluşması, başlangıç prosedürü kurallarını, arabuluculuk usulü kurallarını ve tahkim usulü kuralları değiştirmek ve onaylamaktır.
- Dünya Bankasının mali ve idari yardımlarını organize etmek için gereken anlaşmaları onaylamak görevleri arasındadır.

- Genel Sekreter ve yardımcısının görev ve yetkilerini belirlemek,
- ICSID' in yıllık bütçesini kabul etmek,
- ICSID' in yıllık faaliyet raporunu kabul etmek.
- Aşağıdaki konulardaki kararlar İdari Konsey Üyelerinin 2/3 çoğunluğu ile alınmaktadır;
- ICSID Merkez'inin yerinin değişimi .(ICSID,m.2)
- Bütçenin kabulü .(ICSID,m.6/1(f))
- Arabuluculuk usulü, tahkim yargılamasının oluşması, başlangıç prosedürü kurallarını, arabuluculuk usulü kurallarını ve tahkim usulü kuralları kabulü .(ICSID,m.6/1(b)-(c))
- İdari ve mali yönetmeliğin oluşturulması.(ICSID,m.6/1(f))
- Kolaylaştırılmış oy verme sisteminin oluşumu .(ICSID,m.6/1(f))
- Sözleşme de yapılacak değişikliğin onaylanması.(ICSID,m.6/1(f))
- Dünya Bankası üyesi olmayan devletleri sözleşme imzalamaya teşvik etmek .(ICSID,m.67)

1.2.1.2. Sekreterlik

Sekreterlik bünyesinde bir Genel Sekreter, bir veya birden fazla yardımcı sekterler mevcuttur.(ICSID,m.9) Genel Sekreter ve yardımcıları Başkanın belirlediği adaylar arasından İdari Konsey'in üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Seçilen kişi tekrar seçilebilir. Genel Sekreter ve yardımcıları tarafsız

davranmalıdırlar ve Konsey'in rızası olmadan herhangi başka bir işle uğraşmamalıdırlar (ICSID,m.10).

Genel Sekreter, ICSID' in resmi temsilcisi ve asli memuru sıfatındadır. Genel Sekreter ICSID sözleşmesi hükümleri ve İdari Konsey'in kabul ettiği kurallar doğrultusunda idareden ve personel atamasından sorumludur.

Sicil memurluğu yapmak, sözleşmeye uygun olarak verilen tahkim kararlarının yerine getirilmesini sağlamak Genel Sekreterin görevleri arasındadır(ICSID,m.11)

Genel Sekreterin Görevleri şunlardır;

- En az beş üyenin isteği üzerine İdari Konseyi toplantıya davet etmek.(ICSID,m.17/1)
- Panellere tayin edilmiş olan hakemler ve uzlaştırıcıların kayıtlarının yapılması .(ICSID,m.16/3)
- Üye devletlerin sözleşmeyi imzalama ve kabul etme esnasında ICSID' e yargılama yetkisini meydana getirmiş ya da getirmemiş uyuşmazlık konularını tüm taraflara bildirmek.
- Üye devletlerin ya da üye devlet vatandaşlarının Merkez'in yargı yetkisi dâhilinde olan uzlaştırma ya da hakemlik başlatma başvurularını kayda almak ve ilgili taraflara bildirmek.(ICSID,m.28,36)
- Hakemlik kararlarının birer onaylı kopyasını taraflara göndermek .(ICSID,m.49)
- Hakemlik kararından sonra, taraflardan gelen, kararın yorumu, gözden geçirilmesi ya da geçersiz kılınmasıyla ilgili talepleri almak ve ilgili mahkemeye bildirmek .(ICSID,m.49)

- Hakemlik kararlarının uygulanması için, üye devletlerin belirlemiş olduğu mahkeme ya da yetkili mercilerin değişiklik ve tespitinin bilgilerini kayda almak .(ICSID,m.54/2)
- Merkez'in belirlediği yönetmeliklere göre Merkez'de kullanılan araçların kullanım masraflarını tespit etmek.(ICSID,m.49)
- Komite ve mahkemelerin ödemeler konusundaki çalışmalarında yardımcı olmak .(ICSID,m.60/1)
- Yargılama ya da uzlaştırma süreçleri ICSID Merkez' de yapılmayacaksa, yer seçimi konusunda yardım etmek .(ICSID,m.63/1(b))
- Ayrıca Genel Sekreterin eliminasyon görevi diye adlandırılan bir diğer vazifesi de tahkim ve arabuluculuk için Merkez'e yapılan başvuruları Yargı yetkisi dahilinde olup olmamasına göre kabul etme yada reddetmesidir.(ICSID,m.6/1(f))

1.2.1.3. Panel

Merkezde iki çeşit panel bulunmaktadır. Bunlar, arabulucular paneli ve hakemler panelidir. Bütün taraf devletler kendi vatandaşlarından ya da diğer ülke vatandaşlarında her panel için 6 yıllık süre için dört kişi atamak zorundadırlar. Başkan da her bir panele her biri farklı ülke vatandaşlarından olmak koşuluyla on kişi atayabilir. (ICSID,m.13)

Genel Sekreter seçilen panel üyelerinin bir listesini tutarak belirli aralıklarla üyelerine bildirir ve üye listesi ICSID internet sitesinde yayınlanır.

Bir vatandaş her iki panelde görev yapabileceği gibi, birden fazla ülke veya başkan tarafından panele atama yapılabilir. (ICSID,m.16)

Panellerde hizmet etmek üzere atanacak şahıslarda ise; yüksek ahlak sahibi olmaları, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kişiler olmaları, bağımsız yargı konusunda güvenilebilecek kişilerden oluşması gibi özellikler aranmaktadır. (ICSID,m.14)

Uluslararası ticari tahkimde ki hakemlerde ise bağımsızlık, tarafsızlık, uygunluk ve yeterlilik gibi nitelikler aranır. ICSID tahkimin konusu uluslararası yatırım uyuşmazlıkları olduğundan dolayı farklı ekonomik konuları iyi bilen ve bu anlayışı taşıyan kişilerden olmasına da ayrıca dikkat edilir.

Tarafların hakem seçimi konusunda kararsız kalmamaları için bu şekilde paneller oluşturulmuştur. Taraflar hakem seçimi konusunda serbesttirler, yani taraflar panel içinden ve panel dışından hakem seçebilirler. Fakat taraflar, genel sekreterlikçe tahkim talep başvurusunun karşı tarafa tebliğinden itibaren 90 gün içinde veya kararlaştırdıkları süre içinde hakemleri seçip atayamazlar ise başkan tarafından panelden hakem seçilir. Seçilen hakemlerin çoğunluğu taraf devlet ya da diğer taraftan olan taraf ülke vatandaşlığından olmaması gerekir. (ICSID,m.38,40)

2. BÖLÜM

ICSID TAHKİMİNİN UYGULAMASI

ICSID Tahkimi eda davalarına bakmaktadır. Çünkü eda davası yoluyla mahkemededen, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir (HMK,m.105) ICSID' in uygulama alanı konvansiyonda, Merkez'in yargılama yetkisi başlığı altında düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi Merkez'in asli yargı yetkisini kapsamaktadır. Bu maddenin konusu, sözleşmeye taraf akit devletler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da devlet tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile yine sözleşmeye taraf diğer akit devlet vatandaşları arasındaki (ratione personea) doğrudan yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların (ratione materiae) düzenlenmesidir. Bir uyuşmazlığın Merkez'in yargı yetkisine tabi olması için (ICSID,m.25);

- Taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda yazılı bir anlaşma yapmış olmalıdırlar.
- Bu uyuşmazlık bir âkit ülke ile diğer bir âkit devletin vatandaşı arasında olmalıdır.
- Yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olmalıdır.

Bu bağlamda Merkez'in yargı yetkisinin doğması için yukarıdaki şartlara dayanarak, nasıl gerçekleşeceğini sırasıyla açıklayabiliriz;

Merkez'in konu itibarıyla yargılama yetkisinin doğması; bu yetkinin gerçekleşebilmesi için taraflar arasındaki uyuşmazlıkların, doğrudan yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar olması gerekir. Her şeyden önce ortada bir hukuki uyuşmazlık var olmalı ve bu hukuki uyuşmazlık bir yatırım sorunundan ortaya çıkmalıdır. İkinci olarak, bu hukuki uyuşmazlık ile yatırım arasında direkt bir ilişki olmalıdır, kısacası hukuki uyuşmazlığın yatırım

sebebiyle ortaya çıkmış bir yatırım uyuşmazlığı olması gerekir. Washington konvansiyonu 'nda yatırım kavramı tanımlanmamıştır ancak 25. Maddenin birinci bendinde “ ...yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar” ın anlaşmaya dâhil olduğu belirtilmiştir. Bu tanımın oldukça geniş ve genel olduğu açıktır⁸⁶. Yatırım kavramının geniş yorumlanması sebebiyle; belirli hizmet türleri (certain types of services) yapısal ve finansal düzenlemeler (constraction and financial arrangements) ve geleneksel yatırım türü olan imtiyaz sözleşmeleri(concession contcrats) ICSID tahkimine konu olabilir⁸⁷. Hukuki uyuşmazlık, yatırım ve hukuki uyuşmazlık ile yatırım arasındaki zincirleme bir bağlantının varlığı ICSID' in konu bakımından yargılama yetkisini doğurur.

Merkez'in gerçek ve tüzel kişi itibarıyla yargılama yetkisinin doğması: Bunun anlamı, ihtilafın bir tarafının ev sahibi devlet diğer tarafın ise yatırımcı olmasının gerektiğidir. Yatırımcıdan kasıt; ilk önce gerçek ya da tüzel kişiliği olan, taraf devlet uyruğu olmalıdır ikincisi de ev sahibi devletin vatandaşlığında olmamalıdır.(ICSID,m25/2 (a)). Gerçek kişilikler açısından vatandaşlığın tespiti iki hususta önem taşır. Bunlardan birincisi tarafların rızalarını Merkez'e beyan ettikleri tarih, ikincisi de bu beyanın kayda alındığı tarihtir. Yabancı yatırımcının aynı anda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda ICSID' in yetkisini tespit bakımından hangi vatandaşlığın esas alınacağı üzerinde durmak gerekmektedir⁸⁸.

⁸⁶ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 457.

⁸⁷ Escobar A. Alejandro, Three Aspects of ICSID's Administration of Proceedings, 14 (1997) 2 News from ICSID

⁸⁸ ... Yabancı yatırımcının aynı anda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda ICSID' in yetkisini tespit bakımından hangi vatandaşlığın esas alındığı üzerinde durmak gerekmektedir. Mesela; yatırımcı tahkim talebinin yapıldığı veya rızanın bildirildiği tarihte farklı iki akit devletin vatandaşlığına sahip ise,talep bakımından davacı hangi akit devletin vatandaşı sayılacaktır? Bu sorun, ICSID 'in ARB.07.20 Esas Numaralı “Saba Fakes v.Türkiye Cumhuriyeti” davasında detaylı biçimde tartışılmıştır. Davada davalı Türkiye Cumhuriyeti, Milletlerarası Adalet Divanının “Nottebohm” kararına da atıf yaparak, davacının Ürdün ve Hollanda vatandaşı olduğunu kabul etmiş, fakat davacının gerçek vatandaşlığının Ürdün vatandaşlığı olduğunu, Hollanda ile gerçek bir vatandaşlık bağının bulunmadığını ileri sürerek; davacının Türkiye-Hollanda arasında yürürlükte bulunan yatırımların korunması ve Teşviki Anlaşma'sına dayanamayacağını iddia etmiştir. ICSID Hakem Mahkemesi,“Micula et al.-Romanya /ICSID Case No: ARB.05/20” davasına da atıf yaparak,Konvansiyonun25.maddesinde sadece akit devlet vatandaşı olmakla beraber aynı zamanda ev sahibi devlet vatandaşlığına da sahip olanların ICSID' in yargı yetkisi dışında

Konvansiyonun 25/2 (b) maddesi tüzel kişileri kapsamına rağmen Konvansiyonda tüzel kişi tanımı yapılmamıştır. Ancak Merkez'in bir hakemlik kararında “ uluslararası hukuk ve uygulamalara göre bir tüzel kişiliğin tabiiyetini belirlemede kullanılabilir değişik ölçütler vardır. Bunların en yaygın kullanılanı işyerinin ya da şirketin kayıt yeridir. Diğer seçenekler olarak, idare merkezinin ya da gerçek yerleşimin yeri de değerlendirilmeye alınabilir.” İbaresini dikkat çekmektedir⁸⁹.

Sözleşme'nin 25/2(b) maddesinin yazılışında “yabancı kontrolü nedeniyle taraflarca bir başka taraf devlet uyruğuna sayılan ” ibaresinin konulmasındaki ana amaç olarak birçok ülkenin iç hukukuna göre yabancı sermaye ile kurulan şirketlerin kuruldukları yer uyrukluğuna sahip olduklarının bilinmesi ve bu durumun birçok uyuşmazlığı ICSID' in yargı yetkisi dışında bırakmasının istenmemesidir⁹⁰.

Ev sahibi devlet ise zaten ICSID' in yargılama yetkisi altındadır. Ev sahibi devletin uyuşmazlığa taraf olabilmesi için hem Washington Sözleşmesi'nin tarafı olması hem de rızası gerekir⁹¹. Konvansiyonun 25/ 1. Maddesi gereğince âkit devlet tarafından Merkez'e bildirilmiş, âkit devletin alt birimleri ve kurumlarının da tahkim sürecinin tarafı olabileceği belirtilmiştir. Çünkü herhangi bir devlet, yabancı yatırımcı ile ilişkilerinde bütün organlarıyla ve alt birimleriyle çalışıyor olabilir, bundan dolayıdır ki bütün devletler uluslararası hukuki zeminde sahip oldukları bütün kuruluşlarının ve alt birimlerin sorumluluklarından ve

tutulduğunu, , davacının birden çok akit devlet vatandaşlığına sahip olduğu durumlarda “ gerçek vatandaşlık” araştırmasının yapılmasına gerek olmadığına karar vermiş ve netice itibarıyla davada Saba Fakes' in Türkiye Hollanda arasındaki anlaşmaya dayanabileceğine karar vermiştir. ICSID içtihatlarından anlaşıldığına göre, davacının birden çok akit devlet vatandaşlığına sahip olduğu durumlarda,-davacının ev sahibi devletin vatandaşlığını taşıması şartıyla –mahkemenin yetkisi için davacının gerçek vatandaşlığı üzerinde durulmayacak, akit devletlerden biri ile vatandaşlık bağının bulunması yeterli sayılacaktır. (Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 456.)

⁸⁹ Autopista Consesionada de Venezuela, C.A v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No.ARB/00/5),ICSID Review –FILJ,16,2001 Decision on Jurisdiction of 27 September 2001, par. 107.

⁹⁰ IBRD, Report of the Executive Directors on the Convention on The Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States, New Jersey, The Lawbook Exchange 2003, par. 30.

⁹¹ Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Yayın, s.158.

davranışlarından sorumludurlar. Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu devletlerin uluslararası hukuk sorumluklarını şu şekilde belirtmiştir⁹².

“1.Yasama, yürütme ya da yargı ne şekilde olursa olsun bir devlet hangi işi üstlenirse üstlensin, devlet içi ya da dışı örgütlenmesi ne olursa olsun ister Merkezi Hükümet isterse devletin herhangi bir organı olsun, bütün birimlerin devlet organlarının davranışları uluslararası hukuk çerçevesinde devletin davranışı olarak değerlendirilir.

“2. Bir organ, devletin yerel hukuku uyarınca bu statüye sahip herhangi bir kişi ya da kuruluştur.

ICSID’in yargılama yetkisini kullanmasının koşullarında biri de, tarafların rızalarının yazılı beyanıdır. Bu durumda ICSID tahkim yargılaması her şeyden önce bir serbest iradeye dayanmaktadır. Sözleşme’nin 25.maddesi, sadece tarafların Merkeze yazılı iradelerini bildirmelerini aramakta, bu yazılı iradenin ne şekilde oluşacağını tanımlamamaktadır⁹³. Buna göre, tarafların ICSID tahkimine başvurma iradelerinin, açık, karşılıklı ve yazılı olması Merkez’in yargılama yetkisinin doğması için yeterlidir⁹⁴.

Tarafların rızası, ICSID Tahkim Merkezi’nin yetkisini tesiste köşe taşı (corner stone) niteliğindedir.⁹⁵ Üye devletlerin bu konudaki hassasiyetleri konvansiyonun başlangıç bölümünde vurgulanmıştır. Konvansiyonun onaylanmış olması tek başına ihtilafı ICSID Tahkim Merkezi’nde gördürme yükümlülüğü doğurmaz. Konvansiyonun hazırlayıcıları, konvansiyona katılımın bu tür bir yükümlülük doğuracağı şeklindeki yorumların yapılması ihtimalini önceden gördükleri için böyle bir düzenlemeyi başlangıç bölümüne koymayı

⁹² www.legal.un.org/ilc/texts/instruments, 28 Ağustos 2014

⁹³ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 49.

⁹⁴ Piero Bernardini, “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs” in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner, Paris, 2005, s. 89-108.

⁹⁵ Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States 136(1972) Recueil des Cours, s. 340.

uygun görmüşlerdir⁹⁶. Konvansiyona üye olan her devlet, ICSID mekanizmasını kullanacağını ifade etmiş olur. Ancak, tahkime gitme, ilgili devletin uyuşmazlığı veya uyuşmazlıkları ICSID Tahkimine götürme konusundaki yazılı beyanlarından sonra ortaya çıkar.

Bu rızanın beyanı serbest iradeye dayanması sebebiyle tahkimin işleyebilmesi ve bir çözüm üretilebilmesi açısından taraflar üzerinde bağlayıcılık arz eder.

Aslında Merkez'in yargılama yetkisi zamandan ve masraftan tasarruf etmek için çok akılcı bir biçimde konu ve taraflar bakımından sınırlandırılmıştır.

2.1.Tahkime Elverişlilik

“Tahkime elverişlilik kavramı, hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile hallinin mümkün olduğunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır”⁹⁷. Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin geçerlilik şartları arasında yer alır ve bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine elverişli olup olmadığı ifade etmek için kullanılır⁹⁸.

Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarından, tahkime elverişlilik kavramı (Schiedsfahigkeit) objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olmak üzere ikiye ayrılır⁹⁹. Objektif tahkime elverişlilik şartı, belirli bazı uyuşmazlıklar ile ilgili olarak tahkime başvurulamaması ile doğrudan ilgilidir¹⁰⁰. Türkiye’de HMK’ nun 408. Maddesi gereğince; taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Aynı şekilde milletlerarası tahkim kanunu amaç ve kapsam başlıklı 1. Maddede yer alan Türkiye’ de bulunan

⁹⁶ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, Beta, s. 31.

⁹⁷ Kalpsüz, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, s. 143.

⁹⁸ Deren Yıldırım, N. Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul,2004,s,26, Deren-Yıldırım, N Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr, Yavuz Alagonya için Armağan, İstanbul, 2007, s.50.

⁹⁹ DEMİR-Egemen, I, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 s. 28.

¹⁰⁰ Deren, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları,,s,27 , Deren,Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik, s. 52.

taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar hakkında, tahkim yoluna başvurulamayacağına dair hüküm bir objektif tahkime elverişlilik şartıdır¹⁰¹. ICSID Konvansiyonu'na bakıldığı zaman yukarıdaki kanun hükümlerine takiben, Türkiye Cumhuriyeti ICSID Konvansiyonu'nu "Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID' e götürülememesi" tahkime elverişlilik şartını ekleyerek imzaladığı görülmektedir.

2.2.Tahkim Sözleşmesi veya Şartı

Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli HMK' nın 412. Maddesinde düzenlenmiştir ve MTK' nın 4. Maddesi ile aynı içeriğe sahiptir. Bu tanıma göre; tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır. Bu sözleşme uyuşmazlık çıkmadan önce veyahut uyuşmazlık çıktıktan sonra düzenlenebilir. Tahkim sözleşmesi, genellikle sözleşmenin bir hükmü şeklinde tahkim şartı olarak düzenlenmektedir, ancak taraflar, asıl sözleşmeden ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapabilirler¹⁰².

Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bu bağımsızlığı vurgulamak için HMK' nın 412. maddesinin (4). Fıkrasında, tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulmaması hükmüne yer verilmiştir.

Tahkim sözleşmesi bağımsızlık ilkesini ele alındığında; hakemlerin yetkisine itiraz meselesi daha kolay anlaşılabilir, hakemler yetkilerin olup olmadığına karar verirlerken, taraflar arasındaki sözleşmede var olan tahkim kaydına ya da ayrı düzenlenmiş olan tahkim sözleşmesine bakacaklardır. Tahkim şartı asıl sözleşmesinin bir maddesini oluştursa da, aslında, taraflar arasındaki tahkim

¹⁰¹ Egemen, I, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, s. 28.

¹⁰² Görgün, Medeni Usul Hukuku, s. 495.

anlaşması ve asıl sözleşme birbirlerinden düzenleniş biçimi amaç ve görev olarak farklıdır.

Alangoya, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bir sözleşmenin hukuki niteliği belirlenirken bakılması gereken, sözleşmeyi oluşturan taraf iradelerindeki istenen hukuki tesirin hangi hukuk alanında ortaya çıktığıdır. Ancak tayin edici niteliğinden bahsedilen bu tesirin doğrudan doğruya bir tesir olması gerekir. Örneğin, ifa yeri hakkında yapılan sözleşme, HMK. md.10 gereğince bir paralel hüküm olarak yetkili mahkemeyi de ortaya çıkarır. Oysaki ifa yeri hakkında yapılan bu sözleşmeyi bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelenmek mümkün değildir¹⁰³.

Kısacası, asıl sözleşmenin varlığı ile tahkim sözleşmesinin varlığı ayrı değerlendirilmelidir. Bundan dolayıdır ki tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk mu yoksa bir şekil hukuku sözleşmesi mi olduğunun bir önemi yoktur, çünkü asıl sözleşme ile tahkim anlaşması tabiatları gereği birbirlerinden farklı olduklarından dolayı, gerek sözleşme gerekse tahkim anlaşması kendiliklerinden birbirlerinin akıbetini oluşturmazlar.

Uluslararası ticari hakemliğe ilişkin 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesine göre taraflar ayrı bir tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi, aralarındaki esas sözleşmeye bir tahkim şartı da koyabilirler¹⁰⁴.

UNCITRAL tahkim kuralları da, taraflar arasındaki yazılı tahkim sözleşmesini işaret etmiştir.(UNCITRAL,m.1/1). Ayrıca tahkim sözleşmesinin içeriğinden tahkime başvuru iradesinin açıkça anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁵.

Uluslararası nitelikli bir yatırım uyuşmazlığının ICSID tahkimi yoluyla çözülebilmesi için taraflar arasında bu konuda yapılmış yazılı bir tahkim

¹⁰³ Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1973, s. 40.

¹⁰⁴ Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, s.16.

¹⁰⁵ Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim, s. 44.

sözleşmesi bulunması gerekir. Çünkü bu şart, ICSID tahkim prosedürünün başlayabilmesi için zorunlu bir şattır¹⁰⁶.

Tahkim sözleşmesi taraflar açısından kanun hükmündedir ve bütün ihtilaflar buna göre çözülür, bu yüzden çok dikkatle hazırlanması gerekir.

2.2.1.Tahkim Yeri

ICSID sözleşmesinin 63. maddesine göre; taraflar tahkim yeri seçme hususunda serbest değildirler. Ancak, taraflar tahkim yeri seçme konusunda kendi aralarında anlaşmış iseler, hakem heyetince onaylanmak şartıyla merkezin anlaşma yaptığı başka bir resmi ya da özel herhangi bir kuruluştta veya daimi hakemlik divanında yürütülebilir. Eğer taraflar aralarında tahkim yeri konusunda bir karara varamamış iseler, tahkim; Merkez'de (Washington) görülür. ICSID tahkiminde, tahkim yeri tespiti hususunda Milletlerarası diğer tahkim kurallarına göre daha az serbesti vardır.

Bu durumda, özellikle tahkim prosedürünün Merkez'de yapılmasının amaçlanması ve sözleşmenin tahkim yeri seçimi konusunda kurallar belirtmesi, ayrıca, yatırımların çoğunun dünya bankasının garantörlüğünde gerçekleşmesi gibi uygulamalar, uyuşmazlıkların çözümünün Dünya Bankasının amacına göre yapıldığı kanaatini doğurmaktadır.

Tahkim yerinin, tarafların her ikisinin de ulaşmasında büyük çaba sarf ederek ulaşabileceği bir yer olmaması gerekmektedir.¹⁰⁷

2.2.2.Tahkim Dili

ICSID Tahkimi'nin resmi dilleri İspanyolca, Fransızca ve İngilizcedir. Tarafların anlaşmış oldukları dillerde yargılamanın olabilmesi için tahkim mahkemesinin Genel Sekretere danışarak onay vermesi gerekir. Tarafların kendi aralarında

¹⁰⁶ Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, s. 161.

¹⁰⁷ Yavuz Kaplan: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, Seçki Basımevi, s.138.

anlaştıkları özel herhangi bir dil tercihleri yok ise ICSID Sözleşme' sinin resmi dillerinden birini seçmek zorundadırlar.

2.2.3. Tahkim Süresi

Hakem heyeti, yargılama sürecinde, gerektiğinde belirli tarihler saptayarak yargılanmanın tamamlanması için belli süreler belirler. Bu süreler gerektiğinde heyet tarafından uzatılabilir. Ayrıca heyet bu yetkisini Başkan'a verebilir. Heyet toplantıda değilse, yetki Başkanındır.

Belirlenen sürelerden sonra, tarafların yaptıkları faaliyetler karşı tarafın görüşü alınarak ve heyetin özel durumları ve ortamı göz önünde bulundurularak aksi bir durum kararlaştırmadıkça süre tamamlandıktan sonra yapılan şeyler işleme alınmaz.(ICSID, Tahkim Kuralları,m.26)

Süre limitleri, Genel Sekreterin ilgililere bildirdiği tarihten ve limitlerin ilanını izleyen günden itibaren hesabı yapılır. Bu hesaba bildirilen gün ve ilan günü katılmaz.

2.2.4. Tahkim Masrafları

ICSID tahkimin kullanımından doğan masraflar, İdari Yönetim tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde Genel Sekreterce saptanır ve taraflara iletilir (ICSID,m.59).

Sözleşme kurallarına göre hakemlerin ücret ve masrafları yargılama başlamadan önce ya da yargılama sırasında avans olarak Merkez'e ödenmesi gerekmektedir. Gereken avans tedarik edilmediği takdirde Merkez yargılamaya ilişkin herhangi bir hizmette bulunamaz ya da hizmette bulunacak olanların ücretlerini Merkez tarafından karşılanamaz.

Merkez tarafından istenen avansın ödeme süresi 30 gündür. Ödeme yapılmadığı tespit edilirse, Genel Sekreter taraflara durumu bildirerek 15 günlük

ek süre tanır. Bu süre zarfında ödeme gerçekleşmezse yargılama durur ve yargılamanın 6 ay durması demek yargılamanın sona ermesi demektir. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.14).

Tahkim Talebi Ücreti;

Taraflar ortaklaşa ya da tek başlarına tahkim talep ettiklerinde ödedikleri ücret 7000 Amerikan Dolarıdır. Genel Sekreter bu ücreti tahkimin belli süreleri için belirler, bu ücret taraflara geri ödenmez.

Hakemlerin Ücret Ve Giderleri;

Tahkim heyeti ücretleri, gündelik seyahat ve diğer giderler, ICSID sözleşmesine uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Bu mutabakat zaptının amacı, bu giderlerin, ödemelerin ve ücretlendirmelerin nasıl hesaplandığını göstermektir.

Ücretler;

Hakemler, oturumlara katıldıkları günler için ve yargılama sürecindeki diğer çalışmalara katıldıkları sürece günlük 8 saat üzerinden hesaplanarak ücretlendirilirler.

Oturumlar nedeniyle ödenecek ücretlere, bu oturumlara gidiş-dönüş günleri de dâhil edilerek hesaplanır. Diğer tahkim çalışmalarında ise 8 saatin altında kalan zamanlarda, normal ücretin 1/8 oranında hesaplanır.

Hakem ücretlerinin normal oturumlara katıldığı ve diğer günlük 8 saatlik çalışma için 2000 Amerikan Dolarıdır. Hakem heyetinin daha yüksek bir miktar belirlememesi durumunda geçerlidir.

Gündelikler;

Hakemler ikametgâh ettikleri yerin dışına çıktıkları zaman, yaptıkları masraflar ICSID tarafından ödenir. Bu ödemeler, yemek, kişisel haberleşme, otel hizmetleri, özel harcamalar ve diğerleri gibi adlandırılabilir.

Standart ve özel gündelik giderler;

Normal gündelik ücret 115 Amerikan Dolarıdır. Gittiği şehre göre bu miktar 135, 170 ve 185 Amerikan Doları olarak ücretlendirilebilir.

Tam Gündelik Ve Karışık Giderler;

Karışık oran, hakemler yargılama süreci boyunca, gittikleri şehirde kaldıkları oteldeki gece başına, tam gündelik alıp masraflarını karşılayabilirler ya da oteli faturasını bildirerek %50'lik bir oran üzerinden, diğer kişisel masraflar ve otel ödemeleri için ödenek alırlar.

Günlük Yolculuklarda Gündelik Giderler;

Günlük yolculuklar, havayolu, demiryolu ve toplu taşıma araçlarını kullandıklarında, yolculuk başına standart gündelik miktarın yarısını alırlar.

Yolculuk Giderleri;

Hakemler, gidiş dönüş esnasında kullandıkları taksi ücretleri, hamaliye, bahşiş, vergiler ve diğer giderleri belgelendirmek suretiyle tahsil edebilirler.

Yolculuklarda Sınıf;

Hakemler havayolu ve karayoluyla yolculuk yaparlarken standart ekonomik sınıfın bir üst sınıfında yolculuk yapma hakları vardır. Business class sınıfında uçabilirler. Bu uçuşun biletini ibraz ettiklerinde, bu gider hakemlere geri ödenmek zorundadır.

Ülke İçi ve Şehir İçi Ulaşım;

Hakemlere şehir içi ulaşımda taksi ücretleri ödenir fakat taksi olmayan durumlarda hakemler araç kiralayabilirler, eğer bu yolculuk hakemlerin şahsi aracıyla yapılmış ise kilometre başına 0.20 Amerikan doları ücret ödenir.

Diğer Geri Ödenebilir Giderler;

Hakemler tüm bu giderlerin dışında yargılama süreci için doğrudan yaptıkları kırtasiye ve iletişim gibi diğer giderlerin kendilerine geri ödenmesini talep edebilirler.

Geri Ödeme Talebi ve Ödemeler;

Bütün giderler için hakemler yaptıkları masraflara ait makbuzları ve kanıtları Sekretarya' ya sunarak talep edebilirler. Sekretarya talebi onaylar ve tahkim yargılama maliyet sürecini yöneten Dünya Bankası'na gönderir. Dünya Bankası hakemin istediği şekilde ödemesini yapar.

Yönetsel Giderler;

Yönetsel giderler, Genel Sekreterlik tarafından belli zamanlarda tespit edilerek avans olarak taraflardan, tahkim heyeti teşkil etmek, diğer harcamalar ve tahkim davalarındaki giderler için kullanmak amacıyla 3000 Amerikan Doları tahsil edilir.

Özel Hizmet Giderleri;

Özel hizmet giderleri Dünya Bankası tarafından belirlenen kurallara göre, tarafların ICSID' den istediği yargılama sürecine ait birtakım(çeviri, fotokopi) özel hizmet giderlerdir ve bu giderler taraflardan tahsil edilir.

Hakem Tayini Nedeniyle Yapılan Ödemeler;

Taraflardan birisi ICSID Genel Sekreterliği'nden hakem tayini ya da hakemler hakkındaki şüphelerini gidermek amacıyla müracaatta bulunursa 3500 Amerikan Doları ödeme yapması gerekir.

2.3. ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk

ICSID sözleşmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek hukuk kuralları bulunmamaktadır. ICSID Sözleşmesi sadece uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir yol çizmiş ve sözleşmesinin 42. maddesinde uyuşmazlığın çözümü için nasıl bir hukuk uygulanacağını belirtmiştir. Maddeye göre;

Hakem Heyeti, tarafların seçtiği hukuk kuralları çerçevesinde uyuşmazlığı çözer. Taraflar herhangi bir hukuk seçiminde bulunmamış iseler, uyuşmazlığa taraf olan devletin hukukunu ve ilgili milletlerarası hukuk kurallarını uygular. Hakem Heyeti, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirsizliği ya da boşluğu sebebiyle, uyuşmazlığın çözümünü sonuçlandırmayabilir. Taraflar anlaşmışlarsa eğer, mahkemenin hakkaniyet kurallarına göre karar vermesine, , paragraf 1 ve 2'deki hükümler engel olamaz.

Sözleşmenin 42. maddesi taraflara kesin olarak irade serbestisini tanımıştır. Bununla birlikte tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda dahi başka bir yöntemle hukuk seçiminin yapılabilmesi için düzenlemelerin oluşu, ICSID tahkiminin esasa uygulanacak hukuk konusunda her durumda işleyen bir mekanizma öngördüğünün göstergesidir. Bu mekanizma, esneklik ve kesinliğin harmanlandığı bir yapıya sahiptir¹⁰⁸. Esneklik, taraflara uygulanacak hukuku belirlemeleri açısından verilmiş olan irade serbestisi sayesinde sağlanmaktadır¹⁰⁹. Kesinlik ise, tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmamış oldukları durumda bile esasa uygulanacak hukukun

¹⁰⁸ Neva Övünç Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2006, s. 21.

¹⁰⁹ Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 21.

belirlenebilmesinin (ev sahibi devletin hukukun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uyumsuzluğun çözümüne uygulanması) mümkün olması sayesinde sağlanmaktadır¹¹⁰.

ICSID sözleşmesine göre, tarafların bir hukuk seçimi yapmaları herhangi bir zaman kısıtlamasına tabi değildir. Zira taraflar, yatırım anlaşması yapıldıktan ve hatta uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra dahi geçerli bir hukuk seçimi yapabilirler¹¹¹.

ICSID tahkiminde esasa uygulanacak hukuk, davanın en önemli noktasını teşkil eder. Çünkü tarafların arasındaki sözleşmelerin hukuki boyutları ve onların taraflara getirdikleri hak ve borçlar, seçilen esasa uygulanacak hukukun kuralları üzerinde neticeye bağlanacaktır. Bu bağlamda davanın yönünü seçilen hukuk belirlemektedir.

2.3.1. ICSID Tahkiminde İrade Serbestisi

Uluslararası Özel Hukuk'ta irade serbestisi, tarafların aralarında yapmış oldukları ve borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesini belirli bir hukuka bağlı kılabilme yetkisini gösterir¹¹². Bu ilke, gerek taraf iradesine tanıdığı önem ve gerek sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözümünde sağladığı öngörülebilirlik ve kolaylık açısından tüm ülkelerde ve özellikle uluslararası sözleşmelerde genel kabul görmüş ve artık âkitler alanında hukuk sistemlerinin ortak özelliği olmuştur¹¹³.

¹¹⁰ Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 21.

¹¹¹ SHIHATA I.-PARRA A.R.: "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", ICSID Rev. FILJ, C.9(1994), No:2, s.183-213.

¹¹² Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (Esasa Uygulanacak Hukuk) s. 104

¹¹³ Bilgin TİRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara İlişkin Uluslararası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Satım Akitleri), s. 20.

İrade serbestîsi kapsamında, taraflar istedikleri hukuku seçmektedirler. ICSID sözleşmesinin 42. maddesinde açıkça ifade edilen ibareye göre “uyuşmazlık taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre çözülecektir” denmektedir.

Hakem heyetinin öncelikli amacı tarafların hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarına, eğer bir hukuk seçimi yapmış iseler hangi hukuku seçmiş olduklarını tespit etmektir. İrade serbestîsi ilkesine dayanılarak kastedilen hukuk seçimi; taraflar bir devlet hukuk sistemini seçebilecekleri gibi, bazen de hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk, uluslararası ticaret hukuku(örneğin lex mercatoria), veya arabuluculuk, farklı hukuk kuralları veya sistemleri anlaşılabilir¹¹⁴. SPP-Mısır davasına konu olan kira sözleşmesine İngiliz hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi, yani tarafların kendi milli hukuklarının dışında üçüncü bir devlet hukukunu seçmeleri farklı hukuk sistemlerini de tercih edebileceklerini gösterir¹¹⁵.

Doktrindeki bazı görüşlerin İrade serbestîsi ilkesinin yabancı yatırımcının aleyhine olabileceği hususunda endişeleri vardır. İrade serbestîsi ilkesinden dolayı taraflarca seçilen hukukun uygulanması tarafları kanunları uygulayıcı değil, kanun koyucu niteliğinde hareket etmelerine sebep olabileceğinden, hiçbir uyuşmazlığın çözümünün ya da kurumunun milli yargı organlarından ve de kanun koyuculardan üstün olamayacaklarından ötürü tasvip etmezler.

İrade serbestîsi ilkesinin başka endişelenilecek bir boyutu da bu ilke sayesinde yapılan bir hukuk seçiminde bilinmeyen herhangi bir yerel hukuk hükmünün ortaya çıkmasıdır. Fakat günümüzde irade serbestîsi ilkesinin hemen hemen bütün özel hukuk alanlarında kabul görmesinden ve en önemlisi de ulusal ve uluslararası bütün hukuk sistemlerinin ortak özellik niteliği taşımasından dolayı bu endişenin yersiz olduğu ispatlanmıştır.

¹¹⁴ Julian, D. Lew; Loukas, A. Mistelis; Stephan, Kröll: Comparative International Arbitration, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 417-418.

¹¹⁵ In SPP v Arab Republic of Egypt (ICSID Case No:ARB/84/3).ICSID review –*FILJ*,8,1993 , Award and Dissenting Opinion of 20 May 1992, par, 225.

İrade serbestîsi ilkesine yapılan diğerk bir itiraz da tarafların bu ilkeyi kullanarak hukuk seçimi sebebiyle güçlü tarafın güçsüz tarafı davanın seyrini kendi lehine çevirmesidir.¹¹⁶ Yani teknoloji, finansman ve bilgi olarak gelişmiş ölkelerdeki yatırımcılar yatırım yaptıkları az gelişmiş ölkelere kendi menfaatlerini koruyacak şekilde bir hukuk seçmeleri konusunda zorlama yapabilirler. Özel hukuk açısından bakıldığında bu itiraz haklı sayılabilir. Fakat uluslararası alanda güçsüz olan tarafı korumak için düzenlemeler vardır.

İrade serbestîsi, taraflara sağladığı faydaların yanı sıra hâkim ve hakemlere de uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken büyük kolaylık sağlamaktadır.¹¹⁷

2.3.2. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte Uygulanması

ICSID Sözleşmesi'nin 42/1. maddesine göre taraflar esasa uygulanacak herhangi bir hukuk seçiminde bulunmamışlarsa eğer anlaşmazlığa taraf olan akit ölkenin hukuku (kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil), ona uygun uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte uygulanacaktır.

ICSID sözleşmesini kabul eden ya da uyuşmazlığı bu tahkimle çözmeye karar veren taraflar, herhangi bir hukuk seçiminde bulunmadıklarında, ev sahibi devlet hukukunun uygulanacağını bilirler. Sözleşme böyle bir durumda yatırım uyuşmazlığını doğrudan ev sahibi hukukuna teslim etmemiş ve uluslararası hukuku kurallarının denetimini de getirmiştir¹¹⁸.

Burada ise, ev sahibi devlet hukukuna sınırlama getirecek olan milletlerarası hukukun ne olduğu ve nereden ve nasıl tespit olunacağı sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, söz konusu anlaşma hükümlerine göre, karar vermek durumundaki hakemler, milletlerarası hukukun tespitinde BM Adalet

¹¹⁶ Şanlı, Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 113.

¹¹⁷ Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 21.

¹¹⁸ Zenginkuzucu, Dikran M.: Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s.120.

Divanı statüsü' nün 38. maddesin de yer alan kaynaklardan istifade edecektir. Buna göre hakemler, 38. maddede sayılan; özellikle “iyi niyet”(bono fides), “ahde vefa” (pacta sund servanda), “kazanılmış haklara saygı”, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “ verilen zararın tazmini” gibi “medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini ve milletlerarası ticaretin maddi normlarını teşkil eden ticari örf, adet ve teamülleri uygulayacaklardır.¹¹⁹ Bir başka deyişle, ihtilafın esasına uygulanacak olan ilişkiye taraf devletin hukuku, Divan Statüsü' nün 38.maddesinde Milletlerarası Hukukun kaynakları olarak belirtilen prensiplere aykırı düştüğü ölçüde uygulanmayacaktır¹²⁰.

Genellikle milletlerarası anlaşmalar taraf devletin, kamu menfaatleriyle, yeraltı ve yerüstü zenginlikleriyle, kalkınmasıyla, bağımsızlığıyla yakından ilgilidir. Bundan dolayıdır ki ev sahibi devlet hukukunun kurallarına göre yargılama olduğunda yabancı yatırımcı için büyük bir güvensizlik ve endişe yaratacağı ortadadır. Çünkü herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığında ev sahibi devlet hukukunu uygulamak doğrudan ortaya çıkacaktır ve bu hukuku uygulamak ya da uygulamamak tamamen ev sahibi devletin yetkisinde kalacaktır, bu durumu önlemek için sözleşme uluslararası hukuku da devrede bırakarak, mahalli hukukların istikrarsızlık ve uluslararası hukuka aykırılık göstermesine izin verilmemiştir. Bu kurala en güzel örnek, Santa Elena-Kosta Rika davasıdır¹²¹.

Compania del Desarello de Santa Elena, Kosta Rikalı bir şirkettir fakat ortaklarının çoğunluğu Amerikan vatandaşıdır. Santa Elena, deniz kenarında bir turizm işletmesi için Kosta Rika ile sözleşme imzalamıştır. Bölge halkı bu yatırıma karşı çıkmıştır. Kosta Rika makamları turizm işletmesinin yanındaki parkın genişletilmesini bahane ederek yatırımı durdurmuş ve Kosta Rika, Santa Elena'nın mallarını kamulaştırmıştır. Kamulaştırma bedeli olarak da belli bir miktar ücret teklif etmiş Santa Elena ise bu tazminatı az bulmuş ve daha

¹¹⁹ Şanlı, Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk) s. 286.

¹²⁰ Şanlı, Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk) s. 286.

¹²¹ Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v The Republic of Costa Rica (ICSID caseno. ARB/96/1), ICSID Review – FILJ, 15, 2000, Award of 17 February 2000; and Rectification of Award of 8 June 2000, par. 64-65.

yükseğini talep etmiştir bu sebepten dolayı aralarında uyuşmazlık ortaya çıkmıştır.

Bu davada, taraflar uygulanacak hukuku seçmedikleri için mahkeme, Kosta Rika hukukunun kamulaştırma ve varlıkların değerlemesiyle ilgili hükümlerinin uluslararası hukukla çelişmediğini, iki hukuk arasında uygunluk olmadığına bile uluslararası hukukun geçerli olacağını ifade etmiştir. Kararın neticesinde ICSID Sözleşmesi'nin 42/1 maddesine göre bu davanın uluslararası hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Uluslararası ikili yatırım sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk konusunda mahkeme ev sahibi ülkenin yasal hukuku ile uluslararası hukuku birleştirerek de yargılama yapabilir. Goetz-Burundi davası buna güzel bir örnektir¹²².

Belçika uyruklu Goetz ve beş ortağı Burundi serbest bölgesinde, 1995 yılında, serbest bölge sertifikası alarak maden işletmesi ve ticareti yapmaktadırlar. Burundi Serbest Bölge rejimi, yabancı yatırımcılardan gümrük ve vergi alınmama istisnası sağlamaktadır. Fakat Burundi iki yıl gibi bir süreden sonra bütün maden işletmelerinin, bundan sonra serbest bölge hükümlerinden yararlanamayacaklarını açıklamış ve sertifikalarını iptal etmiştir.

Goetz, Belçika/Lüksemburg ekonomik birliği ile Burundi arasındaki ikili yatırım anlaşmasında var olan ICSID tahkim anlaşmasına istinaden Burundi'ye tazminat davası açar. Bu davada mahkeme şu kararı vermiştir:

“İlk olarak Burundi yasaları kabul edildiğinden, mahkeme şüphesiz Burundi yasalarını uygulamak zorundadır. Uluslararası hukukun uygulanması ise iki sebepten dolayı icap eder, birincisi davalının mahkemeye verdiği ifadeye göre Burundi yasaları uluslararası hukuk ile bağlantılıdır ve bu şekilde uluslararası yasa uygulanabilir. İkincisi, Burundi yatırımların korunması için sözleşmeyle kendi rızasıyla kabul ettiği uluslararası sorumlulukları ile yükümlüdür”.

¹²² Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3) ICSID Review –FILJ (2000) 15 (2): 454-456

Burada mahkeme önce olayı Burundi yasalarına göre değerlendirdi ve söz konusu eylemin yasal olduğu kararına vardı. Mahkeme daha sonra da konuyu ikili yatırım sözleşmesi kurallarına göre inceledi ve bu incelemeler neticesinde Burundi'yi İYS anlaşmasındaki hükümlere aykırılıktan dolayı Goetz'e tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

Anlaşmanın 42. maddesi ile ilgili en sağlıklı yorum; ihtilafa taraf devletin her zaman, egemenlik yetkisine dayanılarak sözleşmelerin hukuki rejimini de etkileyecek hukuki tasarruflarda bulunabileceğini; ancak dava anında ihtilafın esasına uygulanacak olan taraf devlet hukukundaki bu tasarrufların, milletlerarası hukuka aykırı olduğu ölçüde ihtilafın karara bağlanmasında dikkate alınmayacağı şeklinde olabilir¹²³.

2.3.3. Hukuki Boşluğun Doldurulması (Non - Liqueur Yasağı)

Ev sahibi devletler ve yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarında ICSID tahkiminin 42/2. maddesine göre, hakem heyeti, uygulanacak hukukta boşluk olması veya uygulanan hukuk kurallarının uyuşmazlığın çözümünde yetersiz kalması nedeniyle, uyuşmazlığı çözümsüz bırakamaz. Bunun anlamı, uygulanacak hukukta herhangi bir düzenlemenin olmaması ya da hukukun belli bir konudaki sessizliği durumunda hakem heyetinin bu boşluk sebebiyle kararsız kalamayacağı ifade edilmiştir. Buna "non-liqueur yasağı" denir.

ICSID sözleşmesindeki non-liqueur yasağının kaynağı Uluslararası Hukuk Komisyonunun Tahkim Prosedürü 11. Maddesidir¹²⁴. Bu yasağın amacı, hukuki boşluk olduğunda ya da uygulanacak hukuk belirlenemediğinde bu durumları gerekçe olarak göstererek davanın çözümü için ret kararının verilmesinin önlenmesidir. Ancak, non liqueur yasağı, sadece karar verilmemesi durumunu

¹²³ Şanlı, Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 286.

¹²⁴ Yearbook of International Law Commission, C.II(1958), s.84. www.un.org/law/ilc.20_Mart 2015

değil, aynı zamanda, uyuşmazlıkla ilgili belirli hukuki sorunların cevaplanamaması durumunu da kapsamaktadır¹²⁵.

Hakem heyetinin amacı hukuki yetersizliğin meydana geldiği her durumda, her türlü boşluğu doldurmaktır. Heyetin, ICSID Sözleşmesinin 42. Maddesini takip etmesi durumunda hukuktaki boşluğun doldurulması öngörülmüş ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk seçiminin uygulanabilirliği mümkün kılınmıştır. Örneğin, öncelikle taraflar istedikleri hukuku seçme şansına sahiptirler, böyle bir seçim yapıldığı zaman ise hakem heyeti, ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uluslararası hukuku uygulayacaktır. Ayrıca, hakem heyeti, bununla birlikte bu boşlukları doldurmak amacıyla benzeri mahkeme kararlarını, çeşitli doktrin ve uygulama kodlarını da kullanabilecektir. Ancak, kaynakların boşluk doldurmada yetersiz kaldığı her durumda, uluslararası hukukun genel ilkelerinin yol gösterici olacağından şüphe yoktur¹²⁶.

2.3.4. Hakkaniyet İlkelerine Göre Karar Verme

Hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre hüküm vermek, yürürlükteki hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kurallar olmasına rağmen hakemlerin, uyuşmazlığı kendi adalet ve nasafet ölçülerine göre çözmeleri anlamına gelir¹²⁷. Buna “Ex aequo et bono” kararı denilir. Bu kararın doğması için iki türlü sebebin var olması gerekir. Birincisi, bir uyuşmazlıkta uygulanacak olan hukuk kuralının bu uyuşmazlık dâhilinde hiç de adil olmayan bir netice yaratacağı nedeniyle dikkate alınmaması, ikincisi, genel anlamda uyuşmazlığın çözümü için yeni standartlar ve kurallara ihtiyaç duyulduğu fakat bu çözüm için ihtiyaç duyulan standartların ve prensiplerin henüz hukuk kuralı niteliğinde olmamasıdır¹²⁸.

¹²⁵ Stone, J.: “Non-liquet and the Function of Law in the International Community, British Yearbook of Int'l Law, C.35 (1959), s.112-128.

¹²⁶ Schreuer, C.: Commentary on the ICSID Convention-Article 41-42-43-44, ICSID Rev., FILJ, C.12(1997), No.2 s. 298-501. (Commentary)

¹²⁷ M Balcı, İtilafların çözüm yolları ve tahkim, İstanbul,1999, s.218-219.

¹²⁸ Schreuer, C. “Decisions *ex aequo bono* by International Courts and Arbitral Tribunals, in International Arbitration”: Liber Amicorum for Martin Domke1967. (Decisions by International Courts)s,283, SCHREUER, C. Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention

Milletlerarası Tahkim Kanununun 'da, hakemlerin herhangi bir hukuk sisteminin kuralları ile bağılı olmaksızın ve tamamen hakkaniyet ve nasafet kurallarına dayanarak karar vermelerinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir¹²⁹. Ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları (md.13/4) ve ICC Tahkim Kuralları (md.33/2) gibi birçok tahkim kurumlarında da hak ve nefaset kuralları çerçevesinde karar verilebileceği kabul edilmektedir.

ICSID sözleşmesinin 42/2. maddesindeki hukuki boşluğun doldurulması hakkaniyet ilkelerine göre yapılamaz. Burada ki durum tarafların rızasıyla alınacak karar neticesinde, mahkeme heyetinin hakkaniyet kurallarını esas alarak davayı sonuçlandırmasıdır. ICSID Sözleşmesi'nin 43/3. maddesine göre ev sahibi devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, tarafların anlaşmış oldukları durumda mahkemenin hakkaniyet ilkelerine göre karar verebileceği belirtilmiştir.

Taraflar hakkaniyet ilkesine göre çözümlenmesini istediklerinde. ICSID tahkim sözleşmelerinin içerisinde, bu hükmü bulunduran şartın var olmasıdır. Eğer tahkim anlaşması değil de kendi aralarında ana sözleşme yapmış iseler, bu sözleşmede aralarındaki uyuşmazlığın hakkaniyet ilkelerine göre, hakemler tarafından çözümleneceğini belirtmeleri yeterlidir. Bu şekilde ICSID' de görülmüş olan dava Atlantic Triton Company ve People's Revolutionary Republic of Guinea davasıdır. Bu davada önceden şöyle bir hüküm bulunmaktadır ; "Anlaşmanın sağlanamaması durumunda, taraflar, uyuşmazlığın ICSID tahkimi Hakemlik süreçlerine göre ve Sözleşmenin

¹²⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, "hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılması şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir." Ancak belirtmek gerekir ki, hakemlerin maddi hukuk kuralları ile bağılı kalmaksızın ve hakkaniyet nasafet kurallarına göre karar verebilmesi için tarafların bu yetkiyi açıkça vermiş olması gerekir. Başka bir deyişle, taraflar arasında bir anlaşma olmadıkça, hakemler kendiliğinden maddi hukuk kuralları yerine hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar veremezler. Milletler arası Tahkim Kanunu'nun ifadesinde dikkati çeken bir başka nokta, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar verilebilmesi yolundaki taraf iradesinin açık şekilde yapılmasının gerektiğidir. Bu sebeple, tarafların farazi veya zımni iradelerinden hareketle hakkaniyet ve nefaset kurallarına göre karar verilmesi konusunda anlaşmış olduklarını iddia etmek mümkün değildir; bu konudaki anlaşmanın açık olması gerekmektedir.(Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 227.)

42(3).maddesi uyarınca ex aequo et bono çözümünü hüküm altına almışlardır¹³⁰.

Hakemlere böyle bir karar verme yetkisinin tanınmış olmasındaki amaç, karar verme yetkisine sahip makamların, maddi hukukun katılığında sıyrılıp, hakkaniyet, adalet ve nefaset kuralları çerçevesinde karar vermelerini sağlamaktır.

Taraflar, uyuşmazlıklarının hakkaniyet ve nefasete göre çözümünü istediklerinde, bunu mutlaka önceden yapacakları bir anlaşma ile hüküm altına almak zorunda değildirler¹³¹. Taraflar bu ilkeyi, yargılama başladıktan sonrada seçebilirler, ülkeler arasındaki ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde de uygulayabilirler

Buna örnek gösterilebilecek davalardan biriside AGIP Spa, Kongo Halk Cumhuriyeti davasıdır. Taraflar çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için ICSID Tahkimini kararlaştırmışlar, uygulanacak hukuk konusunda ise Kongo hukukunu gerektiğinde de uluslararası hukukun uygulanacağını belirtmişlerdir. Fakat daha sonra Kongo'nun hakkaniyet ilkesinin hakemlerce uygulanabileceğini önermiş olmasına rağmen karşı taraf olan AGIP, bunu kabul etmemiştir. Mahkeme daha önce seçilmiş olan hukuka göre karar vermiştir¹³².

Bu konudaki ikinci dava ise Benvenuti and Bonfant Srl ve Kongo Halk Cumhuriyeti davasıdır¹³³. Taraflar aralarındaki uyuşmazlıkların ICSID tahkiminde çözme konusunda anlaşmışlar ancak esasa uygulanacak hukuk konusunda seçimde bulunmamışlardır. Bu durumda ICSID Tahkimini

¹³⁰ Atlantik Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Ginea (ICSID Case No. ARB/84/1) ICSID reports 3.1995. Award of 21 April,1986, par.17

¹³¹ Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69.

¹³² AGIP S.p.A v. People's Republic of the Congo(ICSID Case No. ARB/77/1), ILM,21,1982, Award of 30 November 1979

¹³³ Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo (8.8.1980): ILM. vol. 21 (1982), s.740-746

seçmişlerse, elbette ki 42/1. madde geçerlidir. Yani ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uluslararası hukuk kuralları uygulanacaktır. Fakat taraflar hiçbir hukuk kuralında uzlaşmamışlar ve en sonunda hakem heyeti tarafların ortak rızası doğrultusunda kararını hakkaniyet ilkesine göre vermiştir.

Yatırım, uzun soluklu bir süreç olduğundan dolayı gerek, teknoloji gerek siyasi gerekse ekonomik anlamda her türlü değişime maruz kalabilir. Bu bağlamda yatırım da bulunan tarafların da her türlü hukuki değişime uğraması mümkündür. İşte tam bu noktada herhangi bir yatırım uyumsuzluğunun hakkaniyet kurallarına göre çözümü bu değişimlerden kaynaklanan sıkıntıların giderilmesi hususunda tatminkâr olacak ve hatta taraflar arasındaki işbirliğinin devamında da katkıda bulunacaktır.

3. BÖLÜM

ICSID TAHKİMİ SÖZLEŞMESİ VE HAKEM SEÇİMİ

3.1. Hakem Seçimi

ICC Dünya İş Hukuku Enstitüsü Başkanı Serge Lasareff, Cenevre Global Tahkim Forumunda "Tahkim, centilmenler arasındaki ihtilafın, centilmenlerce, centilmence çözüldüğü yoldur" demiştir. İyi bir tahkim yargılaması ancak iyi bir hakem mahkemesinin oluşturulması neticesinde, tarafsızca ve hakkaniyetle verilmiş bir hakem kararına bağlıdır. Adaleti sağlayacak olan iyi kararlar da ancak iyi hakemler tarafından verilir.

İyi bir hakem, tarafları dinlemeyi bilen, dinlediklerinden ihtilafın esasını anlayabilen ve anladığına yasal çözüm getirebilen ve yasal kanaatini gerek diğer hakeme, gerekse Hakem Mahkemesi Başkanına iyi anlatabilen ve onları kendi kanaati doğrultusunda ikna etmeyi bilen hakemdir¹³⁴.

¹³⁴ 1. Kendisini seçen tarafa temayülü olabilecek hakem seçilmemeli (Appearance of Bias) : Bir tarafın, kendisinin veya avukatının tanıdığı bir hakemi seçmesi, hakem tarafsız olabilecek vasıflara haiz olsa bile, seçim önyargı yaratacağından tedbirsizce bir seçim olacaktır. Örneğin, bir devlet kuruluşunun seçtiği hakemin, söz konusu kurum ile ya da hükümet ile bağlantısı olması diğer iki hakemin zihninde, bu hakemin tarafsızlığı hakkında şüphe uyandıracaktır. Bu hakemin, tahkim yargılaması sırasında, devlet kurumu lehinde yapacağı argümanlar, tarafsız olmadıkları önyargısı ile algılanacak ve diğer hakem ve Başkan üzerindeki etkilerini yitireceklerdir. 2. Kendisini seçen taraf "Sözcüsü" olan hakemin seçiminden kaçınılmalıdır: Bu durum "lastik mühür" (rubber stamp) tanımı ile tanınır, yani hakem aynen lastik bir mühür gibi, kendisini seçen tarafın iddia ve savunmalarını aynen tekrarlayan bir kişi izlenimi yaratacak biri olmamalıdır. Bu durum, son tahlilde kendini seçen tarafın kazanma şansını azaltacaktır. Zira Hakem Mahkemesi, üç kişilik bir Panel yerine, diğerlerinin güveninin kaybolması ile iki kişilik bir Panel'e dönüşebilecektir. 3. Motivasyonu olmayan ve çalışmayı sevmeyen hakem seçilmemeli: Yargılama ile ilgili hiçbir heyecanı ve motivasyonu olmayan hakemin seçimi de son derece tehlikelidir. Tahkim yargılaması, işbirliği ve konsensüs oluşturma yeteneği isteyen bir ekip işidir. Motivasyonu ve çalışma arzusu düşük hakem, diğer hakem ve Başkan ile iyi bir işbirliği sağlayamayacak ve tahkim yargılamasının dinamizminin ve kalitesinin bozulmasına sebep olabilecektir. Dikkatli ve gayretli bir şekilde doğruların üzerine giderek çalışan, mesleki ve kişisel yetilerini aktif tutan hakem, yargılamaya en fazla katkısı olan ve karar verme sürecini kolaylaştıran hakemdir. 4. Aşırı İş Yükü (over-worked) Olan Hakem Seçiminden Kaçınılmalı: Çalışmayı sevmeye hakem seçilmemeli dedikten sonra, bunun tam karşınının yani hakemin aşırı iş yükü olmasının da yargılama için tehlikeli olabileceğine değinmek gerekir. İş yükü altında ezilmiş hakem stres altında olacaktır. En doğru yasal çözümü bulma yetisi azalacak veya kanaatini diğer hakeme ve Başkana doğru iletmede ve onları ikna etmekte zorluk yaşayacaktır

ICSID Tahkim yargılamasında görev yapacak hakemler, ICSID Kuralları çerçevesinde oluşturulan ve 6 yıl için seçilmiş olan "Hakem Paneli Üyeleri" arasından hakem adayları, yüksek ahlak sahibi ve mesleki başarısını kanıtlamış ve bağımsız yargılama yapabileceğine güvenilen kişiler seçilirler. Türkiye 2011 yılında ICSID'e 4 hakem atamıştır.(Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, Assistant Professor of Law Kocaeli University. Dr. Mehmet KÖMÜRCÜ, Attorney.Prof. Dr. Cemal ŞANLI , Professor of Private International Law Istanbul University. Dr. İlhan YILMAZ, Adjunct Professor of Private International Law Galatasary University)Tahkim başvurusu ve kabulünden sonra, tahkim heyetinin oluşturulması safhası gelir, bu oluşturma ve yargının başlaması süreci Genel Sekreterliğin uyuşmazlık taraflarına hakemlerin seçilmelerini ve görevlerini kabul ettiklerini anlatan yazılı bildirimle olur.

Hakem heyeti, tek hakemden oluşabildiği gibi tarafların kendi aralarında anlaştıkları tek sayıdaki hakemlerden de oluşabilir. Bunun yanı sıra taraflar hakemlerin atanması ve sayısı konusunda herhangi bir anlaşma sağlayamamış iseler, hakemlik heyeti, taraflarca atanan birer hakemden ve de her iki tarafın ortak atadığı ve başkanlık yapacak üçüncü hakemden yani toplam üç kişilik bir heyetten oluşur. (ICSID,m.37/1-2)

ki bu durumun yargılamanın ahengini bozma riski yüksektir. 5. Tecrübeli ve Aydın bir Hakem seçilmeli: Uluslararası tahkimde tecrübesi olmayan hakemin seçilmesi, genelde tavsiye edilmeyen bir husustur. Tecrübeli hakem, hem hukuki bilgi donanımı olan, hem de yargılama sürecini iyi kullanmayı bilen aydın görüşlü kişidir. Tecrübeli hakem, yetkin ve etkin olabilen kişidir, kendi gerçeklerini hukukun gerçekleriyle yoğurarak, en tarafsız ve en adaletli kararın oluşturulmasını sağlayan kişidir. Ayrıca, günümüz hakeminin modern iletişim araçlarıyla çalışabilmesi de, tecrübesini en efektif ve en maksimum düzeyde kullanmasına yardımcı olacaktır.6. Hakem Mahkemesinin diğer üyelerinin genel yapı ve dünya görüşünden çok uzak ve aykırı (contrarian) bir hakem seçilmemeli: Yukarıda değinildiği gibi, tahkim aslında bir takım oyunudur. Bu takımın oyuncularını olan hakemler birbirleriyle ahenk içinde çalışabilecek, bir konsensüse varabilecek nitelikte olmalıdır. Tabii ki bu, hakemlerin her zaman aynı görüşü paylaşmaları gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak, farklı görüşte olsalar bile, birbirleriyle konuşabilen, birbirlerini anlayabilen hakemler birbirlerinin motivasyonu artırarak, en doğru ve en efektif kararın alınmasını sağlayacaklardır. (Nazan Candaner Elver, İstanbul Ticaret Odası, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları Semineri, Konu: Tahkim Sistemlerinde Hakemlerin Seçimi, Tayini ve Konuya İlişkin Güncel ve Somut Sorunlar, Yayın No:2004-16 s. 7, 67.)

Uyuşmazlık taraflarının tahkim talep kayıtlarının alındığı anda, taraflar arasında yukarıdaki yönde bir anlaşma yok ise ya da aksi bir duruma karar verilmedikçe hakem seçimi konusunda aşağıdaki usul uygulanmaktadır (ICSID. Tahkim Kuralları,m.2).

Tahkim isteğinde bulunan taraf, karşı tarafa tahkim talebinin kaydının alındığı tarihten itibaren 10 günlük süre zarfında, heyetin oluşturulması için tek hakem atmasının ya da tek sayıdan oluşan hakemlerin atanması ve bu hakemlerin atanma usulü hakkındaki görüşlerini ve teklifini iletmek zorundadır. Karşı taraf ise, bu teklifin eline ulaşmasından itibaren, bu teklifi onaylamalı ya da hakemlerin tayini ya da atanma yöntemleri hakkındaki kendi teklifini, 20 günlük süre zarfında bildirmek zorundadır.

Tarafların birbirlerine tekliflerini sunduktan sonra, tahkim talebinde bulunan taraf, karşı tarafın verdiği teklifi, teklif eline ulaştıktan itibaren 20 gün içerisinde teklifi onayladığını ya da reddettiğini bildirmek zorundadır. Bu süreç 60 gün içinde gerçekleşmek zorundadır.

Tahkim talebinin kayda alınmasından itibaren, taraflar arasında 60 gün içinde hakem atama yöntemi konusunda bir anlaşmaya varılmamış ise taraflardan biri Genel Sekretere, ICSID sözleşmesinin 37/2-b maddesinin hakem seçme yöntemini tercih ettiğini iletebilir. Genel Sekreter ise hakem heyeti oluşturulmasının söz konusu maddede öngörülen şekilde olacağı hususunda karşı tarafı bilgilendirmelidir. Taraflar ICSID sözleşmesinin 37/2-b maddesindeki hakem oluşturma metodunu seçtikleri zaman aşağıdaki usul uygulanır;(ICSID, Tahkim Kuralları,m.3)

Her bir taraf, karşı tarafla görüşerek iki isim bildirmek zorundadır, bu bildirilen hakemler kesinlikle her iki tarafın milliyetinden olamazlar. Bu hakemlerden birisini de heyet başkanı olarak karşı tarafa sunacak ve bu isim üzerinde anlaşmaya varmak için karşı tarafı hakem tayin etmeye davet edecektir. Bu daveti alan karşı taraf ise kendisinin belirlediği, tarafların milliyetinden olmayan iki ismi bildiren, heyet başkanı olarak sunulan hakemi kabul ettiğini ya da

reddettiğini ifade eden ya da kendi önerdiği heyet başkanı ismini de içeren cevabını ilk talepte bulunan tarafa bildirecektir. Bu teklifi alan taraf, teklifi kabul ettiğini ya da reddettiğini yazılı olarak karşı tarafa bildirecektir.

Tahkim heyeti, tahkim talebinin kaydan alınmasından itibaren 90 gün içinde oluşturulamazsa, İdari Yönetim Başkanı, taraflardan birinin isteği üzerine ve özellikle tarafların rızasına başvurarak atanamayan hakemleri atayacaktır. Bu usul ise şöyle gerçekleşir;

Tahkim isteğinin kayda alınmasına ilişkin bildirin taraplara ulaşmasından itibaren 90 gün içinde ya da tarafların anlaşmışları bir süre var ise o süre içerisinde hakem heyeti oluşturulamazsa, taraflar Genel Sekreter' e yazacakları bir dilekçe ile Başkandan tahkim için atanmamış hakem ya da hakemleri atamasını ve başkanlık yapacak hakemi de belirlemesini isteyebilirler. Ayrıca atanan hakemlerin bir başkan seçmeleri de istendiğinde ya da kararlaştırıldığında bu durum gerçekleşmez ise taraflar bunu idari yönetim başkanından da başkan seçmesi konusunda talepte bulunabilirler.

Başkandan istenilen bu talep, başkan tarafından 30 gün içinde, özellikle taraflara danışılarak ICSID Sözleşmesi'nin 38. ve 40. maddelerine uygun bir biçimde yapılmalıdır. Genel Sekreter yapılan her atamayı taraflara iletmek zorundadır. Başkan tarafından atanan hakemler, her iki tarafın vatandaşı olamazlar. Ayrıca bu uyuşmazlığın çözüm sürecinde daha önce arabulucu ya da hakem olarak çalışmış kişiler hakem heyetine seçilemez. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.1/4)

Genel Sekreter başkan tarafından atanan hakemlerin kendisine bildirilmesinden sonra atanan hakemin yetki belgesini almaya çalışır. Atanan hakemin 15 gün içinde yetkisini bildirmesi onaylaması gerekir, aksi takdirde Genel Sekreter bunu başkana ve taraflara ileterek yeni bir hakem atamalarını isteyebilir. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.5) Atanan hakemlerin bu yetkilerini onayladıkları tarihte hakem heyeti oluşturulmuş ve işlemler başlamış demektir. Burada işlemlerin

başlama sürecinden anlatılmak istenen, hakemlerin işlemlerde bulunma yetkilerinin doğmasıdır.

Bütün bu temaslar diğer usullerde olduğu gibi yazılı hale getirilmeli ve yazılı olarak belgelenmelidir. Ayrıca bütün yazışmalar ya Genel Sekreter aracılığıyla karşı tarafa yazılı olarak bildirilmeli ya da taraflar arasında kopya edilip Genel Sekretere gönderilmelidir

Kısacası, ICSID tahkiminde hakem seçme önceliği taraflara bırakılmış ve 3 hakemli bir sistem öngörülmüştür. Tarafların atadığı hakemlerin çoğunluğu bir tarafın vatandaşı olamayacağı gibi, Başkanın da atadığı hakemlerin hiçbirisi tarafların vatandaşlarından olamaz.(ICSID.m.40/1)

ICSID tahkiminde mahkemenin adil bir yargılama yapabilmesi için hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları konusunda titizlikle durulmuştur. Bundan dolayı seçilen her hakemin öncesinde veya en geç ilk oturumda aşağıdaki beyannameyi imzalamaları istenmiştir. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.6/2)

“Bildiğim kadarı ile... ve... arasındaki anlaşmazlığa göre uluslararası yatırım anlaşmazlığı çözüm merkezi tarafından kurulan hakem mahkemesinde görev almamam için herhangi bir sebep yoktur. Bu davaya katılmam sonucunda öğrendiğim tüm bilgileri ve komisyon tarafından düzenlenen raporların içeriğini gizli tutacağım. Taraflar arasındaki yatırım anlaşmazlığı çözüm anlaşmasında ve buna göre yapılan düzenleme ve kurallarda belirtildiği kaynaklar dışındaki hiçbir kaynağa ilişkin hiçbir bilgi ve ücreti kabul etmeyeceğim ve taraflar arasında eşit yargılama yapacağım. Taraflarla geçmişteki ve şuan ki profesyonel, iş, diğer ilişkilerim ve tarafın bağımsız yargı güvenilirliğini sorgulamasına neden olabilecek diğer durumlar ektedir. Bu bildirimimi imzalayarak dava sürecince oluşan durumları merkezin genel sekreterine bildirme

yükümlülüğünü kabul ediyorum.” Bu beyannameyi ilk oturumun sonuna kadar imzalamayan hakem istifa etmiş sayılır¹³⁵.

Kanaatimce yukarıdaki hakem heyeti seçme usulleri ICSID tahkiminin hakem ataması konusundaki taraf özerkliğini (self determination) ifade eder.

Bu tahkim usulleri ad hoc tahkimi şeklindedir. ICSID Tahkim Merkezi hakemlerin atanması konusunda bir tutarlılık oluşturmaya çalışmaktadır. Farklı tahkim heyetlerinin verdiği kararlar arasında güven sağlamak ve yeknesak bir içtihat hukuku (case law) tesis etmek amacıyla, Merkez, hakemlerin atanmasında tutarlılık (consistency) geliştirmeye çalışmaktadır. Şüphesiz bu çaba, homojenliğin ve tahmin edilebilir sonuçların üretilmesi açısından iyi bir politikadır.¹³⁶

3.2. Hakemin Reddi

ICSID Tahkim Kuralları da hakemlerin görevlerini kötüye kullanıp kullanmadıklarının incelenmesi için ICSID Genel Sekreterliğine taraflarca başvurulmasına olanak vermektedir¹³⁷.

Bir hakem, hakemlik vasfını kaybeder ya da hakemlik vazifesini yerine getiremeyecek duruma düşerse, hakemlerin yetkisinin elinden alınmasına uygun hüküm uygulanır. ICSID sözleşmesinde hakemlerin yetkilerinin elinden alınmaları şu şekilde düzenlenmiştir;(ICSID, Tahkim Kuralları,m.9)

Sözleşme'nin 57. Maddesine göre, yargılamanın sona ermesinin bildirilmesinden önce, bir hakemin, reddedilmesini isteyen herhangi bir taraf nedenleriyle birlikte Genel Sekretere sunar. Genel sekreter bu talebi Konsey

¹³⁵ Aron Broches, Arbitration under the ICSID Convention, International Centre for settlement of Investment Disputes Publications, Washington DC 1991, s.1-16. (Arbitration), s. 8.

¹³⁶ Giardina, Andrea,“ ICSID A Sel-contained Non-National Review System”, International Arbitration in the 21 st Century: Towards “ Judicialization and Uniformity” (Tweftth Sokol Colloqium) (Editors :R.Lillich and C.Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York,1993

¹³⁷ Güneş Okuyucu-Ergün, Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s.158.

Başkanına hakeme ve diğer tarafa iletir. Söz konusu hakem derhal Başkana ve Heyete konu ile ilgili açıklamada bulunur.

Reddedilme önerisi heyet üyelerinin çoğunluğuna dair değilse, diğer üyeler reddetme önerisi verilen hakem olmadığı zamanlarda değerlendirmelerini ve oylamalarını yaparlar. Oylar eşit çıktığında, başkana bir karara varamadıklarını bildirirler.

Bir hakemin yetkisinin elinden alınmasını kural olarak hakem heyetinin üyelerince karara bağlanır fakat oyların eşit olması ya da tek hakemin ve hakem heyetinin çoğunluğunun reddetme teklifinde bulunması halinde karar konsey başkanına aittir.

Konsey başkanı bir hakemin reddedilmesi önerisini aldıktan sonra 30 gün içinde karar vermek zorundadır. Bu reddetme teklifi hakkında karar verilene kadar yargılama geçici olarak durdurulur

3.3. Hakemin İstifası

Bir hakem, Genel Sekretere ve hakem heyetinin diğer üyelerine doğrudan dilekçesini vererek istifa edebilir. İstifasını veren hakem, taraflarca atanmış hakem ise hakem heyeti, hemen istifanın nedenlerini araştırır ve bu istifaya onay verip vermeyeceğini kararlaştırır, verilen kararı Genel Sekretere iletir.(ICSID, Tahkim Kuralları,m.8/2) Görüldüğü üzere istifanın onayına heyet üyeleri karar verir.

3.4. Hakemin Ölümü

Genel sekreter tarafları eğer gerekliyse, konsey başkanını hakemin ölümünden haberdar etmek zorundadır (ICSID, Tahkim Kuralları,m.10/1-2) yeni hakem seçilene kadar dava devam edecek ya da ertelenecektir.

3.5. Yeni Hakem Seçimi

ICSID Tahkimi'nde, Genel Sekreter herhangi bir hakemin reddedilmesi, istifası, çalışma vasfını kaybetmesi ve istifasının onaylanması Genel Sekreter tarafından taraflara ve Konsey Başkanına iletilir. Bir hakemin boşluğunun doldurulması alınacak olan hakemin de aynı usul ile ataması yapılarak mümkün olur.

Hakem heyetindeki boşluğun doldurulmasında Konsey Başkanına düşen görevler vardır (ICSID, Tahkim Kuralları,m.11) bunlar:

Başkan kendisi tarafından atanan hakem boşluklarını doldurmak zorundadır.

Herhangi bir tarafın atadığı hakemin istifasını, hakem heyetinin onay vermemesi halinde onun yerine hakemler panelinden bir atama yapar.

Tarafların isteği üzerine hakem heyetinde ortaya çıkan başka bir hakem boşluğunu doldurmak için 45 gün içinde yeni atama yapılmaz ve onaylanmazsa Konsey Başkanı hakemler Panelinden bir kişiyi atar.

Hakem boşluğu doldurulur doldurulmaz yargılama kaldığı yerden işlemeye devam eder. Bununla birlikte yeni gelen hakem kendinden önce başlamış olan duruşmanın tekrarlanmasını isteyebilir. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.12)

4. BÖLÜM

ICSID TAHKİMİNDE YARGILAMA

4.1. Tahkime Müracaat

ICSID Yasal Baş Danışmanı; Georges R. Dealume' nın belirttiği üzere; davalardaki ilave fedakârlıkları ve masrafları önleyebilmek için tarafların ICSID kural ve yönetmeliklere en üst düzeyde önem vermeleri gerekmektedir¹³⁸.

ICSID tahkim süreci tahkime müracaat ile başlar. ICSID tahkiminin uygulama bölümünde, bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine götürülebilmesinin şartlarını detaylandırmıştık¹³⁹. Söz konusu şartları karşılayan âkit devlet ya da bir âkit devlet vatandaşı yatırımcı, Merkez'de bulunan Genel Sekreter'e yazılı olarak hakemlik başvurusunu, Merkez'in resmi dillerinden (İngilizce, Fransızca, İspanyolca) birinde olmak koşuluyla yapabilir. Başvuruda mutlaka tarih ve başvuru sahibinin imzası olmalıdır (ICSID,m.28/1-2), (ICSID,m.36/1-2), (ICSID,TK m.1/1). Bir Tahkim başvurunun neleri kapsayacağı ICSID Tahkim Kuralları iki de belirtilmiştir.

- Tüm taraflar ve onların adresleri, kesin bir şekilde belirtilmelidir;
- Taraflardan biri, âkit devleti oluşturan alt birimlerden ya da temsilcilerden biri ise, bu birimlerin taraf Sözleşmesinin 25/1 maddesi uyarınca, Merkez' in hakemlik sürecine taraf olabileceği, ait olduğu âkit devlet tarafından kabul edilmiş olduğu gösterilmelidir;
- İhtilafın ICSID' e götürülmesine ilişkin rızanın tarihini ve bu rızanın kayıtlı olduğu belgeyi (eğer taraflardan biri bir âkit devletin alt organı ya da temsilcisi ise, söz konusu âkit devlet'in hakemliğe gidebileceğini gösteren

¹³⁸ From International Centre for Settlement of Investment Disputes, Vol.2,No.2.Summer.1985, Legal Rules Applied by ICSID Tribunals, s. 4.

<https://icsid.worldbank.org/ICSIDWEB/Documents/Summer.pdf>. erişim tarihi:10.02.2015)

¹³⁹ s. 39-43

belge gereklidir, şayet âkit devlet daha önce alt birim ya da organlarını ICSID Merkezi' ne bildirmiş ise bu şart aranmaz). Buradaki "rıza tarihi," taraflar, uyuşmazlıkları ICSID Tahkimine götürebileceklerini farklı tarihlerde bildirmişler ise son "rıza" tarihidir.

- Başvuru sahibinin gerçek kişi olması durumunda, başvuru talebinin yapıldığı, rıza tarihindeki vatandaşlığını ve başvurunun ya da onayın yapıldığı tarihte, uyuşmazlığın diğer tarafı olan âkit devlet vatandaşı olmadığını göstermelidir; eğer onay tarihinde uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşlığına sahip bir tüzel kişi söz konusu ise, söz konusu âkit devletin sözleşme kapsamında bu tüzel kişiliği, başka bir âkit devlet vatandaşı saydığına ilişkin kabul etmesini gösteren belge.
- Taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklandığını gösteren açıklamalara da yer verilmelidir.

Tahkime müracaat, bir orijinal ve beş imzalı nüsha şeklinde düzenlenir, fakat Genel Sekreter talep ederse daha fazla nüsha istenebilir. Genel sekreterlik bu dilekçenin bir örneğini karşı tarafa bildirir (ICSID,M.36/1).

Genel sekreter yapılan herhangi bir başvuru üzerine bir değerlendirme yapar ve eğer başvuruda yer alan bilgiler doğrultusunda dava konusu anlaşmazlık Merkez'in yargılama yetkisi içinde kalıyorsa kabul eder. Aksi halde yargı alanının dışında kaldığını düşünüyorsa başvuruyu reddeder. Genel Sekreter kayıt yaptığına ya da kaydı reddettiğine dair bilgilendirmeyi nedenleriyle birlikte derhal taraflara iletir (ICSID,M.36/3). Taraflar, başvuru talepleri kaydedilmeden önce başvurularından yazılı olarak vazgeçebilirler.

4.2. Tahkim Süresinin Başlaması

Tahkim işleyişi, Genel Sekreter'in başvuruyu kayda aldığı tarihten itibaren başlamış sayılır.(ICSID Kurum Kuralları m.6/2) Genel sekreter başvuruyu yapan tarafa talebin kendilerine ulaştığına dair bir mektup gönderir ve belirlenen ücretin ödenmesini bekler, ücret ödenmediği takdirde hiçbir işlem yapamaz.Genel Sekreter, talep için gereken ücret ödendiğinde, başvurunun bir

örneğini ve başvurudaki ekli belgeleri karşı tarafa iletir(ICSID Kurum Kuralları m.5/2).

Bu, karşı tarafa bildirim belgesinde kayda ilişkin bilgiler bulunur. Bu bildirimde talebin kayda alındığı tarih ve bildirim tarihi yazılı olarak belirtilmelidir. Taraflara tahkimin bütün süreçlerindeki yazışmaların talepte belirtilen yazılı adreslere yapılması gerektiği ya da adres değişikliğinde, bildirilen yeni adrese yapılacağı hususunda bilgilendirme yapılmalıdır. Herhangi bir adres bildirilmediği takdirde taraflarca hakemlerin sayısı ve diğer bütün konularda Genel Sekreter tarafından haberdar edilmeye çağırılmalıdır. Taraflara, Merkez'in hakemler panellerinin bir listesi de gönderilir. Ayrıca taraflar sözleşmenin 37. ve 40. maddelerine göre en kısa sürede Hakem Heyeti oluşturmaları konusunda bilgilendirme için davet edilmelidir.

4.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

ICSID 69. Madde gereğince, âkit devletler, ICSID' in uygulanması için ülkelerin de gerekli yasal tedbiri almak ve düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Aynı şekilde ICSID 54/2. madde ise, ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için âkit devletlerin, bir mahkeme veya otorite belirlemelerini istemiştir. Çünkü ICSID' ın 54.maddesine göre, her âkit devlet ICSID hakem kararını bağlayıcı kabul edecek ve kararda yer alan parasal yükümlülükleri kendi mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir¹⁴⁰. Örneğin; Fransa'da Tribunal de grande instance, Almanya'da Landgericht ve Yunanistan'da Single judge court of first instance for athens mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Ancak Türkiye ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için Genel Sekreterliğe yetkili otorite veya mahkeme bildirmemiştir¹⁴¹. Şu ana kadar herhangi bir mahkeme veya otoritenin

¹⁴⁰ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, İstanbul, s. 84.

...Keza, her üye ülke, verilen kararı kendi sınırları içinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecek ve kararlar üye devletin kanunlarına göre icra/tenfiz edilecektir (ICSID,m.54. Ayrıca, bu sözleşme çerçevesinde verilen her türlü hakem kararının bağlayıcı olacağı, daha üst bir makama götürülemeyeceği açıkça belirtilmektedir. (Yılmaz Ejder, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Makaleler(1973-2013) s.1190.)

¹⁴¹ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, s.151. Ayrıca bkz, <https://www.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

atanmamasının sebebi, Türkiye’de ICSID hakem kararlarının icrasına ilişkin bir talebin olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁴².

Bunun yanı sıra Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.(5718 Sayılı MÖHUK md.60/2).Dolayısı ile uygulamada bir ICSID hakem kararının doğrudan icrasında sorun çıkar ise bu takdirde, bu kararın icra kabiliyeti kazanması için yer itibariyle yetkili asliye hukuk mahkemesine başvurulabilir¹⁴³. Ayrıca MTK’ nın 12(b) maddesinde hakemlerin, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebileceği belirtilmiştir¹⁴⁴. Aynı maddede, asliye hukuk mahkemesinin de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) hükümlerini uygulayacağı kabul edilmiştir¹⁴⁵.

HUMK, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile yürürlükten kaldırılmıştır (R.G.:04.02.2011 – 27836). HMK’nın 447. maddesi gereğince, HUMK’na yapılan atıfların HMK’ya yapılmış sayıldığından, MTK’daki HUMK’na yapılan atıflar HMK’ya yapılmış sayılacaktır. Söz konusu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Maddede, milletlerarası sözleşmeleri de kapsamına alacak şekilde, “kendi hukukunu” kavramının kullanılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür.

Tahkim yeri dışında bulunan deliller ve tanık dinlenilmesi, delilin ya da tanığın bulunduğu ülkedeki devlet mahkemelerinin milletlerarası istinabesi suretiyle

¹⁴² Tuygun, ICSID Tahkimine ilişkin hakem kararlarının İcra edilmesi. s.170.

¹⁴³ ...Asliye Hukuk Mahkemesi’ne ICSID hakem kararının resmi tercümesi ile başvuran uyuşmazlığın tarafı, belge ile sadece bir tespit talep edecektir. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği tespit kararı ile Türk Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir ilam niteliği kazanacak olan ilam ile ilamlı icra hükümlerine göre kararın icrası talep edilebilir. ICSID hakem kararının ICSID Anlaşması’na üye birçok devlet tarafından onanması ve icra edilmesi için bir mahkeme veya otorite belirlenecekse kanımızca bu mahkeme Türk hukuk sistemi içinde yeri itibariyle yetkili asliye hukuk mahkemesi olması gerektiğini düşünmekteyiz. (Tuygun, ICSID Tahkimine ilişkin hakem kararlarının İcra edilmesi s,170-171)

¹⁴⁴ R.G: 5.7.2001-24453

¹⁴⁵ Kalpsüz, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, s. 90-91.

gerçekleştirilir.¹⁴⁶ Çünkü istinabenin konusuna ihtiyati tedbir, isticvap, tanık dinlenilmesi taraf yemini, bir ticari defter veya belgenin incelenmesi, keşif, mahkemenin yargı çevresi dışındaki malların tespiti için inceleme, istinabe, keşif gibi işlemler girmektedir¹⁴⁷. Ancak bunun dışında bir işlemin de istinabe yoluyla yapılması mümkündür¹⁴⁸. MTK ve HMK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukuku bakımından tahkim yeri yabancı ülkelerde bulunan hakem mahkemelerinin ancak tahkim yeri mahkemeleri aracılığı ile Türk mahkemelerinden istinabe talep edebilecekleri kanaatine varılmıştır¹⁴⁹.

4.4. Oturumlar

Hakem heyetinin ilk oturumu, hakem heyetinin oluşumundan veya tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları herhangi bir sürenin sonundan itibaren 60 gün içinde yapılmalıdır.

Bu ilk toplantı tarihi Hakem Heyeti Başkanı tarafından Genel Sekretere ve diğer konsey üyelerine danışılarak alınır (ICSID Kurum Kuralları m.14/3).Eğer taraflar hakem heyetinin başkanını üyelerin seçmesini kararlaştırmışsa, başkanı henüz seçilmemiş heyetin ilk oturum tarihini Genel Sekreter belirler. İlk oturum tarihini ister Genel Sekreter tespit etsin ister Başkan, tespit etsin özellikle tarafların fikirleri alınarak karar verilmelidir.(ICSID Tahkim Kuralları m.13/2).Sonraki oturumlar ise hakem heyet üyeleri ve Genel Sekreter tarafından mümkün olduğunca uyuşmazlığın taraflarına danışılarak tespit edilir. Burada bir çelişki gibi görünen iki uygulama arasında durum kanaatimce şöyle ifade edilebilir;

13/2. maddedeki uygulama; taraflar, hakemler ve diğer duruşmada olması gereken kişilerin hali hazırda bulunduğu, bizim bildiğimiz adli yargılama usulü duruşmanın gerçekleştiği toplantıdır.

¹⁴⁶ Musa Aygül, Milletlerarası Ticarî Tahkimde delillerin milletlerarası istinabe yoluyla elde edilmesi ve karşılaşılabilecek sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2 s. 265.

¹⁴⁷ Görgün, Medeni Usul Hukuku, s. 94.

¹⁴⁸ Görgün, Medeni Usul Hukuku, s. 94.

¹⁴⁹ Aygül, Milletlerarası Ticarî Tahkimde delillerin milletlerarası istinabe yoluyla elde edilmesi ve karşılaşılabilecek sorunlar. S. 287.

14/3.maddesindeki uygulama ise; hakem heyeti üyelerinin kendilerinin yaptıkları toplantılardır.

Buradan anlaşılır; duruşmaların tarihi ve saatini hakem heyeti belirler, hakem heyetinin toplantılarını ise Hakem Heyeti Başkanı belirler.

Hakem heyeti toplantıları, konuşmaları, müzakereleri, iddiaları, savunmaları özeldirler ve gizli tutulurlar. Tahkimin vazgeçilmez ilkelerinden birisi gizlilik (confidentiality) ilkesidir. Bu husustan dolayı sadece hakem heyeti üyeleri toplantılara katılabilir. Ancak hakem heyeti üyesi olmayan birinin katılımı hakem heyeti karar verdiği sürece mümkündür. (ICSID Tahkim Kuralları m.15).

Hakem Heyeti oturumlarını genellikle ICSID merkezinde (Washington) düzenler. Ancak taraflar hakem heyetine danışarak heyetin onayladığı, ICSID' in anlaşma yaptığı başka merkez ve kurumlarda da yapılabilir. Heyet onaylamadığı takdirde oturumlar Merkezde yapılır. Genel Sekreter hakem heyetinin oturum yerini ve zamanını taraflara bildirir.

4.5. Deliller ve Sunma

Taraflar, yargılama süresince delil, iddia ve savunmalarını iki yolla yaparlar. Kısacası hakem heyeti ilk önce işe belgeleri inceleyerek başlar. Bu usule yazılı usul, bundan sonraki safhaya da sözlü usul (duruşma) denir.

Yazılı yargılama (ICSID, Tahkim Kuralları m.31) tarafların tahkim talebinde bulunmalarıyla başlar ve iki aşamadan oluşur. Birinci aşama, tahkim talebinde bulunan tarafın, uyuşmazlıkla ilgili iddialarının bulunduğu, esasa uygulanacak hukuk seçiminin yapıldığı ve diğer gerekli bilgilerin var olduğu dava dilekçesinin (memorial) verilmesiyle başlar.

İkinci aşama ise uyuşmazlığın karşı tarafının, birinci aşamadaki tarafın, öne sürdüğü iddialarını ve diğer hususları kabul ettiğini ya da reddettiğini buna

istinaden de karşı iddia ve hukuki görüşlerinin olduğu cevap dilekçesi (counter-memorial) ile gerçekleştirilir.

Ayrıca bu iki aşamaya ek olarak, tarafların anlaşması, ya da hakem heyeti gerek gördüğünde, karşı tarafın verdiği cevap dilekçesine karşılık talepte bulunan tarafın verdiği cevap dilekçesi (reply) ve karşı tarafın bu cevaba vermesi gereken cevap dilekçesi (rejoinder) olarak iki yazılı aşama daha yapılır.

Her iki taraf birlikte karar vererek tahkim talebinde bulunmuşlar ise Hakem Heyeti gerek gördüğünde veya taraflar anlaştiklarında, her bir taraf, Hakem Heyeti tarafından belirlenen süre içerisinde cevaplarını sunarlar. Bununla birlikte yazılı usulün yukarıdaki gibi olması için tarafların içlerinden birisini talep eden taraf olarak işlem görmesi için karar verebilirler.

Her iki yöntemin birbirinden farkı, standart olan yazılı yargılamada karşı taraf talepte bulunan tarafın savunmasını bilir ve buna göre yanıt verirken, ortaklaşa talepte bulunulması halinde her iki taraf, birbirlerinin savunmaları hakkında bilgi sahibi olmadan dilekçelerini verirler. Her iki usulde cevap verme durumu, Hakem Heyeti istediğinde ya da taraflar kendi aralarında anlaştiklarında uygulanır.

Dilekçe, önemli hususlarda herhangi bir beyanı, bir hukuki savunmayı ve arz edilmek istenen konuları kapsar. Dilekçeler genellikle, cevap, cevaba cevap ya da cevaba cevap dilekçesine 2. cevap olarak kullanılır.

Cevaba cevap dilekçesine cevap ise; bir önceki dilekçedeki yer alan konulardaki görüşlerin reddine ya da kabul edilmesini içeren yazılı bildirme, ek konular ya da bir önceki dilekçede yer alan hukuki bildirimlerle ilgili düşünceleri, yanıt olarak kendi hukuki bildirimini ve iletmek istediği diğer konuları kapsar.

Tüm bu yazışma aşamaları Hakem Heyet'inin belirlediği süre limitleri içerisinde yapılır.

Sözlü yargılama (Türk Hukuku'nda adli yargı sistemindeki duruşmaya tekabül eder.) sürecindeki sözlü muhakeme ve soru cevap safhasıdır. Bu duruşmayı tahkim heyeti yapar ve duruşma; hakem heyeti, uyuşmazlık tarafları, tarafların temsilcileri, hukuk danışmanları, avukatlar, şahitler, bilirkişiler, uzmanlar ve gereken diğer kişilerin katılımıyla, sözlü olarak davayla ilgili iddiaların ve savunmaların sözlü olarak müzakere edilmesiyle gerçekleşir. Duruşma boyunca Hakem Heyeti taraflara ve onların temsilcilerine istedikleri soruları sorma ve istedikleri konularda açıklama alma hakkına sahiptirler.(ICSID, Tahkim Kuralları.m.32)

Yukarıdaki sayılan kişilerin haricinde herhangi bir kişinin tanıklığına ihtiyaç duyulduğunda, Hakem Heyeti taraflara danışarak, bu kişinin duruşmaya katılıp katılmayacağına karar verir. Bunun yanı sıra duruşmalarda zabıtları tutmakla görevlendirilen tutanak kâtipleri de (officers of the tribunal) vardır. Bunu belirtmemdeki sebep, bu kişilerin duruşmada olmaları için taraflardan izin alınmasına gerek olmayışıdır.

Duruşmalara katılacak olan şahitlerin ve uzmanların objektif ve doğru görüş beyan etmeleri hususunda yemin ederek duruşmaya katılmaları gerekir.

Taraflardan birisi duruşmanın herhangi bir aşamasına katılmadığında ya da gereken yerlerde savunmasını yapmadığında, sürecin kesildiği dönemler haricinde, diğer taraf Hakem Heyet'inden var olan bilgilerle davanın esası hakkında karar vermesini isteyebilir.

Hakem Heyeti, diğer tarafın bu isteğini, sorumluluğunu yerine getirmeyen tarafa bildirir ve 60 günü geçmeyecek şekilde bir süre verir. Bu sürenin geçmesi ya da diğer tarafın sorumluluğunu yerine getirmemesi durumunda, talepte bulunan tarafın bu davadaki savunma ve iddialarının Hakem Heyeti tarafından kabul edileceği anlamına gelmez.

Hakem Heyeti, dava konusunda ki çalışmalarını aynen devam ettirir. Ancak Hakem Heyeti daha önce yapılan savunma ve iddiaların hukuka uygun olarak yapıldığına kanaat getirirse davanın esası hakkında karar verebilir.

4.5.1. Şahit ve Bilirkişilerin Açıklamaları

Hakem Heyet'inin huzurunda, Heyet Başkan'ının gözetiminde, taraflar, şahit ve bilirkişilerden açıklama yapmalarını talep edebilir. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.35) Hakem heyet' inin her üyesi de gerek gördüğünde onlara soru sorabilir.

Şahitler, ifadelerini vermeden önce;“Şeref ve vicdanım üzerine doğruyu söyleyeceğimi ve doğrudan başka hiçbir şeyi söylemeyeceğime söz veriyorum.” şeklinde yemin etmelidir.

Bilirkişilerde ifadelerini vermeden önce;“ Açıklamalarımı bütün samimiyetimle yapacağıma şeref ve vicdanım üzerine söz veriyorum.” şeklinde yemin etmelidir

Hakem Heyeti, şahit ya da bilirkişi tarafından verilen yazılı delili de kabul eder, Hatta tarafların izniyle şahit ya da bilirkişilerin açıklamalarıyla ilgili soruşturmayı yargılama öncesi düzenleme yaparak, tarafların da katılımıyla gerçekleştirebilir. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.36)

4.5.2. Hakem Heyetinin Keşfi

Hakem heyeti farklı bir usul sorunu ile karşılaşır, bu soruna kendisi çözüm getirecektir. Taraflarca başka bir duruma karar verilmedikçe, uyuşmazlığın meydana geldiği yerde keşif yapabilir (ICSID, Tahkim Kuralları.m.34/1(b)) Hakem Heyeti yatırım uyuşmazlığı ile ilgili bir yeri görmek istediğinde ya da keşif yapma gereğini duyduğunda, bu konuyla ilgili bir karar alır. Bu karar, ziyaret edilecek yerin programını, keşfin konusunu, keşfin süresini, keşif boyunca takip edilecek yöntem ve diğer konuları kapsar. Hakem Heyeti bu

konularla ilgili çalışmalarını ve belirlemelerini yapar. Taraflar istedikleri takdirde keşfe katılabilir veyahut keşif yerinde sorgulamada gözlemci olarak bulunabilirler. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.37)

4.5.3. Delil Tespiti

ICSID tahkimine yapılacak bütün talepler, hakem heyeti tarafından aksi bir duruma karar verilmedikçe, dilekçe, başvuru, yazılı görüş, birde eğer varsa bunları destekleyen diğer belgeler imzalı bir şekilde orijinal metin halinde istenilen sayıda örnekle birlikte Genel Sekreter ve Tarafların da görüşü alınarak hakem heyetine teslim edilir. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.23)

Örnek sayısı hakem heyeti belirlenmeden önce 5 adettir. Hakem heyeti belirlendikten sonra toplam üye sayısının 2 fazlasıdır. Destekleyen belgeler ise ilişkili olduğu belgelerle birlikte, sıralı bir şekilde, söz konusu evrakın teslim süresi içinde verilmelidir. Hakem heyetinin izniyle ya da tarafların isteğiyle, karar verilmeden önce herhangi bir belgede ve yazılı evrakta istenmeden oluşan bir hata düzeltilir.

Her bir taraf sunulacak kanıt için ya da heyetten kendisine sunulmasını istediği delille ilgili bilgilerin hepsini, delilin hangi konudaki ispatı için sunulması gerektiğine dair bir açıklamayla birlikte, hakem heyetinin belirlediği süre zarfında, hakem heyetine ve karşı tarafa gönderilmesi için Genel Sekreterle iletişime geçmelidir.

Herhangi bir delilin incelenerek kabul edilebilir olduğuna ve kanıt gücüne hakem heyeti karar verir. Ayrıca hakem heyeti yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun gerek gördüğü takdirde, taraflardan yeni belge sunmalarını isteyebilir. Bu noktada hakemler, getirilen delilleri, uygulanacak hukukta geçerli olan delil ve ispat kurallarına göre serbestçe değerlendirmeli ve bu konudaki iddialarla ilgili olarak ulaştıkları sonucu kararlarında gerekçeli olarak yazmalıdırlar.¹⁵⁰ Taraflar,

¹⁵⁰ Güneş Okuyucu-Ergün Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 151.

delillerin toplanması ve yargılamanın seyri için gereken diğer önlemlerin alınmasında hakem heyeti ile işbirliği yapmalıdır. Herhangi bir taraf bu yükümlülüklerini yerine getirmezse, hakem heyeti bunu saptayarak tutanaklara geçirir.

4.6. Tarafların Sulh Olması

Taraflar uyuşmazlık üzerinde herhangi bir anlaşmaya varırlarsa ya da başka bir nedenden dolayı davanın düşmesine karar verilerse, karar verilmeden önce ve hakem heyeti henüz oluşturulmamışsa, Genel Sekreter onların yazılı dilekçesine istinaden usulüne göre davanın düştüğünü kayıtlara geçirir ve bildirir.

Ayrıca taraflar, tam ve imzalı bir şekilde uyuşmazlıkla ilgili bir sulh metni oluşturup, bu metni hakem heyetine sunarak, heyetten bu sulh metnini somut bir karar olarak yazılı bir şekilde sonuçlandırmalarını isteyebilirler ve bu durumda heyet bu metni kendi kararı gibi kayıtlara alır ve taraflara iletir. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.43/1-2)

4.6.1. Talep Üzerine Davanın İşlemden Kaldırılması

Taraflardan biri davanın geri alınmasını talep ettiğinde, hakem heyeti henüz teşkil edilmemişse, Genel Sekreter, usulüne uygun bir şekilde davanın düşmesini kabul edip etmediği hususunda görüşünü almak üzere karşı tarafı bilgilendirir ve karşı tarafın cevabı için belli süre verir. Eğer karşı taraf bu süre zarfında herhangi bir yazılı itirazda bulunmazsa, davanın işlemden kaldırılması isteği kabul edilir ve Genel Sekreter davanın işlemden kaldırıldığını kayıtlara geçer. Ancak itiraz edilirse yargılamaya devam edilir. (ICSID, Tahkim Kuralları.m.44)

Buradan anlaşılacak herhangi bir karara itiraz etme durumunda, itiraz talebinin kabul edilip edilmemesi ya da haklı olup olunmamasının değerlendirilmesi yapılmamaktadır. Yargılamanın devamına karar verilmektedir.

Kanaatimce böyle bir sistemin var olmasının nedeni, uyuşmazlığın tek tarafın isteğine göre şekillenmesinin önüne geçilmesi ve en kısa sürede uyuşmazlığa kesin bir çözüm bulunması çabasıdır.

4.6.2. Tarafların Hiçbir İşlem Yapmamaları Nedeniyle Davanın İşlemden Kaldırılması

Taraflar kesintisiz 6 ay boyunca ya da Genel Sekreterin belirlediği ve aralarında kararlaştırdıkları başka bir süre içerisinde herhangi bir yargılama işleminde bulunmamışlarsa, davaya devam etmeyecekleri anlaşılır ve Genel Sekreter ya da hakem heyeti tarafları bu konuyla ilgili bilgilendirdikten sonra davayı işlemden kaldırır ve kayıtlarına alır (ICSID, Tahkim Kuralları.m.45).

4.7.İhtiyati Tedbir Kararı

Türk Hukukunda Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı almaları HMK'nun 414. maddesinde düzenlenmiştir. Taraflar, hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi vermeyebilirler. O halde hakemler, ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tedbir kararı verebilir. Tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir, uygun gördüğünde teminat isteyebilir.

Milletlerarası Tahkim kanununda (4686 sayılı Kanun md.6), hakem veya hakem kuruluna, resmi makamları veya üçüncü şahısları bağlayıcı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmamıştır.6. maddenin 2. fıkrasına göre;

“Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremez.”

Buna mukabil, aksi kararlaştırılmadıkça, hakemin veya hakem kurulunun, tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine vermiş olduğu ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, yerine getirilmez ise, diğer taraf ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesini yetkili mahkemeden isteyebilecektir. Bununla beraber, tedbir kararı veya ihtiyati haciz kararı için mutlaka öncelikle hakeme veya hakem kuruluna başvurulması zorunluluğu yoktur. Taraflardan biri doğru mahkemeden tedbir veya ihtiyati haciz kararı alabilir¹⁵¹.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda da (UNCITRAL Arbitration Rules), Model Kanun'un 9 ve 17. maddelerinde öngörülen çözüm benimsenmiştir. Bu iki maddenin bir araya getirilmesinden oluşan m. 26'ya göre, taraflardan birinin istemi üzerine hakem mahkemesi, uyuşmazlığın konusu bakımından gerekli gördüğü herhangi bir geçici önlemi alabilmeye yetkilidir (may take any interim measures). Hakem mahkemesi, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden malların korunması, bunların bir üçüncü kişiye (yeddi emin) tevdi edilmesine, bozulacak malların satılmasına ilişkin geçici ve koruyucu önlemler alabilir (m. 26/1)¹⁵².

1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde ise durum açıkça ifade edilmiştir. Milletlerarası Ticari hakemlik Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca “ ihtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşması ile telif olunmaz mahiyette sayılmayacağı gibi, işin esas bakımından adli mahkemeye tevdi edildiği manasında da alınmamalıdır”¹⁵³.

ICSID sözleşmesinde ise, ICSID' in 47. ve ICSID Tahkim Kurallarınının 39. Maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre; ICSID hakem heyeti gerektiğinde kendiliğinden ya da tarafların istekleri üzerine tarafların hakkını korumak amacıyla yargılamanın herhangi bir aşamasında ihtiyati tedbir

¹⁵¹ Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, s. 45.

¹⁵² Ergun Özsunay, İstanbul Ticaret Odası, yayın no: 2004-16 İstanbul, 2004 Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda kurumsal tahkimin güncel sorunlar, kurumsal tahkim sistemlerinde ve bazı uluslararası tahkimle ilgili düzenlemelerde geçici ve koruyucu önlemler, s.106.

¹⁵³ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s.131.

tavsiyesinde bulunabilir. Koruma altına alınması gereken haklar, talep edilen tedbirler ve tedbirlerin alınmasının nedenleri açıkça belirtilmelidir.

Taraflar kesin bir şekilde anlaşmış halde, hakem heyeti mahkemeden tedbir kararı çıkmasına engel teşkil etmez. Ancak mahkemeden tedbir kararı alma konusunda taraflar arasında kesin bir anlaşma yok ise bu karar sadece ICSID hakemi verebilir ve uygulatabilir. Hakem heyeti bu konuda verdiği kararı her zaman değiştirme, kaldırma ya da geri alma hakkına sahiptir. Çünkü bu bir ara karardır.

Kamulaştırılan şirket evrakına el koyma; beklenen hakem kararının icrasının sağlanması için dava konusu alacak kadar teminat ödenmesi; yerel mahkemelerde ki davaların ICSID yargılamasından dolayı durdurulması; tahkim yargılamasına karşı düşmanca propaganda yapan yayınların iptali; gibi birçok konuda ihtiyati tedbir kararları ICSID hakem heyeti tarafından alınmıştır¹⁵⁴. Bu kararlar ICSID yargılamasının her aşamasında alınabilir. Hakem heyetinin bu konudaki yetkisine itiraz edilse bile heyet, geçici ve koruyucu önlem kararı alabilir

ICSID sözleşmesinde, tedbir kararı alabilir yerine tavsiye edebilir ibaresinin kullanılmasının nedeni, uygulanan devlet hukukunun neticesinde, o devletin egemenliğine ve icra muafiyetine uyum sağlamaktır¹⁵⁵. ICSID hakem heyetinin verdiği ihtiyati tedbir kararı, icra kabiliyeti olmamasına rağmen taraflar için uyulması zorunludur ve tavsiye niteliğindedir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ekşi, ICSID hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s.52.

¹⁵⁵ Christopher H.Schreuer, A commentary on the convention on the settlement of Invesmen Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge, 2001

¹⁵⁶ Ali Yeşilirmak, Provisional Measures in International Commercial Arbitration,Hauge 2005, s. 62-63., Anoosha boralessa,enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the republic of Argentina: Obstacles That Transnational Corporations May Face,17 (2004) N.Y Int'l L.Rev., 82

Anoosha boralessa,enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the republic of Argentina: Obstacles That Transnational Corporations May Face,17 (2004) N.Y Int'l L.Rev., 83

Kanaatimce ICSID hakem heyeti tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı taraflar için bağlayıcı olabilir; fakat icralık yönünden, nasıl uygulanacağı başlı başına bir sorundur. Çünkü ihtiyati tedbir kararı icra edilemediğinde, bu karara uyulmadığında, devletin resmi makamlarında icra edilmesi hususunda yardım istenilmesi söz konusu olabilir. ICSID sözleşmesinin 53-55. maddeleri hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve icrasını içerir. Boralessa; bu tür kararların icrasının ICSID' in 53-55.maddelerine tabi olup olmadığı da belirsiz olduğunu söylemiştir¹⁵⁷.

ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkisine itiraz edilse bile tedbir kararı verilebilir. Çünkü ICSID hakem heyetinin ihtiyati tedbir kararı vermesi, yargılamanın herhangi bir aşamasında olması şart değildir¹⁵⁸. Railroad Development Corporation ve Republic of Guatemala davası buna konuya güzel bir örnektir.¹⁵⁹ Guatemala'da 2004 ve 2008 yıllarında yönetim değişikliği olmuştur. Bu değişiklikten dolayı yabancı yatırımcı, belgelerin kaybolması ya da yok edilmesi endişesiyle, yatırımcı ICSID hakem heyetinden belgeler üzerine ihtiyati tedbir kararı alınmasını istemişti. Guatemala ise bu aşamada ICSID hakem heyetinin ihtiyati tedbir kararını veremeyeceğini iddia etmiştir. Fakat ICSID sözleşmesinin 47. maddesine göre yargılamanın herhangi bir aşamasında tedbir kararı verilebilir. Ayrıca ICSID tahkim kuralları 39. maddeye göre yargılama başladıktan sonra istenilen zamanda hakem heyetinin tedbir kararı vermesi yetkisinin olduğu açıkça ifade edilmiştir. Tüm bu nedenlerden dolayı ICSID hakem heyeti ihtiyati tedbir kararı verebileceğini Guatemala'ya bildirmiştir.

Bu davada yönetim değişikliği veya tahkim yargılamasına istinaden herhangi bir belgenin imha edilmesine ait bir kanıt bulunmadığından, anayasaya göre iktidar değişikliğinin belgeler üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilmesini gerektirecek bir durum olmadığından; bu olayda geçici ve koruyucu tedbire ihtiyaç olduğunu

¹⁵⁷ Anoosha boralessa, enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the republic of Argentina: Obstacles That Transnational Corporations May Face, 17 (2004) N.Y Int'l L.Rev., 84

¹⁵⁸ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s. 52.

¹⁵⁹ Railroad Development Corporation ve Republic of Guatemala, ICSID Case No: ARB/07/23, Decision on Provisional Measures, <http://icsid.worldbank.org> (23.08.2014)

ispatlayacak deliller bulunmadığından, ayrıca Guatemala'nın yatırımcının belgelere ulaşmasını engelleyecek herhangi bir eylemde bulunduğunu kanıtlayan bir delil olmadığından bu tedbir kararı reddedilmiştir.

ICSID Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre; tahkim yargılamasının öncesinde veya sonrasında ev sahibi devlet mahkemeleri yargıya müdahale edemezler. Yine bu maddeye göre ICSID tahkim mahkemesine başvuran tarafların milli mahkemelere başvuramayacakları da belirtilmiştir¹⁶⁰.

ICSID tahkiminin, milli mahkemelerinin yargıya müdahalesini kaldırması için bu mahkemelerdeki davanın gerek konusu gerekse tarafları ICSID yargılamasındaki konu ve taraflarla aynı olmalıdır. Eğer taraflar ve konu ICSID ve milli mahkemelerde birbirinden farklı ise ICSID tahkim heyeti asla geçici ve koruyucu tedbir kararı alamaz¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s. 53.

¹⁶¹ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s. 63.

5. BÖLÜM

ICSID TAHKİMİNDE HÜKÜM (KARAR)

5.1. Kararın Verilmesi

Yatırım uyuşmazlıkların çözümü, davanın esası hakkında karar verilmesiyle sağlanır. ICSID tahkim sisteminde kararlar yeterli (sufficient), uygun ve yerinde (pertient) bir muhakeme sonucunda verilmiş olması gerekir¹⁶². ICSID hakem kararları, Konvansiyonun 48.vd ve Tahkim kurallarının 46.vd Maddelerinde düzenlenmiştir. ICSID hakem kararlarının çoğunluğu nihai kararlar değildir. ICSID Sözleşmesi'nin 48(3). maddesine göre sadece uyuşmazlığa ait bütün sorunları çözen hakem kararları kesindir. Kısacası, uyuşmazlığı bütün yönleriyle esastan çözümlen kararlar nihai kararlardır, yetkisizlik kararı da buna dâhildir¹⁶³. ICSID Hakem kararı diğer birçok hakem kararına göre daha kuvvetlidir ve bunun yanında avantajlar sağlamaktadır¹⁶⁴.

ICSID' in 53. maddesine göre; hakem kararları, taraflar için kesinlikle bağlayıcı hükümlerdir ve bütün taraflar bu hükümlere uymak zorundadırlar. Ayrıca ICSID' in 54/1. Maddesine göre; ICSID sözleşmesi, her konvansiyon üyesi devlet için hakem kararının bağlayıcılığını ve hakem kararını kendi ulusal sınırları içinde kendi milli mahkemelerinden çıkmış nihai bir karar gibi uygulama zorunluluğu öngörmüştür.

Hakem Heyeti, kararlarını üyelerinin çoğunluğunun oyları ile karar vererek sonuca bağlar.(ICSID,m.48/1) Oy çoğunluğu kuralı bütün kararlar için geçerlidir. Tarafsız oylar olumsuz oy olarak değerlendirilir. Bu aşamada hakemler vardıkları sonucu bir karar oluşturacak şekilde yazılı hale getirirler. Tahkim Heyetine iletilmiş olan bütün uyuşmazlık dosyalarını ve gerekçelerini de

¹⁶² Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, s. 171.

¹⁶³ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s. 66.

¹⁶⁴ Faruk Kerem Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat Ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 61.

kapsayacak olan bu karar; aşağıdaki hususlarda hazırlanmalıdır;(ICSID Tahkim Kuralları 47/1)

- Uyuşmazlığa taraf olanların her birinin isimlerinin ve unvanlarının tanımlanmaları,
- Mahkemenin ICSID sözleşmesine göre oluşturulduğunu anlatan, kuruluş yönteminin beyanı,
- Mahkeme Heyeti üyelerinin açık isimleri ve atayan makamların tanımlanması,
- Tarafların temsilcilerinin, danışmanlarının ve avukatlarının tanımlanması,
- Mahkemenin toplantılarının sırasıyla yeri ve tarihi,
- ICSID tahkim yargılamasının kısaca özeti,
- Mahkemenin davayla ilgili olgulara ilişkin bulguların sıralanması,
- Tarafların yaptıkları sunum ve iddialar,
- Yargılama boyunca mahkemenin verdiği tüm kararlar ve bu kararların gerekçeleri,
- Tahkim yargılamasına ilişkin mahkemenin saptadığı dava masrafları karar,

Verilen bir kararın geçerlilik kazanması, bütün üyeler tarafından imzalanması, her imzanın tarihinin belirtilmesi ve bu imzaların Heyet Başkanı tarafından onaylanması ile mümkün olur. Karara katılmayan üyelerin neden karara katılmadıkları konusundaki beyanları karara eklenir.

Yargılamanın kapanmasından sonra kararın 120 gün içinde hazırlanması ve imzalanması gerekir. Heyet bu süre zarfında kararı yazamazsa süre 60 gün daha uzatılır.(ICSID, Tahkim kurallarının, m.46) Tahkim heyeti tarafların onayı olmadan kararı yayımlayamaz. Merkez, yaptığı yayınlarda davada uygulanan

hukuk kurallarından alıntı yapabilir. ICSID sözleşmesinde kararın yayınlanması konusunda taraflara herhangi bir uyarı yoktur. Kararların çoğunluğu tarafların onayıyla yayınlanmıştır. Genel sekreter kararın orijinal metnine uygunluğunu onaylar ve merkez arşivine kaldırır.

5.2. Kararın Tebliği

Genel Sekreter, kararı; üzerinde gönderme tarihini de belirterek, her iki tarafa ivedilikle tebliğ eder. (ICSID Tahkim Kuralları 48/1(b)). Genel Sekreterin kararı taraflara iletmesinden sonra karar yürürlüğe girmiş sayılır.

5.3. Kararın Düzeltilmesi

Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 45 gün içerisinde, taraflardan biri Genel Sekreter aracılığıyla diğer tarafı da haberdar ederek, mahkemenin unuttuğu, ya da düzeltilmesini istediği bir hatayı mahkemeden talep edebilir. (ICSID, Tahkim Kuralları, m.49) Mahkeme karşı tarafı da bilgilendirerek bu talebi gerçekleştirir. Düzeltme şu hususları kapsar;

- Ait olduğu ana karar
- Başvuru tarihi
- Mahkemenin ana kararda unuttuğu ya da düzeltilmesi istenen hatanın ayrıntılı beyanı

Genel sekreter “düzeltme” başvurusunu, başvuru masrafı yatırıldıktan sonra kayıtlar ve taraflara iletir. Aynı zamanda bu başvurunun bir onaylı kopyasını ve ek belgelerini Hakem heyeti Başkanına sunar ve Başkan, bunları görüşlerini almak üzere üyelerine gönderir. “Düzeltme” şekil ve usul bakımından ana kararla aynıdır. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.49/2)

5.4. ICSID Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları

ICSID hakem kararlarına karşı milli mahkemelere müracaat edilemez yalnızca ICSID Genel Sekreterliğine başvurabilir. ICSID hakem kararlarının milli mahkemeler tarafında, temyize ve iptale tutulması söz konusu olamaz, bu hükümlerle engellenmiştir. ICSID hakem kararlarının hukuki denetimi yine kendi kurumuna aittir.¹⁶⁵ ICSID Hakem kararlarına karşı kanun yolları aşağıdaki gibidir;

- Kararın yorumlanması, (ICSID,m.50)
- Yeni somut olayların ortaya çıkması nedeni ile kararların gözden geçirilmesi, (ICSID,m.51)
- Belirli sebeplerin varlığı saptanması halinde kararın iptal edilmesi (ICSID,m.52)

ICSID 50-52.maddelerinde düzenlemiş olan herhangi bir kararın yorumu, gözden geçirilmesi veya iptal edilmesi Genel Sekreterliğe yapılan başvuruyla olur. Bu müracaat yolları belli hükümlere dayanır ve bu maddeleri uygulama zorunluluğu öngörür. Kısacası bu maddelerin dışında herhangi bir müracaat mekanizması yoktur.

5.4.1. Kararın Yorumlanması

ICSID 'in 50.maddesine göre hakem kararının içeriği ve anlamı hakkında taraflar arasında herhangi anlaşmazlık olduğunda taraflardan biri Genel Sekretere başvurarak verilen kararın yeniden yorumunu talep edebilir. Yargı kararları açık ve anlaşılır olmalı ve aslında yoruma dahi ihtiyaç duymamalıdır.

¹⁶⁵ Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, s.67.

Fakat bunun sağlanamadığı durumlarda -ki bu heyetin özensizliğinden ziyade tarafların karara bakış açıları sebebiyle yaşanıyor olabilir¹⁶⁶.

Yorumlama başvurusunun ait olduğu karar ve uyuşmazlıkla ilgili bütün bilgiler detaylı olarak açıkça belirtilmelidir. Yorumlama başvurusu için zaman limiti yoktur. Başvurular yazılı yapılmış, imzalanmış ve tarih belirtilmiş şekilde, başvuru harcıyla birlikte Genel Sekretere sunulmalıdır. Genel Sekreter bu başvuruyu kaydeder ve uyuşmazlık taraflarına kayıt bildiriminde bulunur. Genel Sekreter, mahkeme üyelerine başvuruyu, kayıt bildirimini ve ek belgelerin birer kopyasını göndererek yorumlamada bulunup bulunmayacaklarını bildirmelerini ister. Tüm üyeler bu daveti kabul ederlerse mahkeme yeniden kurulmuş olur. Kısacası istenilen kararın yorumunu, kararı veren heyet üyeleri yapacaktır ancak bu yapılamazsa yeni bir heyeti teşkil edilecek ve bu yeni heyet tarafından yorumlama yapılacaktır.

Wena Hotels Limited v. Arab of Republic Egypt davasında¹⁶⁷; Wena kararın yorumu ile ilgili Merkez'e başvurarak, Mısır ile aralarında uyuşmazlık çıktığını belirtti ve kamulaştırmanın geçerlilik tarihi ve kapsamının aydınlatılmasını talep etti. Bu talep doğrultusunda ilk mahkeme kurulamayınca, ilk mahkemenin kuruluş yöntemi ile yeni bir mahkeme oluşturuldu. Yeni hakem heyeti, bu talep için, bir yorumlama talebinin anlam kargaşasının; kararın uygulanmasını engelliyor olması gerektiğini ifade etti¹⁶⁸. Mahkeme yorumlama talebinin kararın kesinlik niteliğini değiştirmeyeceğini, yorumlamadaki amacın, kararın dışına çıkıp farklı noktalarda karar vermek değil, nihai olan kararın bazı noktalarının aydınlatılmak olduğunu bildirdi¹⁶⁹.

Yorumlama, ana kararın kesinliğini değiştirmeyecek şekilde yapılmalıdır. Yorumlamanın amacı ana kararı bozmadan, farklı noktalarda bağlayıcı kararlar

¹⁶⁶ Nazım Can Işıқтаç, T.C. Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, ICSID tahkim kararlarının tenfizi ve iptali, 2011, s. 4.

¹⁶⁷ Wena Hotels Limited v. Arab of Republic Egypt, ICSID Case No. ARB98/4), Decision on the Claimant's Application for Interpretation of the Arbitral Award dated 8 December 2000 on 31 October 2005, par. 8

¹⁶⁸ Wena Hotels Limited v. Arab of Republic Egypt, par. 87

¹⁶⁹ Wena Hotels Limited v. Arab of Republic Egypt, par.104-106.

oluşturmadan istenilen konuyu aydınlatmaktır. Hakem heyeti yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir

5.4.2. Yargılamanın Yenilenmesi

ICSID sözleşmesinin 51. maddesine göre uyuşmazlık taraflarından birisi, hakem heyeti ve başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, kararı etkileyecek çok önemli somut bir olayın varlığından söz ederek kararın gözden geçirilmesi talebini Genel Sekretere sunabilir. Ancak bu gerçek, kararın gözden geçirilmesi için başvuruda bulunan tarafın ihmeline dayanmıyor ise bu başvuru kabul edilemez. Ayrıca karar aşamasında bu gerçeğin mahkemece ve tarafça bilinmiyor olması gerekir.

Bir ICSID hakem kararı hakkında yargılamanın yenilenmesinin istenebilmesi için, başvurunun yazılı olması, bu yazılı metnin imzalanmış olması gerekir. Başvuru tarihide metnin üzerinde belirtilmiş olarak Genel Sekretere sunulur. Bir yargılamanın yenilenmesi hususunda süre sınırlaması vardır. Yargılamanın Yenilenmesinde ayrıca, kararda yapılması istenilen değişiklik, kararı etkileyeceği öne sürülen gerçekler ve bu gerçeklerin karar verildiğinde mahkeme üyeleri ve başvuruda bulunan taraf tarafından bilinmediğine dair deliller ve kanıtlar ve hatta başvuruda bulunan tarafın ihmalden kaynaklanmadığını gösteren delillerde buna dâhil olmak üzere açıklayıcı bir şekilde Genel Sekretere verilir.

Bir yargılamanın yenilenmesi hususunda süre sınırlaması vardır. Davanın yeniden görülmesi için, kurallara göre bu gerçeğin ortaya çıkmasından itibaren 90 gün içinde ve kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde başvuruda bulunulmalıdır. Bütün işlemler de olduğu gibi, burada da Genel Sekreter başvuruyu kayıtlar ve taraflara birer bildirimde bulunur. Ancak belirtilen süre içerisinde yapılmayan yeniden görme başvuruları kabul edilemez.

Genel Sekreter, yeniden görme başvurusunun, kayıt ihbarnamesinin, ek belgelerin birer kopyasını mahkeme üyelerinin hepsine gönderir ve onlardan

belirli bir süre zarfında bu yeniden görme talebinin değerlendirmesinde bulunup bulunmayacaklarına dair görüşlerini bildirmelerini ister. Öncelikle bu kararı veren mahkeme tarafından kararı yeniden görme davasının görülmesi istenir. Mahkeme üyeleri bu daveti kabul ederlerse mahkeme kurulmuş olur. Fakat üyeler tarafından davet kabul edilmediğinde, ana kararda izlenen yöntemle kurulmuş mahkeme kuruluşu takip edilerek yeni bir mahkeme kurulur.

ICSID' e göre bir mahkeme kendi rızasıyla herhangi bir kararı gözden geçiremez. Yeniden görme davasında alınan bir karar, eski ana kararın yerini alır ve bu karar kesindir. Mahkeme gerekli gördüğü hallerde, yeni kararın alınması sırasında eski kararın uygulanmasını durdurabilir. Aynı zamanda başvuruda bulunan taraf eski kararın uygulanmasının durdurulması konusunda talepte bulunabilir, bu durumda hakem heyeti, yeni kararı neticeye bağlayana kadar kararın uygulanmasını durdurabilir.

5.4.3. Kararın İptali

ICSID hakem kararının iptali ICSID sözleşmesi 52. maddede düzenlemiştir. Taraflardan birisi Genel Sekreterliğe yaptığı yazılı başvuruyla aşağıdaki hususları gerekçe göstererek kararın iptalini isteyebilir.

- Mahkemenin usulüne uygun bir şekilde kurulmaması,
- Hakem Heyet'inin yetkilerini açıkça aşmış olması,
- Hakem Heyeti üyelerinin birinin veya birkaçının yolsuzluk yaptığının saptanması,
- ICSID prosedür kurallarına bağlı kalınmayarak farklı bir kural uygulanması,
- Hakem kararının gerekçesinin açıkça belirtilmiş olmaması,

Bu iptal sebepleri sınırlıdır. ICSID 52. Maddedeki iptal sebeplerinin dışındaki hiçbir sebepten dolayı karar iptal edilemez.¹⁷⁰ Bir kararın iptal isteminin nedeni açıkça belirtilmelidir. İptal başvurusu yazılı olmalı ve üzerinde başvuru tarihi bulunmalıdır. Talepte bulunan taraf başvuru metnine başvuru harç dekontunu da ekleyerek Genel Sekretere sunmalıdır.(ICSID, Tahkim Kuralları,m.50/1(a)(b)(d))

Genel Sekreter, iptal başvurusunu, yaptığı değerlendirme neticesinde, uygun gördüğünde, kabul eder ve taraflara bir ihbarname göndererek kayıt işleminin yapıldığını duyurur. (ICSID, Tahkim Kuralları,m.50/2) İptal kararındaki süre limitlerine gelince, iptal talebi için, kararın onaylanmasından itibaren 120 gün içinde başvuruda bulunulmalıdır. Ancak yolsuzluk nedeniyle iptal talebinde bulunulursa, yolsuzluğun olduğunun saptanmasından itibaren 120 gün içinde veyahut en geç 3 yıl içinde yapılmalıdır.

Süre limitine uymayan başvurular kabul edilmezler. Genel Sekreter uygun gördüğü başvurunun kaydını yaptıktan sonra ICSID Konsey Başkanına bildirir. İptal davasında İdari Konsey Başkanının oluşturacağı üç kişilik ad hoc komitesinde kesinlikle kararı veren mahkeme üyelerinden biri bulunamaz. Bunun yanı sıra oluşturulan ad Hoc Tahkimindeki üyelerinden hiçbirisi ne kararı veren mahkeme üyelerinden birinin uyruğundan nede yabancı yatırımcı ve ev sahibi ülke uyruğundan olamaz.(ICSID,m.52/3)

Genel Sekreter, atanan ad hoc hakem üyelerinin görevlerini kabul etmelerinden sonra, taraflara durumu iletir ve heyet belirlenen tarihte kurulur. .(ICSID,m.52/2) Komite uygun bulursa, iptal talebiyle üzerinde çalıştığı kararın uygulamasını durdurabilir. Eğer talepte bulunan taraf, iptal başvurusunda uygulamanın durdurulmasını istemişse, kararın devam etmesi komite oluşturuluncaya ve bu konuda bir karara varılıncaya kadar geçici bir süreliğine durdurulur (ICSID,m.51/4, Tahkim Kuralları,m.54).

¹⁷⁰ Edward Baldwin/Mark Kantor/Michae Nolan,Limits of Enforcement of ICSID Awards, 23 (2006) 1 JIA, s. 3.

Bazı ad hoc komiteleri iptal süresince başvuruda bulunan taraftan banka teminatı ya da buna benzer garantiler göstermelerini talep etmişlerdir. Bilhassa tazminata mahkûm olmuş uyuşmazlık tarafının iptal talebinde birtakım teminatlar göstermesi istenebilir hatta iptal talebi ret edildiğinde bu teminatlar kullanılabilir. İki kere iptal davasının açıldığı, Amco -Endonezya davasında, Ad Hoc Komite yürütmeyi bir mali teminat karşılığında durdurmuştur. Bu dava 1981 yılında başlamış 1992 yılında tarafların aşlaması ile sona ermiştir¹⁷¹.

Ayrıca taraflar herhangi bir kararın kısmen iptal edilmesi içinde başvuruda bulunabilirler. Ancak karara dâhil edilmeyen ihtiyati tedbir kararları gibi mevzular için iptal istenemez.

Örneğin; MINE – GINE davasında, iptal davasını görüşen komite şu tespitte bulunmuştur; “ ICSID sözleşmesinin 52/1. maddesi iptal etmenin sınırlı sorumlu bir çözüm olduğunun ötesinde değildir.53. madde ise delillerin yeniden görüşülmesinin dikkate alınmadığını doğrular. İptal yanlış alınmış kararlara karşı bir çözüm metodu olamaz. 52.maddeye göre ise ad hoc komitesi sunulan kanıtlar doğrultusunda ana kararı tersine çeviremez”¹⁷².

Bir hakemlik kararının iptali neticesinde uyuşmazlık tarafları davanın tümünü ya da bir kısmını tekrar hakem heyet'ine sunabilirler.

5.4.3.1. Hakem Heyetinin Usule Uygun Kurulmaması

ICSID sözleşmesinin 52/1. maddesi gereğince, usule uygun mahkeme kurulmaması iptal nedenidir. Fakat bugüne kadar böyle bir dava örneğine henüz rastlanılmamıştır.

¹⁷¹ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1) ,Decision of 17 December 1992 on the Application by Indonesia and AMCO respectively for Annulment of the Arbitral Award of 5 June 1990 and the Application by Indonesia for Annulment of the Supplement Award of 17 October 1990, ICSID reports, 9, 2006, 3.03,3.07.

¹⁷² Klöckner Industrie –Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Societe Cametounaise des Engrais (ICSID CaseNo:ARB/81/2), ICSID Review, FILJ,1,1986,ad hoc Committee Decisions on Annulment of May3,1985, par. 17

5.4.3.2. Yetki Aşımı

ICSID sözleşmesi' ne göre iptal kararı için "yetki aşımı" nın açık ve belirgin olması gerekir. Mahkeme üyelerinin, tarafların sözleşmesine ve hakemlik anlaşmasına uymaması durumunda ya da tarafların ikili yatırım sözleşmelerinden sapması halinde yetkilerini aşmış oldukları varsayılır. Klöckner – Kamerun¹⁷³ davasında komite şu tespitte bulunmuştur; "hakemlerin kendi yargılama yetkilerini tespit etme yetkisi sadece kararın iptali sürecinde ad hoc komitenin denetimindedir

ICSID sözleşmesinin 25/1. maddesine göre bir Hakemlik mahkemesinin yargı yetkisinin bariz olmadığı bir durumda yargılama yapması, bu hakemlik mahkemesinin açıkça yetkisini aştığını gösterir. Aynı zamanda mahkemenin var olan bir yetkisini kullanmaması da bir iptal nedenidir. Vivendi –Arjantin¹⁷⁴ Davasında ad hoc komite "Bir ICSID hakemlik mahkemesi sadece sahip olmadığı yargılama yetkisini kullanarak değil, aynı zamanda sahip olduğu bir yargılama yetkisini kullanmadığı takdirde de yetki aşımı meydana gelmiş olur." İfadesini kullanmıştır.

Tarafların hakemlik anlaşmasının en temel unsuru uyumsuzluğun esasına uygulanan hukuk olmasıdır. Bu bağlamda irade serbestisi ilkesine göre tarafların rızasıyla belirlenmiş olan esasa uygulanacak hukuk dışında mahkemenin başka bir hukuk seçimi yapıp uygulaması verilen kararın en belirgin iptal nedenidir

¹⁷³ Compania de Aquas del Aconquija S.A.v.Argentine Republic (ICSID CaseNo:ARB/97/3 ICSID Review -FILJ,17,2002, Decision on the Challenge to the President of the Committee of 3 October 2001.

¹⁷⁴ Maritime International Nominees Establishment v.Republic of Guinea (ICSID(ICSID CaseNo:ARB/84/4), ICSID Review –FILJ,5,1990,ad hoc Committee Decision of 22 December 1989.par,5.05.-5.06

5.4.3.3. Yolsuzluk

Tarafsızlık, eşitlik ve adalet ilkeleri ICSID hakemlik mahkemelerinin en belirgin özellikleridir. Hakem seçiminde nitelikli, donanımlı, yüksek ahlaklı, profesyonel kişiler hakem olarak seçilirler.

Hakemlerin, ICSID Tahkim Mahkemesine zarar verecek herhangi bir davranışı, yargılama sürecinin doğruluğunu sorgulanır hale getirebilir. Mahkeme üyeleri göreve başlamadan önce bir metne imza atarlar ve yemin ederler, bunun mahiyeti, görevlerini kötüye kullanmalarını engellemek ve dürüstçe yargılama yapmalarını sağlamaktır. Bugüne kadar hiçbir hakemin yolsuzluk yaptığına dair herhangi bir iptal kararı ile karşılaşılmamıştır.

5.4.3.4. ICSID Temel Kurallarından Sapma

ICSID yargılama sürecinde, belirlenen usul kurallarından saparak farklı bir boyutta bir yargılama yapıldığı tespit edilirse, bu durum kararın iptali için yeterli sebeptir. ICSID Hakemlik sürecinde uygulanacak usul muhatapları tarafından önceden açık ve net bir şekilde bilinir. Yargılamanın dürüstçe, şeffaf ve güvenle yapılabilmesi için bu kural zorunludur.

Ad hoc komiteleri, bu bağlamda, iptal nedeni olan sapmanın söz konusu olduğu usulün temel kurallardan birinin olması gerektiğini ve uyuşmazlık taraflarından birisine bu sapmanın ciddi anlamda zarar vermesini tespit ederek yargılama sürecinin doğruluğuna ve adaletli bir karar verilmesinde etken olacağını düşünerek çalışma yapmalıdır.

MINE –Gine davasında, ad hoc komite bu kuralla ilgili şöyle bir tespitte bulunmuştur; “Temel usul kurallarında sapmanın iptal kararı olabilmesi için çok ciddi bir sapma olması gerekir. Komite bu sapmanın hem teknik hem de içerik olarak kıstaslar olduğu düşüncesindedir: usulden sapma temelde olmalıdır ve ilgili tarafı usul kuralının sağlamaya çalıştığı çıkarlarından ya da savunma mekanizmasından yoksun bırakacak şekilde olmalıdır ve her usul kuralından

sapma iptal kararı doğurmaz. UNCITRAL hükümlerinden 18.maddede bu kuralın bir örneği verilmiştir.'Taraflara eşit muamele yapılmalıdır ve her bir taraf kendi görüşlerini sunacağı olanaklara tam olarak sahip olmalıdır.' Temel usul kuralının anlamı Merkez tarafından kabul edilmiş olan hakemlik kurallarının hepsi olarak anlaşılmalıdır ”.

ICSID hakemlik kurallarının 27. maddesine göre ;“Eğer bir taraf, idari ve mali kurallara, sürece uygulanacak diğer kurallara, anlaşmalara ve bir mahkeme kararına uyulmadığını fark ettiğinde ya da herhangi bir itirazda bulunmamışsa ICSID sözleşmesinin 45. maddesindeki itiraz etme hakkından vazgeçmiş olur.”

ICSID sözleşmesi 45. maddesi ise şöyledir; “Herhangi bir uyuşmazlık tarafının toplantılara, duruşmalara katılmamasının ya da görüşlerini bildirmemelerinin diğer tarafın iddialarının kabul edileceği anlamına gelmez. Herhangi bir tarafın duruşmalara ve toplantılara katılmaması ya da savunmasını yapmaması halinde, karşı taraf, mahkemeden davanın var olan deliller ve kanıtlar doğrultusunda karar vermesini talep edebilir. Mahkeme ise bu konuda diğer tarafı uyarır, duruşmalara katılmasını ve savunmasını yapması için ona süre verir fakat niyet yoklaması yaparak bu konuda karşı taraftan herhangi bir çaba görmediği takdirde süre vermez.”

Anlaşıldığı üzere, yargılama devam ederken taraflar usul ile ilgili itirazlarını hemen yapmak zorundadırlar. ICSID yargılama kuralının temel prensibi eşitliktir. Dolayısıyla taraflara eşit bir şekilde kendi iddialarını sunabilme imkânı vermektedir. Usulden sapmama kuralı da bu eşitliği muhafaza etmek için düzenlenmiştir¹⁷⁵.

¹⁷⁵ M. Dikran Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi ve (ICSID)'in Kuruluşu ve İşlevi, Legal Yayınları, İstanbul, 2012 s.146.

5.4.3.5. Gerekçe

Taraflar kararı gerekçeleriyle birlikte anlar ve değerlendirir. ICSID sözleşmesine göre kararların gerekçeli olması gerekir. (ICSID,m.48/3) ICSID tahkim kararında gerekçenin olmaması bir iptal etme nedenidir. (ICSID,m.51/3(e))

Vivendi –Arjantin davasında ad hoc komite şu şekilde bir ifade kullanmıştır ; “ ICSID madde 51/1e göre iptal etme açık ve net bir şekilde gerçekleşir. Bir davada iptal etme nedeni iki koşulda oluşur, birincisi kararda gerekçenin belirtilmemesi ve hiçbir şekilde açıklamamış bir akıl yürütmeden yoksun bir özel noktanın bırakılması, ikincisi ise bu bırakılan noktanın mahkeme kararı için gerekli olması”¹⁷⁶.

Bu demektir ki; kararın özel bir bölümü için gerekçe açıkça belirtilmemişse, fakat kararın sonucundan akıl yürüterek herhangi bir sonuca varılabiliyorsa, ad hoc komitesi boş kalan gerekçeyi kendisi kurabilir ve böylelikle bu durum ICSID hakem kararlarının iptali sonucunu doğurmaz¹⁷⁷.

Kısacası, kararın dayandığı gerekçeler ile kararda ulaşılan sonuçlar arasında makul bir irtibat bulunmalıdır. Dayanılan gerekçeler ulaşılan sonucu haklı kılmıyor ve aralarında kabule şayan bir ilişki bulunmuyor ise, bu durum kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmemesi anlamında bir iptal sebebi oluşturur¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Maritime International Nominees Establishment v.Republic of Guinea, ad hoc committee, par.104

¹⁷⁷ Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi ve (ICDID)'in kuruluşu ve işlevi s.147.

¹⁷⁸ Gökçen Turan T.C. Başbakanlık, Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası Dergisi / 2, 2002, s. 93.

SONUÇ

Uluslararası ticaretin gelişim döngüsü gerçek anlamda liberasyon anlayışının benimsenmesiyle kendisini göstermeye başlamıştır.

Adam Smith' in “ Bırakınız yapsınlar, bırakınız gitsinler ” ünlü sözü ve iktisat anlayışı özümsemiş, ulusal ve uluslararası ekonomik faaliyetlerde serbestleşme başlamış, ülkeler daha esnek ve yumuşak ekonomik politikalarla ticaret hacmini artırma yönünde girişimlerde bulunmuşlardır.

1929 ekonomik buhranından sonra ve 20. yüzyılın başlarından itibaren eski sömürge ülkelerinin bağımsızlıklarını kazanmaları dolayısıyla kendi ulusal hukuk sistemleriyle ve yeni pazarlarıyla dünya sahnesine çıkışları, en önemlisi de sosyalist sistemlerin kapitalist sistemlere dönüşleri, ülkeler arasındaki çeşitli, kültürel, demografik ve ekonomik boyutları açığa çıkardı.

Dünyada ki orantısız doğal kaynakların dağılımı, yer üstü ve yeraltı zenginliklerinin farklılığı, doğal olarak ülkeler arasındaki üretim fazlalığı ya da işgücü ve sermaye ihtiyacı veyahut eksikliği, dünya da bir arz talep dengesizliğini ortaya çıkarmıştır.

Serbest ekonomiyle birlikte arz talep dengesizliğinin kendi kendine, doğal bir süreç içinde dengeye gelmesi, uluslararası ticaretin gelişimine paralel olarak birlikte işleyen bir mekanizma olmuştur.

Bunun en önemli sebebi yeryüzünde serbest ekonomiyle üretim faktörlerinin çok rahat yer değiştirme imkânı bulmasıdır. Ülkeler, uluslararası ticareti koruyucu politikalar üretmişler ve uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırma çalışmaları yaparak, uluslararası yasal bir zemine oturtmaya çalışmışlardır.

ABD Başkan'ı Rosevelt'in Bretton Wood Kasabası'ndaki açılış konuşmasında bu konuyla ilgili şöyle bir açıklaması olmuştur.

“Ticaret, özgür toplumların can damarıdır, kan akışını sağlayan bu arterlerin, geçmişte anlamsız ekonomik, düşmanlıklar nedeniyle yapay engellerle tıkanıdığı gibi tıkanmamasını sağlamak zorundayız”.

Son yıllarda gelişen bilişim teknolojileri ve lojistikte yaşanan gelişmeler sayesinde uluslararası ticaret kendi doğal sürecinde hızla ilerlemektedir. Bu ilerlemeler dünyayı küçük bir köye dönüştürmüştür.

Bu süreçte ülkeler, yabancı sermayeyi ülkelerine çekebilmek için adeta bir yarış içindedirler. Burada işleyen mekanizma, gelişmiş ülkeler geliştirmekte olan ülkelere sermaye aktarımında bulunarak yani yatırım yaparak, hem kendi ülkelerine hem de 3. Dünya ülkelerine katkıda bulunmaktadır. Bu yatırıma doğrudan yabancı yatırım denir.

Tüm bu ticari gelişmeler yaşanırken, bu gelişmelerin nihayetinde doğal bir ihtiyaç olarak uluslararası ticaret hukuku ortaya çıkmaktadır. Çünkü yatırımların başında ya da sonunda herhangi bir hukuki uyuşmazlık tarafların karşısına içinden çıkılmaz bir problem olarak kendini gösterebilir.

Yatırımcılar ile ev sahibi ülkeler arasında meydana gelen bu yatırım uyuşmazlıkları, devletlerin egemenlik anlayışları ile yatırımın getirdiği olumlu sonuçlar arasında çelişkiler meydana getirmiştir. Bu durum karşısında, taraflar arasında sözleşme safhasında, tüm bu sorunların üstesinden gelebilmek ve yatırım işleyişini aksatmadan, tarafların menfaatlerine zarar vermeden sonuçlandırmak için bu alanda ön planda olan ticaret aktörleri ya da hükümetler birtakım hukuki mekanizmalar kurarak çözüm bulmaya çalışmışlardır.

Bu hukuki mekanizmalar, UNCITRAL, MAI, WIPO, MIGA, ICC VE ICSID gibi tahkim örgütlenmeleridir. Dünya da en çok tercih edilen ICSID tahkimidir.

Buradaki amaç, birçok ülkede işleyen ağır hukuk sisteminin olması ve bu yargılama sisteminin yatırım uyuşmazlıklarına cevap verememesidir. Yabancı yatırımcılar, yatırımda buldukları ülkelerin, ekonomik, hukuk ve politik olarak

kendilerine güvence istikrar sağlamlarını isterler. Çünkü yatırımlar günübirlik değil uzun sürelidir.

Kamu yatırımlarında bir yabancı yatırımcı ve karşısında ev sahibi devlet bulunmaktadır bu durumda çıkan her hangi bir uyuşmazlığı çözecek, uluslararası uzman bir mahkeme ihtiyacı doğmaktadır. Devletin taraf olduğu bir yargılama sistemi, kamunun devlet yararına olduğunu düşünerek tarafsız olamayacaktır. Dünya devletleri bu bağlamda, uluslararası ticari sözleşmelerde, uluslararası hakemlik yasalarını uygulamaya koymuşlar ve benimsemişlerdir.

Yabancı yatırımların bütün risklere karşı korunması için Dünya Bankası'nın kurmuş olduğu Tahkim Mahkemesi ICSID sözleşmesi' ne dayanan yatırım tahkimidir.

ICSID sözleşmesi, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki, tazminat, yatırımcının vatandaşlık sorunu, esasa uygulanacak hukuk, millileştirme, tarafların imzaladığı yatırım sözleşmesinde var olan hükümlerin uygulanmamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş bir uluslararası tahkimdir.

ICSID tahkimi yargılama usulü, bu sistemin uyuşmazlığın konusu itibariye ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlığın konusu bir tarafta yabancı yatırımcı diğer tarafta ev sahibi devlet bulunmaktadır. Bu bağlamda taraflar arsında, tarafsızlık ve menfaat eşitliği sağlama zorunluluğu vardır. Bunun içindir ki ICSID yargıla şeklinin oluşumu herhangi bir ulusal hukuk yargılaması örnek alınarak oluşturulmamıştır.

ICSID Tahkimi yargılama şekli, tarafların rızası ile oluşturulmaktadır, kendi aralarında yaptıkları sözleşme ve bu sözleşmeye koydukları ilerde olabilecek uyuşmazlıkların çözümünde ICSID tahkimini tercih ettiklerini belirterek başlatmış olurlar. Ayrıca her yatırım uyuşmazlığın bu tahkime getirilmesi, ICSID yargılama yetkisinin her uyuşmazlığa doğacağı anlamına gelmez.

ICSID yargılama usulü, usul olarak diğer yargılama şekilleriyle benzerlik gösterir fakat bu yargılama şekli geleneksel yargılamalara göre daha hızlı, detaylı ve uzman kişiler tarafından yapılır. ICSID tahkimin yargılaması usulünde hakemler ara kararlarda alabilir ya da gerekli gördüğünde yargılamayı durdurabilir, bunların hiçbiri bağlayıcı değildir. Ancak hakemlik kararı, kesin karardır ve bütün taraflar için bağlayıcıdır.

Yargılama yapacak olan hakemler ICSID' e üye olan bütün ülkelerden titizlikle ve özenle seçilmişlerdir.

Yargılama yeri ya da yargılama dili itibariyle hiçbir hukukun ya da şahsın egemenliğinde değildir. Bütün işlemler tarafların tercih sebebidir.

Devletlerin yatırımların korunması ve teşviki amacıyla kendi aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmalarının dayanağı ICSID tahkiminin yargılama şeklidir. Herhangi bir ülke söz konusu anlaşmayı imzaladığı zaman uyuşmazlığın çözümü konusundaki hukuki dayanakları ICSID tahkimine başvurularıdır.

ICSID tahkimi yargılama usulünde diğer tahkimlerden farklı olarak ulusal hukuklar tarafından yargılama sonucuna müdahale edilemez. ICSID tahkiminin özgün ve kendine has yapısı ülkeler arasındaki ikili anlaşmaların varlığını artırmıştır.

ICSID yargılama usulü sayesinde, yatırım uyuşmazlıkların çözümü politik bir araç olmaktan çıkmış, yalnızca uyuşmazlık taraflarının çıkarlarını gözeten adil, tarafsız özel bir sistem haline gelmiştir. Bu yargılama şeklinde ki var olan, seçilmiş hakemlerden oluşan bir panel sayesinde taraflar istedikleri hakemi seçme şansına sahiptirler.

Özellikle ICSID hakem heyetinden çıkan kararın, bütün üye ülkelerde doğrudan tanınması ve tenfizi gücü, devletlerin başka bir ülkede yatırım yapan vatandaşlarını, yatırım yaptıkları ülkeye karşı, diplomatik koruma uygulamalarını yasaklanmasını sağlamıştır.

ICSID yargılama şeklinde, yargılama konusu itibariyle yatırımın söz konusu olması gerekir. Bu yargılama şeklindeki her türlü yatırım uyuşmazlığı yargılamanın konusu olabilir. ICSID sözleşmesinde yatırımın genel geçer bir tanımı yapılmamıştır.

ICSID Tahkimi yargılama şeklinin en kritik noktası esasa uygulanacak hukuk seçimidir. Yargılamanın yönünü seçilen hukukun esas teşkil edecek ve sonuç seçilen bu hukuk üzerine şekillenecektir. ICSID sözleşmesindeki tarafların irade serbestîsi ilkesi doğrultusunda inandıkları güvendikleri hukukun yargılmasını seçebilirler, hiçbir hukuk seçimi olmadığı takdirde uluslararası hukuk kuralları geçerlidir.

Bu tahkimin yargılama usulünün tek boşluğu, hukuk seçiminin olmaması durumunda uluslararası hukuk kurallarının uyuşmazlığa uyarlanması sorunudur. Çünkü henüz tam anlamıyla oluşturulmuş bir uluslararası ticaret hukuku mevzuatı yoktur.

ICSID yargılama usulünün milletler üstü bir diğer özelliği de tarafların isteği üzere ve yahut tahkim heyeti uygun gördüğünde yargılamanın başında ya da herhangi bir aşamasında ihtiyati tedbir kararının gerekli olduğuna karar verilmesidir.

ICSID yargılama şeklinin en radikal uygulamalarından birisi, hiçbir hukukun hâkimiyeti altında yargılama yapmıyor olmasıdır. Herhangi bir kararın yorumlanması, yeniden gözden geçirilmesi veya geçersiz kılınmasının talebi söz konusu olduğunda başvuruda bulunulacak yetkili mercii yine ICSID'in kendisidir.

ICSID Tahkimi usulünün önemli bir ayrıntısı; kararın, yorumlama, gözden geçirme ya da iptali söz konusu olduğunda bu işlemler için daha önceki hakemlerden oluşmayan yeni bir tahkim komitesinin oluşturulmasıdır ki buda yargılamanın tarafsızlığının kanıtıdır.

ICSID yargılama şekli itibariyle, şeffaflığı, tarafsızlığı, güveni ve gizliliği amaçlar. Bu yargılama usulünün diğer tahkimlerden bir farkı da temyize götürülememesidir, bir üst makamı yoktur.

ICSID Hakem yargılamasından çıkan sonuç, bütün üye ülkeler için bağlayıcıdır ve bütün ülkeler için bağlayıcı kararlar olmasına rağmen, kamulaştırma davalarında milletlerin egemenlik haklarına saygıdan dolayı kamulaştırmayı genellikle haklı bulmuş ancak kamulaştırmanın yapılmış olduğu tarihteki bölgenin ekonomik ve siyasi konjonktürüne göre tazminat hesaplatmış ve bu tazminatı ev sahibi devlete ödetmiştir.

ICSID yargılama usulünün en ilginç yanı, yargılama neticesinde çıkan kararın bütün üye ülkeler tarafından kendi yerel mahkemelerinden çıkmış gibi tanınmasının ve tenfizinin sorgusuz kabul edildiği halde, icrasının yapılmasının ulusal hukuklara bırakılmasıdır. İcranın ulusal hukuklara bırakılması icranın uygulanabilirlik sorunsalını ortaya çıkarmıştır. Çünkü her ülkenin yargı ve icra bağışıklığı sistemi birbirinden farklıdır.

Herhangi bir kararın icra edilememesi durumunda Dünya Bankası ve İMF ile ters düşen bu ülkeler ICSID sözleşmesinden çekilme kararı alabilirler. Çünkü ICSID Tahkim yargılamasına göre, çıkan icra kararının, ait olan ülkede hacz edilememesi durumunda, ev sahibi ülkenin başka bir ülkedeki malları üzerinde icra edebilme hakkı vardır.

Böyle bir durumda aynı ya da benzeri davaların kararlarının icrasının uygulanabilirliği aynı sonuçları vermemektedir.

Günümüz dünyasının da geldiğimiz noktadaki ekonomik sistem, ICSID yargılama usulünün oluşumunu şekillendirmiştir. Bu tahkimin yargılama şekli, tarafsız, güvenilir ve kesin kararlar sonuçlandırması itibariyle ve bu yargılama esnasında, hiçbir dil, din, sosyal statü, herhangi bir ayrımcılık, milliyet, ülke ya da şahıs menfaati gözetmeksizin çalışan bir mekanizma olması dünya tarafında tercih sebebidir. Davaların yayınlanmasından dolayı şeffaftır.

Kısacası ICSID tahkimi yargılama usulü kapitalizmin bir uzantısıdır ve kapitalizm bu yargılama usulünün oluşmasındaki en büyük etkidir.

Bu kapsamda 29 Kasım 2014 tarih ve 6570 nolu kanun ile yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak, bu Kanunun uygulanmasını yürütmek ve Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine tabi İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur. İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR, MAKALELER ve DERGİLER

- AÇIKALIN, Mehmet Can, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme" Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s,31, ILM,21,1982, Award of 30 November 1979.
- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.baskı, 2013.
- AKINCI, Ziya, Türk Yatırımcıların Yurtdışındaki Yatırımlarının Korunması Açısından ICSID, 2. Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayınları, 2009.
- ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1973.
- ALEJANDRO, Escobar A., Three Aspects of ICSID's Administration of Proceedings, 2 News from ICSID Sayfa:14, 1997.
- ARON, Broches,"The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States", Recueil des Cours. Sayfa: 136, 1972.
- AYGÜL, Musa, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:XVII, Sayı:1-2, 2013.
- BALCI, M, İtilafların Çözüm Yolları Ve Tahkim, İstanbul,1999.
- BERNARDİNİ, Piero, "Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs" in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner, Paris, Sayfa:89-108, 2005.
- BİRSEL, Mahmut Tefik, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel sayı.

- BORALESSA, Anoosha, Enforcement in The United States and United Kingdom of ICSID Awards Against The Republic of Argentina: Obstacles That Transnational Corporations May Face, 17(2004) N.Y Int'l L.Rev., 83.
- BROCHES, Aron, Arbitration under the ICSID Convention, International Centre for settlement of Investment Disputes publications, Washington DC 1991, s.1-16,(Arbitration),s,8.
- BROCHES, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States Recueil des Cours, s 340; 136, 1972.
- BURHAN, Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Mart – 2004.
- CANDANER-ELVER, Nazan, İstanbul Ticaret Odası, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları Semineri, Konu: Tahkim Sistemlerinde Hakemlerin Seçimi, Tayini ve Konuya İlişkin Güncel ve Somut Sorunlar Yayın No:16, 2004.
- CHRISTOPHER H. and SCHREUER, A. Commentary On The Convention On The Settlement Of Invesmen Disputes Between States And Nationals Of Other States, Cambridge , 2001.
- ÇAL, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, Ankara 2009.
- DEMİR-Egemen, I, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- DOST, Süleyman, “Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi”, Ankara, 2006.
- EDWARD Baldwin/Mark Kantor/Michae Nolan, Limits of Enforcement of ICSID Awards, 23(2006)1 JIA, s,3.

- EJDER, Yılmaz, “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim”, Makaleler (1973-2013). Yetkin Yayınları, 2. Cilt, Ankara 2014,
- EKŞİ, Nuray, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinde Tahkim Yoluyla Çözümü” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:II, Sayı:1, 2005.
- EKŞİ, Nuray, “Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme”, 2 YTHFD, 2005.
- EKŞİ, Nuray, Devletler ve Diğer Devletlerin arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Hakkında Konvansiyon – ICSID, Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözülmesi Sempozyumu Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999.
- EKŞİ, Nuray, ICSID Hakem kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası Beta Basım, İstanbul 2009.
- EMEK Uğur, Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, DPT Yayınları, 1999.
- FARUK, Giray Kerem, Milletlerarasında Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- GIARDINA, Andrea, “ICSID A Sel-contained Non-National Review System”, International Arbitration in the 21 st Century: Towards “ Judicialization and Uniformity” (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors :R.Lillich and C.Brower), Transnational Publisher,Irvington,New York,1993.
- GİRAY, Faruk Kerem, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat Ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, , Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÖRUN, Lütfi Şanal, Medeni Usul Hukuku,3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- HANESSIAN, Grant, Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında UNCITRAL Kuralları, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Sayfa: 319, 14 Şubat 2009.

- IBRD, Report of the Executive Directors on the Convention on The Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States, New Jersey, The Lawbook, par,30, Exchange 2003.
- IŞIK, Olcay, "Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:7, Sayı:28, 2011.
- IŞIKTAÇ, Nazım Can, ICSID tahkim kararlarının tenfizi ve iptali, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2011.
- İSTE, Cansu, ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları, On İki Levha Yayıncılık, 1.baskı, Şubat, İstanbul, 2013.
- JELLINEK, Georg, "L'Etat moderne et son droit, Traduction française par Georges Fardis", Paris, V. Giard & Brière, Cilt:I, 1911.
- KALPSÜZ, Turgut, "Hakem Kararlarının Milliyeti", Batider, Cilt:IX, Sayı:3, 1978.
- KALPSÜZ, Turgut, "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", İkinci Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2010.
- KAMİL, Yıldırım, M. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ICSID ve ICSID' DE Arabuluculuk Makale, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, TAHKİM, 2009.
- KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçki Basımevi, Ankara.
- KARAYALÇIN, Yaşar, "Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 19, Sayı:3, Eylül 1998.
- KILAVUZ, Ali Kemal, "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı:1-2, 2009.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: VI, 6. Baskı İstanbul 2001.
- LEW, Julian, D., LOUKAS, A. Mistelis and KRÖLL, Stephan, Comparative International Arbitration, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

- MOSES, Margaret, L. The Principle and Practice of International Commercial Arbitration, 2. baskı, Cambridge, Cambridge University Press, Sayfa:12, 2012.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 20.Baskı, Beta yayınları, İstanbul 2013.
- NOMER, Ergin, EKŞİ Nuray, ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- NOMER, Ergin, EKŞİ, Nuray, ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta Kitabevi, 3. Baskı, Cilt:1, İstanbul 2008.
- NOMER, Ergin, EKŞİ, Nuray, ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- OKÇUOĞLU N. Yavuz, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1991.
- OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, "Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları", TBB Dergisi, Sayı: 70, 2007,
- ORAK, Cem Çağatay, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve ICSID Tahkimi", Ankara Barosu Dergisi, 4 Ocak, 2005.
- ÖZSUNAY, Ergun, 2004, Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda kurumsal tahkimin güncel sorunlar, kurumsal tahkim sistemlerinde ve bazı" uluslararası tahkimle ilgili düzenlemelerde geçici ve koruyucu önlemler, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 16, İstanbul, 2004.
- PEDRO, M. ve MARTINEZ-FRAGA, J., Latin Amerika ve Florida Bölgeleri Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Uygulama Grubu'nun Koordinatörü. Milletlerarası Ticari uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne ilişkin İstanbul Konferansı,1.baskı, Beta Yayıncılık, 2007.
- SCHREUER, C., Commentary on the ICSID Convention-Article 41-42-43-44, ICSID Rev., FILJ, C.1121.
- CHRISTOPH, Schreuer, The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures

- SCHREUER, C., Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention (Commentary) No:2, 1997.
- SCHREUER, C., "Decisions ex aequo bono by International Courts and Arbitral Tribunals, in International Arbitration": Liber Amicorum for Martin Domke (Decisions by International Courts), 1967.
- SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik sözlük, Güzem Yayınları.
- SHIHATA I. and PARRA A.R., "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", ICSID Rev. FILJ, Cilt:9, No:2, Sayfa:183-213, 1994.
- SORNARAJAH, M., "The Settlement of Foreign Investment Disputes", Kluwer Law International/The Hague/, Sayfa:30, London, Boston, 2000.
- STONE, J., "Non-liquet and the Function of Law in the International Community, British Yearbook of Int'l Law, Cilt:35, Sayfa:112-128, 1959.
- SADRULEŞRAF, Ali Hüseyin Türk "Milletlerarası Tahkim Kanunu"na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 9, Sayı
- ŞANLI, C., Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Esasa Uygulanacak Hukuk) , Ankara 1986.
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- TANRIVER, Süha, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim Kemal Oğuzman'a Anısına Armağan, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2000.
- TBMM Tutanak Dergisi, 46.Birleşim, Cilt:9, 10.08.1999.
- TİRYAKIOĞLU, B., Taşınır Mallara İlişkin Uluslararası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, (Satım Akitleri), Ankara 1996.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, İçinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, Ankara, 2001.

- TURAN, Gökçen, "T.C Başbakanlık, Sermaye Piyasası Kurulu", Sermaye Piyasası Dergisi Sayfa:2, 2002.
- TUYGUN, Salih, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:1 Turhan kitabevi, İzmir, 2007.
- YEŞİLİRMAK, Ali, "Jurisdiction of The International Centre for Settlement of Investment Disputes Over Turkish Concession contracts". (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi) , ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, (jurisdiction of ICSID). Vol:14, No:2, 1999.
- YEŞİLİRMAK, Ali, Provisional Measures in International Commercial Arbitration,Hauge s,62-63, 2005. Anoosha boralessa,enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the republic of Argentina: Obstacles That Transnational Corporations May Face,17(2004) N.Y Int'l L.Rev.,82.
- YEŞİLİRMAK, Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, (Merkez'in İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi) Batider, Cilt:XX, Sayı:2, Aralık -1999.
- YILDIRIM, Deren, N., Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004.
- YILDIRIM, Deren, N., Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr,Yavuz Alagonya için Armağan , İstanbul, 2007.
- YILMAZ, İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID.istanbul,2004,34-35;Susan Choi,Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New YORK Conventions,28(1995-1996) N.Y.U.J.Int'l L.&Pol., s.177; R.Doak BISHOP/James CRAWFORD/W. Michael Reisman, Foreign Investment Disputes Cases Materials and Commentary, Kluwer Law International, Sayfa: 318, 2005.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran M., Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.

ZENGİNKUZUCU, Dikran, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının çözüm merkezi ve (ICDID)'in kuruluşu ve işlevi, Legal yayınları, İstanbul, 2012.

MAHKEME KARARLARI

AGIP S.p.A v. People's Republic of the Congo (ICSID Case No.ARB/77/1), ILM,21,1982, Award of 30 November 1979.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision of 17 December 1992 on the Application by Indonesia and AMCO respectively for Annulment of the Arbitral Award of 5 June 1990 and the Application by Indonesia for Annulment of the Supplement Award of 17 October 1990, ICSID reports, 9,2006, 3.03,3.07.

Atlantik Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Ginea (ICSID Case, No. ARB/84/1,) ICSID reports.3.1995.Award of 21 April,1986, par,17.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A v.Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No.ARB/00/5), ICSID Review–FILJ,16,2001 Decision on Jurisdiction of, par.107, 27 September 2001.

BENVENUTÍ et Bonfant v. People's Republic of the Congo (8.8.1980): ILM., vol.21, s.740-746, 1982

Compania de Aguas del Aconquija S.A.v.Argentine Republic (ICSID CaseNo:ARB/97/3 ICSID Review -FILJ,17,2002,Decision on the Challenge to the President of the Committee of 3 October 2001.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v The Republic of Costa Rica (ICSID caseno. ARB/96/1), ICSID Review – FILJ, 15, 2000, Award of 17 February

GOETZ Antoine and OTHERS V. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3) ICSID Review –FILJ 15 (2): 454-456, 20002000; and Rectification of Award of 8 June 2000, par. 64-65.

In SPP v Arab Republic of Egypt (ICSID Case No:ARB/84/3). ICSID review – FILJ,8,1993 , Award and Dissenting Opinion of 20 May 1992, par,225.

Klöckner Industrie –Anlagen Gmbh and others v.United Republic of Cameroon and Societe Cametounaise des Engrais (ICSID CaseNo:ARB/81/2),ICSID Review, FILJ,1,1986,ad hoc Committee Decisions on Annulment of May3,1985, par17.

Maritime International Nominees Establishment v.Republic of Guinea (ICSID CaseNo:ARB/84/4), ICSID Review –FILJ,5,1990,ad hoc Committee Decision

Railroad Development Corporation and Republic of Guatemala, ICSID Case No: ARB/07/23, Decision on Provisional Measures of 22 December 1989.par,5.05.-5.06

Wena Hotels Limited v. Arab of Republic Egypt, ICSID Case No. ARB98/4),Decision on the Claimant’s Application for Interpretation of the Abitral Award dated

Yearbook of International Law Commission, C.II, s.84, 19588December 2000 on 31 October 2005,par,8.

GAZETE KAYNAKLARI

4446 sayılı Kanun, 13.08.1999, 14.08.1999/23786 sayılı Resmi Gazete.

1086 sayılı Kanun,02.03.04.07.1927, 622.623.624 sayılı Resmi Gazete.

2675 sayılı Kanun, 20.5.1982, 17701 sayılı Resmi Gazete.

3453 sayılı Kanun 27.05.1988, 06.12.1988, 20011 sayılı Resmi Gazete.

3460 sayılı Kanun, 27.5.1988, 6.12.1988/19830 sayılı Resmi Gazete.

4686 sayılı Kanun, 05.07.2001, 24453 sayılı Resmi Gazete.

4875 sayılı Kanun, 05.06.2003, 17.06.2003/25141 sayılı Resmi Gazete.

5718 sayılı Kanun, 27.11.2007, 26728 sayılı Resmi Gazete.

6100 sayılı Kanun,12.01.2011, 27836 sayılı Resmi Gazete.

4519 sayılı Kanun, 6.2.2000, 2395 sayılı Resmi Gazete.

1086 sayılı Kanun, 02,03,04,07.1927,622.623.624 sayılı Resmi Gazete.

4446 sayılı Kanun,14.08.1999,23786 sayılı Resmi Gazete

4492 sayılı Kanun, 18.12,1999, 21.12.1999/23193 sayılı Resmi Gazete

4501 sayılı Kanun, 21.01.2000, 22.01.2000/23941 sayılı Resmi Gazete

4734 sayılı Kanun, 22.01.2002, 24648 sayılı Resmi Gazete

4833 sayılı Kanun, 31.03.2003, 25065 sayılı Resmi Gazete

4577 sayılı Kanun, 15.06.2000, 24080 sayılı Resmi Gazete

4586 sayılı Kanun, 23.06.2000, 24094 sayılı Resmi Gazete

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590>

www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf.

<http://icsid.worldbank.org>

www.legal.un.org/ilc/texts/instruments,

www.un.org/law/ilc,

www.worldbank.org/ICSID/Staticfiles/basicdoc/-en.htm

<http://icsid.worldbank.org/ICSIDWEB/Documents/Summer.pdf>.

www.italaw.com

<http://www.oxfordjournals.org/jp/index.html>

EK

ÖRNEK DAVA

KİŞİSEL TERCÜME

ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMAZLIKLARI
ÇÖZÜM MERKEZİ

WASHINGTON D.C

DAVA NO:ARB/98/5

BAY EUDORO ARMANDO OLGUIN
(Davacı)

PARAGUAY CUMHURİYETİ
(Davalı)

HAKEM KARARI

MAHKEME HEYETİ
Bay Rodrigo Oreamundo, Başkan
Bay Francisco Rezek, Hakem
Bay Eduardo Mayora Alvarado, Hakem

MAHKEME SEKRETERİ
Bay Gonzalo Flores

Taraflara sevk tarihi: Temmuz 26, 2001

MAHKEME

Yukarıda belirtildiği gibi oluşturulmuş, Müzakereleri tamamlamış, Bu vesile ile aşağıdaki kararı bildirir:

I. Giriş

1.Davacı, Eudoro Armando Olguin, Peru ve Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlıklarına sahiptir. Miami, Florida, Amerika Birleşik Devletleri'nde ikamet etmektedir. Bu dava boyunca aşağıda belirtilen kişiler tarafından temsil edilecektir:

DrGonzalo García-Calderón Moreyra,
Estudio García-Calderon, Ghersi & Asociados
Dava için aşağıdaki ofise kayıtlı:
Libertadores 350
San Isidro
Lima 27, Peru

2.Davalı, Paraguay Cumhuriyeti (Paraguay) aşağıda belirtilen kişiler tarafından temsil edilecektir:

Dr Juan Carlos Barreiro Perrotta,
Başsavcı, Paraguay Cumhuriyeti,
Dava için aşağıdaki ofise kayıtlı:
Washington, D.C.'de Paraguay Büyükelçiliği
2400 Massachusetts Avenue N.W.
Washington, DC, 20.008

3. Bu karar, tahkim işlemleri (Tahkim kuralları) için ICSID muhakeme usulü kuralları, 38 no'lu tüzüğe bağlı olarak mahkeme tarafından takibatın kapatılması beyanını içermektedir.

DAVA

II. Duruşma Özeti

A. Yetkiye ilişkin karara götüren dava süreci

4.27 Ekim 1997 tarihinde Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (ISCID veya Merkez) Eudoro Armando Olguin tarafından, Paraguay Cumhuriyetine karşı, tahkime gitme talebi almıştır. Talep, Bay Olguin'in yatırım yapmış olduğu Paraguay'da bulunan, gıda üretimi ve dağıtım işi yapan şirketle ilgili olarak, iddia edilene göre Paraguay'lı yetkililerin işlemlerinden doğan bir anlaşmazlığı içermektedir. Davacı, talebinde, Paraguay Cumhuriyeti ve Peru Cumhuriyeti arasındaki "yatırımın karşılıklı korunması ve iyileştirilmesi(BIT)1**" konusunda antlaşma hükümlerine atıfta bulunmaktadır.

5.Tahkim talebinin tesliminde, Merkez, Tahkim Duruşmaları ve uzlaşma kurumunun, (Kurum kuralları) ISCID muhakeme usul kuralları tüzük 5(1)(a) ve 5(1)(b) atıfta bulunarak; talebin alındığını onaylamış ve itiraz sahibini; ICSID İdari ve Mali yönetmelik, tüzük 16 ya göre konaklama talebi ücretinin (lodging request fee) ödenmesine kadar herhangi bir eylemde bulunulmayacağı hususunda bilgilendirmiştir. Merkez Ek olarak Bay Olguin'den şu taleplerde bulunmuştur: (I) Tarafların anlaşmazlığı konusunda tamamlayıcı bilgi (ii) Devlet ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki Yatırım Anlaşmazlıkları Uzlaştırma Sözleşmesi tüzükleri gereğince tahkim talebine konu olan anlaşmazlığın sunulmasına ilişkin Paraguay'ın izni ile ilgili daha detaylı bilgi; ve (iii) anlaşmazlığa konu olan durumun kesin bilgisi. Davacı bu sorulara 15 Aralık 1997 tarihli mektubunda cevap vermiştir.

6.Davalının yukarıda geçen konaklama talep ücretini ödemesinden sonra, Merkez, Kurum tüzük 5(2) hükümleri gereğince 5 Ocak 1998 tarihinde tahkim talebinin bir kopyasını ve davalı tarafından sağlanan tamamlayıcı dökümanlarla, o tarihe kadar olan yazışmaları Washington D.C deki Paraguay Cumhuriyeti elçiliğine göndermiştir.

1*-31 Ocak 1994 tarihinde Paraguay ve Peru arasında imzalanan ve 18 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren antlaşma, bundan sonra BIT olarak anılacaktır.

7.11 Şubat 1998 de, Merkez, Bay Olguin'den, Paraguay veya herhangi bir ülkedeki, tahkim için talepte bulunduğu iddia edilen anlaşmazlık konusuna dair yasal işlemlerin varlığı için ek bilgi talebinde bulunmuştur. Ayrıca Merkez, davacının sahip olduğu çeşitli yatırım araçlarını garanti altına alan Paraguay cumhuriyet'inin iddia edilen yükümlülüklerinin kaynağı ve kesin şartları hakkında daha fazla bilgi talep etmiştir. Davalı 17 Aralık 1998 tarihinde ICSID'in taleplerine cevap vermiştir.

8.21 Mayıs 1998 tarihli mektubunda, Paraguay Cumhuriyeti, Bay. Olguin'in tahkim talebini ret ettiğini Merkez'e bildirdi, ve : (I) davalının etkilendiği ticari işlemlerin yatırım olduğunu inkar etmiş; (ii) Paraguay'a dayandırılan güvencelerin varlığından habersiz olduğunu iddia ederek; (iii) anlaşmazlık sonucunda Paraguay Merkez Bankası tarafından Bay Olguin'e yapılan ödemenin varlığını onayladığını, (iv) Bunun sonucunda davacının Paraguay yetkililerine karşı açılacak resmi işlemlerden feragat ettiğini yazılı olarak bildirdiğinden bahsetti ; (v) Bay Olguin'in adli kovuşturma yolunu seçtiği için, Peru-Paraguay BIT'indeki çözüm mekanizmalarının kabul edilemezliğinden, böylece uluslararası tahkimin geçersiz olacağına atıfta bulundu; (vi) Bay Olguin ve Paraguay Cumhuriyeti arasındaki anlaşmazlığın varlığını ret ettiğini; ve ICSID'den önce tarafların anlaşmazlığı tahkime sunmak için önceden yazılı izinlerinin olmadığını dile getirdi. Bu mektuba davacı 17 Haziran 1998 tarihli yazısında detaylı olarak cevap vermiştir.

9.26 Ağustos 1998 de Merkez'in Genel Sekreteri ICSID sözleşmesi Madde 36(3) uyarınca talebi tescil etti ve tarafları Kurum kuralları, tüzük 7 gereğince talebin tescil edildiğini ve Tahkim mahkemesine davetlerini bildirdi.

10.29 Ekim 1998 tarihinde, talebin kaydından 60 günden daha fazla süre geçmesi ardından davacı ICSID Genel Sekreterini, ICSID sözleşmesi Madde 37(2)(b) deki konular dâhilinde mahkeme oluşturmayı tercih ettiği konusunda bilgilendirdi. Buna bağlı olarak, Mahkeme 3 hakem tarafından oluşturulacaktır, bir hakem, Bay Olguin tarafından atanacak, diğeri Paraguay Cumhuriyeti tarafından ve üçüncü hakem ise mahkemeye başkanlık edecek ve tarafların ortak kararıyla seçilecektir. Aynı mektupta davacı, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı Profesör Dale Beck Furnish'i bu dava için atadığını belirtmiştir.

11.23 Kasım 1998 tarihinde, Paraguay, Dış İşleri Bakanlığı Hukuki İşler Müdürü Joze A. Fernandez tarafından imzalı mektubunda, Paraguay vatandaşı olan Walter Villalba Zaldivar'ı hakem olarak seçtiğini bildirmiştir.

12.Merkez, Paraguay Cumhuriyeti'ni, tahkim kuralları 1(3) ve ICSID Sözleşmesi Madde 39 gereğince, tahkimin 3 hakemden oluşacağı konusunda, hakemlerin; anlaşmazlığa konu olan tarafın ulusunda veya anlaşmazlığa konu olan ülkenin taraflardan biri olması durumunda atanacak hakemin karşı tarafın onayını alması gerektiği konusunda bilgilendirmiştir. Davacı tarafın, onaylamadığını belirttiği için Paraguay'ın atadığı hakem Bay Walter Villalba Zaldivar geri çekilmiştir. Bunun sonucunda 25 Kasım 1998 de Paraguay Cumhuriyeti, Brezilya vatandaşı olan Hakim Francisco Rezek'i bu davaya hakem olarak atamıştır.

13.Taraflar mahkemenin başkanlığını yapacak olan üçüncü bir hakem atama konusunda ortak bir karara varamamışlardır. Bu şartlar altında, tahkim talebi kayıt tarihi üzerinden doksan günden fazla zaman geçmiş, davacı 12 Ocak 1999 tarihindeki mektubunda; ICSID sözleşmesi madde 38 ve Tahkim kuralları 4. tüzük *2 gereğince tahkime başkanlık edecek olan üçüncü hakimin Merkez'in Yönetim Kurulu Başkanı tarafından atanması talebinde bulunulmuştur.

14.ICSID Yönetim Kurulu Başkanı, taraflara danışarak Kosta Rika vatandaşı olan Rodrigo Oreamuno Blanco'yu mahkemeye başkanlık etmesi için atamıştır. 12 Şubat 1999 tarihinde, ICSID kıdemli konseyi, Merkez'in Genel Sekreterliği adına ve Tahkim kuralları, tüzük 6(1) gereğince, tarafları, hakemlerin kabul ettiği konusunda bilgilendirmiş ve mahkemenin belirlenen tarihte başlamasını belirtmiştir. Aynı tarihte ICSID İdari ve Mali yönetmelik, tüzük 25 gereğince, taraflar, ICSID avukatı Gonzalo Flores'in tahkim mahkemesine sekreterlik edeceği konusunda bilgilendirilmişlerdir.

*2: ICSID Sözleşmesi Madde 38 ve Tahkim kuralları tüzük 4 altında, eğer mahkeme talebin kayıt tarihinden itibaren 90 gün içerisinde kurulmazsa ICSID yönerim kurulu başkanı, tarafların belirtmediği hallerde, mümkün mertebede taraflara danışarak, hakim veya hakimleri atayabilir ve tahkime başkan seçebilir.

15.16 Mart 1999 da Merkez, ICSID Genel Sekreterliğine hitaben, Paraguay Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından yazılmış ICSID Sözleşmesi madde 57 gereğince Profesör Dale Beck Furnish'i yetkisiz kıldığını belirten bir mektup almıştır. Bu yetkisiz kılma hareketi temelini daha önce belirtilen ICSID Sözleşmesi madde 39 ve Tahkim kuralı 1(3) gereğince davacının Peru vatandaşlığının yanı sıra sahip olduğu Amerikan vatandaşlığına dayanarak, davalı tarafın izni olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu tarihe kadar davacının çifte vatandaşlığı mahkeme ve ICSID tarafından bilinmemektedir.

16.Tahkim kuralı, tüzük 9 gereğince; Mahkeme sekreterliği, diğer mahkeme üyelerine ve davacıya yetkisizlik teklifi yollamıştır. 17 Mart 1999 da profesör Furnish hakemlikten çekildiğini bildirmiştir. Tahkim kuralları, hüküm 8 gereğince 19 Mart 1999 da mahkeme profesör Furnish'in istifasını kabul etmiş ve tarafları bilgilendirmiştir. Böylece işlemler, davacının yeni bir hakim atamasına kadar ertelenmiş oldu. 22 Mart 1999 da, davacı Guatemala vatandaşı olan Dr. Eduardo Mayora Alvarado'yu, profesör Furnish'in yerine atadı ve bu atama Tahkim kuralları hüküm 5 gereğince kabul edildi. 29 Mart 1999 da işlemler devam etti.

17.16 Nisan 1999 da tarafların da bulunduğu ilk mahkeme oturumu ICSID Genel Merkezinde Washington da gerçekleşti. Bu oturumda, taraflar, ICSID sözleşmesinin ilgili hükümleri ve Tahkim kuralları gereğince, mahkemenin uygun bir şekilde kurulduğu hususunda anlaşıklarını bildirdiler. Devamında, mahkeme söylenen Sözleşme hükümlerinde kurulduğunu beyan etmiştir.

18.Mahkemenin ilk oturumunda, taraflar, işlemlere çeşitli açılarından hemfikir olduklarını belirtmişlerdir. Ayrıntılar Başkan ve Sekreter tarafından imzalanan ilgili mahkeme kayıtlarında bulunmaktadır. Taraflar, duruşma dili olarak İspanyolcada anlaşıldılar ve resmi duruşma yeri olarak Washington DC deki Merkez'in mevkisi seçildi. Paraguay Cumhuriyeti, Başsavcı Dr. Juan Carlos Barreiro Perrota vasıtasıyla Merkez'in Yetkisine yönelik itirazı bulunduğunu ve bu itirazın yargılamanın anlaşmazlık esası gereğince ilk çözülmesi gereken problem olduğunu belirtmiştir. Paraguay Cumhuriyeti, Dr. Gonzalo Garcia-Caldeon Moreyra vasıtasıyla Merkez'in yetkisine yönelik yapılan itirazın ve anlaşmazlık maddesinin esaslarıyla ortaklaşa ileri sürüldüğünü, mahkemenin dikkate almasını istedi.

19.Her iki tarafında dinlenmesinden sonra Mahkeme aşağıdaki programı uyguladı: Programa göre; davacı ilk duruşmadan itibaren altmış gün içerisinde önergesini sunacak, sunulan önergeden itibaren altmış gün içerisinde ise Paraguay Cumhuriyeti, yetki konusundaki itirazların, anlaşmazlık esaslarının veya her ikisinin dayanağı olan gerçekleri ve kanunları içeren karşı-önergesini sunacaktır.

20.Ayrıca şu kararlarda anlaşıldı, yazılı sürecin kapanması üzerine Mahkeme tarafların ek özet sunma talep veya onaylarının olasılığını açık bırakacak basamakları belirleyecektir. Ayrıca yetki konusunun dinlenmesi olasılığı da açık bırakılmıştır.

21.İlk oturumun kapanışında, Paraguay Cumhuriyetinin talebi üzerine, yetki konusundaki önergenin sunulmasının, davalının, anlaşmazlığın esası ile ilgili itiraz haklarını engellemeyeceği konusunda mahkemenin onayını almıştır.

22.Mayıs 27 1999 da mahkeme tarafından belirlenen zaman sınırı gereğince, davacı önergesini Merkez'e sunmuştur.

23.2 Ağustos 1999 tarihinde Paraguay Cumhuriyeti ICSID'in yetkisine olan itirazını ortaya koyan önergesini, itirazının temelini oluşturan argümanları, ve argümanlarını destekleyen belgeleri ile beraber sunmuş ve dolayısıyla anlaşmazlığın esasına dair işlemlerin, ICSID sözleşmesi madde 41(2) ve tahkim kuralları Tüzük 41 gereğince durdurulmasını talep etmiştir.

24.31 Ağustos 1999 tarihindeki sunumunda, davacı, Paraguay Cumhuriyeti'nin Merkez'in yetkilerine yaptığı itirazın neden ret edilmesi gerektiğine dair sebepleri ve kendi durumunu destekleyen belgeleri sunmuştur.

25.ICSID tarafından 21 Aralık'a alınan ve 18 Aralık 1999 tarihini taşıyan önergede; Paraguay Cumhuriyeti, Bay Olguin'in cevaplarına yanıt vermiştir. 2 Şubat 2000 de ise Bay Olguin, yetki konusundaki cevaba-cevabını ICSID'e sunmuştur.

26.Mahkeme sekreterinin, taraflardan talep ettiği ve ICSID İdari ve Mali yönetmelik tüzük 14 de ortaya konan ödeme yükümlülüklerinin, Paraguay Cumhuriyeti tarafından aksatılması üzerine, mahkeme sürecinin ilk aşaması çeşitli gecikmelere konu olmuştur.

27.2 Ağustos 2000 Tarihindeki telefon ve yazılı olarak yapılan müzakerelerden sonra, Mahkeme, Paraguay Cumhuriyeti tarafından itiraz edilen yetki konusunda oy birliğiyle karar vermiştir. Kararında, Mahkeme davalı tarafından yapılan itirazın reddini : (a) Peru-Paraguay BIT'inin ICSID Sözleşmesi 25. maddesi, 1. bendi gereği Paraguay Cumhuriyetinin yazılı izni oluşturduğunu; (b) davacı tarafından, Paraguay Cumhuriyetinde yapılan yatırımın, Peru-Paraguay BIT madde 1 de gözüken listede yer aldığını ve bahsi geçen Anlaşma'da, Akit Devletlerden birinin vatandaşı tarafından yapılan yatırımların, sınırları dahilinde yapılan devletten, önceden izin alınmasına yada onaylanması gerekliliğine dair bir kuralın bulunmadığını; (c) anlaşmazlığın esasına net bir

şekilde konu olduğu için Paraguay Cumhuriyeti tarafından iddia edilen Bay Olguin'in yatırımındaki kusurlar hakkında, duruşmanın bu aşamasında herhangi bir beyanın yapılamayacağını; (d) aynı sebepten ötürü Paraguay Cumhuriyeti'nin iddiasının sorumluluğun doğrudan değil ikincil olması gerektiğini ve son olarak; (e) dava dosyasında Bay Olguin'in Paraguay Cumhuriyeti'ne karşı yükümlülüklerini tahkim işlemleri yoluyla geri kazanmak için dava açmasını etkileyecek kanıt olmadığını; muhafaza ederek karar vermiştir.

28.Bu gerekçelerle, mahkeme ortak kararlar, Paraguay Cumhuriyeti tarafından Merkez'in yetkisi konusunda yapılan itirazı ret ederek, Merkez'in yetkiye sahip olduğunu, ve mahkemenin, Peru-Paraguay BIT hükümleri ve ICSID Sözleşmesi gereğinde taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözmeye yetkili olduğunu beyan etmiştir.

29.Mahkeme sekreterliği, taraflara kararın onaylı birer kopyasını göndermiştir. Ekteki, bu kararın tamamlayıcı parçası, mahkeme tarafından bildirilen yetki konusundaki kararın kopyasıdır.

B.Uyuşmazlığın esasına ilişkin karara götüren dava süreci

30.8 Ağustos 2000 de Mahkeme, Merkez'in tahkim kuralları tüzük 19 ve 41(4) gereğince, anlaşmazlık esasında işlemlere devam edileceğine dair Usul Emri No:1 'i bildirmiştir. Sözü geçen Usul Emrinde mahkeme aşağıdaki planı ileriki işlemler için uygulamıştır.

Davacının, 16 Nisan 1999 tarihinde düzenlenen ilk oturumda alınan karar dâhilinde, anlaşmazlık esasına dayanan gerçekleri ve kanunları içeren önergesini sunması ardından, davalının karşı-önergesini, Mahkemenin yetki konusunda verdiği kararı açıklamasından itibaren altmış gün içerisinde sunması. Karşı-önergenin sunulmasından itibaren otuz gün içerisinde davacının, cevabını sunması ve son olarak davalının cevabın alınmasından itibaren otuz günü geçmeyecek şekilde, cevaba-cevabını sunması. Sunumların tamamlanması ardından mahkeme, mahkeme günü için tarih belirleyecektir.

31.Bu programa bağılı kalarak, 5 Ekim 2000 tarihinde, Paraguay Cumhuriyeti Merkez'e kendi karşı-önergeni sunmuştur. 9 Kasım 2000 tarihinde, davacı esasa dair cevabını Merkez'e iletmiştir. Son olarak, 18 Aralık 2000 de davalı, esasa dair cevaba-cevabını sunmuştur.

32.12 Şubat 2001 tarihli mektupta, mahkeme, tarafların temsilcilerine danışarak, anlaşmazlık esasına dair mahkemenin Merkez'in Washington DC deki yönetim merkezinde,11-14 Mart 2001 tarihleri arasında olacak şekilde belirlemiştir. Aynı mektupta, mahkeme, taraflardan, ICSID Sözleşmesi madde 33 ve 34 gereğince, mahkeme gerektirecek ve mahkemeye neden olacak kesin kanıtlara ilişkin bilginin bu kanıtların emareleri ile beraber sunulmasını talep etmiştir.

33.20 Şubat 2001 tarihli mektupta Paraguay Cumhuriyeti mahkeme tarafından talep edilen bilgiyi Merkez'e iletmiş ve Bay Eudoro Armando Olguín'in sorgulanma amacıyla mahkeme de bulunmasını talep etmiştir. Davacı aynı tarihli cevap mektubunda Bay Angel Canziani'nin sorgulama için bulunmasını talep etmiştir.

34.21 Şubat 2001 tarihli mektupta, tahkim mahkemesi, taraflardan Bay Olguin'nin ve Bay Canziani'nin ifadelerinde yönetilecek özel noktaları belirtmelerini istemiştir.

35.Buna göre,23 Şubat 2001 tarihli mektupta Mahkeme, tahkim kuralları madde 34(2)(a) uyarınca, anlaşmazlık esasına dair mahkeme süresince sorgulama için aşağıdaki tanıkları çağırdı: Bay Eudoro Armando Olguín ve Bay Angel Canziani. Aynı mektupta, taraflar, mahkemenin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda bilgilendirilmişlerdir.

36.Bilgilendirmeye göre anlaşmazlık esasına dair oturum aşağıdaki şekilde gerçekleşecekti: Oturum 11 Mart 2001 pazar günü saat 10.00 da başlayacaktır.

İlk olarak, davacının temsilcisi 30dk'lık sözlü sunum ardından, davalının temsilcisi de kendi sunumunu 30dk'yı geçmeyecek şekilde yapacaktır.

Bunun ardından, taraflar 15'er dakikalık soru ve cevap şeklinde yorumlarını bildireceklerdir.

Sonrasında, her bir tanık temsilciler tarafından incelenecek ve 2'şer saatlik sorgulama süreleri verilecektir.

Mahkeme üyeleri de tarafların temsilcilerine ve tanıklara soru sorabilecek ve duruşma süresince her hangi bir zamanda açıklama talep edebileceklerdir. Mahkeme tarafından sorulan sorular ve verilen cevaplar için geçen zaman, tarafların sürelerinden düşülmeyecektir.

Son olarak, Mahkeme heyeti 13 Mart 2001 tarihinde ve gerekirse izleyen tarihlerde, özel olarak bir araya gelecek ve konuyla ilgili görüşecektir.

37.Planlandığı gibi oturum 11-13 Mart tarihleri arasında Washington DC deki Merkez'in genel merkezinde gerçekleşmiştir. Oturuma katılanlar;

Mahkeme Heyeti

Bay Rodrigo Oreamundo, Başkan
Bay Francisco Rezek, Hakem
Bay Eduardo Mayora Alvarado , Hakem

ISCID Sekreteri

Bay Gonzalo Flores, Mahkeme Sekreteri

Davacı:

Mr. Eudoro Armando Olguín

Davacı Temsilcisi:

Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra

Davalı Temsilcisi:

Dr. Juan Carlos Barreiro Perrotta, Baş Savcı, Paraguay Cumhuriyeti

Ayrıca davalıyı temsilen:

Dr. Benigno López, Paraguay Merkez Bankası

Dr. Amelio Calonga Arce, Başsavcılık, Paraguay Cumhuriyeti

Mr. José María Ibáñez, Paraguay Konsoloslugu Washington, D.C.

38.Oturum planlandığı üzere, 11 Mart 2001 pazar günü saat 10.00 da başlamıştır. Mahkeme başkanının açılış konuşması ardından, Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra davacı adına mahkemeye dosyadaki argümanlara itafen açıklamalarda bulundu. Sunumu süresince ve 20 Şubat 2001 tarihli mektubundaki beyanlar dâhilinde, para cezasına delil teşkil eden belgeleri sekreter aracılığı ile mahkeme heyetine ve davalıya iletti. Akabinde, Paraguay Cumhuriyeti adına Dr. Juan Carlos Barreiro Perrotta, Dr. Amelio Calonga Arce, Dr. Benigno López mahkemeye sunum yaptılar.

39.Tanık olarak çağrılan Bay Canziani ve Bay Olguin taraflara danışarak ve beyanlarını sırasıyla sunarak oturumda yerlerini aldılar. Çağrılmaları istenen taraflarca çapraz sorgu yöntemiyle sorgulandılar ve mahkeme tarafından sunulan soruları cevaplandırdılar. Mahkeme tarafınca yapılan inceleme, çapraz sorgulama ve sorgulamanın yer aldığı oturum 11 Mart 2001 tarihinde yapıldı.

40.Oturum 12 Mart 2001 sabahı devam etti. Bu oturumda tarafların temsilcileri kapanış konuşmaları ardından mahkeme heyetine yöneltilen soruları cevapladılar. Buna ek olarak 11 Mart 2001 tarihindeki oturumda mahkemece talep edilen ve taraflara sunulan özel soruları, taraflar yazılı olarak cevaplandırdılar. Son olarak, tarafların temsilcileri sözlü argümanlarının kayıtlarını mahkeme sekreterine sundular. Oturum, mahkeme başkanının kapanış konuşmasıyla sonlandırıldı.

41.12 ve 13 Mart 2001 öğleden sonrasında mahkeme heyeti bir araya gelerek konuyu tartıştılar.

C.Dava kapanış ilanı

41.ICSID tahkim Kuralları tüzük 38(1) göre tarafların sunumları tamamlanması ardından dava kapanışı ilan edilir.

43.Tarafların sunumlarının incelenmesi ardından, mahkeme, ICSID tahkim kuralları tüzük 38(1) gereğince sürecin tekrar açılması için tarafların talebi veya farklı bir sebep olmadığını görmüştür.

44.Bunun sonucunda, 8 Mayıs 2001 tarihli mektup ile mahkeme ICSID tahkim Kuralları tüzük 38(1) göre davanın kapanışını ilan etmiştir.

III. Durumun Özeti:

45.3 Kasım 1993 tarihinde Bay. Juan Luis Osellı Pagliaro, Paraguay Merkez bankası çalışanı olarak Bay Olguin'e başlıksız bir mektup göndermiş ve mektubunda "Oscar ve bizim adımıza yapılan görüşmeler uyarınca 'La Mercantil SA de Finanzas' şirketiyle yapılan düzenlemeler ..." ibaresi yer almaktadır.

Mektupta basitçe; Bay Olguin'in ABD doları ve Guaranis den oluşan ödemesine uygulanacak faiz oranlarından bahsedilmektedir ve yıllık %11 ve %33 olarak belirlenmiştir.

46.Ayrıca, Bay Osellı, mektubunda, Merkez Bankasının 'La Mercantil' firması ile ilgili olarak hazırladığı finansal raporu ve Paraguaydaki Finans şirketleri arasındaki sıralamasını yolladığını belirtmiştir. Mektup şu şekilde sonlanmaktadır.

"Size bahsettiğim arkadaş, Bay Tomas Rovira, finans şirketinin genel müdürüdür, kartındaki bilgilerden kendisi ile iletişim kurabilirsiniz."

47.16 Mart 1994 tarihinde, Bay Osellı, Bay Olguin'e "La mercantil firması ve pazardaki hareketliliği ile ilgili bilgilendirme amacıyla " başlıklı bültenin eklendiği bir not göndermiştir.

48.Aralık 1993 tarihinden itibaren, davacı, Paraguay Cumhuriyeti'ne ABD doları olarak para transferi yapmaya başlamıştır. Toplamı 1.254.500,00\$ bulan bu

para Guaranis (Gs) para birimine çevrilmiş ve finans şirketine depozit olarak “La Mercantil S.A. De Finanzas” (La Mercantil) adıyla yatırılmıştır.

49.Yatırılan depozitin karşılığı olarak, Bay Olguin'e, ard arda yenilenmekte olan , yatırım enstrümanları (Títulos de Inversión, **TDI**)(burada bahsedilen adi yatırım senetleri; bir şirketin net kaynaklarının ödenmemiş adi hisse senetleri sayısına bölünerek bulunan değer) verilmiştir.

Temmuz 1995 tarihi itibari ile TDI'lar

- i. 2 Ağustos 1994 tarihli 570.000.000 Gs değerinde No:6361
- ii. 23 Haziran 1994 tarihli 481.250.000 Gs değerinde No:2225
- iii. 23 Haziran 1994 tarihli 481.250.000 Gs değerinde No:2226
- iv. 23 Haziran 1994 tarihli 508.200.000 Gs değerinde No:2227
- v. 4 Temmuz1994 tarihli 231.000.000 Gs değerinde No:2231
- vi. 4 Temmuz1994 tarihli 67.375.000 Gs değerinde No:2232
- vii. 6 Temmuz1994 tarihli 67.982.000 Gs değerinde No:2253

Bu senetlerin ilki Bay. Angel Canziani Zuccarelli adına hazırlanmış, diğerleri Bay Eudoro Olguin adına hazırlanmıştır. Diğer senetler Paraguay Cumhuriyeti Merkez bankasının bir çalışanının imzasını taşımaktadır. Yedi senedin toplamı 2.407.057.500,00 Gs yi bulmaktadır.

50.26 Ağustos 1996 tarihinde, 48.006.750 Gs tutarında ödeme, Bay Canziani adına olan hariç, her bir senet için yapılmıştır. Tarafların imzanın yasal sonuçları konusunda farklılıklar göstermelerine rağmen, Bay Canziani adına düzenlenen senedin ödenmediği, Mahkeme tarafından açıkça görülmüştür,

çünkü senet Bay Olguin'in senetleri arasında bulunan ve Bank Examiner'in çalışanının imzasını taşımamaktadır.

51.Sözü edilen fonlar Paraguay'daki "Super Snacks del Paraguay S.A." (Super Snacks) firmasına ait olan, mısır üretim fabrikasının kurulumuna finans olarak kullanılması kararlaştırıldı.

52.25 Mayıs 1994 tarihinde, Juan Luis Oseli Pagliaro , Tomás Gumercindo Rovira Barchello, ve Bay Olguin ile birlikte Notere giderek *Süper Snacks del Paraguay S.A.*, şirketinin başkanlığına ve yöneticiliğine atandılar.Böylece şirketin her biri 1.000.000 Gs değerinde 12 hissesine sahip oldular. Bay Oseli'nin ayarlamaları ile 26 temuz 1994 tarihinde şirketin yasal durumu onaylanmış oldu. Süper snacks firması resmi olarak Paraguay Cumhuriyeti ticari kayıtlarına 22 Ağustos 1994 de girmiş oldu.

53.1994 Haziran'ında "Análisis & Propuestas Consultores" firması Bay Olguin'e mısır üretim fabrikası ile ilgili olarak; teknik, ekonomik ve finansal fizibilite çalışması sundular. Bu çalışmaya göre, proje, %36,9 u şirketin hisse senedi gelirlerinden ve %63.1'i de banka kaynaklarından finanse edilecek 1,425,500,000 Gs tutarında bir yatırıma ihtiyaç duymaktaydı.

54.22 Eylül 1994 tarihinde, Paraguay Ticaret ve Sanayi bakanlığı, 415 sayılı kararıyla, Ana tüzük No. 60/90 da belirtilen, Süper Snack firmasına vergi teşviki uyguladı.

55.14 Temmuz 1994 tarihinde Paraguay ın yaşadığı ekonomik kriz sonucunda La Mercantil firmasının çalışmaları askıya alınarak TDI ödemeleri durduruldu.

56.18 Aralık 1994 tarihinde Peru ve Paraguay arasındaki BIT antlaşması, karşılıklı yatırımın korunması ve iyileştirilmesi kapsamında amacını " taraf ülkelerden diğerine yapılan yatırımların korunması ve sürdürülmesi" şeklinde belirterek yürürlüğe girdi.

57.Haziran 1995 de Banka ve diğ er finansal kurumların düzenlemelerini içeren Yönetmelik No.417/73 Paraguay'da yürürlükteydi. Bu yönetmeliğ in 66 sayılı maddesi gereğince ;

“Bu yasa gereğince tasfiye kararları alındığında, Paraguay Merkez Bankası firmaların likidite ihtiyacı için varlıkların yönetimini ele alacak ve ortaklara tasarruf hesaplarındaki yasal rezervlerinden düşmek şartıyla finans sağlayacaktır.”

58. 4 Aralık 1995 de Paraguay yasama organı, finansal dengeleme ve iyileştirmeye yönelik, yönetmelik no. 797'yi ve aşağıdaki 66. maddeyi onayladı.

“ Finans şirketinin çalışma lisansı geri çekildiğ inde Paraguay Merkez Bankası şirketin, borçlarına kayıtlı olan ödemelerini dolar kuruna, kaynağına ve muhafaza edildiğ i kuruma bakılmaksızın, her bir hesap için asgari ücretin yüz katı olacak şekilde garanti altına alacaktır.”

59.La Mercantil firmasının operasyonlarının durdurulması ardından, Bay Olguin kendisi ve Süper Snack firması adına finans firmasına ödenen fonları kurtarmak için birçok girişimde bulunmuştur.

IV. Dikkat Edilecek Hususlar

60.Paraguay, Bay Olguin'in vatandaşlığı konusunun mahkemece, esasın incelenmesine yönelik ön hazırlık olması konusunda ısrarlarda bulunmuştur. Davalının bu amaçtaki düşüncesi; Bay Olguin'in Peru ve ABD vatandaşlıklarının her ikisine de sahip olmasından dolayı Peru hukuk sistemindeki “ kişinin çifte vatandaşlığ a sahip olması durumunda, sahip olacağı haklar ikamet ettiğ i ülkeye göre belirlenecektir “ ifadesine atıfta bulunarak Bay Olguin'in Birleşik Devletlerdeki ikameti sebebiyle BIT yasalarından faydalanamayacağıdır.

61. Dosyadaki, davacının BIT yasalarına göre, tahkime gidebilmesini belirleyen nokta, kişinin Peru vatandaşlığına sahip olması ve bu haklardan

faydalanabiliyor olmasıdır. Bu noktada şüphesiz ki, Bay Olguin çifte vatandaşlığa sahiptir ve her ikisi de etkilidir. Bu ülkelerden, biri, diğeri veya her ikisi birden, kişinin medeni ve siyasi haklarını ve diplomatik korunma sorumluluğunu belirlemesine rağmen, kayıtlı adresin, Bay Olguin'in çifte vatandaşlığa sahip olması üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Mahkeme için Bay Olguin'in Peru vatandaşlığına sahip olması BIT yasalarından faydalanabilmesi için yeterli görülmüştür.

62. Çift vatandaşlığa sahip kişilerin diplomatik olarak korunması konusu, vatandaşlığa sahip ülkelerden hiç birinin üçüncü bir ülke karşısında hareket etme kapasitesinin bulunmaması ve üçüncü bir ülkenin bu kişiye karşı bir yaptırımının olmaması, Uluslar arası hukukta, ulusun iç yasalarını koruma amacıyla alınmış bir karardır. Böyle bir koruma sorumluluğunun diğeri ülkeye aktarılması -ki hiç bir durumda mecburi değildir- kişinin kayıtlı adresi veya benzer bir faktöre bağlı değildir. Üçüncü bir ülkenin, yabancı bireyi, varsayılan yasadışı bir hareket sonucunda zarara uğratması sadece uluslar arası hukuk çerçevesinde değerlendirilebilir. Böylesine net bir konuda, benzer diplomatik koruma yetkisini ret etmek, iç hukukun kurallarına dayanarak yapılamaz. Bu hakların düzenlenmesi, taraf ülkelerin(vatandaşlığa sahip olunan ülkeler) hiç birinin uygulayamayacağı ve sonrasında da bir birleriyle çeliştiğinin kanıtıdır.

Konu bu olmasa bile, iç kuralların tabiatı gereği, diplomatik korumanın bireylere ait olması, böylece, uluslar arası hukuk altında olan bir şeyin vatandaşı olunan ülkeye ayrıcalıklandırılması, kıyasen ICSID oturumuna girecek bir davaya uygulanamaz. Buradaki en önemli amaç bireye, anayurdunun iddiasına verdiği destek veya diğeri inisiyatifler dışında, hareket etme hakkı vermektir bunun için de tek gereklilik 1965 antlaşması ve BIT kanunlarına taraf olmaktan geçer.

63. Davacı, Paraguay cumhuriyetinden yatırımının ödenmeyen kısmını almak için çeşitli yollar aramış, 30 Haziran 1995 tarihinde, bu rakam, guarani'nin devalüasyondan ötürü ayarlanmış miktarı Haziran 1995 den ödeme zamanına kadar olan faiz, aynı dönemin TDI daki önceden anlaşılmış faizi, ödemenin

yapılmamasından kaynaklanan zarar, ve tahkimin maliyetiyle birlikte 2,407,057,500.00 Gs yi bulmuştur.

64.Bay Olguin'e göre Paraguay'ın sorumluluğu dört farklı sebepten dolayı ortaya çıkmaktadır.

(a) TDI'lar Paraguay Devletinin Kurumu olan Bank Examiner bankası tarafından cirolanmıştır.

(b) Paraguay Devleti ve kurumları, La Mercantil firmasının aktivitelerini denetlemekte kusurlu olmalarından dolayı finans firmasının aktivitelerinin durdurulmalarından sorumludurlar.

(c)Paraguay Devleti ve kurumları BIT antlaşması Madde 4 ve paragraf 2 (*3) hükümlerini ihlal etmekten dolayı ayrımcı bir davranış içerisine girmişlerdir.

*3-Madde 4: Ekonomik birleşme, koruma ve uygulama bölgesi

(2) UYGULAMA: Akit taraflar karşılıklı olarak sınırları dâhilindeki yatırımlara adil bir davranışı garantilemek durumundadırlar. Bu davranış, tarafların kendi ülkelerinde kendi vatandaşlarının yatırımlarına uyguladığı davranışlardan daha az faydalı olamaz veya sonradan yapılan bir antlaşma daha adil ve faydalı ise, tarafların razı geldiği antlaşma bundan daha az faydalı olamaz.

(d) Paraguay Devletinin Bay Olguin'in yatırımına yaklaşımları kamulaştırmaya eş değer bir niteliktedir.

65. Sonrasında Tahkim Mahkemesi bu argümanların her birini şu şekilde analiz etti:

a) Bu mahkeme, Bay Olguin'in adına hazırlanan altı adet TDI'daki imzaların, cirolama veya benzer bir hukuki işlem olduğu ve Paraguay Cumhuriyetine ödeme yükümlülüğü getirdiği fikrini paylaşmamaktadır. Bank Examiner'ın

Paraguay Cumhuriyeti'ne böylesi bir garantiyi genişletme yetkisi verebilmesini bir kenara koyduğumuzda, imzaların etkisinin sadece TDI'ları kayıt etmek için olduğu açıktır.

Hukuk uzmanları, açıkça belirli bir yasal sistem içerisinde belirtilenlerden farklı menkul değerler yaratma olasılığını uzun uzadıya tartışmışlardır. Davacı birçok kez TDI'ların ödeme sertifikasından farklı belgeler olduklarını belirtmiştir. TDI'lar üzerindeki imzaların ciro veya benzer yasal bir işlem anlamına gelmesi için Paraguay Hukukunda bu konuyu belirten bir yasanın bulunması gerekmektedir. Böyle bir yasanın varlığı dava süresince henüz belirtilmemiştir.

b) Bu karar belgesinde daha sonra da açıklanacağı gibi, Mahkeme, Paraguay'ın, La Mercantil firmasının aktiviteleri ile ilgili olarak genel yönetiminin çok sağlam olmadığı kanısındadır. Yinede, TDI ödemelerini Paraguay'ın dikkatsiz yönetimine dayandırarak ödeme sorumluluğu talep etmek aşırı gözükmektedir.

Paraguay hukuk sisteminde ve devlet kurumlarının işleyişinde ciddi eksiklikler olduğu, mahkemece açıktır. Bu mahkemenin amacı bu durumunun diğer devletlere göre Paraguay da daha can alıcı olup olmadığına karar vermek değildir. Açık olan şey, Bay Olguin'in uzun yıllar birçok ülkede çeşitli yatırımlar yapmış deneyim sahibi bir girişimci olarak Paraguay daki durumdan habersiz olmamasıdır. Bu ülkede yatırım yapmak için kendince sebepleri (ki bu mahkeme hiçbir şekilde bu sebepleri yargılamaya kalkışmamaktadır.) vardır. Fakat kurgusal ve ihtiyatsız yaptığı yatırımlardan kaynaklanan kayıpları için tazminat yolları aramak makul değildir.

c) Davacının, Paraguay Cumhuriyeti'nin Hamilton Bank tarafından yapılan yatırımının tamamını geri ödediği ifadesi dosyada desteklenmemekte ve Bay Olguin'e karşı veya başka bir yabancı yatırımcıya karşı ayrımcılık yapıldığına dair benzer bir vakadan da bahsedilmemektedir. Mali istikrar ve kurtarma yasası 797/95 nolu tüzük çok sayıda yatırımcının uğradığı kayıpları, devam eden ekonomik kriz süresince telafi etmek için yollar aramıştır. Fakat Bay Olguin ve diğer birçok insanın faydalandığı bu yasa, Yasa no 417/73 madde 66

düzenlemesiyle koruma kapsamı öncekine göre genişletmiş ve böylece yetersiz miktarda geri ödeme alanları da içerisine almıştır.

d)Mahkeme, sayısız çabalarına rağmen, Bay Olguin'in kaybını, kamulaştırmaya benzetme girişimini anlayamamıştır. Bu davada, Bay Olguin'in krizden dolayı kaybettiği yatırımını Paraguay Devletinin sahiplendiğinden bahsedilemez.

Mahkeme ileride bu konuya ayrıntılı olarak dönecektir.

66.Daha öncede belirtildiği gibi, Bay Olguin'in Paraguay'da önemli ölçüde yatırım yaptığı aşikârdır. Açıkça görünüyor ki, Süper Snacks firmasının yönetimine atanacak kadar yakın ilişkiye sahip, Bay Olselli ve Bay Roviranın da aralarında bulunduğu bir çok insanın önerisiyle, başka bir ülkeden (BIT e göre hangi ülkeden geldiğinin önemi olmamakla beraber)*4 getirdiği dolarları Guarani para birimine çevirmiş ve çok çekici gözükken %33'lük faiz getirisiyle La Mercantil firmasına yatırım yapmıştır.

67.İfadelerin alınma sürecini sonlandırırken Mahkeme her bir tarafın argümanlarının, davanın gerçekleriyle olan ilişkisini ve yasal sonuçlarını çoğunlukla doğru olduğunu net olarak anlayabilmek için tarafların her ikisinde varlığında, onlara doğrudan danışmayı talep etti. Böylece onaylanmış oldu.

68.Kararın zemininin azaltılmamasını garantiye almak için bu argümanlarla doğrudan ilişkili iki bakış açısı bulunmaktadır. Bunlar a) finansal denetleme konusunda Paraguay'ın muhasebe organları kapsamında yükümlülüklerin uygulanması açısından ihmal eksikliği veya varlığı; b) bu eksiklikler -eğer varsa- arasında nedensel bir ilişkinin varlığı ve davacının kendi yararını aradığı telafi edici yükümlülükler.

69.Farklı derecelerde de olsa iki tarafın da hemfikir olduğu, La Mercantil firmasının, ülkenin yaşamış olduğu ekonomik krizle beraber, yöneticilerinin düzensiz yönetimleri sonucu iflası, Paraguay'ın finansal sisteminin dürüstlüğüne

ve La Mercantil tarafından sağlanan yatırım kredilerine olan güven teşviki ile farkedilebilir, durma noktasına getirilebilir ve gerektiğinde cezalandırılabilir.

*4) Mart 11-13 2001 tarihleri arasında, ICSID merkezinde gerçekleştirilen anlaşmazlığın esasına yönelik duruşma boyunca, Paraguay Cumhuriyeti Bay Olguin tarafından yapılan yatırımın fiziksel olarak ABD den (davacının ikamet ülkesi) getirdiğini, bu sebeple yatırımın BIT antlaşması gereği korunamayacağını öne sürmüştür. Bu antlaşmaya göre yatırımı yapan kişi yatırım olarak getirdiği fonları vatandaşı olduğu ülkeden getirmekle yükümlüdür. Bu gereklilik BIT antlaşmasında açıkça belirtilmemekle beraber, bunun sonucunda mahkeme bu iddiayı reddetmiştir.

70.Paraguay'ın yüzleştiği sosyopolitik problemler konusunda, üçüncü tarafların, medyanın, ve diğer kuruluşların fikirlerini analize girmeden, Paraguay'ın kamu kuruluşlarında gözle görülür bir ihmal yaşandığı sonucuna varmak için yeterli kanıt toplamak mümkündür. Ülkenin finansal sistemine ve özellikle yabancı yatırımcıya güvenilirliği sağlamak olan bu kurumların birinci görevidir. Diğer bir deyişle, davadan önceki durumda, hükümetin finansal kurumlarının, ülkenin sermaye piyasasını gözlemleme, denetleme ve kontrol etmede açıkça ihmalde bulunduğu ve bu tutumun bu anlaşmazlığın esasını oluşturduğu açıktır.

71.Paraguay devletinin yükümlülüğü ve Bay Olguin'in kayıpları için tazminat talep etmesi arasında belirli yasal sonuçlar doğuracak elverişli bir nedensel bağ olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu soru, söz konusu yasal etkilerle, dahil edilebilecek gerçekleri içeren bir veya daha fazla senaryonun varlığını gerektirmektedir.

72.BIT'in dikkatli incelenmesi sonucunda, bu Mahkemenin ulaştığı sonuç, antlaşma, sınırları dâhilinde yatırım yapılan ülkenin başarısız olan yatırımın ödemesini yapacağına dair bir yükümlülüğün bulunmamasıdır.

73.Eğer BIT, davalının aradığı gibi, Taraf devletlerden birinin hukuki ve kurumsal görev ve yükümlülüklerinde ciddi hatalar yapması sonucu, üçüncü

kişilerin zararına sebebiyet vermesi gibi net yasal sonuçlar doğuran varsayımsal bir senaryo olarak görülseydi, Bu mahkeme dosyadaki bilgiler ışığında davacının lehine bir karara varabilirdi. Böyle bir akıbetin olasılığı – kesinliği değil- oluşuma ciddi katkıları olduğu için kendi sininde suçlanacağı gerçeğinden- kararda daha öncede açıklandığı gibi- kaynaklanmaktadır. BIT'te davacının harekete geçme sebebinin temelini oluşturan “ciddi hatalar” için bir kural bulunmadığından dolayı bu varsayım göz önünde bulundurulamaz.

BIT'in kapsamı, Emilio Agustín Maffezini ve İspanya Krallığı (ICSID Dava no. ARB/97/7) arasındaki tahkim kararında kesin olarak belirtilmiştir. Bu karar 13 Kasım 2000 tarihinde, başka bir tahkim mahkemesince 64. paragrafta;

“...Mahkeme , BIT'lerin kötü yönetilmiş yatırımlar için bir sigorta poliçesi olarak görülmemesini belirtmelidir.”Olarak anlatılmıştır.

74.Daha önce de açıklanmasına rağmen, gelecekte devletleri sıkı yaptırımlara zorlayacak kuralların uygulanması istenmektedir fakat gerçek, bu yaptırımların ne Paraguay hukukunda ne de BIT antlaşmalarında şu an bulunmamasıdır. Mahkeme ayrıca bölgenin genelinde de böyle yasaların bulunmadığını eklemiştir.

75.Mahkeme Bay Olguin'in yatırımlarını, Paraguay Merkez Bankası'nın yayımladığı bültenden etkilenerek yaptığı iddiasını kabul etmemekte, bir yabancıнын ekonomik problemler yaşayan bir ülkeye yatırım yaparken daha ihtiyatlı olacağını düşünmektedir.

76.Paraguay'ın finansal sistemini oluşturan çeşitli kurumlar hakkında Paraguay Merkez Bankası (BCP) ve Bank Examiner'in yayımladığı bültenler çeşitli kurumların yatırım veya tüketim kararları alması için yayımlandığı anlaşılmalıdır. Bu yayımlardan bazıları mahkeme dosyalarına eklenmiştir. Mesela, La Mercantil firması ülkenin diğer finans firmaları arasında, sahip olduğu değer bakımından 30 Eylül 1993 tarihi itibari ile ikinci sırada gözükmektedir.

77.Bu durum, Angel Canziani ve Davacının kendi ifadeleri ve temsilcisinin birçok ifadesi ve Paraguay devleti temsilcilerinin ifadeleri ile farklılık göstermektedir. Bu durumdan Le Mercantil firması – diğer firmalar arasında çeşitli yatırım enstrümanlarını, borç hesaplarında göstermesi gerekirken kayıt dışı tahvil (“títulos negros”) olarak çevirdiği anlaşılmaktadır. Bu durumdan, Paraguay merkez bankası devlet denetçilerinin La Mercantil S.A. de Finanzas firması ile ilgili olarak hazırladığı 20 Ekim 1995 tarihli raporunda şu şekilde bahsedilmektedir:

“...28 Nisan 1995 tarihi itibari ile şirketin mevduatındaki rakam 20.225 Milyar Gs yi bulmuş ve aynı yılın 30 Mayısına kadar sabit kalmıştır. Fakat 31 Mayısın sonra firmanın normal işlemleri arasında gözükmeyen fakat mevduatında gözle görülür derecede bir artış gözlemlenmiştir. Bu durum şirketin resmi kayıtlarıyla çelişmektedir. Anlaşılmalıdır ki, bu çelişki paralel mevduat işlemlerini meşru kılma girişiminden kaynaklanmakta ve mevduatını 20.225 Milyar Gs den 98.259 Milyar Gs ye dalgalanmasına sebep olmaktadır...”

78.Bu, raporun hazırlandığı tarihte La Mercantil firması, hesap defterlerinde gösterdiğinin beş katı fazla miktar hisse senedi hazırlamış ve dolaşıma sokmuştur. Rapor şu şekilde devam etmektedir:

“...kişilere (çalışanlar veya iş bağlantıları), kurumlara (Dimex S.A., Financiera Corpus SA., Publicity S.A., Laprofarm, Arami S.A., Süper Snacks, Distrimport,) verilen tercihli krediler sebebiyle toplanan fonlar çeşitlendirilerek, Banka ve diğer finans kurumları yasası 417/73 madde 35 f) ihlal edilmiştir...”

79.“Süper Snacks” firmasının da dâhil olması, diğer firmalar arasından fark edilmektedir. Paraguaylı yetkililerin ihmallerinin varlığını analiz etmek ve durumu gerçekleriyle anlayabilmek, bu konu bağlamında daha önem arz etmektedir. İleride bu konuya değinilecektir.

80.Denetçilerin bulduğu iki önemli gerçek, taraflarca da kabul edilmektedir. Birincisi; Mr. Juan Luis Oseli Pagliaro, Paraguay Merkez Bankası çalışanı,

yazılı olarak (3 Kasım 1993 tarihli, önceden de bahsedilen mektup) La mercantil firmasının taahhütlerini uygulaması için tavsiyelerde bulunması; diğeri ise, latter'in genel müdürü, Bay. Tomás Rovira, ve Bay. Oseli nin “Süper Snacks” firmasının yönetim kurulunu şekillendirme kararının Bank Examiner'in gözetim hatasından dolayı herhangi bir görünür sonucu olmaması.

81.Paraguay'ın finansal kontrol organlarından, kamu çalışanlarının (Oseli'nin durumu) veya özel çalışanların (Rovira durumu) gizli veya gölgede kalmış iş ilişkilerini bulup, önlemesini istemek belki aşırı olacaktır. Yine de, önceden de belirtildiği gibi, iki çalışanda Notere giderek Süper Snacks firmasının yönetim kurulunda bulduklarını kaydettirmişlerdir.

82.Dosyada, Bay Oseli'nin görevinden ne süre uzaklaştırıldığına dair bilgi vermemektedir. Ki bu, gerçekler üzerindeki etkisi açısından çok önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü Cumhurbaşkanı'nın 4,861 sayılı yasayı onamasına sebep olan ve Süper Snacks firmasının yasal durumunu onaylayan, sunumu İç İşleri Bakanlığına Bay Oseli sunmuştur.

83.Önceki paragrafta da belirtildiği gibi, tarafın pozisyonu, bu anlamda, davacının yasal argümanını– diğerlerinin yanı sıra- BIT'in 6. maddesi gereği kamulaştırmanın varlığı üzerine kurulduğunun, mahkeme tarafından anlaşıldığı bildirilmektedir. Söylenen kamulaştırmanın, tabiatı gereği, mahkemenin de yukarıdaki örnekle atıfta bulunduğu, dolaylı olarak ihmalden kaynaklandığı belirtilmektedir. Davacının iddia ettiği kamulaştırma kapsamının hukuki müesseselerce verilmesi, tahkim mahkemesinin, kamulaştırmayı tanımlayan ve düzenleyen esasa yönelik hukuk kurallarından uzaklaşmasına işaret edecektir.

84.Kamulaştırma, tarafın kendi mülkünden mahrum edilmesi için yeteri miktarda makul sebep bulunacak eylemlerin gerçekleşmiş olmasını gerektirir. Her kim bu eylemleri gerçekleştirirse doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırılan mülkün kontrolünü elde etmiş olur. Kamulaştırma, bu yüzden, erekbilimsel güdümlü eylemleri gerektirmektedir; ihmal bunun için yeterli değildir.

Maliyetler

85.Mahkemenin Bay Olguin'in bütün iddialarını ret etmesine rağmen, mahkeme masraflarını ödetmenin adil olmayacağını düşünmektedir. Öncelikle, Mahkeme davalının yetki konusundaki sorgularını tamamen ret etmiştir.

İkinci olarak: Kararın içerisinde birçok kez bahsedildiği üzere, Paraguay devletinin organları aracılığı ile gerçekleştirdiği dikkatsizliğin davalının kayıplarını ödemekle yükümlü olacak kadar yüksek seviyeye çıkmamıştır ve ayrıca örnek olarak da nitelendirilmemelidir. Dahası, Mahkemenin Özellikle ICSID Mali ve idari düzenlemeler yükümlülüklerini, belirlediği zaman sınırlarını Paraguay Devletinin, defalarca aşması sonucu tahkim işlemlerinin uzamasına sebep olmuştur. Yukarıdaki sebeplerden ötürü Mahkeme, işlemlerden dolayı doğan giderlerin eşit olarak taraflara paylaşılmasını adil görmüştür.

V.Karar

Yukarıdaki sebeplerden ötürü Mahkeme oy birliği ile ;

1. Davacı Eudoro Armando Olguín'in bütün iddialarının reddine,
- 2.Tarafların her birinin işlemlerden doğan giderleri ve sunumlarının maliyetini eşit olarak ödemelerine karar vermiştir.

RODRIGO OREAMUNO
Mahkeme Başkanı

FRANCISCO REZEK
Hakem

EDUARDO MAYORA ALVARADO
Hakem

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı :Mürüvet Acar
Doğum Yeri ve Tarihi : Manisa 05.02.1978

Eğitim Durumu

Lisans (2006-2011) :Anadolu Üniversitesi.
İktisat Fakültesi-Kamu Yönetimi
Yüksek Lisans (2012-2015) :Ufuk Üniversitesi –Sosyal Bilimler Enstitüsü
Uluslararası Ticaret ve Finansman Bilim Dalı
Yabancı DİL Bilgisi :İngilizce, Fransızca.

İş Deneyimleri

2004-2011 : Küre A.Ş (Somut Medikal)
Dış Ticaret Müdürü
2011-..... : Asil Şirketler GRUBU
Genel Müdür Yardımcısı

İletişim

e-posta : towinthelife@hotmail.com

Tarih :03.06.2015