

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ
HALLİ MERKEZİ (ICSID) TAHKİMİNDE
KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ
-JURISDICTIO RATIONE PERSONAE -

İŞİL EGEMEN DEMİR
2502070212

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. CEMAL ŞANLI

İSTANBUL 2013



T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
1982 ENSTİTÜSÜ



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : Işıl EGEMEN DEMİR

Numarası : 2502070212

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Tez Savunma Tarihi: 30.10.2013

Danışman : Prof. Dr. Cemal ŞANLI

Tez Savunma Saati : 13.00

Tez Başlığı : "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (ICSID) Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki –Jurisdictio Ratione Personae-"

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorular sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Prof. Dr. Cemal ŞANLI		KABUL
2- Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
4-Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM		KABUL
5-Prof. Dr. Aydın GÜLAN		KABUL
5-Doç. Dr. Pelin GÜVEN		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Doç. Dr. İnci ATAMAN FIGANMEŞE		
2- Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL		RED

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (ICSID) Tahkiminde Kişi
Bakımından Yetki
–Jurisdictio Ratione Personae –

Işıl Egemen Demir

ÖZ

Son yıllarda, Dünya’da ve ülkemizde, büyük sermaye sahipleri, sermayelerini çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerin enerji, inşaat, sanayi gibi alanlarında değerlendirmekte; sermayedarlar, ev sahibi ülkede tesisler kurmakta, istihdam alanı yaratmakta ya da varolan yerel şirketlere ortak olmaktadır. Sermayedarları bir ülkede yatırım yapmaya cezbeden en önemli etken, güven ortamıdır. Güven ortamıyla kastedilen, sadece, ev sahibi ülkedeki güvenli ortam değildir; yabancı yatırımcıya verilen güvenceler veya bir ihtilaf halinde yatırımcının tahkim merkezine başvurabilmesi, buradan alınan kararların icra kabiliyetini ifade eden hukuki güvenlik de güven ortamı kapsamına dahildir. Devletler, gerek iki taraflı gerekse çok taraflı anlaşmalarda, yabancı yatırımcılar ile aralarında, yatırımdan doğan ihtilafların halli için özel bir merkez olan ICSID’e (International Center for the Settlement of Investment Dispute) yollama yaparlar. Ancak bu yollama, ihtilafın ICSID nezdinde çözümlenmesi için yeterli değildir; ICSID’in de kendi iç düzenlemesi olan, ICSID Konvansiyonuna göre yetkili olması lazımdır. Konvansiyona göre, ICSID’in yetkisinin üç dayanağı vardır: kişi bakımından yetki (jurisdiction *ratione personae*), konu bakımından yetki (jurisdiction *ratione materiae*) ve rıza (consent). Biz çalışmamızda, kişi bakımından yetki şartını, ağırlıklı olarak ICSID kararları ışığında ve öğretideki görüşleri dikkate alarak inceledik.

Anahtar Kelimeler : Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi, ICSID, ICSID Konvansiyonu m. 25/2(b), Kişi Bakımından Yetki.

Jurisdiction Ratio Personae in International Center for the Settlement of
Investment Disputes

Işıl Egemen Demir

ABSTRACT

In recent years, in the world and in our country, big capital holders wishing to evaluate their capitals in the energy, building, industry planes of developing countries, are building facilities, creating areas of employment or becoming shareholders to existing local companies. The most important factor attracting the capital holders in the host country is confidence climate. The confidence climate does not just embody the security climate of the host state; it concludes also the assurances given to foreign investors or the ability to appeal to a arbitration center in case of a dispute, the execution capacity of the awards given by foreign courts or arbitration centers. The States refer to ICSID (International Center for the Settlement of Investment Dispute) in bilateral also in multilateral treaties for the settlement of investment disputes with the investors in their countries. But this reference does not suffice for the settlement of the dispute before the court. The Center has to be also competent according to the ICSID Convention which is the internal regulation of ICSID. According to the Convention there are three conditions for the jurisdiction of the Center, these are: jurisdiction *ratione personae*, jurisdiction *ratione materiae* and consent. In our study, we have analysed the jurisdiction *ratione personae* mainly in light of ICSID awards and by considering the standpoints of the doctrine.

Keywords : International Center for the Settlement of Investment Disputes, ICSID, ICSID Convention p. 25/2(b), *Jurisdictio Rationae Personae*.

ÖNSÖZ

Huzurunuzdaki çalışma, yatırımcıların, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkların Halli Merkezine (ICSID) başvuru hakkı noktasında yoğunlaşmıştır. Merkez tahkiminde hakem heyetleri, doğrudan uyuşmazlığın esasına girmezler. Öncelikle önlerindeki uyuşmazlık hakkında karar vermeye yetkili olup olmadıklarını incelerler. Başvuru haklarının incelenmesinde hareket noktamız, Merkezin kuruluş metni niteliğindeki ICSID Konvansiyonu ve özellikle, Merkezin yetkisini düzenleyen Konvansiyon'un 25. maddesidir. Maddenin sac ayaklarını, yatırım, yatırımcı ve rıza şartları oluşturur. Dolayısıyla, Merkezin yetkisinin tesisi için tarafların ICSID tahkimine rıza vermeleri, Merkezin uyuşmazlığın esasına girebilmek için, hem konu (yatırım) hem de kişi (yatırımcı) bakımından yetkili olması gerekmektedir. Yabancı yatırımcıların başvuru hakkını, bu şartlardan Merkezin kişi bakımından yetkisi oluşturur. Bir başka ifadeyle, yabancı yatırımcının başvuru hakkına sahip olabilmesinin Merkez açısından görünümü, Merkezin kişi bakımından yetkili olmasıdır.

Uyuşmazlık konusu olayın özellikleri her davada farklılık göstermektedir. ICSID'in konu bakımından yetki şartını oluşturan "yatırım" şartı da, kişi bakımından yetki şartından daha geniş kapsamlı ve üzerinde yoğun tartışmaların olduğu bir konudur. Biz ICSID tahkimine kimlerin başvurabileceği konusunun, zamansal olarak "yatırım" şartından önce incelenmesi kanaatinde olduğumuzdan, tez konusu olarak kişi bakımından yetki şartını belirlemeyi tercih ettik. Tezimizde, Konvansiyon hükmünden hareket ederek, öğretilerdeki görüşlerden ve başta Merkez tahkim kararları olmak üzere, diğer uluslararası yargı mercilerinin kararlarından yararlanarak bir sonuca varmaya çalıştık.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN MERKEZİN YETKİSİ

I. YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ MERKEZ TAHKİMİNDE GÖRÜLMESİ	5
A. Yabancı Yatırım Kavramı ve Tarihsel Gelişimi	5
B. Yabancı Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü ve ICSID Tahkimi	11
II. MERKEZ TAHKİMİNİN YARGILAMA YETKİSİNİN DAYANAĞI OLARAK ICSID KONVANSİYONU	13
A. ICSID Konvansiyonunun Merkez Tahkiminin Hukuki Dayanağı Olması	13
B. Merkezin Yetkisinin Hukuki Dayanağı Olarak Konvansiyon m. 25 Düzenlemesi	16

1. Genel Olarak.....	16
2. Merkezin Yetkisine İlişkin Terminoloji.....	18
3. Yetki ve Kabul Edilebilirlik Kavramları	19
4. Yetki ve Tahkime Elverişlilik Kavramları	25
III. ICSID TAHKİMİNE ATIF YAPILAN HUKUKİ METİNLERDEKİ YATIRIMCI TANIMLARI	27
A. Uyuşmazlık Tarafları Arasındaki Sözleşme	27
B. Devletlerarası İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Andlaşmaları	29
C. Devletlerarası Çok Taraflı Yatırım Andlaşmaları.....	29
D. Yabancı Yatırıma İlişkin Ev Sabi Devletin Ulusal Mevzuatı	31
IV. ICSID TAHKİMİNE ATIF YAPILAN METİNLERDE YER ALAN YATIRIMCI TANIMLARI VE KONVANSİYON M. 25 DÜZENLEMESİ	35
A. Konvansiyon m. 25 Düzenlemesinin Hukuki Niteliği ve Yatırım Andlaşmaları	35
B. ICSID Tahkimine Rızanın Yer Aldığı Hukuki Metinlerdeki Yatırımcı Tanımları.....	37
1. Genel Olarak.....	37
2. Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmalarında Yer Alan Yatırımcı Tanımı ve Merkezin Kişi Bakımından Yetkisinin Tesisi	38
3. Devletlerarası Çok Taraflı Yatırım Andlaşmalarında Yer Alan Yatırımcı Tanımı ve Merkezin Kişi Bakımından Yetkisinin Tesisi – Enerji Şartı Andlaşması	39
a. Enerji Şartı Andlaşması Kapsamındaki Yatırımcılar.....	41
b. Ev Sahibi Devlet Açısından Kişi Bakımından Yetki	42
c. Yatırımcı Açısından Kişi Bakımından Yetki Değerlendirmesi.....	43

İKİNCİ BÖLÜM

MERKEZ TAHKİMİNİN TARAFLARI

I. MERKEZİN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİNE İLİŞKİN KONVANSİYON M. 25 (1) DÜZENLEMESİ.....	46
II. UYUŞMAZLIĞIN AKİT DEVLET TARAFI	48
A. Akit Devlet Statüsü	48
B. Akit Devlet Statüsünün Kazanılma Anı ve Önemi.....	49
C. Akit Devletin ICSID Tahkimine Rızası ve Akit Devlet Statüsünün Kazanılma Anlarının Farklı Olması	50
1. Kaynak Devletin Akit Devlet Statüsü Kazanmasından Önce ICSID Tahkimine Rıza Göstermesi	51
2. Ev Sahibi Devletin Akit Devlet Statüsünü Kazanmasından Önce ICSID Tahkimine Rıza Göstermesi.....	51
D. Akit Devletin Alt Birimleri veya Kuruluşları	53
1. Akit Devletin Alt Birimi	55
2. Akit Devlet Kuruluşu	55
E. Bildirim Şartı	56
1. Bildirimin Merkeze Yapılmış Olması Şartı.....	59
2. Bildirimin Yapılma Zamanı	59
F. Akit Devletin ICSID Konvansiyonundan Çekilmesinin Taraf Sıfatına Etkisi	62
1. Çekilme Bildiriminin Yapılmasından Sonraki Birinci Dönem.....	63
2. Çekilme Bildiriminin Yapılmasından Sonraki İkinci Dönem	64
G. Akit Devletin Milletlerarası Sorumluluğu	69

III. UYUŞMAZLIĞIN YATIRIMCI TARAFI	72
A. Genel Olarak	72
B. ICSID'in Kişi Bakımından Yetkisi Açısından Tabiiyet Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar	75
1.Genel Olarak Tabiiyet Kavramı.....	76
2.Tabiiyetin Milletlerarası Hukuk Vasfı.....	78
3.Tabiiyete Bağlı Yatırımları Koruma Mekanizması Olarak "Diplomatik Koruma"	81
a. Diplomatik Koruma.....	82
b. Diplomatik Koruma Hakkının Hukuki Niteliği	83
c. Diplomatik Koruma Hakkının Tabiiyete İlişkin Koşulu	85
d. Uluslararası Tahkim Hukukunda Yatırımcının Korunması ile Devletler Hukukundaki Diplomatik Koruma Hakkının Karşılaştırılması	86
C. ICSID'in Yetkisi Açısından Temel Tabiiyet Koşulları.....	87
1. Olumlu Şart, Akit Devlet Tabiiyetinde Olma.....	88
2. Olumsuz Şart, Ev Sahibi Devlet Tabiiyetinde Olmama	89
3. Tabiiyet Koşulunun Zamansal Olarak Sağlanması	90
a. Gerçek Kişiler Açısından Tabiiyet Koşullarının Gerçekleşme Anı.....	91
b. Tüzel Kişiler Açısından Tabiiyet Koşullarının Gerçekleşme Anı	91
c. Yabancı Kontrolündeki Şirketler Açısından Tabiiyet Koşullarının Gerçekleşme Anı	92
D. Gerçek Kişi Yatırımcıya İlişkin Tabiiyet Koşulları	93
1. Genel Olarak	93
2. Gerçek Kişilerin Tabiiyeti	94
3. Gerçek Kişilerin Tabiiyeti ile İlgili Merkez Tahkiminde Karşılaşılan Sorunlar	97
a. Çifte Tabiiyet	98

b. Gerçek ve Etkin Tabiiyet.....	99
c. Tabiiyetin Sürekliliği.....	106
E. Tüzel Kişiler Bakımından Merkezin Yetkisi	108
1. ICSID'in Kişi Bakımından Yetkisi Kapsamında Yatırımcı Şirketin Tüzel Kişiliği Haiz Olması.....	108
2. Tüzel Kişiliği Haiz Olmayan Yatırımcı Şirketin ICSID Tahkimine Başvurusu.....	109
3. Tüzel Kişiliği Haiz Yatırımcı Şirketin ICSID Tahkimine Başvurusu.....	112
F. Tüzel Kişilerin Tabiiyeti	115
1. Şirketlerin Tabiiyetini Tesbitte Sistemler	118
a. Ortakların Tabiiyeti Sistemi	118
b. Sermayenin Bulunduğu Yer Sistemi	118
c. Kuruluş Yeri Sistemi	119
d. Merkez Yeri Sistemi.....	120
e. Kontrol Sistemi.....	121
2. Türk Hukukunda Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti.....	122
3. Konvansiyon m. 25 Düzenlemesinde Tüzel Kişi Şirketin Tabiiyeti.....	125
G. Yabancı Kontrolündeki Ev Sahibi Devlet Tabiiyetindeki Şirketler Bakımından Merkezin Yetkisi	126
1. Yatırımcı Şirketin Ev Sahibi Devlet Tabiiyetinde Olması.....	127
2. Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasında, Yatırımcının Diğer Akit Devlet Vatandaşı Gibi Muamele Göreceğine Dair Anlaşma	128
a. Açık Anlaşma.....	128
b. Örtülü Anlaşma.....	129
3. Yabancı Kontrolün Fiilen Var Olması.....	131
4. Yabancı Kontrolün Fiilen Gerçekleşmesine İlişkin Örnek ICSID Kararları	132
a. Vacuum Salt Products Ltd v. Gana Devleti (ICSID ARB/92/1).....	132
b. TSA Spectrum de Argentina S.A v. Arjantin Kararı (ICSID ARB/05/5).....	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YATIRIMCI KİMLİĞİ

I.GENEL OLARAK YATIRIMCI KİMLİĞİ	138
II. ŞİRKET PAYDAŞLARININ BAŞVURU HAKKI	139
A. Genel Olarak.....	139
1. Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili	139
2. Şirket Paydaşlarının Tüzel Kişiden Bağımsız Başvuru Hakkı..	144
3. Şirket Paydaşlarının Başvuru Hakkının Kapsamı / Doğrudan – Dolaylı Zarar Ayrımı.....	145
4. Ev Sahibi Ülkede Kurulu Tüzel Kişi Şirket Paydaşlarının Başvuru Hakkı.....	149
B. Yabancı Yatırımcıların Yerel Şirketlerde Pay Sahibi Olması	150
C. Şirket Paydaşlarının Korunma Haklarına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı Kararları	152
1. Barcelona Traction Light and Power Şirketi, Belçika-İspanya UDAD Kararı – 24.07.1964.....	153
2. Electronica Sicula S.p.A (ELSI) ABD v. İtalya UAD Kararı - 20.07.1989.....	155
3. Ahmadou Sadio Diallo, Gine Cumhuriyeti v. Kongo Demokratik Cumhuriyeti UAD Kararı - 24.05.2007	158
D. Şirket Paydaşlarının Korunma Haklarına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının ICSID Tahkim Süreçlerine Etkisi.....	160
1. Ev Sahibi Ülkede Kurulu Tüzel Kişi Şirket Paydaşlarının Başvuru Hakkına İlişkin ICSID Kararları	161
2. Diğer Akit Devlet Tabiiyetindeki Tüzel Kişiyi Oluşturan Paydaşların Başvuru Hakkı	165
E. Şirket Paydaşlarının Başvurusunda Paydaşlığın Yatırım Olarak	

Değerlendirilmesi	168
F. Azınlık – Çoğunluk Paydaşlığının Paysahipliğinin Yatırım Sayılmasına Etkisi.....	173
G. Dolaylı Paydaşlık.....	177
1. Yatırımcının Kaynak Devletindeki Şirket Vasıtasıyla Paydaşlığı.....	177
2. Ev Sahibi Devlette Kurulu Şirket Vasıtasıyla Paydaşlık.....	179
3. Üçüncü Bir Devlette Kurulu Şirket Vasıtasıyla Paydaşlık	180
4. Merkezin Yetkisinin Tesbitinde Dolaylı Paydaşlıktaki Aşamalar	181
III.“GERÇEK YATIRIMCI” VEYA “GERÇEK YATIRIM” KAVRAMI	183
A. Gerçek Yatırımcı Kimliği	183
1. Gerçek Yatırımcı Kavramı	183
2. Gerçek Bir Yatırımın Varlığı	185
3. Gerçek Yatırımcı – Görünürdeki Yatırımcı Sorununun Unsurları.....	186
a. ICSID Tahkimine Başvuru Şartlarını Taşımayan Gerçek Yatırımcı.....	186
b. Görünürdeki Yatırımcı	188
c. Hile Kastı	189
4. ICSID Kararlarında Tartışılan Gerçek Yatırımcı Kimliği.....	189
B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	192
1. Tabiiyetin Tesbitinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	192
2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının ICSID Tahkiminde Uygulanması	197
C. Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gerçek Yatırımcı Sorunu	205
1. Merkez Tahkiminde Uluslararası Hukuk İlkelerinin Uygulanması	205
2. Merkez Tahkiminde İyi Niyet İlkesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	206

SONUÇ	212
KAYNAKÇA.....	215
ÖZGEÇMİŞ	250

KISALTMALAR LİSTESİ

age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz/bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
f.	: Fıkra
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
m.	: Madde
Merkez	: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
t.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UDAD	: Uluslararası Daimi Adalet Divanı
v.	: versus
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
YSTK	: Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu

GİRİŞ

Yabancı yatırımcıların bir ülkede yatırım yapmayı tercih etmelerinde, sadece o ülkedeki elverişli yatırım alanları rol oynamaz. Ülkenin yabancı yatırıma ilişkin hukuki düzenlemeleri ve çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümündeki uygulamalar da, yabancı yatırımcıların bir ülkede yatırım yapma konusunda göz önünde bulundurması gereken hususlardır. Ev sahibi devletteki doğal kaynakların zenginliği, iş gücünün ucuz olması, yüksek kâr potansiyeli, hükümetin ve halkın yabancı yatırıma sıcak bakması, yatırımcının sermayesini, yabancı bir ülkeye uzun süreli bağlaması için yeterli değildir. Yatırımcının sermayesini, yabancı bir ülkede uzun süre bağlaması için, güven veren bir ortamın da yaratılması gerekir. Yabancı yatırımlar uzun sürelidir, ev sahibi ülkede tesisler kurmayı, ev sahibi devletle uzun süreli bir anlaşmayı ve ev sahibi ülke vatandaşlarının istihdamını gerektirir. Ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında, yatırımdan doğan bir uyuşmazlığın çıkması her zaman ihtimal dahilindedir. Bu durumda ev sahibi devletin tutumunun ne olduğunun öngörülebilir olması gerekir. Ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemeleri, yabancı yatırımcının uluslararası tahkim mekanizmalarına başvurmasına cevaz vermekte midir? Yoksa yabancı yatırımcıyı, yerel mahkemelere başvurmaya mı zorlamaktadır? Ev sahibi devlet ile yatırımcının kaynak devleti arasındaki İkili Yatırım Andlaşmasında, uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda hangi tahkim mekanizması öngörülmektedir? Ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, en etkin çözüm mekanizmalarından biri hiç şüphesiz Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez; ya da en çok kullanılan adıyla Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi (International Center for Settlement of Investment Disputes, kısaca ICSID)'dir. Ev sahibi devletin, ICSID Konvansiyonuna taraf olması ve devletlerarası ikili veya çok taraflı andlaşmalarda, yabancı yatırımcılara ICSID'e başvuru yolunu açması, yabancı yatırımcıların ICSID'e başvurmaları konusunda yeterli midir? Ev sahibi devletin, ICSID tahkimine rıza göstermiş olması, bir ön şart olmakla beraber, yabancı yatırımcıların ICSID tahkimine başvurması ve ICSID hakem heyetlerinin, uyuşmazlığın esasına girebilmeleri için yeterli değildir; ICSID Konvansiyonunda ikinci bölümde yer alan, Merkezin yetkisi başlıklı m. 25¹'te yer alan yetki şartlarının da gerçekleşmiş olması

¹ https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf, E.T: 01.12.2011. Chapter II /Jurisdiction of the Centre

gerekir. Sözkonusu maddede yer alan yetki şartlarını konu bakımından ve kişi bakımından yetki şartı olarak iki başlıkta incelemek gerekir. Konu bakımından yetki şartını, davacının ev sahibi devletteki faaliyetlerinin, “yatırım” sayılıp sayılmayacağı oluştururken; kimlerin ICSID tahkimine başvurabileceği ise, kişi bakımından yetki şartını oluşturur. Konvansiyon m. 25, konu bakımından yetki şartını oluşturan yatırıma ilişkin bir düzenleme yapmamış; uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir. Konvansiyon, hangi faaliyetlerin yatırım sayılacağı konusunda, Merkez hakem heyetlerine serbesti sağlamıştır. Günümüzde yatırım faaliyetlerinin çeşitliliği, her yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkilerin kendine has özellikleri, gelişen teknolojinin yatırım faaliyetlerine getirebileceği yenilikler gözönünde tutulduğunda, yatırım faaliyetlerini gruplandırmanın zorluğu görülmektedir; dolayısıyla Konvansiyonun konu bakımından yetkiye ilişkin bir düzenleme yapmayıp, bu konuyu ICSID hakem heyetlerine bırakmaları isabetli olmuştur. Konvansiyonda m. 25’e yer alan kişi bakımından yetki şartını incelediğimizde ise, sistematik bir düzenlemenin yapıldığını görürüz. İlgili maddede, gerçek kişi ve tüzel kişiler bakımından ve tabiiyet koşulları bakımından bir ayırım yapılmıştır.

Kural olarak, ICSID Konvansiyonuna taraf devlet tabiiyetinde olan ve ev sahibi devlet tabiiyetinde olmayan gerçek ve tüzel kişi yatırımcılar, Merkez tahkimine başvurabilir. Kişi bakımından yetki şartını incelerken ilk aşama, tabiiyet kavramı, tabiiyetin nasıl belirleneceği, özellikle tüzel kişi yatırımcıların tabiiyetini

Article 25/ (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (2) “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

tesbitteki sistemlerdir. Bu bölümde Uluslararası Adalet Divanı Kararlarına ve ICSID hakem heyetlerinin yatırımcıların tabiiyeti konusundaki yaklaşımlarına değineceğiz.

Tabiiyet konusunu ele aldıktan sonra, Konvansiyon m. 25/2'de yer alan, Merkez tahkimine başvuru hakkını haiz yatırımcıları ana başlıkları halinde inceleyeceğiz. Diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin başvuruları, ev sahibi devlet kontrolünde olmakla birlikte yabancı kontrolündeki tüzel kişi yatırımcıların başvurularını, öğretilerdeki görüşler ve ICSID kararları ışığında inceleyeceğiz. Gerçek kişilerin, ev sahibi devlet tabiiyetinde olmaları, kesin bir başvuru engeliyken, ev sahibi tüzel kişiler için “yabancı kontrol” düzenlemesi yoluyla ICSID tahkimine başvurabilmelerinin yolu açıktır. Kişi bakımından yetki şartı düzenlemesinde yer alan, tabiiyet, gerçek kişilerin başvurusu, diğer âkit devlet tabiiyetindeki tüzel kişi şirketlerin başvurusu, yabancı kontrolündeki ev sahibi devlet tabiiyetindeki tüzel kişi şirketlerin başvurusu konularını inceleyeceğiz.

Konvansiyon m. 25/2'deki kişi bakımından yetki düzenlemesinde yer almayan, öğretilerde ve uluslararası yargı mekanizmalarında tartışma konusu olan, şirket paydaşlarının başvurusu ve “gerçek yatırımcı” kavramlarını, Uluslararası Adalet Divanının kararlarını, ICSID içtihatları ve öğretilerde yer alan görüşler ışığında incelemeye çalışacağız. Şirket paydaşlarının başvuru hakkını, şirket paydaşlarının tüzel kişi şirketten bağımsız olarak tahkime başvuru yapıp yapamayacağı ve tahkim anlaşmasına taraf olmayanların başvuru hakları noktasından inceleyeceğiz. Uluslararası Adalet Divanının, diplomatik himaye hakkı çerçevesinde incelediği şirket paydaşlarının başvuru hakkının ICSID kararlarında nasıl incelendiği, diplomatik himaye kurumundaki ve uluslararası yatırım hukukundaki paydaşların başvuru haklarının birbirlerine denk olup olmadığı sorunları irdelenecektir.

Konvansiyon m. 25/2'deki kişi bakımından yetki şartlarını “görünürde” sağlamakla birlikte, aslında ev sahibi devlet vatandaşı ya da âkit olmayan devlet vatandaşı olması vb. sebeplerle ICSID tahkimine başvuramayacak kişinin, diğer âkit devlet tabiiyetindeki ve ICSID'e başvuru hakkını haiz bir paravan şirket vasıtasıyla, Merkez tahkimine başvuru hakkını elde etmesinin hukuka uygun olup olmadığı araştırılacak, iyi niyet kavramı üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızda incelenen kararlarda, sözkonusu kararların sadece yetkiye ilişkin kısmına yer verilmemiş; konunun daha iyi anlaşılması ve uyuşmazlığa neden olan vak'alara ilişkin bir kaynak oluşturabilmek amacıyla, uyuşmazlığa sebebiyet veren ev sahibi devletlerin faaliyetlerine de yer verilmiştir.

Sonuç bölümünde, ICSID tahkiminde kişi bakımından yetki konusundaki genel değerlendirmemiz, görüş ve önerilerimiz yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN MERKEZİN YETKİSİ

I. YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ MERKEZ TAHKİMİNDE GÖRÜLMESİ

A. YABANCI YATIRIM KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Yabancı yatırımın, sabit, bütün zamanlar için geçerli bir tanımı yoktur. Yabancı yatırım kavramı, uluslararası ticari ilişkilerin mahiyetine bağlıdır². 1917’de Amerika ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasındaki Soğuk Savaş³,

² Uluslararası ticaretin gelişim süreci ve ilkçağdan 19. yüzyıla kadar tarihçesi için bakınız: TELLİ, S., Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991. 17. – 18. Yüzyılda, sınır ötesi ticari faaliyetler mülk edinme ya da borç ilişkileriyle sınırlıyken, bugün uluslararası ticari faaliyetlerin çeşitliliği daha fazladır ve yabancı yatırım şeklinde, ticari faaliyet kapsamını aşan büyük çaptaki girişimler, uluslararası yatırım anlaşmalarıyla koruma altına alınmıştır. Uluslararası ticaret alanındaki hareketliliklere kısaca göz atacak olursak: 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar sınırlar arası sermaye akışı, Avrupalı yatırımcıların diğer Avrupa ülkelerindeki kişilere borç vermeleri şeklinde olmuştur. O zamanlar doğrudan yabancı yatırım, yatırımın esas şekli değildi. Yabancıların mülk edinmesi somut yatırım türüydü. Bu nedenle uluslararası hukuk, özellikle yabancıların mülklerini, el koymaya karşı koruma ve alacaklıların, borçlarını tahsil hakkı gibi konularla ilgileniyordu. 19. yüzyılın ortalarından itibaren uluslararası yatırım anlaşmalarının koruması altındaki varlık türlerinin sayısında önemli bir artış olmuştur. 20. yüzyılın ilk yarısına kadar, imtiyaz sözleşmeleri yoluyla doğal kaynakların çıkartılmasına yönelik faaliyetler gösteren şirketlerdeki yabancıların hissedarlığı, yabancı yatırımı oluşturuyordu. Ülkemizde de Dünya’daki gelişmelerin yansımaları görülmüştür.

³ DEMİR, Y. K, Soğuk Savaş Sırasında Amerikan Propagandası – Türkiye Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s.29: Soğuk Savaş tabirinin kullanım amacı silahla yapılan deniz, kara ve hava savaşının olmaması, fakat her an bir savaş olacak ihtimaline karşı hazırlıklı olma, gergin olma durumudur. Soğuk Savaş, sıcak bir çatışma olmadan, diplomatik, ekonomik, kültürel, siyasal, askeri teknolojileri ve propaganda aracı olarak kullanılması ile yürütülen bir savaştır. Ronald E. Powaski, The Cold War, The United States and The Soviet Union 1917-1991, Oxford University Press, : 1998, s. İx vd.; Soğuk savaş öncesinde, temelindeki ideolojiler birbirine taban tabana zıt olan, özgürlükçü ve cumhuriyetçi Amerika ile yönetim şeklinin otokrasi olduğu Rusya arasındaki ilişkiler bir gerginliğin çıkmasını kaçınılmaz kılmıştır. Soğuk Savaş, 1917’de başlayan Doğu-Batı çekişmesinin bir ürünüdür. Soğuk Savaş, 1917 – 1991 arasında [Amerika Birleşik Devletleri](#) ve [Sovyetler Birliği](#) arasında

yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan gelişmekte olan ülkeler için de, yeni bir dönemin başlangıcına işaret eder. Soğuk savaşın içinde yer almayan yeni devletlerin (non – aligned states) sayısının artması, bu devletlerin birlikte hareket ederek, benzer menfaatlerinin elde edilmesi için ortak hareket etmelerini sağladı⁴.

sürmüş, küresel nüfuzu ele geçirmeye yönelik çok yönlü bir çatışmadır. Söz konusu devletlerin, ittifaklar oluşturması; (resmi olarak bağımsız görünmekle birlikte bir devletin önemli ölçüde politik ve ekonomik etkisi veya kontrolü altında olan) satelit veya alıcı devlet olarak da adlandırılan genellikle gelişmekte olan ülkelere askeri ve maddi yardım yapılması, büyük ve pahalı askeri yapılanma, propaganda kampanyaları, güçlü casusluk teşkilatlanmaları, gerilla ve kontrgerilla mücadeleleri ve politik suikastler, Amerika ve Rusya arasındaki Soğuk Savaşta tarafların kullandığı yöntemlerdendir. Bu çekişme II. Dünya Savaşı'ndan sonra daha belirgin hale gelmiştir. "Soğuk Savaş" deyimini ilk kez 1947 yılında ABD'li Bernard Baruch tarafından kullanılmıştır. II. Dünya Savaşından sonra Orta, Doğu ve Güneydoğu Avrupa'da SSCB'nin etkisi artmaya başlamış ve bu bölgedeki ülkeleri bir ölçüde kendi şemsiyesi altına almıştır. Bundan korkan ABD ve İngiltere, Batı Avrupa'da ve başka yerlerde ve Sovyet yanlısı komünist partilerin iktidara gelmemesi için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Uyguladıkları Marshall Planı ile Batı Avrupa ülkeleri ABD'nin nüfuzu altına girerken, Doğu Avrupa ülkelerinde de Sovyet yanlısı komünist hükümetlerin kurulması ile Soğuk Savaş doruğa ulaşmıştır. Bunun yanında ABD, Truman Doktrini çerçevesinde, Batı Avrupa'nın SSCB'ye karşı korunması için çaba harcamış, bunun sonucu olarak da NATO (North Atlantic Treaty Organization-Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü) kurulmuştur. Buna karşı, SSCB'de Varşova Pakti'ni kurmuş ve Çin'de Sovyet yanlıları iktidarı ele geçirmişlerdir. Böylece soğuk savaş daha belirgin hale getiren bloklar oluşmuş ve çeşitli çatışma konuları ortaya çıkmıştır. Kore ve Vietnam savaşları, Berlin Sorunu, 1956-59 yılları arasında Ortadoğu'daki çekişme, U-2 casus uçağı olayı, Küba krizi gibi olaylar soğuk savaşın doruğunu oluşturmuştur. Soğuk savaşta blok liderlerinin kendi blokları içerisinde yer alan ülkelerin içişlerine karıştıklarına rastlanmıştır. 1962'den sonra (özellikle Küba bunalımından sonra) yavaş yavaş ortaya çıkan "detant" (yumuşama) dönemiyle karşıt iki blok, yerini daha karmaşık bir yapıya bırakmıştır. Bağımsızlıklarını kazanan yeni ülkeler, nükleer silahların yayılmasının önlenmesi konusunda, görüşler vurgulamaya başlamışlardır. İki blok arasındaki çekişmeyi sona erdirmek için 1975 yılında iki blok ülkelerinin katıldığı AGİK (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı) çerçevesinde Nihai Senet imzalanmıştır. Fakat Asya ve Afrika'daki karışıklığın tırmanması bu detente (yumuşama) sürecini sona erdirmiştir. 1980'lerin başında yeniden soğuk savaş dönemine girildi. Fakat 1985 yılında SSCB Komünist Parti Genel Sekreterliğine Mikhail Gorbaçov'un gelmesi ile, iki blok arasındaki buzlar eremeye başladı. Ve 1989 yılında Doğu Avrupa'da başlayan rejim değişikliği, ve soğuk savaş simgeleyen Berlin Duvarı'nın yıkılması ile II. Dünya Savaşından sonra başlayan süreç sona ermeye başladı. 1991'de SSCB'nin çökmesiyle Soğuk Savaş sona erdi.

⁴ DEMİR, Y. K., age, s. 35 vd. Eski sömürgecilik düzeninin hortlanması konusundaki endişeleri olan söz konusu devletler, ekonomilerini iyileştirmek için gerekli olan sermayenin de, gene eski sömürgeci devletlerde bulunuşu sonucunda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Toplantısında yeni bir Uluslararası Ekonomik Düzen (New International Economic Order) oluşturulması için girişimde bulundular. Amaçları kendi doğal kaynakları üzerindeki mutlak hâkimiyetlerini koruyarak, güçlü devletlere doğal kaynaklarını kullanırmak ve neticede ekonomilerini iyileştirmektir. Birleşmiş Devletler 1 Mayıs 1974 tarihli Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulmasına dair bildiri yayınladı. Bu bildiri ülkelerin eşitliği, halkların kendi kaderlerini belirleyebilme özgürlüğü (self determination), bölgelerin istilasının kabul edilemeyeceği, her ülkenin tabii kaynakları ve kendi ekonomileri üzerinde kalıcı ve tam bir egemenliğe sahip oldukları; gelişmekte olan ülkelere modern bilim ve teknolojinin transferini sağlama, gelişmekte olan ülkelere ithal edilen ve ihraç edilen hammadde, ekipmanların fiyatlarının hakkaniyet ve nisfete uygun olması gibi ilkelere yer verilmiştir. <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> 26.02.2011, Declaration on the Establishment of a New

Ancak, bugün anladığımız anlamda yabancı yatırım, İkinci Dünya Savaşının bitiminden sonra, eski sömürge devletlerinin özgürlüklerine kavuşmasıyla başlar⁵.

İkinci Dünya Savaşından sonraki süreçte, 1970'lerde ortaya çıkan Petrol Krizi, eski sömürge devletlerinin birlikte hareket etmelerinin zeminini hazırladı⁶. Serbest piyasa ekonomisine yeni aktörlerin katılmasını sağlayan bir diğer etken de,

International Economic Order.

⁵ GÖĞER, E., "Kamulaştırma Ve Millileştirmenin Devletler Hususi Hukukuna Getirdikleri Sorunlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, s. 165 – 192, Ankara, 1969, s. 167 vd; Charles P. Kindleberger, **Financial History of Western Europe**, 1993 s. 208 – 224, Scope and Definition, United Nations Publication s. 8, http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20102_en.pdf 'den naklen; Sömürgecilikten yabancı yatırıma doğru geçişin gelişimine kısaca bakacak olursak: Sömürgeciliğin sona ermesinden sonra, yeni özgürlüklerine kavuşmuş olan devletler, hem ülkelerindeki eski sömürgeci devletlerin hâkimiyetinden kurtulmak, hem de kendi ekonomilerini kurarak Dünya pazarında yer edinmek istiyorlardı. Güçlü sermayelerin hali hazırda eski sömürgeci devletler nezdinde bulunması, buna karşılık söz konusu devletlerin yeni bağımsızlıklarına kavuşmuş devletlerdeki doğal kaynaklara gereksinimi, uluslararası camiada yeni oluşumların, yeni kavramların ortaya çıkmasını gerekli kılmıştır. Endüstri devriminin bir sonucu olarak daha fazla sanayileşen eski sömürgeci devletlerin sermaye birikimleri, bu ülkeleri, kâr getirisi en yüksek olan alanları arama girişimine itmiş, Avrupa sermayesi, yatırımlarını, hammaddelerin ve ucuz işgücünün bulunduğu eski sömürge devletlerine ve az gelişmiş ülkelere yöneltmiştir. 1800'lü yıllarda, İngiltere'nin, madenlerin ve özellikle petrolün çıkartılmasına yönelik az gelişmiş / eski sömürge devletlerindeki faaliyetleri yabancı yatırımın başlangıcı olmuştur. Daha sonraki dönemde, 20. Yüzyılın ikinci yarısına kadar bu yatırımlar, daha çok imtiyaz verme şeklinde yapılmıştır. 1929 – 1930 yıllarındaki ekonomik bunalım, 1920'li yıllarda, eski sömürge devletlerinde başlayan bağımsızlık hareketleri, bu ülkelerdeki güvenli ve istikrarlı yatırım ortamını ortadan kaldırmıştır. Aynı yıllarda Türkiye'de de, yabancı sermayenin millileştirilmesi yoluna başvurulmuştur. Ülkemizdeki millileştirme hareketlerinin gerekçelerini incelemek, gelişmekte olan ülkelerdeki benzer hareketleri de anlamamıza yardımcı olacaktır. Millileştirmelerin *ilk* temel gerekçesi, kapitülasyonların yerli sanayiye karşı yıkıcı rekabet unsuru olarak görülmesi; *ikincisi*, yabancı sermayenin, siyasi himaye talep etmesi sonucunda büyük devletlerin iç işlerimize müdahale etmesi nedeniyle bağımsız bir kalkınma politikası güdülememesi; *Üçüncüsü* ise, bu yabancı sermayenin, birtakım yerli siyaset adamlarını yönetim kurulu üyeliklerine alarak pasifize etmeleridir⁵. Gelişmekte olan ülkelerdeki kamulaştırma / millileştirme / devletleştirme hareketleri sonucunda, ev sahibi devletlerin kamu gücüyle, yabancı sermayeye el koyması, yabancı firmaların söz konusu devletlere karşı hukuki mücadele başlatmasına neden olmuştur.

⁶Telli, S., age, s. 6. M SORNARAJAH, M., The International Law on Foreign Investment, 3. bası, Cambridge, 2010, s. 2. 1970'lerde ortaya çıkan Petrol Krizi, tabii kaynakları elinde tutan ülkelerin hem gücünü hem de güçsüzlüğünü gösterdi. Tek başına büyük devletlere karşı haklarını ve menfaatlerini koruyamayan bağımsızlıklarına yeni kavuşmuş devletler, doğal kaynaklar üzerindeki sürekli egemenliklerine dayalı haklarını, büyük devletlere karşı korumak amacıyla birlikte hareket etmeye karar verdiler. Diğer doğal kaynakları elinde tutan ülkeler bunu başaramamış olsa da, petrol üreten ülkeler ortak hareket ederek sanayide büyük bir değişime neden oldular. Petrol ihraç eden ülkeler tarafından haklarını korumak ve başta ABD, Hollanda menşeli olmak üzere, büyük petrol şirketlerinin baskılarına karşı çıkmak amacıyla 14 Eylül 1960 tarihinde Petrol İhraç Eden Ülkeler Birliği – OPEC (Organisation of Petroleum Exporting Countries) kurulmuştur. Bunun dışında Çin'in açık kapı politikası ile Hong Kong ve Singapur gibi küçük Asya ülkelerinin yabancı sermaye ile ilgili liberal uygulamalarının ekonomileri üzerindeki başarısı diğer ülkelerin de benzer bir yol seçmesini sağlamıştır.

Sovyetler Birliğinin dağılmasıdır. Ayrıca Uluslararası Para Fonunun⁷ (International Monetary Fund - IMF) ve Dünya Bankasının⁸ (World Bank) serbest pazar ekonomisini desteklemesi, gelişmekte olan ülkelerin serbest ekonomiye geçmesi yönünde baskılara neden olmuştur.

Dünya ekonomisindeki bu havada, gelişmekte olan ülkeler Dünya ekonomisinde liberalleşen yabancı yatırım politikasını, iç hukuk mevzuatlarına yansıtılar ve yabancı yatırımcının yatırım yapmasını teşvik edici, kolaylaştırıcı kanuni düzenlemeler yaptılar. İç Hukuktaki kanuni zeminin hazırlanmasından sonra diğer devletlerle, devletlerarası iki taraflı yatırımların teşvik ve korunmasına dair anlaşmalar yaptılar. Uluslararası düzeyde de, NAFTA, Enerji Şartı gibi çok taraflı anlaşmalara taraf oldular⁹. Türkiye’de de, Dünyadaki bu gelişmelere paralel olarak, çok partili yaşama geçildikten sonra ekonomik gelişim için bazı değişiklikler düşünülmüş ve 1951 yılında Yabancı Yatırımları Teşvik Kanunu kabul edilerek, maden, bayındırlık, ulaştırma, turizm gibi alanları yabancı sermayeye açmıştır¹⁰. Süreç içerisinde, Dünya ekonomisinde yaşanan gelişmeler yabancı yatırım türleri

⁷ IMF hakkında daha geniş bilgi için bakınız : www.imf.org.

⁸ The World Bank hakkında daha geniş bilgi için bakınız : www.worldbank.org .

⁹ SORNARAJAH, **a.g.e** s. 2.

¹⁰ ÇELİKEL, A., Yabancılar Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2009, s. 154 vd. Yasa, yabancı yatırımcıların, yurt dışına kâr transferlerini %10 ile sınırlamış, yıllık kârın %10'u aşması halinde kalan miktarı, %10 kârın gerçekleşmediği yıllara ekleyerek, bu mümkün olmadığı takdirde, belirli malların ihracı şeklinde yurtdışına transferi kabul edilmişti. Yasanın yabancı yatırımcıları cezbetmemesi üzerine 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu kabul edilmiştir. Yabancı sermayeyi “teşvik” amacıyla hazırlanan söz konusu bu yasada, bugün anladığımız anlamıyla yatırım indirimi, fon kaynaklı kredi vs. gibi teşvik unsurları yer almamasına rağmen, yerli yatırımcılarla yabancı yatırımcılara eşit muamele esası getirmesi nedeniyle, o dönemin şartlarına göre oldukça liberal sayılabilecek bir yasaydı. Ancak yasa, her ne kadar eşitlik esası getirmiş olsa da, YSTK’nın yürürlüğünden önce veya sonra çıkarılan yasalarda, yabancı sermaye yatırımlarına kısıtlamalar getirilmesi (Örneğin radyo televizyon gibi medya kuruluşlarında yabancı sermaye iştiraki %20’den fazla olamıyordu. Sivil havacılıktaki izin verilen şirketlerin yönetiminde yabancıların yeri belli ağırlıkta olacak, iç hatlarda uçamayacaklar. Kabotaj Kanununda da birtakım kısıtlayıcı hükümler vardı. Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve mevzuatta yer alan diğer kısıtlamalarla ilgili bakınız: ÇELİKEL, A., Yabancılar Hukuku 10. Bası, İstanbul, 2003, s. 125 vd.) YSTK’nın yabancı sermayeyi teşvik gücünü azaltmıştır. Buna ilaveten, 1980’li yıllara kadar dar bir kambiyo rejiminin varlığı, gelir transferinde yaşanan zorluklar, ağır işleyen bürokrasi, belli miktarın altındaki yatırımların yasadan yararlanamaması, yabancı sermaye girişinin çok sıkı şartlara bağlanması, hukuki güvensizlik, ekonomik ve politik istikrarsızlık gibi unsurlar sonucu YSTK, yabancı yatırımcılar üzerindeki cezp ediciliğini kaybetmiştir. 1980 yılından 2000’li yıllara kadar yabancı sermayeyi teşvik amacıyla mevzuatta değişiklikler yapılmış ve bunun sonucu olarak da yeni bir yasanın hazırlanması gerekli hale gelmiştir. YSTK’nın yürürlükte olduğu dönemde uygulamada yaşanan sorunlar ile ilgili olarak bakınız: ONANER, M., “Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye”, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 2001, s. 35 vd.

içerisinde bir yatırım türünü ön plana çıkarmıştır: Doğrudan Yatırımlar. Gereklilikler ve piyasa ihtiyaçları doğrultusunda, 17.06.2003 yılında Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiş ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununu yürürlükten kaldırmıştır¹¹.

Yabancı yatırımlar ülkelerin ekonomik gelişimleri açısından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle, devletler ülkelerine yabancı yatırımı çekmek için cazip yatırım ortamları yaratmakta ve güvenceler vermektedirler. Uygun yatırım iklimini, ülkenin ekonomik, siyasal istikrarı ve güvenilir yatırım ortamının yanı sıra, ev sahibi devletin yabancı yatırımlar için verdiği hukuki güvenceler oluşturmaktadır. Hukuki güvenceler ifadesinin kapsamında, ev sahibi devletin yabancı yatırımla ilgili iç hukuk mevzuatı¹², ev sahibi devletin diğer devletlerle akdettiği Devletlerarası İki Taraflı Yatırımların Teşvikine ve Korunmasına ilişkin anlaşmalar¹³ ve ev sahibi devletin taraf olduğu çok taraflı yatırım anlaşmaları¹⁴ yer almaktadır¹⁵.

¹¹ DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU, Kanun Numarası : 4875, Kabul Tarihi : 5/6/2003, RG (17/6/2003, S. 25141): Tanımlar, m. 2 - Bu Kanunda geçen; a) Yabancı yatırımcı: Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, 1)Yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, 2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları...ifade eder. Yasada öngörülen temel değişiklikler; doğrudan yabancı yatırımlar için mülga yasanın kabul ettiği, izin ve onay sisteminden bilgilendirme sistemine geçilmesi ile yatırım ve yatırımcı tanımlarının kapsamının genişletilmesi olmuştur. DYYK m. 2'ye göre, yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar ile yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları, bu kanunun uygulaması bakımından yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları da bu yasayla, yabancı yatırımcı kapsamına dahil edilmiştir.

¹²Yabancı yatırımın ticari olmayan risklere karşı korunması ile ilgili iç hukuk mevzuatı hakkında bakınız: Çelikel, A. / Öztekin – Gelgel, G. Yabancılar Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2012 s. 164 vd., Şanlı, C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, İstanbul, 2013, s. 237 vd., Yılmaz, İ., Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 48 vd., Dost, S., Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006, s. 48 vd.

¹³Çelikel/Gelgel-Öztekin, age, s. 165; Şanlı, Ticari Akitler, s. 453 vd., Dost, age, s. 130 vd., Sornarajah s. 308 vd., Telli, S., age, s. 2; United Nations Conference on Trade and Development, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, Akıntürk, E. / Baklacı, P., İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV – S.4, Aralık 2009, s. 477 vd. Yannaca – Small, C., “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, International Investment Law”, Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD, 2008, s.13 vd.

¹⁴Çelikel/Gelgel-Öztekin, age, s. 165; Yannaca – Small, C., agm, s.29 vd. Gaillard, E., “Investments and Investors Covered By Energy Charter Treaty”, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, Edited by Ribeiro, C., New York, 2006, s. 54 vd.

¹⁵ Şanlı, Ticari Akitler, s. 433; Yılmaz, İ., Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 1-3; Dost, S., age, s. 110; Sornarajah, M, The International Law on Foreign Investment, 3. Baskı, Cambridge, 2010, s. 33-35; Telli, S., age,

Yabancı yatırımların ülkelerin ekonomik gelişimlerdeki önemine rağmen, üzerinde uzlaşmış ortak bir tanıma rastlayamamaktayız. Devletlerin iç hukuk mevzuatlarında, devletlerarası iki veya çok taraflı anlaşmalarda¹⁶, ortak bir yatırım tanımı yoktur¹⁷. Tanımlar, andlaşmaların koruduğu yabancı yatırımın doğasına göre değişmektedir¹⁸. Devletlerin iç hukuk mevzuatlarına, iki¹⁹ ve çok taraflı²⁰ yatırım andlaşmalarına baktığımızda, yatırıma ilişkin farkı tanımların yer almakta olduğunu

s. 2 vd. Devletler Hukuku, devletler ile uluslar arası kuruluşların birbirleriyle ve kendi aralarındaki ilişkileri yanında, devletlerin ve uluslar arası kuruluşların, gerçek ve tüzel kişilerle aralarındaki ilişkileri de düzenler. Bu düzenleme daha çok devletlerarası andlaşmalar yoluyla olmaktadır. Bu şekilde uluslar arası ticaret hukukundaki aktörler arasındaki ilişkileri düzenleyen en etkin hukuk kurallarını, yavaş gelişen örf ve adet hukuku ve mahkemeler / hakem heyetlerinin kararlarından ziyade, devletler arası andlaşmalara dayanan pozitif devletler hukuku oluşturmaktadır.

¹⁶ Dost, age, s. 118 vd., Sornarajah s. 2, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA), RG – 06.12.1988 / 20011; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID), RG – 06.12.1988 - 20011; Enerji Şartı Anlaşması RG - 12.07.2000, S. 24107.

¹⁷ Her ülkenin yönetim sisteminin yabancı yatırıma bakış açısı, yabancı yatırımın tarihsel gelişimine de bağlı olarak değişiklik gösterir. Bu farklılıklar iç hukuk düzenlemelerinde farklı tanımlar şeklinde ortaya çıkar. Devletlerarası iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki hükümler de, taraf devletlerin müzakereleri sonucu oluşmaktadır. Bu nedenle farklı devletler arasındaki müzakerelerden, farklı hükümler doğmakta, her ülke, kendi ekonomik beklentilerine, yabancı yatırım politikalarına, yabancı yatırıma açtığı yatırım sahalarına göre, farklı yabancı yatırım tanımları belirleyebilmektedir. İki ve Çok Taraflı Yatırım Andlaşmalarındaki Tanımlar için bakınız: Yannaca – Small, C., Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD, 2008, s. 46 vd.

¹⁸ Sornarajah, age, s. 8.

¹⁹ Türkiye 70'i aşkın ülkeyle yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı andlaşma akdetmiştir. Bu andlaşmalarda, yatırımın kapsamı oldukça geniş tutulmuş ve kısıtlayıcı bir tanımdan kaçınılmıştır. Andlaşmalar ile ilgili tam ve güncel liste için bakınız: TC Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Web sayfası: www.ydy.gov.tr

²⁰ Yatırıma ilişkin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu tek bir yatırım andlaşması yoktur; bunun da nedeni yabancı yatırımın korunması ve yabancı yatırıma yapılan muamele konularında, devletlerin yaklaşımlarının farklı olması ve bir uzlaşma sağlanamamasıdır. Bunlara ilaveten, yabancı yatırımın ev sahibi ülkede yarattığı çevresel bozulmalarla, insan hakları ihlallerini engelleyici hükümlerin andlaşmalarda yer almasını isteyen, hükümet dışı örgütlerin de işin içine girmesiyle, çok taraflı yatırım andlaşmasının yapılması iyice zorlaşmıştır. Birleşmiş Milletler ve Dünya Bankası nezdinde yabancı yatırıma ilişkin çok taraflı yatırım andlaşması taslakları yapıldıysa da, bu girişimler başarılı olamamıştır. UNCTC'nin Çok uluslu Kuruluşlar hakkındaki Taslağı ile OECD'nin Yatırımlar hakkındaki çok taraflı andlaşması (MAI – Multilateral Agreement on Investment) bu girişimlerden en önemlileridir. Her ne kadar söz konusu bu iki sözleşme gelişmekte olan ülkelere kabul görmese de, yatırıma ilişkin standartları tesbit etmesi nedeniyle önemlidir. İki sözleşme arasındaki temel farklılık sözleşmelerin felsefesinde yatar: UNCTC'nin Çokuluslu Kuruluşlar Hakkındaki taslağı, sözkonusu kuruluşların ev sahibi ülkelerdeki hukuka aykırı faaliyetlerini önlemeyi; MAI ise yatırımı korumayı amaçlar ve buna ilişkin ilkeler koyar. SORNARAJAH, a.g.e, s. 236 – 242, Çelikel / Öztekin-Gelgel, age, 166 vd.

görmekteyiz²¹. Bu andlaşmalarda, ya yatırımın geniş bir tanımının, ya yatırım araçlarının bir listesinin²² yer aldığını ya da herhangi bir tanımdan kaçınıldığını görürüz. Oysa ki yatırım tanımı, bir andlaşmanın içindeki belki de en önemli unsurdur; zira, devletin sorumluluğunun kapsamı, yetki şartındaki tahkim heyetinin yetkisinin kapsamı, yetkinin dayanağı hukuki belgedeki tanımın yorumuyla belirlenir.

B. YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ VE ICSID TAHKİMİ

Yabancı yatırımcının, bir ülkede yatırım yapmaya karar vermeden önce araştırması gereken belki de en önemli husus, yatırım yapmak istediği ülkenin, uyuşmazlıkların halli için öngördüğü hukuki mekanizmadır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde en klasik yöntem, yatırımcının ev sahibi devletin mahkemelerine başvurusudur²³. Devletler özel hukukunun gelişimi ile birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununda bağlama kuralları yer almış ve böylece, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkiye göre, taraflar yetki

²¹ Ülkelerin yabancı yatırıma ilişkin iç hukuk düzenlemeleri ve taraf oldukları ikili ve çok taraflı andlaşmalarda yer alan tanımlar için bakınız: Brown, C., Commentaries on Selected Model Investment Treaties, Oxford, 2013;

²² Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmalarındaki yatırım tanımına örnek olarak Türkiye ile Romanya arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Andlaşmadaki yatırım tanımını verebiliriz: Tanımlar Madde 1/(b) "Yatırım" ev sahibi Âkit Tarafın ulusal kanun ve nizamlarına uygun her çeşit malvarlığını ve bunlarla sınırlı olmamak üzere aşağıdakileri içerir: (i) hisseler veya bir şirkete katılımın diğer şekilleri; (ii) taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir, rehin gibi mülkiyet hakları veya benzer mülkiyet hakları; (iii) yeniden yatırımda kullanılan gelirler; (iv) para alacakları veya mali değer taşıyan ve bir yatırımla ilişkili olan edim alacakları; (v) patentler, ticari markalar, ticari isimler, endüstriyel tasarımlar, "know-how" ve peştemaliye dahil sınai mülkiyet hakları ve fikri mülkiyet hakları; (vi) kanun veya sözleşmeyle tanınan, özellikle doğal kaynakların araştırılması, çıkarılması ve kullanılması ile ilgili imtiyazlar. RG: 03.07.2010/27630

Devletlerarası çok taraflı yatırım andlaşmalarındaki yatırım tanımına örnek olarak da Enerji Şartı Andlaşmasındaki yatırım tanımını gösterebiliriz. Enerji Şartı Andlaşması Tanımlar başlıklı birinci maddesine göre; "Yatırım doğrudan veya dolaylı olarak yatırımcıya ait veya yatırımcı tarafından kontrol edilen her türlü varlıktır ve aşağıdakiler bu tanıma dahildir: (a) maddi (somut) ve maddi olmayan (soyut), menkul – gayrimenkul mülkiyet ve kira, mortgage, rehin, ipotek gibi her türlü mülkiyetten doğan haklar, (b) bir şirket veya ticari girişim, hisseler, katılım payları veya diğer paydaşlık şekilleri, bir şirkete veya ticari girişime katılma, bonolar veya bir şirketin ya da ticari girişimin diğer borçları, (c) para alacakları ve sözleşmesel, ekonomik değeri olan ve yatırımla bağlantılı edim alacakları, (d) Fikri mülkiyet, (e) Getiriler (kârlar), (f) Enerji sektöründe ekonomik faaliyette bulunmak için kanunun veya sözleşmenin verdiği veya kanunun bahsettiği lisanslara ve izinlere dayalı bütün haklar." Enerji Şartı Andlaşması RG - 12.07.2000, S. 24107.

²³ Yılmaz, age, s. 7; Şanlı, Ticari Akitler, s. 71, Dolzer, R. / Schreuer, C., Principles of International Investment Law, 2. Baskı, Oxford, 2012, s. 235

sözleşmesi akdetmek yoluyla, Türk mahkemelerini ya da yabancı devlet mahkemelerini seçebilmişlerdir²⁴. Ancak bu yöntem de, yatırım ihtilaflarının niteliğine uygun değildir. Öncelikle yetki anlaşması, uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemesinde çözümünü mutlak olarak sağlamamaktadır; yabancı devlet mahkemesi, Türk Hukukuna göre geçerli bir yetki anlaşmasına rağmen kendisini o uyuşmazlık hakkında yetkisiz görebilir. Bu durumda yetki anlaşmasına dayalı olarak, yabancı devlet mahkemesinin davayı görmesi, somut olayda kendisini yetkili görmesine bağlıdır²⁵. Bunun dışında, ev sahibi devlet mahkemeleri gibi yabancı devlet mahkemeleri de, yatırım uyuşmazlıkları hakkında uzmanlaşmış kurumlar değildir; bu nedenle yatırım uyuşmazlıklarının hallinde gerek ev sahibi devlet mahkemelerinde gerekse de yabancı devlet mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda tatmin edici sonuçların alınması zordur. Sonuç olarak, yabancı devlet mahkemelerinde yapılacak bir yargılama da, yabancı yatırımcı açısından tatmin edici olmayacaktır.

Yabancı yatırımcıları hukuk güvenliği açısından, bir ülkede yatırım yapmaya cezbedici yol, ev sahibi devlet mevzuatının “uluslararası tahkim”e²⁶ cevaz vermesidir²⁷. Bu şekilde taraflar, uyuşmazlığın halli için bir uluslararası tahkim

²⁴ Yılmaz, age, s. 7; Şanlı Ticari Akitler, s. 73; Şanlı, C. / Esen E. / Ataman-Figanmeşe, İ., Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2013, s. 369 vd.

²⁵ Şanlı, Ticari Akitler, s. 72; Yılmaz, age, s. 8.

²⁶ Uluslar arası tahkim ifadesiyle, başta ICSID, UNCITRAL, ICC tahkimleri olmak üzere kurumsal veya ad hoc ayrımı yapmaksızın tüm tahkim mekanizmalarını kastetmekteyiz. ICSID'in hukuki niteliği hakkında tartışma için bakınız: Şanlı, C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1985, s. 75 vd.

²⁷ Şanlı, Ticari Akitler, s. 433; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, age, s. 602; Kalpsüz, T., Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, s. 5 – 11, Yeşilirmak, A., Jurisdiction of the International Centre for he Settlement of Investment Disputes over Turkish Investment Contracts, ICSID Review (1999) 14 (2) s. 391 vd. Ülkemiz, hukuk güvenliğinin sağlanması için çeşitli yasal düzenlemeler yapmış ve çeşitli andlaşmalara taraf olmuştur, bunlardan başlıcaları şunlardır: 21.06. 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı TC Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: Kanunun 2. maddesi ile Anayasasının 125. maddesine eklenen hükümlerle kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelerle Dair Kanun, 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı kanunla onaylanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Anlaşması, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı kanunla onaylanan Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Konvansiyon, Türkiyenin taraf olduğu Yatırımların

mekanizmasını seçebilirler; bu, bir kurumsal tahkim merkezi olabileceği gibi ad hoc tahkim de olabilir²⁸. Yatırım uyuşmazlıklarının halli konusunda, taraf devletler ICSID'e yollama yapılabileceği gibi, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Stokholm Ticaret Odası veya UNCITRAL tahkimi öngörülmüş olabilir²⁹.

ICSID tahkiminin özellikle yabancı yatırımların korunması amacıyla ihdas edilmiştir. ICSID Konvansiyonunun geçmişine baktığımızda, böyle bir tahkim merkezine neden ihtiyaç duyulduğunu daha iyi anlarız: 1960 öncesinde yeni bağımsızlıklarını kazanmış ve kalkınmakta olan devletler, bir kalkınma ve gelişme vasıtası olarak yabancı sermaye ihtiyacını hissetmişlerdir. Sermaye ihraç eden ülkeler veya ülke vatandaşları açısından ise, bu ülkelerde sık sık meydana gelen millileştirme vs. gibi istikrarsızlıklar ciddi bir engel teşkil etmekteydi. İşte böyle bir ortamda, Konvansiyonun hazırlanmasında, özellikle ev sahibi devletin keyfi ve siyasal tasarruflarına karşı yabancı sermaye artırımlarını koruma düşüncesi, önemli bir etkidir. ICSID tahkiminin bir gerçek ya da tüzel kişi ile devlet arasındaki uyuşmazlıklara yönelik olması da, uluslararası yargı / tahkim mekanizmaları açısından önemli bir gelişmedir³⁰.

II. MERKEZ TAHKİMİNİN YARGILAMA YETKİSİNİN DAYANAĞI OLARAK ICSID KONVANSİYONU

A. ICSID KONVANSİYONUNUN MERKEZ TAHKİMİNİN HUKUKİ DAYANAĞI OLMASI

Çoğunlukla gelişmiş ülkelere doğru akan yabancı

Teşviki ve Korunmasına Dair Çok taraflı Yatırım Andlaşmaları. Bu şekilde, yatırımcıları hukuki güvenlik açısından da cezbedici bir yatırım ortamı yaratılmaya çalışılmıştır. Güncel Liste için bakınız: TC Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Web sayfası: www.ydy.gov.tr

²⁸ Şanlı, Ticari Akitler, s. 453; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, age, s. 603; Ataman-Figanmeşe, İ., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 2011/1, s.95.

²⁹ Şanlı, Ticari Akitler, s. 455 vd, Ataman-Figanmeşe, Farklar, s.95, Yılmaz, age, s. 21.

³⁰ Şanlı, C., Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 75; Sinclair, A. C., ICSID's Nationality Requirements, Investment Treaty Arbitration and International Law, Ed. Weiler, G., Vol: 1, New York 2008, s. 85.

sermaye yatırımları, sömürgeciliğin sona ermesinden sonra başlar³¹. Sömürgeciliğin sona ermesinden sonra, yeni özgürlüklerine kavuşmuş olan devletler, hem ülkelerindeki eski sömürgeci devletlerin hâkimiyetinden kurtulmak, hem de kendi ekonomilerini kurarak Dünya pazarında yer edinmek istiyorlardı³². Ortaya çıkan bu paradoksal³³ ortamda; güçlü sermayelerin hali hazırda eski sömürgeci devletler nezdinde bulunması, buna karşılık söz konusu devletlerin yeni bağımsızlıklarına kavuşmuş devletlerdeki doğal kaynaklara gereksinimi, uluslararası camiada yeni oluşumların, yeni kavramların ortaya çıkmasını gerekli kılmış; bu durum uluslararası alanda andlaşmaların³⁴ kabulü ve sözkonusu andlaşma hükümlerinin iç hukuklara³⁵ yansıtılması yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Bunun haricinde, bildiri³⁶ ya da

³¹Yabancı yatırım kavramı, uluslararası ticari ilişkilerin mahiyetine bağlıdır. Örneğin 17. – 18. Yüzyılda, sınır ötesi ticari faaliyetler mülk edinme ya da borç ilişkileriyle sınırlıyken, bugün uluslararası ticari faaliyetlerin çeşitliliği daha fazladır ve yabancı yatırım şeklinde, ticari faaliyet kapsamını aşan büyük çaptaki girişimler, uluslararası yatırım andlaşmalarıyla koruma altına alınmıştır. Uluslararası ticaret alanındaki hareketliliklere kısaca göz atacak olursak: 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar sınırlar arası sermaye akışı, Avrupalı yatırımcıların diğer Avrupa ülkelerindeki kişilere borç vermeleri şeklinde olmuştur. O zamanlar doğrudan yabancı yatırım, yatırımın esas şekli değildi. Yabancıların mülk edinmesi somut yatırım türüydü. Bu nedenle uluslararası hukuk, özellikle yabancıların mülklerini, el koymaya karşı koruma ve alacaklıların, borçlarını tahsili hakkı gibi konularla ilgileniyordu. Uluslararası ticaretin gelişim süreci ve ilkçağdan 19. yüzyıla kadar tarihçesi için bakınız: TELLİ, S., Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991. 19. yüzyılın ortalarından itibaren uluslararası yatırım andlaşmalarının koruması altındaki varlık türlerinin sayısında önemli bir artış olmuştur. 20. yüzyılın ilk yarısına kadar, imtiyaz sözleşmeleri yoluyla doğal kaynakların çıkartılmasına yönelik faaliyetler gösteren şirketlerdeki yabancıların hissedarlığı, yabancı yatırımı oluşturuyordu. Kindleberger, C. P., **Financial History of Western Europe**, 1993, s. 208 – 224, Scope and Definition, United Nations Publication s. 8, http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20102_en.pdf 'den naklen.

³²Sornarajah, age, s. 2 vd.; BM Raporu, Towards the New International Economic Order Analytical Report on Developments in the Field of International Economic Co-operation since the Sixth Special Session of the General Assembly, New York, 1982, s. 4 vd.

³³ŞANLI / ESEN / ATAMAN - FİGANMEŞE, age, s. 604.

³⁴Dünya ekonomisindeki yabancı yatırımların lehine gelişen bu havada, gelişmekte olan ülkeler Dünya ekonomisinde liberalleşen yabancı yatırım politikasını, iç hukuk mevzuatlarına yansıtılar ve yabancı yatırımcının yatırım yapmasını teşvik edici, kolaylaştırıcı kanuni düzenlemeler yaptılar. İç Hukuktaki kanuni zeminin hazırlanmasından sonra diğer devletlerle, devletlerarası iki taraflı yatırımların teşvik ve korunmasına dair andlaşmalar yaptılar. Uluslararası düzeyde de, NAFTA, MERCOSUR, ASEAN, Enerji Şartı vs. gibi çok taraflı andlaşmalara taraf oldular. SORNARAJAH, age s. 2.

³⁵Türkiye'de de, Dünyadaki bu gelişmelere paralel olarak, çok partili yaşama geçildikten sonra ekonomik gelişim için bazı değişiklikler düşünülmüş ve 1951 yılında Yabancı Yatırımları Teşvik Kanunu kabul edilerek, maden, bayındırlık, ulaştırma, turizm gibi alanları yabancı sermayeye açmıştır. Yasa, yabancı yatırımcıların, yurt dışına kâr transferlerini %10 ile sınırlamış, yıllık kârın %10'u aşması halinde kalan miktarı, %10 kârın gerçekleşmediği yıllara ekleyerek, bu mümkün olmadığı takdirde, belirli malların ihracı şeklinde yurtdışına transferi kabul edilmişti. Yasanın yabancı yatırımcıları cezbetmemesi üzerine 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu kabul edilmiştir. Yabancı sermayeyi "teşvik" amacıyla hazırlanan söz konusu bu yasada, bugün anladığımız anlamıyla yatırım indirimi,

güç birlikleri³⁷ kurmak yoluyla da güven ortamı sağlanmaya çalışılmıştır.

fon kaynaklı kredi vs. gibi teşvik unsurları yer almamasına rağmen, yerli yatırımcılarla yabancı yatırımcılara eşit muamele esası getiren bu yasa, o dönemin şartlarına göre oldukça liberal sayılabilecek bir yasaydı. Yasa, her ne kadar eşitlik esası getirmiş olsa da, YSTK'nın yürürlüğünden önce veya sonra çıkarılan yasalarda, yabancı sermaye yatırımlarına kısıtlamalar getirilmesi, YSTK'nın yabancı sermayeyi teşvik gücünü azaltmıştır. Buna ilaveten, 1980li yıllara kadar dar bir kambiyo rejiminin varlığı, gelir transferinde yaşanan zorluklar, ağır işleyen bürokrasi, belli miktarın altındaki yatırımların yasadan yararlanamaması, yabancı sermaye girişinin çok sıkı şartlara bağlanması, hukuki güvensizlik, ekonomik ve politik istikrarsızlık gibi unsurlar sonucu yasa, yabancı yatırımcıları cezbedememiştir. 1980 yılından 2000'li yıllara kadar yabancı sermayeyi teşvik amacıyla mevzuatta değişiklikler yapılmış ve bunun sonucu olarak da yeni bir yasanın hazırlanması gerekli hale gelmiştir. Süreç içerisinde Dünya ekonomisinde yaşanan gelişmeler yabancı yatırım türleri içerisinde bir yatırım türünü ön plana çıkarmıştır: Doğrudan Yatırımlar. Bu gereklilikler ve piyasanın ihtiyaçları doğrultusunda 17.06.2003 yılında Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiş ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. ÇELİKEL, A., Yabancılar Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2009, s. 154 vd., Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve mevzuatta yer alan diğer kısıtlamalarla ilgili bakınız: ÇELİKEL, A., Yabancılar Hukuku 10. Bası, İstanbul, 2003, s. 125 vd

³⁶ DEMİR, Y. K, Soğuk Savaş Sırasında Amerikan Propagandası – Türkiye Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s.29; Powaski, R. E, The Cold War, The United States and The Soviet Union 1917-1991, Oxford University Press, 1998, s. 1x vd.; Telli, S., age, s. 7. 1917'de Amerika ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasındaki Soğuk Savaş, yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan gelişmekte olan ülkeler için de, yeni bir dönemin başlangıcına işaret eder. Soğuk savaşın içinde yer almayan yeni devletlerin (non – aligned states) sayısının artması, bu devletlerin birlikte hareket ederek, benzer menfaatlerinin elde edilmesi için ortak hareket etmelerini sağladı. Eski sömürgecilik düzeninin hortlaması konusundaki endişeleri olan söz konusu bu devletler, ekonomilerini iyileştirmek için gerekli olan sermayenin de, gene bu eski sömürgeci devletlerde bulunuşu sonucunda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Toplantısında yeni bir Uluslararası Ekonomik Düzen oluşturulması için girişimde bulundular. Amaçları kendi doğal kaynakları üzerindeki mutlak hakimiyetlerini koruyarak, güçlü devletlere doğal kaynaklarını kullanırmak ve neticede ekonomilerini iyileştirmektir. Birleşmiş Devletler 1 Mayıs 1974 tarihli Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulmasına dair bildiri yayınladı. Bu bildiri de ülkelerin eşitliği, halkların kendi kaderlerini belirleyebilme özgürlüğü (self determination), zorla bölgelerin istilasının kabul edilemeyeceği, her ülkenin tabii kaynakları ve kendi ekonomileri üzerinde kalıcı ve tam bir egemenliğe sahip oldukları; gelişmekte olan ülkelere modern bilim ve teknolojinin transferini sağlama, gelişmekte olan ülkelere ithal edilen ve ihraç edilen hammadde, ekipmanların fiyatlarının hakkaniyet ve nısfete uygun olması gibi ilkelere yer verilmiştir. Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>, E.T: 26.02.2011.

³⁷ 1970'lerdeki Petrol Krizi, tabii kaynakları elinde tutan ülkelerin hem gücünü hem de güçsüzlüğünü gösterdi. Tek başına büyük devletlere karşı haklarını ve menfaatlerini koruyamayan bağımsızlıklarına yeni kavuşmuş devletlerin, doğal kaynaklar üzerindeki sürekli egemenliklerine dayalı haklarını, büyük devletlere karşı korumak amacıyla birlikte hareket etmeleri gerekiyordu. Diğer doğal kaynakları elinde tutan ülkeler bunu başaramamış olsa da, petrol üreten ülkeler ortak hareket ederek edere sanayide büyük bir değişime neden oldular. Petrol ihraç eden ülkeler tarafından haklarını korumak ve başta ABD, Hollanda menşeli olmak üzere, büyük petrol şirketlerinin baskılarına karşı çıkmak amacıyla 14 Eylül 1960 tarihinde Petrol İhraç Eden Ülkeler Birliği – OPEC (Organisation of Petroleum Exporting Countries) kurulmuştur. Bunun dışında Çin'in açık kapı politikası ile Hong Kong ve Singapur gibi küçük Asya ülkelerinin yabancı sermaye ile ilgili liberal uygulamalarının ekonomileri üzerindeki başarısı diğer ülkelerin de benzer bir yol seçmesini sağlamıştır³⁷. Serbest piyasa ekonomisine yeni aktörlerin katılmasını sağlayan bir diğer etken de,

Bağımsızlıklarına yeni kavuşmuş eski sömürge devletleri ile sermayeyi elinde bulunduran eski sömürgeci devletler arasındaki güven, Dünya Bankasının girişimleri ile sağlanmaya çalışılmıştır. Dünya Bankasının himayesinde hazırlanan “Çok Taraflı Yatırım Garanti Andlaşması” (MIGA) ile yabancı yatırımlar, ticari olmayan risklere karşı bir Garanti Fonu oluşturulmuş ve böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı özendirilmiştir³⁸. Dünya Bankası tarafından hazırlanan ikinci andlaşma ise “Devletlerle Diğer Akit Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair (ICSID) Konvansiyonu”dur³⁹.

B. MERKEZİN YETKİSİNİN HUKUKİ DAYANAĞI OLARAK KONVANSİYON M. 25 DÜZENLEMESİ

1. GENEL OLARAK

Merkezin yetkisine ilişkin hükümler, ICSID Konvansiyonunun Merkezin Yetkisi başlıklı ikinci kısımda 25 ve 27. maddeler arasında yer alır. Merkezin Yetkisi başlıklı ikinci kısımda yer alan hükümlere baktığımızda, Merkezin yetkisinin oluşumuna ilişkin şartların esas itibarıyla 25. maddede⁴⁰ yer aldığını görürüz.

Sovyetler Birliğinin dağılmasıdır. Ayrıca Uluslararası Para Fonunun (International Monetary Fund - IMF) ve Dünya Bankasının (World Bank) serbest pazar ekonomisini desteklemesi, gelişmekte olan ülkelerin serbest ekonomiye geçmesi yönünde baskılara neden olmuştur. Sornarajah, M. age, s. 2., IMF hakkında daha geniş bilgi için bakınız :www.imf.org.

³⁸ Türkiye Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Andlaşması MIGA'ya taraftır (RG: 06.12.1988 -20011). Ayrıca ülkemiz, MIGA'da yapılan değişiklikleri de 14.11.2010 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde onaylamıştır. Çok Taraflı Yatırım Garanti Sözleşmesinin Maddelerinde Yapılan Değişiklikler için bkz: RG: 01.02.2012 – 28191) Arkan- Akbıyık, A., Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C:3, s. 157 vd.

³⁹ Türkiye, ICSID Konvansiyonunu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamıştır. Konvansiyon, ülkemizde 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ICSID Konvansiyonu için bkz: RG: 6.12.1988 -20011. Yılmaz, age, s. 34 vd.

⁴⁰ **Chapter II /Jurisdiction of the Centre, Article 25/ (1)** The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (2) “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other

Tarafların ICSID tahkimine rızasının, diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını devre dışı bırakması gerektiğini ve tahkime ilişkin rızanın yerel idari veya adli mekanizmaların tüketilmesi şartına bağlanabilmesini ifade eden 26. madde ve tahkime başvurduktan sonra diplomatik koruma yoluna başvurulamayacağını ifade eden 27. madde, merkezin yetkisinin oluşumu için gerekli şartları oluşturmaz.

Konvansiyon m. 25'in ilk iki fıkrası Merkezin yetkisinin temellerini oluşturur. Konvansiyon 25/(1)'e göre, Merkezin yetkisi âkit devlet (veya bu devlet tarafından Merkeze bildirilmiş devlet kurumu veya kuruluşu⁴¹) ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında, tarafların Merkeze sunma konusunda yazılı olarak rıza gösterdikleri, doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlığa şamildir. O halde, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için; uyuşmazlığın Konvansiyon tarafı devlet ile Konvansiyon tarafı diğer devlet vatandaşı arasında olması, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması, uyuşmazlığın hukuki olması ve tarafların uyuşmazlığın Merkeze götürülmesi konusunda yazılı rızalarının var olması gerekir. Konvansiyon m. 25(2) ise diğer âkit devlet vatandaşlığından ne anlaşılması gerektiğini düzenlemektedir. Bu durumda

than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. ent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required. (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify theCentre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The SecretaryGeneral shall forthwith transmit such notification to all Contracting Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf, E.T: 01.12.2011.

⁴¹ Konvansiyon m. 25'te geçen "...any constituent subvission or agency of a Contracting State..." tümcesini türkçesini öğretide "...alt birimi veya temsilcisi" şeklinde ifade etmek de mümkündür. Bknz: Yılmaz, age, s. 83, Dost, age, s. 159.Devletler Hukukunda devletin temsili kavramı altında, bir tüzel kişilik olan devletin, milletlerarası alanda devleti temsile yetkili şahıslar vasıtasıyla faaliyette bulunması anlaşılır. Bütün milletlerarası işlerde devleti temsil etmek yetkisini haiz olan devlet temsilcileri, aynı zamanda devletin iç organları olan, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dış işleri başkanıdır. Diplomatik misyonlar, özel misyonlar, uluslar arası örgütler nezdindeki daimi temsilcilikler ise devletin dış organları olarak, devleti sadece belirli bir devlet ya da kurumla ilişkide temsil yetkisine sahiptir. Toluner, S., Milletlerarası Hukuk Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1996, s. 396 vd.; Sur, M., Uluslar arası Hukukun Esasları, 4. Baskı,İstanbul, 2010, s. 213 vd. Konvansiyonda m. 25/(1)'deki "agency" ifadesi ile, kanaatimizce, devletler hukukunda temsilciye karşılık gelen, devlet başkanı, hükümet başkanı veya dış işleri bakanı kastedilmemiştir. Dolayısıyla "agency" kelimesine karşılık olarak temsilci ifadesini kullanmayı isabetli bulmuyoruz.

Konvansiyon m. 25 (1)'in Merkezin yetkisini düzenleyen temel hüküm olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmaz.

Konvansiyon m. 25 düzenlemesi öğretilerde ve içtihatlarda üç başlığa ayrılarak incelenmektedir. Konvansiyon m. 25/(1)'e göre, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması gerekir. Uyuşmazlık konusu yatırımın doğasına⁴² ilişkin sorunlar, Merkezin konu bakımından yetkisi kapsamını oluşturur. Uyuşmazlık taraflarının Merkeze başvurma şartlarını taşıyıp taşımadıkları, Merkezin kişi bakımından yetkisi çerçevesinde; uyuşmazlık taraflarının Merkez tahkimine yazılı rızalarının olup olmadığı ise “rıza” şartı çerçevesinde değerlendirilir. Öğretilerde yapılan ayrıma göre, Konvansiyon m. 25 düzenlemesi, üç sac ayağına; yani konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartlarına dayandırılarak incelenmektedir.

2. MERKEZİN YETKİSİNE İLİŞKİN TERMİNOLOJİ

Merkezin yetkisi başlıklı Konvansiyon m. 25'te, “Merkez” Konvansiyon m.1'deki açık ifadeyle “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli Merkezi⁴³”ni ifade etmek üzere kullanılmıştır⁴⁴. Yetki kavramını ifade etmek üzere ise “jurisdiction” kelimesi tercih edilmiştir. Jurisdiction ifadesi Konvansiyon ve kararlarda, Merkezin yetkilerinin sınırlarını ifade etmek üzere kullanılır⁴⁵.

ICSID Konvansiyonunda “competence”⁴⁶ ve ICSID kararlarının bazılarında⁴⁷ da “admissibility” terimlerinin kullanıldığını görmekteyiz. Competence ve jurisdiction

⁴² Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 82.

⁴³ Buradaki “uluslararası” sıfatı yatırıma değil; Merkeze ilişkindir; dolayısıyla “Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslar arası Merkez” ifadesi de tercih edilebilir.

⁴⁴ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 85.

⁴⁵ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 230; Parra, A., The History of ICSID, Oxford, 2012, s. 282; Boddicker, J.M., agm, s. 1043.

⁴⁶ Competence ve jurisdiction ifadeleri birbirine yakın anlamları olan kelimelerdir. Competence teriminin karşılığı olarak “salahiyet” ifadesi kullanılabilir gibi, “yetki” ifadesi de kullanılabilir. Konvansiyon 32(2) ve 41(2) maddelerinde “competence” ve “jurisdiction” kelimeleri farklı yerlerde kullanılarak ikisi arasındaki ayırım yapılmıştır. Maddelere baktığımızda Merkezin yetkisi için “jurisdiction”; hakem heyetinin yetkisi için ise “competence” ifadesi kullanılmıştır. Jurisdiction ifadesi, Konvansiyon m. 25'teki objektif yetki şartlarını ifade etmekte; competence terimi ise bir hakem heyetinin yetkisinin oluşumu açısından, teşkiline veya dava sürecine ilişkin sorunlarını kapsar. Hakem heyeti yetkisi (competence) hakkında karar verirken, Merkezin yetkisinin (jurisdiction) oluşmaması nedeniyle yetkili olmadığına karar verebileceği gibi başka bir nedenden ötürü de yetkisizlik

terimleri, yetkiyi ifade eden birbirine yakın kavramlar olmakla birlikte, competence ve jurisdiction terimleri, Konvansiyon m. 32(2)⁴⁸ ve 41(2)'de, "competence" terimi, hakem heyetinin yetkisi için, "jurisdiction" terimi ise, Merkezin yetkisini ifade etmek amacıyla kullanılarak, birbirinden ayrılmıştır. Competence ve jurisdiction terimleri için, bundan başka bir fark olduğu savına rastlayamamakla birlikte, biz de öğretideki baskın görüş doğrultusunda, jurisdiction ve competence terimleri arasında anlamları itibariyle pratik bir farklılık olmadığını düşünüyoruz. Anlamları itibariyle bir fark ortaya koymaya çalışmaktansa; ilgili metinlerde iki terim arasında bir farklılık varsa, farkın, metinlerdeki analizle bulunması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁹.

3. YETKİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK KAVRAMLARI

Kabul edilebilirlik kavramı, ICSID Konvansiyonunun veya ilgili metinlerinin⁵⁰ hiçbirinde yer almamasına rağmen⁵¹, öğretide ve ICSID kararlarında kabul

kararı verebilir. Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 532; Tupman, W.M., agm, s. 820. Kaiser Bauxite v. Jamaica ARB/74/3 yetki kararında, hakem heyetinin yetkisi ve Merkezin yetkisi incelenmiş, ancak kavramlar adeta birbiri yerine kullanılmıştır: bkz: Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, 1 *ICSID Rep.* 296 (1993); 114 *I.L.R.* 144 (1999).

⁴⁷ Rompetrol v. Romanya ARB/06/03, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility; Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10.02.1999; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ARB/03/11, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004. Itera International Energy LLC and Itera Group NV v. Georgia, ICSID ARB/08/7, Decision on Admissibility of Ancillary Claims, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 09.07.2013; Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, 04.08.2011 t. Decision on Jurisdiction and Liability, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 09.07.2013.

⁴⁸ Konvansiyon m. 32 hakem heyetinin kendi yetkisi (competence) hakkında karar vermesini düzenlemektedir. 32/(2)'e göre ise hakem heyeti, önündeki uyuşmazlığın Merkezin yetkisi (jurisdiction) dahilinde olmadığı veya başka bir nedenden ötürü hakem heyetinin yetkisi (competence) olmadığına ilişkin itirazı ön mesele olarak veya uyuşmazlığın esasıyla birlikte karara bağlayacaktır.

⁴⁹ Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. I, Leiden, 2006, s. 522-523; ayrıca jurisdiction, admissibility ve competence terimlerine ilişkin açıklamalar ve uluslar arası mahkemeler önündeki farklılıkları için geniş bilgi için bakınız: Rosenne, age, s. 505-584.

⁵⁰ ICSID Konvansiyonu (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) ve ilgili metinler (Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; Administrative and Financial Regulations; Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules); Rules of Procedure for Conciliation Proceedings; Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)) için bakınız: <https://icsid.worldbank.org>; E.T: 09.09.2013. Tahkim Yargılaması Sürecine ilişkin kurallar m. 34'te genel prensipler başlığı altında, "admissibility" ifadesi yer

edilebilirlik kavramına yer verilmekte, kabul edilebilirlik ile yetki kavramları arasındaki ilişki tartışılmaktadır⁵².

Kabul edilebilirlik anlamına gelen “admissibility” terimi, Konvansiyonda yer almamakla birlikte bazı ICSID hakem heyetlerinin yetki kararlarında, yetki ve kabul edilebilirlik kavramları birbiri yerine kullanılmaktadır⁵³. Bu kararların aksine, Konvansiyonda sadece Merkezin ve hakem heyetinin yetkisine ilişkin düzenlemeler yer aldığı, kabul edilebilirlik ifadesinin Konvansiyonda yer almadığı; dolayısıyla ICSID tahkim uygulamasında kabul edilebilirlik kavramına yer verilemeyeceğini savunan hakem heyetleri olduğu gibi⁵⁴, kabul edilebilirlik ve yetki kavramlarının

almaktadır. Ancak buradaki ifade, incelediğimiz kabul edilebilirlik konusuyla özdeş değildir. İlgili madde, ileri sürülen delillere ve bu delillerin ispat kuvvetinin kabul edilebilirliğine ilişkindir.

⁵¹ Zeiler, G., Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings, International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer, Ed. Binder, C. / Kriebaum, U./Reinish, A./Wittich, S., Oxford, 2009, s. 81

⁵² Laird, I. A, A Difference without a Distinction? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and in *Methadex v. USA*, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, s. 201 – 223; Meyerstein, A., The “difference without a distinction” strikes again in *Glamis Gold*: notes on the persisting confusion of preliminary objections to “admissibility” with objections to “jurisdiction” in investment disputes, <http://kluwerarbitrationblog.com>, E.T: 20.07.2013; Paulsson, J., Jurisdiction and Admissibility, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Paris, 2005.

⁵³ *Rompertol v. Romanya* ARB/06/03, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility; *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10.02.1999; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ARB/03/11, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004. *Itera International Energy LLC and Itera Group NV v. Georgia*, ICSID ARB/08/7, Decision on Admissibility of Ancillary Claims, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 09.07.2013; *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 04.08.2011 t. Decision on Jurisdiction and Liability, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 09.07.2013.

⁵⁴ *CMS Gas Transmission Company v. Arjantin Cumhuriyeti*, ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.07. 2003, 42 ILM 788 (2003), p. 41; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, 02.07.2013 t. Karar, <http://italaw.com>, E.T: 09.07.2013, s. 70 vd.; *Kılıç İnşaat v. Turkmenistan* kararında hakem heyeti, ICSID tahkiminde admissibility ve jurisdiction ayrımı yapan kararlara, özellikle *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 04.08.2011 t. Yetki ve Kabul Edilebilirlik kararında yapılan admissibility ve jurisdiction ayrımına eleştiri getirmiş ve *Abaclat* hakem heyetindeki, hakem Georges Abi-Saab’ın ayırık görüşüne yer vermiştir. *Kılıç İnşaat v. Turkmenistan* hakem heyetine göre, *Abaclat v. Arjantin* hakem heyeti “hukuki bir hata” yapmıştır. Konvansiyon m. 26’te, âkit devletin ICSID tahkimine rızasının şarta bağlı olabileceği belirtilmiştir, dolayısıyla şartların gerçekleşmesi halinde Merkezin yetkisi oluşur. Rızanın şarta bağlı olması halinde de, bu şart, Merkezin yetkisi kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Merkezin yetkisine ilişkin Konvansiyonun yapısında var olan veya tarafların rızasına dayalı tüm sınırlamalar, yetki

ICSID tahkiminde kullanılabileceği, iki kavram arasındaki ayrımın titizlikle yapılması gerektiğini, fakat ICSID tahkiminde sonuçları bakımından ikisi arasında fark olmadığını savunan kararlar da vardır⁵⁵.

Kabul edilebilirlik, örf ve adet hukuku veya bir andlaşmayla getirilmiş, yetkili uluslararası mahkemenin davanın esasına girebilmesi için, davacının yerine getirmesi gereken şartlardır⁵⁶. Kabul edilebilirlik terimi bazı uluslararası mahkeme kararlarında ve kurucu andlaşmalarında yer almaktadır⁵⁷. Örneğin, iddiaların tabiiyeti ve iç hukuk yollarının tüketilmesi uluslararası yargı / tahkim

kavramı altında değerlendirilmelidir. Abaclat v. Arjantin Kararına ilişkin Georges Abu- Saab'ın ayrık görüşü için bakınız: Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Admissibility (October 28, 2011)<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, s. 9, p. 21

⁵⁵ CONSORZIO GROUPEMENT L.E.S.I. – DIPENTA v. Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, ARB/03/08, Award, II. The Questions of Law, p. 2.

⁵⁶ Grant, J.P., / Barker, J.C., Encyclopaedic Dictionary of International Law, 3. Baskı, Oxford, 2009, s. 10-11.

⁵⁷ Amerasinghe, C. F., Jurisdiction of Special International Tribunals, Lahey, 2009, s. 115. Uluslararası Adalet Divanının Kuzey Kamerun Davası (1963 ICJ Reports) Nikaragua Kararı (1984 ICJ Reports) Uluslar arası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünde yargı yetkisi (Roma Statüsü m. 5 vd.) ve kabul edilebilirlik (Roma Statüsü m. 17) hususları farklı maddelerde düzenlenmiş; dolayısıyla iki kavram birbirinden ayrılmıştır. Uluslar arası Ceza Mahkemesi için bakınız: <http://www.icc-cpi.int>, Uluslar arası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü gayriresmi çevirisi için bak: http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf, E.T: 20.07.2013; Roma Statüsü, birbiriyle bağlantılı bu iki kavram, yani yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik, arasında ayrım yapmaktadır. The Relevance of A Situation to the Admissibility and Selection of Cases Before the International Criminal Court, War Crimes Research Office International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, Washington, 2009, s. 1 vd; Schabas, W.A, Uluslar arası Ceza Mahkemesine Giriş, Çev: G. Aslan, Cambridge, 2004, s. 90: “Yargı yetkisi, konu bakımından (*ratione materiae yargı yetkisi*), zaman bakımından (*ratione temporis yargı yetkisi*) ve yer bakımından (*ratione loci yargı yetkisi*) ve de kişi bakımından (*ratione personae yargı yetkisi*) terimleriyle, Mahkeme'nin çalışmasının hukuki parametrelerine gönderme yapmaktadır. Kabul edilebilirlik meselesi, daha sonraki bir aşamada ortaya çıkmaktadır ve Mahkeme'nin üzerinde uygun bir şekilde yargı yetkisi kullanacağı hususların, Mahkeme önüne getirilmesinin gerekip gerekmediğini saptamaya çalışır. Yargı yetkisi meselesi, büyük ölçüde, Mahkeme'nin, bir suçun işlenmiş olduğu bir 'durum'u değerlendirmesi ile ilgilidir, zamanla kabul edilebilirlik konusu incelenmeye başlanır”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (19.03. 1954 t., 8662 s. Resmi Gazete) (11. Ve 14. Ek Protokollerle değiştirilen metin) m. 29 vd.'da kabul edilebilirlik, m. 35'te Mahkemenin yargı yetkisi düzenlenmiştir. Sözleşme Metni için bak: http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf, E.T: 20.07.2013; Uluslar arası Adalet Divanı Statüsünde,(24.08.1945 t.,6902 s. Resmi Gazete) Divanın yargı yetkisi düzenlenmekle birlikte kabul edilebilirlik düzenlemesi yapılmamıştır; ancak Divanın bir dizi kararında yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik ayrımı yapılmıştır. Buna göre, Divan, yargı yetkisini tesis ettikten sonra, kabul edilebilirlik hakkında karar verecektir; *kabul edilebilirlik, yargı yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir*. Van Damme, I., Inherent Powers of and for WTO Appellate Body, The Graduate Body Centre for Trade and Economic Integration, Working Paper, 2008, s. 9.

mekanizmalarında, bir kabul edilebilirlik şartıdır⁵⁸. Bir devletin, bir uluslararası hukuk kuralının ihlal edildiği gerekçesiyle, diplomatik koruma yoluna başvurabilmesi için, ihlalden zarar gören, gerçek veya tüzel kişi ile aralarında bir tabiiyet bağı bulunmasını ifade eden, davanın / iddiaların tabiiyetine ilişkin şart, bir kabul edilebilirlik şartıdır⁵⁹. Uluslararası mahkeme önünde bir uyuşmazlığın esasına girilmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi de bir yetki şartı değil; kabul edilebilirlik şartıdır. Bu hallerde uluslararası mahkeme, uyuşmazlık konusunun esasına girmeye yetkili olduğu halde, kabul edilebilirlik şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle esasa girememektedir.

Konvansiyon m. 25'te ise, Merkez tahkimine başvuru konusunda, yetki şartlarının dışında bir şart yer almamaktadır. Konvansiyon m. 26'ta, ev sahibi devletin rızasının yerel idari veya adli başvuru yollarının tüketilmesi şartına bağlanabileceği ifade edilmiştir. Konvansiyon m. 26'daki bu hüküm, âkit devletler için kendiliğinden bir kabul edilebilirlik şartı meydana getirmez; ancak uyuşmazlık tarafları arasındaki sözleşmede ya da âkit devletler arasındaki andlaşmada, iç hukuk yollarının tüketilmesi açıkça kararlaştırılmışsa, bu durumda iç hukuk yollarının tüketilmesinin, ilgili uyuşmazlık için bir kabul edilebilirlik şartı olduğunu belirtmek gerekir⁶⁰.

ICSID Konvansiyonu m. 25'te, uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi arasında olması kişi bakımından yetki şartını oluşturur. Diplomatik koruma hakkı çerçevesinde, başvuran devlet ile zarar gören gerçek ya da tüzel kişi arasında bir tâbiyet bağı olmasının bir kabul edilebilirlik

⁵⁸Amerasinghe, C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, s. 115.

⁵⁹ Nationality of claims; Davanın tabiiyeti olarak da adlandırabileceğimiz bu kural, bir devletin, diplomatik koruma yoluna, sadece kendi tebaası lehine başvurabilmesine ilişkin bir uluslararası hukuk kuralıdır.

⁶⁰ Amerasinghe, C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, s. 487. Kabul edilebilirlik şartı olarak iç hukuk yollarının yer aldığı andlaşmalarda dahi, en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, bu şartın gereklerinden kaçınmak mümkündür. Maffezini v. İspanya tahkiminde, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki andlaşmada öngörülen bekleme süresinden kaçınmak için, davacı Maffezini, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşmasında yer alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydı (Most Favored Nation Clause)'na dayanmış ve Şili – İspanya Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasındaki ICSID Şartına dayalı olarak Merkez tahkimine başvurmuş ve Merkez de yetkili olduğuna hükmetmiştir: s. 3, p.1. Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain Case no. ARB/97/7 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction <http://icsid.worldbank.org> E.T: 03.10.2012

şartıdır; benzer şekilde Merkez tahkiminde de, davacı ile hükümlerinden yararlanan andlaşmaya ve ICSID Konvansiyonuna taraf devlet arasında bir tabiiyet bağı bulunmalıdır. Ancak buradaki tâbiyet esası, Konvansiyon m. 25'te açıkça, yetkiye ilişkin bir şart olarak düzenlendiğinden, kanaatimizce, bir kabul edilebilirlik şartı olarak düşünülemez. Bu nedenle, kişi bakımından getirilen şartlar, kabul edilebilirlik kapsamında değil; yetki kapsamında incelenir⁶¹. Dolayısıyla, Konvansiyon anlamında bir "kişi bakımından kabul edilebilirlik" şartından bahsetmek, kanaatimizce mümkün değildir⁶²; ancak diğer yetki şartları bakımından, konu ve rıza şartlarına ilişkin olarak, kabul edilebilirlik şartı öngörmek mümkündür. Ev sahibi devlet, yatırımcının ICSID tahkimine başvurması konusunda rızasını beyan etmiş; ancak bu rızayı iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlamışsa; o halde, rıza yetkiye ilişkin şartı; iç hukuk yollarının tüketilmesi ise, kanaatimizce, kabul edilebilirlik şartını oluşturur.

Konvansiyonda "kabul edilebilirlik" ifadesinin yer almaması, kanaatimizce, hakem heyetlerinin yetkisinin tesisi bağlamında, Merkezin yetkisine ilişkin itirazlardan olmadıkları nedeniyle, dikkate alınmaması sonucunu doğuramaz; çünkü Konvansiyonun Yetki Kararı başlıklı 41. Maddesinde, hakem heyetlerinin Merkezin yetkisine ilişkin şartların gerçekleşmemesi veya *diğer sebeplerle* yetkili olmadığına karar verebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, kabul edilemezlik itirazlarının, "diğer sebepler" kapsamında değerlendirilmesinde bir engel yoktur⁶³.

Kabul edilebilirlik ve Merkezin yetkisine ilişkin itirazları arasında şu şekilde ayırım yapılabilir⁶⁴: Hakem heyetinin yetkisizliği, Konvansiyon m. 25'te sıralanan Merkezin

⁶¹ Amerasinghe, C. F., Jurisdiction of Specific International Tribunals, s. 117.

⁶² Amerasinghe, C. F., Jurisdiction of Specific International Tribunals, s. 117; Okowa, P., Issues of Admissibility and The Law on International Responsibility, International Law, 2. Bası, Oxford, 2007, s. 480; Amerasinghe, C. F, Diplomatic Protection, Oxford, 2008, s. 91. Kişiyeye ilişkin şartlar genellikle kabul edilebilirlik şartı değil; kural olarak yetki şartlarıdır. Örneğin Uluslar arası Adalet Divanınının 34. Maddesi gereği, gerçek kişiler veya uluslar arası organizasyonlar veya bunlara karşı açılan davalar, Uluslar arası Adalet Divanınının yetkili olmamasından bahisle reddedilecektir. Ancak, diplomatik koruma hakkının kullanılması bağlamında, zarar gören kişinin, başvuran devletin tabiiyetinde olmaması, bir kabul edilebilirlik şartıdır. Bu durumda, eğer taraflar arasındaki andlaşmada, tabiiyet, bir yetki şartı olarak değerlendirilmişse, bu durumda, tabiiyet şartı, yargılamaya ilişkin temel bir şart olduğundan, kabul edilebilirlik kapsamında değil; yetki kapsamında değerlendirilecektir.

⁶³ L.E.S.I. – DIPENTA v. Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, ARB/03/08, Award, II. The Questions of Law, p. 2.

⁶⁴ Aynı yönde bkz: Paulsson, J., Jurisdiction and Admissibility, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert

Yetkisine ilişkin hususların eksikliği ya da yokluğu nedenine dayanabileceği gibi, bu hususlar dışında da, örneğin iç hukuk yollarının tüketilmemesine de⁶⁵ dayanabilir. İç hukuk yollarının tüketilmemesi⁶⁶, Konvansiyon m. 25 kapsamında “rıza”ya ilişkin bir ön koşul olabilir; yani taraflar Merkezin yetkisine rıza göstermekle birlikte, Merkez tahkimine başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesini veya sulh görüşmelerinin yapılmasını şart koşabilirler. Bu husus, Konvansiyon m. 26 kapsamında değerlendirilebilecek bir kabul edilebilirlik şartıdır. Dolayısıyla Konvansiyon m. 26 anlamında, rızaya ilişkin getirilen şartlar, kabul edilebilirlik anlamında değerlendirilir. Konvansiyon m. 25’teki uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanmasına ilişkin konu bakımından yetki; uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında olması kişi bakımından yetki ve tarafların uyuşmazlığı Merkez tahkimine götürmesi hususundaki iradeleri de rıza şartını oluşturur. Dolayısıyla Merkezin yargılama yetkisini, bu üç sac ayağı oluşturur. Yetkiye ilişkin bu şartlar, kanaatimizce bir kabul edilebilirlik şartı olarak değerlendirilemez.

Kabul edilebilirlik ve yetki ayırımına ilişkin bir başka farklılık da, itirazların kabul edilmesi sonucu verilen yetkisiz kararlarının niteliğidir. Şöyle ki, hakem heyeti, kabul edilemezlik nedeniyle yetkisizliği yönünde karar verirse, bu kararın gerekçesi ortadan kalktıktan sonra yetkili olduğuna karar verebilir. Örneğin, hakem heyeti, uyuşmazlık tarafları arasında yer alan ve ICSID tahkimine başvurmadan önce, taraflar arasındaki sözleşmede veya kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında yer alan andlaşmadaki, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına istinaden, iç hukuk

Briner, Paris, 2005; WENDLANDT, M., SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes, TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL (VOL. 43:523), s. 548; SGS v. Filipinler, ARB/03/11, Yetki Kararı, s. 59, p. 154: “Yetki ve Kabul edilebilirlik ayırımı: hakem heyetinin yetkisi, devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşması ve ICSID Konvansiyonu doğrultusunda belirlenir. ...Dolayısıyla sorun yetkiye ilişkin değildir; başka türlü kararlaştırılmadıysa, andlaşmada açıkça kararlaştırılan yetki, taraflar arasındaki sözleşmeyle kaldırılamaz. Sorun, bir tarafın davasının temelini, başka bir uyuşmazlık çözüm mekanizması öngören (taraflar arasındaki) sözleşmeye dayandırıp dayandıramayacağı sorunudur. Bu da yetkiden ziyade kabul edilebilirliğe ilişkindir.”

⁶⁵ Yetkinin dayandığı tahkim anlaşmasında, ICSID tahkimine başvurunun ön şartı olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı yer alabilir. İç hukuk yollarının tüketilmesi, Merkezin yetkisinin şartlarından, “rıza”nın ön şartıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi ön şartına ilişkin ICSID kararları için bakınız: Schreuer, C., Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, The Law and Practise of International Law and Practice, Leiden, 2005, s. 7 vd.

⁶⁶ SGS v. Filipinler, ARB/03/11, Yetki Kararı, s. 65, p. 171; Paulsson, Jurisdiction and Admissibility, s. 606.

yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle yetkisizlik kararı verebilir. İç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra, davacının tekrar Merkeze tahkim başvurusu yapabilmesine engel yoktur. Bu şekilde, hakem heyetinin, kabul edilemezliğe dayalı yetkisizlik kararı, uyuşmazlığın belli bir süre Merkez tahkiminde görülmesini engeller⁶⁷.

4. YETKİ VE TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMLARI

Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin geçerlilik şartları arasında yer alır ve bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine elverişli olup olmadığını ifade etmek için kullanılır⁶⁸. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarından, tahkime elverişlilik kavramı (Schiedsfähigkeit) objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif tahkime elverişlilik şartı, belirli bazı uyuşmazlıklar ile ilgili olarak tahkime başvurulmaması ile doğrudan ilgilidir⁶⁹. Milletlerarası Tahkim Kanununda, Amaç ve Kapsam başlıklı 1. Maddede yer alan, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar hakkında, tahkim yoluna başvurulamayacağına dair hüküm, bir objektif tahkime elverişlilik şartıdır. ICSID Konvansiyonu m. 25'te yer alan, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması gerektiğine ilişkin hüküm ise bir yetki şartıdır ve kanaatimizce tahkime elverişlilik şartı olarak değerlendirilemez⁷⁰. Ev sahibi devletin, ICSID Konvansiyonuna taraf olmadan önceki yatırımdan doğan ya da taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların ICSID tahkiminde görülemeyeceğine ilişkin şartlar, kanaatimizce, objektif tahkime elverişlilik kavramı altında değerlendirilebilir.

Sübjektif tahkime elverişlilik şartı, tahkim anlaşmasını akdetme kabiliyetini veya tahkim yargılamasına taraf olup olamayacağını ifade eder. Tarafların sözleşmeye

⁶⁷ Paulsson, J., Jurisdiction and Admissibility, s. 617.

⁶⁸ Deren-Yıldırım, N., Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 26; Deren – Yıldırım, N., Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007, s. 50; Huysal, B., Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010, s. 12.

⁶⁹ Deren-Yıldırım, N., age, s. 27; Deren-Yıldırım, N., agm, s. 52; Yıldırım, B., age, s. 15 vd.

⁷⁰ Aksi yönde bakınız: Huysal, B., age, s. 16, d. 42: *Bir uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözülebilmesi için, ortada bir yatırım uyuşmazlığı bulunması gerekir ki; bu anlamda 25. Madde objektif tahkime elverişlilik şartıdır.*

ya da tahkim yargılamasına taraf olabilmesi için, milli hukuklarına göre gerekli ehliyete sahip olmaları gerekir⁷¹.

ICSID tahkimine esas alınan tahkim anlaşmasında, anlaşma tarafı ev sahibi devlet ya da ev sahibi devlet kuruluşudur. Subjektif açıdan tahkime elverişlilik (Ehliyet) konusunda, milletlerarası yatırım tahkimi açısından akla gelebilecek bir sorun, devletin tahkim anlaşmasının sonuçlarından hükümlerlik iddiasında bulunarak ya da diğer bir ihtimalde, devlet kuruluşunun ehliyetli olmadığı iddiasında bulunarak kaçınmasının mümkün olup olmadığıdır. Milletlerarası tahkim hukukunda, bu savunmalar, ahde vefa (pacta sunt servanda), hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralı gibi gerekçelerle reddedilmiştir. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin devlet ya da devlet tarafından kontrol edilen bir kuruluş olması halinde, ev sahibi devletin hukukuna göre, bu kuruluşların subjektif açıdan tahkime elverişlilik; dolayısıyla ehliyet koşullarını taşımadığı iddiasında bulunulması, dürüstlük kuralına ve uluslar arası kamu düzenine aykırı sayılmaktadır⁷². ICSID tahkiminde, tahkim anlaşmasının tarafının, ev sahibi devlet veya ev sahibi devlet tarafından Merkeze bildirilmiş kurumu olması gerektiği, ICSID Konvansiyonu m. 25'te belirtilmiştir. Bu hükme rağmen, ev sahibi devlet tarafından Merkeze bildirilmemiş bir kurumun, tahkim anlaşmasına taraf olması halinde, ilgili kuruluşun, ev sahibi devletin kontrolünde olup olmadığı incelenir. Merkeze bildirim yapılmamış olması, tek başına ev sahibi devletin ilgili kuruluşunun ehliyetsiz olmasını sonuçlamaz. ICSID Konvansiyonu m. 25 hükmü, başlığında da belirtildiği üzere, Merkezin yetkisine ilişkin bir düzenlemedir; tahkime elverişlilik başlığı altında değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli olmaz. Nitekim, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının incelenmesinden önce, hakem heyetinin o uyuşmazlık hakkında, konu, kişi ve rıza bakımlarından yetkili olup olmadığı araştırılır. Hakem heyeti, uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanmadığı kanaatinde olursa, bu durum, Merkezin, o uyuşmazlık bakımından yetkisiz olduğu sonucunu doğurur. Uyuşmazlık yatırımdan kaynaklanmakla birlikte, ev sahibi devletin Merkeze yaptığı bildirim dolayısıyla veya ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasındaki andlaşmada yer alan bir hüküm sebebiyle de, hakem heyeti o uyuşmazlığın esası hakkında karar

⁷¹ Deren-Yıldırım, N., age, s. 31; Huysal, B., age, s. 18.

⁷² Deren-Yıldırım, N., age, s. 31;

veremez. ICSID Konvansiyonu m. 25/4'e ⁷³ göre, âkit devletler, hangi tür uyuşmazlıkların Merkezin yetkisinde olduğunu ya da olmadığını, Merkez Genel Sekreterliğine bildirebilir. Dikkat edilirse, objektif elverişlilik şartı kapsamında değerlendirilecek bu bildirim sonucunda da verilecek karar "yetkiye" ilişkindir. Sonuç olarak, Konvansiyon m. 25 hükmü, tahkime elverişlilik kapsamında değil; yetki kapsamında değerlendirilmelidir.

III. ICSID TAHKİMİNE ATIF YAPILAN HUKUKİ METİNLERDEKİ YATIRIMCI TANIMLARI

Yabancı yatırım uyuşmazlıklarının halli noktasında ICSID tek tahkim merkezi olmamakla birlikte, sıklıkla tahkim şartlarında yer alan önemli bir merkezdir. ICSID tahkiminin kaynağı, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşme, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemesi veya ev sahibi devletin taraf olduğu devletlerarası çok taraflı bir andlaşma olabilir.

A. UYUŞMAZLIK TARAFLARI ARASINDAKİ SÖZLEŞME

Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet ya da devlet kurumu arasındaki yatırım sözleşmesindeki tahkim şartında ICSID tahkimi seçilebilir⁷⁴. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği, tüketici olmamakla birlikte, imtiyaz sözleşmesi⁷⁵, joint

⁷³ Konvansiyon m. 25/4: *Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre.*

⁷⁴ Yılmaz, age, s. 16vd., Sornarajah, age, s. 276 vd., Dolzer, R. / Schreuer, C., age, s. 79 vd.; Orazgılıcov, D., Milletlerarası Doğrudan Yatırımlar Açısından Joint Venture, İzmir, 2006, s. 84;

⁷⁵ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin, bu hizmetten yararlananlardan alacağı ücret karşılığında, kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere, bir özel hukuk kişisi tarafından kurulması ve belli bir süre işletilmesi amacıyla, bu özel kişi ile kamu idaresi arasında yapılan sözleşmedir. sözleşmenin tarafları, "imtiyaz veren" kamu idaresi ve "imtiyaz sahibi" veya "imtiyazcı" olarak nitelendirilen özel hukuk kişisidir. İmtiyaz sözleşmeleri, özel hukuk hükümlerine tabidir; bunun nedeni idari sözleşmeler konusunda yasal düzenleme eksikliği ve özellikle yabancı yatırımcıların idari yargı sistemine güvenmemeleridir. Zabunoğlu, Y. K., İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2012, s. 470 vd., Yıldırım, T. / Yasin, M./Karan, N./ Özdemir, H. E./ Üstün, G./ Okay-Tekinsoy, Ö., İdare Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 630 vd.; Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt II, 2. Baskı, Bursa, 2009, s. 70 vd.; Yılmaz, age, s. 16vd.

venture⁷⁶ ya da üretim-paylaşım sözleşmesi⁷⁷ olabilir. ICSID hakem heyetleri bakımından, tahkim şartının taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde yer alması veya yatırım sözleşmesinin hukuki nitelendirmesinin farklılığı önem arzetmez. Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan geçerli bir ICSID tahkim şartı, hakem heyetleri tarafından, ev sahibi devlet ve yatırımcının ICSID'e rızası bağlamında incelenir.

⁷⁶ DAYINLARLI, K., Joint Venture Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, 2007; Kaplan, İ., İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, Ankara, 2013; Orazgılıcov, D., age, s. 21 vd.; Sornarajah, age, s.116. Joint venture kavramı yerine ortak girişim veya iş ortaklığı terimleri de kullanılmaktadır. Yabancı sermaye mevzuatımızda ise, hem iş ortaklığı hem de ortak girişim kavramları kullanılmıştır. 20.08.2003 tarih ve 25205 s. Resmi Gazetede yayınlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin şirket türlerini düzenleyen 9. maddesine göre, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, TTK'da düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanununda düzenlenen adi şirketlerdir. Ortak girişim veya iş ortaklığı sözleşmeleri de, aynı maddenin ikinci fıkrasında zikredilmiştir. Ortak girişim sözleşmesi, kaynakların veya teknolojinin birleştirilmesiyle daha başarılı olabilecek, iki veya daha fazla işletme arasında belli bir amacın gerçekleştirilmesi veya yeni bir projeye katılmak için gerçekleştirilen bir ortaklık anlaşmasıdır. Bu şekilde başarısızlık ihtimali de taraflar arasında dağıtılmaktadır. Ortak girişim iki şekilde olabilir: birincisi adi ortaklıktan pek farkı olmayan belli bir projeye katılmak ya da belli bir amacın gerçekleştirilmesi için meydana getirilen ortaklık; ikincisi ise tarafların belli bir projenin ya da amacın gerçekleştirilmesi için şirket kurmalarıdır. Bu durumda joint venture ortaklığı, adi ortaklık şeklinde olabileceği gibi, tüzel kişiliği haiz bir ortaklık şeklinde de olabilir. Ortak girişime, gelişmiş ülkelerde özellikle hava taşıtları üretimi gibi yüksek teknoloji gerektiren alanlarda rastlanılmaktadır. Bunun dışında yerel ortaklarla, ev sahibi ülkedeki yeni piyasalara girmenin daha kolay olması, yerel şirketlerin piyasa hakkındaki bilgisinin daha fazla olması gibi sebepler de, yatırımcıları ortak girişim sözleşmeleri yapmaya sevk etmektedir. Yabancı yatırımcıları, ortak girişim sözleşmeleri yapmaya iten başka bir neden de, gelişmekte olan ülkelerde, yabancı yatırımların, kanun gereği, sadece yerel şirketler tarafından gerçekleştirilebilmesidir. Eğer bir tekel söz konusuysa, bu sefer ortaklık bir kamu kuruluşu ile gerçekleştirilmektedir. Bunun faydası ülkede tekel olan bir sektörden, yabancı yatırımcının kâr elde edebilmesidir. Diğer faydası da, gümrük belgeleri, ihracat izinleri, diğer idari meseleler ile ortak girişimin işleyişi gibi meselelerin, devletle olan bağlantı sayesinde daha kolay halledilebilmesidir. Kamukurlarıyla olan ortaklığın dezavantajı ise, devletin kendi yatırım politikalarını uygulamak istemesidir. Devletin yatırım politikalarındaki menfaatleri de, yabancı yatırımcıların menfaatleriyle ters düşeceğinden, bu durum yatırım ihtilaflarına sebebiyet verecektir. En ufak bir ihtilafta devlet, ortak girişimin kendi istediği çizgide gitmesini sağlamak için, yürütme ve yasama organlarını işletmekten çekinmeyecektir.

⁷⁷ Üretim-paylaşım anlaşmaları, özellikle petrol ihraç eden ülkelerle yabancı yatırımcılar arasında ortaya çıkan bir sözleşme türüdür. Petrol endüstrisi alanında önceleri baskın olan sözleşme tipi, imtiyaz sözleşmeleriydi. İmtiyaz sözleşmeleri, ev sahibi devlete, sadece ihraç edilen petrolün şerefiyelerini almakla sınırlı, pasif bir rol bahşediyordu. Petrol ihraç eden devletler, petrol endüstrisi alanında etkin bir kontrole sahip olmak istediklerinden, imtiyaz sözleşmelerini artık tercih etmemektedirler. İmtiyaz sözleşmesinin yerini alan yeni sözleşme tipinde, güç dengesi petrol şirketinden, petrol ihraç eden ülkeye doğru kaymıştır. Ürün – paylaşım sözleşmesi, doğal kaynaklar üzerindeki daimi egemenlik ilkesinin yansımaları olarak, petrolün malikinin her zaman devlet olduğu ve devletin tek başına tasarrufa yetkili olduğunun kabulüne dayalıdır. Petrol keşif ve muayene riski, arazi veya deniz parsellerinin sondajı, ruhsat verilen yabancı şirkete aittir. Eğer petrol bulunursa, yabancı şirket petrolü çıkartacak ve belli bir yüzdesi ona verilecektir; bu şekilde yabancı şirket, sondaj çalışmaları masraflarını çıkartacak ve makul bir karı da garanti edecektir. Sornarajah, age, s. 118-119.

B. DEVLETLERARASI İKİ TARAFLI YATIRIMLARIN KARŞILIKLI KORUNMASI VE TEŞVİKİ ANDLAŞMALARI

Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırımdan doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda ICSID tahkimine rızanın ya da diğer bir ifadeyle ICSID tahkim şartının yer aldığı diğer bir hukuki dayanak devletlerarası ikili yatırım andlaşmalarıdır⁷⁸. Bugün Türkiye 70'i aşkın ülkeyle yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı andlaşma akdetmiştir⁷⁹. Bu andlaşmalarda iki türlü tahkim şartı yer almaktadır: Birincisi taraf devletler arasında, andlaşma hükümlerinin ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için yollama yapılan uyuşmazlık çözümü mekanizmasıdır. Taraf devletler arasında andlaşmadan doğan uyuşmazlıkların çözümü için genellikle ad hoc tahkime veya Uluslararası Adalet Divanına yollama yapılır⁸⁰. İkincisi taraf devlet ile diğer taraf devlet vatandaşı arasında andlaşmadan doğan uyuşmazlıklar hakkındaki maddedir. Bu maddelerde genellikle ICSID, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Stokholm Ticaret Odası veya UNCITRAL tahkimine yollama yapılır⁸¹.

C. DEVLETLERARASI ÇOK TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARI

Devletler Hukukunda, yatırım ilişkilerini düzenleyen en önemli kaynaklardan biri de, devletlerarası çok taraflı yatırım andlaşmalarıdır⁸². Yatırımcı ev sahibi

⁷⁸ Yılmaz, age, s. 19 vd., Şanlı, Ticari Akitler, s. 453 vd., Dost, age, s. 130 vd., Sornarajah, age, s. 306 vd., Dolzer / Schreuer, age, s. 28 vd.

⁷⁹ Andlaşmalar ile ilgili tam ve güncel liste için bakınız: TC Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Web sayfası: www.ydy.gov.tr

⁸⁰ Yılmaz, age, s. 20 vd. Taraf Devlet vatandaşının diğer taraf devlet vatandaşına karşı, andlaşma ihlalinden dolayı, andlaşmada yer alan tahkim şartına dayalı olarak tahkime başvurması, aleyhine başvuru yapılan devletin, diğer devlete karşı hukuki sürece başvurmasına engel değildir. Emperas Lucchetti SA, Lucchetti SA v. Republic of Peru, ARB/03/4, Yetki Kararı, Dolzer, R. / Schreuer, C., age, s. 234.

⁸¹ Şanlı, Ticari Akitler, s. 455 vd, Ataman-Figanmeşe, Farklar, s.95, Yılmaz, age, s. 21.

⁸² Telli, S., age, s.9.Devletler arasındaki ekonomik ilişkilerin kapsamlı olarak düzenlenebilmesi, yeni hak, görev ve yükümlülüklerin yaratılması yönünden devletler, çok taraflı andlaşmalara taraf olmayı tercih etmektedirler. Devletler hukukunda da, bu tür andlaşmaların bağlayıcı hak ve yükümlülükler doğurduğu kabul edilmektedir.

devletin taraf olduğu çok taraflı yatırım andlaşmasındaki⁸³ tahkim şartına dayalı olarak da ev sahibi devlet aleyhine tahkime başvurabilir. ICSID tahkiminde sıklıkla karşımıza çıkan NAFTA⁸⁴, ASEAN andlaşmaları⁸⁵ ve ülkemizin de taraf olduğu Enerji şartı anlaşması⁸⁶, ICSID tahkim şartının yer aldığı ve yatırımcının bu tahkim şartına dayalı olarak Merkeze başvuru yapabileceği, devletlerarası çok taraflı yatırım andlaşmalarına örnektir.

⁸³ Devletlerarası andlaşmalar bölgesel, sektörel bazda ya da toplu andlaşmalar şeklinde olabilir. NAFTA, MERCOSUR, Colonia Protokolü bölgesel andlaşmalara, Energy Şartı Andlaşması, GATS (General Agreement on Trade in Services), TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) sektörel bazda, ASEAN andlaşmaları toplu andlaşmalara örnektir. WERNERT, S., Analysis of Regional Investment Frameworks Worldwide; Policy analyst Meeting of Working Group 1 MENA-OECD Investment Programme 15-16 February 2010, Amman, Jordan OECD Private Sector Development Division, <http://www.oecd.org/mena/investment/44866454.pdf>, E.T: 29.06.2013; Kaushal, A., Reconciling the Public Interest: Third Party Participation, Confidentiality and Privacy in NAFTA Chapter 11 Arbitrations, International Arbitration Law Review, Vol. 9, s. 172 – 189, 2006, s. 174..

⁸⁴ North American Free Trade Agreement – Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması, <http://www.nafta-sec-alena.org> E.T: 29.06.2013.

⁸⁵ 1987 ASEAN Yatırım Koruma Andlaşması andlaşmaya taraf ülkelerde koruma sistemi yaratan önemli bir andlaşmadır. Andlaşmanın önemli bir özelliği ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya karşı andlaşmanın uyuşmazlık çözüm hükümlerine tek taraflı başvuru hakkıdır. Bu andlaşmayı, yabancı yatırım akışının serbestleşmesini sağlayan 1998 ASEAN Çerçeve Andlaşması takip eder. Andlaşma, üye ülke tabiiyetindeki gerçek kişi ve kuruluşları tanımlayan “ASEAN yatırımcısı” kavramını yaratmıştır. Sornarajah, age, s. 254; Desierto, D. A., Investment Treaty Regulation Under the New ASEAN Charter Regime (November 23, 2011); ASIA RISING: GROWTH AND RESILIENCE IN AN UNCERTAIN GLOBAL ECONOMY (Edward Elgar, 2012). <http://ssrn.com/abstract=1963563>; International Investment Agreements (IIAs) Issues and considerations for ASEAN - First ASEAN-OECD Investment Policy Conference 18-19 November, Jakarta, Indonesia <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentfordevelopment/46485529.pdf>, E.T: 29.06.2013;

⁸⁶ 1990'ların başlarında Soğuk savaşın bitmesi, Dünyadaki ekonomik bölünmelerin sona ermesi, karşılıklı menfaatlerin en üst seviyede olduğu enerji sektöründe ortak bir enerji hukuku yaratma ihtiyacını doğurmuştur. Yatırıma açık diğer sektörlerden farklı olarak enerji yatırımları, daha uzun vadede ve çok büyük miktarda yatırımlardır. Bu nedenle enerji sektöründe yatırımların korunması, taraf devletlerin menfaatlerinin gözetildiği ortak bir metin, gereklidir. Böyle bir metne ilişkin ilk adım, Haziran 1991'de dönemin Hollanda başbakanı Ruud Lubbers tarafından *Dublin'de* gerçekleştirilen Avrupa Konseyinde Avrupa Enerji Topluluğu için bir önerge vermesiyle atılmıştır. Aralık 1991'de Hague'da Enerji Şartı politik bildirgesi imzalanmış, Enerji Şartı Andlaşması, bu bildirge temel alınarak geliştirilmiş, Aralık 1994'te imzalanmış ve onaylayan devletlerin belli bir sayıya ulaşmasını öngeren 44/1 deki yürürlük maddesine istinaden Nisan 1998'te yürürlüğe girmiştir. 1994 Enerji Andlaşması, 1991 Bildirgesinden farklı olarak uluslararası enerji bağlarını güçlendirmeye yönelik bir politik niyet değil; enerji sektöründeki devletlerarası işbirliğini amaçlayan, enerji ürünleri, enerji bağlantılı tesisat ve bütün enerji değerleri zincirini (sondajından nihai tüketime kadar) kapsayan ve hukuki bağlayıcılığı olan çok taraflı bir andlaşmadır. www.encharter.org, E.T: 27.12.2012.

D. YABANCI YATIRIMA İLİŞKİN EV SAHİBİ DEVLETİN ULUSAL MEVZUATI

ICSID tahkimine cevaz veren ulusal mevzuatlar, genellikle bir yatırım tanımı ya da hangi tür faaliyetlerin yatırım sayılacağına ilişkin bir liste içerir. ICSID hakem heyetlerinin yetki kararlarından, ulusal mevzuatın dayanak yapıldığı kararlar oldukça nadirdir; çünkü genellikle kaynak devletle ev sahibi devlet arasında veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir yatırım anlaşması ve bu anlaşmalarda geniş bir yatırım tanımı yer almaktadır. Merkezin yetkisinin tesisinde, ev sahibi devletin ulusal mevzuatının dayanak yapıldığı kararlardan biri Tradex Hellas v. Arnavutluk Cumhuriyeti⁸⁷ kararıdır. Hakem heyeti, yetkisini, ev sahibi devlet Arnavutluk'un 7764 / 1993 sayılı Kanununda, yabancı yatırımın kapsamını düzenleyen madde 1'e ve ICSID tahkimine yollama yapan m. 8'e dayandırmıştır.

Tradex Hellas v. Arnavutluk⁸⁸ tahkiminde, hakem heyeti, davacı tarafın faaliyetlerinin yatırım sayılıp sayılamayacağına dair belirlemeyi yaparken, hem kaynak devlet ve ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmasını hem de

⁸⁷ Tradex Hellas v. Republic of Albania ICSID ARB/94/2, Yetki Kararı, 24.07.1996 <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.03.2011.

⁸⁸ Tradex Hellas v. Arnavutluk davasında Tradex 1991 yılında Arnavutlukta inşaat, zirai ve endüstriyel yatırımlarda bulunmak için ev sahibi devletle görüşmelere başlamış ve görüşmeler sonucunda Arnavutluk, devlete ait TB Torovitsa adlı şirketi, % 67 Tradex Hellas' a, % 33'ü TB Torovitsaya ait olmak üzere, Tradex'le ortak girişimde bulunması için atamıştır. Tradex faaliyetlerine başlamış, ancak belli bir süre sonra faaliyetlerine devam etmesi ve kâr elde etmesi, Arnavutlukta gelişen bazı olaylar nedeniyle imkansız hale gelmiştir. Arazinin % 15' ine denk gelen verimli kısmının Arnavutluk köylülerine dağıtılması, mahsulün, büyük baş hayvanların, hayvan gıdalarının köylüler tarafından çalınması, şiddet olayları ve tehditler, Aralık 1992'den itibaren arazinin köylüler tarafından işgali nedeniyle Tradex personelinin araziye girememesi, 1992- 1993 yıllarında Tradex'in yatırımını kurtarma girişiminde bulunması ve buna ilişkin Devlet ile yazışmalar yapmasına rağmen, araziye mahsulü, hayvanları ile birlikte bırakmak zorunda kalması, Tradex' in faaliyetlerini engellemiştir(Tradex davada bu olayları kamulaştırmaya denk görmüştür). Bu olaylar, Tradex ile TB Torovitsa arasındaki ortak girişim/Jointventure sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğurmuştur. ICSID nezdindeki davada, davalı devlet Arnavutluk, bu sorunun Tradex ile Devlet arasında değil, Tradex ile TB Torovitsa arasında olduğunu; 1993 yasaının geriye etkili olmadığını, dolayısıyla Tradex'in yatırımcı olarak nitelendirilemeyeceğini, öyle olsa bile ICSID'e başvurmadan önce kanunen dostane çözüm yoluna başvurulması gerektiğini savunmuştur. Arnavutluk ayrıca, TB Torovitsa'nın devletten bağımsız bir tüzel kişiliği ve pasif husumeti haiz olduğunu, husumetin TB Torovitsa şirketine yöneltilmesi gerektiğini, aralarındaki sözleşmenin ihtilaf konusu araziye kapsamadığını, ayrıca yetkili yargı merkezinin ICC ve uygulanacak hukukun da İsviçre Hukuku olduğunu savunmuştur. Tradex ise iddiasında, hem Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki Yatırımların Teşviki ve Korunmasına dair Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasına hem de Arnavutluk yasalarına dayanmıştır.

Arnavutluk mevzuatını incelemiştir. Kaynak devletle ev sahibi devlet arasındaki yatırım andlaşmasının, uyuşmazlıktan sonra yürürlüğe girmesi, andlaşma hükümlerinin halihazırdaki uyuşmazlığa uygulanması önünde hukuki bir engel oluşturması, Arnavutluk'un ulusal mevzuatında yer alan tahkim şartını ön plana çıkartmıştır. ICSID hakem heyetinin yetkisinin tesis edilebilmesi için geriye kalan tek olasılık, ev sahibi devlet Arnavutluk'un ulusal mevzuatıdır⁸⁹. Hakem heyeti, ev sahibi devletin yetki itirazlarını reddederek, ulusal mevzuatta ICSID'e yapılan yollamayı yetkisine dayanak yapmıştır⁹⁰.

⁸⁹ Arnavutluk Cumhuriyeti'nin 7764 sayılı ve 02.11.1993 tarihli Yabancı Yatırımlar Kanunu m. 1'de yabancı yatırım tanımı yapılmakta, m. 8'de ise ICSID tahkimine yollama yapılmaktadır. ICSID hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesi açısından, m. 1'de yer alan yabancı yatırım tanımı, ICSID tahkimine hangi yatırımlar için başvurulabileceği konusunda; m. 8'de⁸⁹ yer alan uyuşmazlıkların çözümü hakkındaki madde ise, ev sahibi devletin ICSID tahkimine rızasının tesbit edilebilmesi bakımından öncü maddelerdir. Madde 1'de yer alan tanımda⁸⁹, kanunun uygulanması bakımından hem yatırımcının kim olduğu hem de hangi yatırımların kanunun kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Maddede yer alan tanıma göre; yabancı ülke vatandaşı olan veya Arnavutluk vatandaşı olmakla birlikte yurtdışında ikamet eden gerçek kişiler ile doğrudan ya da dolaylı olarak Arnavutluk'ta yatırım yapmak isteyen ya da yatırım yapan ya da Arnavutluk Cumhuriyeti yasalarına uygun olarak 31.07.1990'dan beri yatırım yapmakta olan tüzel kişiler yabancı yatırımcıdır. Aynı maddede yer alan yabancı yatırım ile ilgili düzenlemeye göre; Arnavutluk bölgesinde, doğrudan ya da dolaylı olarak, yabancı yatırımcının sahip olduğu; (a) menkul – gayrimenkul, aynı – sözleşmesel mülkiyet ve mülkiyete ilişkin diğer haklar, (b) şirket, şirket nezdindeki paylar ve şirketteki her tür paydaşlık, © istikrazlar, para alacakları veya ekonomik değeri olan edim alacakları, (d) edebi ve sanatsal çalışmalar, ses kayıtları, buluşlar, endüstriyel tasarımlar, know how, ticari markalar hizmet markaları ve ticari unvanlar dahil fikri mülkiyet hakları ve (e) kanun veya sözleşmeyle verilen herhangi bir hak ve hukuka uygun olarak verilen herhangi bir ruhsat veya izinler yatırım kapsamındadır.

⁹⁰ Hakem heyeti, isabetli olarak, davacı ve davacının faaliyetlerinin, 1993 tarihli Arnavutluk Yabancı Yatırımlar Yasası m. 1'de yer alan yabancı yatırım tanımı kapsamında olduğu sonucuna varmıştır. ICSID Konvansiyonuna göre, kişi ve konu bakımından yetkili olan hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına girebilmesi için üçüncü unsur olan *ev sahibi devletin rızası* şartının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Ev sahibi devletin rızası şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelerken, ilk aşamada, yetkinin dayanağı hukuki metinde yer alan yetkili mahkeme ya da tahkim şartını; ikinci aşamada ise, sözkonusu mahkeme / tahkim şartının, ev sahibi devletin ICSID tahkimine rızası şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını incelemek gerekir. Uyuşmazlıkların çözümü başlıklı 8. madde göre, aşamalı bir çözüm mekanizması öngörmüştür. Sözkonusu maddeye göre; *yabancı yatırımcı ile Arnavutluk özel ya da kamu kurumu ya da şirketi arasında, anlaşmayla çözümlenememiş bir uyuşmazlığın çıkması halinde, yabancı yatırımcı, uyuşmazlığın halli için daha önceden üzerinde uzlaşmış bir usulü tercih edebilir. Eğer uyuşmazlığın halli için bir yol öngörülmemişse, yabancı yatırımcı, Arnavutluk Cumhuriyetinin yetkili mahkemelerine ya da hakemine başvurabilir. Uyuşmazlık kamulaştırma, kamulaştırma ya da ayrımcılıktan doğan tazminata, bu kanunun 7. maddesindeki transferlere ilişkinse, yabancı yatırımcı, sözkonusu uyuşmazlığı, 18 Mart 1965 tarihli, devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının hallerine dair Konvansiyona dayalı kurulan, Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline ilişkin Uluslararası Merkeze taşıyabilir Bu madde kapsamında, uluslararası tahkimin bütün kararları kesindir ve uyuşmazlık tarafları için nihaidir. Arnavutluk Cumhuriyeti, bu kararların hükümlerini gecikmeksizin uygulamayı taahhüt eder ve kendi bölgesinde kararın yerine getirilmesini garanti eder.* Maddeye baktığımızda, ev sahibi devlet, bazı hallerde

Hakem Heyeti, Tradex'in, Arnavutluk Devleti'nin Yabancı Yatırımlar Yasası m.8/2⁹¹'de yer alan ICSID tahkimine rızanın yer aldığı hükme dayanarak Merkeze başvurma hakkını haiz olduğu ve de Merkezin yargı yetkisi olduğu kanaatine varmıştır⁹².

Tradex Hellas v. Arnavutluk kararı, davacının ulusal mevzuata dayandığı ve hakem heyetinin de, yetkisini ulusal mevzuata dayalı tesis ettiği ender kararlardan bir tanesidir. Hakem heyeti, ortak girişim (joint venture)'deki şirketlerin sözleşmesel yükümlülükleri ile Yunanistan – Arnavutluk arasındaki Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasındaki ev sahibi devletin yükümlülükleri arasındaki ayrımı iyi yapmıştır. Tradex Hellas şirketinin faaliyetlerinin, Arnavutluk Yabancı Yatırımlar Yasası m.1/(3)⁹³'e göre yatırım sayıldığını tesbit eden hakem heyeti, gene aynı kanunda m.

ICSID tahkimine açıkça cevaz vermiştir. Maddenin tek uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ICSID'i öngörmemesi yahut öncelikle dostâne çözümü önermesi, ev sahibi devletin ICSID'e rıza göstermediği anlamında yorumlanamaz. Kaldı ki, kararda da, ev sahibi devletin bu yönde bir itirazı da olmamıştır. Burada ev sahibi devletin, ICSID tahkimine rızasını bazı hallere münhasır kılması, ICSID tahkimine rızanın geçerliliğine etki etmez; kararda bu konuda da bir itiraz yer almamaktadır. Maddede ICSID tahkimine açık bir gönderme yapıldığından, ev sahibi devletin Merkez tahkimine rızasının geçerliliği ya da rızanın ulusal mevzuatta yer almasının geçerliliği konusunda tartışma olmamıştır. Bu incelemeler neticesinde, Merkez tahkim heyeti, yetkisini "ulusal mevzuata" dayandırmış ve uyuşmazlığın esasına girmiştir.

⁹¹Tradex Hellas v. Arnavutluk Kararı s. 174, "If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the Republic of Albania and it cannot be settled amicably, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to a competent court or administrative tribunal of the Republic of Albania in accordance with its laws. In addition, if the dispute arises out of or relates to expropriation, compensation for expropriation, or discrimination and also for the transfers in accordance with Article 7, then the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID Convention")."

⁹²Karar s. 162 – 181: Hakem heyeti, kaynak devletle ev sahibi devlet arasındaki ICSID'e yollama yapan Andlaşmanın 1991'de imzalanmış olmasına rağmen, Yunan Resmi Gazetesinde de belirtildiği gibi 1995'te yürürlüğe girdiği, dolayısıyla Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki andlaşmanın, ICSID'in yetkisinin doğması için yasal zemini oluşturmadığı kanaatine varmıştır. Hakem heyetine göre, kamulaştırmaya eşdeğerde olan faaliyetler TB Torovitsa tarafından gerçekleştirilmemiştir, Arnavutluk Devleti tarafından gerçekleştirilmiştir, 1993 tarihli Yabancı Yatırımlar Yasası 01.01.1994'te yürürlüğe girmiş, Tradex şirketi ise başvurusunu 02.11.1994 tarihinde yapmıştır. Dolayısıyla Kanunun geriye yürümezliği yönündeki itirazlar yerinde değildir, çünkü Devlet ICSID tahkimine 01.01.1994 tarihinde rıza göstermiştir, bu tarihten sonra Tradex'in Merkeze yaptığı başvuru kabul edilebilir bir başvurudur.

⁹³ Tradex Hellas v. Arnavutluk Yetki Kararı s. 172, "3. "Foreign investment" means every kind of investment in the territory of the Republic of Albania owned directly or indirectly by a

8/2'de yer alan ICSID tahkim şartına göre yetkili olduğuna karar vermiştir. Merkezin, ulusal mevzuata dayalı olarak karar vermesi bakımından, kanaatimizce önemli bir karardır.

Tradex Hellas v. Arnavutluk kararından yola çıkarak, Türkiye'nin ulusal mevzuatının ICSID'e başvuru için yeterli olup olmadığını inceleyelim: Hukuki metinde yer alan yatırımcı tanımının, Merkezin kişi bakımından yargılama yetkisi kapsamında tartışılabilmesi için, aynı metinde, ev sahibi devletin Merkez tahkimine rızasının yer alması gerekir. Türk Hukukunda yabancı yatırımlara uygulanacak temel mevzuat, 17.06.2003 tarihinden beri yürürlükte olan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunudur. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Tanımlar başlıklı 2. Maddesinde⁹⁴, yurtdışında ikâmet eden gerçek kişiler, yabancı yatırımcılar arasında sayılmış ve Kanunda, Uyuşmazlıkların Çözümü başlıklı 3. Maddede, milletlerarası tahkime cevaz vermiş, fakat Tradex Hellas kararında Merkez tahkimine rızanın yer aldığı Arnavutluk yasasındaki gibi ICSID'e açık bir yollama yapmamıştır⁹⁵. DYYK m. 3'ün⁹⁶, Türkiye'nin Merkez tahkimine rıza açıklaması şeklinde yorumlanamayacağı⁹⁶

foreign investor, consisting of: a) moveable and immoveable, tangible and intangible property and any other property rights; b) a company, shares in stock of a company and any form of participation in a company; c) loans, claim to money or claim to performance having economic value; (handwritten addition: "and related with an investment") d) intellectual property, including literary and artistic works, sound recordings, inventions, industrial designs, semiconductor mask works, know how, trademarks, service marks and trade names; and e) any right conferred by law or contract, and any license or permit pursuant to law."

⁹⁴DYYK, Tanımlar: "MADDE 2. — Bu Kanunda geçen; a) Yabancı yatırımcı: Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, 1) Yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, 2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları, kapsar."

⁹⁵Doğrudan Yabancı Yatırımlara ilişkin esaslar Madde 3: "...e) Uyuşmazlıkların çözümü: Özelhukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancıyatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.

⁹⁶DYYK'daki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 3. maddeyle madde 2'de yer alan Tanımlar başlığı altındaki yabancı yatırımcı tanımını, ICSID'in yetkisi bakımından birlikte değerlendirdiğimizde şu sonuç çıkıyor: "yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip gerçek kişiler ile yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları veya yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar milletlerarası tahkime başvurabilir. Ancak kanun, Uyuşmazlıkların Çözümü başlıklı 3. maddesinde bir şart daha getirmiş: "*ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla*". Öncelikle Kanunda yer alan bu düzenleme, ICSID Konvansiyonu bakımından, Türkiye'nin bu Kanun kapsamındaki ihtilaflar bakımından Merkezin yetkisine oluru mu içerir mi sorusunu incelemek

görüşünde olmakla birlikte; geçerli bir rıza olsaydı bile, yurtdışında ikamet eden Türk tabiiyetindeki gerçek kişilerin Merkez tahkimine başvurusu mümkün olamazdı.

IV. ICSID TAHKİMİNE ATIF YAPILAN METİNLERDE YER ALAN YATIRIMCI TANIMLARI VE KONVANSİYON M. 25 DÜZENLEMESİ

A. KONVANSİYON M. 25 DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YATIRIM ANDLAŞMALARI

Konvansiyon m. 25'te yer alan düzenleme, Merkezin yetkisinin; dolayısıyla kişi bakımından yetkisinin dış sınırlarını⁹⁷; çerçevesini ifade eder⁹⁸. Merkezin kişi bakımından yetkisi, diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcıyı, âkit devlet ya da âkit devletin alt birimi ya da kuruluşunu ve yabancı kontrolündeki ev sahibi devlet tabiiyetindeki tüzel kişileri kapsar⁹⁹. Dolayısıyla, Merkez tahkiminin bir tarafını diğer âkit devlet vatandaşı ya da yabancı kontrolündeki yatırımcı; diğer tarafını ise âkit ev

gerekir. Öğretideki baskın görüş bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Dördüncü Baskı, İstanbul, 2011: "Bu hükümlerle, Türkiye tarafından kanunla ICSID'in yargı yetkisinin tanınmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun, sadece yatırım uyuşmazlıklarının söz konusu olduğu durumlarda, tarafların karşılıklı anlaşma ile ICSID veya sair uluslararası tahkim mahkemelerine başvuru imkanını düzenlemektedir." şeklinde söz konusu kanunla yetki tesisi yapılmadığı yönündeki görüşünü belirtmektedir. YILMAZ, İ., Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 56 "Her halde, bu hükümlerle yabancı yatırımcılara doğrudan bir hak ya da icap söz konusu değildir. Çünkü madde açıkça, tarafların bu konuda anlaşmasını aramaktadır. Ataman Figanmeşe, İ., Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of "Arbitration Without Privity", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Cilt 43, Sayı 60, 2011, s. 192, d. 17.

⁹⁷ Konvansiyon m. 25'in, Merkezin yetkisinin sınırlarını belirtmesi ifadesinde, sınırlar karşılığı olarak "outer limits" kullanılmaktadır.

⁹⁸ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinisch, A. / Sinclair, A., age, s. 83; Sinclair, A. C., ICSID's Nationality, s. 89. Maddedeki şartları somut kriterler ya da zorunlu kriterler olarak da nitelendirenler vardır: Reed, L., Paulsson, J., Blackaby, N, Guide to ICSID Arbitration, New York, 2010, s. 23 vd. Bir görüşe göre, maddenin, Merkezin yetkisinin dış sınırlarını belirlemesi "yatırım" ve "tabiiyet" kavramları bakımından incelenebilir. Bknz: Andreeva, Y. / Plimpton, D., Is there a limit to the outer limits of ICSID jurisdiction? <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/08/05/is-there-a-limit-to-the-outer-limits-of-icsid-jurisdiction/>, E.T: 17.07.2013.

⁹⁹ Tupman, W.M., Case Studies in the Jurisdiction of the Centre for Settlement of Investment Disputes, International and Comparative Law Quarterly / Volume 35 / Issue 04 / October 1986, s. 816; Sinclair, A.C., Nationality, s. 106; Malinuevo, M., International Disputes in Investment in Services, Buenos Aires, 2012, s. 38.

sahibi devlet ya da alt birimi ya da kuruluşu oluşturur. Yatırımcının diğer âkit devlet tabiiyetinde olması, kontrol eden gerçek ya da tüzel kişinin ev sahibi devlet tabiiyetinde olmaması, tabiiyet unsuru açısından Merkezin yetkisinin sınırlarını çizer¹⁰⁰. Ancak yetkinin sınırlarını belirlemek her zaman kolay olmaz¹⁰¹.

Bir uyuşmazlıkta Merkezin kişi bakımından yetkisi tayin edilirken, ICSID tahkimine rızanın yer aldığı, Merkezin yetkisine dayanak yapılan hukuki metindeki yatırımcı tanımı ve tabiiyet unsuru da incelenmelidir. ICSID tahkimine rızanın yer aldığı ulusal mevzuatlarda veya devletlerarası iki ya da çok taraflı yatırım andlaşmalarında, çeşitli yatırımcı tanımları yapılabilir; ancak Merkezin yetkisinin oluşabilmesi için, tanımdaki yatırımcının “diğer âkit devlet vatandaşı” olması; yani Konvansiyon m. 25’teki “sınırı” aşmaması lazımdır. Ev sahibi devlet ulusal mevzuatında yabancı yatırımcı tanımı altında, *yurt dışında ikamet eden ev sahibi devlet vatandaşlarını*¹⁰² da saysa, bu kişi Konvansiyon m. 25 anlamında, “diğer âkit devlet vatandaşı” olmadığından ICSID tahkiminde taraf olamayacaktır¹⁰³. Dolayısıyla, ev sahibi devlet, kendi vatandaşının yabancı yatırımcı olduğunu kabul etse bile, bu, Konvansiyon m. 25’teki sınırın aşılması anlamına gelecek ve Merkezin kişi bakımından yetkisi oluşmayacaktır.

Merkezin kişi bakımından yetkisi kapsamında bir başka başlık da, yabancı kontrol düzenlemesidir. Yabancı kontrolündeki ev sahibi devlet vatandaşları Merkez tahkimine başvurabilirler. “Diğer âkit devlet vatandaşlarının” kontrolünün belirlenmesinde somut ölçütler nazara alınır; taraflar arasında, gerçekte ev sahibi

¹⁰⁰ Malinuevo, M., age, s. 39. Gerçek kişilerin ya da tüzel kişilerin, uluslar arası tahkim merkezlerine başvuru hakkı incelenirken, kişi bakımından yetki genellikle “tabiiyet” unsuruna göre belirlenir. Ancak bunun yanında etkin vatandaşlık ya da ikamet şartları, devletlerarası andlaşmalarda bir ek şart olarak öngörülebilir.

¹⁰¹ Merkezin yetkisinin sınırlarını belirlemek, sadece Merkezin kişi bakımından yetkisinin tayininde değil; konu bakımından yetkinin tayininde; yani yatırımın belirlenmesi bakımından da zordur. Heiskanen, V., Of Capital Import: The Definition of “Investment” in International Investment Law, Protection of Investments Through Modern Investment Law, Ed. Anne K. Hoffmann, İsviçre, 2010, s. 52 vd., Çalışkan, Y., Dispute Settlement in Investment Law, Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms, Ed. Yusuf Aksar, Lahey, 2011, s. 138.

¹⁰² Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (Kabul Tarihi: 5.6.2003, Kanun No: 4875, 17.06.2003 T. Resmi Gazete Sayı: 25141) m.2’de Yabancı yatırımcılar arasında Türk vatandaşları da sayılmıştır.

¹⁰³ García-Bolívar, O. E, Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID’s Reach, Trade, Law and Development, 2010, Vol. 2, No: 1, s. 159.

devlet vatandaşının kontrolündeki bir şirketin, yabancı kontrolünde olduğu şeklinde bir anlaşma yapılsa dahi, bu anlaşma ile Konvansiyon m. 25'teki sınır aşılamaz¹⁰⁴.

B. ICSID TAHKİMİNE RIZANIN YER ALDIĞI HUKUKİ METİNLERDEKİ YATIRIMCI TANIMLARI

1. GENEL OLARAK

ICSID Konvansiyonu yatırımcıya, ev sahibi devlete karşı doğrudan başvurma hakkı vermektedir. Konvansiyonda yatırımcı tanımı yer almadığı gibi, yatırımcı ifadesi dahi geçmemektedir¹⁰⁵. Konvansiyon m. 25, yatırımcı ile ilgili olarak, sadece diğer âkit devlet vatandaşı olması şartını getirmiş, başka bir şart öngörmemiştir.

Merkez tahkimine başvurabilmenin ön şartı tarafların ICSID tahkimine rızasıdır. Tarafların rızası belli bir şekil şartına bağlı değildir; Merkez tahkimine rıza, ev sahibi devlet ile yatırımcının taraf olduğu bir sözleşmede yer alabileceği gibi, iki tarafın rızaları farklı hukuki metinlerde ve farklı zamanlarda gerçekleşebilir¹⁰⁶. Ev sahibi devletin, icap niteliğindeki tek taraflı bir rıza açıklamasını, yatırımcı Merkez tahkimine başvurmadan hemen önce kabul ederse¹⁰⁷ ya da tahkime başvurmakla kabul etmiş sayılırsa¹⁰⁸, tarafların tahkime rızası şartı gerçekleşmiş olur. Ev sahibi devletlerin tek taraflı rıza beyanlarının yer aldığı, devletlerarası iki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ya da iç hukuk mevzuatlarında, yatırımcı tanımlarına yer verilerek, yatırımcıların Merkez tahkimine başvurusunun önünü açmıştır. Ev sahibi

¹⁰⁴ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 83; Andreeva, Y. / Plimpton, D., agm, 1; García-Bolívar, O. E, agm, s. 162; TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. Argentine Republic, ARB/05/5,19.12.2008 t. Karar, s. 39, p. 134; Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1)2 ICSID Reports 182-183 (01.08.1984), Garcia-Bolivar, O. E, agm, s. 162'den naklen.

¹⁰⁵ Mendelson, M., Issues Relating to the Identity of Investors, Contemporary Investment Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers, Ed. Arthur W. Rovine, Leiden, 2011, s. 23.

¹⁰⁶ Ataman – Figanmeşe, İ., Consent, s. 190; Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s.190; Şanlı, C., Uluslararası Ticarî Akitler, s. 435.

¹⁰⁷ Kjos, H.E, Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law, Oxford, 2010, s. 122.

¹⁰⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, 2.3 Consent To Arbitration, http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add2_en.pdf, E.T: 09.09.2013, s. 20.

devletin Merkez tahkimine rızasının yer aldığı hukuki metindeki yatırımcı tanımı kapsamına giren diğer âkit devlet vatandaşları, sözkonusu yatırımcı tanımının kapsamından yararlanarak Merkez tahkimine başvurabilirler¹⁰⁹.

2. DEVLETLERARASI İKİ TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARINDA YER ALAN YATIRIMCI TANIMI VE MERKEZİN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİNİN TESİSİ

Merkez tahkimine başvuruda, davacı, tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki tahkim şartına dayanıyorsa, hakem heyeti öncelikle davacının, yatırım andlaşması kapsamında Merkez tahkimine başvurabilecek kişilerden olup olmadığına bakacaktır. Örnek olarak, Türkiye'nin taraf olduğu ve en yakın yürürlük tarihli andlaşma olan¹¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması¹¹¹ m.1'de yer alan Yatırımcı tanımına göre; "1. "Yatırımcı" terimi: diğer Âkit Tarafın ilkesinde yatırım yapmış olan, (a) her bir Âkit Tarafın yürürlükteki mevzuatına göre vatandaşı sayılan gerçek kişiler, (b) Âkit Taraflardan birinin yürürlükteki kanunları çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve yönetim merkezi o Âkit Tarafın ülkesinde bulunan şirketleri, firmaları veya iş ortaklarını ifade eder,". Maddede dikkat edilirse, tabiiyetin belirlenmesinde hem kuruluş yeri hem de idare merkezi belirleyici etkenlerdir. Diğer yatırım andlaşmalarında da hemen hemen benzer ifadeler yer alır¹¹².

¹⁰⁹ Taraflar, Konvansiyon m. 25'te yer alan Merkezin yetkisi düzenlemesini genişletemezler; ancak daraltabilirler. Boddicker, J.M., Whose Dictionary Controls? Recent Challenges to the Term Investment in ICSID Arbitration?, American University International Law Review, Vol: 25, No: 5, 2010, s. 1045; Phoenix Action v. Czech Republic (ARB/06/5) 15.4.2009 T. Karar, <http://icsid.worldbank.org.tr>, s. 38, p. 96 .

¹¹⁰ 17.07.2013 tarihi itibarıyla.

¹¹¹ 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazete.

¹¹² Malinuevo, M., International Disputes in Investment in Services, Buenos Aires, 2012, s. 41 vd.

3. DEVLETLERARASI ÇOK TARAFLI YATIRIM ANDLAŞMALARINDA YER ALAN YATIRIMCI TANIMI VE MERKEZİN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİNİN TESİSİ - ENERJİ ŞARTI ANDLAŞMASI

Türkiye'nin ICSID tahkimine rıza gösterdiği, en önemli devletlerarası çok taraflı andlaşma, Enerji Şartı Andlaşmasıdır. Enerji sektörü yatırımları da, diğer alanlardaki yatırımlar gibi genellikle, ekonomisi güçlü, fakat doğal kaynakları yetersiz devletlerden, ekonomisi zayıf, fakat doğal kaynaklar bakımından zengin devletlere doğru yapılmaktadır¹¹³. Enerji sektöründeki yatırımların gelişmesiyle, bu konuda uluslararası alanda bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur¹¹⁴.

¹¹³ Eliasson, N., agm, s. 8; Dipietro, D., The Use of Precedents in ICSID Arbitration. Regularity or Certainty?, International Arbitration Law Review, 2007, s. 2

¹¹⁴ Wälde, T. W., Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty, From Dispute Settlement to Treaty Implementation, Conference on Energy – Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998, s. 2 vd., Hober, K., Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 1 (2010), s. 153 vd. Enerji Şartı Andlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Ali Kemal Kılavuz, Gazi Üniversitesi Dergisi Cilt XIII, Yayın yılı 2009, Sayı 1-2, s.180-181, www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13_8.pdf, s. 182 vd: Küreselleşmenin etkilerinin en çok hissedildiği sektörlerden biri olan enerji sektöründe, özellikle Soğuk Savaşın bitmesi ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin dağılmasıyla birlikte, işbirliği arayışları hız kazanmıştır. 1991 yılında yayınlanan Avrupa Enerji Deklarasyonu ile de bu konudaki yol haritası belirlenmiştir. Enerji sektöründe uluslararası işbirliğini, taraflarının hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanmış ve 16 Nisan 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. AB'nin enerji politikasının şekillenmesi, Birliğin temelini de oluşturan 1951 tarihli Paris Anlaşmasıyla kurulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile başlamış; 1958'de Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran anlaşmaların imzalanmasıyla hız kazanmıştır. Ancak bu anlaşmalarda düzenlenen daha çok kömür ve petrole bağlı enerjidi; diğer enerji kaynaklarına ilişkin yeterli bir düzenleme yer almamaktaydı. AB kurulduğundan beri, kömür ve petrolün serbestçe ve kısıtlama olmaksızın Birlik içerisinde dolaşımı mümkündü; ancak elektrik ve doğal gazın gerek nispeten yeni gelişmekte olan teknolojilere bağımlı olması, gerekse taşınması ve dağıtımının şebekelere bağılı olması nedeniyle, bu sektörlerde serbest dolaşım daha geç meydana gelmiş, on yıllarca her iki enerji sektörü de ulusal piyasalara bağımlı kalmıştır. Uluslararası alanda bu ihtiyacı karşılamak üzere, devletlerarası görüşmeler yapılmış ve 17 Aralık 1991 tarihinde, aralarında Türkiye ve ABD'nin de bulunduğu, 38 devlet ve AB tarafından Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu (AEŞD) imzalanmış ve enerji sektöründe işbirliğini sağlamayı amaçlayan bir politik niyet açıklaması olarak ortaya çıkmıştır. Tarafları bağlayıcı herhangi bir uluslararası sözleşme ise imzalanmamıştır. AEŞD halen 58 devlet tarafından imzalanmış olup, Enerji Şartı Andlaşması'nın imzalanması için zorunlu bir aşama olarak varlığını sürdürmektedir. Enerji Şartı Andlaşması, asıl olarak, 1991 tarihli AEŞD temelinde gelişmiştir. AEŞD'nin imzalanmasıyla birlikte, tarafları bağlayıcı uluslararası bir anlaşma metninin hazırlık çalışmaları başlamış ve Enerji Şartı Andlaşması, 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzaya açılmıştır. Yatırım, ticaret, enerjinin taşınması, çevre, rekabet, piyasalara giriş, teknoloji

Enerji Şartı Andlaşması, uyuşmazlıkların çözümüne hakkında da düzenleme içerir. Uyuşmazlıkların çözümü, EŞA'nın beşinci bölümünde düzenlenmiştir¹¹⁵. EŞA m. 26, yatırımcı ile âkit devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin; EŞA m. 27 ise, andlaşmanın uygulanması veya yorumundan kaynaklanan, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir¹¹⁶. Yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki yatırımdan doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tek bir uyuşmazlık çözüm mekanizması yoktur¹¹⁷, tarafların devletler ya da yatırımcı-devlet olmasına, uyuşmazlıkların niteliğine (ticari, transit, rekabet uyuşmazlıkları) göre ayırım yapılmıştır¹¹⁸.

transferi, enerjinin verimli kullanımı ve uyuşmazlıkların çözümü gibi alanlarda, enerjisektöründe rol oynayan aktörlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilk geniş kapsamlı ve çok taraflı uluslararası sözleşme niteliğini taşıyan Andlaşma, 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girerek uygulanmaya başlamıştır.

¹¹⁵ EŞA'ya dayalı başlatılan ilk tahkim 2001 yılında başlatılmış ve Temmuz 2013 tarihi itibarıyla 29 tahkim süreci başlatılmıştır. www.encharter.org; ayrıca bkz: Eliasson, N., 10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration, <http://www.sccinstitute.com>, E.T: 10.08.2013, s. 1.

¹¹⁶ Hober, K., ECT, s. 153; Wälde, T. W., agm, s. 17; Akıntürk, E., Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar, Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt 7, Sayı: 27 s.53-85, 2011, s. 55; Gaillard, E., Energy Charter, s. 54; Di Pietro, D., agm, s.2.

¹¹⁷ Wälde, T. W., agm, s. 33 vd, Eliasson, N., agm, s. 9; Gaillard, E., Energy Charter, s. 56: Dostane yolla çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklar yatırımcının tercihine bağlı olarak, milli mahkemelere, sözleşmesel ya da bu andlaşmaya dayalı olarak tahkime götürülebilir. Yatırımcı, 1965 ICSID Konvansiyonu, ICSID Ek Mekanizma Kurallarına dayalı tahkime, UNCITRAL kurallarına dayalı kurulan hakem heyeti veya tek hakem önündeki tahkimi ya da Stokholm Ticaret Odası tahkimini seçebilir. Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru konusunda tercih hakkı yatırımcıya bırakılmıştır ve 26. Madde kapsamındaki çözüm mekanizmalarına sadece yatırımdan doğan uyuşmazlıklar için başvurulabilir.

¹¹⁸ Hober, K., ECT, s. 153-155. Enerji Şartı Anlaşması uyarınca başlatılan tahkim süreçleri ile ilgili bakınız: <http://www.encharter.org/index.php?id=213>. E.T: 18.07.2013 EŞA m. 26'ya göre, ICSID nezdinde başlatılan tahkimler (18.07.2013 tarihi itibarıyla) şunlardır: AES Summit Generation Ltd. (UK subsidiary of US-based AES Corporation) v. Hungary, ARB/01/4; Alstom Power Italia SpA, Alstom SpA (Italy) v. Mongolia, ARB/04/10; Ioannis Kardassopoulos (Greece) v. Georgia, ARB/05/18; Libananco Holdings Co. Limited (Cyprus) v. Republic of Turkey, ARB/06/8; Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. (the Netherlands) v. Azerbaijan, ARB/06/15; Barmek Holding A.S. (Turkey) v. Azerbaijan, ARB/06/16; Cementownia "Nowa Huta" S.A. (Poland) v. Republic of Turkey, ARB(AF)/06/2; Europe Cement Investment and Trade S.A. (Poland) v. Republic of Turkey, ARB(AF)/07/2; Liman Caspian Oil B.V. (the Netherlands) and NCL Dutch Investment B.V. (the Netherlands) v. Republic of Kazakhstan, ARB/07/14; Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary, ARB/07/19; AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. (UK) v. Republic of Hungary, ARB/07/22; Alapli Elektrik B.V. (the Netherlands) v. Republic of Turkey, ARB/08/13; Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG (Sweden) v. Federal Republic of Germany, ARB/09/6; EVN AG (Austria) v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ARB/09/10; AES Corporation and Tau Power B.V. (the Netherlands) v. Kazakhstan, ARB/10/16; Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (Turkey) v. Kazakhstan,

a. ENERJİ ŞARTI ANDLAŞMASI KAPSAMINDAKİ YATIRIMCILAR

Enerji Şartı andlaşması da, kapsamındaki yatırımcıların yatırımlarına, Merkez tahkimine rızanın yer aldığı diğer devletlerarası iki ve çok taraflı andlaşmalardaki sisteme benzer şekilde koruma getirmektedir. Bu bağlamda, EŞA kapsamındaki “yatırımcı” ve “yatırım” kavramlarının içeriği EŞA’ya dayalı tahkim süreçleri için önem taşımaktadır¹¹⁹. Enerji Şartı Andlaşmasının uyuşmazlık çözüm sistemini tüm yönleriyle anlatmak, çalışmamızın kapsamını aşacağından, biz sadece Enerji Şartı Andlaşmasındaki Merkez tahkimini ilgilendiren yatırımcı kimliğini inceleyeceğiz.

Enerji Şartı Andlaşması 1/ (7)Yatırımcı,(a) Andlaşma tarafı açısından (i) Söz konusu andlaşma tarafında uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak, o ülkede sürekli ikamet eden veya o ülkenin vatandaşı veya uyuşuna sahip olan bir gerçek kişiyi; (ii) Söz konusu anlaşma tarafında uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyonu,(b)Üçüncü ülke açısından, alt-paragraf (a)’da bir anlaşma tarafı için belirtilen şartları, gerekli değişiklikler yapılarak, yerine getiren bir gerçek kişi, firma veya diğer organizasyonları ifade etmektedir¹²⁰. Maddede, uluslararası hukukun temel kurallarından olan, vatandaşlığın her bir ülkenin iç hukuku tarafından belirleneceği kuralına uygun düzenleme yapılmıştır. Maddede “citizenship” ve “nationality” arasında ayırım yapılmıştır. Ancak Merkez tahkiminde¹²¹ ve Türk hukukunda ikisi de vatandaşlık anlamına gelmektedir¹²².

ARB/11/2; Slovak Gas Holding BV (the Netherlands) et al v. Slovak Republic, ARB/12/7; Vattenfall AB (Sweden) et al v. Germany, ARB/12/12.

¹¹⁹ Gaillard, E., Energy Charter, s. 57, Hober, K., ECT, s. 156; Erdem, E., Enerji Şartı Antlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü (I), <http://www.globalenerji.com.tr>, E.T: 10.08.2013.

¹²⁰24107 s. 12.07.2000 t. RG s. 140.

¹²¹ Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID ARB(AF)/99/1, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, s. 13. Feldman v. Meksika (ek mekanizma kurallarına tabi) tahkim sürecinde, hakem heyeti, citizenship kavramının iç hukuk yönü olduğunu, nationality kavramının ise devlet ile birey arasındaki bağın uluslar arası hukuk yönünü ifade ettiğini belirtmekle birlikte citizenship ve nationality kavramları arasında bir ayırım yapmamış ve kararda iki kavramı birbiri yerine kullanmıştır. .

¹²² Amerikan vatandaşlık hukukunda “citizen” ve “national” kavramları birbirinden farklıdır. Amerikan Vatandaşlık Hukukunda, her “citizen” bir “national”dır; fakat her “national” bir “citizen” değildir. Nationality doğumla geçebiliyorken, “citizenship” için başka şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir. başka bir yazarın ifadesine göre de, “nationality” ve “citizenship” terimleri, “devlete mensup olma” kavramın farklı yönlerini vurgular. “Nationality” mensubiyetin uluslararası yönünü, “citizenship” ise ulusal yönünü vurgular. Bu durumda,

Anlaşma kapsamındaki gerçek kişiler, her ülkenin iç hukukundaki düzenlemeye atfen düzenlenmiştir. Anlaşma, yatırımcı kapsamını genişletmiş ve daimi ikamet edenleri de kapsamına almıştır¹²³. Tüzel kişi yatırımcılar bakımından, EŞA, merkezin âkit ülkede olması gibi ek kurallar getirmemiş¹²⁴; ilgili tüzel kişinin âkit ülkede “teşkilatı” olmasını aramıştır.

b. EV SAHİBİ DEVLET AÇISINDAN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ

Merkez nezdinde, EŞA'ya dayalı olarak başlatılan bir tahkim sürecinde, ev sahibi devlet açısından, kişi bakımından yetkinin oluşup oluşmadığı incelenirken, hem ICSID Konvansiyonuna hem de EŞA'ya göre bir değerlendirme yapılacaktır. Konvansiyon m. 25, uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında olmasını; EŞA m. 26/(1) ise, uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devletin yatırımcısı arasında olmasını aramaktadır. Bu durumda, bir devletin, EŞA'ya dayalı olarak Merkez tahkiminde taraf olabilmesi için hem ICSID Konvansiyonu hem de EŞA'ya göre yapılan değerlendirme sonucu “âkit devlet” statüsünü haiz olması gerekmektedir. Ev sahibi devletin, Konvansiyonu ve EŞA'yı

“citizenship” daha çok yerel mahkemelerle, “nationality” ise uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarıyla bağlantılıdır Immigration and Nationality Act citizenship ve nationality kavramlarına ilişkin olarak farklı düzenlemeler yapmıştır. Bak: <http://www.uscis.gov>, P. Weis, Nationality and Statelessness in International Law, Alphen aan den Rijn, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Yayın Yılı: 1979, s. 4 vd., Yazar ayrıca tabiiyet / vatandaşlık tanımında, ülkemizdeki Türk vatandaşlığı kavramı üzerindeki tartışmaları aydınlatacak bir ayrıma yer vermiştir: “Bu kitapta kullanılan milliyet / tabiiyet kavramı dir devlete mensubiyeti anlatan politik – hukuki bir terimdir. Tarihsel – biyolojik bir kavram olan belli bir millete mensubiyeti anlatan tabiiyet kavramından ayırt edilmelidir.” Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 66'da yer alan “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.” hükmü de, kanaatimizce tarihsel – biyolojik tabiiyet kavramından ziyade politik – hukuki bir terim olan tabiiyet kavramı gözönüne alınarak yorumlanmalıdır. K. Rubinstein and D. Adler, ‘International Citizenship: the Future of Nationality in a Globalized World’, (2000) 7 **Ind. J. Global Legal Stud.** 519, s. 521.

¹²³ Gaillard, E., Energy Charter, s. 67, d. 40; Kaushal, A., agm, s. 176. Uyuşmazlıkların çözüm mekanizması olarak ICSID'i öngören NAFTA ve MERCOSUR anlaşmalarındaki yatırımcı tanımlarını incelediğimizde de, Enerji Şartı Andlaşmasındaki yatırımcı tanımına benzer şekilde, vatandaşlık şartı aranmaksızın ikamet edenlerin de, anlaşma kapsamına dahil edildiğini görürüz. NAFTA m. 201: “vatandaş, bir akit tarafta daimi olarak ikamet eden veya yurttaş anlamındadır. 17.01.1994 tarihli MERCOSUR Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına Dair Colonia Protokolü m. II(2)'ye göre yatırımcı, a) âkit devletlerden birinin vatandaşı ya da ilgili düzenleme uyarınca, sürekli olarak ikamet eden veya adı geçen âkit devlet bölgesinde yerleşmiş kimsedir.

¹²⁴ 17.01.1994 tarihli MERCOSUR Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına Dair Colonia Protokolü

imzalamış ve kendi iç hukukuna göre onaylamış olması yeterlidir; ilgili devletlerde andlaşmanın yürürlüğe girmemiş olması “âkit devlet” statüsünün kaybına yol açmaz¹²⁵.

c. YATIRIMCI AÇISINDAN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ DEĞERLENDİRMESİ

Merkez tahkimine başvuru hakkını incelerken, ICSID Konvansiyonu m. 25 ve Enerji Şartı andlaşmasının yatırımcıya ilişkin hükümlerini birlikte değerlendirmek gerekir. Konvansiyon m. 25, Merkez tahkimine başvurunun dış sınırlarını çizer; yani Konvansiyonda belirtilen kırmızı çizgileri aşmamak kaydıyla, devletlerarası ikili ya da çok taraflı andlaşmalarda ya da ev sahibi devlet ile yatırımcı ile sözleşmede, yatırımcı tanımının kapsamı istenilen şekilde belirlenebilir. Enerji Şartı andlaşmasındaki yatırımcı tanımını, gerçek kişi ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Gerçek kişi yatırımcılar için düzenleme, EŞA m. 1(7)-a’da yer alır. Buna göre, gerçek kişi yatırımcının, *andlaşma tarafı açısından (i) Söz konusu andlaşma tarafında uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak, o ülkede sürekli ikamet eden veya o ülkenin vatandaşı veya uyruğuna sahip olması* gerekir¹²⁶. Buradaki

¹²⁵ Ioannis Kardassopoulos v. Gürcistan, ICSID ARB/05/08, 06.07.2007 t. Yetki Kararı www.encharter.org, E.T: 10.08.2013,s. 31: Merkez hakem heyeti, ev sahibi devlet bakımından kişi bakımından yetkiye ilişkin değerlendirmeyi yaparken, hem ICSID Konvansiyonuna hem de EŞA’ya göre âkit devlet statüsünü tesbit etmiştir. Buna göre, Gürcistan, ICSID Konvansiyonuna 06.07.1992 itibariyle taraftır, EŞA’yı ise, 17.12.199 tarihinde imzalamış ve 04.09.1997 tarihinde onaylamıştır. Ancak EŞA, Gürcistan’da 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hakem heyeti, EŞA’nın zamansal olarak uygulanması konusunda, andlaşmanın ev sahibi devlette hangi tarihte yürürlüğe girdiğini inceleme konusu yapmış; ancak ev sahibi devlet açısından kişi bakımından yetkili olup olmadığını incelerken yürürlük tarihini incelememiştir. Bu da, hem Konvansiyon hem de EŞA’daki “âkit devlet” statüsünün anlamına uygun bir incelemedir. Nitekim aşağıda II. Bölümde inceleyeceğimiz üzere, âkit devlet statüsü, imzası devletlerin iç hukuklarına göre, sözkonusu andlaşmayı, onay, tasdik veya kabulü üzerine kazanılır.

¹²⁶ Enerji Şartı Andlaşmasına dayalı olarak, uluslar arası tahkim merkezlerinde gerçek kişiler tarafından başlatılmış iki tahkim süreci vardır. Birincisi ICSID nezdinde başlatılan Ioannis Kardassopoulos v. Gürcistan, ICSID ARB/05/08 tahkimi, ikincisi ise, Stokholm Ticaret Odası Tahkim kuralları uyarınca başlatılan **Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan**, SCC Case No. V (064/2008) tahkimidir http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Partial_award_-_Mohammad-Tajikistan.pdf, E.T: 10.08.2013. Her iki tahkim sürecinde de, hakem heyetleri, başvuranların tabiiyetinde olduklarını kaynak devletin, EŞA tarafı olup olmadığını,

yatırımcı tanımına göre, âkit devletin vatandaşı olmamakla birlikte, sözkonusu devlette daimi olarak ikamet eden gerçek kişi yatırımcı, Merkez tahkimine başvurabilir mi? Konvansiyon m. 25'e göre, Merkez tahkimine, diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek kişiler başvurabilir. Tüzel kişiler bakımından istisnai düzenleme olmakla birlikte, gerçek kişilerin âkit devlet tabiiyeti hususunda bir istisna yoktur. Bu durumda, Merkez tahkimine sadece, diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek kişiler başvurabilir. EŞA ve ICSID Konvansiyonu hükümlerini birlikte değerlendirecek olursak; EŞA'daki yatırımcı tanımı kapsamında olan, EŞA tarafı ülkede daimi olarak ikamet eden gerçek kişinin, Merkez tahkimine başvurabilmesi, kanaatimizce, ancak tabiiyetinde olduğu devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olması gerekir. Bu durumda, EŞA'daki sürekli ikamet etme şartının gerçekleşmesi, ICSID Konvansiyonunda yer alan tabiiyet koşulunun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaz¹²⁷. EŞA 1/(7)'deki tanımlar, âkit devlet tabiiyetindeki yatırımcıları kapsamaktadır. EŞA'da 1/(7)'de, kontrol eden gerçek ya da tüzel kişiler, yatırımcı kapsamında ifade edilmemiştir; ancak EŞA m. 1/(6)¹²⁸,ya göre yatırım, yatırımcıya ait veya yatırımcı tarafından kontrol edilen her türlü aktiftir. Dolayısıyla, bir EŞA ülkesindeki yatırımı dolaylı yoldan kontrol eden gerçek ya da tüzel kişi de anlaşma kapsamındaki bir yatırımcıdır¹²⁹.

EŞA 1/(7)-a-(ii)'de tüzel kişi yatırımcılar düzenlenmektedir. Buna göre, EŞA tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya

başvuranlar ile kaynak devletleri arasındaki tabiiyet bağına incelemiş ve kişi bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir.

¹²⁷ Enerji Şartı anlaşması kapsamında, âkit devlet vatandaşı olmamakla birlikte, söz konusu devlette daimi olarak ikamet eden gerçek kişi yatırımcının Merkez tahkimine başvurusuna rastlayamamaktayız. Enerji Şartı anlaşması m. 1/(7)'dekine benzer bir yatırımcı tanımı NAFTA m. 201'de yer almaktadır. Sözkonusu maddeye göre, "vatandaş, taraf devletin yurttaşı ya da daimi ikamet edeni anlamına gelir". Merkez nezdinde NAFTA'ya dayalı olarak başlatılan *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID ARB(AF)/99/1 (*Feldman v. Mexico*), Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 469 (2003), s. 479 tahkiminde, Meksika'da daimi olarak ikamet eden ve Amerika tabiiyetinde olan Feldman'ın, NAFTA'daki yatırımcı tanımına göre, Meksika tabiiyetinde sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla ICSID'in yetkisizliğini sonuçlayıp sonuçlamayacağı tartışılmıştır. Hakem heyeti, daimi ikamet, NAFTA'daki yatırımcı tanımına rağmen, vatandaşlığın yerine geçemeyeceği, Merkez tahkiminde yetki koşulunun temelinin, kaynak devlet ile yatırımcı arasındaki tabiiyet bağı olduğunu, dolayısıyla daimi ikamet, tabiiyetin önüne geçip, Merkez tahkimine başvuruyu engelleyemeyeceği sonucuna varmıştır.

¹²⁸ Energy Charter Treaty m. 1/(6): "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor..." <http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>

¹²⁹ Gaillard, E., Energy Charter, s. 69; Hober, K., ECT, s.156.

da organizasyon da yatırımcı olarak nitelendirilmektedir. Burada, âkit devlet tabiyetindeki bir tüzel kişi söz konusudur. Böyle bir kuruluşun, ev sahibi devlet tabiyetinde olması Merkez tahkimine başvurusu önünde bir engeldir. Bu durum, EŞA m. 26/(7)'de düzenlenmiştir. Buna göre; ev sahibi devlette kurulu bir tüzel kişi, diğer âkit devlet yatırımcıları tarafından kontrol ediliyorsa, ICSID Konvansiyonu m. 25/2(b)'nin amaçları doğrultusunda, diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele görecektir. Bu hüküm, yatırımcı tanımının sınırlarını belirsizleştirmekte ve içi boş şirketlerin EŞA korumasından yararlanmasına yol açmaktadır¹³⁰. Ancak bu şirketler, EŞA tarafı olmayan devlet vatandaşlarına aitse, ev sahibi devlet m. 17/(1)'e denial of benefits şartına dayanabilecektir¹³¹.

Dava, Enerji Şartı Andlaşmasına göre açıldığından, hakem heyeti de kişi bakımından yetkiye ilişkin değerlendirmesini; andlaşma m. 26/p.7'deki¹³² düzenlemeye göre yapmıştır¹³³. Bu durumda, hakem heyeti, Enerji Şartı andlaşmasındaki kontrol kriterine dayanarak, Polonya tabiiyetli davacı şirketin, ÇEAŞ ve Kepez hisselerinin kontrolünün kendisinde olduğunun ispatını dahi yetki tesisinde yeterli görmüştür. O halde, yatırımcı sıfatını haiz olmak için payların mülkiyetine sahip olmak şart değildir; payların kontrolünü elinde tutan –gerçek kişiler haricindeki- yabancı devlet vatandaşı yatırımcılar da, ICSID Konvansiyonu ve ek mekanizma kuralları uyarınca davacı sıfatını haiz olabileceklerdir.

¹³⁰ Eliasson, N., agm, s. 5, s. 22. Yukos Universal Ltd. v. Russian Federation, Veteran Petroleum Trust v. Russian Federation, ve Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation tahkimlerinde, ev sahibi devlet Rusya, andlaşmaların yorumunda etkin olan uluslararası hukukun ilkeleri gereğince, hakem heyetinin davacının, EŞA kapsamında bir yatırımcı olup olmadığını tesbit ederken, kanuna uygun olarak kurulması dışındaki nedenlere de bakması gerektiğini iddia etmektedir. Davacı şirketler, Rus vatandaşlarına aittir ve gene onlar tarafından yönetilmektedir. Ancak hakem heyeti, bu savunma yönünde karar vermemiş ve EŞA'da getirilen şartın sadece kuruluşla ilişkin olduğunu savunmuştur.

¹³¹ Eliasson, N., agm, s. 7. EŞA'daki Denial of Benefits kuralına başvurulmuş kararlara örnek olarak, Plama Consortium Ltd (Cyprus) v. Bulgaria, ICSID ARB/03/24, Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kyrgyzstan, Arbitration Institute of the SCC, 126/2003, Amto v. (Latvia) v. Ukraine, Arbitration Institute of the SCC, Ad hoc UNCITRAL Kurallarına dayalı Yukos Universal Ltd. (UK – Isle of Man) v. Russian Federation, Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, and Veteran Petroleum Trust (Cyprus) v. Russian Federation, tahkim süreçlerini gösterebiliriz.

¹³² Energy Charter Treaty, s. 74, "Paragraf 4'te belirtilen yazılı rızanın verildiği tarihte, ihtilafın tarafı âkit devlet vatandaşı olan ve kendisi ile vatandaşı olduğu âkit devlet arasındaki ihtilafın doğumundan önce diğer bir âkit devletin vatandaşları tarafından kontrol edilen gerçek kişiler haricindeki yatırımcı tarafı, ICSID Konvansiyonu 25/2(b) bakımından "diğer âkit devlet vatandaşı" gibi ve ICSID – Ek İmkan Kuralları m.1(6)'nın amaçları bakımından "diğer devlet vatandaşı" gibi muamele görecektir."

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf. E.T: 16.09.2011.

¹³³ Cementownia v. Türkiye Kararı s. 32, p. 113.

İKİNCİ BÖLÜM

MERKEZ TAHKİMİNİN TARAFLARI

I. MERKEZİN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİNE İLİŞKİN KONVANSİYON M. 25 (1) DÜZENLEMESİ

Konvansiyonun 25. maddesine göre, Merkez, ancak taraflarının âkit ev sahibi devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı olduğu, yatırımdan doğan uyuşmazlıklara bakar. Taraflara ilişkin getirilen bu şart, kişi bakımından yetki şartını oluşturur. Kişi bakımından yetkinin bir tarafını, âkit ev sahibi devlet¹³⁴ ya da âkit ev sahibi devlet tarafından Merkeze bildirilmiş âkit devletin alt birimi ya da kurumu; diğer tarafını ise ev sahibi devlette yatırım yapan gerçek ya da tüzel kişi oluşturur¹³⁵. Konvansiyon hükümlerinde aksine bir düzenleme olmamakla beraber¹³⁶, şimdiye kadarki uygulamada, hemen hemen daima¹³⁷ ev sahibi âkit devletler, “davalı”; diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcılar da “davacı” olmuşlardır¹³⁸.

¹³⁴ **Gabon v. Soci t  Serete S.A.** (ICSID Case No. ARB/76/1), <https://icsid.worldbank.org>, E.T: 07.07.2013. Söz konusu tahkim süreci Gabon Cumhuriyeti tarafından, hastanenin doğum servisi biriminin inşasından kaynaklanan uyuşmazlık üzerine başlatılmıştır. Tahkim süreci, tarafların uzlaşması ve talepleri üzerine sonlandırılmıştır. Georgijevic, International Investment Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism: The ICSID Framework, http://sites.uom.ac.mu/wtochair/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=14, 2012, s. 5, Laborde, G., agm, s. 100.

¹³⁵ Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2012, s. 285; Amerasinghe, C.F., Jurisdiction, s. 460.

¹³⁶ Konvansiyonun hiçbir hükmünde, yatırımcının davacı olması veya ev sahibi devletin davalı olmasına ilişkin bir düzenleme yoktur. 2013 yılı itibariyle, âkit devlet ya da alt birimi ya da kurumunun Merkez nezdinde davacı sıfatıyla yer aldığı tahkim süreci sayısı üçtür. Hişbirisinde de davacı, devletlerarası yatırım andlaşmasına dayanmamıştır. Laborde, G., The Case for Host State Claims in Investment Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1 No. 1, Oxford, 2010, s. 102. Akit devlet ya da âkit devletin alt birimi ya da kurumunun davacı olduğu ender kararlarda da, devletin ya da devletin alt birimi ya da kurumunun, ICSID Konvansiyonuna göre davacı olabileceği, Konvansiyonda aksi yönde bir hükmün olmadığı belirtilmiştir. Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others(ICSID Case No. ARB/07/3 Yetki Kararında, kanaatimizce çok isabetli bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, *yetkinin ana dayanağı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede yer alan tahkim kaydıysa, âkit devletin ya da âkit devletin alt birimlerinin ya da kurumlarının davacı olmasında bir engel yoktur. Ancak ICSID tahkiminin dayanağı, yatırımcıya koruma getiren ve yatırımcının devlet aleyhine Merkeze başvuru hakkını düzenleyen, devlete koruma getirmeyen bir devletlerarası bir yatırım andlaşmasıysa, o zaman devletin davacı sıfatından bahsedilemez.* Yetki Kararı s. 43, p. 174.

¹³⁷ Ev sahibi devlet ya da kurumları tarafından başlatılan tahkim süreçlerine örnek olarak bakınız: Gabon v. Soci t  Serete S.A.; (ICSID Case No. ARB/76/1) Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited(ICSID Case No. ARB/98/8),

Bir uyuşmazlığın devlet tarafını oluşturan, âkit ev sahibi devletin ya da Merkeze bildirilmiş bir kurumunun tesbitinde bir güçlük yoktur. Konvansiyon 25. madde uygulamasının önemi, Konvansiyon düzenlemesinde aksine bir düzenleme olmamakla birlikte, şimdiki kadarki tahkim süreçlerinde “davacı” olan gerçek ya da tüzel kişinin, Konvansiyon m 25’te yer alan kişi bakımından yetki şartını yerine getirip getirmediği konusunda çıkar. Merkezin yetkisinin tesisinde, “yatırımcı kimliği”, davacının diğer âkit devlet vatandaşı olması şartından daha geniş kapsamlıdır ve salt Konvansiyon 25. maddenin yorumu, yatırımcı kimliğinin açıklanmasında yeterli olmaz. Merkeze başvuru yapan gerçek ve tüzel kişilerin yapılarındaki, geçmişlerindeki çeşitlilik, farklılıklar, uluslararası yatırım hukuku öğretisi ve içtihatlarında tartışmalara yol açmış ve bu da zamanla yatırımcı kimliğinin şekillenmesini sağlamıştır. Örneğin yabancı devlet kurumları ya da yabancı devletin paydaş olduğu tüzel kişi ortaklıklar yatırımcı sayılır mı? Birden çok devletin vatandaşlığını haiz gerçek kişiler Merkeze başvurabilir mi? Diğer âkit devlet vatandaşlığı, tüzel kişilerde nasıl belirlenir? Tüzel kişi ortaklıklarda paydaşlar tek başına Merkeze başvurabilir mi? Diğer âkit devlette kurulu ana şirketle ev sahibi devlette kurulu alt şirket arasındaki ilişkide yatırımcı sıfatı kime aittir? Özellikle, yabancı yatırımcı, ev sahibi devlette şirketleşmiş ise, yatırımcı taraf kimdir? Bu ve buna benzer sorunlar, yatırımcının kimliği konusunu ilgilendirir. ICSID içtihatlarında ve kişi bakımından yetki şartının tartışma konusu olduğu uluslararası hukukun kapsamına giren tüm alanlarda, ortaya çıkan sorunlar hemen hemen daima uyuşmazlığın devlet tarafına değil; yatırımcı tarafına ilişkindir.

Merkez tahkiminde taraflar, Merkezin kişi bakımından yetkisi konusunu oluşturur. Dolayısıyla, hakem heyetleri, bir uyuşmazlık hakkında kişi bakımından yetkili olup olmadıklarını hem uyuşmazlık tarafı gerçek veya tüzel kişi hem de

<http://icsid.worldbank.org>, E.T: 05.07.2013; Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others(ICSID Case No. ARB/07/3) <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 05.07.2013.

¹³⁸ Yılmaz, age, s. 84, Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinisch, A. / Sinclair, A., age, s. 458; Vicuna, F. O., New Issues In the Settlement of Investment Disputes of International Investments,2008, <http://www.arbitration-icca.org> E.T: 07.07.2013, s. 5; Huiping, C., The Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunal: Approaches, Reasons and Damages, <http://www.csie.org>, E.T: 07.07.2013, s. 21. Akit devlet ya da devletin alt birimi ya da kurumunun davacı olduğu tahkim süreçleri çok az olmakla birlikte, Huiping’in makalesinde yapılan, davalının yabancı yatırımcı olduğu tek bir tahkim süreci olduğu iddiası isabetli değildir.

uyuşmazlığın diğler tarafı olan ev sahibi devlet açısından yaparlar. Kişli bakımından yetki şartını ev sahibi devlet açısından inceledikten sonra, yatırımcı bakımından yetki şartını inceleyeceğiz.

II. UYUŞMAZLIĞIN AKİT DEVLET TARAFI

A. AKİT DEVLET STATÜSÜ

Hakem heyeti, önüne gelen uyuşmazlıkta ev sahibi devlet açısından yetkili olup olmadığını incelerken, devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olup olmadığını, yatırımın ev sahibi devletin sınırları içerisinde yapıp yapılmadığını inceleyecektir. “Taraf devlet”ten ne anlaşılması gerektiği, Konvansiyon 68. Maddede düzenlenmiştir¹³⁹. Buna göre; *“Bu sözleşme, imzacı devletlerin Anayasal düzenlemelerine uygun olarak, imzacı devletlerin onaylama, kabul veya tasdikine bağlıdır. Bu sözleşme yirminci onaylama, kabul veya tasdik belgesinin teslim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girer. Her devlet için de onaylama, kabul veya tasdik belgesini teslim ettikten otuz gün sonra yürürlüğe girer.”* Madde hem Konvansiyonun uluslararası alanda yürürlüğe girmesini hem de imzacı devletler bakımından yürürlüğe girme anını düzenler.

Devletler Hukukunda, andlaşmaların uluslararası alanda yürürlüğe girmesi, aksi belirtilmedikçe bütün tarafların andlaşma ile bağlanma isteklerini, imza, belge değişimi, onaylama veya katılma işlemleriyle açıkladıkları andır. Bununla birlikte uygulamada çok taraflı andlaşmalarda, genellikle belirli sayıda devletin rızası, andlaşmanın yürürlüğe girmesi için yeterli sayılmaktadır¹⁴⁰. ICSID Konvansiyonu m. 68’de yer alan bu hüküm de, Konvansiyonun yürürlüğe girmesi açısından uluslararası hukuka uygundur¹⁴¹.

¹³⁹ Article 68: (1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.(2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.

¹⁴⁰ Sur, M., age, s. 39.

¹⁴¹ 18 Mart 1965 tarihli ICSID Konvansiyonu, 20. Onay belgesinin Dünya Bankasına depo edilmesinden sonra 14 Ekim 1966’da uluslar arası alanda yürürlüğe girmiştir. Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age,s. 1270.

Hüküm bir sonraki aşamada, Konvansiyonun imzacı devletler bakımından yürürlüğe girme anını düzenlemiştir¹⁴². Buna göre, imzacı devlet, kendi anayasal düzenlemeleri¹⁴³ doğrultusunda ancak, onaylama, kabul veya tasdik¹⁴⁴ belgesinin ICSID'e depo edilmesinden 30 gün sonra "taraf devlet" statüsü kazanmaktadır. Taraf devlet sıfatının sona ermesi de Konvansiyon m. 71'e¹⁴⁵ hükmüne tabidir. Bu maddeye göre âkit devlet, ICSID'e yazılı beyanda bulunarak sözleşmeden çekilebilir. Sözleşmeden çekilme, beyanın alındığı tarihten altı ay sonra hüküm ifade eder. Bu durumda, devletin "taraf" sıfatı sözleşmeden cayma beyanının depo edilmesinden itibaren 6 ay daha devam eder.

B. AKİT DEVLET STATÜSÜNÜN KAZANILMA ANI VE ÖNEMİ

Akit devlet açısından Merkezin kişi bakımından yetkisini incelediğimizde, Konvansiyon m. 25 düzenlemesinde, uyuşmazlık tarafı devletin hangi tarihten itibaren ya da hangi tarihte Konvansiyona taraf olması gerektiği konusunda bir açıklamaya rastlayamıyoruz. Konvansiyon m. 25'te yer alan yetki şartlarının, tahkim

¹⁴² Hükümde önce Konvansiyonun uluslar arası alanda yürürlüğü daha sonra her bir imzacı devlet için yürürlüğe girmesinin düzenlenmesi, devletler hukuku ilkeleriyle de uyumludur. Nitekim, uluslar arası alanda yürürlüğe girmemiş bir andlaşmanın imzacı devletlerin iç hukuklarında yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Ulusal alanda yürürlük ulusal alandaki yürürlüğün ön koşuludur. Sur, M., age, s. 39.

¹⁴³ Uluslar arası kuruluşlar veya yabancı bir devletle yapılan bir andlaşmanın imzalanmasından sonra hüküm doğurabilmesi için yürürlüğe girmesi gerekir. Türkiye Cumhuriyeti açısından bir andlaşma ancak, yürürlüğe konulması ile haklar doğurur ve devleti borç altına sokar. Anayasa 90. Maddede andlaşmaların bağlayıcılık kazanma usulleri düzenlenmiştir. Kural olarak bir andlaşma TBMM tarafından onaylama (uygun bulma, onama) kanunu çıkarıldıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır. İç hukuk bakımından resmi gazetede yayınlanmış olma, andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli bir koşuldur. Pazarıcı, H., age, s. 76 vd., Sur, M., age, s. 41 vd.

¹⁴⁴ Konvansiyonun, andlaşmanın bağlayıcılığına ilişkin bu hükmü de devletler hukuku ile uyumludur. Nitekim, Devletler Hukukunda andlaşmalar iki şekilde bağlayıcılık kazanabilir. Bağlayıcılık kazanma noktasında kısa bir sürecin yeterli olduğu basit usulde, uluslar arası hukuk kişisi, doğrudan doğruya iradesini açıklamakla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın andlaşma ile bağlanır. Bu imza ile, belge değişimi veya başkaca yöntemlerle olabilir. Bu işlemlerin yetmediği, andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için ek işlemlerin gerekli olduğu ve daha uzun bir süreci gerektiren uzun usulde, devletin başka organlarının rızasının alınması veya anayasaya uygunluk denetimi yapılır. Andlaşmaların onaylanmasından sonra gerekli ek işlemler, andlaşmanın onaylanması, kabul veya tasdiktir. Sur, M., age, s. 29 vd., Pazarıcı, H., age, s. 57 vd.

¹⁴⁵ Article 71: Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

ya da uzlaştırma kurumlarının somut olarak işleyişini gösteren, Merkez Genel Sekreterliğinin, başvuruları hangi hallerde reddettiğine ilişkin m. 28 (3) ve 36 (3) hükümlerini incelediğimizde, Sekreterliğin, başvurudaki bilgilere göre, uyuşmazlık Merkezin açıkça yetkisi dışında değilse, talebi kayıt altına alacağı görülür. O zaman başvurunun kayıt altına alındığı tarihte, uyuşmazlığın devlet tarafı “âkit” değilse, Sekreterlik başvuruyu reddedecektir¹⁴⁶. Kayıt tarihi itibarıyla Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi, hakem heyetinin o uyuşmazlığın mutlaka esasına girmesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Hakem heyeti de, Merkezin yetki şartlarının oluşmadığına kanaat getirirse, yetkisizlik kararı verebilir.

C. AKİT DEVLETİN ICSID TAHKİMİNE RIZASI VE AKİT DEVLET STATÜSÜNÜN KAZANILMA ANLARININ FARKLI OLMASI

Merkezin âkit devlet açısından kişi bakımından yetkisinin belirlenmesinde, Konvansiyon m. 25 düzenlemesi, âkit devletin ICSID tahkimine rızasını belirtmekle birlikte, rızanın verilme anı ile ilgili olarak bir belirleme yapmamaktadır. Genel Sekreterliğin, tahkim ya da uzlaştırma başvuruları ile ilgili kayıt esaslarını düzenleyen Konvansiyon m. 28 ve m. 36 da rızanın hangi anda verilmesine ilişkin bir açıklama içermemektedir¹⁴⁷. Merkeze başvurunun kayıt altına alındığı tarihte, uyuşmazlık tarafı devletin “âkit” devlet olması, Merkezin âkit devletin kişi bakımından yetkisinin oluşumu açısından gerekli ve yeterlidir. Konvansiyon m. 25’e göre, uyuşmazlık ev sahibi âkit devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında cereyan etmelidir. Bu durumda iki tane âkit devlet statüsünden bahsetmek

¹⁴⁶ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinisch, A. / Sinclair, A., age, s. 457 vd., Grusic, U., The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Journal of World Investment & Trade, Vol. 10, pp. 69-101, Leiden, 2009, s. 24. Bu yaklaşım, Merkezin yatırımcı açısından kişi bakımından yetkisinin belirlenmesi anı ile de uyumludur.

¹⁴⁷ ICSID tahkimine rıza verildikten sonra, devletin, tasdik, onay veya kabul belgelerini sunarak Konvansiyona taraf olabileceği; bu konuda Konvansiyonda bir engel bulunmadığı ile ilgili olarak, Konvansiyonun hazırlık aşamaları dayanak yapılabilir. Belirli tarihlerde şartların yokluğu halinde, durum tahkim talebinin yapıldığı ana göre tesbit edilir. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında da, tahkime rızanın verilme anından sonra Konvansiyona taraf olma yasaklanmamıştır. Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention, Vol. 2, Docs 6 ve 21, p. 133 vd., Lalive, P., The First “World Bank” Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems, 51 British Yearbook of International Law, Londra, 1980, s. 143’ten naklen.

mümkündür. Birincisi ev sahibi devletin, tahkim başvurusunun yapıldığı anda Konvansiyona taraf olmasını; ikincisi yatırımcının tabiiyetinde olduğu kaynak devletin tahkim başvurusunun yapıldığı anda Konvansiyona taraf olmasını ifade eder. Ev sahibi devlet ve kaynak devletin âkit devlet statüsü açısından gerekli olan, tahkim başvurusunun yapıldığı anda her iki devletin de, ICSID Konvansiyonuna taraf olmasıdır. Dolayısıyla, ev sahibi devletin veya kaynak devletin ICSID tahkimine rızası, kişi bakımından yetki safhasında değerlendirilmemekle birlikte, ICSID tahkimine rızanın verilme anı ile âkit devlet statüsünün kazanılma anlarının birbirinden farklı olduğu hallerde, Merkezin yetkisi tartışılmıştır.

1. KAYNAK DEVLETİN AKİT DEVLET STATÜSÜNÜ KAZANMASINDAN ÖNCE ICSID TAHKİMİNE RIZA GÖSTERMESİ

Akit devlet statüsünün, tahkim başvurusunun yapıldığı tarihe göre belirlenmesi, devletin ICSID tahkimine rızasının verilme anı ile ilgili farklı ihtimalleri düşündürür. İlk ihtimal, kaynak devletin, ICSID tahkimine rızanın verildiği tarihte, Konvansiyona taraf olmamasıdır. Kaynak devletin, Konvansiyona taraf olması hususu, Merkezin yatırımcı açısından kişi bakımından yetkisinin oluşumu safhasında incelenecek bir husustur. Dolayısıyla, uyumsuzluğun devlet tarafıyla ilgili olarak, Merkezin kişi bakımından yetkisinin incelenmesinde, ev sahibi devlet açısından inceleme yapılır. Konvansiyonun hazırlık çalışmalarının hiçbir aşamasında da, kaynak devlete ilişkin rızanın verilme anı ile ilgili bir belirleme yoktur¹⁴⁸.

2. EV SAHİBİ DEVLETİN AKİT DEVLET STATÜSÜNÜ KAZANMASINDAN ÖNCE ICSID TAHKİMİNE RIZA GÖSTERMESİ

Akit devlet statüsü ile ilgili ikinci ihtimal, ev sahibi devletin, ICSID tahkimine

¹⁴⁸ Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention, Vol. 2, Docs 6 ve 21, p. 133 vd., Lalive, P., Holiday Inns v. Morocco, s. 143'ten naklen; Bernardini, P., Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Paris, 2005, s. 93.

rızanın verildiği tarihte, Konvansiyona taraf olmamasıdır. Bu halde de, ya ev sahibi devlet henüz daha ICSID Konvansiyonuna taraf olma iradesini taşımamaktadır ya da Konvansiyonu imzalamış; fakat Konvansiyon m. 68 uyarınca, henüz kendi anayasal düzenlemeleri doğrultusunda onaylama, kabul veya tasdik belgelerini teslim etmemiş ya da onaylama, kabul veya tasdik belgesini teslim etmiş olmasına rağmen, taraf sıfatını kazanabilmesi için gerekli olan otuz gün geçmemiştir. ICSID tahkim sürecinde henüz daha böyle bir durumla karşılaşmamıştır. Merkez Genel Sekreterliğinin, ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olma yolunda biri girişimde bulunmadığı ilk ihtimalde, devletin âkit devlet olmaması nedeniyle tahkim başvurusunu reddetmesi tabiidir. Ev sahibi devletin, Konvansiyon tarafı olmaması halinde, ICSID Ek Mekanizma kurallarına başvurulabilir¹⁴⁹.

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartından daha sonra, kaynak devletin ve ev sahibi devletin Konvansiyona taraf olması, Merkezin kişi bakımından yetkisi şartlarına aykırılık oluşturmaz¹⁵⁰. Ev sahibi devletin, rızanın verildiği tarihte kaynak devletin, âkit devlet statüsünde olmadığı; bu nedenle Merkezin yetkisiz olduğuna ilişkin itirazı¹⁵¹, ICSID Konvansiyonu ve uygulamasına aykırılık oluşturur. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında, istikrarlı olarak belirtildiği

¹⁴⁹ ICSID Additional Facility Rules, m. 2: Additional Facility/ "The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;..."<http://icsid.worldbank.org>, E.T: 14.07.2013.

¹⁵⁰ Yatırımcının kaynak devletin, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki tahkim anlaşmasının akdi sırasında, Konvansiyona taraf olmaması, devletlerin Konvansiyona taraf olmasına bağlı ve o zaman bağlayıcılık kazanacak "şarta bağlı rıza" şeklinde düşünülebilir. ICSID tahkimine başvuru için gerekli şartlardan biri olan tarafların yazılı rızası, ev sahibi devlet ile kaynak devlet ICSID Konvansiyonuna taraf olmasalar bile geçerlidir. Lalive, P., agm, s. 144..

¹⁵¹ Lalive, P., Holiday Inns v. Morocco, s. 144; Tupman, W.M., agm, s. 834 vd: Holiday Inns v. Morocco, ARB/72/1 tahkiminde, başvuran davacı Holiday Inns, Glarus ile Fas devleti arasındaki sözleşmenin imza tarihi olan 5 Aralık 1966'da, ne kaynak devlet İsviçre ne de ev sahibi devlet Fas ICSID Konvansiyonuna taraf değildi. İsviçre, 14 Haziran 1968'de, Fas da 10 Haziran 1967'de Konvansiyona taraf olmuşlardı. Fas'ın yetkiye ilişkin ilk itirazı, ICSID Konvansiyonu m. 25/(1)'in dar yorumuna dayanıyordu. Fas, Konvansiyon m. 25/(1)'i dar yorumlayarak, sadece, Konvansiyona daha önceden taraf olmuş devletin tabiiyetindeki tüzel kişilerin ICSID tahkimine rıza verebileceğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, tahkime rızanın, ev sahibi devlet ve kaynak devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olmalarıyla etkin olduğuna kanaat getirmiş ve yetkiye ilişkin bu itirazı reddetmiştir.

gibi, “âkit devlet” statüsünün belirlenme anı tahkim başvurusunun yapıldığı andır¹⁵². ICSID kararlarında, ev sahibi devletin tahkime rızasının¹⁵³, Konvansiyona taraf olmasından önce gerçekleştiği hallerde istikrarlı olarak, âkit devlet statüsünün tesbitinde, tahkim başvurusunun yapıldığı tarih esas alınmış; rızanın verildiği tarihte ev sahibi devletin âkit devlet statüsünde olmaması hali, hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesini sonuçlamamıştır¹⁵⁴.

D. AKİT DEVLETİN ALT BİRİMLERİ VEYA KURULUŞLARI

Konvansiyon m. 25'e göre, Merkez tahkiminin taraflarını, ancak âkit devlet veya onun bir alt birimi veya kuruluşu ve diğer âkit devlet vatandaşları oluşturabilir. Konvansiyon 25/1'de akit devlet tarafından Merkeze bildirilmiş, akit devletin alt birimleri veya kurumlarının da tahkim sürecinin tarafı olabileceği belirtilmiştir. Bunun nedeni bir çok ülkede yatırım sözleşmelerinin devletler tarafından değil; devletten

¹⁵² Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 457 vd., Grusic, U., The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Journal of World Investment & Trade, Vol. 10, pp. 69-101, Leiden, 2009, s. 24. Lynch, S.T., The International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Maryland Journal of International Law, Vo. 7, Issue 2, 1982, s. 316;

¹⁵³ Tahkime rıza, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesinde, devletlerarası iki ya da çok taraflı yatırımların korunması ve teşviki andlaşmalarında yer alabilir. United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, 2.3 Consent To Arbitration, http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add2_en.pdf, E.T: 09.09.2013, s. 6.

¹⁵⁴ Ev sahibi devletlerin, Konvansiyona taraf olmadan önce, yatırım sözleşmeleri ya da devletlerarası iki ya da çok taraflı yatırım andlaşmalarında ICSID tahkimine rıza vermeleri anında ICSID Konvansiyonuna taraf olmamaları; fakat Merkeze tahkim başvurusunun yapıldığı tarihte, ev sahibi devletin âkit devlet statüsünde olmasının, hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesini sonuçlamayacağına ilişkin uygulaması istikrarlıdır. Amco v. Indonesia ARB/81/1, Kararında, ev sahibi devlet, Temmuz 1968'te ICSID tahkimine rıza vermiş, fakat 28.10.1968 tarihinde Konvansiyona taraf olmuştur. Hakem heyeti, Endonezya âkit devlet olduğundan, davalı ev sahibi devlet üzerindeki yetkinin reddedilemeyeceğini belirtmiştir. Amco v. Endonezya Yetki Kararı, 25.09.1983, p. 34. LETCO v. Liberia tahkiminde, uyuşmazlığın Merkez tahkimine sunulması 12.05.1970'de, ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olması ise, 16 Temmuz 1970'te gerçekleşmiştir. Hakem heyeti, bu hususla ilgili tartışmalara girmeden, ev sahibi devletin Konvansiyonu imzaladığı ve onaylama işleminin gerçekleştiği, dolayısıyla âkit devlet statüsünde olduğunu belirtmiştir. Cable Tv v. St. Kitts and Nevis tahkiminde ICSID şartını içeren, taraflar arasındaki sözleşme 18.09.1986 tarihinde akdedilmesine rağmen, ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonuna taraf olması 03.09.1995 tarihinde gerçekleşmiştir. Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 145; Tupman, W.M., agm, s. 820 vd. Söz konusu kararlar, Holiday Inns v. Fas tahkimindeki hakem heyetinin yaklaşımını takip etmiş ve rızanın verildiği tarihte taraflardan birinin ya da yatırımcının kaynak devletinin Konvansiyon tarafı olmamasının, Merkezin yetkisinin belirlenmesinde önemli olmadığı; uyuşmazlığın ICSID tahkimine sunulduğu, tahkim başvurusunun yapıldığı tarihte ev sahibi devletin âkit devlet statüsünde olmasıdır.

ayrı tüzel kişiliği bulunan kanunla kurulu şirketler veya kurumlar¹⁵⁵ ve kamu faaliyetleri yürüten devlet şirketleri ile yatırımcılar arasında akdedilmesidir¹⁵⁶. Konvansiyon m. 25/1 hükmündeki, âkit devletin alt birimleri veya kurumları ifadesi, ICSID Konvansiyonuna taraf çeşitli yapıdaki devletler düşünülerek hazırlanmıştır. Bu şekilde devletin alt birimleri, kurum veya kuruluşları ile akdedilen yatırım sözleşmelerinde, ICSID tahkim şartının yer alması imkanı getirilmiştir; bu sayede devletin alt birimleri, kurum veya kuruluşları ile muhatap olan yatırımcıların ICSID tahkimine başvuru yolu açılmıştır¹⁵⁷. Konvansiyon m. 25/1 hükmü, ev sahibi devlete, Merkeze bildirim yapma yoluyla, istediği alt birimi veya kurumu tevkil etme imkanı getirilmiştir. Hükme göre, âkit devletin alt biriminin veya kurumunun taraf sıfatı kazanabilmesi için m. 25/1'e göre, söz konusu âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmesi ve 25/3'e göre de, ilgili birimin ICSID tahkimine verdiği rızanın, aksi âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmemişse, kabulü gerekir. 25/1 hükmü Merkezin kişi bakımından yetkisine, 25/3 hükmü ise Merkezin yetkisine ilişkin şartlardan biri olan *tarafaların rızasına* ilişkindir¹⁵⁸.

Konvansiyon m. 25/1'deki, âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmiş, âkit devletin alt birimleri veya kurumları ifadesinden anlaşıldığı üzere, tahkim sürecinde taraf sıfatının kazanılabilmesi; ilgili birimin âkit devletin alt birimi veya kurumu olmasına ve söz konusu birimin âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmesine bağlıdır. İlgili birimin âkit devletin alt birimi ya da kurumu olup olmadığı, âkit devletin iç hukukuna göre tesbit edilir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ ...statutory corporations or agencies: Mecliste çıkarılan bir yasa ile kurulan ve bir kamu hizmeti sunmaya yönelik kamu şirketi veya kurumlar. Federal devletlerde, kanunla kurulan organların devletten ayrı bir tüzel kişiliği vardır ve yatırım sözleşmelerini de bu organlar akdeder. Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., *The Oxford Handbook of International Law*, Oxford, 2008, s. 901.

¹⁵⁶ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 149; Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 901.

¹⁵⁷ Yılmaz, age, s. 86 vd., Grusic, agm, s. 24.

¹⁵⁸ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 150; Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 901; Dolzer, R./ Schreuer, C., age, s. 227. Tarafların rızası şartı, çalışmamızın kapsamı dışında olduğundan, Konvansiyon m. 25/3 hükmü ayrıca incelenmeyecektir.

¹⁵⁹ Dolzer, R./ Schreuer, C., age, s. 227.

1. AKİT DEVLETİN ALT BİRİMİ

Konvansiyon m. 25/1’de alt birim (*subdivision*) ve kurum (*agency*) kavramları kullanılmakla birlikte, bunların anlamına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Genel kabule göre, devletin alt birimlerini belediyeler, üniter devletlerde yerel devlet birimleri¹⁶⁰, yarı özerk devletler, üniter olmayan devletlerde eyaletler ve federe devletler, devletlerin alt birimi kavramı içinde değerlendirilir¹⁶¹. Alt birimler, bağlı oldukları devletin iç hukuk düzenlemesine göre tesbit edilir¹⁶².

2. AKİT DEVLET KURULUŞU

Konvansiyon m. 25/1’de geçen *agency* terimine karşılık olarak kullandığımız âkit devlet kuruluşu, âkit devletin alt birimi kavramından daha geniş kapsamlıdır ve buna göre yorumlanmalıdır¹⁶³. Genel kabule göre, âkit devletin alt birimi ile kuruluşu arasındaki fark tesbit edilirken, bölgesellik ölçütü olarak alınır. Bölgesel bir kuruluşlar âkit devletin alt kuruluşlarını; bölgesel olmayan kuruluşlar ise âkit devletin organlarını oluşturur¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Üniter devletlerde yerel devlet birimlerinin davacı olabilmesine, *Government of the Province, of East Kalimantan v PT Kaltim Prima Coal* ve diğerleri ARB/07/3 tahkimi örnek olarak gösterilebilir. Davacının ismindeki, “province” kelimesi her ne kadar, bu idari birimin “eyalet” olduğu yanlışını yaratsa da, Doğu Kalimantan’ın bağlı olduğu Endonezya, anayasal teşkilat şekli itibarıyla üniter bir devlettir. İmga, O., Endonezya’da Siyaset:Bağımsızlık Sonrası Dönemde Siyası Yaşam ve Kurumlar, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003 – 2004, s. 124. Dolayısıyla, Doğu Kalimantan İli Yönetimi, Konvansiyon m. 25/1 kapsamındaki *âkit devletin alt birimi* başlığı altında, üniter devletlerdeki yerel yönetimlerin başvuru hakkına örnek oluşturur.

¹⁶¹ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 149; Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 902; Yılmaz, age, s. 87; Grusic, agm, s. 25; *Government of the Province of East Kalimantan v PT Kaltim Prima Coal* ve diğerleri ARB/07/3 Yetki Kararı, s. 47, p. 191.

¹⁶² Yılmaz, age, s. 87; *East Kalimantan v. PT Kaltim Coal* ve diğerleri davasında da, Endonezya’nın anayasal yapısına göre Doğu Kalimantan’ın il olmadığı yönünde bir itiraz yapılmamıştır. Genel ifadeyle, davacının, bağlı olduğu devletin iç hukuk düzenlemesine göre, bir alt birim olduğu kabul edilse bile, bu Konvansiyon m. 25/1’deki şartın gerçekleştiği anlamına gelmez. Burada alt birim olmasının tesbiti yetmez, söz konusu alt birimin Merkeze bildirilmiş olması gerekir. *East Kalimantan v. PT Kaltim Yetki Kararı* s. 47, p. 191.

¹⁶³ Yılmaz, age, s. 87; Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 902.

¹⁶⁴ Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 901; Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 156. <http://icsid.worldbank.org> sayfasından, Merkeze yapılan bildirimlerin güncel listesine ulaşılabilir.

Bir kuruluşun, âkit devlet kuruluşu olup olmadığını tesbit etmek için, söz konusu kuruluşun âkit devletin veya alt birimlerinden birinin nam ve hesabına hareket etmesi ana kriter olarak kullanılabilir¹⁶⁵. Söz konusu kuruluşun, bir siyasal alt birime ait olması ya da devletten ayrı bir tüzel kişiliği olması da şart değildir¹⁶⁶. Bir kuruluşun, Konvansiyon 25/(1) anlamında âkit devlet kuruluşu olup olmadığını tesbit etmek için, öncelikle ilgili kuruluşun kamu görevi ifa edip etmediğini ve daha sonra kuruluşun yapısını incelemek gerekir. Akit devletin bir birimini Merkeze bildirmesi, söz konusu birimin, bir alt birim ya da kuruluşu olduğuna kuvvetli bir karine teşkil eder¹⁶⁷.

E. BİLDİRİM ŞARTI

1. BİLDİRİMİN MERKEZE YAPILMIŞ OLMASI ŞARTI

Bildirim şartının ana gayesi, yatırımcıya, ICSID tahkiminde taraf olabilecek yetkili bir birimle muhatap olduğu güvencesinin verilmesidir¹⁶⁸. Akit devletin, alt birimini ya da kurumunu Merkeze bildirmemiş olması halinde, o alt birim veya kurum, Merkez tahkiminin tarafı olamaz; dolayısıyla Merkezin kişi bakımından yetkisi oluşmaz¹⁶⁹. Merkezin yetkisinin oluşabilmesi için, bildirim doğrudan doğruya Merkeze yapılmış olması gerekir; alt birimin ya da kurumun, Merkeze bildirim yapılmadan, Merkez tahkimine başvuru konusunda devletlerarası anlaşmada veya herhangi bir yasal düzenlemede, âkit devlet tarafından “vekil” tayin edilmesi¹⁷⁰, Merkezin yetkisini oluşturmaya yetmez¹⁷¹. Bu durumda,

¹⁶⁵ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 153.

¹⁶⁶ Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 902

¹⁶⁷ Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 903; Yılmaz, age, s. 87.

¹⁶⁸ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 155; Muchlinski, P./ Ortino, F./ Schreuer, C., age, s. 903.

¹⁶⁹ In *Government of the Province of East Kalimantan v PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP PLC, Pacific Resources Investments Ltd, BP International Ltd, Sangatta Holdings Ltd and Kalimantan Coal Ltd (ICSID Case No ARB/07/3)*, davalılar Merkezin yetkisine itiraz etmiş ve hakem heyeti de, davacının ICSID Konvansiyonu m. 25/1 gereğince, âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmiş bir alt birimi olmadığından, Merkezin yetkisinin oluşmadığına karar vermiştir.

¹⁷⁰ *East Kalimantan v. PT Katlim Prima Coal ve diğerleri davasında*, bildirim şartının gerçekleştiğine dayanak olarak, Doğu Kalimantan yönetiminin, 30.07.2002 tarihli kabine toplantısı ve 31.11.2002 tarihli Bakanlar arasındaki koordinasyon toplantısı tutanaklarında sabit olduğu üzere, 2001 Arzının ve yatırım anlaşmasındaki bir bildirim eşdeğer olan

bildirim, yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmede yer alması veya bildirim yapılacağı vaadi, bildirim şartının gerçekleşmesi için yeterli değildir¹⁷².

Konvansiyon m. 25/(1)'de bildirim şekline ilişkin bir zorunluluk öngörülmediğinden, alt birimin ya da kuruluşun Merkez tahkiminde taraf olabileceğine ilişkin düzenleme, âkit devletin ulusal mevzuatında, âkit devletin taraf olduğu iki taraflı veya çok taraflı yatırım andlaşmasında veya ilgili sözleşmede yer alabilir; ancak Merkeze bildirim koşulunun gerçekleşebilmesi ve ilgili alt birim ya da kuruluş açısından Merkezin kişi bakımından yetkisinin oluşabilmesi için, söz konusu belgenin Merkeze iletilmesi gerekir¹⁷³.

Alt birimin veya kurumun Merkeze bildirilmesinde amaç, bağlı olduğu âkit devlet tarafından "taraf sıfatı"nın kabul edilmesidir; yoksa ilgili birimin, âkit devletin alt birimi veya kurumu olduğunun Merkeze bildirilmesi değildir¹⁷⁴. Dolayısıyla, bildirim resmi bir şekli olmamakla beraber, bildirim âkit devletin, ilgili alt birimi ya da kuruluşun taraf olabileceği hususundaki açık niyetini yansıtması gerekir¹⁷⁵.

Uyuşmazlığın mutlaka devletin ya da bir devlet kurumunun faaliyetlerinden kaynaklanması mı gerekir? Ev sahibi devlet tarafından Merkeze bildirilmemiş bir kurumun faaliyetlerinden ötürü ortaya çıkan zarar nedeniyle de ICSID tahkimine başvurulabilir mi? Bu sorun, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco davasında¹⁷⁶, yetki aşamasında incelenmiştir. Salini v. Morocco davasında, İtalyan şirketi Salini'nin uğradığını iddia ettiği zararın, devlet

Çerçeve Andlaşmasının vekillerinden biri olduğu; dolayısıyla Endonezya devletinin davacıyı vekil tayin etmesi hususundaki kararı, davacının Konvansiyon m. 25/1'deki bildirim şartının gerçekleştiğine ilişkin dayanaklardır.

¹⁷¹Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Christopher (St. Kitts) and Nevis, ARB/95/2, 16.12.1996 tarihli Karar, p. 334-343. Hakem heyeti federasyonun ICSID tahkim şartının tarafı olmadığına ve Nevis yerel yönetiminin, âkit devletinMerkeze bildirilmiş alt birimi ya da kuruluşu olmadığına; dolayısıyla Konvansiyon m. 25/(1)'deki şartlar oluşmadığından yetkili olmadığına karar vermiştir. Cable ile yapılan anlaşmadan, Federasyonun, Nevis yerel yönetiminin nam ve hesabına hareket ettiği; geniş yorumla anlaşma tarafı olabileceği halde ancak, âkit devletin taraf sıfatı kabul edilebilirdi. Ancak uyuşmazlıkta böyle bir durum da söz konusu olmadığından, hakem heyeti yetkili olmadığına karar vermiştir. Bishop, R. D./ Crawford, J./ Reisman, W.M., Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Lahey, 2005, s. 350.

¹⁷² Yılmaz, age, s. 88.

¹⁷³ Yılmaz, age, s. 89; Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age,s. 156.

¹⁷⁴ East Kalimantan v. PT Kaltim Yetki Kararı s. 47, p. 191.

¹⁷⁵ Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 154.

¹⁷⁶ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4 (Jurisdiction Award, 23.07.2001) 42 ILM 577, <http://italaw.com/documents/Salini-English.pdf#search=52>.

kurumu olmayan Soci t  Nationale des Autoroutes adlı Şirketin (kısaca ADM) faaliyetlerinden doğduğu konusunda husumet yoktur. Ev sahibi devlet, yatırımcının zararının, ADM Şirketinin faaliyetlerinden kaynaklandığı ve bu Şirketin de devlet kurumu olmaması nedeniyle, ICSID'in kişi bakımından yetkisinin oluŐmadıđını iddia etmiştir ¹⁷⁷. Gerçekten de Konvansiyon m. 25'teki düzenlemeye baktığımızda, Merkezin kişi bakımından yetkisinin oluşabilmesi için, uyuşmazlığın  kit devlet veya bu devlet tarafından Merkeze bildirilmiş  kit devlet kurumu ya da alt birimi arasında olması gerekmektedir¹⁷⁸. Hakem heyeti bu açık hükme rağmen, devlet kurumu ya da alt birimi olarak nitelendirilemeyecek bir limited ticaret Şirketi olan ADM'nin paydaşlık yapısını mercek altına almıştır. Şirketin paydaşlık yapısına baktığımızda, yaklaşık % 90'lık bir hissenin Hazineye ve devlet kurumlarına ait olduğu görülmüştür. Hakem heyeti incelemesini yaparken, öğretiye ve daha  nceki ICSID içtihatlarına dayanmıştır. Öğretideki baskın görüşe ¹⁷⁹ göre, devletin ya da devlet kurumlarının hâkim olduğu ya da büyük oranda kontrol ettiği bir ticari Şirket, tüzel kişiliğinin olup olmadığına bakılmaksızın, devlete ait Şirket sayılır. Hakem heyeti, devlet kontrolünün derecesi ve devletin Şirketteki payını belirlerken, devletin sorumluluğuna hâkim uluslararası ilkelerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve bir ICSID kararına¹⁸⁰ da atıf yapmıŐtır¹⁸¹. Buna göre, devletin Şirketi kontrolünün derecesi ve Şirketteki payı iki kriter göre tesbit edilir: birincisi Şirketin yapısına ilişkin yapısal kriter; ikincisi söz konusu Şirketin amacına yönelik işlevsel kriter. Hakem heyeti, Şirketin yapısını, paydaşlarını ve pay oranlarını incelediğinde, 03.08.1989 tarihinden beri Ticaret Sicilinde kayıtlı, ayrı bir tüzel kişiliği olan ve bir limited ticaret Şirketi olarak kurulu ADM'de, ev sahibi devlet Fas'ın, Hazine ve diğer

¹⁷⁷ Salini v. Morocco s. 616, p. 28 – 29.

¹⁷⁸ **Article 25:(1)** *The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) ...*  lkemiz ICSID yetkisine tabi olacak devlet kurumlarını da ICSID'e bildirmiştir. TEAŞ (Türkiye Elektrik retim Anonim Şirketi) ve BOTAŐ (Boru Hatları ile Petrol TaŐıma Anonim Şirketi) ICSID tahkiminde taraf olabilecek devlet kurumları olarak, Merkez sekreteryasına bildirilmiŐtir. Yeşilirmak, A., agm, s. 409.

¹⁷⁹ L.J. Bouchez, The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises: 8 Journal of International Arbitration p. 81 – 115 (1, 1991), K. –H B ckstiegel, Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice: Arbitration International, vol. 1, n. 2, 1985, p. 195-199. Salini v. Morocco, Yetki Kararı s. 616, p. 31'den naklen.

¹⁸⁰ Emilio Agustin Maffezini and the Kingdom of Spain (ICSID Case No: ARB/97/7)

¹⁸¹ Salini v. Morocco Yetki Kararı s. 617, p. 31.

devlet kurumları aracılığıyla, şirketin % 89'una sahip olduğunu tesbit etmiştir¹⁸². Hakem heyeti, şirketin yönetimine ilişkin olarak da bir inceleme yapmış ve şirket genel kurulu ve yönetim kurulunda devlet temsilcilerinin karar almada etkin olduklarını, şirketin genel olarak devlet kontrolünde olduğunu saptamıştır¹⁸³. Şirketin işlevsel yapısına, yani Kuruluş maddelerindeki şirketin konusuna bakıldığında, “ADM'nin asıl görevi, bağlantı yollarının ve otobanların inşası, bakımı ve işletilmesidir”. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, ADM'nin asıl konusu, devlete ait bir görevi icra etmektir. ADM'nin hem yapısal hem de işlevsel yapısına dayalı olarak, hakem heyeti, sözkonusu şirketin, Fas Krallığı adına hareket eden bir devlet şirketi olduğuna karar vermiştir.

2. BİLDİRİMİN YAPILMA ZAMANI

Konvansiyon m. 25/(1) düzenlemesinde, bildirim hangi zamana kadar yapılması konusunda bir açıklama yoktur. ICSID tahkimine rıza göstermiş olan âkit devletin, ilgili alt birimini ya da kuruluşunu Merkeze bildirmesi en ideali olmakla birlikte, âkit devlet tarafından Merkeze bildirilmemiş bir alt birimin ya da kurumun tahkim şartının akdinden sonra veya uyuşmazlık çıktıktan sonra, Merkeze bildirildiği hallerde, bildirim hangi tarihte yapıldığı sorusu önem taşır¹⁸⁴. Öğretide bir görüş¹⁸⁵, Konvansiyon 25(1), 25(2)(b) ve 72. Maddelerinin birlikte değerlendirildiğinde, âkit

¹⁸² Salini v. Morocco Yetki Kararı, s. 617, p. 32.

¹⁸³ Salini v. Morocco Yetki Kararı, s. 617, p. 32; 18.03.1998 tarihli Yönetim Kurulu Toplantısı Zabıtlarına bakıldığında, Yönetim Kurulu üyeleri olarak; Yönetim Kurulu Başkanının, Fen İşleri Bakanı, Üyelerinin, Fen İşleri Bakanlığı Genel Sekreteri, Otobanlar ve Yollar Trafik Müdürü, Fas Limanlar Makamları Müdürü, Ulusal Ekonomik Gelişim Bankası Yönetim Kurulu Başkanı, Bütçe Müdürü vb. olduğu görülmüştür.

¹⁸⁴ Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ARB/98/8, Award of July 12, 2001; 8 ICSID Rep. 226 (2005) tahkiminde, davacı Tanzania Electric Supply Company Ltd. (kısaca TANESCO) tamamen Tanzanya Birleşik Cumhuriyetine ait bir kamu hizmeti kuruluşu ve davalı Independent Power Tanzania Ltd. (kısaca IPTL) de, şirketin kontrolü ve hisselerinin çoğunluğu Malezyalı yatırımcılara ait Tanzanya'da kurulu bir şirkettir. (Karar p. 1 ve 13) TANESCO ve IPTL arasındaki, tarafların ICSID tahkimine rızasını gösteren tahkim şartının yer aldığı anlaşma 08.06.1995 tarihli (Karar s. 3-4, p. 8, 10) ; TANESCO'yu Tanzanya devletinin, âkit devlet kuruluşu olarak Merkeze bildirmesi ise 24.09.1998 tarihidir (Karar s. 5, p. 13). TANESCO kısa bir süre sonra, Merkeze tahkim talebini iletmiş ve Genel Sekreterlik de talebi 7 Aralık 1998'te kaydetmiştir (s.4, p. 11). Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s.159. ICSID tahkimine rızanın yer aldığı tahkim anlaşmasının akdinden sonra, Konvansiyon m. 25/(1) bağlamında yapılan bildirim geçerli olduğu hakkında aynı yönde: Noble Energy v. Ecuador, Decision on Jurisdiction, 05.03.2008, p. 6,11,55,63.

¹⁸⁵ Rodner, J.O. / Estévez, J.M., BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced, Journal of International Arbitration 29, no.4 (2012): 437–452; s. 442.

devlet olma şartının ICSID tahkimine rızanın verildiği anda gerçekleşmesi gerektiğini, tahkim sürecinin başladığı anda şartın bulunması zorunluluğunun olmadığını savunmaktadır. Öğretideki diğer yazarlara¹⁸⁶ göre, Merkezin yetkisinin oluşabilmesi için, en geç Merkez tahkimine başvurunun yapıldığı anda, bildirim şartının gerçekleşmiş olması gerekir. ICSID hakem heyetleri de, rızanın verilme anı ile âkit devlet statüsünün kazanılma anı veya âkit devletin alt birimi ya da kurumuna ilişkin bildirim alınma tarihlerinin farklı olduğu uyuşmazlıklarda¹⁸⁷, yetkisini incelerken çoğunlukla kabul edilen görüş doğrultusunda karar vermişlerdir.

Bildirimin yapılmamış olması, Merkezin yetkisizliğini sonuçlayan açık bir eksiklik olduğu için, Genel Sekreterliğin, Konvansiyon m. 36/3 gereği bu eksiklik nedeniyle tahkim talebini reddetmesi gerekir¹⁸⁸. Tahkim talebinin yapıldığı anda, âkit devletin alt biriminin ya da kuruluşunun Merkeze bildirimini yapılmamış olması, ilgili birim ya da kuruluşun taraf olma sıfatı önünde Konvansiyon m. 25'e göre kesin engeldir; ancak bir kararda¹⁸⁹, Genel Sekreterlik, Merkeze bildirim yapılmamış bir kuruluşa karşı yapılan tahkim talebini kaydederek, tahkim talebinin yapıldığı sırada Merkeze bildirilmemiş bir kuruluşun taraf sıfatını kabul etmiştir¹⁹⁰. Başlatılan Merkez

¹⁸⁶Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 157 vd., Yılmaz, age, s. 89.

¹⁸⁷Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), Award, 21.10.1983, 2 ICSID Reports 9; Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited(ICSID Case No. ARB/98/8), <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 05.07.2013; Noble Energy v. Ecuador, Decision on Jurisdiction, 05.03.2008

¹⁸⁸ Request for Arbitration-Article 36 (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

¹⁸⁹Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), Award, 21.10.1983, 2 ICSID Reports 9.

¹⁹⁰Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), Karar, 21.10.1983, 2 ICSID Reports 9, Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 159; Bishop, R. D./ Crawford, J./ Reisman, W.M.,age, s. 351; Paulsson, J., The ICSID Klöckner v. Cameroon Award : The Duties of P-tainers in North-South Economic Development Agreements, 1 Journal of International Arbitration 145 (1984), s. 148;Tupman, W.M, agm, s. 830. Klöckner v. Kamerun ve SOCAME tahkiminde, davalılardan SOCAME, Merkeze bildirilmiş âkit devlet kuruluşu değildi; dolayısıyla talebin, SOCAME açısından, Genel Sekreterlik tarafından reddi ve tahkim kaydının yapılmaması gerekirdi; fakat Sekreterlik davacının talebini kabul etmiş ve Merkez tahkimine kaydını yapmıştır. Bu durumda, SOCAME'nin âkit devlet kuruluşu olduğunun Merkeze bildirim, tahkim sürecinin resmen başlamasından sonra gerçekleşmiştir. SOCAME, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki joint venture sözleşmesinin gereği olarak, %51 hissesi yatırımcılara, % 49 hissesi ev sahibi devlete ait olmak üzere kurulu bir proje şirketi. 1973 yılında, ev sahibi devlet hisselerini SOCAME şirketine devrettikten sonra, şirketle ICSID tahkim şartını da içeren bir sözleşme akdeder. Aynı sene, şirkette yapılan hisse artırımını sonucu, yatırımcıların pay oranları düşer. Klöckner

tahkiminde ise hakem heyeti, ev sahibi devletin kuruluşu açısından yetkisizlik kararı vermemiş¹⁹¹ ve tahkim süreci sırasında, ev sahibi devletin söz konusu kuruluşu âkit devlet kuruluşu olarak Merkeze bildirimini kabul etmiştir¹⁹².

Kanaatimizce, Konvansiyon m. 25/(1) ve 36/3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, rızanın verildiği tarih değil; tahkim talebinin kayıt altına alındığı tarih, Merkezin yetkisinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır; dolayısıyla Konvansiyon m. 25/(1) düzenlemesine göre Merkeze bildirilmemiş, âkit devletin alt birimi ya da kuruluşunun tahkim talebi ya da söz konusu alt birim ya da kuruluş aleyhine tahkim talebi, Genel Sekreterlik tarafından reddedilmelidir. Âkit devletin alt biriminin ya da kuruluşunun Merkeze bildirimini yapılmamış olması, ilk bakışta anlaşılabilir ve açıkça Merkezin yetkisine aykırı olan bir durumdur. Genel Sekreterliğin âkit devletlerin Merkeze bildirilmiş alt birimleri ya da kuruluşlarının güncel listesine rağmen, Merkeze bildirilmemiş bir alt birim ya da kuruluşa taraf sıfatı bahşetmesi, hakem heyetinin aksi yönde karar vermesini engellemez. Hakem heyeti de, her nasılda Merkeze bildirilmemiş bir alt birim ya da kuruluşun taraf olduğu tahkim sürecinde, o birim ya da kuruluş bakımından yetkisizlik kararı verebilir. Hakem heyetinin, tarafların *gerçek niyetlerini* dikkate alarak, Merkeze bildirilmemiş bir alt birim ya da kuruluşun taraf sıfatını kabul etmesinin, Konvansiyon m. 25/(1)'i geniş yorumlamasına ve bu şekilde geniş bir yorumun, işlerliği ve istikrarı konusunda, tarafların ICSID tahkimine güvenini artıracığına ilişkin görüş¹⁹³, kanaatimizce, Konvansiyon m. 25/(1)'in anlam ve amacına aykırı olduğundan isabetli değildir.

1981 yılında, Kamerun devleti ve SOCAME aleyhine tahkime başvurur. Önceleri, yatırımcının da pay sahibi olduğu SOCAME, o sırada devlet tarafından Merkeze bildirilmiş bir kuruluş değildi; ev sahibi devlet tahkim süreci başladıktan sonra, SOCAME'yi Merkez tahkimine taraf olabilecek âkit devlet kuruluşu olarak Merkeze bildirmiştir.

¹⁹¹ Kanaatimizce, Klöckner v. Cameroon & SOCAME tahkiminde, Genel Sekreterliğin talebi, SOCAME açısından, reddetmesi veya hakem heyetinin SOCAME açısından yetkisizlik kararı vermesi ve tahkim süreci başladıktan sonra yapılan bildirimini kabul etmemesi gerekirdi.

¹⁹² Klöckner v. Cameroon & SOCAME Kararı s. 11, Schreuer, C./Malintoppi, L./ Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 159'dan naklen.

¹⁹³ Schatz, S., The Effect of the Annulment Decisions In Amco v. Indonesia and Klöckner v. Cameroon on the Future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, American University International Law Review, Volume 3, Issue 2, 1988, s. 506.

F. AKİT DEVLETİN ICSID KONVANSİYONUNDAN ÇEKİLMESİNİN TARAF SIFATINA ETKİSİ

Devletler, Konvansiyona taraf olduktan sonra, istedikleri takdirde taraf olmaktan vazgeçebilirler. Bu durumda, Konvansiyon m. 68 hükmü uyarınca âkit devlet statüsü kazanan devletler, m. 71 uyarınca Merkeze Konvansiyondan çekilme¹⁹⁴ bildiriminde bulunarak¹⁹⁵ âkit devlet statüsünü kaybedebilir¹⁹⁶.

Konvansiyon m. 71 uyarınca, *her bir âkit devlet, depozitere¹⁹⁷ yazılı bildirimle Konvansiyondan çekilebilir. Çekilme, bildirim alınmasından altı ay sonra yürürlüğe*

¹⁹⁴ ICSID Konvansiyonunun Resmi Gazetede yayınlanan Türkçe metninde, “denunciation” kelimesi karşılığı “fesih” ifadesi kullanılmaktadır. Türk Hukukunda fesih, geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren, geleceğe etkili olarak hüküm ifade eden bir borcun sona erme sebebidir. Borçlar hukukuna göre, bir borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki dar anlamdaki borçların kaynağı olan hukuki ilişkidir. Dolayısıyla bir sözleşmeyi ikiden fazla kişi imzalarsa bile aslında iki taraf vardır. Fesih de, kanaatimizce, iki taraflı sözleşmelerin yapısına daha uygun düşen bir kavramdır. Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul, 2010, s. 25, 1211. Devletler Hukukunda da, *fesih bir andlaşmanın taraflarından birinin bir irade açıklaması yoluyla, bu andlaşma ile bundan sonra bağlı olmayacağını bildirme işleminin genel ifadesidir. Sonuç bakımından aynı olmakla birlikte, çok taraflı bir andlaşmanın kendisi bakımından bu andlaşmaya son verme işlemine ise çekilme denir.* Pazarcı, H., age, s. 97.

¹⁹⁵ Devletler Hukukunda, âkit devletlerin fesih veya çekilme bildiriminde bulunabilmesinin bir dayanağı da, ilgili andlaşmada âkit devletlere fesih ya da çekilme hakkı tanınmasıdır. Pazarcı, age, s. 97. Dolayısıyla bu hüküm, devletler hukuku ilkeleriyle uyumludur.

¹⁹⁶ 11.07.2013 tarihi itibarıyla üç devlet ICSID Konvansiyonundan çekilme iradelerini Dünya Bankasına iletmişlerdir. 02.05.2007 tarihinde Dünya Bankası, Boliviya’dan ICSID Konvansiyonundan çekilme iradesine ilişkin, Konvansiyon m. 71 uyarınca 03.11.2007’de etkinlik kazanacak, bir bildirim almıştır. Dünya Bankası 06.07.2009 tarihinde, Ekvator’dan da aynı şekilde, 07.01.2010’da etkinlik kazanacak, Konvansiyondan çekilme bildirimini almış ve en son da Venezuela’nın çekilme bildirimini 24.01.2012’de almıştır, Venezuela’nın çekilme bildirimini de 25.07.2012 tarihi itibarıyla etkinlik kazanmıştır. ICSID NEWS RELEASE, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.07.2013, Nolan, M. / Sourgens The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study, Transnational Dispute Management 5 2007, s. 1 vd; Schreuer, C., Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration, The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, pp.353–368, s. 353 vd., Rodner, J.O. / Estévez, J.M., agm, s. 438. Gaillard, E., The Denunciation of the ICSID Convention, New York Law Journal, Vol. 232, No. 122, 26.06.2007.

¹⁹⁷ Konvansiyon m. 73’e göre, *Konvansiyonun onaylama, kabul ve tasdik bildirimleri ve buna ilişkin değişiklik bildirimleri, depoziter olarak görev yapacak Dünya Bankasına yapılır.* Resmi gazetede yayınlanan metinde, “depository” karşılığı yediemin kullanılmıştır. Yediemin kavramı Türk Hukukunda bir çok alanda kullanılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda nizalı şeyin niza sonuçlanıncaya kadar muhafazası için, İcra ve İflas Kanununda haczedilen malın satımı gerçekleştirilinceye kadar muhafazası için; İflas davasında hakkında iflas davası açılan kişinin iflasına hükmetmeye gerek olup olmadığının tesbiti ve eğer iflasına karar verilirse, alacaklıların alacaklarını alabilecekleri malların belirlenmesi ve muhafazasını temin etmek üzere bir muhafaza tedbiri olarak; Ceza Usul Hukukunda ve Orman Kanununda suç delillerinin veya suça konu olan malların tesbiti veya ileride müsaderesine karar verilmesini

girer. Bildirimin yazılı olması yeterli olup, hükümde herhangi bir şart getirilmemiştir¹⁹⁸ Konvansiyon m. 72 uyarınca, Konvansiyondan çekilme bildirim, devletin ya da devletin alt birimi ya da kuruluşunun ya da bu devletin vatandaşlarının, bildirim depoziterce alınmasından önce, Merkezin yetkisine verilen rızadan kaynaklanan haklarını ve borçlarını etkilemez. Konvansiyon m. 72 ifadesinden, hükmün, Merkezin kişi bakımından yetkisinden ziyade, sadece “rıza” şartına ilişkin olduğu düşünülse de, bu hüküm, âkit devlet ya da âkit devletin alt birimi ya da kuruluşunun “taraf sıfatı” ile de yakından ilgilidir; nitekim çekilmenin etkin hale gelmesinden sonra, imzacı devlet, Konvansiyon m. 25/(1)’deki kişi bakımından yetki şartının bir ayağını oluşturan, âkit devlet olmaktan çıkacaktır. O halde, devletin çekilme bildiriminin, Merkezin kişi bakımından yetkisine ilişkin etkisini, iki döneme ayırarak incelemek gerekir; Merkeze çekilme bildiriminin yapılması ile çekilmenin hüküm ifade etmesi arasındaki birinci dönem ve çekilme bildiriminin hüküm ifade etmesinden sonraki ikinci dönem.

1. ÇEKİLME BİLDİRİMİNİN YAPILMASINDAN SONRAKİ BİRİNCİ DÖNEM

Konvansiyon m. 71 uyarınca, devletin Merkezin yetkisine verdiği rızadan dolayı hakları ve borçları; çekilme bildiriminin alınmasından itibaren altı ay süreyle¹⁹⁹. Yatırımcı, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemesinde veya devletlerarası yatırım anlaşmasında ifade bulan rızasını, depoziter tarafından

temin etmek üzere kullanılır. Bu durumda, *yedi emin, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan bir malın, çekişme veya belirsizliğin bittiği zamana kadar elkonularak, elkonulduğu andaki durumu ile muhafazasını temin etmek üzere, hukuken iadeyi talebe yetkili kişi talep ettiğinde, hak sahibine teslim aldığı durumu ile söz konusu malı iade ile yükümlü olan kişidir*. Eryugur, H.K., Yedieminlik, Ankara, 2008, s. 38-39. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür; ancak Türk Hukukunda yedieminlik müessesesi, eşyanın “muhafazası”, “korunması” amacını taşır. Bu anlamda, kanaatimizce, anlaşmanın yürürlüğe gireceği tarih bakımından önem taşıyan ve imzacı devletlerin sundukları onay belgelerinin belli bir yerde toplanmasını sağlayan depoziterlik kurumunun tam olarak yedieminlikteki “koruma” muhafaza etme” amacını güttüğü söylenemez. Devletler Hukukunda ise, depositary karşılığı olarak depoziter kelimesi kullanılır ve mahiyeti icabı, kanaatimizce, yedi emin yerine “depoziter” ifadesini kullanmak daha uygundur.

¹⁹⁸ Gaillard, E., Denunciation, s. 1. Ancak Konvansiyondan çekilen üç devletten, Venezuela ve Bolivya, Merkezin çok uluslu şirketler lehine ayrımcılık yaptığı ve ev sahibi devletin egemenlik haklarını ihlal ettiğini gerekçe olarak göstermiştir. Rodner, J.O. / Estévez, J.M., age, s. 440. Konvansiyon m. 71, çekilme beyanlarının gerekçeli olması zorunluluğu getirmemiştir.

¹⁹⁹ Rodner, J.O. / Estévez, J.M., agm, s. 441.

alınan, Konvansiyondan çekilme bildirimının hüküm ifade etmesinden önce kabul ederse, ev sahibi devletin âkit devlet statüsü devam ettiğinden, mevcut hak ve borçlar bakımından bu durum bir sorun teşkil etmeyecek²⁰⁰; yatırımcı ev sahibi devlete karşı tahkime başvurabilecektir²⁰¹.

2. ÇEKİLME BİLDİRİMİNİN YAPILMASINDAN SONRAKİ İKİNCİ DÖNEM

Devletin taraf olma ehliyetinin, çekilme bildirimının hüküm ifade ettiği tarihten sonra, bazı hallerle sınırlı olmak üzere devam edip etmeyeceği öğretide ve uygulamada tartışılmış; hatta çekilme bildiriminin hüküm ifade etmesinden sonra artık âkit olmayan devlet ya da alt birim ya da kurumu aleyhine Merkeze yapılan başvurular, aleyhine başvuru devleti devletin âkit devlet olmaması, kanaatimizce, Konvansiyon m. 25 dolayısıyla, açıkça Merkezin yetkisinin dışında olmasına rağmen, Genel Sekreterlik tarafından reddedilmemiştir²⁰².

Öğretide tartışılan, ev sahibi devletin çekilme bildiriminin hüküm ifade etmesinden sonra dahi yatırımcının tahkime başvurup başvuramayacağını

²⁰⁰ Gaillard, E., Denunciation, s. 3; Rodner, J.O. / Estévez, J.M, agm, s. 443-444.

²⁰¹ Venezuela Konvansiyondan çekilme bildirimini 24.01.2012 tarihinde yapmış, bu bildirim 25.07.2012 tarihinde hüküm doğurmuştur. Bu süre zarfında Venezuela aleyhine yeni tahkim başvuruları yapılmıştır: Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/13), Merkez tahkimine kayıt tarihi: 15.06.2012; Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/18) Kayıt Tarihi: 25.06.2012. <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 13.07.2013.

²⁰² Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/21); Ternium S.A. and Consorcio Siderurgia Amazonia S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/19); Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/20); Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/22); Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/23); Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/24). <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 13.07.2013. Tahkim başvurularının Genel Sekreterlik tarafından kabul edilmesi ve tahkim sürecinin başlaması, Merkezin yetkili olduğu anlamına gelmemekle birlikte, en azından Genel Sekreterliğin aslında açıkça Merkezin yetkisi dışında olan bir durumu; yani artık âkit olmayan bir devlete karşı tahkim başvurusunun yapılmasını en azından açıkça Merkezin yetkisi dışında olmayan bir durum olduğunu gösterir. Genel Sekreterlik, tahkim başvurusunu kabul ederek, kanaatimizce, öğretideki tartışmalardan etkilenmiştir diyebiliriz. Aynı yönde bakınız: Rodner, J.O. / Estévez, J.M, agm, s. 449; *Genel Sekreterlik Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia, E.T. I Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia Quiport S.A., Corporación Others v. Republic of Ecuador davalarında, tahkim talebini kabul ederken, bu durumu Merkezin yetkisinin açıkça dışında görmemiştir.*

tartışıldığı haller, ev sahibi devletin rızası²⁰³ ile yakından etkilidir. Tarafların rızası, Konvansiyon m. 25'te Merkezin yetkisine ilişkin bir şart olarak yer almakla birlikte, rızaya ilişkin belli bir şekil şartı Konvansiyonda yer almamaktadır; uygulama ve öğretide²⁰⁴, tarafların rızasının çeşitli şekillerde gerçekleşebileceğinden bahsedilmiştir. Buna göre, tarafların rızası sözleşmedeki tahkim şartında veya uyuşmazlık çıktıktan sonra taraf arasındaki anlaşmada yer alabileceği gibi; ev sahibi devlet ve yatırımcı tarafından ayrı bir belgeyle, ya da yatırımcının, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemesinde veya yatırım koruma andlaşmasındaki bir hükümlerle, tahkime önceden verdiği genel rıza açıklamasını kabul etmesi şeklinde gerçekleşebilir²⁰⁵.

Çekilme bildiriminden hüküm ifade etmesinden sonra, yatırımcının, ev sahibi devletin, ICSID tahkimine başvuru konusunda genel icabını kabul etmesi²⁰⁶; dolayısıyla yatırımcının bu suretle ICSID tahkimine rıza göstermesi halinde, yatırımcının ICSID tahkimine başvurusunun kabul edilip edilmeyeceği sorusu, öğretideki tartışmanın merkezinde yer alır²⁰⁷. Bu halde, artık âkit olmayan devlet, ICSID tahkimine başvuru konusunda genel icabın yer aldığı, süresiz ya da çekilme

²⁰³ Merkezin yetkisini düzenleyen, Konvansiyon m. 25'teki şartlardan bir tanesi de, tarafların ICSID tahkimine rızasıdır. Yalnız Merkeze başvurulduğu sırada tarafların Merkez tahkimine rızası var olmalıdır. Rıza, mevcut bir uyuşmazlığa ilişkin olabileceği gibi, bir yatırım andlaşmasındaki bir hükümlerle, sözkonusu andlaşmadan çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin de olabilir. Tarafların rıza açıklamasının aynı sözleşmede yer almasına da gerek yoktur. Bu nedenle, ev sahibi devletin, yatırım andlaşmasında veya iç hukuk düzenlemesinde yaptığı, yatırım uyuşmazlıklarını Merkez tahkimine sunma konusundaki icabı, yatırımcının daha sonra bu icabı kabul ettiğini yazılı olarak Merkeze bildirmesi yoluyla rıza açıklamasında bulunması da mümkündür. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states, p. 23 -25, Gaillard, E., Denunciation, s. 2.

²⁰⁴ Rodner, J.O. / Estévez, J.M, agm, s. 446; Ataman –Fıganmeşe, İ., Consent, 187 vd.

²⁰⁵ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states, p. 23 -25, Gaillard, E., Denunciation, s. 2, Ataman –Fıganmeşe, İ., Consent, s. 188.

²⁰⁶ ICSID Tahkiminde, önceden Merkez tahkimine rıza açıklaması yapmamış olan yatırımcının, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemesinde veya devletlerarası yatırım andlaşmasında, Merkez tahkimine başvuru konusunda yaptığı genel icabı kabul ederek, Merkez tahkimine rıza vermesi mümkündür. Merkez tahkimi de, kararlarında, yatırımcının, ev sahibi devletin genel icabını kabul ederek Merkez tahkimine rıza vermesini kabul etmektedir. Sınırlı olmamakla birlikte örnek olarak şu kararları gösterebiliriz: AMTv.Zaire, ARB/93/1, Award, .21.02.1997), paras.5.17–5.23; CSOBv.Slovakia, ARB97/4, Yetki Kararı, 24.05.1999, p.37,38; Saliniv.Morocco., ARB00/4, Yetki Kararı, 23.07.2001, p.27; SGSv.Philippines, ARB02/06, Yetki Kararı, 29.01.2004, p.30–31; Tokios Tokeles v. Ukraine, Yetki Kararı, ARB02/18, 29.04.2004, p.94–100 vs. Schreuer, Denunciation, s. 359-360, d. 24.

²⁰⁷ Gaillard, E., agm, s. 3; Schreuer, C., Denunciation, s. 355.

bildiriminin hüküm ifade etmesinden sonra da yürürlükte olan, yatırım andlaşmasındaki tahkim şartıyla; dolayısıyla tahkime rıza ile bağlı olmaya devam eder mi? Yatırım andlaşmasındaki tahkim şartı, çekilme bildiriminin hüküm ifade etmesinden önce, Merkez tahkimine rıza sunmamış yatırımcı için, Merkez tahkimine başvurunun önünü açabilir mi? Bir görüşe²⁰⁸ göre, yatırım andlaşması ve ICSID Konvansiyonunun beraber yorumlanması ve yatırım andlaşmasındaki hükme göre bu soruyu cevaplandırmak gerekir. Yatırım andlaşmasında, ev sahibi devlet Merkez tahkimine rıza göstermişse ve andlaşma hükümlerinin, ICSID'den çekilme halinde bile devam edeceği andlaşmada düzenlenmişse, yatırımcının, herhangi bir zamanda ICSID tahkimine rıza gösterme ve andlaşmada yatırımcıya tanınan haklardan yararlanma hakkı vardır²⁰⁹. Buna göre, devletlerarası yatırım andlaşmasının tarafı olan ev sahibi devletin tek taraflı bir irade açıklaması olan çekilme bildiriminden sonraki ikinci dönemde de, yatırımcı tahkim başvurusunda bulunabilir²¹⁰.

Schreuer ise, Konvansiyon m. 72'deki rıza kelimesini, rızaya ilişkin bir anlaşma²¹¹ olarak yorumlamaktadır. Bu yorumdan çıkan sonuca göre, eğer

²⁰⁸Rodner, J.O. / Estévez, J.M., agm, s. 449.

²⁰⁹*Bunun dışında, andlaşmada uyuşmazlıkları ICSID'e sunma konusunda açık bir ifade yoksa, bu durumda Konvansiyondan çekilme halinde, ev sahibi devletin rızasından bahsedilemez. Dolayısıyla andlaşmada ICSID tahkimine, açık olmayan ve ev sahibi devletin onayına bağlı bir rıza varsa, daha önce rıza beyanında bulunmamış yatırımcı, çekilme bildiriminin hüküm ifade etmesinden sonra ICSID tahkimine başvuramaz.* Rodner, J.O. / Estévez, J.M., agm, s. 449.

²¹⁰ Yazarlar, eserde, **Murphy** Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/4) davasındaki hakem heyetinin bir görüşüne dayanmışlar ve bu davanın, yol gösterici olduğunu iddia etmişlerdir. Murpy davasında hakem heyeti, "iki taraflı yatırım andlaşmasının imzacı tarafları tarafından ICSID tahkimine verilen rıza, taraflar arasında açıkça kararlaştırılan mekanizmalar dışında iptal edilemez veya yürürlükten kaldırılamaz." Yazarlar, hakem heyetinin bu kararını, ICSID Konvansiyonunun 25/(1) maddesi kapsamında bir çekilme halinde "yetki" sorununa teşmil edilebilir bulmuşlar ve konvansiyondan çekilme bildiri haline örnek göstermişlerdir. Yazarlar görüşlerini desteklerken sadece hukuki durumu esas almamışlardır. Buna göre; *devletlerarası andlaşmalar ve ICSID Konvansiyonu, yatırımcının ICSID tahkimine başvurma imkanının var olduğu yönünde yorumlanmalıdır. Bu da en azından yatırımcının, ev sahibi devlet Konvansiyondan çekildikten sonra, Merkez tahkimine rıza gösterebilmesini gerektirir. Aksine yorumun, âkit devletler için olumsuz etkileri olabilir. Eğer devletlerarası ikili yatırım andlaşmasıyla getirilen korumanın etkinliği, ev sahibi devletin Konvansiyondan çekilme riskine bağlıysa, o zaman andlaşmanın gerçek bir koruma sağladığından bahsedilemez. Bu şekilde yatırımcının ev sahibi devletteki uygun yatırım ikliminin varlığına güveni azalır ve ev sahibi devletin ekonomisi kötüleşir.* Rodner, J.O. / Estévez, J.M., agm, s. 450 vd.

²¹¹ Yazara göre, *ICSID Konvansiyonundaki rıza ifadesinin kapsamı, tahkim sürecinin tarafları olan ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında bir anlaşmayı gerektirir. Rıza*

yatırımcı, çekilme bildirimini Merkezce alınmasından önce²¹², ICSID tahkimine rıza gösterdiyse, bu rızadan doğan hak ve borçlardan; dolayısıyla tahkime başvurma hakkından yararlanabilir.

Öğretide yapılan yorumlar, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemesinde ya da devletin taraf olduğu, devletlerarası iki ya da çok taraflı yatırım andlaşmalarındaki rıza açıklamasının “icap” niteliğinde olup olmadığı ve devletin rızasının tek taraflı olarak geri alınmaması sorunlarıyla ilgilidir²¹³.

Kanaatimizce, Konvansiyon m. 71'e göre, âkit devletin Konvansiyondan çekilme bildirimini, depoziterce alınmasından altı ay sonra hüküm ifade etmesi, çekilen devletin artık âkit devlet olmadığı anlamına gelir. Çekilme bildirimini hüküm ifade etmesinden sonra, devletin halen âkit devlet olması gerekliliğine ilişkin bir görüşe rastlayamadık. Ancak, ev sahibi devletin âkit devlet olmamasının, Konvansiyon m. 25 anlamında, Merkezin yetkisi önünde kesin engel oluşturduğu yönünde bir görüşe de rastlayamadık. Öğretideki tartışmalar, devletlerarası andlaşmada yer alan, ev sahibi devletin rızasının ICSID tahkimine cevaz verip

anlaşması, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında doğrudan bir anlaşma şeklinde olabileceği gibi, ev sahibi devletin, iç hukuk düzenlemesi veya devletlerarası yatırım andlaşmalarındaki tek taraflı rıza açıklamasının, yabancı yatırımcı tarafından yazılı olarak kabul edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Ancak, bu yazılı kabule kadar, tek taraflı bir rıza açıklaması, Konvansiyon anlamında “rıza” değildir. Konvansiyon m. 72, m. 25/(1)'deki tarafların verdikleri rızayı tek taraflı olarak geri alamaması ilkesinin yansımasıdır. Taraflar, Konvansiyondan çekilme halinde bile, rızalarını tek taraflı olarak geri alamazlar. Fakat rızanın bu şekilde korunması için, rızanın her iki tarafça verilmesi gerekir. Konvansiyon m. 72 de bu anlamda bir rızadan çıkan hak ve borçlara ilişkindir. Bu da açıkça, kabul edilmiş bir rızanın, maddenin kapsamında olduğunu gösterir. Bu durumda, devletlerarası iki ya da çok taraflı andlaşmalardaki “icap” niteliğindeki bir rıza açıklaması, Konvansiyon kapsamında hak ve borç yaratmaz. Schreuer, Denunciation, s. 367 vd.

²¹² Konvansiyon m. 71 ve 72 çekilmenin sonuçlarına ilişkin olmakla birlikte, iki madde çekilmenin etkileri ile ilgili farklı kritik tarihler öngörmektedir. Konvansiyon m. 72'ye göre, rızanın etkilerinin devam eden geçerliliğinin kritik tarihi çekilme bildirimini alınmasıdır. Schreuer, Denunciation, s. 367.

²¹³ Mezgravis, A.A. / Gonzalez, C., Denunciation of ICSID Convention: Two Problems: One Seen and One Overlooked, Transnational Dispute Management, Vol. 9, Issue 7, Aralık 2012, s. 3 vd.; Bu eserde de yazar, öğretide tartışılan ana problemin, ev sahibi devletin rıza açıklamasına ilişkin olduğu; görünmeyen problemin, ev sahibi devletin, devletlerarası yatırım andlaşmasında, sözkonusu andlaşmanın ihlalden doğan uyuşmazlıkları ICSID tahkimine götürme konusundaki borcunun ise devam ettiğini, bu konunun öğretide gözardı edildiğini belirtmektedir.

vermediği etrafında dönmektedir²¹⁴. Çekilme bildirimini yapan devletler aleyhine başlatılan tahkimlerde de, hakem heyeti bir karar yayınlamamıştır²¹⁵. Konvansiyon m. 71²¹⁶ ve 72²¹⁷'nin yorumuyla, ev sahibi devletin hak ve borçlarının devam ettiği kabul edilse bile, âkit olmayan bir devletin, nasıl tahkim sürecinin tarafı olabileceği sorusunun cevabı açıkta kalmaktadır. Kanaatimizce, sorun, çekilme bildiriminden hüküm ifade etmesinden sonra, devletlerarası andlaşmada yer alan ev sahibi devletin rıza açıklamasının etkilerinin devam edip etmediğine ilişkin değildir. Yabancı yatırımcıların, çekilen devlet aleyhine Merkezin Ek Mekanizma Kurallarına başvurup başvuramayacağı tartışılabilir; ancak, kanaatimizce, âkit olmayan bir devletin, tahkim sürecine taraf olabilmesi Merkezin kişi bakımından yetkisine açıkça aykırılık oluşturur. Sonuç olarak, çekilme bildiriminden Merkez depoziterince alınmasından sonraki altı aylık dönemde, Merkez tahkimine henüz rıza göstermemiş yabancı yatırımcıların Merkez tahkimine başvurabileceği; altı aylık dönemin bitmesinden sonraki süreçte ise, Merkez tahkimine rıza göstermiş olsun veya olmasın, ev sahibi devletin artık âkit devlet statüsü sona erdiğinden, Merkezin m. 25/(1) anlamında kişi bakımından yetkisinin oluşmadığı kanaatindeyiz.

²¹⁴ Çalışmamızın kapsamı, Konvansiyon m. 25 düzenlemesine göre, Merkezin kişi bakımından yetkisi ile sınırlı olduğu için, rıza şartı konusundaki tartışmalara ve çalışmalara daha fazla yer vermemeyi tercih ettik.

²¹⁵ 14.07.2013 itibarıyla, *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia, E.T./ EuroTelecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia Quiport S.A., Corporación Others v. Republic of Ecuador, Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/21); *Ternium S.A. and Consorcio Siderurgia Amazonia S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/19); *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/20); *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/22); *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/23); *Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/24) davalarının bir kısmında, tarafların devam etmeme yönünde anlaşmaları nedeniyle, sürecin durdurulmasına karar verilmiş; diğerlerinde ise yetkiye ilişkin henüz bir karar verilmemiştir.

²¹⁶ Article 71: Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

²¹⁷ Article 72: Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

G. AKİT DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU

Devletin milletlerarası sorumluluğu kavramı, devletler hukukuna ait bir kavramdır²¹⁸. Devletlerin veya devlet kurumlarının, milletlerarası tahkim süreçlerinde yer almaları, devletler hukuku kavramlarının, çeşitli şekillerde ortaya çıkmasına yol açar²¹⁹. Devletler hukukunda incelenen, devletin sorumluluğuna ilişkin ilkeler de, devlet ve kurumlarının taraf olması nedeniyle, milletlerarası tahkim hukukunda yer alabilir.

Konvansiyon m. 25 hükmü, âkit devletin alt birimi ya da kurumlarına, âkit devlet ile birlikte ya da tek başına taraf olma imkanı sağlamıştır. Hüküm, âkit devletin, alt birimleri ya da kurumlarının taraf olma ehliyeti ile ilgilidir. Merkeze bildirilmiş alt birim ya da kurumlarının taraf olma ehliyeti ile devletler milletlerarası sorumluluğunu birbirinden ayırt etmek gerekir²²⁰.

Devletler hukukunda milletlerarası sorumluluk kavramı, milletlerarası hukuk kişilerinin, devletler hukukuna aykırı fiilleri sonucu, bir zararın ortaya çıkması halinde, bu kişilerin sorumlu tutulabilmelerini ifade eder. Bu, devletler hukukunun bir hukuk düzeni olmasının doğal bir sonucudur. Bir hukuk düzeninin varlığı, o düzen içerisindeki kişiler bakımından, birtakım yükümlülüklerin kaçınılmazlığını ve bu yükümlülükleri yerine getirmeyenlerin sorumlu tutulmasını gerektirir. İç hukuklardaki gibi, devletler hukukunda da, milletlerarası hukuk kişileri, devletler hukukuna aykırı fiilleri nedeniyle sorumludur²²¹. Devletler Hukuku anlamında, milletlerarası hukuk

²¹⁸ Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin en kapsamlı belge, Birleşmiş Milletler Uluslar arası Hukuk Komisyonu çalışmaları neticesinde hazırlanan 2001 tarihli belgedir. Bknz: ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of International Law Commission, Vol: II, Kısım: 2. Devletin sorumluluğu kavramı, ilk defa bu belgeyle ortaya çıkmış bir kavram değildir; bu belgede devletin sorumluluğuna ilişkin ilkeler kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Hobér, K., State Responsibility and Investment Arbitration, Investor-State Arbitration, Lessons for Asia, New York, 2008, s. 87; Aksar, Y., Uluslar arası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği; Uluslar arası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi, Ed. M. Macit Kenanoğlu, Ali Yeşilirmak, İstanbul 2011, s. 55.

²¹⁹ Hobér, K., Responsibility, s. 87, Devletler hukuku kavramlarının, milletlerarası tahkim süreçlerinde ortaya çıkması çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin kamulaştırma ya da kamulaştırmaya eşdeğer önlemler, uyumsuzluğun temelini oluşturuyorsa, yabancı yatırımın korunmasına dair devlet hukukunun ilkeleri önemli rol oynayacaktır, ya da iki ya da çok taraflı anlaşmalara dayalı tahkimlerde, anlaşmaların yorumuna ilişkin ilkeler; dolayısıyla Anlaşmaların Yorumuna İlişkin Viyana Konvansiyonu öne çıkacaktır.

²²⁰ Schreuer, C./Malintoppi, L./Reinish, A./Sinclair, A., age, s. 150.

²²¹ Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., Devletler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2012, s. 273; Aksar, Y., agm, s. 54; Acer, Y. / Kaya, İ., Uluslar arası Hukuk Temel Ders

kişileri, devletler, milletlerarası örgütler, devlet niteliği taşımayan insan toplulukları ve kişilerdir²²².

Devletlerarası iki veya çok taraflı andlaşmalar, kural olarak, sadece taraflarının, andlaşmaya uygun olmayan fiilleriyle ihlal edilebilir. Devlet kavramı soyut niteliktedir; dolayısıyla devlet eylemlerini, kendi tüzel kişiliği vasıtasıyla değil; organları veyahut kurumları vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Uluslar arası hukukta ortaya çıkan bir zarara neden olan eylem dolayısıyla, devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için, eylemin devlete atfedilebilmesi gerekir²²³. Devletler hukukuna aykırı eylem, devlete atfedilebiliyorsa, ancak o zaman devletin milletlerarası sorumluluğundan bahsedilebilir²²⁴. Devletin, organlarının fiilleri dolayısıyla sorumlu olması esastır²²⁵. Organların fiilleri, niteliği ne olursa olsun devlete atfedilebilir. Organların dışındaki kişi ve kurumların fiilleri, eğer sözkonusu kişi ve kurumların eylemleri, devlet otoritesini ifa niteliğindeyse, devlete atfedilebilir²²⁶; bu şekilde

Kitabı, Ankara, 2010, s. 290 vd; Hobér,K., Responsibility, s. 121; Crawford, J. / Olleson, S., The Nature and Forms of International Responsibility, International Law, Ed. Evans, M. D, 2. Bası, Oxford, 2006, s. 460.

²²² Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 273; Acer, Y. / Kaya, İ., age, s. 82 vd., Aksar, Y., agm, s. 54.

²²³ Acer, Y. / Kaya, İ., age, s. 290 vd., Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 285; Hober, K., Responsibility, s. 88 vd.; Tomka, P., Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? Introductory Remarks, State Entities in International Arbitration, Ed. Gaillard, E. / 88 vd.; Tomka, P., Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? Introductory Remarks, State Entities in International Arbitration, Ed. Gaillard, E. / Younan, J., New York, 2008, s. 9; İsnat (atfedilme), organ veya memurun haksız fiili ile bu fiilin devlete bağlanması arasındaki mantıksal ilişkiyi ifade eder. Devletler hukukunu ihlal eden fiil, organ ya da memura değil; içinde buldukları devlet tüzel kişiliğine atfedilir. Eylemin, devlete isnat edilmesi, eylem ile sorumluluk arasında bir köprü kurulması anlamına gelir. Eğer, kurumların eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğu hakkında, devletlerarası iki ya da çok taraflı andlaşmada bir hüküm yoksa, ki genellikle böyle bir hüküm andlaşmada yer almaz, o zaman devletin sorumluluğuna ilişkin devletler hukuku ilkeleri uygulama alanı bulur.

²²⁴ ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of International Law Commission, Vol: II, Kısım: 2, m. 2: *"There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission, (a)is attributable to the State under international law..."* Tomka, P., agm, s. 10; Acer, Y. / Kaya, İ., age, s. 290 vd., Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 285; Hober, K., Responsibility, s. 88

²²⁵ Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 273; Acer, Y. / Kaya, age, s. 289 vd., Hobér, K., Responsibility, s. 89 vd.; Tomka, P., agm, s. 11. Devlet organının, yasama, yürütme veya yargı faaliyetini yürütmesi, devletin sorumluluğunu yaratması açısından bir farklılık oluşturmaz. Bir birimin, devletin organı olup olmadığı, o devletin iç hukuk kurallarına göre tayin edilir.

²²⁶ ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, m. 5, Hobér, K., Responsibility, s. 89; Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 294; Acer, Y. / Kaya, İ., age, s. 294 vd., Tomka, P., agm, s. 13.

devletin milletlerarası sorumluluğu ortaya çıkar²²⁷.

Organların, kişi ve kurumların hangi tür eylemlerinin devlete atfedilebilirliğinin yanında, eylemlerin devlete atfedilmesi konusunda, devletin niteliği bakımından da tereddütler ortaya çıkabilir. Devlet otoritesinin bir birlik teşkil ettiği üniter devletlerde, eylemin atfedilmesi bir özellik arzetmez; ancak başta federal devletler olmak üzere diğer devlet yapılanmalarında tereddüt oluşabilir²²⁸. Devletler hukuku bakımından, devlet statüsüne sahip olan, federal devlettir; federe devletlerin milletlerarası hukuk kişiliği yoktur²²⁹; ancak bu durum, federal devletlerin federe devletin fiilleri dolayısıyla sorumlu tutulmayacağını sonuçlamaz. Federal devletler kendi fiilleri nedeniyle doğrudan doğruya, federe devletlerin faaliyetleri nedeniyle de dolayısıyla sorumludur²³⁰.

²²⁷ Hobér, K., Responsibility, s. 101; Tomka, P., agm, s. 9; Fadlallah, I., Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?, ICSID Case Law, State Entities in International Arbitration, Ed. Gaiillard, E./ Younan, J., New York, 2008, s. 27; ICSID tahkiminde de, devletin uluslararası sorumluluğu kapsamında, atfedilebilirliğe ilişkin kararlara rastlamak mümkündür. Devletin Haksız Fiilden Ötürü Uluslar arası Sorumluluğuna İlişkin BM Uluslar arası Hukuk Komisyonunun İlkeleri m. 5, devletin organları dışındaki, kamu gücü ifa eden kişi ve kurumları fiillerinden ötürü sorumluluğunu düzenler. Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) tahkiminde, hakem heyetinin kararı, ILC m. 5'in uygulamasına ilişkin iyi bir örnek oluşturur. Maffezini v. İspanya tahkiminde, hakem heyetinin 25.01.2000 tarihli Yetki Kararı s. 29, p. 78'de ILC m. 5'te yer alan ilke tekrar edilmiştir. (Birleşmiş Milletlerin Devletin Haksız Fiilden Ötürü Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin İlkeler 2001 yılında yayınlanmıştır. Bu ilkeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da uzun yıllardan beri yapılan çalışmaların ve ilkelerin sonucudur. Maffezini hakem heyeti de, Uluslararası Hukuk Komisyonunun taslak metinlerine dayanmıştır.) Maffezini hakem heyeti, SODIGA'yı bir devlet organı olarak nitelememekle birlikte, onun faaliyetlerinin, kamu gücünü ifa ettiği sürece, devlete atfedilebileceğini belirtmiştir. SODIGA'nın özel ya da ticari faaliyetleri sonucu oluşan sorumluluk ise devlete atfedilemeyecektir. Maffezini v. İspanya, 25.01.2000 t. Yetki Kararı, s. 27, p. 71 vd.,.

²²⁸ Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 286, Tomka, P., agm, s. 13: LaGrand Kararı (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri Davası, www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf) ve 31.03.2004 tarihli Avena and Other Mexican Nationals (Meksika v. ABD Kararı <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>) kararlarında, Uluslararası Adalet Divanı, hukuka aykırı eylemde bulunan devlet organının, devletin yapılanması içindeki yerinin veya söz konusu organın, federal devletlerde merkezi hükümetin mi yoksa bölgesel birimin mi bir organı olduğunun önemsiz olduğunu açıklamıştır. Koruyucu – Koruma altındaki devletler ve Vekalet veya vesayet altındaki devletler ile vekil ve vasi devletler arasındaki ilişkide, federal – federe devlet arasındaki ilişkiye hakim kurallar geçerlidir. Koruma altındaki devlet ülkesinde işlenen fiillerden dolayı koruyucu devletin milletlerarası sorumluluğu vardır. Vekâlet veya vesayet altındaki ülkelerde işlenen fiillerden dolayı, vekil ya da vasi devletin uluslar arası sorumluluğu vardır.

²²⁹ Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 286; Hobér, K., Responsibility, s. 116. Federe devletlerin milletlerarası kişiliği olmaması, haksız fiilin federe devletin bir iç hukuk sorunu olduğundan bahisle, federal devleti milletlerarası sorumluluktan kurtarmaz. Federal devlet, federe devletin hukuka aykırı davranışlarını önlemek yükümlülüğü altındadır.

²³⁰ Hobér, K., Responsibility, s. 116. Metalclad kararında da, federal devletlere atfedilebilirlik bakımından devlet bir bütün olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan, federal devlet çatısı altında, tüzel kişiliği olmayan bir birim olan belediyenin faaliyetleri dolayısıyla federal devlet

Devletin milletlerarası sorumluluğunun unsurları; devletler hukukuna aykırı bir fiilin varlığı, zarar ve illiyet bağıdır²³¹. Devletler hukukuna aykırı fiil ile kastedilen, bir devletler hukuku ilkesinin ihlal edilmesidir. Devletler hukuku ilkesinin hangi metinde yer aldığına ise önemi yoktur. İhlal edilen devletler hukuku ilkesi, devletlerarası iki ya da çok taraflı anlaşmada yer alabileceği gibi devletin tek taraflı bir işleminden de kaynaklanabilir²³². Dolayısıyla haksız fiil, devletlerarası anlaşma hükümlerinin ihlalinden de kaynaklanabilir²³³.

III. UYUŞMAZLIĞIN YATIRIMCI TARAFI

A. GENEL OLARAK

Uyuşmazlığın yatırımcı tarafı, Konvansiyon m. 25 doğrultusunda, diğer âkit devlet vatandaşı olmalıdır. Konvansiyon, diğer âkit devlet vatandaşı demekle,

sorumlu tutulabilir. **Metalclad Corporation v. United Mexican States** (ICSID ARB(AF)/97/1), 30.08.2000 t. Karar, <https://icsid.worldbank.org>, E.T: 17.08.2013.

²³¹ Bu şartlara ek olarak, devletin milletlerarası sorumluluğunda kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Baskın görüş, kusurun aranmayacağı yönündedir. Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 276; Hobér, K., Responsibility, s. 88; Reçber, S. / Öğüt, S., Mavi Marmara Olayının Uluslar arası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 22, Güz 2012/2, s. 510.

²³² Hobér, K., Responsibility, s. 90; Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 275; Devletler, akdettikleri anlaşmaların ihlali halinde sorumluluklarının doğacağını kabul etmişlerdir. Almanya – Polonya arasındaki, Uluslar arası Daimi Adalet Divanı önünde görülen davanın sonucunda verilen 26.07.1927 tarihli kararda, Divan, bir taahhütün ihlalinin tazmininin bir devletler hukuku kuralı olduğunu; bu hususun anlaşmada yer almasa bile, bir tamamlayıcı şart olduğunu; anlaşmada yer almasa bile, uluslar arası hukukun ihlali anlamına gelen herhangi bir vakanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Case concerning The Factory of Chorzow, Almanya – Polonya, 26.07.1927 t. Uluslar arası Daimi Adalet Divanı Kararı, Series A, No: 9, s. 21, 23.

²³³ Bozkurt, E. / Kütükçü, M. A. / Poyraz, Y., age, s. 276; Reçber, S. / Öğüt, S., agm, s. 510; Aksar, Y., agm, s. 55; Hobér, K., Responsibility, s. 90. ILC'nin devletin haksız fiilinden doğan sorumluluğuna ilişkin ilkeleri, tüm devletler için geçerlidir; çünkü bu ilkeler, örf ve adet hukukunu yansıtır. ILC 12. Maddeye göre de, devletin fiili, anlaşmadan ya da örf ve adet hukukundan kaynaklanan uluslararası yükümlülüğe uygun olmadığı takdirde ihlal gerçekleşmiş sayılmaktadır. Bu bağlamda maddenin uygulama sahası genel bir nitelik taşımakta, kaynağına ya da niteliğine bakılmaksızın bütün yükümlülük ihlalleri için uygulanabilmektedir. Rainbow Warrior davasında (Yeni Zelanda v. Fransa, 82 International Law Reports, s. 499) mahkeme; "bir devletin kaynağı, ne olursa olsun bir yükümlülüğünün ihlali, onun sorumluluğuna yol açar ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğünü doğurur" demiştir.

gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda, Merkez tahkimine hem gerçek hem de tüzel kişiler başvurabilir.

Andlaşmaların yorumuna dair Viyana Konvansiyonu m. 31/(1)'ye göre, andlaşmanın, kullanılan terimlerin olağan anlamına uygun olarak, andlaşma bağlamında ve andlaşmanın özü ve amacı ışığında yorumlanması gerekir²³⁴. ICSID Konvansiyonunun önsözünde uluslararası özel yatırımların rolünden söz edilmektedir; "Âkit devletler, ekonomik gelişme için uluslararası işbirliği ihtiyacını ve *uluslararası özel yatırımların* buradaki rolünü göz önüne alarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmaya varmışlardır." Konvansiyonun önsözünde, yabancı yatırımcının özel karakterinden açıkça söz edilmiştir. Bu, yatırımcının özel bir gerçek kişi veya ortaklık olması gerektiğini göstermektedir. Bu durumda, diğer bir ülkede yatırım yapan devletlerin, Merkez tahkiminde davacı olabilmelerinin önü kesilmiştir. Ancak tamamen ya da kısmen devlet kontrolünde olan şirketlerin durumu hakkında açıklık yoktur. Öğretide en çok taraf bulan görüş Broches'un görüşüdür : "*Şimdiki zamanda özel ve kamu yatırımları arasındaki, sermayenin kaynağına dayalı klasik ayırım anlamını, hiç değilse güncelliğini yitirmiştir. Hem hukuki nitelikleri hem de faaliyetleri bakımından farkı, tamamen özel nitelikli işletmelerden ayırt edilemez nitelikteki özel ve kamu sermayesini birleştiren şirket ve payları devlete ait olan bir çokortaklıklar vardır. Bu yüzden, devletin bir temsilcisi sıfatıyla faaliyette bulunmadıkça veyahut esasen bir kamusal görevin ifası niteliğinde değilse, konvansiyonun amaçları bakımından, karmaşık yapıdaki şirketler veya devlete ait ortaklıklar diğer âkit devlet vatandaşı kavramının kapsamı dışında bırakılmamalıdır.*"²³⁵

Devletin paydaş olduğu şirketin, davacı sıfatıyla ICSID tahkimine başvurduğu ilk karar Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Cumhuriyeti ARB 97/4 (CSOB v. Slovakya) kararıdır. Davacı CSOB şirketi ev sahibi devletle aralarındaki anlaşma gereği, devletin alacaklarını tahsil eden bir ticari işletmedir ve paylarının önemli bir kısmı, şirketin tabiiyetinde bulunduğu kaynak devlete aittir²³⁶.

²³⁴ Boddicker, J.M., agm, s. 1044.

²³⁵ Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 135 Hague Rec. d. Cours 331, at 354–5 (1972), CSOB v. Slovakia, ICSID ARB/97/4, 24.05.1999 t.Yetki Kararı, s. 258'den naklen.

²³⁶ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Cumhuriyeti ARB 97/4, 24.05.1999 t. Yetki Kararı, <https://icsid.worldbank.org>, E.T: 29.04.2011, s. 252 vd., Çek Cumhuriyeti

Davalı, (a.) Davacının bağımsız bir ticari işletmeden ziyade, Çek Devletinin bir kurumu olması ve (b) çıkarı olan gerçek tarafın Çek devleti olması nedeniyle ihtilafın, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki bir ihtilaftan ziyade; iki âkit devlet arasında olduğunu iddia etmiş ve bu nedenle, Merkezin yetkisi dışında olduğu savunmasını yapmıştır. Hakem heyeti ise, Konvansiyon m. 25'te geçen “diğer âkit devlet vatandaşı” ifadesinin amacının, maddenin kapsamını, özel şahıslara ait şirketlere indirgemek olmadığını, tamamen veya kısmen devlete ait şirketlerin de kapsamı dahilinde olduğunu belirtmiştir. Yatırımcı şirketin hisselerinin önemli bir bölümünün kaynak devlete ait olması bile, hakem heyetinin, yatırımcı şirketi bir devlet şirketi olarak kabul etmesine ve yetkisizlik kararı vermesine yol açmamıştır. Hakem heyeti incelemesinde, yatırımcı şirketin faaliyetlerinin niteliğini, merkeze oturtmuş, faaliyetlerinin niteliğinin kamusal değil; ticari nitelikte olduğunu tesbit etmiş ve sonuçta yatırımcı şirketin, bir devlet şirketi değil, ticari işletme olduğuna kanaat getirerek, davalının bu yöndeki itirazlarını reddetmiştir²³⁷.

Konvansiyon m. 25 aynı zamanda uyuşmazlığın “yatırımdan”

yasalarına göre kurulu ticari bir işletme olan CSOB, Çekoslovakya'nın ayrılmasından sonra Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'daki alacaklarının tahsili amacıyla, Çek ve Slovak Maliye Bakanlıklarıyla bir anlaşma yapmıştır. Buna göre her iki devlette de birer tahsilat şirketi kurulacak ve her bir şirket kendi ülkesindeki alacakların tahsilinden sorumlu olacaktır. Gerekli kaynak, şirketlerin CSOB'dan kredi çekmesi yoluyla sağlanacak ve şirketler tahsil ettikleri miktar üzerinden CSOB'a ödeme yapacaktır. Kredinin geri ödenmesi, taraflar arasındaki ödeme şemasına göre gerçekleşecektir. Bakanlıklarla CSOB arasındaki sözleşmede, Slovakya Maliye Bakanlığının, Slovak tahsilat şirketine verilen kredinin faiziyle birlikte geri ödenmesinden bizzat sorumlu olacağı da yer almıştır.

²³⁷ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Cumhuriyeti ARB 97/4, 24.05.1999 t. Yetki Kararı, www.icsid.worldbank.org E.T: 16.04.2011, s. 259 vd. CSOB'un %65 hissesinin Çek devletine ait olması, bankanın bir kamu sektörü işletmesi olması ve sunulan belgelere göre mutlak kontrolün Çek devletinde olması bile, hakem heyetinin davacıyı, Konvansiyon m. 25'in kapsamı dışında bırakmasına yetmemiştir. Davalı ayrıca, CSOB'un esaslı kamu faaliyetlerini ifa eden bir devlet kurumu olduğunu ve hali hazırdaki ihtilafta da bu fiilleri yerine getirdiğini savunmuştur. Bu bakımdan, davalı CSOB'un kuruluşundan bu yana uluslararası bankacılık ve ticaret sektöründe bir devlet kurumu ya da temsilcisi gibi faaliyet gösterdiğini, bunu izleyen yeniden yapılandırılmasının durumunu değiştirmedeği ve dahası huzurdaki ihtilafın CSOB'un bu sıfatla yerine getirdiği faaliyetlerinden kaynaklandığını öne sürmüştür. Tahkim heyeti, CSOB'un devlet adına uluslararası bankacılık işlemlerini kolaylaştırdığını ve ifa ettiğini kabul etmekle birlikte, CSOB'un bu faaliyetlerinin kamusal nitelikte olup olmadığını tartışırken, faaliyetlerin amacına değil; niteliğine bakmıştır. Tahkim heyeti, sözkonusu faaliyetlerin devlet politikalarını desteklediğini kabul etmekle birlikte, faaliyetlerin, nitelik olarak kamusal değil; ticari olduğu sonucuna varmıştır. CSOB v. Slovakya kararına benzer şekilde, CDC v. Seychelles, Telenor v. Macaristan, Rumeli Telekom v. Kazakistan kararlarında da aynı yönde karar verilmiştir. Broches, A., The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 135 Hague Rec. d. Cours 331, at 354–5 (1972), CSOB v. Slovakia, ICSID ARB/97/4, 24.05.1999 t. Yetki Kararı, s. 258'den naklen.

kaynaklanmasını aramaktadır. Dolayısıyla Konvansiyon, âkit ev sahibi devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında bir yatırım ilişkisi aramakta; bir diğer deyişle; diğer âkit devlet vatandaşının, âkit ev sahibi devlette yatırım yapmış olmasını aramaktadır. ICSID nezdinde şimdiye kadarki davalarda, davacı konumda olan gerçek ya da tüzel kişiler, âkit ev sahibi devlet bakımından “yabancı yatırımcı” konumunda olmalıdırlar. Bu durumda, bir ICSID tahkim heyeti önüne gelen bir olayda, devlet olmayan taraf açısından kişi bakımından yetkisini / davacının aktif husumet ehliyetini araştırırken iki yönlü bir araştırma yapacaktır. Heyet, öncelikle söz konusu tarafın “diğer âkit devlet vatandaşı” olup olmadığını inceleyecek, daha sonra da “yatırımcı” kimliğini haiz olup olmadığını araştıracaktır. Dolayısıyla ilk inceleme “vatandaşlık” bakımından ikinci inceleme “yatırımcı sıfatı” bakımından olacaktır.

B. ICSID’İN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİ AÇISINDAN TABİİYET KAVRAMI VE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Konvansiyonda açıkça “diğer âkit devlet vatandaşı” ifadesi kullanıldığı için vatansızlar Konvansiyonun kapsamı dışındadır; bu nedenle vatansızlık konusuna değinilmeyecektir. ICSID tahkimine başvuran gerçek ya da tüzel kişilerin diğer âkit devlet vatandaşlığının belirlenmesinde ölçüt, başvuranın ev sahibi devlet vatandaşlığında olmaması ve vatandaşı olduğu devletin Konvansiyona taraf devlet vatandaşı olmasıdır. Bu nedenle öncelikle vatandaşlık kavramına ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

Yabancılık vasfının belirlenmesinde, tabiiyet kriterinin gerçek kişilerde tesbiti kolaydır. Ülkelerin ekonomik hayatında büyük öneme sahip tüzel kişilerin vatandaşlığının tesbiti ise kolay olmamaktadır. Gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin vatandaşlıklarının tesbiti konularına geçmeden önce, vatandaşlık kavramına ilişkin terminolojik sorunlar, vatandaşlığın hukuki mahiyetine ilişkin görüşler ve tüzel kişilere vatandaşlık atfetmenin isabetli olup olmadığı konularına kısaca değineceğiz.

1. GENEL OLARAK TABİİYET KAVRAMI

Tabiiyet kavramına ilişkin olarak, çeşitli görüşlerin etkisi altında farklı tanımlamalar yapılmıştır. Tanımların ortak unsuruna göre, tabiiyet, bir şahsın belirli bir devlete aidiyetini belirtir²³⁸. Tabiiyet kavramı, şeklen belirli bir devlete aidiyeti (devletle kişi arasındaki hukuki ilişki) ve maddi içeriği itibarıyla kişinin vasfı olarak ortaya çıkan bir hukuki statüyü ifade eder²³⁹. Bir başka tanıma göre ise, tabiiyet, devletin tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak, koşullarını ve hükümlerini saptadığı bir hukuki statüyü gerçekleştiren fert ile arasında kurulan bir hukuki bağıdır²⁴⁰.

Tabiiyet ile çoğu zaman bu kavramın yerine kullanılan “vatandaşlık” kavramı eş anlamlı mıdır veya birbirinin yerine kullanılması isabetli midir? Bir görüşe göre, gerçek kişilerin bir devlete bağlılıkları vatandaşlık veya tabiiyet kavramıyla ifade edilebiliyorken, tüzel kişilerin bir devlete aidiyetlerinin ifadesinde “vatandaşlık” kelimesinin kullanılması yerinde değildir; tabiiyet teriminin kullanılması daha isabetlidir. Bu görüşe göre, tabiiyet üst kavram, vatandaşlık ise sadece gerçek kişilerin devlet ile bağlarını ifade eden bir alt kavramdır²⁴¹. Farklı bir görüşe göre ise, tabiiyet ve vatandaşlık terimlerinin kapsamı aynıdır. Tabiiyet ve vatandaşlık, aynı olayın farklı iki cephesini ifade eden kavramlardır. Söz konusu olan gerçek kişilerin devletle bağlarıdır. Tüzel kişilerin ve şeylerin tabiiyeti yoktur. Gerçek kişilerin, devlete bağlılığı, milletlerarası hukuk yönüyle tabiiyet (Nationality), iç hukuktaki yönü vatandaşlık (Citizenship) terimi ile ifade olunmaktadır²⁴². Her ne kadar öğretilerde, tabiiyet ve vatandaşlık kavramları eş anlamda kullanılsa da, vatandaşlık bir devletle kişi arasındaki duygusal bağ da içeren insana özgü bir kavramdır. Tabiiyet ise sadece bir devlet ile kişi ya da tüzel kişiler ya da hava / deniz gemilerinin arasındaki resmi ilişkiyi ifade eden bir kavramdır. Bu nedenle birinci görüşe uygun olarak, tüzel kişilerin tabiiyetinden söz edilebileceğini kabul etmekle birlikte, öğretilerde de çoğunlukla kabul edildiği üzere, vatandaşlıktan ziyade, tabiiyet teriminin tüzel kişiler

²³⁸NOMER E., Devletler Hususi Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2011, s. 3, ERDEM, B.B., Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2010, s.3

²³⁹NOMER, **a.g.e**, s. 19, ERDEM, **a.g.e**, s. 10

²⁴⁰ULUOCAK, N., Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 1986, s.1.

²⁴¹BERKİ, O .F., Devletler Hususi Hukuku, Cilt: 1, Ankara 1966, s. 15-16.

²⁴²GÖĞER, E., “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 27, S. 3-4,s. 173-192, Ankara, 1971, s. 187.

alanında kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz²⁴³.

Tabiiyetin hukuki niteliğini ortaya koyan ve herkes tarafından kabul edilmiş bir anlayış yoktur. Bu konudaki farklı görüşleri kısaca ortaya koyacak olursak; 1. Vatandaşlığın kişiyle devlet arasında akdedilen ve karşılıklı taahhütler getiren mukavele olduğu görüşünü savunan içtimai mukavele (toplumsal sözleşme) teorisi; 2. Devletin kendi yapısını etkileyen fikirlere ve çıkarlarına göre vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi koşullarını göstermek serbestisine sahip olduğunu savunan Devletset Teori; 3. Devletin ferde belli haklar tanınmasına ve borçlar yüklemesine vasıta olan bir hukuki statüdür ve şartların yerine getirilmesi halinde fertle devlet arasında hukuki ilişkinin doğduğunu savunan Statücü teori; 4. Devletin, vatandaşlık şartlarını gösterme serbestisinin, kişinin milliyeti, daimi ikametgahı gibi sosyal gerçeklerle sınırlı olduğunu ve devletin kişi lehine doğmuş bu hakkı sadece tanımak durumunda olduğunu savunan Sosyolojik Teoridir²⁴⁴. Modern hukuk teorisinde ise, vatandaşlık ya bir hukuki ilişkidir ya da hukuki vasıftır / statüdür. Vatandaşlık bir hukuki ilişki olarak değerlendirildiğinde, bu hukuki ilişkinin bir tarafında belirli bir devlet, diğer tarafında ise vatandaş olma özellikleri hukuken tesbit edilmiş bir kişi yer almaktadır. Vatandaşlığı hukuki statü olduğunu savunan görüşe göre ise, statü bir şahsın belirli hak ve yükümlülüklerinin şartı olarak nazara alınan ve hukuken tesbit edilmiş vasıftır. Bu manada vatandaşlık, bir devlete aidiyetin vasfıdır²⁴⁵.

Her devletin, vatandaşlığa kabul kurallarını iç hukuk düzenlemelerinde serbestçe belirleyebilmesi temel kuraldır. Bu durumda kişinin vatandaşlığı tesbit edilirken, iddia edilen devlet vatandaşlığının kazanılıp kazanılmadığı o devletin iç hukuk düzenlemelerine bakılarak tesbit edilecektir. Temel kural bu olmakla birlikte, devletler vatandaşlığa alınma koşullarını düzenlerken, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası tatbikat ve vatandaşlık alanında genel kabul görmüş prensiplerle ahenkli olmaya özen göstereceklerdir. Devletin bu özen yükümlülüğüne uymamasının yaptırımı nedir? Bir devletin milletlerarası hukukun genel

²⁴³BERKİ, O .F., Devletler Hususi Hukuku, Cilt: 1, Ankara 1966, s. 15-16; NOMER, **a.g.e**, s. 19; ERDEM, **a.g.e**, s. 25; Arat, T., age, s. 15 vd., Doğan, V., 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara,, s. 21 vd., Güngör, G., Tâbiyet Hukuku, Ankara, 2012, s. 1.

²⁴⁴GÖGER, E., Türk Tabiiyet Hukuku 4. Bası, Ankara, 1979, s.8 vd.

²⁴⁵ Hukuki ilişki ve statü hakkında daha geniş açıklama için bakınız NOMER,**a.g.e**, s. 17 vd.

prensiplerine aykırı bir biçimde bir kimseyi vatandaşlığa almasını diğer devletler tanımak zorunda mıdır? Bu sorular bize tabiiyetin, salt bir iç hukuk karakterinde olmadığını, aynı zamanda milletlerarası vasfı da olduğunu göstermektedir.

2. TABİİYETİN MİLLETLERARASI HUKUK VASFI

Vatandaşlığın tesbiti, hangi ülkenin vatandaşlığı iddia ediliyorsa o ülkenin hukukuna göre yapılacaktır; zira her ülke vatandaşlık iktisabına ilişkin hukuki düzenlemeleri yapmakta serbesttir. Devletlerin, hangi kişilerin kendi vatandaşı bulunduğunu kanunlarıyla tayin etme serbestisi üzerinde devletler hukukunda hiç bir ihtilaf yoktur. Vatandaşlık bahşetme bir hâkimiyet tasarrufudur, her devlet kendi vatandaşını kendisi tayin eder; hiç bir devlet de, kişiye başka bir devletin vatandaşlığını yükleyemez. Aksi halde bu, diğer devletin hakimiyet haklarına saldırı olur²⁴⁶.

Vatandaşlığa ilişkin düzenleme yapma yetkisinin, her devletin kendi tekelinde olması, devletlerin, istedikleri kişilere vatandaşlık bahşederek, bu kişileri hukuki himaye altına alması, iç hukukla vatandaşlık bahşettiği kişiyi, uluslararası hukuk sahasına taşımaya yol açar. Bu durumda, vatandaşlık hem iç hukukta hem de devletler hukukunda hükümler doğurur, dolayısıyla hem iç hukuk hem de devletler hukuku karakterlidir. Her ne kadar iç hukukta vatandaşlığa ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi devletin tekeline bırakılabilirse de, iç hukuktaki düzenlemelerin devletler özel hukukundaki yansımaları denetimsiz bırakılamaz. Çünkü milletlerarası hukuk sahasında, her devlet eşittir, hiçbir devlet diğerinin üstünde değildir, bu durumda, bir devletin diğer devletin tasarruflarını tanıması gerekir. Oysa ki, vatandaşlığa ilişkin uygulamalarda keyfi davranan bir devletin tasarrufunun, diğer devletçe tanınması zorunluluğu “devletlerin eşitliği” prensibinin suiistimalini doğurur. Nasıl ki hukukumuzda hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi için Medeni Kanun m. 2/1'de “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” kuralı yer alıyorsa, milletlerarası hukukta da devletlerin haklarını kötüye kullanmaması gerekir. Ülkelerin iç hukuklarında, Türk Medeni Kanunu m. 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına benzer düzenlemeler yer alsa da, milletlerarası hukuk camiasında hakkın kötüye

²⁴⁶ NOMER, E., Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 17 Bası, İstanbul 2009, s. 5.

kullanımına müeyyide getiren bir kural yoktur. Hakkın kötüye kullanımı, öğretide ve mahkemelerde geliştirilen bazı ilkelerle ve mahkeme içtihatlarıyla engellenmeye çalışılmış; “hakkın kötüye kullanılmaması”, “hüsnüniyet ilkesi”, “makul ölçülere bağlı kalmak zorunluluğu”, “milletlerarası toplumun menfaatlerini zedelememek zorunluluğu” gibi ilkeler getirilmiştir²⁴⁷.

Uluslararası Adalet Divanı ve onun öncesinde Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararları, uluslararası hukuktaki meselelerin hallinde önemli adımlar atılmasını sağlamıştır²⁴⁸. Uluslararası hukukun gelişimine katkı sağlayan ve ilkeler getiren en önemli mercii, uluslararası tahkim merkezlerine nazaran, geçmişini daha eskiye dayanan Uluslararası (Daimi) Adalet Divanıdır. Geçmişinin daha eskiye dayanması ve daha çok, devletlerin sorumluluğuyla ilgili ihtilafları karara bağlaması, vatandaşlık, yabancıların hukuki durumları vs. gibi ihtilafların uluslararası bir yargı organında tartışılması ilk kez Adalet Divanı önünde olduğu için, Divanın verdiği kararlar günümüzdeki tahkim merkezleri için öncül kararlardır²⁴⁹.

Bir kişinin belli bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlanmasının, sadece devlet

²⁴⁷ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> E.T: 13.04.2011, s. 23.

²⁴⁸ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 1'e göre, Divan, Birleşmiş Milletlerin asli yargı organıdır. Birleşmiş Milletlerin temel amacının devletlerarasındaki huzur ve barış ortamını sağlamak ve devam ettirmek olduğu düşünülürse, Divanın da aynı amaca sahip olduğu söylenebilir. Bu amacın devletlerin iradesi dışında ortaya çıkan soyut bir amaç olduğu düşünülmemelidir; aksine Divan, uluslararası hukukun genel ilkelerinin devletlerarası barış ve huzur ortamını sağlamada yeterli gelmemesi üzerine devletlerarasında böyle bir ihtiyacın doğması üzerine kuruluş çalışmalarına başlanmıştır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, her devletin kendi vatandaşını kendi belirlemesi, hiçbir devletin bir kişiye başka bir devletin vatandaşlığını atfedememesi ilkeleri uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerinden biridir; ancak bu ilkeler çifte vatandaşlık hallerini ve bundan ortaya çıkan sorunları önleyememiştir. Bu durumda bağımsızlıkları, hiçbir üst organ tarafından kayıt altına alınmamış devletler, kendi iradeleriyle Statüye taraf olarak, Divan kararlarının bağlayıcılığını kabul etmişlerdir. Statü m. 59'a göre, Divanın kararlarının bağlayıcılığı sadece taraflara ve konuya münhasırdır. Kararlar sadece tarafları bağlar, ancak Divanın kararları, kural koyucu bir otoritenin varlığı sayesinde oluşan iç hukuktan farklılık arzeden milletlerarası hukukun gelişimi için önemli bir kaynaktır. Statülerde veya andlaşmalardaki düzenlemeler, ilkeler de milletlerarası hukukun gelişimi için önemlidir, ancak buralardaki düzenlemeler genel nitelikte olduğu ve gelecekteki tüm ihtilafları düzenler nitelikte olmadığı için, uluslararası tahkim merkezlerinin kararları, düzenlemelerdeki eksiklikleri, zayıflıkları ortaya çıkartarak uluslararası hukuk camiasında tartışılmasını, düzenlemelerin gözden geçirilmesini ya da yeni bir düzenleme yapılmasını sağlayarak, uluslararası hukukun gelişimine imkan sağlar. Statute of the International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> ET: 02.08.2011.

²⁴⁹ LISSITZYN, O. J., The International Court of Justice, its Role in the Maintenance of International Peace and Security, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2006, s. 7 vd.

ile kişi açısından değil, aynı zamanda milletlerarası hukuk bakımından da sonuçları vardır. Milletlerarası Adalet Divanının Nottebohm kararı²⁵⁰ da bu soruna ilişkindir. Nottebohm kararıyla devletin vatandaşını tayin hususundaki yetkisi, hakkın kötüye kullanılmaması kuramıyla sınırlandırılmıştır. Kararda, Nottebohm, Liechtenstein yasalarına uygun olarak vatandaşlık kazanmış olsa da, vatandaşlığa alınmanın saikleri oluşmadığı ve işlemdeki hile kasdı nedeniyle Divan, vatandaşlığı ve dolayısıyla diplomatik himaye hakkını Guatemala'ya karşı ileri sürülebilir bulmamıştır²⁵¹; çünkü Divan'a göre; devletin tabiiyetini izafe yetkisinin toplumsal amacı ferdi devlete bağlayan fiili bağ ile tabiiyet hukuki bağ arasındaki uygunluğu sağlamaktır²⁵². Devletin vatandaşlık izafe etmesinin tanınmamasına, ender de olsa, Merkez tahkiminde de rastlanmaktadır²⁵³.

²⁵⁰ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> E.T: 13.04.2011

²⁵¹ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: **I.C.J. Reports 1955**, p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> E.T: 13.04.2011. Friedrich Nottebohm, doğumla Alman vatandaşlığını kazanmış, ancak daha sonradan Liechtenstein vatandaşlığını iktisap etmiş bir gerçek kişidir ve Guatemala'da yaşamaktadır. Nottebohm, İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve sırasında, düşman askerlerine yardım ettiği gerekçesiyle tutuklanmış, ülkeden çıkarılmış, İngiltere ve Amerika tarafından kara listeye alınmış, evi bu süre zarfında defalarca aranmış, kendisinin ve ortaklarının hayatı mercek altına alınmıştır. İkinci Dünya Savaşının çıkmasından sonra ve maruz kaldığı bu tür olaylar nedeniyle, Nottebohm, 1939 yılında Liechtenstein vatandaşlığına başvurmuştur. Nottebohm'a karşı, Guatemala devletinin mülkiyet, özgür ve güvenlik içinde yaşama haklarını ihlal edici faaliyetleri devam ederken, Liechtenstein prensliği bu müdahalelere karşı, Guatemala devletine sözkonusu faaliyetlerin durdurulması, Nottebohm'a malvarlıklarının iadesi ve zararının karşılanması taleplerini içerir bir ihtar gönderdi. Ancak Guatemala devleti beklenen karşılığı vermedi, bunun üzerine Liechtenstein, Guatemala'nın faaliyetlerinin uluslararası hukukun ihlali niteliğinde olduğundan bahisle, Statü'nün 36. ve 40. maddelerine dayanarak Uluslararası Daimi Adalet Divanına başvurdu. Guatemala devleti ise, Liechtenstein ile Nottebohm arasında gerçek anlamda bir vatandaşlık bağı olmadığını, Nottebohm'un Liechtenstein yasalarına göre de, halen Alman vatandaşı olduğunu, vatandaşlık iktisabının genel kabul görmüş ilkelere uygun yapılmadığını, Guatemala'ya tarafsız bir ülkenin vatandaşı olarak dönmek amacıyla Liechtenstein vatandaşlığını iktisap ettiğini, bu iktisabın Liechtenstein ile gerçek bir bağ kurmaktan çok hileli bir iktisap olduğunu, dolayısıyla Liechtenstein'in kendi vatandaşı olmayan Nottebohm için Uluslararası Daimi Adalet Divanına yaptığı başvurunun kabul edilebilir olmadığını savunmuştur. Divan'ın esas hakkındaki incelemelerine geçmeden önce, Friedrich Nottebohm'un Guatemala, Almanya ve Liechtenstein ile ilişkilerini kısaca özetleyelim. Nottebohm doğumla Alman vatandaşlığını iktisap etmiştir. Ekim 1939'da Liechtenstein vatandaşlığı için başvurduğunda da Alman vatandaşı idi. 1905 yılında Guatemala'ya yerleşti ve ticaret, bankacılık ve ziraate ilişkin tüm aktivitelerinin merkezini de bu ülkede oluşturdu, 1937'de de aile şirketinin başına geçti. 1912'den sonra Almanya'ya iş seyahatlerine ve diğer ülkelere seyahatlere çıktı. Bunun dışında Liechtensteinde yaşayan kardeşini birkaç kez ziyarete gitti. Nottebohm'un bütün akrabaları Almanya ve Liechtenstein'dadır. Ayrıca halihazırdaki ihtilafın temelini oluşturan olayların vukuuna kadar Guatemala'da sabit ikametgah sahibiydi. 1939 yılında Guatemala'yı terk etti ve İkinci Dünya Savaşının patlak vermesinden bir ay sonra, Liechtenstein vatandaşlığına başvurdu.

²⁵² Unat, a.g.e, s. 94 vd.

²⁵³ Sinclair, A. C, Nationality, s. 91; Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID

Uluslararası mahkemeler, dava taraflarından birinin vatandaşlığı hakkında vatandaşlığı iddia edilen ülkenin hukukunu uygulayarak bağlayıcı karar verebilirler. Vatandaşlığı iddia edilen hukuk nasıl uygulanacaktır? Uluslararası mahkemeler sözkonusu hukukun vatandaşlıkla ilgili hükümlerinin yorumunda serbest değildir, vatandaşlığı iddia edilen ülkede hukukun yetkili mercilerce yorumu ve uygulaması o ülkede nasılsa öyle uygulanacaktır.

3. TABİİYETE BAĞLI YATIRIMLARI KORUMA MEKANİZMASI OLARAK “DİPLOMATİK KORUMA”

Uluslararası hukukta vatandaşlığa ilişkin kuralların gelişimi, daha çok diplomatik koruma ve çifte vatandaşlığa ilişkin ihtilafların yargıya taşınmasıyla olmuştur. Milletlerarası tahkimde, gerçek kişilerin ve özellikle tüzel kişiliği haiz şirketlerin başvurusunda, tabiiyetin diplomatik koruma bağlamında tartışıldığını görürüz²⁵⁴.

Tarihsel gelişimine baktığımızda, tabiiyetin tesbitinin, milletlerarası alanda kritik öneme sahip olduğu saha, hiç şüphesiz Milletlerarası Adalet Divanı önünde diplomatik himaye hakkının kullanılması aşamasındadır. Diplomatik himaye, devletler hukukuna aykırı bir fiil sonucu zarar gören gerçek ya da tüzel kişinin tabiiyet bağıyla bağlı olduğu devletin, zararlandırıcı eylemde bulunan diğer devlete karşı Uluslararası Adalet Divanına başvurma hakkıdır²⁵⁵. Diplomatik himaye

Case No. ARB/02/7), Award – 07.07.2004, www.italaw.com, E.T: 20.04.2011, s. 21, p. 55: *İptal talebinde davacı “hiçbir uluslararası mahkemenin vatandaşlık bahsetme ya da iptal etme gücü olmadığını” ifade etmiştir. Bu doğrudur. Ancak tahkim heyetinin, hükümdede yaptığı, Soufraki’ye İtalyan vatandaşlığı bahsetme ya da iptal etme değildir; yapılan daha çok, uluslararası tahkimin amaçları açısından, davacının İtalyan vatandaşlığını tanıma ya da tanımamadır. Ulusal düzeyde vatandaşlık bahsetme bir teşrii fiil iken, vatandaşlığın uluslararası düzeyde tanınması izhari bir fiildir. Uluslararası düzeyde izhari bir fiilin etkisi, tâbi olunan devletin ulusal hukukunun vatandaşlık bahsetmesi ve etkililik gibi uluslararası hukukun gerekleriyle uyumlu olmasına bağlıdır. Uluslararası mahkemeler, sürekli olarak bu yaklaşımı takip etmiş ve egemen devletin resmi mercilerinin tekelinde olan iç hukuk amaçları için vatandaşlık tesbitleri ile uluslararası tahkim mekanizmalarının yetkilerinin belirlenebilmesi amacıyla belli sınırlar dahilinde vatandaşlık tesbitlerinin uluslararası etkisi arasında bir ayırım yapmışlardır.”*

²⁵⁴ Molinuevo, M., age, s. 41; Acconci, P., Determining the Internationally Relevant Link between a State and Corporate Investor: Recent Trends concerning the Application of the “Genuine Link” Test, Journal of World Investment and Trade (2004), s. 123 vd.

²⁵⁵ Sur, M., Uluslar arası Hukukun Esasları, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2010, s. 251; Acer, Y. / Kaya, İ., age, s.303; Lowe, V., International Law, Oxford, 2007, s. 132; Diplomatik

hakkının kullanılmasının ön şartı, zarar gören kişinin başvuran devletin tabiiyetinde olmasıdır.

Diplomatik himaye ile ICSID'in kişi bakımından yetkisi arasındaki bağlantı "tabiiyet" noktasındadır. ICSID, Milletlerarası Adalet Divanına göre oldukça yeni bir kuruluştur. Başvuru koşulları bakımından, ICSID Konvansiyonu, başvuran gerçek ya da tüzel kişinin Konvansiyon tarafı devletin tabiiyetinde olmasını; Uluslararası Adalet Divanı da, devletler hukukuna aykırı fiil sonucu zarar gören kişi ile başvuran devlet arasında tabiiyet bağı olmasını aramaktadır. Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanının, ICSID'in mahiyetine uygun düşen kararları kaynak olarak kullanılabilir²⁵⁶. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından, birbirine uzak görünen devletler hukukunun bir kavramı olan diplomatik himaye ile Uluslararası Tahkim Hukuku konusu olan ICSID'in yetkisi bakımından tabiiyet konuları arasındaki bağı daha detaylı açıklayalım:

a. DİPLOMATİK KORUMA HAKKI

Geleneksel uluslararası hukukta, bireylerin haklarının, yabancı devletler tarafından ihlali halinde, zarar gören, zarar veren yabancı devlet aleyhine uluslararası bir yargı merciine doğrudan başvuramaz. Bu noktada, zarar gören bireyin tabii olduğu devletin, uluslararası hukuka göre meşru sayılmayan ve zararlandırıcı faaliyetlerde bulunan devlete karşı, hukuki yollara başvurusu anlamına gelen diplomatik himaye kurumu devreye girer. Dolayısıyla, bireyin, yabancı devletin faaliyetleri nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi ihtiyacı ve

Himaye hakkının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bakınız: Milletlerarası Adalet Divanının 30.08.1924 tarihli Mavrommatis Palestine Concessions Kararı adıyla bilinen Yunanistan v. İngiltere Kararı, www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf E.T: 06.09.2011.

²⁵⁶ Sinclair, A. C, Nationality, s. 86: Bu görüşe göre, Diplomatik Koruma hakkını "tabiiyet" noktasından incelerken, devletler hukukundaki tabiiyet ile ICSID tahkiminde yatırımcının tabiiyetinin belirlenmesinin amaçsal olarak farklılık gösterdiğini göz önünde tutmak gerekir. diplomatik koruma kapsamında, bir gerçek kişinin tabiiyeti, devletin uluslararası alanda bir talebi ileri sürüp süremeyeceğini belirler. Konvansiyon anlamında tabiiyet ise, yatırımcının bir uyuşmazlığı Merkeze götürüp götürmeyeceğini belirler. Bunun haricinde, ICSID tahkimi kapsamında, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında, tabiiyete ilişkin andlaşma yapılabiliyorken, diplomatik koruma hakkında böyle bir hak söz konusu değildir. Biz de, Uluslararası Adalet Divanındaki diplomatik koruma ve ICSID tahkimindeki yatırımcının başvurusu konularının farklı amaçları olduğunu kabul etmekle birlikte, yatırımcının tabiiyeti bakımından, Uluslararası Adalet Divanı'nın diplomatik koruma hakkının kullanılması kapsamındaki "tabiiyet"e ilişkin görüşlerinden yararlanılabileceği kanaatindeyiz.

yabancılara verilen zararlardan ötürü devletin sorumluluğu kavramlarının, diplomatik koruma hakkının temellerini oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Yabancı yatırımların arttığı 20. Yüzyılda da devlet, kendine atfedilebilen faaliyetler dolayısıyla, yabancıya verilen zararlardan sorumlu tutulmuştur. Bu bağlamda, devletler, yabancıları ülkesine kabul etmeye zorlanamaz; ancak kabul ettiyse, yabancının tâbi olduğu devlete karşı, vatandaşlarının ve mülklerinin korunmasında, uluslararası hukukun minimum standardını sağlamak zorundadır. Devlet, vatandaşının uğradığı haksız fiilden dolayı zarar veren devlete başvurmakla, uluslararası hukukun ilkelerine uyulmasını istemektedir²⁵⁷.

b. DİPLOMATİK KORUMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Diplomatik koruma hakkının hukuki niteliği hakkında görüş birliği yoktur. Bu konudaki görüş ayrılıklarının temelinde, diplomatik koruma yoluna başvuran devletin, kimin hakkını koruduğu hususu yer alır: devlet kendi hakkını mı korumaktadır yoksa zarar gören vatandaşın mı? Klasik görüşe göre, diplomatik koruma hakkı devlete ait ihtiyari bir haktır. Buna göre, bu hakkın temeli Vattel'in "vatandaşa kötü muamele eden, dolaylı olarak vatandaşın tabi olduğu devlete zarar vermiş olur." faraziyesine dayanır²⁵⁸. Bu husus, Uluslararası Daimi Adalet Divanının diplomatik koruma hakkının niteliği konusundaki önemli kararlarından olan, 30.08.1924 tarihli Yunanistan v. İngiltere (The Mavrommatis Palestine Concessions) davasında da yer almıştır²⁵⁹.

²⁵⁷ Bennouna, M., Preliminary Report on Diplomatic Protection, 04.02.1998, Yearbook of the International Law Commission, 1998, vol. II (1) s. 5 vd., Vicuna, F. O., Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement, <http://www.arbitration-icca.org>, E.T: 02.08.2013, s. 2; Okowa, P., agm, s. 483; Lowe, V., age, s. 132.

²⁵⁸ Sur, M., age, s. 250; Okowa, P., agm, s. 483; Lowe, V., age, s. 132. Diplomatik koruma hakkının kullanılmasında mağdur devlet ya da uluslar arası örgüt olmalıdır. Gerçek ya da kişilerin zarara uğraması halinde, hukuki varsayımdan hareketle, zarara uğrayan gerçek ya da tüzel kişinin tabiiyetinde bulunan devlet, dolaylı olarak zarar görmüştür. Gerçek ya da tüzel kişilerin uğradığı zarar dolayısıyla, devletin dolaylı mağduriyeti sözkonusudur ve devlet bu dolaylı mağduriyetten ötürü, diplomatik himaye yoluna başvurmuştur.

²⁵⁹ 30.08.1924 t. Yunanistan v. İngiltere (Mavrommatis Palestine Concessions) Kararı, www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf E.T: 06.09.2011; s. 3-12; Dava M. Mavrommatis adlı Yunan vatandaşının, Osmanlı Devleti ile arasında, o zamanlar Osmanlı toprağı olan Filistin'de elektrikli tramvay sistemi yapımı, elektrik gücü ve içme suyu sağlanması konusunda imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmaktaydı. Daha sonra, Filistin'in İngiliz mandası olması, Filistin ve İngiliz otoritelerinin sözkonusu imtiyaz sözleşmesine aykırı hareketleri sonucunda, Mavrommatis'in tabiiyetinde olduğu Yunanistan,

Klâsik görüşe göre, diplomatik koruma hakkı ihtiyaridir; yani devlet, vatandaşının talebi üzerine, diplomatik koruma yoluna başvurmak zorunda değildir. Vatandaşın uğradığı zarardan ötürü, diğer devlet aleyhine Uluslararası Adalet Divanına başvurmak ya da başvurmamak konusundaki tercih, devlete aittir. Diğer görüş ise, diplomatik koruma hakkının temelini, bireye verilen zarar olduğu, dolayısıyla devletin bu temele dayanarak, zarar veren devlete dava açtığı, vatandaşın tâbi olduğu devletin, vatandaşın temsilcisi olduğu ve uluslararası alanda vatandaşının haklarını savunmak zorunda olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, diplomatik koruma, bireyin hakkını korur ve bireyin başvurusu üzerine, devlet onun bir temsilcisi olarak, diğer devlete dava açmak zorundadır. Ancak klâsik görüşün, bireyin haklarını reddeden ve devleti, uluslararası hukukun mutlak öznesi olarak gören bu görüşe karşılık, alternatif görüş olarak, bu sefer de diplomatik koruma alanında devletin etkisini tamamen reddederek, bireyi ön plana çıkarmak, çok da tutarlı değildir. Son yıllarda LaGrand Brothers²⁶⁰, Avena²⁶¹ gibi Uluslararası Adalet Divanı Kararlarındaki eğilim, yabancı devletin haksız fiilinin öncelikle bireyin haklarını ihlal ettiği; bu hak ihlalinin dolaylı olarak devletin haklarını da ihlal ettiği;

İngiltere aleyhine Uluslararası Daimi Adalet Divanına başvurmuştur. Davada diplomatik koruma hakkının niteliğine ilişkin şu açıklama yer alır: "*İhtilafın önce özel bir şahısla devlet arasında olduğu doğrudur... Yunan Devleti davayı üstlenmiştir. İhtilaf böylelikle yeni bir aşamaya; uluslararası hukuk alanına girmiş ve iki devlet arası bir ihtilaf halini almıştır... Bir devletin, diğer bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiilleri sonucu zarar gören ve olağan yollardan zararını tazmin ettiremeyen kendi tebaasını koruma hakkı, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir. Tebaasından bu davayı alarak, diplomatik korumaya veya uluslararası hukuki sürece taşımakla devlet, aslında kendi tebaası adına, uluslararası hukuk kurallarına riayetini temin edilmesini hakkını korumaktadır.*"

²⁶⁰ LaGrand Kararı (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri Davası) –İhtilafın kaynağını teşkil eden olaylar kısaca şu şekildedir: 1982 yılında, Arizona Eyaleti yetkilileri, Karl ve Walter LaGrand isimli Alman vatandaşlarını yargılamış ve Konsolosluk İlişkilerine ilişkin Viyana Konvansiyonu 36/ 1(b)'de garanti edilen konsolosluk yardımına ilişkin haklarını bildirmeden, ölüm cezasına çarptırmışlardır. 1992 yılında, Alman konsolosluk yetkilileri, Arizona eyalet yetkilileri tarafından değil, tutukluların bizzat kendileri tarafından olaydan haberdar olmuştur. 1999 yılında, tutukluların idam cezası infaz edilmiştir. LaGrand davasında, ABD'nin Almanya'ya karşı uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin, hem Almanya açısından hem de vatandaşlarının diplomatik koruma hakkı açısından ihlal ettiğini ileri sürülmüştür. (Karar s. 10, p.11) www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf E.T: 18.09.2011.

²⁶¹ 31.03.2004 tarihli Avena and Other Mexican Nationals (Meksika v. ABD Kararı): Bu ihtilafta da, ihtilafın kaynağı, Amerika'nın çeşitli eyaletleri tarafından 50'den fazla Meksikalı vatandaşa verilen idam cezasıdır. Burada da, Amerika'nın Konsolosluk İlişkilerine ilişkin Viyana Konvansiyonu m. 36'yı ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Meksika, Uluslararası Adalet Divanına başvuru dilekçesinde, "Amerika'nın Konsolosluk İlişkilerine ilişkin Viyana Konvansiyonunu ihlal etmesinin, Meksika'yı kendi haklarını kullanmaktan ve Viyana Konvansiyonu m. 36 ve 5'te yer alan konsolosluk işlevlerini yerine getirmekten alıkoyduğunu iddia etmiştir, <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>, E.T: 20.09.2011.

sonuç olarak ihlal edilenin esas olarak bireyin hakları olduğu, devletin dolaylı olarak uğradığı zararın ise tamamlayıcı olduğudur.

c. DİPLOMATİK KORUMA HAKKININ TABİİYETE İLİŞKİN KOŞULU

Diplomatik koruma hakkının tabiiyete ilişkin koşulu²⁶², zarar gören gerçek ya da tüzel kişinin başvuran devletin tabiiyetinde olmasıdır²⁶³. Buna göre;

a. Bir devlet ancak kendi vatandaşı hakkında diplomatik koruma yoluna başvurabilir. Gerçek kişilerin tabiiyeti, başvuran devletin iç hukuk düzenlemelerine göre belirlenir. Diplomatik korumada, devlet ile birey arasındaki vatandaşlık bağının varlığı yanında, vatandaşlık bağının gerçek ve etkin olması, tabiiyetin sürekliliği şartları da aranır.

Tabiiyetin gerçek ve etkin olması ile, tabi olunan devletin, kişinin, hissi, duygusal, sosyal ilişkilerinin merkezinde olması, kastedilir²⁶⁴. Tabiiyetin sürekliliği ilkesi ile de, mağdur bireyin haksız fiilin meydana geldiği tarihten, en azından davanın açıldığı tarihe (bir görüşe göre ihtilafın halline kadar²⁶⁵) kadar davacı devlet ile arasındaki vatandaşlık bağının devam etmesi kastedilir.

b. Tüzel kişi şirketlerin tabiiyetinin tesbitinde ise, ortakların vatandaşlıkları değil; şirketin tabiiyeti dikkate alınır. Uluslararası Adalet Divanının diplomatik koruma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak, Barcelona Traction²⁶⁶ ve ELSI²⁶⁷ kararları; hem tüzel kişi şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesine hem de şirket

²⁶² Sur, M., age, s. 252. Diplomatik korumada bir diğer şart da, bireyin iç hukuk yollarını tüketmiş olmasıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi şartının usule mi esasa mı ait olduğu noktasında görüş ayrılıkları vardır.

²⁶³ Sur, M., age, s. 252; Amerasinghe, C.F., Diplomatic Protection, s.91; Okowa, P., agm, s. 483; Lowe, V., age, s. 132.

²⁶⁴ Gerçek ve etkin tabiiyet ilkesi esasen çifte vatandaşlık hallerinde kullanılmakla beraber, Lichtenstein v. Guatemala Uluslar arası Adalet Divanı kararında, Almanya vatandaşlığını kaybederek Liechtenstein vatandaşlığına geçen, Friedrich Nottebohm'un, Liechtenstein ile arasında, sosyal, ekonomik, ailevi fazla bir ilişkisinin olmaması, gerçek ve etkin tabiiyet kapsamında değerlendirilmişti. Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, E.T: 13.04.2011.

²⁶⁵ Vatandaşlığın hangi ana kadar devam etmesi gerektiği tartışmalıdır. Vatandaşlık bağının, ihtilafın halline kadar devam etmesi yönünde de görüş vardır. Sur, M., age, s. 252.

²⁶⁶ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), I.C.J.Reports 1970, 3, 46–48, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> ET.29.05.2011.

²⁶⁷ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15. <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> ET: 29.05.2011.

paydaşlarının korunma haklarına ilişkin, örnek olarak gösterilebilir. Gerçek kişi şirket paydaşlarının korunma haklarına ilişkin olarak da, Diallo davası gösterilebilir²⁶⁸.

d. ULUSLARARASI TAHKİM HUKUKUNDA YATIRIMCININ KORUNMASI İLE DEVLETLER HUKUKUNDAKİ DİPLOMATİK KORUMA HAKKININ KARŞILAŞTIRILMASI

Yatırımcının korunması noktasında, diplomatik koruma yolu ile uluslararası tahkim yolunu karşılaştırdığımızda,

- Uluslararası tahkimde davacı, diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi yatırımcı iken, diplomatik korumada davacı yatırımcının tabi olduğu devlettir. Diplomatik korumada yatırımcının süreçte hiçbir etkisi yoktur. Devlet süreci istediği gibi idare edebilir, davadan vazgeçebilir, sulh olabilir²⁶⁹.
- Her iki durumda da ihtilafın kaynağı, yabancı devletin yatırımcıya ve malvarlığına yönelik haksız fiilleridir. Ancak davanın hukuki sebebi bakımından, yatırımcının talebi ev sahibi devletin haksız fiilinin sonucu zararın giderilmesi iken; diplomatik korumada, davacı devletin talebinin niteliği, ev sahibi devletin uluslararası hukukun ona yüklediği yükümlülüklerle aykırı hareket etmesidir.
- Davanın kabul edilmesi halinde, uluslararası tahkim mekanizmasında tazminat doğrudan doğruya zarar gören yatırımcı lehine hükmedilirken, diplomatik korumada tazminat davacı devlet lehine hükmedilir²⁷⁰.
- Tabiiyetin sürekliliği

²⁶⁸ Gine Cumhuriyeti v. Kongo Devleti 30.10.2010 t. Uluslararası Adalet Divanı Kararı, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, E.T: 13.04.2011. Yatırımcının korunmasına yönelik olarak uluslararası kamu hukukunda başvurulabilecek tek yol, diplomatik koruma değildir; tahkime de başvurulabilir. Yatırımcının korunması amacıyla, devletlerarası tahkime örnek olarak Martini (İtalya v. Venezuela) ve Corvaia (İtalya v. Venezuela) davaları örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu davalarla ilgili daha geniş bilgi için bakınız: Reports of International Arbitral Awards, Mixed Claims Commission (Italy – Venezuela) Volume X 13.02 – 07.05.1903 (477-692), http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_x/477-692.pdf E.T: 17.05.2012. Bireylerin Diplomatik Koruma Yoluyla Korunmasına ilişkin güncel bir çalışma için bakınız: Künzli, A.V, The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection, Leiden, Netherlands, 2007.

²⁶⁹ Sur, M., age, s. 253. Diplomatik korumada davanın öznesi hiçbir zaman birey değildir; süreç üzerinde söz hakkı yoktur. Devlet diplomatik yoluna başvurmuş olsa bile, davanın herhangi bir safhasında davadan çekilebilir. Diplomatik koruma yoluna başvurmak tamamen devletin ihtiyarında olan bir husustur. Özellikle gelişmekte olan ülkeler, gelişmiş ülkelerle arasındaki ilişkileri bozmamak için bu yola başvurmaktan kaçınmışlardır.

²⁷⁰ Sur, M., age, s. 255.

- Gerçek ve Etkin Tabiiyet Şartı

Görüldüğü gibi diplomatik koruma ile uluslararası tahkim mekanizması arasında yatırımcının haklarının korunması bakımından nitelik farkı vardır. Bu nedenle diplomatik koruma yolundaki ilkeler yol gösterici olmakla birlikte, uluslararası tahkim merkezleri için uyulması zorunlu kriterler değildir. Ancak davacının aktif husumet ehliyetinin tartışma konusu yapıldığı ICSID davalarında, Milletlerarası Adalet Divanının kararlarına atıf yapıldığını görmekteyiz. Milletlerarası Adalet Divanının içtihatlarına tabiiyet konusu incelenirken yer verilecektir.

Diplomatik koruma kurumunun önemi, uluslararası tahkim merkezlerinin ve bireyin doğrudan başvuru hakkının ortaya çıkmasından sonra oldukça azalmıştır. Ancak gene de uluslararası hukukta yatırımcının korunması bakımından diplomatik koruma kurumunun işlerliğinin hiç olmadığı da düşünülmemelidir. Örneğin ev sahibi devletin yatırımcının lehine olan tahkim kararlarını yerine getirmemesinde, yatırımcının tabi olduğu devlet tarafından diplomatik koruma yoluna başvurulması etkin bir yoldur²⁷¹. Diplomatik koruma yolu, uluslararası tahkim kararlarının icrası için bir güvencedir diyebiliriz.

C. ICSID'İN YETKİSİ AÇISINDAN TEMEL TABİİYET KOŞULLARI

Konvansiyon, ev sahibi devletler ile diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcılar arasında ortaya çıkan ihtilaflara uygulanır. Bu durumda, yatırımcının ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında tahkime başvurabilmesi için âkit devlet vatandaşı olması ve ev sahibi devlet vatandaşı olmaması²⁷² gerekir. Bu şartları daha yakından inceleyelim:

²⁷¹ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf, E.T: 01.11.2012, m. 33.

²⁷² Wisner, R. – Gallus, N., Nationality Requirements in Investor – State Arbitration, The journal of world investment & trade : law, economics, politics, Vol. 5, Cenevre, 2004, 6, s. 929.

1. OLUMLU ŞART, AKİT DEVLET TABİİYETİNDE OLMA

Yatırımcının, Konvansiyon m. 25 kapsamında Merkez tahkimine başvurabilmesi için, âkit devlet vatandaşı olması gerekir. Akit olmayan devletlerin vatandaşları ve vatansızlar, Konvansiyon m. 25'in kapsamı dışındadır. Çok vatandaşlık hallerinde ise, yatırımcının, aynı zamanda ev sahibi devlet vatandaşı olması, Merkez tahkimine başvuru önünde kesin bir engeldir. Başvuranın vatandaşlıklarından ikisi de, ev sahibi devletten farklı âkit devlet vatandaşlıklarıysa burada sorun yoktur. Kişi, tâbi olduğu vatandaşlıklardan birisine dayalı olarak ICSID tahkimine başvurabilir. Vatandaşlıklardan biri âkit devlete, diğeri de âkit olmayan devlete aitse, bu durum da ICSID'e başvurmaya engel değildir²⁷³.

Konvansiyon m. 25/2 (b) düzenlemesine göre, tüzel kişi "âkit devlet vatandaşı" olmalıdır. Mefhumu muhalifinden çıkan,âkit olmayan devlet vatandaşı tüzel kişilerin Merkez tahkimine başvuramayacağıdır. Ev sahibi devlet vatandaşlığını haiz olmayan tüzel kişinin, birden çok vatandaşlığa sahip olması ve vatandaşlıklardan birinin, âkit devlet vatandaşlığı olması durumunda, tüzel kişinin Merkez tahkimine başvurmasında bir engel yoktur; yani Konvansiyon tarafı olmayan devletin vatandaşlığı, bu durumda Merkezin yetkisini ortadan kaldırmaz. Mahkemenin, âkit olmayan devlet vatandaşlığı ile âkit devlet vatandaşlığı arasında, hangisinin daha baskın ve etkin olduğu noktasında bir araştırma yapmasına da gerek yoktur, kabul edilebilir bir kritere göre âkit devlet vatandaşlığı tesbit edildiyse bu, Merkezin yetkisinin tesisi için yeterlidir. Örneğin tüzel kişi, Konvansiyona taraf olmayan bir devlette kurulmuş, fakat taraf devlet vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa, ev sahibi devlet de buna ilişkin vakaların bilincinde olarak yetkiye rıza göstermiş ve böylece yatırımcının kontrol eden taraf devletin vatandaşlığını haiz olduğu konusunda mutabıksa, o zaman Merkez yetkili olduğuna karar vermelidir. Eğer hem taraf hem de taraf olmayan devlet vatandaşlarının kontrolü söz konusuysa, bu sefer kontrolün şekline ve kapsamına bakılmalıdır. Bu durum şu ihtimali de ortaya çıkarır: Kuruluş yeri veya merkezi dolayısıyla ICSID'e başvuru hakkı olan tüzel kişi, Konvansiyona taraf olmayan devlet vatandaşlarıncı kontrol ediliyorsa, bu durumda Konvansiyon'a taraf olmayan devletin diplomatik koruma yoluna başvurması için bir engel yoktur. Nitekim bu devlet, Konvansiyon m. 27(1)'de

²⁷³ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 292.

yer alan diplomatik koruma yoluna başvurma yasağıyla bağlı değildir²⁷⁴. Ancak aynı yatırımcı için hem Merkeze hem de diplomatik koruma yoluna başvurulması kabul edilemez. Bu husus, Merkez nezdindeki bir tahkim sürecine de yansımıştır²⁷⁵.

2. OLUMSUZ ŞART, EV SAHİBİ DEVLET TABİİYETİNDE OLMAMA

Konvansiyona göre ev sahibi devlet vatandaşı olan gerçek kişi yatırımcılar, aynı zamanda diğer âkit devletin vatandaşı olsalar bile, Merkezin yetkisi dışında bırakılmışlardır. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında, çifte vatandaşlığa sahip yatırımcının, ev sahibi devlet vatandaşlığının etkin olmadığı durumlarda başvurusunun kabul edilebilir olması fikri savunulmuş; ancak bu düşünce kabul görmemiştir²⁷⁶.

²⁷⁴ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 292 – 294.

²⁷⁵ Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/98/7), <http://icsid.worldbank.org> E.T. 22.05.2011. Banro v. Kongo davasında, Kanadalı Banro Resources ile Kongo arasında madencilığe ilişkin bir sözleşme yapılmış ve şirket de işbu sözleşmeden ortaya çıkabilecek ihtilaflarda ICSID tahkimine başvurmayı kabul etmiştir. Ancak ilginç olan, şirketin tabiiyetinde olduğu Kanada'nın ICSID Konvansiyonuna taraf olmaması ve Konvansiyonun 25. maddesinin açık ifadesi uyarınca sadece taraf devlet vatandaşlarının ICSID'e başvurabilmesine rağmen, şirketin sözleşmedeki tahkim şartını kabul etmesiydi. Bu durumda, Banro Resource Merkeze başvuru yapamayacağı için, başvuruyu Amerika'da kurulu alt kuruluşu Banro Resource American yapmış, bu sırada da Kanada, Kongoya karşı diplomatik koruma yoluna başvurmuştu²⁷⁵. Merkeze göre, diplomatik korumanın bertaraf edilmesi ICSID Konvansiyonunun özünde olan bir unsurdur. ICSID Konvansiyonuna taraf olmakla, ev sahibi devlet, yatırımcının tabi olduğu devletin diplomatik müdahalesinden korunmuştur. Diğer taraftan, yatırımcının tabi olduğu devlet de, yatırımcının ICSID tahkim şartını kabul etmekle, kendisinden diplomatik himaye talep edilemeyeceğini; edilse bile kabul edemeyeceğinin bilincindedir. Bu sistemin mantığından kaynaklanan kati bir kuraldır. Andlaşmalar Hukukuna ilişkin Viyana Konvansiyonu 31. maddedeki genel yorum kuralı burada da dikkate alınmalı ve diplomatik korumaya taraf devletlerin başvuramayacağına ilişkin kaide, konvansiyonun bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanmalıdır. O takdirde Konvansiyon m. 26, hem diplomatik koruma yolunu, hem de Merkez tahkimine başvuru yolunu açık bırakacak şekilde yorumlanamaz. Hem diplomatik koruma hem de ICSID tahkimine başvuru yolunu açık bırakan; aynı taraflar için ve aynı uyumsuzluk için ikisine de başvurulabilmesini sağlayan tüm yöntemler, Konvansiyona aykırıdır; hakem heyeti Banro Resource American'ın başvurusu hakkında karar vermeye yetkili olmadığı sonucuna varmıştır. LALIVE, P., Some Objections to Jurisdiction in Investor - State Arbitration, International Commercial Arbitration, Important Contemporary Questions, ICCA International Arbitration Law Congress, General Editor Albert Jan van den berg, s. 376 - 392 Hague, 2003 http://www.lalive.ch/files/pla_objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf, E.T. 22.05.2011.

²⁷⁶ Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 929; Sinclair, A. C., Nationality, s. 94.

Ev sahibi devlet vatandaşlığını da haiz olan yatırımcının, başvurusunun kabul edilemezliği mutlak ve hatta ev sahibi devletin, bu hususa rıza göstermesi ya da taraflar arasındaki anlaşmanın varlığı ya da ev sahibi devletin hukuki düzenlemelerinde, ev sahibi ülke vatandaşlarının ICSID'e başvurularına cevaz vermesi de başvurunun kabul edilemezliğine engel değildir²⁷⁷.

Vatandaşlığa ilişkin olumlu ve olumsuz şartlar, hem onayın verildiği tarihte hem de tahkim ya da uzlaşmaya başvurulduğu sırada var olmalıdır. Her iki tarihte de kişi, âkit devlet vatandaşlığını haiz olmalı ve ev sahibi devlet vatandaşlığını haiz olmamalıdır. Konvansiyon, vatandaşlığa ilişkin şartların bir zaman diliminde gerçekleşmesini değil; "belli tarihlerde" olmasını aramıştır; dolayısıyla baskın görüşe göre ve kanatımızca de ICSID Konvansiyonu, tabiiyetin sürekliliği şartını aramamıştır²⁷⁸. Bu durumda, onayın verilme ve başvuruda bulunma anlarında ev sahibi vatandaşı olmayan ve diğer âkit devlet vatandaşı olan kişiler için vatandaşlık şartı gerçekleşmiş olacaktır. Kişi, sözkonusu tarihler arasında başka devlet vatandaşlıklarını haiz olsa ve hatta ev sahibi devlet vatandaşlığını haiz olsa dahi, sözkonusu tarihlerdeki şartlar gerçekleşmişse Merkezin kişi bakımından yetkisi gene oluşmuş sayılacaktır. Kaynak devlet ya da ev sahibi devletin Merkez tahkimine rızanın verildiği tarihte Konvansiyona taraf olmaları şart değildir. Devletler Konvansiyona daha sonra taraf olsalar da bu rıza geçerlidir.

Ev sahibi devlet tabiiyetinde olmamak şartıyla, çok tabiiyet hallerinde, yatırımcı hangi vatandaşlık kendisi için ICSID tahkimine başvurmaya daha elverişliyse, kanaatimizce, o devletin vatandaşı olarak ICSID tahkimine başvurabilir.

3.TABİİYET KOŞULUNUN ZAMANSAL OLARAK SAĞLANMASI

Vatandaşlığın tesbitindeki kritik tarihleri, Konvansiyon m. 25'in sistematığına

²⁷⁷ Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09 , Yetki Kararı s. 276 vd. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal <http://icsid.worldbank.org>, E.T 29.04.2011.

²⁷⁸ Mendelson, Nationality, s. 127; Acconci, P., Is There Room For Customary Law In International Law On Foreign Investments? The Requirement of Continuous Corporate Nationality in the Loewen Case, http://www.bicl.org/files/954_acconci_comment_on_the_loewen_case_may_2005.pdf, E.T: 12.09.2013, s. 7 vd., Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 78 vd.

uygun olarak gerçek kişilerin vatandaşlığı, şirketlerin tabiiyeti ve yabancı kontrolündeki şirketler açısından üçe ayırarak inceleyeceğiz:

a. GERÇEK KİŞİLER AÇISINDAN TABİİYET KOŞULLARININ GERÇEKLEŞME ANI

Gerçek kişinin vatandaşlığının tesbitinde, hem onay tarihinde hem de tahkime ya da arabuluculuğa başvuru tarihinde, başka bir âkit devletin vatandaşlığına ilişkin olumlu ve ev sahibi devlet vatandaşlığında olmamaya ilişkin olumsuz şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, davacı her iki tarihte de diğer âkit devlet vatandaşı olmalı ve her iki tarihte de ev sahibi devlet vatandaşı olmamalıdır. Bu durumda, Konvansiyon, rızanın verildiği ve tahkim ya da arabuluculuğa ilişkin Merkeze kaydın yapıldığı tarihlerde olumlu ve olumsuz şartların gerçekleşmesi şartlarını aramaktadır. Söz konusu vatandaşlığın sürekliliği ya da rızanın verildiği tarih ile Merkeze başvuru kaydının yapıldığı tarihler arasındaki vatandaşlığın durumuna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Bu durumda, tek tabiiyetli bir gerçek kişinin Konvansiyonda belirtilen tarihlerde, yani rızanın verildiği tarih ile tahkime başvurduğu tarihlerde diğer âkit devlet vatandaşlığında olması; fakat rızanın verildiği tarihten Merkeze başvuru kaydının yapıldığı tarihe kadar ev sahibi devlet vatandaşı olması ya da âkit olmayan bir devlet vatandaşlığında olması, hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesine neden olmayacaktır²⁷⁹.

b. TÜZEL KİŞİLER AÇISINDAN TABİİYET KOŞULLARININ GERÇEKLEŞME ANI

Tüzel kişinin, ev sahibi devlet dışında bir âkit devletin vatandaşlığını haiz olması gerekliliği, gerçek kişilerden farklı olarak, sadece rızanın verildiği tarihte aranır. Rızanın geçerlilik tarihi, geçerli bir rızanın tüm koşullarının yerine getirildiği tarihtir. Bu tarih, yatırımcının tabiiyetinde olduğu kaynak devlet için Konvansiyonun

²⁷⁹ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 276. Bu ihtimalleri daha da ileri götürürsek, her iki tarihte de vatandaşlık şartlarını yerine getiren, fakat kayıt tarihinden sonra, dava aşamasında ev sahibi devlet vatandaşlığının kazanılması halinde de, Merkezin yetkisi devam edecektir.

yürürlüğe girdiği tarih, ev sahibi devletin, ICSID tahkimine başvuru konusunda, mevzuatında ya da bir andlaşmadaki genel icabın yatırımcı tarafından kabulü ya da bu anlama gelen eylemi, örneğin yatırımcının Merkeze başvurması olabilir²⁸⁰.

Tüzel kişinin vatandaşlığının, rızanın verildiği tarihten sonra değişmesi, yetkinin belirlenmesi açısından önemsizdir. Dolayısıyla, hakem heyetinin yetkisine dayanak yaptığı vak'aların değişmesi; örneğin, davacı tüzel kişinin, rızanın verildiği tarihten sonra, âkit devlet vatandaşlığından çıkıp, âkit olmayan devlet vatandaşlığına geçmesi, hakem heyetinin yetki kararından dönmesini sonuçlamaz²⁸¹.

c. YABANCI KONTROLÜNDEKİ ŞİRKETLER AÇISINDAN TABİİYET KOŞULLARININ GERÇEKLEŞME ANI

Konvansiyon m. 25/2(b)'nin ikinci cümlesi, diğer âkit devlet vatandaşının kontrolünde olan, ev sahibi devlet tabiiyetindeki şirketler için kritik tarihleri düzenlemektedir. Burada hem ev sahibi devlet vatandaşlığı hem de yabancı kontrol açısından önemli tarihlerin hangisi olduğunu tesbit etmek önemlidir.

Yabancı kontrolündeki şirket, rızanın verildiği tarihte ev sahibi devlet vatandaşlığında olmalıdır²⁸². Bazı ICSID kararlarında²⁸³ da, bu husus yer alır²⁸⁴.

²⁸⁰ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 294,295, p. 754, 755. Bu husus, Merkez tahkimindeki, The Rompetrol Group v. Romanya Yetki Kararında da yer almıştır. Davacı, ev sahibi devletin, genel icap şeklindeki ICSID tahkimine rızasını, Merkez tahkimine başvuru yaparak kabul ettiğini göstermiştir. Konvansiyon m. 25'e göre, tüzel kişilerin tabiiyeti, Merkez tahkimine rızanın verildiği anda arandığından, hakem heyeti de bu düzenlemeye uygun olarak, davacı şirket açısından, rızanın verildiği tarih olarak, Merkez tahkimine başvuru anını belirlemiş ve tabiiyetin tesbitini bu tarihe göre yapmıştır. Kararda bu husus, şu şekilde açıklanmıştır: "p. 79: *Merkezin halihazırdaki davada yetkili olabilmesi, Rompetrol N.V şirketinin, ev sahibi devlet tabiiyetinden farklı bir âkit devlet vatandaş olmasına bağlıdır. Bunun için kritik tarih, tahkim talebinin yapıldığı tarihtir*".

²⁸¹ Vivendi v. Arjantin II, Resubmitted Case Yetki Kararı, 14.10.2005, p. 63, "...yetki bir kere verildi mi, bu karardan dönülemez. Yetki kararı sonraki olaylardan etkilenmez".

²⁸² Tupman, W.M., agm, s. 836; *Yabancı kontrolündeki şirketin tabiiyeti, rızanın verildiği tarihe göre tesbit edilir, uyumsuzluğun ICSID tahkimine sunulduğu tarihe göre belirlenmez. Bu husus Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, ARB/81/1 (25.09.1983) (s. 353) Yetki kararında belirtilmiştir. Amco Asia, PT Amco'daki bütün paylarını Pan American'a devretmiş olsaydı bile, başlangıçtaki yatırımcı sıfatıyla ICSID tahkimine başvuru hakkını, elinde tutacaktı.*

²⁸³ Klöckner v. Cameroon, Award, 21.10.1983, 2 **ICSID Reports** s. 15; SOABI v. Senegal, Yetki Kararı, 24.10.1984, p. 29; LETCO v. Liberia, Yetki Kararı, 24.10.1984. 2 ICSID

Yabancı kontrolün hangi tarihlerde var olması gerektiği ise açık değildir; ancak ICSID kararlarına göre, yabancı kontrolün ICSID tahkimine rızanın verildiği tarihte olması yeterlidir²⁸⁵.

D. GERÇEK KİŞİ YATIRIMCIYA İLİŞKİN TABİİYET KOŞULLARI

1. GENEL OLARAK

ICSID Konvansiyonunun ilk taslağında, şirketin vatandaşlığına ilişkin iki kriter belirlenmişti: âkit devletin iç hukukuna göre vatandaşlığın tesbiti ya da âkit devlet vatandaşlarının kontrol hissedarlığına göre tesbit. Ancak bu kriterler, daha sonra Konvansiyon'da yer almamıştır²⁸⁶. Konvansiyon m. 25/2'de yatırımcının vatandaşlığına ilişkin açıklamalar, yatırımcının gerçek kişi ve tüzel kişi olmasına göre ayrı ayrı yer almıştır. 25. maddenin ikinci fıkrasının a bendinde yatırımcının gerçek kişi olması, b bendinde ise yatırımcının tüzel kişi olmasına göre bir ayırım yapılmıştır.

Gerçek Kişilerin vatandaşlığına ilişkin düzenleme, Konvansiyon m.25/(2)'de yer alır. Maddeye göre "Diğer âkit devlet vatandaşı" şu anlama gelir: *(a)Konvansiyon m. 36 paragraf 3 veya m. 28 paragraf 3 uyarınca, başvurunun kayıt altına alındığı ya da ihtilafın halli için Merkez tahkimine ya da arabuluculuğa rıza gösterildiği tarihte, uyuşmazlığın devlet tarafından farklı bir âkit devletin vatandaşlığını haiz gerçek kişi; ancak bu tanım, bu tarihlerden birinde, uyuşmazlığın devlet tarafının vatandaşlığını haiz kişileri kapsamaz*²⁸⁷;

Reports s. 349, 351; Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 329, p. 1192'den naklen.

²⁸⁴ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 329, p. 871.

²⁸⁵ ICSID kararlarındaki tartışmalar ve farklı görüşler için bakınız: Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 330 vd.

²⁸⁶ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 75.

²⁸⁷ (2) "National of another Contracting State" means:(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and" ICSID Konvansiyonu 06.12.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Resmi Gazetede, ICSID Konvansiyonunun orjinal metni ve Türkçe çevirisi yer almaktadır. Konvansiyon

Konvansiyona göre, ICSID tahkimine başvuru yapabilecek, gerçek kişi yatırımcılar için olumlu ve olumsuz iki şart öngörülmüştür. Gerçek kişi yatırımcı, ev sahibi devlet vatandaşı olmamalı (olumsuz şart), Konvansiyon tarafı devlet vatandaşı (olumlu şart) olmalıdır²⁸⁸. Maddede, gerçek kişi yatırımcının vatandaşlığının nasıl tesbit edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla ICSID Konvansiyonunda, gerçek kişilerin vatandaşlığının tesbitine ilişkin bir sistem benimsenmemiştir diyebiliriz.

2. GERÇEK KİŞİLERİN TABİİYETİ

Gerçek kişilerin tabiiyeti tesbit edilirken, iddia olunan devlet vatandaşlığının şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin, o devletin iç hukuk düzenlemelerine göre tesbit edilmesi gerekir²⁸⁹. Bir kişinin vatandaşlığının tesbitinde, vatandaşlığın kazanılmasına veya kaybına sebep olan hukuki olay ve vakalar, meydana geldikleri zaman dilimi içinde yürürlükte bulunan vatandaşlık kanununun hükümlerine tabi tutularak nazara alınır²⁹⁰. Gerçek kişiler, vatandaşlığı ispat ederken, belirli bir devletin vatandaşlığını kazandığını ve bu devletin hukuki düzenlemesine göre, vatandaşlığın kaybı sebeplerinden hiçbirisinin gerçekleşmediği, bu nedenle ilgili devlet vatandaşlığının devam ettiği hususlarını ispat etmelidirler²⁹¹. Bu şekilde bir devletin vatandaşlığını ispat edemeyen kimse, ya vatansızdır ya da yabancıdır.

25/(2)/a maddesinin Resmi Gazete s. 31'de yer alan çevirisi şu şekildedir: "Merkezin Yargılama Yetkisi m. 25 –(2) Diğer âkit ülke vatandaşları deyimi aşağıdakileri kapsar; a- *Akit bir devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir kişi haricinde* 36. Maddenin 3. Paragrafı veya 28. Maddenin 3.Paragrafı uygulanarak istemleri kaydedilmiş ve anlaşmazlık tarihindedözkonusu anlaşmazlığı merkeze sunmak üzere taraf olmuş olan diğer ülke vatandaşları".Resmi Gazetede yer alan çevirinin orjinal metni tam olarak yansıtmadığı kanaatinde olduğumuz için, RG'de yer alan metni kullanmadık.

²⁸⁸ Aşağıda ICSID'in Yetkisi Açısından Temel Tabiiyet Koşulları başlığı altında anlatılmıştır.
²⁸⁹ Wisner, R. – Gallus, N., Nationality Requirements in Investor – State Arbitration, The journal of world investment & trade : law, economics, politics, Vol. 5, Cenevre, 2004, 6, s. 928.

²⁹⁰ ERDEM, **a.g.e**, s. 25, NOMER, **a.g.e**, s. 29

²⁹¹ Kişinin, sahip olduğu veya artık olmadığını iddia ettiği vatandaşlığı kendisine kazandıran veya kaybettiren olayların vuku bulduğunu veya hukuki işlemlerin gerçekleştiğini ispat etme yoluna gitmesine doğrudan ispat; kişinin bir devletin vatandaşı olduğunu ya da olmadığını ispat için yetkili makamlar tarafından düzenlenmiş, durumunu gösteren birtakım kayıtlara veya belgelere dayanmasına ise dolaylı ispat denilmektedirERDEM, **a.g.e**, s. 241, DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Seçkin, 2010, s. 160 vd., NOMER, **a.g.e**, s. 130.

Devletler Hukukunda “yabancı” terimine ilişkin klasik tanım Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 yılında Cenevre toplantısında kabul edilmiş olan tanımdır. Bu tanımın Türkçe çevirisi doktrinde farklı yazarlarca şu şekillerde verilmiştir: “Yabancı bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimsedir. ”, “Yabancı, bir devlet ülkesinde bulunup o devlet vatandaşlığını halen iddiaya hakkı olmayan kimsedir. ”, “Yabancı bir devlet ülkesinde bulunan ve o devletin tabiiyetini iddiaya halen hakkı olmayan kimsedir”. Tanımda dikkati çeken unsur, yabancılığın “tabiiyet”e göre belirlenmesidir. Belirli bir ülkenin tabiiyetinde olmayan kişi, o ülkeye göre yabancıdır. Bir kimseye vatandaşlık bahşedilmesi ya da o kişinin yabancı statüsünde kalması tamamen devletin tasarrufundadır. Dolayısıyla, devlet çok sayıda yabancıyı benimsemeye fayda görürse vatandaşlığa almada kolaylık gösterebilir veya tam aksine vatandaşlığa alınma şartlarını güçleştirebilir. Her iki durumda da, ilgili ev sahibi devletin kanunları yetkilidir²⁹². Üzerinde hiçbir ihtilaf bulunmayan Devletler Hukuku anlayışına göre, her devlet, hangi kişilerin vatandaşı bulunduğunu kanunlarıyla tayin etmekte serbesttir; buna karşılık hiçbir devlet, başka bir devletin vatandaşlığını bahşetme yetkisine sahip değildir. Vatandaşlık düzenlemelerindeki bu geniş serbestiye rağmen, her devlet iç hukuk düzenlemelerinde, “milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası tatbikat ve vatandaşlık alanında genel kabul görmüş prensiplerle ahenkli olmaya” özen göstermelidir²⁹³.

Merkez tahkiminde, davacı, belli bir devletin tabiiyetinde olduğu ya da ev sahibi devlet tabiiyetinde olmadığına ilişkin, hakem heyetine deliller sunabilir; ancak bu deliller, vatandaşlığın ispatına ilişkin bir karine niteliğindedir²⁹⁴. Hakem heyeti,

²⁹² SEViğ, age, s.6

²⁹³ 1930 tarihli Lahey Milletlerarası Kodifikasyon Konferansının kararlarından olan Vatandaşlık Kanunlarının İtibaksızlığından Doğan Bazı Meseleler Hakkındaki Sözleşme m. 1; Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 17 Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2009, s.5

²⁹⁴ Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7), Award – 07.07.2004, <http://icsid.worldbank.org/> E.T: 20.04.2011; Sinclair, A. C., Case Comment, Nationality of Individual Investors in ICSID Arbitration, International Arbitration Law Review, Vol. 7, No. 6, 2004, s. 193; Sinclair, A. C, Nationality, s. 90; Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 930; Uyuşmazlık, Dubai Emirliği Gümrük ve Limanlar Dairesi ile Hussein Nuaman Soufraki adlı gerçek kişi arasındaki 21.10.2000 tarihli imtiyaz sözleşmesine ilişkindir. Söz konusu imtiyaz sözleşmesinin iptali ile birlikte, Soufraki, kendisinin İtalyan vatandaşlığını da haiz olduğunu, Emirliğin haksız fiillerinin İtalya ile Birleşik Arap Emirlikleri arasındaki Yatırımların Teşviki ve Korunması Andlaşmasındaki taahhütlerin ihlali niteliğinde olduğundan bahisle 16.05.2002 tarihinde ICSID'e başvurmuştur. Soufraki İtalyan vatandaşlığını ispat için, İtalya resmi makamlarınca hazırlanmış beş adet belgeyi tahkim kuruluna sunmuştur: Massarosa Belediyesi tarafından verilmiş ve Soufraki'nin İtalyan vatandaşlığını haiz olduğuna ilişkin

davacı ya da davalı tarafından sunulan delillerle bağlı değildir²⁹⁵, incelemesini kendi yapar; sunulan delillerin aksi yönde dahi karar verebilir²⁹⁶. Bu, hakem heyetinin

12.09.1988 tarihli vatandaşlık belgesi; Massarosa Belediyesi tarafından verilen ve Soufraki'nin 01.07.1990 tarihinden itibaren "Yurtdışında İkamet Eden İtalyan Vatandaşları Sicili"ne kayıtlı olduğunu, Monte Carlo'da daimi ikametgah sahibi olduğunu ve 01.07.1990'da İtalya'dan ayrıldığında İtalyan vatandaşı olduğunu onaylayan 07.10.2002 tarihli belge; Massarosa Belediyesi tarafından verilen, Soufraki'nin daimi ikametgahını Dubai'ye naklettiğini, 15.12.1988 tarihinde ülkeden ayrılırken İtalyan vatandaşı olduğuna dair 09.01.2003 tarihli belge; Monako'daki İtalya Başkonsolosluğu tarafından verilen, Soufraki'nin Monaco'da mukim olarak kayıtlı olduğuna ve İtalyan vatandaşı olduğunu tasdik eden 14.04.2003 tarihli belge ve son olarak İstanbul'daki İtalyan Başkonsolosluğunun, "Başkonsolosluktaki kayıtlara" dayalı olarak verdiği, 05.05.2003 tarihli, Soufraki'nin İtalyan vatandaşı olduğuna ilişkin vatandaşlık sertifikası. Aynı yönde bakınız: Waguhi Elie Georg Siag and Clorinda Vecchi v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID ARB/05/15, 11.04.2007 t. Yetki Kararı: Burada da hakem heyeti, tabiiyetin ispatına ilişkin sunulan pasaport gibi resmi belgelerin bir karine olduğuna karar vermiştir. Sinclair, A.C, Nationality, s. 93.

²⁹⁵Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 930, Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7), Award, s. 14: *İspat yükü vatandaşlığa itiraz eden tarafa aittir. Ancak vatandaşlık bahsetme işlemi lehinde kuvvetli bir karine vardır. 1950 tarihli İsveç Vatandaşlık Kanununa göre, vatandaşlığa başvuran kişi 18 yaşını doldurmuş olmalı, İsveç vatandaşı ile evliyse 3 yıl, değilse 5 yıl ikamet etmiş olmalı ve onurlu bir hayat idame ettirmelidir. 5 yıllık süre, oturma izninin alınması ile vatandaşlık iktisabı arasındaki süredir.* Kanunda sözkonusu 5 yıllık sürenin ve onurlu hayata ilişkin şartların nasıl tesbit edileceğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Ayrıca, 5 yıllık süre içerisinde yurtdışında bulunmanın, İsveç vatandaşlığına etkisinin ne olacağı sorusunun cevabı kanunda yer almamaktadır (Karar s. 28 p. 92). İsveç makamlarının kararına karşın, davacıların bu süreyi İsveç'te geçirmediğini, dolayısıyla vatandaşlık bahsetme işleminin hükümsüz olduğunu savunmuştur.

²⁹⁶Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09, Yetki Kararında, davacı gerçek kişiler, Mısır tabiiyetini kaybettiklerini; ev sahibi devlet ise sözkonusu kişilerin halen Mısır tabiiyetinde olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti, ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemelerini incelemiş ve şu şekilde karar vermiştir: *"Mısır kanunlarına göre Mısır tabiiyetindeki bir babadan olma çocuğun, gene Mısır tabiiyetinden olduğu hususunda taraflar arasında bir husumet yoktur. Davacı kardeşlerin babasının, 1975'te Amerikan vatandaşlığını iktisap etmesiyle Mısır vatandaşlığını kaybedip kaybetmediği konusu, taraflar arasındaki en önemli fikir ayrılığını oluşturur. Davalının sunduğu belgelere göre, baba Wahba 1992 yılında Amerika'daki Mısır Konsolosluğundan pasaport almış ve 1997 yılında da, kimlik belgesi için Mısır devletine başvurmuştur. Mısır İçişleri Bakanlığının, Wahba'nın Amerikan vatandaşlığına geçince, Mısır vatandaşlığından çıkabileceğine ilişkin bir izin kararı da yoktur. Vatandaşlığa ilişkin bu belgeler 90lı yıllara aittir, davacıların doğduğu 1979 – 1985 yılında, baba Wahba'nın Mısır vatandaşlığını haiz olmadığına ilişkin inandırıcı bir açıklama yapılamamıştır. Bu nedenle tahkim heyeti, sözkonusu yıllar arasında da, baba Wahba'nın Mısır vatandaşlığını haiz olduğunu ve çocukların doğumla Mısır vatandaşlığını iktisap ettiğine karar vermiştir."* Aynı şekilde, Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7) kararında, Soufraki bunun dışında İtalyan vatandaşlığının etkin ve baskın olduğunu gösterir, İtalya'daki faaliyetlerine ilişkin başka belgeler de sunulmuştur. Davalı taraf ise, davacı Soufraki'nin İtalyan vatandaşı olmadığını savunmuş ve İtalyan vatandaşlık kanunlarına dayanmıştır. Soufraki Kanada vatandaşlığını iktisap ettiği tarihte, 13.06.1912 tarihli Kanun yürürlükteydi. Kanuna göre, başka bir devlet vatandaşlığının iktisabı, İtalyan vatandaşlığının kaybına yol açar. Bu kanun 16.08.1992 tarihinde, 05.02.1992 tarihli kanunun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır. 1992 Kanunu İtalyan vatandaşının başka bir devlet vatandaşlığını iktisabına ilişkin farklı bir yaklaşım geliştirmiş, çifte vatandaşlık imkânını getirmiş ve başka devlet vatandaşlığının iktisabı İtalyan

kendi yetkisi hakkında karar vermesi ilkesi ile de uyumludur.

Hakem heyetleri kendi yetkileri hakkında karar verebilmek amacıyla bir tarafın vatandaşlığı hakkında, ilgili devletin resmi makamlarının kayıtlarının aksine dahi hüküm tesis edebilir. Tahkim heyetinin vatandaşlıkla ilgili bu tesbitini, ICSID Konvansiyonunun amaçları ile sınırlı olarak düşünmek gerekir. Tabiiyetlerden birinin âkit olmayan devlet tabiiyeti olması halinde, gerçek kişi yatırımcının âkit devlet tabiiyetini iddia etmesinin nedeni, ICSID tahkimine başvuru yapabilmektir. Konvansiyona göre, ICSID tahkimine âkit olmayan devlet vatandaşları başvuru yapamaz. ICSID Konvansiyonuna taraf olmayan bir devletin vatandaşı olarak, ICSID tahkimine başvuramayan yatırımcı, âkit devlet vatandaşı olarak ICSID tahkimine başvurabilir. Bu nedenle, hakem heyetinin, vatandaşlığın tesbiti için, vatandaşlığa uygulanacak hukukun esasına girmesi kanaatimizce, ICSID Konvansiyonunun amaçları bakımından yerinde bir tutumdur.

3. GERÇEK KİŞİLERİN TABİİYETİ İLE İLGİLİ MERKEZ TAHKİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Konvansiyon m. 25'e göre, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlık hakkında Merkezin kişi bakımından yargılama yetkisinin oluşabilmesi için, yatırımcının diğer âkit devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Merkezdeki tahkim süreçlerinde, gerçek kişilerin vatandaşlığına ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin bir düzenleme yapılmamış, gerçek vatandaşlığa ilişkin sorunların çözümü hakem heyetlerine bırakılmıştır.

vatandaşlığının kaybı sebebi olmaktan çıkmıştır. 1992 Kanunu ayrıca, mülga kanuna göre vatandaşlığını kaybetmiş olanların iki şekilde İtalyan vatandaşlığını tekrar iktisap edebileceği hükmünü getirmiştir; kanuna göre kişinin ya belli bir tarihte bildirimde bulunması ya da İtalya'da bir sene ikamet etmesi gerekmektedir. Davacı tahkim duruşmasındaki yeminli ifadesinde de bu gerekleri yerine getirdiğine ilişkin bir ifade vermemiştir. Konvansiyon m. 41'e göre, kendi yetkisi hakkında hüküm verme hakkına (competence – competence) sahip olan tahkim heyeti, davacının sunduğu delilleri vatandaşlığın isbatı bakımından sadece bir *karine* olarak değerlendirmiş ve davacının haiz olduğunu iddia ettiği İtalyan vatandaşlığının tesbiti için, İtalyan Hukukunun vatandaşlıkla ilgili hükümlerini değerlendirmeye almıştır. Değerlendirme sonucunda, tahkim heyeti, davacının İtalyan vatandaşlığını haiz olmadığı, İtalya – Birleşik Arap Emirlikleri Yatırımların Teşviki ve Korunmasına dair Andlaşmanın hükümlerinden yararlanamayacağı ve dolayısıyla ICSID'in sözkonusu ihtilaf hakkında yetkili olmadığına karar vermiştir. Decision of the Ad hoc Committee on the Application for the Annulment of Mr. Soufraki s. 1 -10.

a. ÇİFTE TABİİYET

Çifte tabiiyet halinde, gerçek yatırımcının hangi tabiiyetinin tercih edilmesi ya da hakem heyetinin hangi tabiiyeti dikkate alması gerekliliğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak, Konvansiyon m. 25'teki "...diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek kişi..." ifadesinden çifte tabiiyet hallerine ilişkin şu sonuçları çıkartabiliriz: Tabiiyetlerden bir tanesinin ev sahibi devlet tabiiyetinde olması, gerçek kişi yatırımcının başvurusu önünde kesin engeldir ve Merkez hakem heyetleri de bu yönde karar vermiştir²⁹⁷. Ev sahibi devlet tabiiyetinin etkin olmaması da, bu engeli ortadan kaldırmaz²⁹⁸.

²⁹⁷Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 929.;Sinclair, A. C., Nationality, s. 94; Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09 , Yetki Kararı s. 276 vd. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal <http://icsid.worldbank.org>, E.T 29.04.2011. Uyuşmazlık konusu olay, davacının iddiaları ve ev sahibi devletin savunmaları özetle şu şekildedir: Champion Trading – Mısır Devleti tahkiminde, davacılar üç kardeş ve bir tüzel kişidir. Hem ev sahibi devlet vatandaşı, hem de Amerikan vatandaşı olan Wahba kardeşler, Mısır yasalarına göre kurulmuş ve Mısır Merkez Bankası, Emekli Sandığının da paydaş olduğu Ulusal Pamuk Şirketinin (National Cotton Company - NCC) ortaklarıydılar. Takip eden yıllarda Mısır Merkez Bankası, hisselerinin tamamını Amerikan menşeli Champion Trading Company'ye ve Emekli Sandığı da hisselerinin tamamını gene Amerikan menşeli Ameritrade International şirketine devretmiş ve davacıların iddiasına göre, Mısır Devleti pamuk sanayisinin özelleştirilmesinden ve NCC şirketinin kurulmasından sonra, şirketin faaliyetlerini engelleyici ve davacıların yatırımlarına zarar verici tedbirler almaya başlamış; bu tedbirler sonucunda, şirketin ticari faaliyetleri güçleşmiş ve şirket iflasa sürüklenerek, yatırımcıların yatırımları boşa gitmiştir. Davacı kardeşler, Mısır devletinin bu tutumunun, Amerika ile Mısır arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması andlaşmasının ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiş ve ICSID tahkimine başvurmuşlardır. Ancak, gerçek kişilerin aynı zamanda ev sahibi devlet vatandaşı olması, hakem heyetinin, sözkonusu gerçek kişiler bakımından yetkisizlik kararı vermesini sonuçlamıştır.

²⁹⁸ Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09, Yetki Kararı s. 280 vd. Davalı Mısır devleti, davacı kardeşlerin çifte vatandaşlığı haiz olduğunu, bu vatandaşlıklardan birinin ev sahibi devlet vatandaşlığı olduğunu, dolayısıyla Konvansiyon kapsamında davacı olamayacaklarını; davacı kardeşler ise, Mısır vatandaşı olmadıklarını, Mısır vatandaşlığını iktisap da etmediklerini, uluslararası hukuka göre vatandaşlığın etkin ve gerçek olması şartının gerçekleşmediğini iddia etmiş ve Nottebohm kararı ile İran – Amerika Ortak Mahkemesinin kararlarına dayanmışlardır. Hakem heyeti, Nottebohm ile İran – Amerika Ortak Mahkemesinin kararlarındaki gerçek ve etkin vatandaşlık ilkelerinin burada uygulama alanı olmadığına hükmetmiştir. Her ne kadar, Nottebohm kararı ve İran- Amerika Ortak Mahkemesi gerçek ve etkin vatandaşlığın diğer devlet vatandaşlığına üstün tutulması gerektiğini belirtse de, davacıların dayandığı İran-Amerika Mahkemesi A/18 numaralı kararında gerçek ve etkin vatandaşlık ilkesine önemli bir istisna getirilmiştir: "*açık bir istisnanın varlığı halinde, bu ilke uygulanmaz.*" ICSID Konvansiyonu m. 25/2-a'ya göre, aynı zamanda ev sahibi devlet vatandaşı olan çifte tabiiyetli yatırımcılar, ev sahibi devlete karşı

Tabiiyetlerden bir tanesinin, Konvansiyon tarafı devlet tabiiyeti olması, diğerinin ise âkit olmayan devlet tabiiyeti olması durumunda, gerçek yatırımcı âkit devlet tabiiyetine dayalı olarak Merkez tahkimine başvurabilir. Tabiiyetlerden bir tanesinin, âkit olmayan devlet tabiiyeti olması, Merkez tahkimine başvuru önünde bir engel değildir²⁹⁹.

Tabiiyetlerden her ikisinin de âkit devlet tabiiyeti olması halinde, gerçek yatırımcının hangi tabiiyete dayalı olarak Merkez tahkimine başvurması ya da hakem heyetinin hangi tabiiyeti dikkate alması gerektiği Konvansiyonda düzenlenmemiştir.

b. GERÇEK VE ETKİN TABİİYET

ICSID Konvansiyonunda, yatırımcının başvuru hakkına ilişkin olarak gerçek ve etkin tabiiyet şartı aranmamıştır³⁰⁰. Gerçek ve etkin tabiiyet ilkesinin, Merkez kararlarına yansımalarını incelerken, tek tabiiyet ve çifte tabiiyet arasında ayırım yaparak incelemek daha faydalı olur.

Devletler hukukunda, kişinin tek bir vatandaşlığı bulunması durumunda, tabiiyetinde bulunduğu ülke ile gerçek ve etkin bağının bulunması şartının aranması, Uluslar arası Adalet Divanının tartışmalı kararlarından olan Liechtenstein v. Guatemala (Nottebohm) kararından kaynaklanır³⁰¹.

Yatırımcı gerçek kişinin tek tabiiyetinin olduğu hallerde, yatırımcının tabii olduğu devletin, ev sahibi devlet haricinde, Konvansiyon tarafı devlet olması; yani diğer âkit devlet olması, yatırımcı açısından Merkezin kişi bakımından yetkisinin oluşumu için yeterlidir. Tek tabiiyet halinde, ortaya çıkabilecek bir sorun,

ICSID korumasından ayırık tutulmuşlardır. ICSID Konvansiyonundaki bu açık kural karşısında, gerçek ve etkin vatandaşlık kuralının uygulama alanı yoktur.

²⁹⁹ Sinclair, A. C., Case Comment, s. 195; Sinclair, A. C, Nationality, s. 97

³⁰⁰ ICSID Konvansiyonunun amacı kesinlikle çifte vatandaşlığı haiz gerçek kişilerin başvurusunu engellemek değildir. 1964'te Konvansiyonun taslağına ilişkin görüşmelerde, bir delege etkin tabiiyet şartının yetki düzenlemesine eklenmesini önerdiyse de, bu Konvansiyon hükümlerine yansımamıştır. Sinclair, A.C, agm, s. 195.

³⁰¹ Nomer, E., Vatandaşlık, s. 12 d. 17 , s. 37 d. 61.

yatırımcının, sırf ev sahibi devlet aleyhine Merkez tahkimine başvurabilmek amacıyla, diğer âkit devlet tabiiyetine geçmesidir. Devletler Hukukunda böyle bir durumla, Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta karşılaşılmıştır³⁰². Uyuşmazlıkta, devlet, başka bir devletin fiilleri dolayısıyla, vatandaşının uğradığı haksız fiil nedeniyle, diplomatik koruma yoluna başvurmuştur. Uluslararası Adalet Divanı önündeki yargılama sürecini önemli kılan, gerçek kişinin daha önceden aleyhine diplomatik koruma yoluna başvuru devlet vatandaş olması ve diplomatik koruma yoluna başvuru devletin vatandaşlığının, sırf eskiden tabiiyetinde bulunduğu devlete karşı hukuki koruma sağlamak amacıyla kazanılmasının söz konusu olmasıdır³⁰³. Gerçekten de, uyuşmazlıkta diplomatik koruma hakkının temelinde yer alan, uluslararası hukuka aykırı fiilin mağduru gerçek kişi ile vatandaş olduğu devlet arasında sosyal, ekonomik, kültürel anlamda çok zayıf bir bağ vardır, kişinin bu devlette bulunma süresi doldukça kısadır; diğer taraftan eskiden tabiiyetinde olduğu ve aleyhine diplomatik koruma yoluna başvuru devlet ile ise güçlü bağları vardır; sözkonusu gerçek kişinin, bütün malvarlığı, aile ilişkileri burada yer almaktadır ve hayatının önemli bir bölümü

³⁰²Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, E.T: 13.04.2011.

³⁰³Amerasinghe, C. F., Diplomatic Protection, s. 92: Devletin bir kişiye vatandaşlık bahsetme hakkı mutlak değildir. Bu, Uluslararası Daimi Adalet Divanının Tunus ve Fas Tabiiyet Belgelerine ilişkin Kararında açıkça belirtilmiştir. Devletin vatandaşlık bahsetme hakkına ve bu hakkın tanınmasına ilişkin önemli bir karar da, gerçek kişilerin vatandaşlığının inceleme konusu olduğu, uluslararası mahkemelerin / tahkim heyetlerinin önündeki hemen hemen her uyuşmazlıkta, vatandaşlığın tesbitine ilişkin ilkeler getiren Nottebohm kararıdır..Diplomatik koruma ve uluslararası kazai merciler için koşul olan vatandaşlık, vatandaşlığa alınma işleminin başka ülke tarafından tanınmaması, bir ülke tarafından kişiye bahşedilen vatandaşlığa dayanılarak kişiyi, başka bir ülkeye karşı koruma altına almanın şartları, vatandaşlığın gerçek ve etkin niteliği, vatandaşlığa alınan kişi ile vatandaşlığa alan devlet arasındaki gerçek bağlantı konularının ağırlıklı olarak tartışıldığı Nottebohm kararı olarak anılan Uluslararası Adalet Divanı Kararı, Liechtenstein v. Guatemala davası (1951) sonucunda verilmiştir. Friedrich Nottebohm, doğumla Alman vatandaşlığını kazanmış, ancak daha sonradan Liechtenstein vatandaşlığını iktisap etmiş bir gerçek kişidir ve Guatemala'da yaşamaktadır. Nottebohm, İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve sırasında, düşman askerlerine yardım ettiği gerekçesiyle tutuklanmış, ülkeden çıkarılmış, İngiltere ve Amerika tarafından kara listeye alınmış, evi bu süre zarfında defalarca aranmış, kendisinin ve ortaklarının hayatı mercer altına alınmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın çıkmasından sonra ve maruz kaldığı bu tür olaylar nedeniyle, Nottebohm, 1939 yılında Liechtenstein vatandaşlığına başvurmuştur. Vatandaşlığa alınma ile ilgili hükümler içeren 1934 tarihli Liechtenstein yasasına göre; vatandaşlığa alınma işlemiyle kişi, Liechtenstein prensliğine tabi kişilerin oluşturduğu bir teşekküle katılma taahhüdü verecek, kişi vatandaşlığa alınmakla önceki vatandaşlığını kaybedecektir. Başvuran, Liechtenstein'da en az 3 sene mukim olacaktır, Kanunda ikamet şartı mutlak olmayıp, bazı durumlarda gözardı edilebileceğine dair hüküm de yer almaktadır. Nottebohm da, yetkili mercilerle vergi anlaşması yapmış ve vatandaşlığa alınma işlemi için belli miktar ödemede bulunmuştur.

eskiden tabiiyetinde bulunduğu devlette geçmiştir³⁰⁴. Dolayısıyla, şeklen diplomatik koruma hakkının şartları gerçekleşmiş olmakla birlikte³⁰⁵, diplomatik koruma hakkının kötüye kullanılması söz konusudur³⁰⁶. Uluslararası Adalet Divanı konuyu gerçek ve etkin vatandaşlık kapsamında değerlendirmiştir³⁰⁷. Karar, Merkez tahkim

³⁰⁴ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C. J. Reports 1955, s. 5 vd. Friedrich Nottebohm'un Guatemala, Almanya ve Liechtenstein ile ilişkilerini kısaca özetleyelim. Nottebohm doğumla Alman vatandaşlığını iktisap etmişti ve Liechtenstein vatandaşlığı için başvurduğu Ekim 1930'da da Alman vatandaşlığı devam etmekteydi. 1905 yılında Guatemala'ya yerleşti ve ticaret, bankacılık ve ziraate ilişkin tüm aktivitelerinin merkezini de bu ülkede oluşturdu, 1937'de de aile şirketinin başına geçti. 1912'den sonra Almanya'ya iş seyahatlerine ve diğer ülkelere seyahatlere çıktı. Bunun dışında Liechtensteinde yaşayan kardeşini birkaç kez ziyarete gitti. Nottebohm'un bütün akrabaları Almanya ve Liechtenstein'dadır. Ayrıca halihazırdaki ihtilafın temelini oluşturan olayların vukuuna kadar Guatemala'da sabit ikametgah sahibiydi. 1939 yılında Guatemala'yı terk etti ve İkinci Dünya Savaşının patlak vermesinden bir ay sonra, Liechtenstein vatandaşlığına başvurdu. Nottebohm, Liechtenstein vatandaşlığını kazanmasıyla, Alman vatandaşlığını kaybetti.

³⁰⁵ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955 s. 16 vd. İhtilaf konusu olayda, Liechtenstein yasalarına uygun olarak, Nottebohm, Liechtenstein vatandaşlığını iktisap etmiş ve Alman vatandaşlığını kaybetmiştir. Dolayısıyla, diplomatik koruma hakkının vatandaşlığa ilişkin şartı şeklen de olsa gerçekleşmiştir. Divan şu sorunun yanıtını aramıştır: Liechtenstein'in vatandaşlık bahşetmesi, Guatemala'ya bunun sonuçlarını tanıma yükümlülüğü yükler mi? Başka bir ifadeyle, Liechtenstein'in tek taraflı bir işlemi, Guatemala'ya karşı Nottebohm'u koruma hakkı verir mi? Divan, bu soruları, Liechtenstein Yasasını dikkate almadan irdelemiştir; çünkü Divanın araştırdığı konu, Nottebohm'a vatandaşlık verilirken, Liechtenstein'in vatandaşlık düzenlemelerine uyulup uyulmadığı değildir. Vatandaşlık düzenlemelerine uygun olarak vatandaşlık bahşedildiği takdirde dahi, Guatemala'nın sözkonusu vatandaşlığı tanımak zorunda olup olmadığıdır ve diplomatik koruma hakkının şartlarının gerçekleştiği hallerde dahi, Divanın bu başvuruyu kabul etmek zorunda olup olmadığıdır.

³⁰⁶ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, s. 12. Guatemala devleti, Nottebohm'un, esas amacının düşman ülke vatandaşlığından (Nazi Almanyası) çıkıp, tarafsız ülke vatandaşlığına geçmek olduğunu, dolayısıyla, Liechtenstein ile Nottebohm arasında gerçek anlamda bir vatandaşlık bağı olmadığını, Nottebohm'un Liechtenstein yasalarına göre de, halen Alman vatandaşı olduğunu, vatandaşlık iktisabının genel kabul görmüş ilkelere uygun yapılmadığını, Guatemala'ya tarafsız bir ülkenin vatandaşı olarak dönmek amacıyla Liechtenstein vatandaşlığını iktisap ettiğini, bu iktisabın Liechtenstein ile gerçek bir bağ kurmaktan çok, hileli bir iktisap olduğunu, dolayısıyla Liechtenstein'in kendi vatandaşı olmayan Nottebohm için Uluslararası Daimi Adalet Divanına yaptığı başvurunun kabul edilebilir olmadığını savunmuştur.

³⁰⁷ Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, s. 20-21. Karara göre "Vatandaşlık devletin ulusal kaza hakkı dahilindedir, vatandaşlığın iktisabı ile ilgili hükümleri, kendi belirleyebilir. Ancak, Divan'ın karar vermesi gereken husus, Liechtenstein'in hukuki sistemine ilişkin değildir. Diplomatik koruma yoluna başvurmak, birini uluslararası hukuk düzeyine çıkarmaktır. Uluslararası hukuk tatbikatında, ilgili kişi ile vatandaşlığı sözkonusu olan devletlerden biri ile daha güçlü somut bağlara dayalı, gerçek ve etkili vatandaşlığa üstünlük tanınır. İlgili kişinin meskeni, ticari hayatının merkezi, aile bağları, toplum hayatına katılımı, bir ülkeye bağlılığı, çocuklarını yetiştirme tarzı gibi somut vakalar örnek olarak gösterilebilir... Vatandaşlığa ilişkin uluslararası düzeydeki bu şartlar, hiçbir şekilde, uluslararası hukukun, devletlerin vatandaşlığa ilişkin kuralları kendileri belirleyeceği kuralıyla çelişmez... Ancak devletle birey arasında gerçek bir bağlantı olmadan vatandaşlık bahşedilmesinin diğer ülkelerce tanınmak zorunda olduğu da, hiçbir devlet tarafından iddia edilemez. Halihazırdaki ihtilafda Nottebohm'un aile ilişkileri, iş hayatı Liechtenstein'da değildir,

süreçlerinde de, gerçek ve etkin vatandaşlık kapsamında atf yapılan kararlardandır.

Gerçek ve etkin tabiiyet, Uluslararası Adalet Divanı önünde ilk defa bu kararda ortaya çıkmış bir kavram değildir. Karardan önce de, çifte tabiiyet hallerinde kullanılmaktaydı. Gerçek ve etkin tabiiyet ilkesi, iki ayrı tabiiyetin, bir kişi üzerinde toplandığı, bir üçüncü devlet mahkemesinin veya bir milletlerarası mahkemenin ilgili kişinin şahsi statüsünü tayin etmek veya bir milletlerarası mahkemeye müracaata ehil olup olmadığını kararlaştırmak gibi belli maksatlarla, bu iki tabiiyet arasında bir seçim yapmak zorunluluğu ile karşılaşıldığı hallerde kullanılmakta idi. Bu durumda milli ya da milletlerarası mahkemeler çatışan iki tabiiyetten “gerçek” olanını seçmekteydiler³⁰⁸. Uluslararası Adalet Divanının sözkonusu bu kararına kadar, gerçeklik ilkesi sadece kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda uygulanmakta idi³⁰⁹.

Kararda, esas alınan gerçek ve etkin tabiiyet ilkesi iki yönlü eleştirilebilir: Bu

hatta Liechtenstein ile arasında çok zayıf bir bağ vardır. Vatandaşlık iktisabından sonra Nottebohm Guatemala'ya dönmüş, iş ilişkilerine hayatına orada devam etmiştir. Liechtenstein'in gelenek ve göreneklerini iktisap etmemiş, ticari faaliyetlerini, ailesini Liechtenstein'a taşımamıştır, vatandaşlık iktisabı daha çok tarafsız bir devlet olan Liechtenstein'in korumasından yararlanmak için olmuştur. Bu şartlar altında bahsedilmiş bir vatandaşlığı, Guatemala'nın tanıma yükümlülüğü yoktur. Sonuç itibarıyla, Liechtenstein'in Nottebohm'u koruma altına almaya hakkı yoktur. Bu nedenlerle Divan, Liechtenstein'in başvurusunu, oyçokluğuyla, kabul edilebilir bulmamıştır.”

³⁰⁸ Milli ve milletlerarası mahkeme içtihatlarında yerleşen bu eğilim 1930 tarihli La Haye Sözleşmesi 5. maddede de yer almıştır. UNAT, I., Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.

³⁰⁹ UNAT, I., age, s. 15 vd. Gerçek ve etkin tabiiyet, çifte vatandaşlık hallerinde, kişinin gerçek vatandaşlığını tesbit etmek amacıyla uygulanmaktaydı; yani kişinin hangi devlet ile daha güçlü bağı varsa, o devletin vatandaşlığını tercih edilmekteydi. Ancak Divan, Nottebohm kararında, gerçek ve etkin tabiiyet ilkesini, tek tabiiyet halinde uygulamıştır. Burada, gerçek ve etkin tabiiyet ilkesinin, tek tabiiyet halinde de tartışılması bazı soruları akla getirmiştir: Divan, tabiiyetin gerçekliği ilkesini tek tabiiyeti bulunan kişiye neden taşımıştır? Divan, güçlü bir vatandaşlık bağına neden aramıştır? Vatandaşlığın milletlerarası hukukta kabul edilebilir olmasını, kişinin tabiiyetinde bulunduğu devletle kişisel, ailevi bağlarının sıkı olması, ikâmetgah, mesken, iş ilişkilerinin sözkonusu ülkede bulunması gibi hayat ilişkilerinin merkezinin, kişinin vatandaşı olduğu ülkede bulunmasını arayan Divanın amacı vatandaşlık hukukuna ilişkin teorik bir tartışma yaratmaktan ibaret değildir. Divanın irdelediği aslında şudur: Nottebohm Alman vatandaşlığından çıkıp, Liechtenstein vatandaşlığına geçmekle gerçekten Almanya ile arasındaki bağları koparıp Liechtenstein'da yeni bir hayat kurmayı mı amaçlamıştır yoksa amacı tarafsız bir ülke vatandaşlığına geçip ABD, Guatemala, İngiltere gibi İkinci Dünya Savaşında Almanya'nın karşı cephesinde yer alan ülkelerin takibinden, mallarının müsaderesinden ve düşman devlet vatandaşı olarak muamele görmekten kurtulmak mıdır? Burada ağır basan, Nottebohm'un Liechtenstein vatandaşlığını kazanma iradesinden ziyade, düşman devlet vatandaşlığından kurtulmaktır; nitekim Divan da, sonuçta, Liechtenstein'in başvurusunu, esas olarak, Nottebohm ile Liechtenstein arasında gerçek bir tabiiyet bağına olmaması gerekçesiyle reddetmiştir.

tartışmalardan birincisi, tek tabiiyet hallerinde gerçek ve etkin tabiiyet kriterinin kullanılmasının isabetli olup olmadığı; ikincisi, kararda esas ihlal edilen ilkenin, gerçek ve etkin tabiiyet değil; kanuna karşı hile³¹⁰ veya hakkın kötüye kullanılması olduğu yönündedir³¹¹. Divan, kararını tüm unsurlarıyla oluşmayan kanuna karşı hile kurumuna dayandırmamış; fakat diplomatik himayeden yararlanmak için edindiği yeni vatandaşlık statüsünü “tabiiyetin gerçekliği” ilkesine dayandırarak reddetmiş, Guatemala'ya karşı ileri sürülebilir bulmamıştır.

Kanaatimizce, Divanın kararında tartışılan ve Merkez tahkiminde de sıkça atf yapılan “tabiiyetin gerçekliği” ilkesinin esas dayanağı, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Divanın sözkonusu kararını sadece tabiiyetin gerçekliğine ilişkin teorik bir tartışmaya indirgemek kanaatimizce isabetli değildir. Çok tabiiyet hallerinde kullanılan tabiiyetin gerçekliği ilkesine, tek tabiiyet halinde başvuran ve diplomatik koruma hakkının kullanılmasını engelleyen Divanın esas dayanağı dürüstlük kuralının ihlalidir. Sonuç olarak, kanaatimizce, kararın özünü oluşturan vatandaşlık hukukuna ait bir kavram olan tabiiyetin gerçekliği değil; gerçek tabiiyet ilkesinin uygulanarak, hakkın kötüye kullanımının önlenmesidir³¹².

³¹⁰ NOMER, E. – ŞANLI, C., Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2003, s. 125 vd., ÇELİKEL, A., ERDEM, B.B., Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2012 s. 95 vd.:*Kanuna karşı hile ile uygulanması gerekli olan, fakat ilgili tarafın istemediği bir hukuk kaidesini bertaraf etmek maksadıyla yapılan bir davranış ifade edilir. Bir muamelede kanuna karşı hilenin varlığı dört şartın bulunmasıyla anlaşılır: (1) hükmünden kaçınılan bir hukuk kaidesi, (2) kendisinden istifade edilen bir hukuk kaidesi, (3) hileli bir fiil, (4) hile kastı.*BERKİ, O .F., “Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:1 Sayı: 3, s. 406 -432, Ankara, 1943, s. 406 -432: Kişiler, tabii oldukları statünün işlerine gelmeyen bir hükmünü bertaraf etmek münhasır maksadı ile ve yeni statünün icaplarına riayet amacını taşımaksızın statülerini değiştirdikleri zaman kanuna karşı hile gerçekleşmiş olur. ŞANLI, C., Milletlerarası Özel, s. 83, p. 81: Kanuna karşı hile, esasen hukuk kurallarının yasakladığı bir sonucu elde etmek amacıyla, hukuk kurallarının yasaklamadığı başka bir işlemin yapılmasıdır

³¹¹ UNAT, a.g.e, s. 41 dn123: Divan kararında, Nottebohm'un Liechtenstein'ın geleneklerine, yaşam tarzına, yükümlülüklerine bağlanma niyetinde olmadığını, tek amacının sözkonusu devletin koruması altına girmek olduğunu, bu nedenle de başvurusunun kabul edilebilir olmadığına karar vermiştir. Bu ifadede kanuna karşı hile tanımının klâsik unsurları (hileli fiil ve hile kastı) mevcuttur, ancak kanuna karşı hilenin pozitif hukukta belirgin hal almış koşulları bu ifadede bütünüyle yer almamıştır. Gerçekten somut olayda, hükmünden kaçınılan ve dolaylı bir şekilde ihlal edilen bir milletlerarası hukuk kuralı ya da bir Guatemala kanunu yoktur.

³¹² Aynı görüşte bkz: Unat, age, s. 92: “Nottebohm davası ve kararı, devletin tabiiyet konusundaki yetkileri sözkonusu olduğu ölçüde, “kanuna karşı hile”, “hakkın kötüye kullanılması” ve “tabiiyetin gerçekliği” kavramları arasındaki yakın ilişkiyi gün ışığına çıkarmıştır. Tabiiyet izafesiyle ilgili olarak, kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılmasını birbirine bağlayan unsur, her iki kavramın da telsik tasarrufunun illetine (causa) ilişkin davranışları yansıtmalarıdır. Ferdin hileye başvurması halinde de, devletin yetkisini kötüye

Devletler Hukukunda, kişinin tek tabiiyetli olması halinde genel eğilim, kişinin vatansız duruma düşmesini engellemek amacıyla, gerçek ve etkin tabiiyet bağının aranmaması yönündedir³¹³. Merkez tahkiminde de, gerçek kişi yatırımcının tek tabiiyeti olduğu hallerde, ev sahibi devlet, gerçek ve etkin vatandaşlık ilkesine dayanmış³¹⁴; ancak bu yöndeki savunma, tabiiyetin tanınmaması durumunda kişi vatansız duruma düşeceğinden³¹⁵ ve ev sahibi devletin vatandaşlık bahşetme

kullanmasında da, hukuk düzenini bu davranışlara karşı önleyici durum almaya sevkeden husus, telsik tasarrufunun gerçek saikinin objektif sebebiyle, yani tabiiyet bağına doğal olarak taşınması gereken toplumsal-ruhsal muhteva ile kurmak karşılıklı iradesi ile ilgili bulunmamasıdır.”

³¹³ Blackman, J. L., State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law, 19 Mich. J. Int'l L. 1141 (1997-1998), s. 1176; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID ARB(AF)/99/1 (*Feldman v. Mexico*), Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 469 (2003), s. 477 vd. Feldman v. Meksika tahkiminde, ev sahibi devlet Meksika, Amerikan vatandaşı olan Feldman'ın, yaklaşık 30 senedir Meksika'da yaşadığını, ticari ve aile ilişkilerinin Meksika'da olmadığını, dolayısıyla Amerikan vatandaşlığının da gerçek bir vatandaşlık olmadığını savunmuştur. Hakem heyeti ise, ikametnet ziyade vatandaşlığın, diplomatik koruma ve uluslar arası tahkim merkezlerinin yargılama yetkisinde dikkate alınması gerektiğine ve de gerçek vatandaşlığın sadece çifte vatandaşlık hallerine münhasır olduğuna hükmederek, ev sahibi devletin bu yöndeki itirazını reddetmiştir.

³¹⁴ IOAN MICULA, VIOREL MICULA, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. AND S.C. MULTIPACK S.R.L. v. ROMANIA, ICSID Case no ARB/05/20, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf> E.T: 15.04.2011, s. 28 vd. Micula v. Romanya ICSID tahkiminde, ev sahibi devlet Romanya'nın itirazlarından biri, Micula kardeşlerin vatandaşlığına ilişkindi. Romanya, savunmasını Nottebohm kararına dayandırmış, davacıların tâbi olduklarını iddia ettikleri İsveç'le, uzun süreli ve güçlü bağı olmadığını, davacıların tek vatandaşlıklarının bulunmasının Nottebohm davasındaki vatandaşlık testini uygulanmasına engel olmadığını, zira Nottebohm davasında da diplomatik koruma altındaki kişinin tek vatandaşlığı olduğunu ileri sürmüştür. Olayda Iona ve Viorel Micula kardeşler, Romanya vatandaşı iken, İsveç vatandaşlığına başvurmuştur. Iona Micula İsveç vatandaşı ile evlidir, vatandaşlık başvurusu İsveç makamlarınca kabul edilmiştir. Viorel Micula'nın başvurusu ise üç kez reddedilmiş, sonuçta İsveç göçmenlik bürosuna yaptığı başvuru kabul edilmiş, 1988'den beri süregelen uğraşları sonucu 1995 yılında İsveç vatandaşlığına geçmiştir.

³¹⁵ IOAN MICULA, VIOREL MICULA, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. AND S.C. MULTIPACK S.R.L. v. ROMANIA, ICSID Case no ARB/05/20, s. 35 vd. Romanya'nın itirazının bir diğer boyutu da, davacıların İsveç vatandaşlığında olmalarına rağmen, Romanya ile daha sıkı ilişkiler içerisinde olmaları ve bu nedenle, İsveç vatandaşlığının Romanya'ya karşı ileri sürülemeyeceğiydi. Tahkim heyeti, davacıların Romanya vatandaşlığından çıktıklarını, İsveç tabiiyetinde olduklarını tesbit ettikten sonra, Romanya'nın “ileri sürülemezlik” iddiasını değerlendirmiştir. Tahkim heyeti, Nottebohm kararının burada uygulama bulup bulamayacağını irdelemiş, davacıların İsveç'le gerçek ve etkin bir bağının olmaması, Romanya'yla gerçek ve etkin bağının olması itirazlarını irdelemiş ve sonuçta davacıların tek bir vatandaşlığının olması, bu vatandaşlığın kabul edilmemesi halinde vatansız duruma düşme ihtimali; ayrıca ICSID' te gerçek ve etkin vatandaşlık şartı aranmadığı gerekçeleriyle, Romanya'nın bu yöndeki itirazını kabul etmemiştir.

işleminin geçerli olduğuna karar verilmiştir³¹⁶.

Devletler Hukukunda, çifte tabiiyet hallerinde etkin ve gerçek tabiiyet ilkesine başvurulmaktadır. Merkez tahkiminde de ev sahibi devletler, çifte tabiiyet hallerinde, yatırımcının gerçek ve etkin tabiiyetinin farklı olduğu savunmasını yapmışlardır³¹⁷. Ancak Merkez tahkiminde hakem heyetleri etkin ve gerçek tabiiyetin Konvansiyon m. 25/2(a)'da yer alan bir şart olmadığını belirtmişler³¹⁸; başka bir deyişle, gerçek kişi yatırımcının tabiiyetinin etkin ve gerçek tabiiyet olmadığı gerekçesiyle, başvurusu reddedilmemiş veyahut yetkisizlik kararı verilmemiştir³¹⁹.

³¹⁶ IOAN MICULA, VIOREL MICULA, S.C. EUROPEAN FOOD S.A., S.C. STARMILL S.R.L. AND S.C. MULTIPACK S.R.L. v. ROMANIA, ICSID Case no ARB/05/20, Karar s. 30, p. 95.

³¹⁷ Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB/07/20), 14.07.2010 t. Kararı, s. 19, vd., Söz konusu tahkim süreci, hem Ürdün hem de Hollanda tabiiyetindeki Saba Fakes, Türkiye aleyhine, Hollanda – Türkiye yatırım andlaşmasına dayalı olarak Merkeze başvuru yapmasıyla başlar. İhtilaf, ev sahibi devletin Hollanda – Türkiye yatırım andlaşmasının, aralarında hakkaniyet ve nisfete uygun muamele yükümlülüğü ve yatırımcının Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ 'deki yatırımının kamulaştırılmasını da içerir bir dizi hükümlerinin ihlal edildiği iddiasına dayanır. Ev sahibi devlet, davacının Hollanda ve Ürdün vatandaşlıklarına itiraz etmemekle birlikte, davacının Hollanda vatandaşlığının etkin olmadığını, Uluslararası Adalet Divanının Nottebohm kararında da belirtildiği üzere, "etkin vatandaşlığın" araştırılması ve bu vatandaşlığın dikkate alınması gerektiğini iddia ederek, davanın *jurisdictio ratione personae* bakımından reddini talep etmiştir.

³¹⁸ Mr. Eudoro Armando Olguin v. Paraguay, ICSID (ARB 98/5) 26.07.2001 T. Kararı, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 02.08.2013, s. 181 vd.; Sinclair, A.C, Case Comment, s. 195. Hakem heyeti, çifte tabiiyeti haiz Olguin'in, Peru tabiiyetinin etkin olup olmadığını incelemiş ve her iki tabiiyetin de etkin olduğuna karar vermiştir. Etkin tabiiyet testi, iki tabiiyetten bir tanesinin tercihini zorunlu kılar. Burada her iki tabiiyetin de etkin olması ile kastedilen, kanaatimizce, Olguin'in, sırf Merkez tahkimine başvuru yolunu açabilmek amacıyla Peru tabiiyetine geçmemiş olmasıdır. Etkin tabiiyet, kişinin birden fazla tabiiyeti bulunması halinde, bunlardan daha sıkı bağlantılı olanı seçmekte kullanılan bir teoridir: Nomer, E., *Vatandaşlık*, s. 35 vd: "*Birden fazla vatandaşlık durumunda, doktrinde hakim olan çözüm üzerinde kısa da olsa durmak gerekir. Bu çözüm, birden fazla vatandaşlık arasında gerçek vatandaşlığı tesbit eder. Zira "vatandaşlık, temelinde bir toplumsal bağlılık vak'ası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte, gerçek (effective-genuine) bir varlık, menfaat, ilgi ve duyguların dayanışması yatan" bir bağlıdır. Bu bakımdan birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişinin, bu anlamda gerçek vatandaşlığını dikkate almak gerekir.* Halbuki Olguin v. Paraguay tahkiminde bir seçim yapılmamıştır; dolayısıyla burada hakem heyetinin Peru tabiiyetinin diğer tabiiyete nazaran etkin olduğuna karar verdiğini söylemek doğru olmaz; dolayısıyla gerçek ve etkin tabiiyet teorisi doğrultusunda iki tabiiyet arasında bir seçim yaptığını söyleyemeyiz. Sonuç olarak, kanaatimizce, hakem heyeti, bu incelemeyi, davacının Peru tabiiyetini kazanmasının, Merkez tahkimine başvuru yolunu açmak amacı taşıyıp taşımadığını tesbit amacıyla yapmıştır.

³¹⁹ Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 931, Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09, Yetki Kararı, p. 16 Saba Fakes v. Türkiye Kararı s. 21 vd: Hakem heyetine göre, Konvansiyonda gerçek ve etkin vatandaşlık şartı aranmamıştır; sadece yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşı olmaması ve diğer âkit devlet vatandaşı olması şartları aranmıştır. Saba Fakes küçüklüğünden beri Hollanda vatandaşıdır, dolayısıyla hem

Çifte vatandaşlık halinde, davacının ev sahibi devlet vatandaşı olmaması ve vatandaşlıklarından her ikisinin de Konvansiyon tarafı devlet vatandaşlığı olması şartıyla, davacı talebini ileri sürerken istediği vatandaşlığı ileri sürebilir.

c. TABİİYETİN SÜREKLİLİĞİ

Tabiiyetin sürekliliği, bir devletin kendi tebaası lehine diplomatik koruma yoluna başvurabilmesi için, zarar gören kişinin, uluslar arası hukuka göre haksız fiilin işlenmesinden diplomatik koruma yoluna başvuruluncaya kadar, ilgili devletin tabiiyetinde olmasını ifade eden ilkedir³²⁰. Bu durumda, bir devletin diplomatik koruma yoluna başvurabilmesi için, tabiiyetin sürekliliği çerçevesinde ilk şart, uluslar arası hukuka göre haksız bir fiil neticesinde zarar gören kişinin başvuran devlet tabiiyetinde olması³²¹; ikinci şart kişinin, sözkonusu tabiiyeti en azından, tabii olduğu devlet, diplomatik koruma yoluna başvuruncaya kadar muhafaza etmesidir³²². ICSID Konvansiyonu m. 25'te, yatırımcının tabiiyetinin sürekliliğine ilişkin bir şart yer

ICSID Konvansiyonu hem de Hollanda – Türkiye yatırım anlaşması bakımından vatandaşlığa ilişkin şart yerine getirilmiştir. Hakem heyeti, yargılama sonucunda, ihtilafın Merkezin yetkisi dışında kaldığına hükmetse de, *jurisdictio ratione personae* / kişi bakımından yetkili olduğu sonucuna varmıştır

³²⁰ Dumberry, P., *Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession*, Nordic Journal of International Law 76 (2007), Leiden, s. 153.

³²¹ Mendelsson, M., *The Runaway Train: "The Continuous Nationality Rule" From The Panevezys-Saldutiskis Railway Case to Loewen*, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Ed. Todd Weiler, 2005, s. 101; Luy, R.A, Love, B., *Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration*, Investment Treaty Law, Current Issues III, Ed. Andrea K. Bjorklund, Ian A. Laird, Sergey Ripinsky, Londra, 2009, s. 199. Tabiiyetin sürekliliği ilkesi konusunda, öncü kararlardan olan, Uluslararası Daimi Adalet Divanının, 28.02.1939 tarihli Panevezys-Saldutiskis Railway Kararında (Estonya –v. Litvanya, PCIJ A/B 76, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf, E.T: 13.09.2013), zarar gören kişinin, diplomatik koruma yoluna başvuran devletin tabiiyetinde olmasına ilişkin şarta ilaveten, ilk defa olarak, zarar gören kişinin, uluslararası hukuka aykırı fiilin meydana geldiği tarihte de, başvuran devletin tabiiyetinde olması şartı getirilmiştir. Uyuşmazlık konusu olay, kısaca şu şekilde cereyan etmiştir: Çarlık Rusyasında kurulu ve Panevezys'ten Saldutiskis'e kadar demir yolu hattı döşeyen şirketin, Rusya'daki iç karışıklıklar ve Birinci Dünya Savaşı sebebiyle Litvanya'ya katılan bölgedeki ray hattı, Litvanya tarafından kamulaştırılmıştır. Rusya'daki şirketin halefi olduğunu iddia eden Estonya'da kurulu şirketin el koyma nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle, Estonya Litvanya'ya karşı diplomatik koruma yoluna başvurmuştur.

³²² Zarar gören kişinin, karar verilmeye kadar, başvuran devletin tabiiyetinde olmasına ilişkin görüşler olduğu gibi; diplomatik koruma çerçevesinde, tabiiyet kavramının değişmesine bağlı olarak, artık tabiiyetin sürekliliği şartının aranmaması gerektiği yönünde görüşler de vardır. Bknz: Dumberry, P., agm, s. 154 vd.

almamakla birlikte, yatırımcının dayandığı ikili veya çok taraflı devletlerarası anlaşmada, tabiiyetin sürekliliği şartı aranabilir³²³. Bu halde, hem zararın oluştuğu hem de Merkez tahkimine başvurulduğu tarihte, başvuran gerçek ya da tüzel kişinin, diğer âkit devlet vatandaşı olması gerekir. Ancak, yatırımcının dayandığı anlaşmada böyle bir şartın olmaması halinde, ICSID Konvansiyonu m. 25/2'nin yorumu ve maddenin tabiiyetin sürekliliği şartını taşıyıp taşımadığı önem kazanmaktadır. Konvansiyon m. 25/2, gerçek kişilerin tabiiyetinde iki önemli tarihi öngörmektedir. Gerçek kişinin, Merkez tahkimine rızanın verildiği tarihte ve Merkez tahkimine başvurunun yapıldığı tarihte diğer âkit devlet vatandaşlığını haiz olması gerekir. Madde düzenlemesi, sözkonusu iki tarihte, başvuran gerçek kişinin diğer âkit devlet vatandaşı olmasını aramakla birlikte, belirtilen tarihler arasında, gerçek kişinin tabiiyetinin ne olması gerektiği konusunda bir açıklık taşımamaktadır. Ayrıca, tahkime başvurunun yapılmasından sonra da, başvuran gerçek kişinin, vatandaşlığını muhafazası konusunda bir şart da yoktur. Maddenin lafzından, gerçek kişilere yönelik, tabiiyetin sürekliliğine ilişkin bir şartın varlığını çıkartamıyoruz. Tüzel kişilere ilişkin olarak, maddenin tabiiyetin sürekliliğine ilişkin bir şart taşıyıp taşımadığına baktığımızda ise, Konvansiyon m. 25/2'nin, başvuran tüzel kişi şirketin, tek bir tarihte; Merkez tahkimine rızanın verildiği tarihte diğer âkit devlet vatandaşı olması şartını aradığını görüyoruz. Konvansiyon hem gerçek hem de tüzel kişiler için belirli tarihlerde ev sahibi devlet tabiiyetinde olmamasını ve diğer âkit devlet tabiiyetinde olmasını aramıştır; genel kabul de³²⁴, Konvansiyon m. 25/2'nin tabiiyetin sürekliliğini aramadığı yönündedir³²⁵.

³²³ Mendelson, M., agm, s. 123.

³²⁴ Mendelson, Nationality, s. 127; Acconci, P., Is There Room For Customary Law In International Law On Foreign Investments? The Requirement of Continuous Corporate Nationality in the Loewen Case, http://www.biiicl.org/files/954_acconci_comment_on_the_loewen_case_may_2005.pdf, E.T: 12.09.2013, s. 7 vd., Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 78 vd. Merkezin, Ek Mekanizma kurallarına göre yürüttüğü, The **Loewen** Group, Inc. and Raymond L. **Loewen** v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3) yargılamasında, başvuran tüzel kişinin tabiiyetinin sürekli olmamasına binaen, hakem heyeti yetkili olmadığına karar vermiştir. ICSID Konvansiyonu kurallarına tabi olarak yürütülen bir tahkim olsaydı, ICSID Konvansiyonu m. 25 düzenlemesinde, tüzel kişi şirketin tek bir tarihte diğer âkit devlet tabiiyetinde olmasını arayan şart karşısında, hakem heyeti, bir görüşe göre, tabiiyetin sürekliliği şartını muhtemelen aramayacaktı. Bknz: Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 940,d. 51.

³²⁵ Mendelson, Nationality, s. 127-129.

E. TÜZEL KİŞİLER BAKIMINDAN MERKEZİN YETKİSİ

ICSID Konvansiyonu, tüzel kişi kavramını açıklamadığı gibi, tüzel kişinin vatandaşlığının hangi kriterlere göre tesbit edilmesi gerektiğini de belirtmez³²⁶. Ancak, Konvansiyon m. 25/2’de geçen tüzel kişilik ifadesinden, bir adi ortaklıktan değil; bir hukuk düzeni içerisinde hak ve fiil ehliyeti kazanmış bir yapılanmadan bahsedildiğini anlıyoruz. Tüzel kişiliği haiz olmayan adi ortaklık şeklindeki yapılanmalar Konvansiyon m. 25/2(b)’nin kapsamı dışındadır³²⁷. Diğer âkit devlet vatandaşı tüzel kişilerden bahseden söz konusu madde, ilgili tüzel kişinin vatandaşlığının nasıl tesbit edileceği konusunda sessiz kalmıştır. Bu nedenle, tüzel kişilerin başvurusunu incelerken, ilk aşamada, davacının “tüzel kişiliği” haiz olmasını, adi ortaklık şeklindeki yapılanmaların tahkime başvurusunun sonuçlarını ve ikinci aşamada da, tüzel kişinin “diğer âkit devlet tabiiyeti” koşulunu sağlaması şartını inceleyeceğiz.

1. ICSID’İN KİŞİ BAKIMINDAN YETKİSİ KAPSAMINDA YATIRIMCI ŞİRKETİN TÜZEL KİŞİLİĞİ HAİZ OLMASI

ICSID Konvansiyonu m. 25/(1) “diğer âkit devlet vatandaşı” demektedir; madde 25/(2)’de de “diğer âkit devlet vatandaşı” ile ne kastedildiği açıklanmaktadır. Buna göre, diğer âkit devlet vatandaşı (a) gerçek ve (b) tüzel kişileri kapsar. Dolayısıyla, herhangi bir devletin hukuki düzenlemesine göre, tüzel kişiliği olmayan bir şirketler topluluğunun, taraf olduğu uyuşmazlıkların halli, ICSID’in yetkisi dışındadır. Bu durumda tüzel kişiliği olmayan toplulukların, ICSID’e başvurusu nasıl olacaktır? Konvansiyon m. 25/1’den anlaşılan, sadece gerçek ya da tüzel kişilerin davacı sıfatıyla ICSID tahkiminde yer alabilecekleridir. Maddenin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, adi ortaklığın davacı sıfatıyla yer alamayacağıdır. Sözleşme tarafının adi ortaklık olması halinde, başvuruyu kim yapacaktır? Adi ortaklıktaki ortaklar kendi nam ve hesabına ya da adi ortaklık adına başvuru yapabilirler mi? Bu hususu adi ortaklığın ve ortaklarının başvurusu açısından inceleyelim.

³²⁶ Sinclair, A.C, Nationality, s. 101.

³²⁷ Molinuevo, M., age, s. 40.

2. TÜZEL KİŞİLİĞİ HAİZ OLMAYAN YATIRIMCI ŞİRKETİN ICSID TAHKİMİNE BAŞVURUSU

Konvansiyon m. 25'te açıkça yer alan, "tüzel kişi" ve "gerçek kişi"ler ifadesi nedeniyle, ICSID tahkimine, "Adi ortaklığın" başvurduğu ender kararlardan biri, Consortium Groupement L.E.S.I.–DIPENTA v. Cezayir davasıdır³²⁸. Tahkim sürecinde Cezayir'in itirazları arasında yetki itirazı da yer alır. Tahkim heyeti, aktif husumet itirazını; yani şirketlerin davacı olup olamayacağına ilişkin itirazı, İtalyan hukukuna göre incelemiş ve davacı konsorsiyumun tüzel kişiliği olup olmadığını araştırmıştır. Hakem heyeti, Konsorsiyumun tabi olduğu İtalyan Hukukuna göre, tüzel kişiliği haiz olmadığı, hak ve borçlara ehil olamayacağı sonucuna varmıştır³²⁹. Hakem heyeti bu nedenle, imtiyaz sözleşmesine taraf Konsorsiyumu oluşturan şirketlerin ayrı ayrı başvurması gerektiğini, Konsorsiyum tarafından sunulan tahkim talebinin, aktif husumet eksikliği nedeniyle kabul edilebilir olmadığını ve bu nedenle de ICSID'in yetkisi dışında olduğuna karar vermiştir³³⁰.

³²⁸ Consortium Groupement L.E.S.I.–DIPENTA v. Algeria, (ICSID Case No. ARB/03/8), www.icsid.worldbank.org E.T: 05.01.2012; Uyuşmazlık, Cezayir Milli Barajlar Kurumu ile bir konsorsiyum altında organize olmuş, İtalyan şirketleri L.E.S.I ve DİPENTA şirketlerinin akdettiği, Cezayir'in Bouira bölgesinde baraj inşasına ilişkin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanır. Konsorsiyumu oluşturan şirketlere göre, bölgedeki güvenlik zaafiyeti nedeniyle yatırımları atıl kalmış, Cezayir devleti de, davacıların yatırımlarını korumaktan aciz kalmıştır. Cezayir devleti, imtiyaz sözleşmesini mücbir sebep nedeniyle feshetmiş ve tazminat ödemeyi de kabul etmiş, ancak taraflar tazminat miktarı üzerinde anlaşamamışlardır. Bu nedenle Roma'da kayıtlı olan Konsorsiyum, 03.02.2003 tarihinde, 1991'de akdedilen İtalya – Cezayir Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasındaki tahkim şartına dayanarak ICSID'e başvurmuştur.

³²⁹ Consortium Groupement L.E.S.I.–DIPENTA v. Algeria s. 38 vd.; İmtiyaz sözleşmesinde, davacı şirketler bir konsorsiyum olarak değil; Lavori Edili Stradali Industriali L.E.S.I S.p.A and Gruppo Dipenta Costruzioni S.p.A. olarak, ayrı ayrı şirketler olarak imza atmışlardır. Bu durumda, İtalyan Medeni Kanunu m. 2602'ye göre bir iç ilişki niteliğinde, basit bir konsorsiyum vardır; üçüncü kişilerle ilişkilerde tanınması gereken yeni bir hukuki özne yoktur. Davacı olarak adı geçen Consortium Groupement L.E.S.I.–DIPENTA, L.E.S.I ve Dipenta şirketlerinden oluşur. Lesi ve Dipenta şirketlerinin konsorsiyum kurduklarına ilişkin noter tasdikli belgeye dayalı olarak Roma Mahkemesi ve Roma Ticaret Odası nezdinde kurulduğuna ilişkin, haklara ve borçlara ehil, davacı ve davalı olabileceğine ilişkin ihtilaf yoktur. Burada, imtiyaz sözleşmesine taraf olan konsorsiyum resmi değildir; sadece iç ilişkiye dayanır ve İtalyan Medeni Kanununa göre de, şirketlerden bağımsız olarak hak ve borçlara ehil değildir, aktif veya pasif husumet ehliyeti de yoktur. İmtiyaz sözleşmesine taraf olan konsorsiyumla, halihazırdaki tahkim sürecini başlatan konsorsiyum özdeş değildir. Kaldı ki, davacı tarafın sunduğu açıklamalarda da, İtalyan hukukuna göre kurulu bu dış / resmi konsorsiyumun gerçek kişi ile tüzel kişi arasında kalan bir üçüncü tür olduğu belirtilmiştir.

³³⁰ L.E.SI – Dipenta v. Cezayir p. 40 -41.

Yatırımcı şirketin, ICSID tahkimine başvurusunun kabul edilebilmesi için tüzel kişiliği haiz olması gerekir. Burada, adi ortaklığı oluşturan paydaşın başvuru hakkı ve başvuru hakkının kapsamının ne olması gerektiği sorusu akla gelebilir. Adi ortaklığı oluşturan paydaş, adi ortaklığı oluşturan diğer paydaşlar adına da hareket edebilir mi? Adi ortaklığı oluşturan gerçek ya da tüzel kişilerin, kendi zararlarıyla sınırlı olarak ICSID tahkimine başvurularında bir engel yoktur; ancak adi ortaklıktaki ortaklardan biri, diğer ortakların ya da tüm ortaklığın toplam zararını kapsayacak şekilde, diğer ortaklar adına, kanaatimizce, başvuru yapamaz. Ortağın, tüm adi ortaklığın zararını tazmini talepli başvurusuna örnek olarak Impregilo v. Pakistan kararını örnek olarak verebiliriz³³¹. Ev sahibi devlet, davacı şirketin talebinin sadece kendi zararıyla sınırlı olması, aksinin kabulünün mükerrer tazminat yola açabileceği³³²; bunun dışında, davacı şirketin, ne ev sahibi devlet hukukuna ne de kaynak devlet hukukuna göre tüzel kişiliği haiz olmadığı; dolayısıyla ICSID tahkimine başvuramayacağı yönünde itirazlarda bulunmuştur³³³.

Hakem heyeti Impregilo'nun çoğunluk paydaş olarak, adi ortaklık niteliğindeki joint venture ortaklık adına başvurusunun ICSID'in kişi bakımından yetkisi dahilinde olup olmadığını, Pakistan'ın itirazları doğrultusunda üç başlık altında incelemiştir: Hakem heyeti, davacı şirketin, adi ortaklık veya adi ortaklığı oluşturan diğer ortaklar lehine başvuru hakkını, adi ortaklık sözleşmesinde yer alan esasa uygulanacak

³³¹ Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan 22.04.2005 t. Yetki Kararı (ICSID Case No. ARB/03/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 22.05.2011, s. 6 vd. Impregilo v. Pakistan davasında, davacı İtalyan menşeli Impregilo şirketi İtalyan – Pakistan İkili Yatırım Andlaşmasına dayanarak dahil bulunduğu GBC joint venture şirketi lehine Merkeze başvurmuştur. GBC şirketi, İsviçre yasalarına göre kurulmuş, İtalyan Impregilo, Alman Ed. Züblin, Fransız Campenon Bernard SGE, Pakistanlı Saadullah Khan ve Nazır adlı toplam 5 şirketten oluşan tüzel kişiliği bulunmayan, bir joint venture ortaklığıdır ve tüzel kişiliği bulunmayan Ghazi Barotha Contractors (kısaca GBC) adlı ortaklık Pakistan'da yatırım faaliyetlerinde bulunmuştur. Impregilo bu oluşum içerisindeki en yüksek paya sahip olan ortak olarak GBC adına Merkez tahkiminde tazminat talebinde bulunmuştur.

³³² Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 26, p. 40; Pakistan, Impregilo'nun taleplerinin, uğradığı zararlar sınırlı olması gerektiğini savunmuştur. Ev sahibi devlete göre, taleplerin bütünüyle kabul edilmesi, temsil edilmeyen joint venture ortaklarının haklarına da hanel getirir: Bu durumda, hem Impregilo'nun, diğer ortaklara tazminattan pay vereceği garanti edilemez, hem de yeni bir dava neticesinde Pakistan'ın mükerrer tazminat ödemesi söz konusu olabilir.

³³³ Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 24, p. 69; Pakistan, Impregilo'nun dahil olduğu joint venture ortaklığın, ne İsviçre ne de Pakistan hukukuna göre tüzel kişiliği haiz olmadığını, bu nedenle Konvansiyon m. 25 kapsamında ICSID'e başvuramayacağını; joint venture'in tüzel kişiliği olsa bile, Impregilo'nun çoğunluk ortak sıfatıyla İtalyan – Pakistan Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasından istifade hakkı olmayan Alman ve Pakistan vatandaşları adına tahkime başvuramayacağını savunmuştur.

hukuka göre değerlendirmiş, konsorsiyumun tüzel kişiliği olmaması nedeniyle ICSID tahkimine başvuramayacağını, davacının da konsorsiyumun tüm zararının tazmini için ICSID tahkimine başvurusunun da kabul edilemeyeceği kanaatine varmıştır³³⁴. Bunun haricinde, hakem heyeti, davacının kendi zararı ile sınırlı olarak ICSID tahkimine başvurabileceği sonucuna varmıştır³³⁵.

Pakistan'ın Impregilo'nun aktif husumet ehliyeti olmadığı yönündeki itirazları ve Impregilo'nun, en yüksek paya sahip ortak olması nedeniyle ortaklık adına talepte bulunabileceği iddiaları neticesinde tahkim heyeti, Impregilo'nun kendi zarar – ziyan talepleri hakkında, bu talepler ortaklıktaki hissesi ile sınırlı kalmak kaydıyla, kişi bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir³³⁶. Hakem heyetinin kararı, adi

³³⁴ Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 42, p. 119; Impregilo'nun, joint venture adına veya diğer ortaklar adına tahkime başvurma yetkisi:Ortaklar, aralarındaki ilişkiye İsviçre hukukunun uygulanacağı hususunda, joint venture sözleşmesinde kararlaştırmışlardır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 530/2 uyarınca söz konusu joint venture, "adi ortaklık"tır, İsviçre hukuka göre, bir tüzel kişiliği yoktur ve kendi adına ve hesabına hukuki sürece katılma yetkisi yoktur. Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 49 – 52, p. 145-153. Aynı şekilde, ilgili joint venture ortaklığın, Pakistan hukukuna göre de tüzel kişiliği yoktur. ICSID Konvansiyonu m. 25'te açıkça "gerçek" ya da "tüzel kişiler" denildiği için, adi ortaklık olan, GBC ünvanlı joint venture ortaklığı, tahkime başvuramaz. Impregilo tek başına joint venture adına ve joint venture'in uğradığı zararların tümünü talep etmektedir. Bu durumda, adi ortaklığın başvurusuyla, Impregilo'nun tüm ortaklık adına başvurusu aynı etkiyi doğurmaktadır. Impregilo'nun, joint venture sözleşmesiyle ortaklığı temsile yetkili olduğunun kararlaştırılmış olması, tahkim heyetinin yapacağı değerlendirmeyi etkilemez; çünkü joint venture sözleşmesi, Pakistan'ın taraf olmadığı bir iç hukuk sözleşmesidir ve Pakistan'ı bağlamaz. Impregilo'nun diğer paydaşlar adına hareket etme yetkisine gelince, ilgili şirketin ortaklıktaki "lider" pozisyonu, yönetim işlerine ilişkindir. Diğer ortaklar Impregilo'yu tahkime başvurusu için yetkilendirmemişlerdir. Ayrıca Impregilo, İtalyan – Pakistan Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasına dayanmıştır, Pakistan ve Alman vatandaşı olan diğer ortakların, bu andlaşmaya dayanma yetkisi yoktur

³³⁵ Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 58, p. 165 vd; Impregilo'nun kendi payına ilişkin zararları için talepte bulunabilme yetkisi:Pakistan, Impregilo'nun kendi payına ilişkin diğer paydaşlardan bağımsız olarak başvurusuna itirazda bulunmuştur. Pakistan'ın iddiasına göre, ortaklar haklardan ve borçlardan müştereken sorumludurlar, bu da müşterek hareket etmeyi gerektirir. Hakem heyeti, Pakistan'ın bu yöndeki itirazlarını kabul edilebilir bulmamıştır ve Impregilo'nun kendi payına ilişkin zararlar için ICSID'e başvurabilmesini kabul etmiştir.

³³⁶ Impregilo v. Pakistan Kararı, s. 65, p. 184; Impregilo'nun tahkime başvurma yetkisi ve Merkez Kuralları 2/ (1)f:Pakistan Merkez Kuralları 2/(1)f maddesindeki "eğer başvuran tüzel kişiyse, başvurmaya yetkilendirilme konusunda tüm iç faaliyetleri yerine getirdiğini göstermelidir." hükmüne dayanarak, ne joint venture ortaklığın ne de ortaklıktaki diğer paydaşların tahkime başvuru noktasında Impregilo'ya yetki vermediklerini; bu nedenle de Impregilo'nun başvurusunun kabul edilemeyeceğini savunmuşlardır. Tahkim heyeti, Pakistan'ın bu yöndeki itirazını kabul etmemiştir. Tahkim heyetine göre, dava Impregilo tarafından, Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşması ihlalleriyle sınırlı olarak ve Impregilo'nun kendi zararlarına ilişkin olarak açılmıştır. Bu durumda, Merkez Kuralları 2/(1)f'ye göre tüzel kişiliği olan davacı, ne joint venture ortaklığı ne de diğer ortaklar adına hareket etmemektedir; ilgili maddeye göre tüzel kişiliği haiz davacı Impregilo'dur. Maddede adı

ortaklık adına, ortağın başvuru yapamayacağını ve ortağın kendi zararıyla sınırlı olarak başvuru yapabileceği ayrımını yapması bakımından önemlidir. Dolayısıyla, yatırımcının tüzel kişiliği olmaması, yatırımcı şirketi oluşturan tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin Merkez tahkimine başvurusu açısından bir engel değildir.

3. TÜZEL KİŞİLİĞİ HAİZ YATIRIMCI ŞİRKETİN ICSID TAHKİMİNE BAŞVURUSU

Merkezin yetkisini düzenleyen Konvansiyon m. 25'e göre gerçek kişi veya tüzel kişi yatırımcılar Merkez tahkimine başvurabilir. Konvansiyon, âkit devletlerin, ortaklıklara ilişkin düzenlemeleri birbirinden farklılık göstereceği için, tüzel kişi kavramının tanımı konusunda sessiz kalmış, bunu âkit devletlerin iç hukuk düzenlemelerine ve Merkez içtihatlarına bırakmıştır. Dikkat edilmesi gereken yatırımcının alelade bir kişiler topluluğu ya da şirketler topluluğu değil; bir tüzel kişi olmasıdır. Bu husus Merkezin birkaç kararına yansımıştır³³⁷. Konvansiyon m. 25/2(b)'de tüzel kişilerin Merkeze başvuruları düzenlenmiştir. Bu fıkrada da birinci fıkradakine benzer bir hüküm vardır; kişi, ihtilafın arabuluculuğa veya tahkime rıza verildiği tarihte uyuşmazlığa taraf devletten başka devlet vatandaşlığına sahip olmalıdır. İlk fıkrada başvuru kaydının yapıldığı tarih ikinci bir şart olarak yer almaktayken tüzel kişiler için bu şart getirilmemiştir. Bunun dışında, ilk fıkrada ev sahibi devlet vatandaşlığını da haiz çifte tabiiyetli gerçek kişiler Merkezin yetkisinin kapsamı dışında tutulmuşken, 25/2(b)'de istisnai bir durum düzenlenmiştir; tüzel kişi ev sahibi devletin vatandaşlığını haiz olsa bile, eğer yabancılar tarafından kontrol ediliyorsa ve ev sahibi devlet ile aralarında yabancılar gibi muamele göreceğine dair bir anlaşma varsa, o zaman gene Merkeze başvurma hakkını haizdir.

Maddede “tüzel kişilik” ifadesi kullanılmış, fakat tüzel kişi ifadesinin tanımı yapılmamıştır. Bu durumda tüzel kişilik niteliğinde olmayan gerçek kişi ya da tüzel kişilerden oluşan ortaklıklar, ortaklık sıfatıyla davacı olamazlar. Merkez, davacının

geçen iç faaliyetler de, Impregilo şirketindeki iç faaliyetlerdir. Dolayısıyla, ICSID Konvansiyonu hükümleri doğrultusunda, Impregilo'nun, ortaklık ya da diğer ortaklar tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur.

³³⁷LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3), Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 22.05.2011.

tüzel kişiliği haiz olmasını aramıştır. Tüzel kişiliğin ev sahibi ülke kanunlarına ya da başka ülke kanunlarına göre kazanılmış olması önemli değildir; yeter ki yatırımcının tüzel kişiliği olsun. Tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar, ortaklık sıfatıyla davacı olamazlar. Ancak ortaklar birlikte başvuruda bulunabilirler.

ICSID Konvansiyonu / Merkezin Yargılama Yetkisi 25/2-b. "...Tarafların arabuluculuğa veya tahkime rıza gösterdikleri tarihte uyuşmazlığa taraf devlet dışında bir âkit devletin vatandaşlığını haiz tüzel kişi ile yabancı kontrolden dolayı tarafların, Konvansiyonun amaçları doğrultusunda diğer âkit devletin vatandaşı gibi muamele görmesi hususunda anlaştıkları ve sözkonusu tarihte uyuşmazlığın tarafı olan âkit devlet vatandaşlığını haiz olan tüzel kişi..."³³⁸

Konvansiyon m. 25'e baktığımızda, davacının ya gerçek kişi ya da tüzel kişi yatırımcılar olabileceğini görüyoruz. Davacı tüzel kişi ile ilgili olarak karşımıza şu ihtimaller çıkabilir:

- Davacı tüzel kişi, ev sahibi devletin dışında, Konvansiyona taraf olmayan bir devletin tabiiyetindedir. Bu durumda, davacı, ICSID tahkim mekanizmasına başvuramaz, ancak alternatif olarak getirilen Ek Mekanizma Hükümlerine (Additional Facility Rules) başvurabilir³³⁹. ICSID tahkim mekanizmasına başvurması halinde, başvurusu ICSID Genel Sekreterliği tarafından, ICSID'in açıkça yetkisi dışında olduğundan Konvansiyon m. 36 gereğince geri çevirilir³⁴⁰.
- Davacı tüzel kişinin, ev sahibi devlet tabiiyetinde olması ve ev sahibi devlet

³³⁸ (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

³³⁹ Additional Facility Rules; Article 2: Additional Facility: The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories: (a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;..."

³⁴⁰ ICSID Convention – "Section 1/ Request for Arbitration - Article 36/ (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register."

ile aralarında yabancı kontrol ve dolayısıyla diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine dair bir anlaşmanın olmaması halinde, tüzel kişi ICSID tahkimine başvuramaz, başvurusu Genel Sekreterlik tarafından reddedilir.

- Davacı tüzel kişinin, ev sahibi devlet tabiiyetinde olması ve ev sahibi devlet ile aralarında yabancı kontrol ve dolayısıyla diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine dair bir kayıt olması halinde, tüzel kişi ICSID tahkimine başvurabilir.
- Davacı tüzel kişinin, diğer âkit devlet tabiiyetinde olması halinde, tüzel kişi ICSID tahkimine başvurabilir. Burada, “diğer âkit devlet”, Konvansiyona taraf, ev sahibi devlet dışında herhangi bir devlet olabilir.

Ev sahibi devlette yatırım yapan tüzel kişiler, ev sahibi devlette kurulu olabileceği gibi ev sahibi devlet dışında bir ülkede de kurulmuş olabilir. Ev sahibi devlette kurulu ve genel kabul edilen kuruluş yeri kriterine göre, ev sahibi devlet tabiiyetindeki tüzel kişiler, yabancı kontrole ilişkin de bir hüküm yoksa, ev sahibi devlet aleyhine Merkeze başvuramaz. Kanaatimizce bu şekildeki bir kesin başvuru engeli de, ICSID’in kuruluş amacına uygundur ve öğretilerde de bu konuda bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Eğer bir tüzel kişi, ev sahibi devlet tabiiyetini haizse ve yabancı kontrole ilişkin bir anlaşma da yoksa, ev sahibi devlet aleyhine Merkez’e başvurusu kesinlikle kabul edilmez. Kanaatimizce, ev sahibi devlet tabiiyetindeki bir şirketin, diğer âkit devlet tabiiyetindeki yatırımcı şirketin şubesinin devamı niteliğinde olması da, genel kurala bir istisna olmamalıdır³⁴¹. Tüzel kişiler konusunda yaptığımız açıklamalarda öğretilerde bir tartışma yoktur, tartışma tüzel

³⁴¹ PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5), s.50, p. 182-186. PSEG v. Türkiye Yetki Kararında hakem heyeti, Konya Ilgın şirketinin, PSEG’in yatırımı ile doğrudan bağlantılı olduğunu, izin sertifikasının önce PSEG’in şubesine çıktığı, daha sonra ise vergi politikası ve diğer başka gerekçelerle yeni bir şirket oluşumunun gerekli olduğu, bu nedenlerle, uzun bir müzakere aşamasından sonra PSEG’in Türkiye’de kurulu şubesi yerine, yeni bir şirketin (Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi) kurulduğu, bu şirketin, PSEG şubesinin devamı niteliğinde olduğunun tartışmasız olduğu, şubenin devamı niteliğinde olması nedeniyle şirketin kuruluşunun daha sonraki bir tarihte olmasının önemsiz olduğu, şubeyle ilgili hakların ve ihtilafların, her ikisinin de gerçekleştirilen yatırımın hukuki araçları olması nedeniyle, halefi olan şirketle de alakalı olduğu ve bu gerekçelerle Konya Ilgın şirketinin aktif husumeti olduğuna hükmetmiştir. Biz hakem heyetinin, ev sahibi devlet tabiiyetinde olduğu tartışmasız olan, Konya Ilgın Şirketinin başvuru hakkı olduğu yönündeki kararına, ICSID Konvansiyonunun temel ilkeleriyle çeliştiği için katılmıyoruz.

kişiyi oluşturan paydaşların başvuru hakkının varlığı ve başvuru hakkının kapsamı noktasındadır³⁴².

F. TÜZEL KİŞİLERİN TABİİYETİ

Kişilerin belirli ortak bir amaca yönelik olarak hem kişisel emeklerini hem de malvarlıklarını özgülemeleri sonucu, sosyal ve ticari hayatta kişi toplulukları rol oynamaya başlamışlardır. Tüzel kişi kavramı, gerçek kişi kavramından sonra ortaya çıkmış bir kavramdır. Öğretide tüzel kişi tabiiyetinin reddine³⁴³ ve kabulüne³⁴⁴ ilişkin

³⁴² Paydaşların başvuru hakkını, Ev sahibi devlet tabiiyetindeki / yerel şirketlerin ortaklık yapılanmalarının nedenlerini, yabancıların ne şekilde yerel şirketlere ortak olabileceklerini ileride inceleyeceğiz.

³⁴³ Arat, T., age, s. 31 – 46; Tabiiyeti Reddeden Görüşleri iki başlık altında toplamak mümkündür. birinci görüş tüzel kişilik kavramını inkar etmekte ikinci görüş ise tüzel kişiliğe, gerçek kişiler gibi tabiiyet izafe edilemeyeceğini savunmaktadır. (1)“Tüzel kişiliği” inkar sonucu tabiiyeti reddeden görüş: Şirketin bir “kişi” değil; kendini oluşturan gerçek kişilerden ibaret olduğu, dolayısıyla bir kişiliği olmayan varlığa da vatandaşlık izafe edilemeyeceğini savunan bu görüşün taraftarları, şirketin “vatandaşlığını” onu oluşturan kişilerin vatandaşlığına göre belirleneceğini savunurlar. (2)Tüzel kişilik kavramını kabul etmekte birlikte, tüzel kişiliğe vatandaşlık atfetmeyi kabul etmeyen görüş: Bu görüşe göre Konu başlıkları itibariyle, bu görüşün taraftarları şu gerekçelere dayanırlar: (1)Ortaklıkların kuruluşu, özel hukuk hükümlerine tabiidir; oysaki tabiiyet bir kamu hukuku müessesesidir. (2)Tabiiyet kavramı hissi unsurları içerir. tâbiyet, her şeyden önce, müşterek geleneklerin, müşterek ahlâkın, başka devletlerinkinden veya ırklarinkinden farklı olarak belli bir devleti teşkil eden insanlara özgü bir ruhun ifadesidir. Gerçek kişinin bir tâbiyeti vardır, çünkü o millet adı verilen insan topluluklarından birine kalben katılmaktadır; «oysa, bir ticaret şirketinin kalbi yoktur, o bütünüyle ekonomik bir varlıktır. ». Böylece, sevgi, yurda bağlılık gibi unsurlar tâbiyet için vazgeçilmez sayıldıktan sonra, gerçek anlamda duygularından söz etmeye imkân bulunmayan şirketler bakımından tâbiyetin reddi gereği tabiidir. (3)Tabiiyet kan esasına göre, ana babanın tabiiyetine dayandığından, şirketlerde de kan esasını uygulanamayacağından, şirketlerde tabiiyetin reddi gerekir. Vatandaşlık kanunları da yalnızca gerçek kişilerin vatandaşlık meselelerini düzenler; çünkü tebaayı oluşturan gerçek kişiler olduğundan devlet ile tüzel kişiler arasında bir vatandaşlık bağı kurulmasına gerek yoktur. (4) Ayrıca, bu görüşün taraftarlarına göre, ortaklığa ortakların tabiiyetinden farklı bir tabiiyet izafe etmek de sakıncalıdır; çünkü böyle bir durumda tebaadan olma niteliği bulunmayan bazı kimselere, tebaaya sağlanmış menfaatlardan, dolaylı istifade imkânı vereceği ileri sürülmüştür. (5)Tüzel kişiliğe ilişkin sorunlar, tabiiyet kavramına başvurmaksızın da çözülebilir; nitekim bu sorunlar ya kanunlar ihtilafı ya da yabancılar hukuku alanına girmektedir, Kanunlar ihtilafı alanına giren sorun, şirket mukavelelerinin geçerliliği ya da “şirket statüsünün” tabi olacağı kanun sorunudur. Şirketin herhangi bir ülkede geçerli şekilde kurulup kurulmadığı “lex fori” dikkate alınarak bulunabilir. Tüzel kişinin “vatandaşlığı” diye tabir edilen, aslında tüzel kişinin devletle siyasal bağı ise sermaye şirketlerinde idarecilerin veya sermayenin büyük kısmını elinde tutanların ya da şahıs şirketlerinde ortakların çoğunluğunun tabiiyetine göre tayin edilecektir. (6) Tabiiyet, şirketin hukuki statüsünün tabi olduğu kanunu ifade eder; ancak tabiiyet kavramı şirketin hak ve borçlarını da kapsayan geniş bir kavram olduğundan ayırım yapmak gereklidir. Tüzel kişilere vatandaşlık izafe etmenin mi yoksa tüzel kişilere uygulanacak hukuktan mı söz etmenin daha doğru olacağı konusu tartışmalıdır. (MOROĞLU, E., “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, S. 2, İstanbul, 2002, s. 413.)

farklı görüşler yer almıştır.

Tüzel kişi kavramı, kendisini oluşturan kişilerden ayrı, hak ve borçların tarafı bir hukuk süjesi olarak bağımsız bir kişilik kazanana kadar çeşitli aşamalardan geçmiştir³⁴⁵. Toplumsal hayatta, münferit kişilerin çevresini, gücünü ve menfaatlerini aşan ve muhtelif kişiler arasında müşterek olan birtakım sorunların halli için gerekli mameleki, emeği sağlamak konusunda duyulan ihtiyaç sonucu ortaya çıkmış toplulukların, onları meydana getiren bireylerden çok farklı bir varlık olarak sosyal gerçeklik alanında yer aldığını, türlü ilişkilere giriştiğini, türlü işlemlere taraf

³⁴⁴ Arat, T., age, s. 46-63; Tüzel Kişilerin Tabiiyetini Kabul Eden Görüş de, çeşitli gerekçelere dayanmış ve tabiiyetin reddi görüşüne ilişkin şu savunmaları yapmışlardır:(1)Tabiiyetin Mahiyetinin Tüzel Kişilikle Bağdaşmadığı Görüşüne Yanıtlar: (i) Tabiiyetin bir Kamu Hukuku Müessesesi olduğu, fakat şirketin kuruluşunun özel hukuk hükümlerine tabii olduğu, bu nedenle şirketlere tabiiyet izafe edilemeyeceği görüşü yerinde değildir. Çünkü şirket tabiri, bir özel hukuk sözleşmesini ifade ettiği gibi, bu sözleşmeden doğan kavramı da ifade eder. Sermaye ya da şahıs şirketlerinden daha basit bir yapıya sahip olan adi ortaklıklar bile salt bir sözleşme ilişkisi olarak görülmemektedir. Bir şirkete tüzel kişilik bahsetmek devletin hukuk düzenine ait bir meseledir ve kanunla düzenlenir. Böylelikle kanun, devlet ile şirket arasında ilişkiler tesis etmekte ve yalnızca devlet kudretinin muktedir olduğu bir hususu gerçekleştirmekte, bir kişilik yaratmaktadır. (ii)Tabiiyet kavramının hissi unsurlar içerdiği, bu nedenle şirketlere izafe edilemeyeceği görüşü yerinde değildir. Tabiiyet kavramına hissi unsurlar / vatanseverlik izafe etmek ve devletin tabiiyetindeki tüm gerçek kişilerin vatanını sevdikleri iddiasında bulunmak doğru değildir; ama gene de devletle aralarında tabiiyet ilişkisi vardır. Tabiiyetin hissi unsurlar içerdiği kabul edilse bile, dernek veya şirketin, temsil ettiği kolektif güçle, izlediği gaye ile, icra ettiği geniş faaliyetle millî refaha ve millî azamete hizmet ettikleri düşünülebilir. (iii) Tabiiyetin kan esasına dayandığı, bu nedenle yalnız gerçek kişilere izafe edilebileceği görüşü yerinde değildir; çünkü gerçek kişilerde toprak esasına göre ya da daha sonradan kanunun gösterdiği şartların yerine getirilmesiyle vatandaşlık kazanılması mümkündür. (iv) Vatandaşlık kanunlarının sadece gerçek kişileri kapsadığı, tüzel kişileri kapsamadığı; dolayısıyla tüzel kişilerin vatandaşlığı olamayacağı yeterli bir gerekçe değildir. Vatandaşlık kanunlarının, gerçek kişilerin vatandaşlığını düzenlediği doğrudur. Ancak pozitif hukukta çeşitli devletlerin kanunlarında tüzel kişiler ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. (v) Bir Ülkenin Nüfusunu Meydana Getirenlerin Gerçek Kişiler Olması Tabiiyet Kavramının Mahiyetinde Bir Değişikliğe Yol Açmaz. Tüzel kişilere tabiiyet izafesi onların gerçek kişilerle ayniyeti sonucunu doğurmaz. Tüzel kişiler, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde gerçek kişilere benzetilebilir. Örneğin gerçek kişilerin de tüzel kişilerin de ikametgahından söz edilebilir. (vi) Tüzel kişilere tabiiyet izafe etmenin sakıncalı olduğuna yönelik görüş, tüzel kişiliği kabul edip tabiiyeti kabul etmemekle kendi içinde çelişkiye düşmektedirler. Çünkü tüzel kişiliği oluşturan gerçek kişilerin, tüzel kişilik zırhına bürünmekle, bir ülkenin siyasi ve ekonomik menfaatleri aleyhine hareket edebileceği bir gerçektir. Bu durumda tüzel kişiliği kabul eden görüşün taraftarlarının, "tabiiyeti" tüzel kişiliği oluşturan gerçek kişiler tarafından suiistimal edilebileceği gerekçesiyle kabul etmemeleri gelişmektedir. Bu gibi durumlarda, suiistimallerin önlenmesi amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemine başvurulmaktadır. Bu nedenle, sakıncalı olduğu gerekçesiyle tabiiyetin tümünden reddedilmesi isabetli değildir.

³⁴⁵ Tüzel kişilik kavramının tarihsel gelişimi ve doktrindeki tartışmalar için bakınız: AKİPEK, J.G. / AKINTÜRK, T. / KARAMAN, D. A.,*Kişiler Hukuku*, 1. Cilt, 8. Bası, Ankara, 2011,s. 509; ARAT, T., *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 269, Ankara 1970, s.1 vd., ÖZSUNAY, E., *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 4. Bası, İstanbul, 1978, s. 3 – 18.

olduğunu tesbit eden hukuk düzenleri, bu varlıkların ortaya çıkardığı problemlere en iyi çözüm yolunu, onlara hukukî kişilik tanımakta bulmuştur³⁴⁶. Bu durumda tüzel kişiler birey üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleridir³⁴⁷. Böylelikle tüzel kişilik varlığının oluşumu için belirli kişi ve mal topluluğunun biraraya gelmesi yetmemekte, ayrıca hukuk düzeninin ona kişilik bahşetmesi gerekmektedir³⁴⁸.

Kanaatimize göre tüzel kişiliğin tabiiyetinden söz edilebilir. Tüzel kişilerin tabiiyetine ilişkin eleştirileri yapanlar, esasında tabiiyet kavramını gerçek kişilerle daha çok bağdaştırmakta, insana özgü bir kavram olan tabiiyetle tüzel kişileri bağdaştıramamaktadırlar. Eleştirenler, tüzel kişinin tabiiyeti yerine, tüzel kişiye uygulanacak hukuk ifadesini kullanmakta, özünde tüzel kişinin de bir hukuka tabi olduğu kabul edilmekle birlikte tabiiyet teriminden kaçınılmaktadır. “Gerçek” kişi ve “tüzel” kişi kavramlarını daha yakından inceleyecek olursak, gerçek kişi de tüzel kişi de devletin, bir kişiye ya da topluluğa verdiği hukuki niteliklidir. Hukuki anlamda gerçek kişi, hukuk ilişkilerine taraf olabilen hukuk öznesidir. Hukuki kişilik de biçimsel ve soyut bir varsayımdır³⁴⁹. Dolayısıyla kadın - erkek, yaşlı - genç, hür - köle ayırımı yapılmaksızın tüm yaşayan insanlara hukuki kişilik tanınması devletin bir politikasıdır, devletin bir soyutlamasıdır. İnsanlara gerçek kişi soyutlamasının yapılmasından sonra, belli bir amaç için bir araya gelen kişilere de tüzel kişilik bahşedilmesi devletin tasarrufudur. İnsanlara doğum yeri ya da kan esasına göre tabiiyet bahşedilmesi gene devletin bir tasarrufudur. Dolayısıyla tabiiyetin gerçek kişilere özgü bir kavram olduğu, tüzel kişilerin tabiiyeti olamayacağı görüşü kanaatimizce doğru değildir; tüzel kişilere de tabiiyet izafe edilebilir.

³⁴⁶ Arat, T., age, s. 7.

³⁴⁷ TUOR, P., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Auflage, Zürich, 1968; ÖZSUNAY, a.g.e, s. 3.

³⁴⁸ Tüzel kişiler özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak iki ana başlığa ayrılır. Kamu idareleri ve kamu kurumlarından oluşan kamu hukuku tüzel kişileri, görevleri bakımından kamu otoritesini temsil eder ve kanunla kurulurlar. Özel hukuk tüzel kişileri ise derneklerden, vakıflardan, kooperatiflerden ve ticaret ortaklıklarından oluşmaktadır. (Tüzel kişilerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bakınız: HATEMİ, H., Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979, ÖZSUNAY, a.g.e, SEROZAN, a.g.e.) Bizim inceleme konumuz sadece ticaret ortaklıklarıdır; kamu tüzel kişileri, dernekler, vakıflar ve kooperatiflerle ilgili tartışmalar incelememiz dışındadır. Tüzel kişilerin tabiiyetinin nasıl belirleneceği sorununa geçmeden önce, tüzel kişilerin tabiiyetinden söz edilebilir mi, incelemek gerekir. Her devlet, kabul ettiği sisteme göre, ülkesinde bulunan tüzel kişileri kendi tabiiyetinde sayar ya da yabancı kabul eder. Tüzel kişilerin tabiiyeti, tabiiyetin nasıl belirleneceği konularında görüş farklılıkları vardır. (Tüzel kişilerin tabiiyeti konusunun tartışıldığı bir makale için bakınız: NİBOYET, J.P., “Şirketlerin Hakikaten bir Tabiiyeti Mevcut mudur?” Çeviren Doç. Dr. Hicri Fişek, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 3, Ankara, 1952)

³⁴⁹ SEROZAN, R., Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul, 1994, s. 13.

1. ŞİRKETLERİN TABİİYETİNİ TESBİTTE SİSTEMLER

Gerçek kişilerin tabiiyetini tayinde başvuru kan esas ve toprak esas kriterleri, özelliği gereği tüzel kişiliğin tabiiyetini tayinde kullanılamaz. Gerçek kişilerin vatandaşlığı, devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde ayrıntılı bir şekilde yer almakta iken, devletler mevzuatlarında genellikle, tüzel kişilerin vatandaşlığı konusu ile ilgili açık ve ayrıntılı bir düzenleme yapmamışlardır. Tüzel kişilerin vatandaşlığını tayinle ilgili mevzuatlarda açık bir düzenleme yer almadığı için, doktrinde tüzel kişiliğin vatandaşlığını inkar görüşü ile birlikte, tüzel kişiliğin vatandaşlığını tayine ilişkin çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır³⁵⁰.

a. ORTAKLARIN TABİİYETİ SİSTEMİ

Şirketlerin tüzel kişiliği olduğu görüşünü kabul etmeyenler tarafından ortaya atılmış, şirketlerin kendilerini oluşturan ortaklardan ayrı bir vatandaşlığı olamayacağını savunan bir sistemdir. Ortaklıkların farklı vatandaşlıklarda olması halinde, vatandaşlığın tayininde sermaye şirketleri ile şahıs şirketleri arasında bir ayırım yapılmalıdır. Şahıs şirketlerinde, her ortak kendi tabiiyetine göre muamele görmelidir. Sermaye şirketlerinde, hisse senetleri hamiline olduğu takdirde, bunların maliklerinin tesbiti zor olacağından, burada şirketteki hakim unsurun tabiiyetini tesbitle yetinilecek ve hakim unsurun tabiiyetine önem verilerek şirketin işlem görmesi gerekecektir³⁵¹. Bu sisteme dayalı tesbitler hukuki güvenlikten yoksundur; nitekim hisse senetlerinin el değiştirmesi sonucu şirketteki hakim unsur değişebilecek, bu da şirkette tabiiyet değişikliği ihtimaline yol açabilecektir.

b. SERMAYENİN BULUNDUĞU YER SİSTEMİ

Bu sisteme göre, şirketlere, hisse senetlerinin tedavüle çıkarılmış olduğu ülkenin tâbiyeti atfedilmek istenmektedir. Bu suretle bu hisse senetlerini satın alarak şerik olanlar kendi kanunları tarafından himaye edilmiş olurlar. Bu durumda, şirketin hangi devletin tabiiyetinden olduğunu tesbit etmek için, şirket sermayesinin

³⁵⁰ Wisner, R. – Gallus, N., agm, s. 933.

³⁵¹ ARAT, a.g.e, s. 65.

hangi oranda o devlet tebaasından sayılması gerektiği hususunun halli mahkemelere ait bir vakıa meselesidir. Bu şekilde, şirketin tabiiyeti meselesi mahkeme kararlarına bırakılmış olacak, bir kısım şirket belli bir devletin tabiiyetinde, bir kısmı ise tabiiyetsiz sayılmak tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır³⁵².

c. KURULUŞ YERİ SİSTEMİ

Bu sistem, şirketin tabiiyetini, kuruluş yerine göre tesbit etmektedir. Sistemin başlıca gerekçesi, şirketin, ticari hayattaki varlığını ve ortaklarından bağımsız hareket etmesini sağlayan tüzel kişiliğini kurulduğu devletin kanunları uyarınca edinmesidir. Bir devletin kanunlarına göre kurulan şirket, başka bir devletin tebaasından sayılamamalıdır³⁵³; çünkü şirket kuruluş yeri olan devletin hukukuna göre varlık kazanmıştır. Kuruluş yeri sistemi, kanaatimizce, kuruluş yerinin

³⁵² ARAT, **a.g.e.**, s. 65-66.

³⁵³ ARAT, **a.g.e.**, s. 65 – 72, Kuruluş yeri sistemi lehindeki başka bir gerekçe de, tüzel kişilerin vatandaşlığının tesbitinde, kuruluş yerinin gerçek kişilerin vatandaşlığının tesbitindeki sisteme çok yaklaşmasıdır; gerçek kişilerin vatandaşlığının tesbitinde jus sanguinis (kan esası), jus soli (doğum yeri esası) ve telsik prensipleri hakimdir. Buna göre, tüzel kişinin kuruluş yeri jus soli'ye çok yakındır. Gerçekten de, şirketin varlık kazandığı yer, başka bir anlatımla “doğum yeri” kuruluş yeridir. Bu gerekçelere ilaveten, kuruluş yeri kriteri, şirket kurucularının iradesini de yansıtır ve diğer sistemlere nazaran, bu kriteri göre, şirket tabiiyetinin tesbiti daha kolay ve tartışmadan uzaktır. Kuruluş yeri sistemi içerisinde yer alan üç tür vardır: Şirketin, açık bir tasarruflar tüzel kişi olarak kurulmasına izin veren devletin tabiiyetinde sayılması gerektiğini savunan Otorizasyon Yeri Sistemi, Şirketi kuran sözleşmenin yapıldığı yerin tabiiyetin belirlenmesinde önemli olduğu ve şirketi, basit bir mukaveleden ibaret sayarak, tabiiyetin de bu mukaveleye izafeten atfedilmesi gerektiğini savunan Mukaveleli yapıldığı yer sistemi ve Kuruluş işlemlerinin yapıldığı yer sistemi. Öğretide, devletin açık bir tasarrufla tüzel kişilik bahşetmesini öngören Otorizasyon sistemi ve şirketin sadece bir mukaveleden ibaret olduğuna dayalı Mukavele sistemi taraftar bulamamıştır. Bugün için kuruluş yeri denildiğinde kastedilen kuruluş işlemlerinin yapıldığı yerdir. Kuruluş yeri sistemine getirilen başlıca eleştiriler, vatandaşlık gibi önemli sonuçları bulunan bir bağın, sadece, bir ülkenin kanunlarına uygunluk gibi şekli bir şart ile sağlanmasının sakıncalı olduğudur. Nitekim bu şekilde, şirket kurucuları, elverişli bir ülke seçerek, şirketi bu ülkedeki formalitelere göre kuracak ve bu şekilde şirket elverişli ülkenin vatandaşlığına sahip olacaktır. Bu durumda, ev sahibi devlet, aslında kendisiyle sıkı ilişkisi olmayan ve faaliyetlerini de ev sahibi devlette yürütmeyen bir şirkete tüzel kişilik ve vatandaşlığını vermiş olacak, bu şekilde şirket de, ev sahibi devletin, vatandaşlarına tanıdığı haklardan yararlanabilecektir. Kuruluş yeri sisteminin olumsuz olabilecek ilk sonucu ev sahibi devletler bakımındandır. İkinci olumsuz olabilecek sonuç ise şirketin gerçekten ilişki içerisinde olduğu ve fiilen faaliyetlerini yürüttüğü yer devleti bakımındandır; şöyle ki kurucular, fiilen faaliyetlerini yürüttüğü veya yürütmeyi planladığı devletin kanunlarından kaçmak veya bu devletin yabancı şirketlere tanıdığı imkanlardan faydalanmak için şirketi başka bir ülkede kurmuş olabilirler. Böyle bir durum ise, şirketin gerçekten ilişki içinde bulunduğu devletin menfaatlerine aykırı olabilir. Böylece, sistem, tüzel kişinin vatandaşlığını, şirketin tabiiyetini kurucuların keyfine bırakması ve kanuna karşı hileye açık kapı bırakması bakımından eleştirilmiştir.

tesbitinde tartışmalara yer vermemesi nedeniyle, tabiiyetin belirlenmesinde tercih edilmelidir.

d. MERKEZ YERİ SİSTEMİ

Merkez yeri sistemine göre, şirketin vatandaşlığı, merkezinin bulunduğu yere göre tayin edilir. Bu sisteme göre, şirketin belli bir devletin tebaasından sayılması, şirketin hem ilgili devletin yasalarına uygun olarak kurulmuş olmasına, hem de merkez yerinin aynı devlette bulunmasına bağlıdır; dolayısıyla Merkez yeri sistemi, sadece merkez yerinin bulunduğu ülkeye göre tabiiyeti tesbit etmez. Sistem, kuruluş yeri sisteminin, şirketin tâbiyetini kurucuların keyfine bırakması yönündeki eleştirileri de bertaraf etmiştir. Merkez yeri sistemiyle, şirketin kuruluş yeri ve merkezinin aynı ülkede olması sağlanmış ve bu şekilde ev sahibi ülke ile şirket arasında daha sıkı, kalıcı ve gerçek bir bağ tesis edilmiş ve kurucuların daha elverişli ülkede kuruluş işlemlerini yapmaları ve hile büyük oranda engellenmiştir. Şirket merkezi ile kuruluş yerinin aynı ülkede olması, ev sahibi devletin şirket faaliyetlerini daha kolay izleyebilmesi bakımından da devlet tarafından tercih edilebilir.

Merkez yeri sistemi, şirketin tabiiyetini, merkezinin bulunduğu yere ve bu ülkenin kuruluş formalitelerine uyulması şartına bağlayan sistemdir. Tanımda yer alan “merkez”den ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalara neden olmuştur; ancak bugün için baskın görüş, merkezden “idare merkezi”nin anlaşılması şeklindedir³⁵⁴.

³⁵⁴ **a. İşletme Merkezi:** İşletme merkezi, teknik bürolarının, işletme tesisatının ve şantiyelerinin bulunduğu yer olarak şirketlerin tabiiyetinde gözönüne alınacak ve ona bu mahalde yürürlükte olan hukuk tatbik edilecektir. İşletme merkezinin esas alınması suretiyle, hileli merkez tesisi teşebbüslerinin de önlenebileceği iddia edilmiştir. Nihayet, şirketin işletme merkezinin onun gerçek merkezi olduğu görüşünü savunanlar, bu iddialarının lehine olarak, şirketin gayesinin gerçekleştiği ve onun bütün faaliyetlerinin gerçek anlamda yönetildiği yerin, işletme merkezi olduğuna da dikkati çekmişlerdir. Ancak işletme merkezlerine baktığımızda, şantiyelerde çalışan teknik kadronun, şirketin üst kademesinin talimatlarına riayet ile mükellef olup, aslında gerçek anlamda şirketin yönetimine katılmadıkları söylenebilir. Bunun dışında, bir şirketin birden çok işletme yeri ya da geçici işletme yerleri bulunabilir, bu durumda hangisinin merkez sayılacağıın tesbiti zor olacaktır (ARAT, **a.g.e**, s. 80-81). Şirket merkezinin, işletme merkezi olduğu görüşü pek taraftar bulmamış, işletme merkezi görüşü yerini “idare merkezi” görüşüne bırakmıştır. **b. İdare Merkezi:** Bir şirketin, hukuki ve iktisadi faaliyetlerinin merkezi buradadır. Organların bulunduğu, işletme sahalarının idare edildiği, ev sahibi devletle ve diğer kişilerle ilişkilerin yürütüldüğü yer idare merkezidir. Bugün artık

e. KONTROL SİSTEMİ

Kontrol Sistemi, düşman devlet vatandaşlarının kontrolünde olan, fakat ev sahibi devlet vatandaşlığında görünen şirketlerin faaliyetleri sonucu, I. Dünya Savaşından sonra güç kazanmış ve taraftar bulmuş bir sistemdir. Dolayısıyla Kontrol Sistemi, aslında savaş döneminde “düşman karakterinin tayini” esasından çıkma bir sistemdir. Ev sahibi devlet barış zamanında da, millî endüstri, ticaret ve tarım alanlarında yabancıların hâkimiyet kurmalarını önlemek isteyebilir veya bu alanlara giren bazı hususların tamamıyla *vatandaşların* tekelinde tutulmasını millî menfaatlerinin gereği sayabilir. Bu durumda, ev sahibi devlet, tüzel kişiliği

şirketin merkezinden anlaşılın, şirketin idare merkezidir (Tekinalp, G./Uyanık Çavuşoğlu, A., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 93, ŞANLI, C., Milletlerarası Özel, s. 106, p. 27). Şirketin fiili idare merkezi ile şirket ana sözleşmesinde gösterilen idare merkezinin aynı olmaması halinde, şirketin fiili / gerçek idare merkezi nazara alınır. Bu şekilde, kurucuların, şirketin gerçekte ilişkide buldukları devletin değil de, kendi menfaatlerine en uygun devletin tebaasına dahil ederek, keyfi bir uygulamanın önüne geçilmiş olur. Bunun dışında idare merkezlerinin birden fazla olması halinde de, “gerçek” idare merkezi dikkate alınır (TEKİNALP, a.g.e, s. 94). Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilen idare merkezi sistemine göre, şirketin idare merkezi hangi devletin sınırları içerisinde bulunuyorsa o devletin vatandaşlığına tabidir. İdare merkezi sistemi, teorik olarak tabiiyetin tesbitini idare merkezinin bulunduğu ülkeye göre tayin etse de, uygulamada idare merkezi sistemi kuruluş yeri sistemine yaklaşır. Şöyle ki, bu sistemi kabul eden hukuklarda, şirketin idare merkezi ile kurulduğu yer aynı olmak zorundadır. Böylelikle, bu sistemi kabul eden ülkelerde, şirketin bir devletin tabiiyetini kazanabilmesi için, kuruluş işlemlerinin o ülkede tamamlanması ve idare merkezinin de kuruluş işlemlerinin tamamlandığı ülkede olması gerekmektedir. Bu durumda, şirket, merkezinin bulunduğu ülke hukukuna göre kuruluş işlemlerini tamamlayamazsa, tüzel kişiliği haiz bir “varlık” olarak kabul edilmemektedir. ARAT, a.g.e, s. 78, AYGÜL, M., Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tesbiti, Ankara 2007, s. 25) c. **Gerçek İdare Merkezi:** Arat, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti adlı eserinde, gerçek idare merkezinin nasıl tesbit edilmesi gerektiğini şöyle özetlemiştir: “*Şirketin gerçek idare merkezi, idare organlarının bulunduğu yerdir; şirketin genel kurulu, idare meclisi, muhasebesi ve idarî bürolarının toplanmış olduğu, hukukî münasebetlere asıl girildiği, şirket mevzuuna giren işlerin müzakeresinin yapıldığı, yani şirket aslî idaresinin yürütüldüğü yerdir. Ancak, gerçek idare merkezini tespit, her zaman aynı derecede kolay olmamaktadır. Çünkü, şirketin «idaresi»ni teşkil eden bütün organlar her zaman aynı yerde bulunmamakta, bazı hallerde muhtelif ülkelere dağılmak zorunda kalmaktadır. Bu takdirde, idare merkezini tespitte hangi organın göz önünde tutulacağı uyumsuzluklara yol açmıştır.*” Şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesinde taraftar bulan iki ana sistem Kuruluş yeri ve Merkez yeri sistemidir. Son yıllarda ortaya çıkan, şirket kurucularının / ortaklarının, genellikle, ev sahibi devletlerce benimsenen kuruluş ya da merkez yeri kriterine dayanarak, şirketlerini kanunları elverişli bir ülkede kurmaları ve kurucuları ev sahibi devlet vatandaşı olsa bile şirketin yabancı statüsünde olması ve bu sayede ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara sağladığı haklardan yararlanması yolunun açılması nedeniyle, bu iki ana sisteme alternatif olarak ve bu iki sistemin sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla kontrol kriteri de ortaya atılmıştır. Aşağıda inceleyeceğimiz kontrol kriteri, aslında yeni bir sistem değildir. Şirket kurucularının, yukarıda sakıncalarını açıkladığımız kuruluş yeri sistemini kötüye kullanmaları sonucu, öğretilerde tekrar ön plana çıkan ve savunulan bir sistemdir.

görmezden gelerek, onu oluşturan gerçek kişileri dikkate alabilir³⁵⁵. Barış zamanında uygulanırlığına pek de ihtimal verilmeyip, kontrol sistemini, savaş hukukunun gereklerine ve düşman karakterine indirgeyen öğreti, bu sistemin üzerinde o zaman için pek durmamıştır. Lâkin, kontrol sistemi bugün, ICSID tahkim kararlarında tartışılan, kuruluş ve merkez yeri kriterlerine alternatif olarak öne çıkan bir sistemdir.

Vatandaşlığın tayin edilmesinde, kuruluş yeri ve merkez yeri kriterlerine ilaveten kontrol kriterleri öne çıkmaktadır. Bunların dışında bugün pek adını duymadığımız kümülatif sistem³⁵⁶ ve eklektik sistem de vardır³⁵⁷.

2. TÜRK HUKUKUNDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN TABİİYETİ

Tüzel kişilerin tabiiyetine ilişkin düzenleme yapma yetkisi, gerçek kişilerde olduğu gibi, devletlerin mahfuz yetkileri dahilindedir³⁵⁸. Tüzel kişilerin tabiiyeti alanında, dernek, vakıf ve ticaret şirketlerinin tabiiyeti incelenebilir³⁵⁹. Biz çalışmamız kapsamında, Türk Hukukunda ticaret şirketlerinin nasıl tüzel kişilik kazandığına ve sözkonusu şirketlerinin tabiiyetinin hangi esaslara göre belirlendiğine değineceğiz.

Gerçek kişilerin vatandaşlığının tesbitine yönelik olarak, Türk vatandaşlığının kazanılmasına dair esaslar, 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5901 Nolu Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 5 vd. maddelerde düzenlenmiş

³⁵⁵ ARAT, a.g.e, s. 94 vd.

³⁵⁶ Arat, T., age, s. 89 – 90; Kümülatif sistem, kuruluş yeri sistemi ile merkezin bulunduğu yer sisteminin birlikte kullanılması gerektiğini savunur. Bu durumda tabiiyetin tesbitinde hem kuruluş yeri hem de merkez yeri dikkate alınmalıdır. Bu sonuca baktığımızda, kuruluş yeri sistemi ile merkezin bulunduğu yer sistemini birleştirdiklerini iddia eden kümülatif sistemin esas itibarıyla Kara Avrupası hukukunda benimsenen merkezin bulunduğu yer sisteminden ayrı mütalaa edilmemesi gerekir.

³⁵⁷ Arat, T., age, s. 91 Eklektik sistem, tüzel kişinin vatandaşlığının tesbitinde yukarıda gördüğümüz sistemlerde göz önünde tutulan bütün kıstasları, hattâ bu sistemlerde öngörülmemiş bulunan başka hususları da dikkate alarak, her olayda, o olayın özel şartları için yapacağı değerlendirme sonunda şirketin tabiiyetinin tayin edilmesini savunur. Yani sermayenin bulunduğu yer, şirketin merkezi, kuruluş yeri her olayın şartları içerisinde, vatandaşlığın tayininde dikkate alınabilecektir.

³⁵⁸ Güngör, G., age, s. 202.

³⁵⁹ Güngör, G., age, s. 201; Nomer, E., age, s. 39; Erdem, B. B., age, s. 26; Göğür, E., age, s. 201 vd; Doğan, V., age, s. 187.

olmasına rağmen, tüzel kişilerin tabiiyetlerinin nasıl tesbit edileceğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur³⁶⁰. Bu durum, Türk Hukukuna özgü bir durum değildir, pek çok hukuk sisteminde tüzel kişi vatandaşlığının tesbitine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak çeşitli kanun hükümlerinden hareketle, hangi sistemin benimsendiği ortaya konulmaya çalışılmaktadır³⁶¹.

Tüzel kişilerin tabiiyetini belirlemek için kullanılan ölçütler, aslında devletler özel hukukunda tüzel kişilerin ehliyeti için önerilen kanunlar ihtilafı kurallarıdır³⁶². 27.11.2007 Kabul tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında kanunu, tüzel kişilerin vatandaşlığından bahsetmemiş, Ehliyet başlıklı 9. Maddesinin 4. Fıkrasında tüzel kişilerin ehliyetinden bahsetmiştir. Buna göre: “ (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türk hukuku olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.” Mevcut kanunun yürürlükten kaldırdığı 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 8. Maddesinin son fıkrasında da tüzel kişilerin vatandaşlığından değil; ehliyetinden bahsedildiğini görüyoruz. 2675 sayılı MÖHUK m. 8/son uyarınca: “Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türk hukuku olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.”. Görüldüğü gibi yürürlükteki MÖHUK da tüzel kişilerin “vatandaşlığı” konusunda, mülga 2675 sayılı MÖHUK’un çizgisinden ayrılmamış ve idare merkezi kriterini benimsemiştir³⁶³.

Yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 355/1’e göre, “*Şirket, ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanır*”. Kanunda şirket vatandaşlığının nasıl tesbit edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 6762 sayılı mülga TTK m. 388³⁶⁴,de “şirket tabiiyetinden” söz edilmiş; şirketin tabiiyetinin değiştirilmesi için

³⁶⁰ Arat, T., age, s. 36; Güngör, G., age, s. 205; Göğer, E., age, s. 206.

³⁶¹ Arat, T., age, s. 36; Güngör, G., age, s. 205; Göğer, E., age, s. 206; Erdem, B.B, age, s. 27; Doğan, V., age, s. 192.

³⁶² Erdem, B.B, age, s. 26; Çelikel, A. / Erdem, B.B, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 206 vd.

³⁶³ Erdem, B.B., age, s. 26; Çelikel, A. / Erdem, B.B, age, s. 206 vd.; Tekinalp, G./Uyanık Çavuşoğlu, A., age, s. 93.

³⁶⁴4. TOPLANTI VE KARAR NİSABI Madde 388 - (Değişik madde: 16/06/1989 - 3585/1 md.) Şirketin tabiiyetini değiştirmek veya pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak hususundaki kararlar için, bütün pay sahiplerinin ittifakı şarttır.

bütün ortakların katılımı ve oybirliği şartı getirilmişti. Mülga TTK m. 388'in karşılığı olan, 6102 sayılı TTK m. 421³⁶⁵/(2)/b)'de ise, şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar için ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabı getirilmiştir. TTK m. 421(b)'nin gerekçesinde yer alan, “*şirket merkezinin yurtdışına taşınması yani şirketin uyrukluğunun değişmesi hakkındadır*” ifadesini ve ticaret şirketlerinin, merkezlerinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanacak olması, dikkate alındığında, yürürlükteki TTK, mülga TTK ve yürürlükteki MÖHUK'la uyumlu olarak, tüzel kişinin vatandaşlığının tesbitinde, kuruluş yeri kriterinin değil; idare merkezi kriterinin benimsenmiş olduğunu söyleyebiliriz³⁶⁶. Yürürlükteki mevzuatımıza göre, tüzel kişi şirket tabiiyetinin tesbitinde, kontrol yeri kriterine başvurulduğuna³⁶⁷ ve şirket tabiiyetinin belirlenmesinde kontrol teorisinin esas

³⁶⁵ MADDE 421- (1) Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkra da öngörülen nisapları düşüren veya nispî çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. (2) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle alınır: a) Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar. b) Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar.

³⁶⁶ Aynı yönde: Güngör, G., age, s. 212; Erdem, B.B., age, s. 26; Çelikel, A. / Erdem, B.B., age, s. 206 vd.; Tekinalp, G./Uyanık Çavuşoğlu, A., age, s. 93; ŞANLI, C., Milletlerarası Özel, s. 106, p. 27; Giray, F.K., Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 33.

³⁶⁷ Tapu Kanununun 6302 s. ve 03.05.2012 t. Kanun ile Yeniden düzenlenen 36. maddesi, yabancı sermaye ile Türkiye'de kurulan tüzel kişilerin taşınmaz iktisabına yönelik yeni esaslar getirmiştir. Tapu Kanunu m. 36'nın kapsamına, (1) yabancı uyruklu gerçek kişilerin - Çıkma izni ile Türk vatandaşlığını kaybetmiş yabancı uyruklu kişiler bu kapsamda değerlendirilmez (2644 s. Tapu Kanununun 36. maddesi Kapsamındaki Şirketlerin ve Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik m. 1/(2) - 16.08.2012 t. ve 28386 s. RG) - (2) yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve (3) uluslararası kuruluşların % 50 veya daha fazla oranda hisseye sahip oldukları veya yönetim hakkını elinde bulduran kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye'de kurulu tüzel kişiliği haiz şirketler, yerli sermayeli şirketlerin tabii olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak ortak olduğu şirketteki payının nihai olarak % 50 veya daha fazlasına ulaşması halinde de aynı esaslar geçerlidir. Burada yabancı yatırımcıların, şirkette kontrol sahibi olmaları haline yönelik olarak, yerli sermayeli şirketlerle aynı şekilde taşınmaz mülkiyeti edinebileceklerine yönelik düzenleme getirilmiştir. Kanunun 3/5/2012-6302/1 md. ile değişik 35. maddesine göre, yabancı ülkelere kurulu şirketlerin amaç ve faaliyetleri dışında taşınmaz edinimi yasaklanmıştır. Tapu Kanunu 36. madde, kontrol esasını getirerek, maddede belirtilen şirketlerdeki yabancı ortakların, dolaylı veya doğrudan ortaklıklarının nihai oranının % 50 veya daha fazla olması durumunda, yerli sermayeli şirketler gibi, taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Burada kontrol esasını getirilmekle birlikte, yabancı ortakların şirketin kontrolüne dayalı olarak, şirketin tabiiyetinin belirlenmesi söz konusu olmadığından, kanaatimizce kontrol kriterine

alınmasını savunan bir görüşe³⁶⁸ rastlayamamaktayız.

3. KONVANSİYON M. 25 DÜZENLEMESİNDE TÜZEL KİŞİ ŞİRKETİN TABİİYETİ

Tüzel kişilerde vatandaşlığın tesbit edilmesi gerçek kişilerdeki gibi kolay olmamaktadır. Gerçek kişilerin vatandaşlığının tesbitinde tek yol vardır; vatandaşlığı iddia edilen ülkenin vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerine göre, kişinin o devletin vatandaşı olup olmadığını tesbit etmek. İddia edilen devlet vatandaşlığına ilişkin hükümlerin, tek başvuru adresi olması devletler hukukunda üzerinde uzlaşmış bir kuraldır. İç hukuk düzenlemelerinin birçoğunda da, gerçek kişilerden farklı olarak, tüzel kişinin vatandaşlığının tesbiti hakkında bir kural yoktur. Uluslararası hukukta da vatandaşlığın tesbitinde üzerinde uzlaşmış bir kural yoktur. Tüzel kişinin vatandaşlığının tesbitinde öğretide ve içtihatlarda çeşitli ölçütler önerilmiştir: kuruluş yeri, tüzel kişinin merkezi ya da kontrol kriteri. Tüzel kişi vatandaşlığının tesbiti, diplomatik koruma alanında, şirket paydaşlarının tabi olduğu devletin, başvuru hakkı noktasında tartışılmıştır. Diplomatik koruma alanında en çok kabul görenler, merkez ya da kuruluş yeri hukukudur. ICSID Konvansiyonunun hazırlık aşamalarında da merkez yeri ya da kuruluş yeri hukukları, tüzel kişinin vatandaşlığının tesbitinde dikkate alınması gereken ölçütler olarak önerilmiştir. Bunun dışında tüzel kişiyi oluşturan paydaşların korunması ve tüzel kişiyi kontrol eden ülke vatandaşlarına göre vatandaşlığın tesbiti de teklif edilmiş, ancak bu fikirler kabul görmemiştir. Neticede Konvansiyonda tüzel kişilik vatandaşlığının tesbitine ilişkin bir yöntem yer almamıştır. Konvansiyonda, kontrol kriteri, “yabancı kontrol” düzenlemesinde yer almaktadır. ICSID hakem heyetleri de, tüzel kişinin vatandaşlığının belirlenmesinde kontrolden ziyade merkez ve kuruluş yeri

bağlı bir tabiiyet tesbitinden söz edilemez. Tapu Kanununun 6302 s. ve 03.05.2012 t. Kanun ile Yeniden düzenlenen 36. maddesi, yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan tüzel kişilerin taşınmaz iktisabına yönelik esaslar hakkında bakınız: Ekşi, N., Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 203 vd.

³⁶⁸Giray, F.K, age, s. 31’de, ortaklığın tabiiyetinin tesbitinde, bir görüşün kontrol teorisinin esas alınması gerektiğini savunduğunu ifade etmiştir. Ancak, bu husustaki görüş, kontrol teorisi değil; kuruluş yeri teorisinin kabul edilmesine yöneliktir. Bknz: Moroğlu, E., Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl:22, S: 2, 2002, s. 416.

hukuklarına göre belirleme yapmaktadırlar³⁶⁹. Konvansiyonda, tüzel kişi şirket tabiiyetinin belirlenmesinde, kontrol kriterinin esas alınmadığını, yabancı kontrol düzenlemesinden anlayabiliriz. Nitekim, kontrol kriterine göre tabiiyetin tesbiti, Konvansiyon m. 25'teki yabancı kontrol düzenlemesini işlevsiz bırakır; çünkü yabancı kontrol düzenlemesinin uygulanabilmesi için, yatırımcı şirketin ev sahibi devlet tabiiyetinde olması ve şirketin yabancı kontrolünde olması gerekir. Eğer, maddede kontrol esasına göre, tabiiyetin tesbiti kabul edilseydi, yabancı kontrolden dolayı, yatırımcı şirketin yabancı şirket olduğunun kabulü gerekecektir. O halde, Konvansiyon m. 25 düzenlemesinden, tabiiyetin tesbitinde hangi sistemin benimsendiğini tesbit etmek mümkün değildir; ancak kontrol sisteminin benimsenmediğini söylemek, kanaatimizce, mümkündür.

G. YABANCI KONTROLÜNDEKİ EV SAHİBİ DEVLET TABİİYETİNDEKİ ŞİRKETLER BAKIMINDAN MERKEZİN YETKİSİ

Konvansiyon, devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım ihtilaflarını düzenlemiştir; dolayısıyla âkit ev sahibi devletle, kendi vatandaşları arasındaki yatırım ihtilafları Konvansiyonun kapsamı dahilinde değildir. Söz konusu ihtilafların çözümü, yerel mercilerce halledilir. Ancak diğer taraftan da, ev sahibi

³⁶⁹Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 280. Konvansiyon 25. maddede tüzel kişiler ev sahibi ülke vatandaşı olsalar dahi, eğer yabancı yatırımcı tarafından kontrol ediliyorsa ve bu husus, ev sahibi ülke ile yapılan anlaşmada da kabul ediliyorsa, o zaman yabancı kontrol kriterinden söz edilir. Bu durumdaki tüzel kişiler, Merkez tahkimine başvuru yapabilir. Vatandaşlığın tesbitinde kontrol mekanizmasını kabul etmeyen görüşlere göre, maddede vatandaşlık ve kontrol terimleri ayrı ayrı kullanılmıştır ve kontrol terimi vatandaşlıktan sonra kullanılmıştır. Eğer vatandaşlığın tesbitinde kontrol kriteri yer alsaydı, ayrıca takip eden fıkrada yabancı kontrol düzenlemesi yer almazdı. Öğretide diplomatik koruma alanında geliştirilen, tüzel kişi vatandaşlığının kuruluş veya merkez yeri hukukuna göre tesbit edilmesinden başka bir yöntem olup olmadığı; diplomatik korumanın amaçlarıyla ICSID'in amaçlarının birbiriyle özdeş olmadığı, dolayısıyla söz konusu yöntemlerin ICSID'in amaçlarıyla bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılmıştır. Delaume'e göre, Konvansiyon çerçevesinde yatırımcı tüzel kişinin vatandaşlığı, kuruluş yeri ve merkez yeri (sieve social) hukukuna göre belirlenmelidir. Amerasinghe'ye göre, diplomatik koruma alanında geliştirilen kuruluş ve merkez yeri hukukunun, Konvansiyonun amaçlarıyla bağdaşmadığı, daha esnek bir yaklaşımın gerekli olduğunu, tüzel kişi ile devlet arasındaki bağın tesbiti için devletin vatandaşları tarafından da kontrolün dikkate alınması gerekir. Broches kuruluş yeri hukukunun tüzel kişinin vatandaşlığının tesbiti için uygulanabileceğini; ancak bu uygulamanın Konvansiyonun amaçları ile bağdaşmayan sonuçlar vermemesi gerektiğini, bunun için de kontrol ve paydaşlık gibi ekonomik gerçeklerin de dikkate alınması gerektiğini savunuyor.

ülkeler, yatırımcının faaliyetlerini daha iyi gözlemleyebilmek amacıyla, yatırım faaliyetlerinin, genellikle ev sahibi ülkenin kendi kanunlarına uygun kurulmuş şirketlerce yürütülmesini şart koşarlar. Bu durumda, ev sahibi devlet kanunlarına uygun, yerel bir şirket kuran yatırımcı, ICSID Konvansiyonu m. 25'teki genel yetki kuralına göre Merkezin yetkisi dışında kalmaktadır. Ev sahibi devletler tarafından, yatırımcılara şart koşulan, yatırımın yerel şirketlerce gerçekleştirilmesi hususunun, çoğu yabancı yatırımcıyı, Merkeze başvuru hakkından yoksun bırakması ihtimali, ICSID Konvansiyonunun hazırlık çalışmalarında görülmüştü. Aslında, "yabancı" olan yatırımcı, "yerel yatırımcı" statüsüne getirilmekle, sadece diğer âkit devlet vatandaşlarına, Merkeze başvurma hakkı veren genel kuralın engellemesine takılıyor ve böylece başvurma hakkı engelleniyordu³⁷⁰. Konvansiyon, yabancı kontrolündeki şirketlere yönelik bir istisna getirmiş ve böylelikle, ev sahibi devlet vatandaşı gibi görünen yabancı yatırımcıların büyük bölümünün kapsam dışında kalmasını engellemiştir. Konvansiyon m. 25/2(b)'de yer alan yabancı kontrol kriterinin şartları, ana başlıkları itibariyle; A. Yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşı olması, B. Yatırımcının diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine ilişkin anlaşma, C. Yabancı Kontrolün fiilen var olmasıdır.

1. YATIRIMCI ŞİRKETİN EV SAHİBİ DEVLET TABİİYETİNDE OLMASI

ICSID Konvansiyonu m. 25/2(b)'de yer alan yabancı kontrol düzenlemesinden yararlanacak tüzel kişi, her şeyden önce ev sahibi devlet tabiiyetinde olmalıdır. Öncelikle ev sahibi devlet tabiiyetinin hangi kriterlere göre tesbit edileceğini tesbit etmek gerekir³⁷¹. Kontrol kriterinin uygulanması, yani yatırımcı şirkette kontrolü elinde tutan paydaşların milliyetine göre vatandaşlığı belirlemek maddenin Konvansiyonda yer almasına neden olan vaka ve maddenin amacıyla bağdaşmaz. Maddenin konuluşuna neden olan vaka, ev sahibi devletin yasal düzenlemeleri veya diğer pratik sebeplerle, yabancı yatırımcıların faaliyetlerini ev

³⁷⁰ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 296; Dimsey, M., *The Resolution of Investment Disputes: Challenges and Solutions*, Lahey, 2008, s. 67 vd; Sinclair, A. C., *Nationality*, s. 106; Malinuevo, M., *age*, s. 45 vd.

³⁷¹ Yukarıda Tüzel Kişilerin Tabiiyeti başlığı altında incelediğimiz gibi, vatandaşlığın tesbitinde, kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol kriterleri tartışılmakla beraber, tabiiyetin belirlenmesinde, uygulanması genel kabul gören kriter kuruluş yeri kriteridir.

sahibi devlette kurdukları veya ortak oldukları şirketler aracılığıyla yürütmesinin, yabancı yatırımcıyı, ev sahibi devlet tabiiyetine getirmesi ve bunun Merkez tahkimine başvuru önünde bir engel oluşturmasıdır. Maddenin amacı, bu şekilde yerel yatırımcı statüsüne getirilen yabancı yatırımcıların, Merkez tahkimine başvurusu önündeki, ev sahibi devlet tabiiyetine dayalı engeli kaldırmaktır. Bu durumda ev sahibi devlet vatandaşlığını, esasen kuruluş yerine göre belirlemek gerekir. Bu şekilde yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşı olup olmadığının tesbitinde bir zorluk yoktur. Akla gelen ikinci ihtimal, yatırımcı şirketin birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olması durumudur³⁷².

2. YATIRIMCI İLE EV SAHİBİ DEVLET ARASINDA, YATIRIMCININ DİĞER AKİT DEVLET VATANDAŞI GİBİ MUAMELE GÖRECEĞİNE DAİR ANLAŞMA

Konvansiyon, ev sahibi devlet vatandaşlığındaki tüzel kişilerin, yabancı kontrol dolayısıyla diğer âkit devlet vatandaşı muamelesi görmesine ilişkin anlaşma için, özel bir şekil şartı aramamıştır. Ancak örtülü de olsa, bir anlaşma zaruridir, böyle bir anlaşma yoksa Merkezin yetkisi tesis edilemez.

a. AÇIK ANLAŞMA

Taraflar, ev sahibi devlet tabiiyetindeki yatırımcı şirketin, diğer âkit devlet vatandaşının kontrolünde olduğunu, taraflar arasındaki anlaşmanın bir maddesinde ya da ayrı bir anlaşmayla belirleyebilirler. Yatırımcı şirketin, hangi devletin vatandaşlarının kontrolü altında olduğunun ayrıca belirtilmesinin gerekip gerekmediği Konvansiyondan anlaşılacakla birlikte, hangi devletlerarası yatırım anlaşmasının uygulanacağını tesbiti bakımından belirtilmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz. Örnek madde, aşağıdaki şekilde olmakla beraber, daha farklı şekilde de kaleme alınabilir.

“Yatırımcı, ev sahibi ülke vatandaşı olmasına rağmen(diğer ülkenin ismi) vatandaşları(isimler)tarafından kontrol edilmektedir ve Konvansiyonun

³⁷² Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 298.

*amaçları doğrultusunda bu ülke vatandaşları gibi muamele görecektir*³⁷³.”

Böyle bir maddenin varlığı halinde ev sahibi devletin, yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşlığında olduğu, dolayısıyla Merkezin yetkisiz olduğuna dair itirazı reddedilir.

b. ÖRTÜLÜ ANLAŞMA

Ev sahibi devlet vatandaşı tüzel kişilerin, yabancı kontrol sebebiyle başka âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceklerine ilişkin anlaşma esasen açık olmalıdır, ancak örtülü anlaşma da kabul edilebilir.

Konvansiyonun hazırlık aşamalarında tahkime verilen rızanın, yatırımcının yabancı devlet vatandaşlığının, ev sahibi devletçe kabulü anlamına gelip gelmediği tartışılmıştır. Hazırlık aşamalarında ve öğretilerde örtülü anlaşmaya pek sıcak bakılmasa da, uygulamada ICSID hakem heyetlerinin kararlarında örtülü anlaşmanın kabul edilebilirliği yönünde bir eğilim vardır³⁷⁴. Örtülü anlaşmaların yer aldığı kararlara örnek olarak Amco v. Endonezya, Klöckner v. Kamerun, Letco v. Liberya kararları gösterilebilir.

Amco v. Endonezya davasında³⁷⁵, ICSID şartı, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı Amco Asia'nın alt kuruluşu, yerel şirket PT Amco arasındaydı. Ev sahibi devlet Endonezya, yerel şirket PT Amco'yla arasında, sözkonusu şirketin diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine ilişkin bir anlaşma olmadığını; dolayısıyla Merkezin yetkisinin tesis edilemeyeceğini savundu. Hakem heyeti taraflar arasında bu şekilde bir resmi anlaşmanın olmadığını tesbit ettikten sonra, Konvansiyon m. 25'te de resmi bir anlaşmanın şart olmadığını, ev sahibi devletin PT Amco'dan “yabancı işletme” olarak bahsettiğini ve tüm sermayenin “yabancı sermaye”

³⁷³ It is hereby agreed that, although the Investor is a national of the Host State, it is controlled by nationals of name(s) of other Contracting State(s) and shall be treated as a national of [that]/[those] State[s] for the purposes of the Convention. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/9.htm#c> , E.T: 22.11.2011.

³⁷⁴ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinisch, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 301; Sinclair, A. C., Nationality, s. 108; Malinuevo, M., age, s. 45.

³⁷⁵ Amco v. Republic of Indonesia: Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, S.166, <http://icsid.worldbank.org> ET: 23.06.2011.

olduğuna dair bir kayıt yer aldığını, payların Endonezya vatandaşlarına veya işletmelerine devrinin belli oranda olduğunu belirtmiştir. Heyet, Endonezya'nın PT Amco'nun yabancı kontrol altında olduğunu tam bilincinde olarak tahkim anlaşmasını kabul ettiğini, neticede ev sahibi devletin PT Amco şirketinin, diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğini kabul ettiği sonucuna varmıştır³⁷⁶.

Klöckner v. Kamerun davasında hakem heyeti, yabancı yatırımcı Klöckner şirketinin %51 oranında paydaş olduğu yerel şirket SOCAME ile ev sahibi devlet Kamerun arasındaki ICSID şartının geçerli olmadığı, çünkü SOCAME şirketinin yerel şirket olduğu itirazıyla karşılaşmıştır. Hakem heyeti, Amco v. Endonezya kararındaki eğilimi takip etmiş ve “*ICSID tahkim şartının anlaşmaya dahil edilmesi bile tek başına, SOCAME'nin o sırada yabancı kontrol altında olduğunu taraflarca kabul edildiğini gösterdiğini, şirketin Konvansiyon m. 25/2(b) kapsamında değerlendirilebileceğini ve dolayısıyla ICSID tahkimine başvurmaya yerel şirket SOCAME'nin yetkili olduğu*” sonucuna varmıştır³⁷⁷.

LETCO v. Liberia davasında, sermayesinin tamamı, Fransız yatırımcılara ait Liberian Eastern Timber Corporation şirketi (kısaca LETCO), Liberya'da kurulu yerel bir şirketti. Letco ile Liberya devleti arasındaki imtiyaz sözleşmesinde ICSID tahkim şartı yer almakla birlikte, Letco'nun yabancı yatırımcı gibi muamele göreceğine dair anlaşma yoktu. Letco hakem heyeti de, önceki ICSID hakem heyetlerinin bu konudaki eğilimini takip ederek, ICSID tahkim şartının bile tek başına, yerel şirketin yabancı yatırımcı olarak muamele göreceği hususunda bir anlaşma sayıldığı sonucuna varmıştır³⁷⁸.

Yabancı kontrolündeki yerel şirketin, diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine ilişkin kayıta yer alan “diğer âkit devletin” kim olduğunu anlaşmada yer alması ya da kontrolü elinde tutan paydaşların hangi devlet vatandaşlığına tabi olduğunu anlaşmada yer alması bir zorunluluk değildir³⁷⁹.

³⁷⁶ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 302 – 303.

³⁷⁷ Klöckner v. Cameroon Kararı 21.10.1983, 2 ICSID Reports 16; Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 303.

³⁷⁸ Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia(ICSID Case No. ARB/83/2), Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 305.

³⁷⁹ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 310.

ICSID hakem heyetleri yerel şubelerin arkasındaki ana şirketlere, - tahkime rızanın yer aldığı anlaşmada bu şirketlerin adı yer almasa bile- taraf sıfatı verme noktasında içtihat geliştirmişlerdir. Kontrolü elinde bulunduran yabancı yatırımcılar, tahkim şartının resmen tarafı olmasalar bile, taraf olarak kabul edilmişlerdir. Bu eğilim, yerel şubelerin, yabancı devlet vatandaşı sayılmasına ilişkin açık bir anlaşmanın önemini azaltmıştır. Eğer yerel şirketlerin kontrolü elinde tutan paydaşlarına ICSID tahkimine doğrudan başvuru hakkı verilirse, yerel alt kuruluşun yabancı devlet vatandaşı sayılması hususundaki anlaşmanın önemi azalır. Şirket ortaklığının, çoğu yatırım anlaşmasında, “yatırım” olarak kabul edilmesi, birçok ana şirketin kendi adlarına tahkime başvurmasının önünü açmıştır. Çoğu zaman, ev sahibi ülkede kurulu şirket, yatırımcı olarak değil; yatırım olarak muamele görür. Bu şekilde yatırım, azınlık paydaşlığı ve dolaylı paydaşlığı da kapsar³⁸⁰.

3. YABANCI KONTROLÜN FİLEN VAR OLMASI

Konvansiyon m. 25/2(b)'de “...yabancı kontrolden dolayı tarafların bu Konvansiyonun amaçları doğrultusunda diğer âkit devletin vatandaşı gibi muamele görmesi hususunda anlaştıkları tüzel kişi” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele görme konusundaki anlaşmanın, “yabancı kontrol” nedeniyle olması lazımdır. Yabancı kontrol nedeniyle diğer âkit devlet vatandaşı gibi muamele görme konusundaki anlaşmada, yabancı kontrolün sadece kağıt üzerinde değil, fiilen de var olması lazımdır. Bu husus, Autopista v. Venezuela Bolivar Cumhuriyeti³⁸¹ kararında açıkça belirtilmiştir:

“51. Konvansiyon m 25(2)(b) hükmünde yer alan yabancı kontrol, Konvansiyona taraf devlet vatandaşlarının kontrolünü ifade eder. Dahası, böyle bir yabancı kontrolün de, Vacuum Salt Products kararında³⁸² belirtilen objektif standartları karşılaması gerekmektedir. Nihayetinde, hakem heyeti, gerçek bir kontrol ilişkisinin

³⁸⁰ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e**, s. 126; Sinclair, A. C., Nationality, s. 111.

³⁸¹ AUTOPISTA CONCESIONADA DE VENEZUELA,C.A. v. BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/00/5, s. 23, p. 51, <http://icsid.worldbank.org>.

³⁸² Vacuum Salt Products Ltd. v. Government of the Republic of Ghana,(Case No. ARB/92/1) 16.02. 1994, 4 ICSID Reports 165(1994).

varlığını dikkate almak zorundadır³⁸³. Bu nedenle, taraflar Aucoven şirketinin, Amerikan'ının ICSID Konvansiyonuna taraf olması, Meksikan'ının ise ICSID Konvansiyonuna taraf olmamasına dayalı taşıdığı yetki kaygılarıyla, Amerikan vatandaşı gibi muamele göreceği hususunda anlaşmış olsalar bile, Meksikalı vatandaşların şirket üzerindeki yaygın kontrolleri ve şirket işlerine karışmaları vakaları, Aucoven bakımından mahkemenin yetkisizlik kararı vermesine yol açmıştır.”

Amco³⁸⁴, Klöckner³⁸⁵ ve Letco³⁸⁶ davalarında da hakem heyeti, sözkonusu yerel şirketlerin yabancı kontrol altında olup olmadıklarını, paylarının oranlarını tesbit etmiştir. Her davada, ilgili şirketlerdeki yabancı pay sahipliği oranından yabancı kontrolün varlığı anlaşılabilir; Amco Asia et al. v. Endonezya'da % 100 yabancı paydaşlığı, Klöckner v. Cameroon'da %51 yabancı paydaşlığı ve LETCO v. Liberia'da % 100 yabancı paydaşlığı, yabancı kontrolün varlığına dair kuvvetli göstergelerdir. Zaten bu davalarda, yerel şirketlerin yabancı kontrolü altında olmadığına dair bir itirazla da karşılaşılmamıştır.

4. YABANCI KONTROLÜN FİLEN GERÇEKLEŞMESİNE İLİŞKİN ÖRNEK ICSID KARARLARI

a. VACUUM SALT PRODUCTS LTD. V. GANA DEVLETİ (ICSID CASE No. ARB/92/1)

Davacı Vacuum Salt şirketi 28.5.1992'de, Ada-Songor Lagoon bölgesindeki tuz üretimi ve madencilik tesisleri üzerindeki, 22.1.1988 tarihli ev sahibi devlet Gana ile aralarındaki işletme ruhsatına ilişkin sözleşmesel haklarının kamulaştırıldığı

³⁸³ Gerçek bir kontrol ilişkisinin varlığının arandığı aynı yönde bir karar için bakınız: Banro American Resources, Inc. And Société Aurifère du Kivu et du Maniema, S.A.R.L. v. the Democratic Republic of the Congo (Case No. ARB/98/7), Award Declining Jurisdiction of September 1, 2000

³⁸⁴ Amco v. Republic of Indonesia: Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, <http://icsid.worldbank.org> ET: 23.06.2011.

³⁸⁵ Klöckner v. Cameroon Kararı 21.10.1983, 2 ICSID Reports 16.

³⁸⁶ ICSID Case No. ARB/83/2, Liberian Eastern Timber Corp (“LETCO”) v. Government of the Republic of Liberia, 24.10.1984 t. Yetki Kararı, 2 ICSID Reports, Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 303'ten naklen.

iddiasıyla, Gana Devleti aleyhine ICSID tahkimine başvuru yaptı. Ev sahibi devlet Gana ile Gana kanunlarına göre kurulu Vacuum Salt şirketi arasındaki bu sözleşmede, uyuşmazlıkların halli mercii olarak, ICSID tahkimi seçilmişti. Vacuum Salt şirketi Gana kanunlarına göre kurulmuş yerel bir şirket olmasına rağmen, bir Yunan vatandaşının kontrolü altında olduğundan, Konvansiyonun amaçları bakımından yabancı şirket gibi muamele göreceği konusunda taraflar anlaşmışlardı

387

Davalı, 25/2(b)'de yer alan şartların gerçekleşmediği savunmasıyla, yetkiye itiraz etmiştir³⁸⁸. Kararın bütününe bakıldığında, Merkez'in yetkisinin varlığı Konvansiyon m. 25/2(b)'deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bağlıdır. Hakem heyeti de, yabancı kontrol şartına ilişkin incelemeyi ikiye ayırarak yapmıştır: a. taraflar arasında yabancı kontrol sebebiyle yatırımcının diğer âkit devlet vatandaşı sayılacağına ilişkin anlaşma var mıdır? b. Konvansiyon m. 25/2(b) bağlamında yatırımcı şirket gerçekten yabancı kontrol altında mıdır? ³⁸⁹ Hakem heyeti, Konvansiyon m. 25/2(b) bağlamındaki yabancı kontrol konusunun tartışıldığı, Amco Asia v. Endonezya, Klöckner v. Kamerun, Letco v. Liberya kararlarını incelemiştir. Neticede halihazırdaki davayla adigeçen kararların birbirinden farklı olduğuna kanaat getirmiştir. Öncelikle sözkonusu yatırımcı şirketlerin hepsinde yabancı kontrolün varlığı, şirket yapılarındaki yabancı paydaşlıklar sebebiyle öngörülebilir; Amco Asia'da % 100, Letco'da % 100, Klöckner'de % 51 yabancı paydaşlığı sözkonusudur³⁹⁰. Hakem heyetinin kararı, nihai olarak Konvansiyon m. 25/2 (b)'de öngörülen "yabancı kontrol"ün ICSID tahkimine rızanın verildiği tarihte var olup olmadığına bağlıdır. Taraflar arasındaki, yatırımcının yabancı kontrol dolayısıyla, yabancı devlet vatandaşı gibi muamele göreceğine ilişkin anlaşma, kendiliğinden Merkezin yetkisini tesis edemez. Madde 25/2(b)'de yer alan yabancı kontrol atfının, somut bir sınırı olması gerekir; yani taraflar içtenlikle ve iyi niyetle yatırımcının bu madde kapsamında değerlendirilmesini isteseler de, sadece bu, yabancı kontrolün varlığının tesbiti için yeterli değildir. ICSID tahkimine tarafların yazılı rızası, Merkezin yetkisi için zaruri bir önşart olmasına rağmen, tek başına rıza, Merkezin yetkisinin tesisi için yeterli değildir. Konvansiyonun amacına sadık kalarak, Merkezin yetkisi, ihtilafın niteliği ve taraflarıyla da sınırlıdır. Merkez sadece yatırımcı ile yabancı

³⁸⁷ Vacuum Salt Production Ltd. v. Government of the Republic of Ghana, s.72-73, <http://icsid.worldbank.org> E.T: 25.08.2011.

³⁸⁸ Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı s. 76, p. 13.

³⁸⁹ Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı s. 83-84, p. 30.

³⁹⁰ Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı s. 86, p. 31.

devlet arasındaki ihtilafın halli için kurulmuştur. Tarafların tahkime rızası Merkezin yetkisinin en temel unsuru olmakla birlikte, sözkonusu rıza, Merkezin kişi bakımından yetkisine ilişkin sınırları kaldırmaz; yani taraflar rıza gösterebilirler dahi, bir ev sahibi devlet vatandaşı, yabancı kontrole ilişkin düzenleme hariç olmak üzere, Merkez tahkiminin tarafı haline gelemez. Halihazırdaki ihtilafta, hakem heyetinin görevi, Konvansiyondaki sınırların aşılmadığını tesbit etmektir. Bu görevi yerine getirirken, heyet öncelikle Konvansiyon sınırlarını belirleyecektir. Yabancı kontrol konusunda ne ICSID Konvansiyonunda ve hazırlık çalışmalarında ne de ICSID içtihatlarında detaylı bir tanım yapılmamıştır. 25/2(b) bakımından yazarların önemli bir bölümü, makul bir kritere dayalı şartın kabul edilmesi gerekliliği ve yetkisizlik kararının sadece, Konvansiyonun amaçlarına açıkça ters düşecek şekilde kullanılması halinde verilmesi gerektiği görüşündedirler³⁹¹. Yabancı kontrole dayalı yabancı vatandaşlığa ilişkin anlaşmanın, uygun bir yabancı kontrole dayalı yabancı vatandaşlığın varlığına ilişkin güçlü bir gösterge olduğu doğrudur. Bu durumda yabancı kontrolün herhangi bir makul kritere göre belirlenmesini, bir hakem heyetinin kabul etmeyeceği ve yetkiyi reddedeceği tek hal, tarafların Konvansiyonu amacının dışında kullanma niyetinde olmasıdır³⁹². *Vacuum Salt Products v. Gana* Kararına baktığımızda; Gana'da 1942'den beri mukim Yunan vatandaşı Gerassimos Alexis Panagiotopoulos tarafından 1966 yılında kurulan *Vacuum Salt* şirketindeki hisse oranları, işletme iznine ilişkin anlaşmanın yapıldığı 22.1.1988 tarihi itibarıyla şu şekildeydi: Şirketin % 20'si Panagiotopoulos'a, % 30'u Gana devletine ait üç bankaya ve geri kalan % 50'si de Gana vatandaşlarına aitti³⁹³. Konvansiyonda yabancı kontrole ilişkin belli bir paydaşlık oranı belirlenmemiştir. Bu durumda, şirketin % 100 paydaşı olmak yabancı kontrolün mutlak varlığı ya da şirkette paydaş olmamak yabancı kontrolün mutlak yokluğu anlamına gelmez. Yabancı kontrolün varlığı, her somut olayın şartları göz önüne alınarak değerlendirilmelidir, bu konuda bir formül yoktur³⁹⁴. Panagiotopoulos'un şirketteki konumuna ve etkinliğine baktığımızda; Panagiotopoulos teknik veya teftiş görevi dışında gerçek anlamda yönetsel bir faaliyette bulunmamıştır. Her zaman diğer paydaşlar içinde en büyük paya sahip olan yönetici müdürün, talimatları doğrultusunda hareket etmiştir. Şirketin kaderini etkileyebilecek olumlu ya da olumsuz hiçbir etkinliği olmamış,

³⁹¹ *Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı* s. 90 - 91.

³⁹² *Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı* s. 91-92.

³⁹³ *Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı* s. 93, p. 41.

³⁹⁴ *Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı* s. 94, p. 43.

yönetim ve karar kademesinde önemli bir güce ve önemli şirket meselelerinde güçlü bir etkiye sahip olmamıştır. Şirketin toplantı tutanaklarına bakıldığında, Panagiotopoulos'un istisnasız olarak daima, teknik rapor ve şirketin mali durumu hakkında rapor sunduğu görülmektedir. Sonuç olarak, yatırımcı lehine bir değerlendirme yapılmaya çalışılsa bile, Panagiotopoulos'un şirkette “yetkili” olmadığı sonucuna varılır³⁹⁵. Hakem heyeti Konvansiyon m. 25/2(b)'deki şartların oluşmadığı, şirkette gerçek bir yabancı kontrolün var olmadığı, dolayısıyla ICSID'in yetkisinin oluşmadığı kanaatine vararak, davacının tahkim talebini reddetmiştir³⁹⁶. Sonuç olarak, yabancı kontrolün varlığı konusunda tarafların anlaşması yeterli olmamaktadır. Kanaatimizce fiili bir yabancı kontrolün varlığının araştırılması, Konvansiyonun sağladığı imkanların, Konvansiyonun önsözünde belirtilen amaçlarına yönelik kullanılması ve Konvansiyonun getirdiği haklardan, ehil olmayanların faydalanmasının engellenmesi bakımından zaruridir.

b. TSA SPECTRUM DE ARGENTINA SA V. ARJANTİN KARARI (ICSID CASE No. ARB/05/5)

TSA Spectrum de Argentina S.A v. Arjantin tahkiminde³⁹⁷, davacı Thales Spectrum de Argentina S.A (kısaca TSA) Arjantin'de kurulu ve tüm hisseleri Hollanda'da kurulu TSI Spectrum International N.V (kısaca TSI)'nin alt şirketidir.

³⁹⁵ Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı s. 98 – 99, p. 53.

³⁹⁶ Vacuum Salt v. Gana Devleti Kararı s. 100, p. 55.

³⁹⁷ TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, 19.12.2008 t. Karar, <http://italaw.com/documents/TSAAwardEng.pdf> E.T: 26.08.2011, s. 3 vd. İhtilaf konusu olay kısaca şu şekildedir: 1992 yılında Arjantin, radyo frekans yelpazesinin (spektrum) yönetim, denetim ve idaresinin özelleştirilmesi için ihale düzenlemiştir. İhaleyi TSA şirketi kazandı ve 1997 yılında anlaşma şartları ve tarafların borçlarını düzenleyen 15 sene süreli imtiyaz sözleşmesi imzalandı. Sözleşmede uyuşmazlıkların halli yöntemini düzenleyen 29. maddeye göre: “İhale sürecine hakim esasların uygulanmasından ya da yorumundan doğan veya ihale sürecinin amaç veya etkileriyle doğrudan veya dolaylı bağlantılı tüm meseleler, İdari Uyuşmazlıkların Halli için Ulusal Federal Alt Mahkemelerinin kesin yetkisine tabi olacaktır;. İhaledeki teklif sahibi ya da ortaklarından biri yabancı şirketse, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar nihai olarak Uluslararası Ticaret Odası (ICC) kurallarına uygun olarak Buenos Aires'te bir veya daha fazla hakemden oluşan bir tahkim heyeti tarafından çözümlenecektir. 2001 yılında ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasını içeren isimsiz bir mektupla, yolsuzlukla mücadele birimi, TSA şirketi ve ihaleyle bağlantılı kamu çalışanları aleyhine takip başlatmıştır. 2005 yılında TSA şirketi, aleyhlerine verilen kararlar için temyize başvurduysa da, bu başvurusu Federal Ceza Üst Mahkemesi tarafından reddedilerek, incelemelerin derinleştirilmesi talimatı verilmiştir. Buna ilaveten, federal mahkeme devleti zarara uğrattıkları gerekçesiyle, TSA yönetiminden iki kişinin de bulunduğu kişiler aleyhine takibat başlatmıştır. Arjantin - Hollanda Yatırımların Korunması ve Teşviki

Ev sahibi devlet, yatırım sözleşmesinin tarafı olmadığı ve ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasındaki yatırımların korunması ve teşviki andlaşmasından yararlanamayacağı gerekçeleriyle Merkezin yetkisine itiraz etmiştir³⁹⁸. Ev sahibi devletin itirazlarından bir tanesi de, davacı şirketin, esasen yabancı kontrol altında olmadığı; kontrol eden şirket olarak gösterilen Hollanda'da kurulu TSI şirketinin aslında ev sahibi devlete ait olduğu; dolayısıyla ev sahibi devlet, Konvansiyondaki yabancı kontrolündeki yerel şirketlerin ICSID'e başvurusunun düzenlendiği; fakat burada iddia edildiği gibi TSA'nın, Hollandalı TSI şirketinin kontrolünde olmadığını iddia etmiştir. TSA'nın kuruluşunda ve yönetim kurulunda Hollanda vatandaşlarının yer almaması; 2002'ye kadar Fransız, 2002'den sonra Arjantin vatandaşlarının yer alması; şirket sermayesinde kontrol eden ve kontrol edilen şirketler arasındaki ayırım, TSI'nin merkez olarak gösterdiği yerde 225 şirketin daha kayıtlı olması, TSI'nin şirket faaliyetlerindeki şüpheler, TSA'nin TSI kurulduktan sadece 5 gün sonra kurulmuş olması, Arjantin devletinin, TSI şirketinin bir "araç" olduğu yönündeki iddiasının dayanaklarıdır³⁹⁹. Ev sahibi devlet, davacı şirketin tüm kritik tarihlerde (tahkim talebi, yetkiye rıza, ihtilafın başlangıcı) doğrudan veya dolaylı olarak payların çoğunluğunu elinde bulunduran, ev sahibi devlet vatandaşı tarafından kontrol edildiğini ve bu nedenle Merkezin yetkisi dışında kaldığını savunmuştur.

TSA ise, hisselerinin tamamının TSI'ye ait olduğunu, bunun da kontrol kriterinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olduğunu savunmuştur. TSA'ya göre, asıl kontrolün kimde olduğunun tesbitine gerek yoktur, çünkü andlaşmada böyle bir şart yer almamaktadır⁴⁰⁰. TSA tarafların uyuşmazlığı Merkeze sunduğu tarihte ve

Andlaşması 20.01.1992'de imzalanmış ve 01.10.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu andlaşmada uyuşmazlıkların halli için ICSID tahkimi öngörülmüştür. 20.12.2004 tarihinde TSA, yatırımlarının kamulaştırıldığı, hakkaniyet ve nısfete uygun muamele şartına aykırı davranıldığı, yatırımlarının korunmadığı gerekçesiyle Merkez tahkimine başvurmuştur.

³⁹⁸ TSA v. Arjantin Kararı s. 14, p. 39; Arjantin, a. TSA'nın imtiyaz sözleşmesinde, devletlerarası yatırım andlaşmasına dayalı uluslararası tahkim mekanizmasından başvurudan feragat ettiği, b. ICSID tahkimi için önkoşulların yerine getirilmediği, c. TSA'nın andlaşma korumasından yararlanabilecek bir tüzel kişilik olmadığı ve d. TSA'nın imtiyazının Arjantin hukukuna uygun alınmadığı ve bu nedenle andlaşma korumasından yararlanamayacağı gerekçeleriyle Merkezin yetkisine itiraz etti

³⁹⁹ TSA v. Arjantin Kararı s. 35, p. 119.

⁴⁰⁰ TSA v. Arjantin Kararı s. 36 vd.; TSA ve TSI'nin esas sahipleri, imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı 11.06.1997 tarihinde Fransız şirketi Thomson CSF S.A.; Uyuşmazlığın ortaya çıkışından önce 05.01.2002 ve imtiyazın sona erdiği 26.01.2004 tarihlerinde Alman-Arjantin vatandaşı Jorge Justo Neuss, Fransız Thales Grubu ve Fransa vatandaşı Jean Nicolas d'Ancezone; Aralık 2004'te de Jorge Justo Neuss idi.

imtiyazın verildiği tarihten bu yana yabancı kontrolündeki bir Arjantin şirkettir. TSA'nın Konvansiyon m. 25/2(b)'nin amaçları doğrultusunda ve Arjantin-Hollanda Yatırım Andlaşması 1/b ve 10/6 hükümlerine dayalı olarak diğer âkit devlet vatandaşı sayılacağı, yani Hollanda vatandaşı sayılacağı hususunda Arjantin ve Hollanda'nın uzlaşmış olduklarını, bu gerekçelerle de TSA, Konvansiyon m. 25/2(b)'de yer alan şartların gerçekleştiğini iddia etmiştir⁴⁰¹.

Hakem heyeti Konvansiyon m. 25/2(b)'nin somut sınırlar çizdiğini ve tarafların anlaşmayla bu sınırların dışına çıkamayacağını, “yabancı kontrol”e ilişkin bir anlaşmanın yeterli olmayacağını, gerçek bir yabancı kontrolün varlığının gerekli olduğunu belirtmiştir. Hakem heyetine göre, maddede geçen “yabancı kontrolden dolayı” ifadesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına cevaz vermektedir⁴⁰². Sunulan deliller ve tanık ifadelerine göre, hakem heyeti, davacı tüzel kişinin gerçek sahibinin, Alman – Arjantin vatandaşı Jorge Justo Neuss olduğuna ve “yabancı kontrol” kriterinin sadece kağıt üzerinde gerçekleştiğini; fiilen gerçekleşmediğine kanaat getirmiş; nihayetinde davanın kişiye ilişkin yetki şartlarının (jurisdiction *ratione personae*) gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

Konvansiyon m. 25/2(b)'de yabancı kontrolün fiilen gerçekleşmesine ilişkin bir şart yer almamaktadır. Ancak öğretisi ve ICSID hakem heyetleri, yabancı kontrol düzenlemesine ilişkin şartları belirtirken, yabancı kontrolün fiilen var olması gerektiği; dolayısıyla “gerçek” bir yabancı kontrolün varlığı hususunda hemfikirdirler. Hakem heyetleri de, yabancı kontrolün varlığını tesbit amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında bir engel görmemişler; yukarıdaki kararlarda görüldüğü üzere, paydaşlık yapısını, paydaşların şirket hisselerini, şirket üzerindeki kontrollerini, etkinliklerini incelemişlerdir. Bu durumda, hakem heyetlerinin, yabancı kontrol düzenlemesinin kötüye kullanılmasını; ICSID tahkimine başvuru şartlarını taşımayan gerçek veya tüzel kişilerin, yabancı kontrole ilişkin Konvansiyon m. 25/2(b)'yi dolanmasına izin vermedikleri ve bu amaçla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına başvurduklarını söylemek, kanaatimizce yanlış olmaz.

⁴⁰¹ TSA v. Arjantin Kararı s. 37, p. 135.

⁴⁰² TSA v. Arjantin Kararı s. 48, p. 147.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM YATIRIMCI KİMLİĞİ

I. GENEL OLARAK YATIRIMCI KİMLİĞİ

ICSID Konvansiyonu m. 25, Merkezin yatırımcı açısından kişi bakımından yetkisini tayin ederken, yatırımcının diğer âkit devlet vatandaşı olması ya da yabancı kontrolündeki ev sahibi devlet vatandaşı olması gerekliliğini düzenlemekle birlikte; bu düzenleme yatırımcı kimliğinin belirlenmesinde çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Bu düzenleme, tek vatandaşlığı olan gerçek kişiler açısından yeterli görülmele⁴⁰³ birlikte, karmaşık yapıdaki tüzel kişi şirketler için yeterli olmamaktadır⁴⁰⁴. Şirketlerdeki farklı tabiiyetteki doğrudan ya da dolaylı paydaşlar ya da azınlık veya çoğunluk paydaşlarının yatırımcı kimlikleri; yani “yatırımcı” sıfatını haiz olup olmadıkları; dolayısıyla Merkez tahkimine başvuru hakkını haiz olup olmadıkları tartışılmıştır⁴⁰⁵. Yatırımcı kimliği açısından, tüzel kişi şirket ile paydaşlar arasında kesin bir ayırımın yapılmamış olması, paralel tahkimlere sebebiyet vermiştir⁴⁰⁶. Konvansiyon m. 25 düzenlemesi, yatırımcı kimliğinin bölünebildiği ve paydaşların diğer âkit devlet vatandaşı olduğu hallerde, paydaşın başvurusu karşısında, kanaatimizce, bir engel değildir. Yatırımcı kimliğini ilgilendiren, ikinci sorun, ev sahibi devlet vatandaşı yatırımcının, tâbi olduğu devletin, yabancı yatırım ile ilgili düzenlemelerinden faydalanarak, kendi devleti aleyhine Merkez tahkimine

⁴⁰³ Tek vatandaşlığı olan gerçek kişi yatırımcılarda, bu düzenleme yeterli görülmele birlikte bazı hallerde çözüme ulaştırmada yetersiz kalmaktadır. Aşağıda daha detaylı incelendiği üzere, gerçek yatırımcı kimliğinin tartışıldığı kararlarda Konvansiyon m. 25 düzenlemesi çözüme götürmemektedir.

⁴⁰⁴ Mendelsson, M., agm, s. 25.

⁴⁰⁵ Mendelsson, M., agm, s. 25.

⁴⁰⁶ Uluslararası Tahkim Hukukunda, yatırımcı kimliği hususunda kafalarda soru işareti yaratan ilginç bir durum aynı ihtilaf hakkında farklı tahkim merkezlerinde aynı devlete karşı açılan CME v. Czech Republic ve Lauder v. Czech Republic UNCITRAL tahkimleri ve Lauder v. Czech Republic ICC tahkimidir. 1999 yılında CME, Zelezny'e karşı CME ve Zelezny arasındaki anlaşmada yer alan yetki klozu gereğince ICC'de dava açtı. Aynı sene Lauder, Çek Cumhuriyetine karşı ABD – Çek Cumhuriyeti yatırım anlaşmasının ihlal edildiği gerekçesiyle UNCITRAL tahkimine başvurdu. 2000 yılında da Hollandalı alt firma CME Czech republic Hollanda – Çek Cumhuriyeti yatırım anlaşmasının ihlal edildiği gerekçesiyle UNCITRAL tahkimine başvurmuştu. Kararlar için bak: www.italaw.com E.T: 22.07.2013

başvurmasıdır. Dolayısıyla, yatırımcı kimliğini ilgilendiren başlıca iki sorun, kanaatimizce, şirket paydaşlarının başvuru hakkı ve gerçek yatırımcı konularıdır⁴⁰⁷.

II. ŞİRKET PAYDAŞLARININ BAŞVURU HAKKI

A. GENEL OLARAK

Merkezin yetkisinin sınırları, Konvansiyon m. 25'te belirlenmiştir. Buna göre, ev sahibi devlette yatırım yapan yabancı gerçek ve tüzel kişiler Merkez tahkimine başvurabilir. Uygulamaya baktığımızda, yabancı yatırımın çoğu zaman yerel şirketler vasıtasıyla yapıldığına şahit oluruz⁴⁰⁸. Bu durumda, şirket paydaşı ile ev sahibi devlet arasında ICSID tahkiminin seçildiğine dair bir tahkim anlaşması yoktur. Şirket ile Devlet ya da devlet kurumu arasındaki tahkim anlaşmasına, şirket paydaşı taraf değildir. Şirket paydaşı taraf olmadığı bir tahkim anlaşmasından faydalanabilir mi? Tahkim anlaşmasına taraf olmayan şirket paydaşının başvuru hakkı kabul edildiğinde bile, konunun, paydaşın tüzel kişiden bağımsız olarak başvurma hakkının olup olmadığı noktasından da incelenmesi gerekir. Dolayısıyla, paydaşların başvuru hakkı iki yönden incelenmesi gereken bir konudur: 1. Tahkim anlaşmasına taraf olmayanların tahkim sürecine dahil olabilmesi; tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili problemi, 2. Şirket paydaşların tüzel kişi şirketten bağımsız hareket etmesinin mümkün olup olmadığı.

1. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ

Sözleşmelerin iradiliği ve nisbiliği ilkeleri, sadece Türk Hukukunda yer alan ilkeler değildir; evrensel ilkelerdir. Taraflar, ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı olmadıkça, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda sözleşme yapabilirler. Sözleşme yalnızca tarafları bağlar ve kimse, tarafı olmadığı bir sözleşmeyle bağlı tutulamaz. Tahkim anlaşması da bir sözleşme olduğundan, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesinden de bahsetmek mümkündür. Tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesi

⁴⁰⁷ Park, W. W., Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma, Multiple Party Actions in International Arbitration 3 (2009), s. 3.

⁴⁰⁸ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 296; Dimsey, M., The Resolution of Investment Disputes: Challenges and Solutions, Lahey, 2008, s. 67 vd; Sinclair, A. C., Nationality, s. 106; Malinuevo, M., age, s. 45 vd.

gereği, tahkim anlaşmasının, sadece tarafları için hüküm ve sonuç doğurması, onlar üzerinde etkili olması esastır. Tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler bakımından, tahkim anlaşması kural olarak herhangi bir hüküm ifade etmez.

Bazı durumlarda, üçüncü kişilerin davacı sıfatıyla tahkim yargılamasında yer almak istemeleri ya da benzer şekilde, davacının, tahkim talebinin, tahkim şartına taraf olmayan kişiye yöneltilmesi suretiyle, kararın tenfizini kolaylaştırmak istemesi mümkündür tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili; yani tahkim anlaşmasının kapsamının, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesi ve bu kişilerin davacı veya davalı sıfatıyla yargılamada yer alması mümkündür⁴⁰⁹.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili sorununu ICSID tahkimi bakımından inceleyecek olursak, tahkim anlaşmasının niteliğini, Konvansiyon m. 25 düzenlemesi çerçevesinde, Merkezin yetkisi bakımından tesbit etmek gerekir. Konvansiyon m. 25, Merkezin konu bakımından yetkisini (jurisdictio razione materiae), kişi bakımından yetkisini (jurisdictio razione personae) ve rıza (jurisdictio razione voluntatis) şartını düzenler. Tahkim anlaşmasıyla, taraflar tahkime rızalarını ifade ederler; bu nedenle tahkim anlaşması, rıza şartı içerisinde değerlendirilir.

Ev sahibi devletin, ICSID tahkimine rıza açıklaması, devletlerarası iki ya da çok taraflı bir andlaşmada ya da iç hukuk düzenlemesinde tek taraflı bir açıklama; icap şeklinde olabileceği gibi; ev sahibi devlet ya da kurumu ile yatırımcı arasındaki bir sözleşmede de yer alabilir⁴¹⁰. Ev sahibi devletin rıza açıklamasının genel bir icap olarak değerlendirildiği durumlarda, yatırımcının bu icabı kabulü ile tahkim

⁴⁰⁹ Esen, E., Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 9 vd., Şit- Köşgeroğlu, B., Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Teşmili, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 3, s. 5 vd.; Stucki, B. / Schellenberg, W., Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories, ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006, s. 1

⁴¹⁰ Tahkim şartının teşmilinde önümüze çıkan iki sorun, Merkez tahkimine başvuru için tarafların rızası ve bu rızanın yazılı olmasıdır. Halbuki, tahkim şartına taraf olmayan kişi, tahkime yazılı rıza göstermemiştir. Stucki, B. / Schellenberg, W., agm, s. 1. Kanaatimizce bu sorun, ev sahibi devlet ile tüzel kişi şirket arasındaki tahkim şartının teşmilinde ortaya çıkabilir. Ev sahibi devletin tek taraflı bir rıza açıklamasının; dolayısıyla genel icabın yer aldığı durumlarda, paydaşın yazılı olarak bu icabı kabul etmesiyle, uyuşmazlığı Merkez tahkimine götürme hususundaki, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları uyuşmuş ve böylece anlaşma kurulmuş olur. Bu hallerde de, paydaşın, tahkime yazılı olarak rıza göstermesi şartı gerçekleşmiş olur.

anlaşması kurulmuş olur⁴¹¹. Teorik olarak, tahkim anlaşmasının teşmili sorunu, kanaatimizce, ev sahibi devletin rızasının genel icap olarak nitelendirildiği durumlarda ortaya çıkmaz. Ancak, şirket paydaşının tâbiyetinde olduğu kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında, ICSID tahkimine yollama yapan iki taraflı ya da çok taraflı bir andlaşmanın bulunmaması ya da bu andlaşmaya davacının dayanamaması halinde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili problemi ortaya çıkar⁴¹². Dolayısıyla, paydaşların başvuru hakkı konusunu, şirket ile ev sahibi devlet arasındaki tahkim anlaşmasının, üçüncü kişilere teşmili sorunuyla sınırlamak ICSID tahkiminin yapısına uygun değildir.

Yatırımcılara, ICSID tahkimine başvuru hakkı verip vermediği tartışma konusu olan önemli bir kayıt da, genellikle devletlerarası iki taraflı andlaşmalarda yer alan en çok gözetilen millet kaydıdır⁴¹³. En çok gözetilen millet kaydı, belli bir ülkenin veya ülke vatandaşlarının ekonomik faaliyetlerinin, bir başka ülkeye tanınan daha lehteki düzenlemeye tabi tutulmasıdır. Bunun sonucunda, lehine en çok gözetilen millet kaydının tanındığı devlet, bu hakkı tanıyan devletin, üçüncü ülkelere ilişkin tüm andlaşma ve muamelelerini gözden geçirerek, kendisine tanınandan daha elverişli bir yükümlülük veya muamele bulunması halinde, bunun kendisine uygulanmasını istemek hakkına sahiptir⁴¹⁴. Davacının tahkim şartına

⁴¹¹ Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., age, s. 289; Meldelson, M., Nationality, s. 127.

⁴¹² Davacı, ICSID tahkimine başvurusunu hangi hukuki metne dayandırabilir onu belirtelim: Davacı, davasını, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet (ya da devlet kurumu) arasındaki yatırım anlaşmasına, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Andlaşmasına ya da (davacıya, ev sahibi devlet aleyhine ICSID tahkimine başvuru hakkı veren) çok taraflı bir andlaşmaya dayandırabilir. O zaman, şirket paydaşının, ev sahibi devlete karşı ICSID tahkimine başvurusunda tek seçenek, yatırımcı şirket ile devlet (ya da devlet kurumu) arasındaki yatırım sözleşmesi değildir. Şirket paydaşı, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş İki Taraflı Yatırım Andlaşmasına ya da Çok Taraflı bir Andlaşmaya (örn. Enerji Şartı Andlaşması) istinaden ICSID'in yetkisini tesis edebilir. ICSID tahkim şartının yer aldığı, Devletlerarası İkili ve Çok taraflı Yatırım Andlaşmalarının sayısı düşünüldüğünde, şirket paydaşının tek seçeneğinin, yatırımcı şirket ile devlet (ya da devlet kurumu) arasındaki yatırım sözleşmesine dayanmak zorunda kalmasının, oldukça ender rastlanabilecek bir durum olduğu görülür

⁴¹³ Gaillard, E., Establishing Jurisdiction Through a MFN Clause, New York Law Journal, 02.06.2005, Vol. 233, No: 105; Ataman – Fıganmeşe, İ., The Impact of Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, Ankara Law Review, Vol: 8, No: 2, Winter 2011, s. 221-237.

⁴¹⁴ Telli, S., age, s. 76; Sanger, K., Basic Principles of Investment Treaties, Investor-State Arbitration, Lessons for Asia, New York, 2008, s. 26 vd.; Lee, M., An Overview of Investment Treaty Arbitration, Investor-State Arbitration –Lessons for Asia, 2008, s. 9 vd.

dayandığı ve en çok gözetilen millet kaydının⁴¹⁵ yer aldığı, devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşmasında, ICSID tahkim şartının sulh görüşmeleri için belli bir bekleme süresi öngörmesi halinde, davacının, ev sahibi devlet ile başka bir devlet arasındaki yatırım andlaşmasında bekleme süresi öngörmeyen ve daha lehte olan ICSID tahkim şartına dayanabilme imkanı vardır⁴¹⁶. Hatta kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki Devletlerarası İki Taraflı Yatırım andlaşmasında ICSID tahkimine rızanın bulunmadığı hallerde dahi, yatırımcının en çok gözetilen ulus kaydından istifade ederek⁴¹⁷, ICSID tahkimine başvuru imkanının kabul edilmesi yönünde bir eğilim

⁴¹⁵ En çok gözetilen millet kaydından istifade edilmesi, bazı ICSID hakem heyetleri (*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 25.01.2000 t. Yetki İtirazına İlişkin Karar; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID ARB/01/7, 25 Mayıs 2004 t. Karar; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID ARB/02/8, 03.08. 2004 t. Yetki Kararı; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID No. ARB/03/7, 10.06.2005 t. Yetki Kararı; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID ARB/03/10, 17.06.2005 t. Yetki Kararı;; *RosInvestCo U.K. Ltd. v. The Russian Federation*, SCC No. V079/2005, 01.10. 2007 t. Yetki Kararı; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, 21.06. 2011 t. Karar; *Hochtief AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, 24.10. 2011 t. Yetki Kararı) tarafından kabul edilmiş; bazı ICSID hakem heyetleri (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID ARB (AF)/00/2, 29.05. 2003 t. Karar; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID ARB/02/13, 9.11. 2004 t. Yetki Kararı; vs.) tarafından ise reddedilmiştir. Kararlar için bkz: *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, 03.07.2013, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 11.08.2013; s.20-21, d. 53-54.

⁴¹⁶ Arjantin vatandaşı olan Maffezini, ev sahibi devlet İspanya'ya karşı ICSID tahkimine başvurmuştur. Arjantin – İspanya DİYA'da ICSID tahkim şartı yer almakla birlikte, ilgili andlaşmanın 11. Maddesinde 18 aylık bir bekleme süresi öngörülmüştür. Arjantin-İspanya arasındaki devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşmasında ayrıca En Çok Gözetilen Ulus Kaydı (Most Favored Nation Clause) yer almaktadır. Davacı da, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki andlaşmada yer alan bu kayda dayanarak, Şili – İspanya Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasındaki ICSID Şartına dayalı olarak Merkez tahkimine başvurmuş ve Merkez de yetkili olduğuna hükmetmiştir: s. 3, p.1. *Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain* Case no. ARB/97/7 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction <http://icsid.worldbank.org> E.T: 03.10.2012. Maffezini, *Gas Natural; Vivendi v. Arjantin* kararlarında, tartışma konusu olan, tahkim öncesi bekleme sürelerinin veya ulusal mahkemelere başvuru şartının, en çok gözetilen ulus kaydıyla, göz ardı edilip edilemeyeceğidir. Dolayısıyla tartışma, devletlerarası ikili yatırım andlaşmasında yer almayan, ev sahibi devletle üçüncü bir devlet arasındaki tahkim şartının, en çok gözetilen ulus kaydından istifade ile taraflar arasındaki yatırım andlaşmasına dahil edilmesini sağlamak değildir. Turner, P., *Two Hot Topics in Investor-State Arbitration*, *Investor-State Arbitration, Lessons for Asia*, New York, 2008, s. 50.

⁴¹⁷ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, 03.07.2013, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, (03.07.2013 t. Rızanın Yokluğuna Dayalı Yetki İtirazına İlişkin Karar), s. 20 vd: Hakem heyeti, incelemesini yaparken, öncelikle Türkmenistan – Birleşik Krallık arasındaki andlaşmada yer alan en çok gözetilen millet kaydının, üçüncü devletle Türkmenistan arasındaki andlaşmada yer alan haklardan istifade

vardır⁴¹⁸. Kanaatimizce, buradaki en önemli husus, en çok gözetilen ulus kaydının, ev sahibi devletin rıza açıklaması yerine geçip geçemeyeceğidir. Burada andlaşmada yer alan, en çok gözetilen ulus kaydındaki ifade önem taşır. En çok gözetilen ulus kaydı, ev sahibi devletin yatırımcıya, diğer devlet tabiiyetindeki yatırımcılarla eş düzeyde bir koruma sağlamayı amaçlıyorsa, o halde en çok gözetilen ulus kaydının, ev sahibi devletin, diğer andlaşmada yer alan ICSID tahkimine rızasını kapsadığı sonucuna varmak gerekir.

Davacıların başvurularını, genellikle iki ya da çok taraflı andlaşmalarda yer alan ICSID tahkim şartına ve hatta ICSID tahkim şartı yer almasa bile en çok gözetilen ulus kaydından istifade ile, ev sahibi devlet ile başka bir ülke arasındaki ICSID tahkim şartına dayandırdıkları göz önüne alındığında⁴¹⁹, paydaşların başvuru

etme hakkı verip vermediğini; ikinci aşamada ise, en çok gözetilen millet kaydına dayalı olarak tahkime rızanın, Türkmenistan- Birleşik Krallık arasındaki andlaşmaya dahil edilip edilemeyeceğini tartışmıştır. Karar s. 45: Sonuçta, hakem heyeti, en çok gözetilen millet kaydına dayalı olarak Merkez tahkimine rıza şartının gerçekleştiği ve yetkisinin oluştuğuna karar vermiştir.

⁴¹⁸ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, 03.07.2013 t. Rızanın Yokluğuna Dayalı Yetki İtirazına ilişkin Karar, s. 18-19: Söz konusu tahkim sürecinde, hakem heyeti Birleşik Krallık ile Türkmenistan arasındaki yatırımların korunması ve teşviki andlaşması m. 8'de yer alan tahkim şartını ve sözkonusu tahkim şartının, ev sahibi devletin ICSID tahkimine rızasını içerip içermediğini ayrıntılı olarak incelemiştir. Rıza şartına dayalı olarak yapılan incelemenin ayrıntılarına konumuz dışında olduğu için değinmiyoruz. Ancak hakem heyeti incelemesi sonucunda, m. 8'de yer alan tahkim şartının, seçenekli olarak sunulan tahkim merkezlerine başvuru konusunda, uluslararası tahkime rızayı içermekle birlikte, tek başına, ICSID tahkimine rızayı içermediği sonucuna varmıştır. Bununla beraber, hakem heyeti, tahkim şartının, andlaşmadan ayrı olarak değerlendirilmemesi görüşündedir. Bu nedenle, andlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydından istifade ile, Türkmenistan'ın İsviçre, Fransa, Türkiye ve Hindistan ile aralarındaki yatırımların korunması ve teşviki andlaşmalarında ve EŞA'da yer alan ICSID tahkimine rızanın, Türkmenistan- Birleşik Krallık arasındaki yatırımların korunması ve teşviki andlaşmasına dahil edilip edilemeyeceğini tartışmıştır.

⁴¹⁹ Gerçekten de, davacıların kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasına dayalı olarak Merkez tahkimine başvurularına daha sıklıkla rastlamaktayız: *Siemens AG v. Arjantin* davasında, ev sahibi devlet ile Siemens AG'nin alt şirketi arasındaki yatırım sözleşmesi vardı, ana şirket Siemens AG, ICSID tahkimine başvurusunu ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasındaki Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasının ilgili hükümlerine dayandırmış ve hakem heyeti de yetkili olduğu yönünde karar vermiştir: s. 9, p. 30 : Davacının iddiası: "*Decisions on jurisdiction are governed solely by Article 25 of the ICSID Convention and the pertinent provisions of the Treaty, as lex specialis*" s. 10, p. 31: "(c) **Considerations of the Tribunal**: 31. *Argentina in its allegations has not distinguished between the law applicable to the merits of the dispute and the law applicable to determine the Tribunal's jurisdiction. This being an ICSID Tribunal, its jurisdiction is governed by Article 25 of the ICSID Convention and the terms of the instrument expressing the parties' consent to ICSID arbitration, namely, Article 10 of the Treaty.*"

Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3

hakkı konusunda, tahkim anlaşmasının teşmili problemiyle çok nadir karşılaşılabılır ve kanaatimizce, uluslararası hukukta tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hallerden⁴²⁰ bağımsız değerlendirilmesi gerekir.

2. ŞİRKET PAYDAŞLARININ TÜZEL KİŞİDEN BAĞIMSIZ BAŞVURU HAKKI

Şirket paydaşlarının başvuru hakkı konusu, ilk defa olarak ICSID tahkiminde tartışılmış bir konu değildir; Uluslararası Adalet Divanı önünde de diplomatik koruma hakkının kullanılması çerçevesinde tartışılmıştır⁴²¹. Şirket paydaşının, ICSID tahkimine başvurusu, niteliği uygun düştüğü ölçüde, şirket paydaşının diplomatik korumadan faydalanması konusuna kıyasen incelenmiştir. Şirket paydaşının başvuru hakkı incelenirken, öncelikle hangi zararlardan ötürü tahkime başvurabileceği; dolayısıyla başvuru hakkının kapsamı; sonrasında şirket paydaşının tüzel kişiden bağımsız başvuru hakkının olup olmadığı tartışılacaktır.

August 2004, p. 140, http://www.asil.org/ilib/siemens_Argentina.pdf, E.T: 18.04.2012.

Enron v. Arjantin davasında, davacı, davasını kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasındaki ICSID tahkim şartına dayandırmış, ev sahibi devlet de, ihtilafın yatırım sözleşmesinden kaynaklandığını, dolayısıyla sözleşmede yer alan ihtilaf çözüm mekanizmasına başvurması gerektiğini, DİYA'da yer alan tahkim şartına başvuramayacağını, dolayısıyla hakem heyetinin yetkisiz olduğunu savunmuştur. Hakem heyeti kararında, "*ev sahibi devletin aldığı vergisel önlemlerin, DİYA hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğunu, davacıların bu önlemlerden kötü etkilendiklerini; dolayısıyla bir DİYA hükmünden davacıların zarar görmesinin, ICSID'in yetkisini sağlamaya yeterli olduğuna*" karar vermiştir. Decision on Jurisdiction, ICSID Case no. ARB/01/3, Enron Corporation and Ponderosa Assets, l.p. v.

⁴²⁰ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili problemi; tahkim anlaşmasına taraf olmayanların da tahkim yargılamasına katılabileceğini ve hakem kararının, bu kişiler hakkında da hüküm ifade edeceğini öngören yasal düzenlemelerin varlığı (Örn: 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu), joint venture ya da konsorsiyum şeklinde yapılmış bir adi ortaklıktaki veya bir şirketler grubuna dahil şirketler veya bir şirketin, kooperatifin veya bir birliğin üyeleri yahut ortakları veya ortaklardan biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, aralarındaki ilişkinin niteliği gereğince, diğer ortaklara yahut diğer ortaklıklara teşmil edilmesi; Tahkim şartına tâbi kılınmış bir hakkın, alacağın temliki, konişmentonun devri, sigortacının halefiyeti, taraflardan birinin ölümü ya da iflası gibi sebeplerden ötürü el değiştirmesi (halefiyet); garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme ve tahkim anlaşmasının iyi niyet ilkesi çerçevesinde üçüncü kişilere teşmili, çelişkili davranış yasağı veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Tahkim Anlaşmasının nisbililiği ilkesinin istisnaları, ICC, Uncitral vd. hakem heyetlerinin, tahkim anlaşmasını üçüncü kişilere teşmil ettiği davalar hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Emre Esen, Uluslar arası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, s. 12 vd.

⁴²¹ Aşağıda s. 145 vd; 2. Şirket Paydaşlarının Korunma Haklarına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı Kararları.

3. ŞİRKET PAYDAŞLARININ BAŞVURU HAKKININ KAPSAMI / DOĞRUDAN - DOLAYLI ZARAR AYRIMI

Devletler Hukukunda, şirket paydaşlarının uğradığı zararlardan dolayı, paydaşların tabi olduğu devletin diplomatik koruma hakkına sahip olup olmadığı tartışılırken, öncelikle haksız fiilin niteliği tesbit edilir. Ev sahibi devletin, şirketin yabancı paydaşlarının haklarına yönelik doğrudan fiilleri ve paydaşlara yönelik doğrudan haksız fiillerden dolayı paydaşın uğradığı zararlar ile ev sahibi devletin şirkete yönelik faaliyetleri ve şirket paydaşlarının şirkete yönelik haksız fiiller dolayısıyla uğradığı zararlar arasında ayırım yapılır. Paydaşların ev sahibi devlete karşı hukuki yollara başvurmalarında ortaya çıkan bir sorun, paydaşların devletin doğrudan şirket paylarına yönelik olmayan ancak dolaylı yoldan şirket hisselerinin değerini düşüren fiilleri nedeniyle de tahkime başvurma hakları olup olmadığıdır. Uluslararası Adalet Divanı Barcelona Traction kararında paydaşların haklarına yönelik doğrudan ihlaller ile şirketin konumu dolayısıyla maruz kalınan maddi kayıplar veya zorluklar arasında bir ayırım yapılması gerektiğine değinilmiştir. Adalet Divanına göre temettü hakları, oy hakları, şirketin iflası halinde paylaşım hakları paydaşların doğrudan hakları arasındadır. Divana göre, paydaşın doğrudan bir hakkı ihlal edildiyse şirketten bağımsız olarak dava hakkı vardır. Davalı şirketler, paydaşların taleplerini defetmek için bu ayırımı dayanmışlardır⁴²². Bu husus Uluslararası Adalet Divanının, paydaşların tabi olduğu devletin ev sahibi devlete karşı diplomatik koruma yoluna başvurduğu Barcelona Traction davasında da yer alır:

“p. 46 ...Kişiler çeşitli şekillerde zarar veya ziyandan muzdarip olabilirler. Tek başına bu, tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurmaz. Sadece basit bir menfaatin haleldar olması değil; münhasıran bir hakkın ihlali tazminatı gerektirir, dolayısıyla sadece şirket haklarına yönelen ve şirket haklarını ihlal eden bir fiil, paydaşların hakları haleldar olsa bile, paydaşlara yönelik bir sorumluluğu gerektirmez.

p. 47 Davaya konu fiilin hedefinde, paydaşın doğrudan hakları da varsa durum farklıdır. Bilindiği gibi, iç hukuklar, şirketlerden ayrı olarak, paydaşlarına haklar verir; örneğin genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma, tasfiye sürecinde artık değere katılma gibi. Doğrudan haklarının biri ihlal edilirse, paydaş bağımsız bir dava

⁴²² Mondev International Ltd. v. Amerika Birleşik Devletleri kararı s. 85, p. 82,83.

*hakkına sahip olur. Bu konuda taraflar arasında bir husumet yoktur. Fakat paydaşın doğrudan hakkının ihlali ile şirketin durumu neticesinde uğramış olabileceği zorluklar veya maddi kayıplar arasında bir ayırım yapılmalıdır.*⁴²³

Karardan yola çıkarak şunu söyleyebiliriz: Ev sahibi devletin, paydaşları hedef alan haksız fiilleri için paydaşın, uluslararası tahkim mekanizmasına ya da paydaşın tabi olduğu devletin, Uluslararası Adalet Divanına başvurabilmesi konusunda tartışma yoktur. Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmalarında, kamu yararı amacı dışında kamulaştırmama ve uygun tazminat, adil ve hakkaniyete uygun muamele, tam koruma ve güvenlikten istifade ayrılıkçı ve keyfi muameleye maruz kalmama konuları düzenlenmiştir⁴²⁴. Uyuşmazlık, devletlerarası ikili yatırım andlaşmasında yer alan bir hakkın ihlali niteliğindeyse, paydaşın ICSID'e başvuru hakkı konusunda tartışma yoktur⁴²⁵.

Tüzel kişi paydaşlarının başvuru hakları incelenirken, şirket paydaşlarına yönelik doğrudan fiiller nedeniyle paydaşların uğradıkları zararlar değil; şirkete yönelik fiiller nedeniyle paydaşların uğradıkları zarar kastedilmektedir. Doktrinde bir görüş, paydaşların, doğrudan şirkete yönelik haksız fiiller dolayısıyla uğradıkları zararların, yatırım sözleşmesinden kaynaklandığı; bu nedenle sözleşmesel zararların devletlerarası andlaşma düzeyine yükseltilemeyeceği; Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmalarının, Konvansiyon m. 25'teki ICSID'in yetkisinin dış sınırlarını çizen hükmünü dolanacağı gerekçesiyle, yerel şirketlerdeki yabancı ortakların ICSID'e başvurusunu kabul etmemektedir⁴²⁶. Bu görüşün savunucularına göre, Konvansiyon m. 25 ICSID'in yetkisinin çerçevesini çizmektedir, bu çerçeve dışına çıkılamaz. Doktrinde yerel şirketlerdeki yabancı ortakların doğrudan ICSID'e başvurabileceği şeklinde aksi yönde görüş de savunulmaktadır⁴²⁷. Aşağıda

⁴²³ Barcelona Traction Kararı s. 37.

⁴²⁴ BOTTINI, G., Indirect Claims Under The ICSID Convention, Pennsylvania Journal of International Law, Vol.29, Issue 3, Philadelphia, 2008, [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume29/issue3/Bottini29U.Pa.J.Int'l.L.563\(2008\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume29/issue3/Bottini29U.Pa.J.Int'l.L.563(2008).pdf) E.T: 06.01.2012.

⁴²⁵ BOTTINI, a.g.m, s. 571.

⁴²⁶ BOTTINI, a.g.m, s. 572, aynı yönde Nuray Ekşi Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID), Ekonomik ve finansal işbirliğinin gerçekleştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi sempozyumu.

⁴²⁷ ŞANLI, a.g.e, s. 439: "Görüldüğü gibi, 25. Maddeye göre, Türkiye'de yatırım yapan akit devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler, - ev sahibi devlet sıfatıyla Türkiye'nin rızasına bağlı

incelenen ICSID içtihatlarına baktığımızda ise, ikinci görüşün benimsendiğini, yani yerel şirketlerdeki yabancı ortakların, ev sahibi devletin şirket aleyhine fiillerden doğan zararları nedeniyle başvurusunun kabul edildiğini söyleyebiliriz⁴²⁸.

Ortağın / ortakların başvuru hakkı konusundaki görüşlerimize, doğrudan ve dolaylı zararlar ayırımının yapılmasının gerekli olup olmadığı noktasından başlayalım. Kanaatimizce paydaşların başvuru hakkının içeriğinin ve ev sahibi devletin faaliyetlerinin hedefinin belirlenmesi açısından başlangıçta doğrudan – dolaylı zararlar ayırımının yapılması gerekliydi. Yerel şirketteki yabancı paydaşa yönelik, sırf belli bir devletin vatandaşı olduğu ya da sırf yabancı olduğu için, diğer paydaşlardan daha farklı muamele görmesi, ilgili paydaşın payına yönelik yapılan ayrımcı muameleler (kamulaştırma, kamulaştırma benzeri faaliyetler, yüksek vergilendirme vb.) aslında, Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmalarında da yer alan bedelsiz kamulaştırmama, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı gibi uluslararası hukuk prensiplerinin ihlali⁴²⁹ niteliğindedir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarından da anlaşılacağı üzere, kaynak devletlerin vatandaşları aleyhine, ev sahibi devlet tarafından girişilen faaliyetler dolayısıyla Divana başvurmalarına ya da eğer devletler ICSID Konvansiyonuna tarafsa, kaynak devlet vatandaşının Merkez’e başvurmasına bir engel yoktur⁴³⁰. Tüzel kişilere yönelik faaliyetler dolayısıyla paydaşların uğradıkları zararlar, yani paydaşların dolaylı zararları nedeniyle başvuru hakları konusunda iki ihtimal ortaya çıkabilir: Birinci ihtimal, paydaşların paylarının Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşması veyahut ev sahibi devletin taraf olduğu çok taraflı bir yatırım andlaşmasında korunması halidir. Bu halde, paydaşın zararının doğrudan ya da dolaylı olduğu, başka bir deyişle ev sahibi devletin faaliyetlerinin paya mı yoksa şirkete mi olduğu ayırımına gidilmeksizin paydaşın başvurusunun

olarak – herhangi bir yatırım ihtilafında ICSID’e başvurabilirler. Aynı şekilde, Türk tabiiyetini haiz Türk şirketi olmasına rağmen, yatırım sözleşmesinde “yabancı muamelesine tabi tutulacağı” kararlaştırılan tüzel kişiler de, “yabancı kontrol” sebebiyle ICSID’e başvurabilirler. Kanaatimizce bugün, yabancı sayılacağı anlaşma ile kararlaştırılmayan, fakat ihtiyari olarak veya yasal zorunluluklar sebebiyle ev sahibi devletteyerel şirket formunda yatırım yapan şirketin, akit devlet vatandaşı yabancı ortaklarının doğrudan ICSID’e başvurmalarına mani değildir.

⁴²⁸ Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire, Antoine Goetz et consorts c. R~publique du Burundi, Lanco International Inc. v. The Argentine Republic

⁴²⁹ Bu kurallara ölçüt kural diyen yazarlar da vardır. TELLİ, a.g.e, s. 75 vd.

⁴³⁰ Konvansiyonda yer alan m. Gereği, ICSID’e taraf olmakla, devletler Uluslararası Adalet Divanına başvuru hakkından feragat ederler.

kabul edilmesi yönünde bir eğilim vardır⁴³¹. İkinci ihtimal de, payın ya da paydaşın herhangi bir devletlerarası ikili ya da çok taraflı andlaşmada korunmadığı hallerdir. Bu durumda tartışma, paydaşın dolaylı zararlar nedeniyle ev sahibi devlet aleyhine Merkez'e başvuru hakkı olup olmadığı noktasındadır. Soruyu bir ileri aşamaya daha taşıyacak olursak, ev sahibi devletin, ana şirketin paydaş olduğu alt şirkete yahut gerçek veya tüzel kişilerin paydaş olduğu yerel ya da yabancı şirkete yönelik faaliyetleri dolayısıyla uğranılan zararlar dolayısıyla ana şirket veya gerçek ya da tüzel kişi paydaşlar tazminat talep edebilecek midir? Burada incelemenin sadece şirket paydaşlarının uğradığı dolaylı zararlarla sınırlı olduğunun altını çizelim. Uluslararası Adalet Divanının yaklaşımı özetle, paydaşların, ev sahibi devletin şirkete yönelik faaliyetleri nedeniyle başvuru hakkı olmadığı şeklindeyken, son yıllarda ICSID tahkiminde korunanın "paydaş" değil; yabancı yatırımı oluşturan "pay" olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. Bu nedenle "şirket payı" şeklinde tezahür eden yabancı yatırıma yönelik ev sahibi devletin faaliyetleri aleyhine, paydaşın yaptığı başvurular da, Merkezin yetkisi dahilinde yorumlanmıştır.

Uluslararası Adalet Divanı ile Merkezin yaklaşımı arasındaki fark şudur: Uluslararası Adalet Divanının bakış açısına göre, **paydaş** zarara uğramıştır. Paydaşın zararının niteliğine göre, ev sahibi devletin tazminat yükümlülüğü tartışılabilir. Merkezin bakış açısına göre ise, ev sahibi devletin faaliyetleri dolayısıyla paydaş değil; **pay** zarara uğramıştır. ICSID Konvansiyonunun akdediliş amacı, yabancı yatırımın ev sahibi devletin zararlandırıcı faaliyetlere karşı korunmasıdır. Pay da, bu amaç içindeki "yatırım"ın ta kendisidir. Dolayısıyla şu sonucu çıkartmak kanaatimizce yanlış olmaz: Uluslararası Adalet Divanı, paydaşın başvuru hakkını incelerken "paydaş"ı incelemenin merkezine oturtmuştur. Paydaş hangi faaliyetlerden ötürü zarar görmüştür? Zararlandırıcı faaliyetler şirkete mi yoksa paydaşa mı yöneliktir? Paydaş, doğrudan mı yoksa dolaylı olarak mı zarar görmüştür? Divan özünde bu soruların cevabını aramıştır ve kararını paydaştan yola çıkarak yaptığı incelemelere ve gerekçelere dayandırmıştır. ICSID tahkiminin

⁴³¹ Yury Bogdanov v. Moldova, Final arbitral award, 30 March 2010, <http://italaw.com/documents/Bogdanovv.Moldova2010Award.pdf> E.T: 20.10.2011. Yury Bogdanov v. Moldova kararına göre, "eğer paylar bir Uluslararası Yatırım Andlaşmasıyla koruma altına alınmışsa, paydaş, devletin faaliyetleri kişisel olarak paydaşa değil, şirkete yönelik olsa bile, uluslararası yatırım andlaşması ihlalini dava konusu edebilir."

son yıllardaki kararlarında ise, paydaştan ziyade pay kavramı öne çıkmıştır. Buna göre “pay” ya da “paydaşlık” bir yatırım türüdür. ICSID Konvansiyonunda korunmak istenen de esasen, yabancı yatırım olduğuna göre, burada paydaş da başvuru hakkını haizdir.

Merkezin paydaşların başvuru hakkı konusunda, payı incelemenin merkezine oturtan yaklaşımı oldukça isabetlidir. Bu sayede, paydaşa yönelik dolaylı veya doğrudan fiiller dolayısıyla doğan zararlara ilişkin başvuru hakkına ilişkin tartışmalar, payın merkeze oturtulmasıyla sona ermiştir.

4. EV SAHİBİ DEVLETTE KURULU TÜZEL KİŞİ ŞİRKETİN PAYDAŞLARININ BAŞVURU HAKKI

Yatırımcı şirketlerin yapılarına bakıldığında, çoğunluğunda farklı ülke vatandaşlıklarını haiz gerçek ya da tüzel kişi ortakların olduğu görülür. Yabancı yatırımcılar ya yasal zorunluluklar ya da ev sahibi ülke piyasası koşullarını bilmemeleri / yerel şirketin ev sahibi ülke piyasası koşullarını daha iyi bileceği gibi pratik sebeplerle, ev sahibi ülkede yatırım sahasına adım atmadan önce, yerel şirketlerle tüzel kişiliği haiz olmayan bir adi ortaklık ya da tüzel kişiliği haiz bir ortaklık kurmayı tercih etmektedirler. Bu şekildeki bir ortaklık, şirketlerin yatırımın tümünü birlikte üstlenmeleri şeklinde olabileceği gibi, yatırımın her bir bölümünü belli bir şirketin üstlenmesi şeklinde de olabilir. Yabancı yatırımcıların yerel bir şirkete ortak olmalarının pratik faydaları dışındaki en temel nedeni de, ev sahibi devletlerin, genellikle, yabancı yatırımların ev sahibi devlette kurulu bir tüzel kişi vasıtasıyla yapılmasını istemeleridir⁴³². Ev sahibi devletlerin böyle bir düzenleme getirmekteki menfaati, yabancı yatırımcıları daha kolay denetim altında tutmak ve faaliyetlerini kontrol etmektir. Yukarıda incelendiği üzere, özellikle Merkezin yetkisi anlamında, ev sahibi devlette kurulu şirketler, yerel şirket statüsünde olduğu için, kendi devletleri aleyhine Merkeze başvuru yapabilmeleri, ICSID Konvansiyonu m. 25/ 2(b)'de yabancı kontrol esasının getirilmesi ve bu sayede, Merkeze başvuru yolu açılmasıyla olmuştur. Yabancı Kontrolü çalışmamızda ayrıca inceledik, burada inceleme konusu yapılacak olan, yabancı yatırımcılardan oluşan, ancak yabancı

⁴³²Dimsey, M., age, s. 67.

kontrol düzenlemesinden yararlanamayan yerel şirketlerin ve paydaşlarının durumudur.

5. YABANCI YATIRIMCILARIN YEREL ŞİRKETLERDE PAY SAHİBİ OLMASI

Yatırımcılar ya ev sahibi devletin kanunlarına uygun olarak yeni bir şirket kurmakta ya da var olan bir şirketin paylarını alarak ortak olmaktadır. Yabancı yatırımcıların, var olan yerel bir şirkete paydaş olmalarını, Birleşme ve Devralma başlıkları altında ayrı ayrı incelemek gerekir. Türk Hukukunda, devralma ve birleşme, Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu başta olmak üzere Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Özelleştirme Kanunu ve Bankacılık Kanunu gibi diğer başka hukuki düzenlemelerde yer alır. TTK'da devralma ile kastedilen, katılma yoluyla devralmadır. Rekabet hukukunda ise, birleşme ve devralmaların kapsamı çok daha geniştir. 12.08.1997 Tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 1997/ sayılı ve 01.01.1997 tarihli Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Rekabet Kurulu Tebliği m. 2'de birleşme ve devralma sayılan haller belirtilmiştir:

- a. Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi,
- b. Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü ya da bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisini veren araçları devralması veya kontrol etmesi,
- c. Amaçlarını gerçekleştirmek üzere, işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde, bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler

Birleşme, teknik ve hukuki anlamda, bir veya birden çok ticaret ortaklığının, malvarlığının tasfiye olmaksızın içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre bünyesinde birleşilen

ortaklıkta kendiliğinden ortaklık hissesi kazanmasıdır⁴³³.

Türk Hukukunda ticaret ortaklıklarının birleşmesi, mülga TTK m. 146 ve yeni TTK m. 134 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, birleşme iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birleşerek, yeni bir ticaret ortaklığı kurmaları⁴³⁴ veya bir ya da daha fazla ortaklığın mevcut diğer bir ortaklığa katılmasıdır. 08.02.1957 tarih ve 9530 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ticaret Sicil Tüzüğü m. 79'a göre, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, iki veya daha çok ortaklığın aktif ve pasiflerini birleştirerek tüzel kişiliklerini sona erdirmek kaydıyla yeni bir ticaret ortaklığı meydana getirmeleri veya bir veya daha fazla sayıda ticaret ortaklığının tüzel kişiliklerini sona erdirerek aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ortaklığın aktif ve pasifleriyle birleştirip o ortaklığa katılmaları ile olur.

Avrupa Birliği ülkelerindeki kanunlarının yeknesaklaştırılması çalışmaları ortaklıkların birleşmesi alanında da yapılmıştır. Ortaklıkların birleşmesi aynı ülkede kurulu (milli) ortaklıkların birleşmesi⁴³⁵ ve sınır ötesi birleşmeler olmak üzere iki farklı Avrupa Ekonomik Topluluğu yönergesiyle düzenlenmiştir. 2005/56/AT sayılı ve 26.10.2005 tarihli Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Arası Sınırötesi Birleşmeler Hakkındaki Onuncu Yönerge ise, farklı üye ülkelerde kurulu ortaklıklar arasındaki birleştirmeyi kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Her iki yönerge de, iki tür birleşmeyi kapsamaktadır: Katılma yoluyla birleşme ve yeni ortaklık kurma yoluyla birleşme. Avrupa Birliği hukukunda katılma yoluyla birleşme, bir veya daha fazla ortaklığın tasfiye yoluna gitmeksizin biraraya gelmesi ve ele geçirilen ortaklık veya ortaklıkların ortaklarına, katılınan ortaklığın hisselerinin verilmesi karşılığında tüm varlık ve yükümlülüklerini birbirlerine transfer ettikleri bir işlemdir. Yeni bir ortaklık kurma yoluyla birleşme, çok sayıda ortaklığın tasfiyeye gitmeksizin biraraya gelmesi ve ortaklarına yeni ortaklığın hisselerinin verilmesi karşılığında tüm varlık ve yükümlülüklerini yeni kurdukları ortaklığa transfer ettikleri bir işlemdir. Devreden veya birleşmeye giden ortaklıklar, tasfiyeye gidilmesine kalmaksızın otomatik olarak

⁴³³ Güven, P., Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2009, s. 371 vd., Akduman, E., Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul, 2010 s. 32 vd.

⁴³⁴ Rekabet Hukukunda Yoğunlaşma ve Denetime tabi birleşme ve devralmalar için bakınız: Güven, P., a.g.e, s. 371 vd., Tam birleşme, gerçek anlamda birleşme, füzyon, konsolidasyon kavramları için bakınız: AKDUMAN, a.g.e, s. 34.

⁴³⁵ Third EEC Directive based on Article 54/3 (g) of the Treaty concerning Mergers of Public Limited Liability Companies.

sona ermektedirler⁴³⁶.

Devralma ile birleşmenin temel farkı, hakimiyet kurma noktasındadır. Birleşmede yer alan ortaklıklar, nispeten eşit oranda paylara sahip olmakta iken devralmada ortaklıktaki bir ortak, ortaklığın tümü üzerinde hakimiyet kurma yetkisini sağlamaktadır. Devralma mal devri veya hisse devri şeklinde gerçekleşebilir. Bunun dışında, RKHK m.7 ve Birleşme ve Devralma Hakkındaki RK Tebliği m.2/1 (b) hükmü, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri ve kontrolünü de, devralma işlemleri arasında saymıştır.

Sonuç olarak, bir yabancı yatırımcı, ev sahibi devlette yeni bir şirket kurabileceği gibi mevcut bir şirkete paydaş da olabilir. Paydaş olma şekli bakımından, devralma ya da katılma arasında kanaatimizce bir fark yoktur. Bir yatırımcı, ev sahibi devlette yeni bir şirket kurduğunda ya da var olan bir yerel şirketi tümüyle devraldığında, bu yerel şirket – yabancı kontrole ilişkin bir anlaşma yoksa – ev sahibi devlet aleyhine başvuruda bulunamaz.

C. ŞİRKET PAYDAŞLARININ KORUNMA HAKLARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI ADALET DİVANI KARARLARI

Uluslararası Adalet Divanının paydaşların şirketten ayrı olarak hukuki korunma talep etmelerine ilişkin, incelemekte fayda gördüğümüz üç tane kararı vardır. Birincisi Barcelona Traction Light and Power Belçika – İspanya davasıdır. Bu davada Belçika, Barcelona Traction şirketindeki Belçika vatandaşı paydaşlar lehine diplomatik koruma yoluna başvurmuştur. İkinci dava, Elettronica Sicala S.p.A şirketindeki Amerikalı paydaşlar için İtalya'ya karşı diplomatik koruma yoluna başvuran Amerika Birleşik Devletlerinin İtalya'ya karşı başlattığı davadır. Üçüncüsü Gine devletinin Kongo devleti aleyhine, Gine vatandaşı Ahmediou Diallo lehine yaptığı başvurudur. İncelememizi, tarihsel öncelik sıralamasına göre yapacağız.

⁴³⁶ AKDUMAN, **a.g.e.**, s. 40-41, Avrupa Birliği, ABD ve Kıta Avrupası Hukuklarında ortaklıkların birleşmesi ile ilgili daha geniş bilgi için bakınız: AKDUMAN, **a.g.e.**, s. 34-42.

1. BARCELONA TRACTION LIGHT AND POWER ŞİRKETİ, BELÇİKA V. İSPANYA ULUSLARARASI DAİMİ ADALET DİVANI KARARI – 24.07.1964⁴³⁷

Barcelona Traction Light and Power şirketi (kısaca Barcelona Traction) kararı adıyla bilinen, Belçika – İspanya Uluslararası Daimi Adalet Divanı Kararında ihtilafın esası, Barcelona Traction şirketinin, İspanya Devletinin birtakım müdahalelerine maruz kalması ve bunun sonucunda, şirketin tâbiyetinde olduğu Kanada devletinin etkin bir koruma sağlayamayıp, şirket paydaşlarının tabiiyetinde olduğu Belçika'nın ev sahibi devlet aleyhine Uluslar arası Adalet Divanı nezdinde diplomatik koruma yoluna başvurmasıdır⁴³⁸. Davalı İspanya, Belçika'nın aktif husumet ehliyeti olmadığı gerekçesiyle, Divan'ın yetkisine itiraz etti. İspanya, şirket paydaşlarının tabi olduğu devletin, diplomatik koruma yoluna başvurma hakkının doğması için, paydaşlara yönelik bir fiil sonucu zararın oluşması; bir diğer ifadeyle, paydaşların doğrudan zararının sözkonusu olması gerektiğini savunmuştur. Divan şirket paydaşlarının tabi olduğu devletin başvuru hakkını kural olarak kabul etmemekle birlikte⁴³⁹; genel

⁴³⁷ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 05.02.1970 t. Karar, I.C.J.Reports 1970, 3, 46–48, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, ET: 29.05.2011.

⁴³⁸ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 05.02.1970 t. Karar, s. 8 vd., Barcelona Traction şirketi, 1911 yılında Toronto'da (Kanada) kurulmuş ve merkezi de gene Toronto olan bir şirkettir. İspanya'nın Katalonya bölgesinde, elektrik üretimi ve dağıtımını amacıyla, İspanya'da ve Kanada'da alt şirketler kurmuştur. 1930'lu yılların başındaki İspanya İç Savaşına kadar, Katalonya (İspanya)bölgesinin büyük bölümünün elektrik ihtiyacını karşılayan bu alt şirketler, aynı zamanda sterlin tahvili de ihraç etmekteydi. Birinci Dünya Savaşı sonrasında da, sözkonusu şirket paydaşlarının çoğu, Belçika vatandaşlarıydı. 1936-1939 İspanyol İç savaşından sonra, İspanya hükümeti tarafından yabancı para transferinin yasaklanması üzerine, Barcelona Traction şirketi ve yavru şirketlerinin tahvillerini elinde bulunduran Belçikalı paydaşlar, faizlerin ödenmediği gerekçesiyle, 1948 yılında, şirketlerin iflasını talep ettiler. Yerel mahkeme şirketlerin iflasına karar verdi ve şirketin yönetimine, İspanyol müdürler atandı. Aynı süreç Barcelona Traction'ın diğer şirketleri için de devam etti. Barcelona Traction ve diğer şirketlerin iflası, İspanya devletinin yabancı para transferini yasaklamasının doğrudan sonucuydu. Belçika devleti, İspanya'nın bu tutumlarına karşı, Adalet Divanına ikinci başvurusunu 1962'de yaptı.

⁴³⁹ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 05.02.1970 t. Karar, s. 35 vd., Divan, iç hukuklarda şirket ile şirket ortakları arasında bir ayırım yapıldığını, sadece tüzel kişiliği olan şirketlerin, şirket faaliyetlerinin yürütülmesinde taraf olabileceğini belirtmiştir. Şirketin zararına olan durumlar, genellikle şirket ortaklarının da zararına olarak sonuçlanır; fakat bu, tek başına şirket ortaklarının bireysel olarak dava açmaları için yeterli değildir. Tersine bir durumun söz konusu olabilmesi için, şirket ortakları aleyhine doğrudan bir girişim olması gerekmektedir. Yabancı sermayeyi temsil eden bir şirkete karşı hukuka aykırı faaliyetlerde bulunan ev sahibi devlet aleyhine, şirketin tabi olduğu devlet tarafından diplomatik koruma bahşedilmesi uluslararası hukukun genel kuralları arasında yer alır.

kurala istisna oluşturabilecek bir ihtimalin olup olamayacağını irdelemiştir⁴⁴⁰. Divan genel kurala istisna olabilecek bir durumun halihazırdaki ihtilafta olmadığını tesbit ettikten sonra, şirket lehine, ancak şirketin tabiiyetinde bulunduğu devletin diplomatik koruma yoluna başvurmaya yetkili olduğu; şirket paydaşlarının tabiiyetinde olduğu devletin başvuru hakkını haiz olmadığı gerekçesiyle, Belçika'nın dava ehliyetini kabul etmemiştir⁴⁴¹.

Diplomatik koruma, gerçek ya da tüzel kişilerin, başka bir devletin fiilleri nedeniyle zarar görmesi sonucu, kişilerin tabi olduğu devletin, zarar veren devlet aleyhine Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açabilme hakkıdır⁴⁴². Burada, Barcelona Traction şirketinin, Kanada'da kurulduğu ve tüzel kişiliği olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Tartışma, Belçikalı paydaşlar lehine, Belçika'nın diplomatik koruma yoluna başvurup başvuramayacağı noktasındadır. Öncelikle incelememize şu noktadan başlayalım: ev sahibi devlet İspanya'nın hangi eylemleri, ortaya çıkan ihtilafın ana nedenidir? Bu sorunun cevabı kararda açıktır ve İspanya tarafından da inkar edilmemiştir. İspanya'nın yabancı para transferini yasaklaması, Belçikalı paydaşların, sterlin tahvillerini alamaması sonucunu doğurmuştur. Bu hususta da tereddüt yoktur. Başvuru hakkı kimdedir? Davalı devlet, Kanada'nın Belçikalı paydaşların uğradıkları zarar için, Barcelona şirketi lehine Divana başvuru yapmasını savunmuş ve Divan da bu hususu kabul ederek başvuruyu reddetmiştir.

Kanaatimizce, Divan'ın bu kararı, diplomatik koruma hakkının en temel kuralı olan devletin kendi vatandaşları lehine Divan'a başvuru yapabileceği ilkesine

Ancak, şirket ortaklarına diplomatik koruma bahşedilmesine dair uluslararası hukukun genel bir kuralı bulunmamaktadır.

⁴⁴⁰ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 05.02.1970 t. Karar, s. 39 vd., Divana göre iki durumda şirket ortaklarının başvurusu kabul edilebilir: a. şirket varlığının sona ermiş olması, b. koruyucu devletin dava açma ehliyetinin olmaması. Huzurdaki davada şirketin varlığı devam etmektedir. İkinci hale ilişkin olarak, Barcelona Traction, Kanada menşeli bir şirkettir ve merkezi de Kanada'da bulunmaktadır. Kanada devleti, birkaç yıl şirketi korumaya almış, daha sonra ise şirket lehine hareket etmeyi kesmiştir. Her ne olursa olsun, bu durum, Kanada'nın Barcelona Traction adına dava açma ehliyetini sona erdirmez ve başka bir devlete de diplomatik koruma hakkı bahşetmez

⁴⁴¹ Barcelona Traction davasında, yabancı yatırımcının bir ülkede yatırım yaptığında, bu yatırımın anlaşmayla korunması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla 1970lerde iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısındaki artış, iki veya çok taraflı anlaşma yokluğu halinde yatırımın korunmasına yönelik tereddüt yaratan Barcelona Traction davasının sonuçlarından olabilir.

⁴⁴² Diplomatik koruma hakkının niteliği hakkındaki tartışmalar için bakınız Mavrommatis Kararı.

aykırıdır. Burada yabancı para transferinin yasaklanması, hem Barcelona Traction şirketini hem de şirket ortaklarını zarara uğratmıştır. Bunun haricinde, Kanada'nın başvuru hakkını kullanmaması ve Divan'a göre Belçika'nın da başvuru hakkının olmaması sonucu, ev sahibi devlet İspanya'nın eylemlerine karşı, uluslararası hukukun temel prensiplerine aykırı olarak, Barcelona Traction şirketi ve ortakları korumasız bırakılmışlardır. Burada hem Kanada'nın kendi tabiiyetindeki Barcelona Traction şirketi lehine, hem de Belçika'nın kendi vatandaşı paydaşlar lehine diplomatik koruma hakkının varlığı kabul edilmeliydi; çünkü devletin, kendi vatandaşı olan şirket paydaşlarını himaye etme hakkının, paydaşın tüzel kişiliği haiz şirketten bağımsız hareket edemeyeceği gerekçesiyle reddi isabetli olmamıştır. Paydaşın şirketten bağımsız hareket edememesi ile devletin kendi vatandaşı olan paydaşa verilen zarar dolayısıyla Divan'a başvurması noktasında bir ayırım yapılmalıydı.

2. ELECTRONICA SICULA S.P.A (ELSI) ABD v. İTALYA – ULUSLARARASO ADALET DİVANİ KARARI – 20.07.1989⁴⁴³

ABD'nin İtalya'ya karşı, lehine diplomatik koruma yoluna başvurduğu Raytheon-ELSI S.p.A. (ELSI) şirketi, elektronik parçalar üreten ve % 99.16'lık payı Amerikan şirketi Raytheon ile % 0. 84'lük payı gene Raytheon'un alt şirketi olan Amerikan şirketi The Machlett Laboratories'e ait, Palermo / İtalya'da İtalyan kanunlarına göre kurulmuş bir şirketti. ELSI şirketi, İtalya Devleti'nin bir dizi faaliyetleri sonucu zarara uğramış⁴⁴⁴; şirket 1975 yılına kadar İtalya'daki hukuk

⁴⁴³ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> ET: 29.05.2011.

⁴⁴⁴ ELSI şirketi 1960'lardan beri ekonomik kriz içerisindeydi. 1967 yılında ELSI ve Raytheon şirketinin temsilcileri, şirket durumunun iyileştirilmesi için, devlet desteğinin sağlanması hususunda, İtalya devleti ve Sicilya bölgesi temsilcileriyle görüşmeler yaptılar. Fakat bu görüşmelerden olumlu sonuç alamayacağını anlayan Raytheon şirketi, fabrikayı kapatma kararı aldı. Eylül 1967'de, İtalyan kanunları ve muhasebe ilkelerine göre çıkartılan bilançoya göre, ELSI'nin aktiflerinin değeri pasiflerinin üzerindeydi. Halbuki Raytheon'un muhasebe politikasına göre ELSI aciz halindeydi. Bu nedenle Raytheon, resmi açıklama ile ELSI'ye verilen borçları taahhüt etmeyeceğini ilan etmiştir. İtalyan devleti ise ELSI'ye fabrikayı kapatmaması için baskı yapmış ve yardım taahhüdünde bulunmuştu; çünkü Sicilya bölgesinde böyle bir fabrikanın kapatılması, bine yakın işçinin işsiz kalması ve dolayısıyla bölge ekonomisinin kötüleşmesi anlamına gelecekti. Fabrikanın faaliyetlerine devam etmesi için, Raytheon tarafından işçileri süreli işten çıkartma, faaliyetlere belli süreliğine ara verme gibi alternatif tedbirlere de başvurulmuş; ancak bu tedbirler de olumlu sonuç vermemiş ve Mart 1968'de şirket faaliyetlerine son vermiştir. Nisan 1968'de Palermo Belediye Başkanı

mücadelesine devam etmiş, 1974 yılında Amerika, İtalya Dışişleri Bakanlığına, İtalya Devletinin Amerikan ortaklı ELSI'ye karşı tutumunun Amerika – İtalya arasındaki Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşmasının çeşitli hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğunu, şirketin zararının giderilmesi yönünde bir başvuru yapmıştır; ancak olumlu sonuç alamamıştır .

ABD'nin, Uluslararası Adalet Divanına başvurması ise 1987 yılına denk gelir. İtalya, Uluslar arası Adalet Divanı nezdinde yürütülen sürece itiraz etmekle birlikte, paydaşların başvuru hakkı konusuna itiraz etmemiş; hatta paydaşların başvuru hakkının iç hukuklarına göre kabul edildiğini beyan etmiştir⁴⁴⁵.

Kararda da farkedildiği üzere, şirket paydaşlarının şirketten bağımsız olarak hak talebinde bulunamayacağı yönünde bir itiraz olmamış, Divan da Amerika'nın, İtalyan şirketindeki paydaşların hakları için diplomatik koruma yoluna başvurmaya ehil olup olmadığını inceleme konusu yapmamıştır. Burada şu konuyu irdelemekte fayda var: Divan, paydaşların tabi olduğu devletin diplomatik koruma hakkına bir itiraz olmadığı için mi bu konu hakkında sessiz kalmıştır? Kanaatimizce, devletin diplomatik koruma hakkına başvurup başvuramayacağı, Divan'ın re'sen incelemesi gereken bir konudur; Divan'ın sessiz kalması, Amerika'nın, ELSI'deki Amerikalı paydaşlar lehine diplomatik koruma yoluna başvurmada bir usulsüzlük görmemesi, Amerika'nın kendi vatandaşı olan şirket paydaşları lehine başvuru hakkını zımnen de olsa kabul etmesi anlamına gelir.

ilan tarihinden itibaren geçerli olmak üzere fabrikaya ve şirket malvarlığına altı ay sürecince elkonulduğuna dair bir haciz emri yayınlamıştır. Şirket, bu emir aleyhine hukuki yollara başvurmuş, mali durumunun daha da kötüleşmesi üzerine, iflasını talep etmiş ve şirkete kayyım atanmıştır. Bu sırada fabrika işçiler tarafından işgal edilmiş ve ürünlere el konulmuştur.

⁴⁴⁵ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, s. 35 vd. İtalya, Raytheon şirketinin iç hukuk yollarını tüketmediğini dolayısıyla Amerika'nın başvurusunun kabul edilebilir olmadığını savunmuş, ayrıca Amerika'nın diplomatik koruma yoluna başvurmada gerekli olmadığını, çünkü İtalyan Medeni Kanununda "başkasına bir fiiliyle kasden veya hataen haksız yere zarar veren kişiye karşı, zarar gören bu fiilden doğan zararların tazmini için mahkemeye başvurabilir" hükmünü düzenleyen m. 2043'e göre şirket paydaşlarının şirketten bağımsız olarak İtalyan mahkemelerine başvurabileceği; ancak Raytheon ve Machlett şirketlerinin ELSI'den bağımsız olarak dava açmadıklarını dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketmediğini iddia etmiştir. Dava sonucunda Divan, her hukuka aykırı fiilin, uluslararası hukuk ilkesinin ihlali olarak nitelendirilemeyeceğini, dolayısıyla İtalya'nın tutumlarının Amerika ile arasındaki Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşmasının ilgili hükümlerinin ihlali niteliğinde olmadığı sonucuna varmıştır.

ELSI ve Barcelona Traction davalarında, şirket paydaşlarının tabi oldukları devletler, diplomatik koruma yoluna başvurmuşlardır. Divan sözkonusu davalarda, devletin diplomatik koruma yoluna başvurma ehliyeti hakkında birbiriyle çelişen iki karara imza atmıştır. ELSI kararında, Divan'ın Barcelona Traction kararından farklı bir tutum sergilediğini görüyoruz. Barcelona Traction davasında Divan, Belçika'nın talebini, şirketin, şirket paydaşlarından ayrı bir kişiliğe sahip olduğu, dolayısıyla, paydaşların şirketten ayrı olarak hak talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Oysa ki ELSI kararında, bu konu gündeme gelmemiştir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ ELSI davasında, Amerika'nın başvurma ehliyetine ilişkin üç yaklaşım sıralanabilir: konuyu incelemekten kaçınan çoğunluk, Amerika'nın başvurma yetkisi olmadığını savunmakla birlikte karara katılan Hakim Oda'nın muhalif görüşü, Amerika'nın başvurma yetkisi olduğunu ve taleplerinin kabul edilmesi görüşünde olan Hakim Schwebel'in ayrık görüşü.

a. Çoğunluğun Yaklaşımı: Çoğunluk yaklaşımına göre, kararda Amerika'nın başvurma hakkı irdelenmeden, doğrudan uyuşmazlığın esasına girilmiş; böylelikle, gerekçe göstermeksizin de olsa Amerika'nın başvuru hakkı kabul edilmiştir. Divanın bu sonuca varmasında iki gerekçe akla gelebilir: Barcelona Traction davasında, İspanya, şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu, söz konusu haksız fiillerin de paydaşlara değil, şirkete yönelik olduğunu savunmuştu. Söz konusu kararda Divan, bazı istisnai hallerde şirket paydaşlarının tabi olduğu devletin diplomatik koruma yoluna başvurabileceğini kabul etmiştir. Bu istisnalar arasında şirket varlığının örneğin iflas etmesi nedeniyle sona ermesi ve şirketin tabi olduğu devletin şirket adına hukuki yollara başvurmaması – örneğin şirkete bizzat devletin zarar vermesi – kalemleri sayılabilir. Dolayısıyla bu istisnai haller de ELSI davasındaki şartlara birebir uymaktadır. Divanın tutumunda akla gelen ikinci gerekçe de, haksız fiilin şirketin değil; doğrudan doğruya paydaşların haklarını ihlal eder nitelikte olduğudur. Paydaşların doğrudan haklarıyla kastedilen, şirketin hakları ve şirketin malvarlığı ve alacakları üzerindeki paydaşların dolaylı hakları dışındaki haklardır. Bu durumda da paydaşın tabi olduğu devlet, kendi vatandaşı paydaşların haklarını korumak için harekete geçebilir. Amerika, andlaşmada koruma altına alınan taşınmaz mallara ilişkin hakların, şirket paydaşlarının dolaylı haklarını içere kadar geniş kapsamlı olduğunu iflas etmekle taşınmaz mülkiyetine ilişkin hakların naklinden şirketin tüm paylarının sahibi Raytheon ve Macleth'in mahrum kaldığını savunmuş, Divan da Amerika'nın bu savunmasına sıcak bakmıştır. Barcelona Traction kararındaki şu hüküm, paydaşların doğrudan haklarının ihlali halinde tabi oldukları devletin diplomatik koruma yoluna başvurmasını kabul ettiğini gösterir: *“Uluslararası hukuk kaidesinin ihlali niteliğindeki bir haksız fiilin şirket paydaşlarının doğrudan haklarını ihlal etmesi halinde, paydaşların tabi olduğu devlet diplomatik koruma yoluna başvurabilir. Ancak Belçika'nın başvuru dilekçesinde böyle bir talep yer almadığı için, Divan bu hususu re'sen araştırmaya yetkili değildir.”* Eğer Belçika'nın başvurusunda böyle bir talep yer almış olsaydı, Barcelona Traction davasındaki heyet uluslararası örf ve adet hukukunda tanınan paydaşların doğrudan haklarının kapsamı noktasında araştırmaya devam edecekti. Muhtemelen de bu haklar arasında, temettü alma hakkı, genel kurullara katılma ve oy kullanma hakkı, tasfiye halindeki şirkette bakiye alacakları paylaşma hakkı yer alacaktı. ELSI davasında ise arada devletlerarası andlaşma yer aldığı için, bu andlaşma kapsamında bir değerlendirme yapılacaktı. b. Hakim Oda'nın Ayrık Görüşü: Hakim Oda, muhalefet şerhinde 1960'lardan beri İtalya'da süregelen hukuki sürecin hiçbir safhasında ortakların doğrudan haklarının ihlal edildiğinin iddia edilmediğini, sürecin tamamında ELSI şirketinin davacı olarak yer aldığını, 1975'te ise Amerika'nın Uluslararası Adalet Divanına başvurusunda birden bire paydaşların doğrudan haklarının ihlal edildiği iddiasının yer aldığını belirtmiştir. Barcelona Traction kararında da belirtildiği üzere şirket paydaşları, şirketten bağımsız olarak kendi adlarına veyahut şirket tüzel kişiliği adına hiçbir dava açamazlar. Haciz emri gönderilen de, Raytheon ve Maclett şirketleri değil; İtalyan şirketi ELSI'dir. Dolayısıyla sözkonusu Amerikan

3. AHMADOU SADIO DIALLO – GİNE CUMHURİYETİ V. KONGO DEMOKRATİK CUMHURİYETİ UAD KARARI - 24.05.2007⁴⁴⁷

1998 yılında Gine Cumhuriyeti, Gine vatandaşı işadamı Diallo'nun, Kongo devleti tarafından tutuklanarak hatırı sayılır miktardaki yatırımlarından, işlerinden, banka hesaplarından taşınır ve taşınmaz mülkiyetinden mahrum bırakıldığı

şirketlerinin “doğrudan” hakları ihlal edilmemiştir. İkincisi, andlaşmada geçen “mülkiyet” ifadesi yabancı paydaşlara, şirketin ya da şirket malvarlığının ve buna ilişkin hakların mülkiyetinde hak sahibi olduğu şeklinde yorumlanamaz. Üçüncü olarak andlaşmada geçen, mülkiyet ve buna ilişkin hakların iktisabı ve nakline ilişkin hükümler şirket tüzel kişiliğine aittir; paydaşları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanamaz. Son olarak anlaşmaya ek metinde yer alan hükümler, yabancı şirketi ev sahibi devletin ayrımcı ve keyfi uygulamalarına karşı korumakta, yabancı paydaşlara koruma getirmemektedir. Andlaşma açık olarak İtalya'daki Amerikan şirketlerine koruma getirmektedir, andlaşmayı İtalyan şirketlerindeki Amerikan ortaklarını da kapsayacak şekilde genişletici ve zorlayıcı bir yoruma gerek yoktur. Hakim Oda'nın görüşüne baktığımızda, hakimin, doktrindeki tüzel kişinin paydaşlardan ayrı bir kişiliği olduğu ve şirketin uğradığı zararlardan dolayı, paydaşlar da zarar görmüş olsa, ancak şirket tüzel kişiliğinin, hukuki yollara başvurma hakkına sahip olduğu yönündeki geleneksel görüşü çok katı uyguladığını ve geleneksel görüşten hiç taviz vermediğini görüyoruz. c.Hakim Schwebel'in Ayrık Görüşü: Divanın kararı, Amerika ile İtalya arasındaki andlaşmanın yorumunda genişletici yorumdan ziyade kısıtlayıcı yorumu seçmiştir. Andlaşmayı İtalya'daki Amerikan şirketlerine indirgeyip, İtalyan şirketindeki paydaş Amerikan şirketleri kapsam dışı bırakmak, andlaşmanın kapsamını oldukça daraltır ve andlaşmayı anlamsızlaştırır. Dolayısıyla Amerikan'ın, ELSI şirketinin paydaşları Raytheon ve Maclett lehine diplomatik koruma yoluna başvurma hakkı vardır. Biz de Hakim Schwebel'in ayrık görüşüne katılıyor ve Amerika'nın da başvurma hakkı olduğunu düşünüyoruz. Tüzel kişinin paydaşlardan ayrı kişiliği olduğu hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Ancak bu ayrılık kanaatimizce daha çok İcra-İflas Hukukundan ve Ticaret Hukukundan doğan hakların kullanımına ilişkindir. Burada ELSI şirketi İtalyan tabiiyetinde, ELSI şirketinin % 100 ortağı Raytheon ise Amerikan tabiiyetindedir. Diplomatik koruma hakkının kullanılmasında tüzel kişi – paydaş ayrılığının ileri sürülmesi, kanaatimizce isabetli değildir. Ticaret Hukukunda, Tüzel kişi – paydaş ayrılığının temel gerekçesi, ticaret hayatında gerçek kişilerden daha çok faaliyet gösteren şirketlerin işlemlerini, paydaşların katılımına gerek kalmadan geçerli olarak yapması, bu şekilde ticaret hayatında işlem güvenliği ve sürat gibi unsurların hayata geçirilebilmesidir. İcra İflas Hukukunda ise, şirketlerin faaliyetleri / borçları nedeniyle, şirket ortaklarının, kendi taahhütleri oranında sorumlu olması, bu şekilde – belli istisnalar haricinde – ortakların malvarlığına gidilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak, diplomatik koruma alanında, tüzel kişinin paydaşlardan ayrı bir kişiliği olması ve paydaşların tüzel kişi yerine başvuruda bulunamamasının gerekçesini ya da amacına, Uluslararası Adalet Divanı kararlarında rastlayamadık. Kanaatimizce, diplomatik koruma alanında, hem tüzel kişi hem de paydaş zarar görmüşse, - mükerrer tazminat talepleri olmamak ve toplam tazminat talebi toplam zararını aşmamak kaydıyla - her ikisinin tabi olduğu devletin, diplomatik koruma yoluna, münferiden başvurmada bir engel yoktur.

⁴⁴⁷ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582, <http://www.icj-ij.org/docket/files/103/13856.pdf> E.T.: 15.08.2011.

gerekçesiyle⁴⁴⁸, Kongo devletine karşı, Uluslararası Adalet Divanına başvurdu. 1980'lerin sonuna doğru, şirketlerin, iş ortaklarıyla arasının bozulması ile şirketler, Kongo devletinin de aralarında olduğu borçlularından, alacaklarının tahsili amacıyla hukuki yollara başvurmuştur⁴⁴⁹.

Mahkeme, diplomatik koruma alanında uluslararası hukuktaki gelişmeleri dikkate alarak, öncelikle başvuranın diplomatik koruma hakkının gereklerini karşılayıp karşılamadığını, iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğini incelemiştir⁴⁵⁰. Davada, paydaşın tabi olduğu devletin, diğer devlete karşı Uluslararası Adalet Divanına başvurup başvuramayacağı, esasen tartışma konusu olmamıştır. Davalı Kongo devleti, paydaşların doğrudan haklarının bir ihlali sözkonusu olduğu sürece, tabi olunan devletin paydaşların lehine diplomatik koruma yoluna başvurabileceğini kabul etmiştir⁴⁵¹. Davada esas tartışma konusu, Gine'nin kendi vatandaşı olan şirket paydaşı Diallo'nun haklarını koruma hakkına sahip olup olmadığı değildir. Tartışma, hangi hakların doğrudan haklar kapsamında olduğu ve Kongo devletinin faaliyetlerinin Diallo'nun doğrudan haklarının ihlal edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Divan, şirket ortağı olan Diallo'nun doğrudan haklarıyla sınırlı olarak, Kongo'nun itirazlarını reddetmiş; Diallo'nun sözkonusu şirketteki haklarının

⁴⁴⁸24.05.2007 tarihli İlk İtirazlar Hakkındaki Karar (Judgment on Preliminary Objections), s.5, p.1. 1964'ten beri Kongo'da yaşamakta olan Diallo, 1974 yılında Africom-Zaire ünvanlı, Zaire kanunlarına tabi özel sınırlı sorumlu bir ithalat-ihracat şirketi kurmuş ve yöneticiliğini üstlenmiştir. 1979'da Diallo faaliyetlerini genişletmiş ve faaliyet konusu konteynerle nakliyat olan, sınırlı sorumlu bir şirket daha kurmuştur. Yeni şirket Africontainers-Zaire'deki payların % 40'ı Zaire vatandaşına, % 30'u Fransız vatandaşına, % 30'u da Africom-Zaire'ye aittir. 1980 yılında, diğer ortakların ortaklıktan çıkmasıyla, paylar arasındaki dağılım %60 Africom-Zaire ve %40 Diallo'ya ait olmak üzere değişmiştir; bu şirketteki yöneticiliği de Diallo üstlenmiştir.

⁴⁴⁹ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), 24.05.2007 t. İlk İtirazlar Hakkında Karar, s. 10, p.14.

⁴⁵⁰ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), 24.05.2007 t. İlk İtirazlar Hakkında Karar, s. 17 – 18, p. 39,40.

⁴⁵¹ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), 24.05.2007 t. İlk İtirazlar Hakkında Karar, s. 20, p. 50 – 51. Her iki devlet de Barcelona Traction davasındaki esaslara dayanmıştır. Kongo devleti, öncelikle Gine'nin, Diallo'nun paydaş olarak doğrudan haklarını korumak niyetinde olmadığını savunmuştur, buna göre; Gine, paydaşların zararına sonuçlanan, şirket aleyhine faaliyetler ile paydaşların doğrudan haklarının ihlalini eş tutmuştur. Kongo'ya göre, şirket haklarıyla paydaşların doğrudan hakları arasındaki karmaşa, sadece uluslararası hukuka aykırı değil; aynı zamanda diplomatik koruma kurumunun mantığına da aykırıdır. Şirket haklarıyla ortakların haklarının bir tutulması da Barcelona Traction davasında açıkça reddedilmiştir. Ayrıca Kongo, Barcelona Traction kararında sıralanan, paydaşların doğrudan haklarının örnek kabilinden olduğunu, söz konusu hakların, ilgili devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde aranması gerektiğini kabul etmektedir.

ihlaline ilişkin Kongo'nun itirazlarını ise kabul etmiştir⁴⁵². Burada Divan, doğrudan haklar ile şirketteki diğer haklar arasındaki ayrımı kabul etmiş ve incelemesini bu ayrıma göre yapmıştır.

D. ŞİRKET PAYDAŞLARININ KORUNMA HAKLARINA İLİŞKİN ULUSLAR ARASI ADALET DİVANİ KARARLARININ ICSID TAHKİM SÜREÇLERİNE ETKİSİ

ICSID nezdindeki davalarda, Uluslararası Adalet Divanı kararının etkisini görürüz. Barcelona Traction ve ELSI davaları Uluslararası Yatırım Hukukunda şirket paydaşlarının, şirket tüzel kişiliğinden bağımsız olarak hareket edip edemeyeceği noktasında sıkça atıf yapılan kararlardır. Kararlar, şirket paydaşlarının, şirketten ayrı olarak yatırımcı sayılıp sayılmaması konusundaki iki zıt fikri temsil eder. İki karardaki usule dikkat edecek olursak, Uluslararası Hukukun temel ilkelerine uygun olarak, Divan öncelikle taraflar arasında bir andlaşma olup olmadığına bakmıştır. ELSI davasında Amerika ile İtalya arasında Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer andlaşması olduğundan, bu andlaşmadaki hükümlerden hareketle yabancı paydaşların andlaşma koruması altında olup olmadığını incelemiştir. Andlaşmalarda yabancı yatırım ya da yatırımcının nasıl korunduğu konusu da yabancı şirket paydaşlarının taleplerinin değerlendirilmesinde önem taşır. Ancak, uluslararası ticaret alanında, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcılar arasında, sözleşmelerin akdedilmesi ve devletler arasında da, Yatırımların Korunması ve Teşvikine dair andlaşmaların yapılmasıyla, paydaşların haklarının korunmasıyla alakalı diplomatik korumanın önemi ve dolayısıyla Barcelona Traction kararındaki ilkelerin önemi azalmıştır. Yatırımcılara ev sahibi devlete karşı hukuki mekanizmalara doğrudan başvuru hakkı tanınınca, yatırımcının tabi olduğu devletin diplomatik koruma yoluna başvurmasının önemi azalmıştır. Yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki tahkim uygulamalarının artmasıyla, yabancı yatırımın korunması alanında Barcelona Traction kararındaki ilkeler yol gösterici ya da uygulanabilir olmaktan çıkmıştır⁴⁵³. Diplomatik koruma alanındaki gelişmelere baktığımızda,

⁴⁵² Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), 24.05.2007 t. İlk İtirazlar Hakkında Karar, s. 40, p. 98.

⁴⁵³ LIARD, I., A Community of Destiny - "The Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims", International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary

Barcelona Traction kararındaki ilkelerin aynen devam ettirildiğini, Birleşmiş Milletlerin Diplomatik Korumaya ilişkin taslak metninde açıkça şirket ortaklarının tabi oldukları devletin, kural olarak diplomatik koruma hakkını haiz olmadıkları, istisnaların gene Barcelona Traction kararındaki istisnalarla sınırlı olduğunu görürüz⁴⁵⁴.

1. EV SAHİBİ ÜLKEDE KURULU TÜZEL KİŞİ ŞİRKET PAYDAŞLARININ BAŞVURU HAKKINA İLİŞKİN ICSID KARARLARI

Şirket paydaşlarının tüzel kişiden ayrı olarak hak talep edip edemeyeceği konusu ilk olarak Uluslararası Adalet Divanının Barcelona Traction davasında gündeme gelmiştir. Paydaşın tüzel kişiden ayrı hareket edemeyeceğini savunan sözkonusu karardan bu zamana çok yol katedilmiş, paydaşlık, devletlerarası ikili yatırım anlaşmalarında ve çok taraflı anlaşmalarda, yatırım kalemlerinden sayılmış; şirket paydaşının, yatırımcı sayılması ve ortağı olduğu tüzel kişiden ayrı olarak tahkime başvurabilmesi, uluslararası hukukta tanınır hale gelmiştir. Bu şekilde vatandaşlık kriterini sağlayamayan tüzel kişiler için de, paydaşları vasıtasıyla ilgili anlaşma korumasından yararlanma imkanı doğmuştur.

Uluslararası Daimi Adalet Divanının Barcelona Traction Kararındaki paydaşların tüzel kişiden ayrı olarak tek başına koruma talep edemeyeceği prensibinin aksine, ICSID hakem heyetleri paydaşların tüzel kişilikten ayrı olarak tek başına tahkime başvurabileceği yönünde kararlar vermiştir. Hakem heyetinin *Siemens A.G. v. Argentine Republic* kararında⁴⁵⁵ belirttiği üzere “*hakem heyeti önündeki mesele uluslararası örf ve adet hukukunun bir kurumu olan diplomatik korumaya değil, Devletlerarası İkili Yatırım Anlaşmasında tüzel kişi ortakları da kapsayan yatırımcı haklarının korunmasına ilişkindir.*” . Zaten Barcelona Traction Kararında da Adalet Divanı açık olarak, söz konusu kararın diplomatik koruma hakkının kullanılması ile sınırlı olduğu, dolayısıyla ortakların haklarının korunmasına

International Law, Edited by: Tod Weiler, s. 77 – 96, Londra, 2005 s. 94

⁴⁵⁴ LIARD, **a.g.m.**, s. 95.

⁴⁵⁵ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, p. 140, http://www.asil.org/iilib/siemens_Argentina.pdf, E.T: 18.04.2012.

ilişkin genel bir kural yaratmadığını belirtmişti⁴⁵⁶. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Elettronica Sicula Kararında ortakların tüzel kişiden ayrı olarak koruma talep edebilecekleri kararına varmıştır⁴⁵⁷.

LG&E v. Arjantina⁴⁵⁸ davasında, Amerikan menşeli davacı şirketler, Arjantin'de kurulu yerel alt şirketleri vasıtasıyla yatırım yapmışlardı. Arjantin devleti diğer yetkiye yönelik itirazları yanında Barcelona Traction kararına da dayanmıştır. Mahkeme kararında, bir devletin, yatırımcı – devlet tahkiminde davacı sıfatını haiz olan bir paydaşın aktif husumetini sorgulamak için Barcelona Traction kararına dayanamayacağını açık olarak belirtmiştir. Buna göre;“52. Diğer taraftan davalının Barcelona Traction kararına dayanması yerinde değildir. Davanın esasları ne olursa olsun, halihazırdaki dava yatırımcının, yatırımcı – Devlet tahkiminde ihtilafın çözümü için doğrudan başvuru sağlayan çağdaş bir kavramken, sözkonusu karar Devletin vatandaşlarına sağladığı diplomatik korumaya ilişkindir.”

Şirket paydaşlarının önemi, ev sahibi devletlerin kanunlarında istikrarlı bir şekilde, yabancı yatırımın, sadece yerel girişimcilerle ya da devlet kurumlarıyla ortaklıklar şeklinde kabul edilmesiyle artmıştır. Devletlerin yabancı yatırım kanunlarındaki bu yöndeki düzenlemelerin artışı, kaynak devletlerin diplomatik koruma müdahalesinden uzaklaşma niyetini yansıtır. Bu türde paydaşlıkların korunması için çare, ya devletlerarası ikili yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımına, şirket paydaşlığı gibi fiziki varlığı olmayan yatırımları dahil etmek ya da şirket vatandaşlığının tesbiti için kuruluş yeri kriterinden başka kriterler kabul etmektir. İkili yatırım anlaşmalarında yatırım kalemleri arasında şirket paydaşlığının da sayılması, uluslararası hukuk uygulamasındaki şüpheleri gidermiştir. Paydaşların korunmasına yönelik getirilen ikinci yöntem, şirket vatandaşlığının tanımlanmasıdır. Bazı devletlerarası ikili yatırım anlaşmalarında, şirket merkezinin başka ülkede bulunması veya esaslı oranda payının ya da kontrol hisselerinin belli ülke vatandaşlarına ait olması halinde o devletin vatandaşı sayılacağına ilişkin düzenlemeler yer alır. Bir üçüncü çeşit düzenleme, İran-

⁴⁵⁶Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), I.C.J.Reports 1970, 3, 46–48, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> ET.29.05.2011.

⁴⁵⁷Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment,I.C.J. Reports 1989, p. 15. <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> ET: 29.05.2011.

⁴⁵⁸LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1), <http://icsid.worldbank.org>, ET: 23.06.2011.

Amerika Divanı⁴⁵⁹'ni kuran 1981 Cezayir Andlaşmasında yer almıştır. Buna göre şirket paylarının yarısından fazlasının ve şirketin kontrolünün âkit devlet vatandaşlarının elinde olması halinde andlaşma korumasından yararlanabilir. Ancak şirket vatandaşlığının, kuruluş yeri dışında tesbitine getirilen alternatif düzenlemeler fazla kabul görmemiştir. Nitekim vatandaşlığın kuruluş yerine göre belirlenmesinin bir mantığı vardır. Şirket iç hukuk kurallarına göre yaratılmıştır ve varlığı iç hukuk kurallarına bağlıdır. Şirket varlığının ortaya çıkması kuruluş yeri devletin iradesine dayanır; öyleyse şirket, o devletin vatandaşlığını taşımalıdır⁴⁶⁰. Dolayısıyla paydaşlık haklarının korunmasında, şirket vatandaşlığının tesbitinde alternatif yöntemlere başvurmaktansa, yatırım tanımının kapsamını genişleterek, paydaşlığı yatırım kalemleri arasında saymak daha çok tercih edilir bir yöntemdir.

Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmalarındaki, yatırım kalemleri arasında, genel olarak, ev sahibi devlette kurulu şirketteki pay sahipliği de yer alır. Bu nedenle yerel şirketlerde pay sahiplerinin Merkez tahkimine doğrudan başvurması; dolayısıyla taraf ehliyetine sahip olup olamayacağı sorunu Merkez tahkiminin önünde önemli bir engel oluşturmamaktadır⁴⁶¹. Tahkim heyetleri kararlarında, yetkiyi oluşturan diğer şartların varlığı halinde paydaşların taraf sıfatını kabul etmiş ve yetkili olduğuna karar vermiştir⁴⁶². Bu eğilim, payların çoğunluğunu ya da kontrolü elinde tutsun tutmasın tüm paydaşlar için geçerlidir. Gerçekten yatırım andlaşmalarında yatırım kalemleri sayılırken, “pay sahipliği” denmektedir; yoksa azınlık payları ile çoğunluk payları arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu husus en açık şekilde Vivendi v. Arjantin⁴⁶³ davasında irdelenmiştir: ev sahibi devlet Arjantin,

⁴⁵⁹ Iran-United States Claims Tribunal, <http://www.iusct.com>, E.T:06.05.2013.

⁴⁶⁰ SORNARAJAH, **a.g.e.**, s. 198.

⁴⁶¹ STANİMİR, A. A., *The Baby Boom Of Treaty Based Arbitrations And The Jurisdiction Of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis, The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4: 19–59, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2005

⁴⁶² STANİMİR, **a.g.m** s. 28, *dipnot 39'dan naklen: AAPL v. Sri Lanka*, 30 I.L.M. 580 (1991), *American Manufacturing & Trading, Inc.*, 36 I.L.M. 1534; *Antoine Goetz*, 15 *ICSID Review – F.I.L.J.* 457; *Lanco International, Inc.*, 40 I.L.M. 457; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, 17, *ICSID Review – F.I.L.J.* 395 (2002); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. And Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Award, 21 November 2000, ICSID Case No. ARB/97/3, 40 I.L.M. 426 (2001); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 13 September 2001, <http://www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/PartialAward.pdf> ; *AGIP SpA v. People's Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, 1 *ICSID Reports* 306 (1993).

⁴⁶³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine*

Fransız Compagnie Générale des Eaux (CGE) şirketinin hisse oranının imtiyaz sahibi yerel Compañía de Aguas del Aconquija (CAA) hisselerinin çoğunlukta olmadığını; dolayısıyla Merkez tahkimine başvuru hakkı olmadığını savunmuştur; hakem heyeti ise, bu durumun tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacağını yoksa yabancı yatırımcı şirketin ICSID'e başvurusunu engellemeyeceği sonucuna varmıştır⁴⁶⁴. Karara göre: “CGE şirketinin, CAA'da imtiyaz sözleşmesinin akdinden sonra yatırım yapmadığı ya da CAA'nın tümünü kontrol etsin etmesin kendi payı bakımından yatırımcı olmadığı iddia edilemez. Kendi yatırımının kapsamı ne olursa olsun, ikili yatırım anlaşmasındaki mevcut koruyucu hükümlerin ihlal edildiği gerekçesine dayanarak Merkez tahkimine başvurulabilir.”⁴⁶⁵.

Uluslararası Yatırım Hukukunda, yatırımcı “gerçek kişi”lerden söz edilmekle birlikte, çoğunlukla yatırım yapanlar “tüzel kişi”liği haiz ortaklıklardır. Bunun haricinde gerçek kişi yatırımcılar, içinde fazla sorun barındıran bir konu değilken, tüzel kişi yatırımcılar başta vatandaşlık, pay sahipliği olmak üzere çeşitli sorunlu konuları ve değişik görüşleri içinde barındırır.

Yatırım ortaklıklarında pay sahipliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Pay sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği haiz bir şirket de olabilir ya da yatırım ortaklığında tek bir pay sahibi olabileceği gibi birden fazla pay sahipliği de söz konusu olabilir. Pay sahibi payların çoğunluğunu elde tutabileceği gibi azınlık paydaşı da olabilir ya da şirketin yönetim ve kontrol hisselerini elinde tutabilir. Uluslararası Hukukta yabancı yatırımcının haklarının korunmasında geleneksel yöntem, yabancı yatırımcının tabi olduğu devletin diplomatik koruma yoluna başvurusıdır. Ev sahibi devletle kaynak devlet arasında devletlerarası ikili yatırım anlaşmasında başka bir mekanizma öngörülmüşse veyahut ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında Uluslararası Adalet Divanı'na devre dışı bırakan bir anlaşma

Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.

⁴⁶⁴ STANIMİR, a.g.m, s. 30.

⁴⁶⁵ Azınlık pay sahiplerinin Merkez tahkimine başvurabileceğine dair eğilim diğer ICSID kararlarında da benimsenmiştir. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi Annulment)*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, 41 I.L.M. 1135, 1146, para. 50 (2002); *CMS Gas Transmission Company (Claimant) and The Republic of Argentina (Respondent) Case No. ARB/01/8 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, Date of decision: July 17, 2003 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, E.T: 13.01.2012.

varsa⁴⁶⁶, bu durumda yatırım ihtilaflarının halli için, uyuşmazlıkların halli klotunda yer alan mekanizmaya başvurulur. Uygulamada genellikle yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim anlaşması yapılmakta ve diplomatik koruma yoluna gidilmemektedir. Şirketlerin, bir devletten, diplomatik koruma talep edebilmesi ya da ev sahibi devletle, o devlet arasındaki, devletlerarası ikili yatırım andlaşmasında yer alan, uyuşmazlıkların halli klotundan yararlanabilmesi için, o devletin tabiiyetinde olması gerekir. Yabancı yatırımcı şirketin tabiiyeti, kuruluş yeri ya da merkez yerine göre belirlenir. Ancak son zamanlarda tabiiyetin, ekonomik gerçeklere göre belirlenmesi yönünde alternatif fikirler de ortaya çıkmıştır⁴⁶⁷. Vatandaşlık dışında bir diğer sorunlu konu da, şirket paydaşlarına uluslararası yatırım hukukunda korunma talep edip edemeyeceğidir. Ancak bu soru genel ilkelere göre cevaplandırılabilir bir soru değildir; her olayın şartları değerlendirilerek soruya cevap verilmesi gerekir. Bir ihtilafta şirket paydaşlarıyla ilgili böyle bir sorun ortaya çıktığında, öncelikle kuruluş yeri hukukuna göre şirket paydaşlarının şirket tüzel kişiliği karşısındaki hukuki statüleri, şirket paydaşının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki devletlerarası ikili yatırım andlaşmasında paydaşlara ayrıca hukuki koruma taahhüdü verilip verilmediği, yatırımcı şirket ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşmada yer alan koruyucu hükümlerin paydaşları kapsayıp kapsamadığı, anlaşmalarda paydaşlara yönelik bir hüküm olmasa bile devletin haksız fiillerinin paydaşların doğrudan haklarını ihlal eder nitelikte olup olmadığı araştırılmalıdır.

2. DİĞER AKİT DEVLET TABİİYETİNDEKİ TÜZEL KİŞİYİ OLUŞTURAN PAYDAŞLARIN BAŞVURU HAKKI

Şimdiye kadar incelenen kararlarda, ev sahibi devletin fiillerinden etkilenen şirketler, gene ev sahibi devletlerde kurulu şirketlerdi ve yine davacı yatırımcılar ev sahibi devlette kurulu şirketteki paydaşlardı. Bunun dışında, ev sahibi devlet

⁴⁶⁶ Örneğin ICSID Konvansiyonu m. 27'ye göre "1. Alınabilecek herhangi bir karara karşı tarafça uyulmaması ve kararın uygulanmaması hali haricinde, konvansiyon çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir akit devlet, anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşları için diplomatik koruma yoluna başvuramaz ve uluslararası alanda dava açamaz."

⁴⁶⁷ SCHREUER, C., Shareholder Protection in International Investment Law, Völkerrecht als Wertordnung, Common Values in International Law – Festschrift für / Essays in Honour of Christian Tomuschat, 2006, s. 601 - 619, s. 602.

dışında kurulu şirketlerdeki paydaşlar da, ev sahibi devletlerin fiilleri sonucu şirketlerdeki değer kayıplarından olumsuz etkilenebilirler. Bu durumda diğer âkit devlette kurulu tüzel kişi şirketlerdeki paydaşların da, kanaatimizce, şirketten ayrı olarak başvuru hakkı vardır.

Sedelmayer v. Rusya⁴⁶⁸ davasında, davacı Alman vatandaşı, Amerika'nın Missouri eyaletinde kurulu SGC International ünvanlı şirketin tek sahibi ve yöneticisiydi. SGC, Rusya'da yatırım yapmıştı. Yatırımcı şirketin Rusya ile arasında çıkan ihtilafta, davacı Amerika ile Rusya arasında yatırımların korunması ve teşvikine dair bir andlaşma olmadığından, Almanya ile Rusya arasındaki ikili yatırım andlaşmasına dayanmıştır. Rusya, yatırımcının Alman paydaştan ziyade, Amerikalı şirket olduğundan bahisle Merkezin yetkisine itiraz etmiştir. Merkez perdenin kaldırılması teorisi ve kontrol ilkesine dayanmış, gerçek yatırımcının Amerikalı şirket değil; şirketin sahibi Alman vatandaşı Sedelmayer olduğunu, bu nedenle de yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu kararda güçlü bir muhalefet olması ve gerekçelerinin zayıf olması itibariyle tartışmaya açık bir karardır⁴⁶⁹.

Tokios Tokeles v. Ukrayna davasında, yatırımcı Litvanyalı şirket Litvanya – Ukrayna arasındaki devletlerarası ikili yatırım andlaşmasının hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle tahkime başvurdu. İhtilaf, davacı şirketin Ukraynadaki alt kuruluşunun, Ukrayna devletinin fiilleri neticesinde zarara uğraması iddiasından kaynaklanıyordu. Davalı Ukrayna devleti, yatırımcı şirketin Ukrayna vatandaşları tarafından kontrol edildiği ve denetlendiği; dolayısıyla gerçek bir Litvanyalı yatırımcı olmadığından bahisle Merkezin yetkisine itiraz etti. Merkez, bu itirazı Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasında, şirket tabiiyetinin belirlenmesinde açıkça kuruluş yerinin belirleyici olduğu ve de andlaşmada "denial of benefits"⁴⁷⁰ şartı yer

⁴⁶⁸ Franz Sedelmayer v. The Russian Federation Award of Stockholm Chamber of Commerce, 07.07.1998 http://italaw.com/documents/investment_sedelmayer_v_ru.pdf ET: 22.10.2012

⁴⁶⁹ SCHREUER, Shareholder Protection, s. 615.

⁴⁷⁰ Denial of benefits clause: Each Party reserves the right to deny to a company of the other Party the benefits of this Treaty if nationals of a third country own or control the company and a) the denying Party does not maintain normal economic relations with the third country; or b) the company has no substantial business activities in the territory of the Party under whose laws it is constituted or organized. Hakların Reddi: Her bir taraf,eğer andlaşmanın tarafları dışında üçüncü bir ülkenin vatandaşları, şirketin sahibiyse ya da kontrolü elinde bulunduruyorsa, a. Reddeden tarafın, bu üçüncü devlet ile normal ekonomik faaliyetlerini sürdürmemesi veya b. Şirketin kanunlarına göre kurulduğu veya örgütlendiği

almadığından bahisle, davalı devletin bu itirazını reddetti. Heyete göre, kuruluş veya merkez yeri esasından ayrılarak yabancı kontrol esasına göre şirket vatandaşlığını belirlemek sadece ICSID Konvansiyonu m. 25/2 (b) hükmü çerçevesinde mümkün olabilir. Perdenin kaldırılması ise tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı hallere münhasırdır ki her iki hal de halihazırdaki davada söz konusu değildir⁴⁷¹. Tokios Tokeles v. Ukrayna tahkim sürecinde hakem heyeti, davacı şirketin, ev sahibi devlet vatandaşlarınca kontrol edildiği yönünde güçlü emareler olmasına rağmen, bu durumu dikkate almamıştır. Halbuki burada, davacı şirketle ev sahibi devlet vatandaşı arasında güçlü ilişkiler olduğu ve şirketin ev sahibi devlet vatandaşı tarafından kontrol edildiğinin, hakem heyeti de bilincindedir. Konvansiyonun amaçları ile açıkça çelişen bu durum karşısında, hakem heyeti kontrol esasına göre, şirket tabiiyetini tesbit edebilirdi veyahut ICSID Konvansiyonu m. 25 hükmündeki ilkelerin dolanılarak, iyi niyet kurallarına aykırı hareket edildiği gerekçesiyle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak gerçek yatırımcı olan ev sahibi devlet vatandaşına ulaşılabilirdi. İki şekilde de, hakem heyeti, ICSID Konvansiyonunun amaçlarına aykırı olan, yabancı kontrol düzenlemesi hükmü dışındaki ev sahibi devlet vatandaşının, kendi devleti aleyhine Merkez tahkimine başvuru yolunu açmasına engel olabilirdi. Ancak hakem heyeti, ev sahibi devletin, yatırım anlaşmasında, *ev sahibi devlet vatandaşlarının ortak olduğu yabancı şirketlerin yabancı yatırımcı statüsünde sayılmayacağına dair bir hükmün yer almadığı* gerekçesiyle, ev sahibi devletin yetki itirazlarını reddetmiş ve yetkili olduğu yönünde karar vermiştir. Karar iki yönden eleştiriye açıktır: Birincisi; hakem heyetinin gerekçesi, ev sahibi devlet vatandaşlarının kendi devletleri aleyhine Merkez tahkimine başvuru hakkı olduğu şeklinde yorumlanabilir. İkincisi; hukukun genel ilkelerinden biri olan iyi niyet ilkesinin ihlali göz ardı edilmiş ve ICSID Konvansiyonunun amaçlarıyla çelişen bir karara imza atmıştır. Bu gerekçelerle, hakem heyetinin yetkili olduğuna dair kararına katılmıyoruz.

taraf devlette, esaslı ticari faaliyetlerinin olmaması hallerinde diğer tarafa ait bir şirketin bu anlaşmanın bahsettiği haklardan yararlanmasını reddetme hakkına sahiptir. MISTELIS, L.A. - BALTAG, M. "Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty", 113 Penn State Law Review 1301-1321, 2009, <http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201301.pdf>. E.T: 12.06.2012.

⁴⁷¹ Tokios Tokeles Kararı s. 22, p. 53.

E. ŞİRKET PAYDAŞLARININ BAŞVURUSUNDA PAYDAŞLIĞIN YATIRIM OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Yatırımın korunmasına yönelik devletlerarası andlaşmalar, şirketlerde pay sahipliğini veyahut şirkete herhangi bir katılımı, yabancı yatırım kalemleri arasına dahil etmişlerdir. Bu şekilde pay sahibine “yatırımcı” sıfatı bahşedilmemekte, fakat pay sahipliği “yatırım” olarak sayılmakta ve böylece, pay sahiplerine yatırımcı şirketten ayrı olarak Merkeze başvurabilme hakkı tanınmaktadır. Ayrıca ICSID Konvansiyonunun hazırlık aşamalarında da, yerel şirketlerdeki yabancı ortakların payları da, “yatırım” kalemlerinden sayılmıştır. Bu veriler ışığında şirket ortaklarının Merkeze başvurularında büyük bir engel bulunmamaktadır.

Uluslararası Yatırım Hukukundaki tahkim uygulaması da, ortakların şirketten bağımsız olarak kendi adlarına başvuru haklarını kabul etmektedirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, ICSID tahkimine başvuru yapan gerçek ya da tüzel kişinin “pay sahibi” olmasıdır. Davacının “yatırımcı” şirkette pay sahibi olmayıp, yatırımcıya belli alanlarda destek vermesi veya ortak iş yapmaları, davacıya, pay sahipliğinden doğan başvuru hakkını bahşetmez. Bu husus PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5) Kararında, The North American Coal Corporation şirketi açısından karara bağlanmıştır⁴⁷². Dava Amerika’da kurulu PSEG Global Inc. ile The North American Coal (NAC) şirketleri ve Türkiye’de kurulu olmakla birlikte çeşitli alt kuruluşları vasıtasıyla aslında PSEG’e ait olan Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketinin Merkeze başvurusuyla tahkim süreci başlamıştır⁴⁷³. Kararda, ev sahibi devlet, davacılarından

⁴⁷² PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 14.09.2011.

⁴⁷³ PSEG v. Türkiye Kararı s.4 vd.; 1984 yılında elektrik üretim tesislerinin yapım ve işletiminin özel şirketlerce gerçekleştirilmesine ve üretilen elektriğin devlete ait TEAŞ’a satılmasına olanak sağlayan 3096 sayılı kanunun çıkmasıyla, bu kanun kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle özel şirketler elektrik piyasasına girdi. Özel hukuk hükümlerine tabi Yap-İşlet-Devret (YİD) sözleşmesiyle, yatırımcıların bu sahada yatırım yapmaları ve izin süresi sonunda tesis ve sahanın mülkiyetini, ev sahibi devlete devretmeleri planlanmıştır. PSEG de Kasım 1995’te Bakanlığa başvurdu ve fizibilite araştırmasına ilişkin projesi Bakanlıkça onaylandı. Mart 1996’da ise, Danıştay, YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerine tabi olamayacağını, daha önceden olduğu gibi imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi gerektiğini bildirdi. Devlet Planlama Teşkilatının da projeyi onaylaması üzerine,

bir bölümü açısından, Merkezin kişi bakımından yetkisine itiraz etmiş⁴⁷⁴, hakem heyeti her bir şirket açısından, kişi bakımından yetkisini değerlendirmiştir. Hakem heyeti, paydaşlığın bir yatırım türü olduğunu ve paydaşların başvuru hakkını kabul etmekle birlikte, “paydaşlık” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğini NAC şirketi açısından araştırmıştır. NAC şirketinin, yatırımcı ile aralarındaki pay devri taahhüdünü içeren sözleşmenin, NAC şirketini şirkette pay sahibi yapmadığını tesbit eden hakem heyeti, proje şirketi NAC’ın başvurusunu kabul etmemiştir⁴⁷⁵.

Paydaşlığın yatırım sayılmasının sonucu olarak, ev sahibi devlet tarafından

Ağustos 1996’da uygulama anlaşması yapıldı. Daha sonra, bu sözleşmedeki esaslara dayalı bir imtiyaz sözleşmesi, Danıştay’ın incelemesine ve onayına sunuldu. Projenin madencilğe ilişkin teknik desteği için PSEG, North American Coal şirketiyle anlaşta. Yatırım ihtilaflarının çözüm mekanizmasıyla ilgili olarak, Uygulama Anlaşmasında ve imtiyaz sözleşmesinde ICSID tahkimi öngörülmüş; fakat Danıştayın incelemesi sonucu imtiyaz sözleşmesindeki ICSID şartının üstü çizilmişti. Son haliyle imtiyaz sözleşmesinde yetki şartı yer almamaktaydı. Uygulama Anlaşmasına göre, yatırımcı, gerektiğinde ek fizibilite çalışmaları ve maden projesinde değişiklik yapabilir. Yatırımcı da, toplamda 557 milyon Dolarlık ek bir fizibilite çalışması ve maden projesinde değişiklik yapmak istediğini Bakanlığa bildirdi. Değişikliklerle ilgili sözleşmede yer alan hükümlerin yorumu konusunda tarafların uzlaşmaması, yatırımcının değişikliklerin kabul edildiği konusunda tarafların uzlaştığını iddia edip, fizibilite çalışmalarına devam etmesi, fakat Bakanlığın bu değişiklikleri kabul etmediğini bildirmesi ve Hazine garantisinin de kabul edilmemesi sonucunda PSEG yaptığı masrafların ve kaybının tazmini için Merkeze başvuru yaptı.

⁴⁷⁴ PSEG v. Türkiye Yetki Kararı (Decision on Jurisdiction) s.47 vd., Ev sahibi devlet Türkiye’nin itirazları dört ana başlık altında toplanmıştır; a. ICSID Konvansiyonu ya da yatırım andlaşması kapsamında bir yatırım ve dolayısıyla bir yatırım ihtilafı sözkonusu değildir; b. Yatırımın varlığı kabul edilse bile, Türkiye yetkiye rıza göstermemiştir; c. Andlaşmada yer alan, önceden kararlaştırılmış uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvuru şartı gerçekleşmemiştir; d. North American Coal (NAC) şirketinin ve Proje şirketi Konya Ilgın’ın aktif husumet ehliyeti yoktur. Ev sahibi devlete göre, NAC şirketinin, tarafı olmadığı, Danıştayca onaylanan sözleşmeye göre herhangi bir hakkı yoktur. Ayrıca proje şirketinde de herhangi bir sermaye payı yoktur ve yatırım olarak nitelendirilen varlıklardan da hiçbirinin maliki değildir. Halihazırdaki davayla tek bağlantısı, PSEG ile aralarındaki 1 Ağustos 1998 tarihli, ileriki bir tarihte pay devri sözleşmesiyle NAC şirketine, proje şirketinin belli orandaki payını devretme konusunda uzlaştıkları mutabakat belgesidir. Davacıya göre, sözkonusu mutabakat belgesi, tarafların niyetlerinin açıkça yer aldığı geçerli ve bağlayıcı bir belgedir, New York hukukuna göre de, bu hususlar hisse devri için yeterlidir; NAC şirketi Proje şirketinde % 25’lik paya sahiptir. Proje şirketi ise, ABD-Türkiye yatırım andlaşmasında öngörülen Amerikan menşeli bir şirket değildir. Aynı andlaşmanın VI/(6) maddesine göre, Türkiye’de kurulu şirketin Amerikan vatandaşı gibi muamele görmesi için ihtilafa sebebiyet veren olaydan önce kurulmuş olması gerekir. Proje şirketi ise, ihtilaftan iki sene sonra Ağustos 1999’da kurulmuştur.

⁴⁷⁵ PSEG v. Türkiye Yetki Kararı (Decision on Jurisdiction) s.18 vd., NAC şirketi, projenin başlangıcından beri, PSEG’e projenin madencilik yönü itibarıyla destek vermiştir ve maden planlarının hazırlanmasında etkin olarak yardımcı olmuş; fakat hiçbir zaman ev sahibi devletin muhatabı olmamıştır. Ev sahibi devlet ile akdedilen sözleşmelerde de imzası bulunmamaktadır. Hakem heyetine göre, NAC şirketi en iyi ihtimalle, maden işletmesi bakımından yatırımcının teknik işletmecisidir. Şirkette pawnsahipliği sıfatına gelince; projenin belirli ortaklık yapısında, sözleşmenin ve andlaşmanın amaçları ve tahkime verilen rıza bakımından, PSEG ve proje şirketi Konya Ilgın, Türk Devletinin muhatabıdır.

yapılabilecek bir itiraz, zarara uğrayan şirket ve dolayısıyla şirket paydaşlarının paralel yargılama süreçlerini başlatma olasılığı⁴⁷⁶ ve böylelikle aynı hukuki uyumsuzluğa dayalı olarak ev sahibi devletin birden fazla hukuki sürecin tarafı olması ihtimalidir⁴⁷⁷. Yerel şirketin, yabancı paydaşlarından önce ev sahibi devlet

⁴⁷⁶ Ev sahibi devletin bu yöndeki itirazı yersiz değildir; nitekim uluslararası tahkim hukukunda, aynı yatırım uyumsuzluğu hakkında, paralel tahkim süreçlerine rastlanmıştır. CME v. Czech Republic ve Lauder v. Czech Republic UNCITRAL tahkimleri (13.10.2001 t. Kısmi Karar, www.italaw.com, E.T: 13.01.2012) ve Lauder v. Czech Republic ICC tahkimidir (03.10.2001 t. Karar, www.italaw.com, E.T: 13.01.2012). 1999 yılında CME, Zelezny'e karşı CME ve Zelezny arasındaki anlaşmada yer alan yetki klozu gereğince ICC'de dava açtı. Aynı sene Lauder, Çek Cumhuriyetine karşı ABD – Çek Cumhuriyeti yatırım anlaşmasının ihlal edildiği gerekçesiyle UNCITRAL tahkimine başvurdu. 2000 yılında da Hollandalı alt firma CME Czech republic Hollanda – Çek Cumhuriyeti yatırım anlaşmasının ihlal edildiği gerekçesiyle UNCITRAL tahkimine başvurdu. CME v. The Czech Republic UNCITRAL tahkiminde davacının aktif husumet ehliyeti tartışılmıştır. Hollandalı CME firması, Çek Cumhuriyetinde kurulu Česká Nezávislá Televizní Společnost, spol. s r.o. (CNTS) ünvanlı televizyon hizmetleri şirketinin % 99 sermayedarıdır. Lauder v. The Czech Republic davasında da, davalı diğer itirazları yanında, davacının CNTS'deki hisselerin maliki olduğunu ve kontrol hisselerinin kendinde olduğunu ispat edemediği gerekçesiyle hakem heyetinin yetkisiz olduğunu iddia etmiştir. Her iki davada da hakem heyeti, davacının bu yöndeki yetki itirazının reddine, davacının yatırımının kendisine CNTS'de pay sahipliği bahşettiğine; dolayısıyla Andlaşma Madde 1 (a) (ii) anlamında yatırım olduğuna karar vermiştir. Her iki kararda da davalının itirazlarının ağırlık noktası yatırımcı kimliği noktasında toplanmamıştır; davalının itirazının belkemiğini ihtilafın CME ya da Lauder ile Vladimir Zelezny arasında kişisel bir ihtilaf olduğu; Çek devletiyle ilgisi olmadığı oluşturmaktadır. Devletler Hukuku ve Uluslararası tahkim hukuku uygulamasında derdestlik itirazının kabul edilmemesi nedeniyle, aynı ihtilaf hakkında birbirine zıt iki hüküm verilmiştir. Birinde yatırımcının haklarının kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşmaya aykırı olarak ihlal edildiğine; diğerinde ise Çek devletinin tutumunun anlaşma ihlali olmadığına karar verilmiştir. Bu davalar, hem paydaş şirketin esas sahibinin, hem de paydaş şirketin yatırımcı kabul edilerek yatırımcı kimliğinin kapsamının geniş tutulmasının yol açabileceği sonuçları göstermesi bakımından önemlidir.

⁴⁷⁷ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, 17, *ICSID Review – F.I.L.J* 395 (2002), s. 5 vd. Davada ev sahibi devlet paydaşların dolaylı zararlarından sebep başvuru hakkına itiraz etmiştir. Alex Genin ve diğerleri v. Estonya davasında, davacılar Amerikan vatandaşı Alex Genin, Alex Genin'e ait Texas'ta kurulu Amerikan şirketi Eastern Credit Ltd. Inc. ve hisselerinin tamamı Eastern Credit Ltd. Inc. şirketine ait Estonya şirketi A.S. Baltoil idi . Bu üç şirket, Estonya kanunlarına göre kurulu Estonian Innovation Bank'ın hissedarlarıydılar. Uyuşmazlık nedeni olarak çeşitli olaylar ileri sürülse de, ihtilafın ana nedeni Estonia Innovation Bank'ın lisansının iptal edilmesi ve davacının sözkonusu kuruluştaki payının yatırım oluşturup oluşturmadığıydı. Buna göre; “Madde VI'ye göre EIB Amerikan vatandaşı ya da şirketi sayıldığından, sözkonusu şirketin Estonya adli ve idari makamlarına başvurusu, ana şirketlerinin ICSID tahkimine başvurularına engeldir. Ana şirketlerin ICSID başvurularına izin vermek ve Estonya'da kurulu diğer şirket hakkında yerel makamlardaki hukuki sürecin devam etmesi, aynı ihtilaf hakkında iki paralel hukuki sürecin ve farklı kararların ortaya çıkmasına da neden olacaktır.” Estonya, yabancı yatırımcının EIB olduğunu, Estonya'da hukuki süreci başlatarak ihtilafın çözümünü mekanizmasını seçtiğini; dolayısıyla ana şirketlerin, hem yabancı yatırımcı sayılmadığı hem de sözkonusu şirketlerin ICSID başvurularının kabulünün aynı ihtilaf hakkında iki paralel süreç ortaya çıkaracağını savunmuştur. Estonya'nın savunmasını destekleyen akademik çevreden bir görüş “halihazırdaki davacılar ile EIB şirketinin ortak hareket ettiklerini, paydaşlardan birinin yaptığı talebin diğer paydaşlar ve şirket hakkında hüküm ifade edeceğini, dolayısıyla EIB'nin yaptığı

makamlarına yapacağı başvuru, yabancı paydaşların başvuru hakkı önünde bir engel teşkil eder mi? Öncelikle, yerel şirket ile yabancı paydaşların zararının dayandığı vakanın hukuki niteliğine bakmak gerekir. Yabancı paydaşların faaliyetleri, devletlerarası iki ya da çok taraflı andlaşmalarda ya da ev sahibi devletin iç hukuk mevzuatında yatırım olarak nitelendirilebilirse de, bu husus mutlaka, yerel şirketin faaliyetlerinin de yatırım olarak nitelendirilebileceği sonucunu ortaya çıkarmaz. O halde, paydaşın zararı bir yatırım uyuşmazlığından kaynaklansa da; yerel şirketin faaliyetleri yatırım olarak nitelendirilemiyorsa, zararın dayandığı vaka bir yatırım ihtilafı olarak değerlendirilemez⁴⁷⁸. Dolayısıyla yerel şirket ile yabancı paydaşların talepleri, farklı hukuki nedenlere dayanabilir.

ICSID hakem heyetlerinde, paydaşın başvuru hakkı konusunda ortaya çıkabilecek bir diğer sorun, paydaşın başvuru hakkının kapsamıdır. Paydaşın başvuru hakkının kapsamı, şirketin uğradığı zararın bütünü değildir. Paydaş ancak, şirketteki payı oranında tazminat talep edebilir. Pay dolayısıyla, mahrum kalınan kârdan ziyade, payın değeri tazminat miktarına esas teşkil eder⁴⁷⁹.

başvuruyla mahkeme seçiminin gerçekleşmiş olduğunu, paydaşların İkili Yatırım Andlaşması kapsamında ICSID'e başvuramayacağını" savunmuştur.

⁴⁷⁸ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, 17, *ICSID Review – F.I.L.J* 395 (2002), s. 74 vd. Hakem heyeti, EIB'nin Estonya makamlarına başvurusu ile halihazırdaki davacıların ICSID'e başvurularının hukuksal nedenlerinin özdeş olup olmadığını, EIB ile davacıların eylemlerinin birbirlerine atfedilip atfedilemeyeceğini incelemiştir. Hakem heyetine göre, EIB'nin lisansının iptaline yönelik başlattığı hukuki süreç bankanın paydaşlarını, alacaklılarını, borçlularını, çalışanlarını ilgilendiriyordu, çünkü sırf paydaşlar değil; sayılanların hepsi banka lisansının iptal edilmesinden doğan zararlara maruz kalmışlardı. Ancak sözkonusu hukuki süreçte sayılan kişiler davacı sıfatını haiz olmadığı gibi, paydaşlar da bu sıfatı haiz değildi. Bunun dışında, lisans iptaline yönelik olarak EIB'nin başvurabileceği Estonya makamları dışında bir makam yoktu; dolayısıyla yatırım andlaşması anlamında bir mahkeme seçimi de sözkonusu değildir. ICSID tahkiminde öne sürülen yatırım ihtilafı ise sadece paydaşların yatırım ihtilafından doğan zararlarına ilişkindir. Estonya makamlarındaki hukuki süreçteki bazı olaylar halihazırdaki davaya temel teşkil etse de, ev sahibi ülkedeki sürecin bütünü yatırım ihtilafını oluşturmaz; bu nedenle de davacı paydaşların Merkezdeki dava haklarının düştüğü söylenemez. Sonuçta mahkeme ev sahibi devletin yetkiye ilişkin itirazlarını reddetmiştir.

⁴⁷⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire*, <http://icsid.worldbank.org/>, E.T: 12.09.2011, *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Sri Lanka* davasında, Hong Kong'ta kurulu davacı şirket 1983 yılında Sri Lanka kanunlarına göre kurulu yerel Serendib Seafoods Ltd şirketinin % 48.2'sine ortaktı. Serendib şirketi karides yetiştirmek ve ihraç etmek üzere kurulmuş bir joint venture şirketi idi. Serendip firmasının henüz daha iki sevkiyat yaptığı 1987 yılında, Sri Lanka ile Tamil terör örgütü / gerillaları arasında başlayan çatışmalar ve devletin, davacı şirketin fabrikasını koruyamaması sonucu, fabrika ve bulunduğu bölge büyük zarar görmüştü.. Bu şekilde AAPL'nin yatırımı da boşa gitmiş ve zarar etmiştir. AAPL 1987 yılında Sri Lanka – Birleşik Krallık İkili Yatırım Andlaşmasına dayanarak "tam koruma

Yerel şirketin paydaşlarından ayrı hukuki kişiliği olmasına rağmen, yabancı paydaşların, şirketin neredeyse tamamına ortak olmaları, yerel şirket ile yabancı paydaşların ayırt edilememeleri sonucunu doğurmuş; yerel şirket ile yabancı paydaşlar birbirlerine özdeş görülmüş ve paydaşlar açısından da, Merkezin kişi bakımından yetkisi kabul edilmiştir⁴⁸⁰.

ICSID hakem heyeti kararlarında yer alan, yerel şirketlerdeki yabancı ortakların başvuru haklarına ilişkin karar incelemeleri⁴⁸¹, ev sahibi devletlerin

ve güvenlik” esasına göre, silahlı çatışmalar veya ayaklanmalar sonucu yatırımın boşa gitmesinden ötürü uğradığı zararların ve elde edemediği karın telafisini istemiştir. Dikkat edilecek olursa AAPL şirketi, Hong Kong'ta kurulu bir şirket olmasına rağmen, İngiltere – Sri Lanka arasındaki yatırım anlaşmasına dayanmıştır. Bunun nedeni, Sri Lanka'nın, anlaşmanın yürürlüğe girmesinden bir ay sonra, İngiltere ile Sri Lanka arasında anlaşmanın Hong Kong'a da teşmil edilmesine ilişkin diplomatik nota teatisi sonucu, anlaşmaya Hong Kong'u da dahil etmesidir. Böylece Hong Kong'ta kurulu şirketler de sözkonusu İkili Yatırım Anlaşmasına dahil edilmişlerdir. Mahkeme AAPL'nin bu talebini reddetmiş ve yatırım anlaşmasında tazminatın hangi esasa göre hesaplanacağı açıkça yer almadığından, ziyana uğrayan yatırımın tamamının tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, AAPL'nin yatırımının değeri, AAPL'nin Serendib şirketindeki hissesinin ederi kadardır. Yatırımın tam değeri, mahkemeye göre, karides çiftliğinin tahrip edilmesinden önce AAPL'nin payına “hevesli bir alıcının” teklif edeceği makul fiyattır. Kararın bütününe bakıldığında, taraflar arasında mahkemenin kişi bakımından yetkisine ilişkin bir tartışma olmadığı ve ev sahibi devletin de Mahkemenin kişi bakımından yetkisine ilişkin bir itirazda bulunmadığı söylenebilir. Bu durumda mahkeme, AAPL'nin yerel şirketteki paydaşlık konumunun yabancı yatırımcı olması ve dolayısıyla ICSID tahkiminde davacı olmasını etkilemeyeceği; bu durumun sadece tazminat miktarına etki edeceği görüşündedir.

⁴⁸⁰ Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> s. 496 vd., Antoine Goetz ve diğerleri, Burundi Cumhuriyetinde AFFIMET adında yeni bir şirket kurarak yatırım yapmış Belçikalı yatırımcılardır. Adı geçen şirket bir limited şirket olup, 1000 hissesinin 1 hisse dışında tamamı altı tane Belçika vatandaşına aittir. Davacılar ICSID'e başvurularını şirket değil; ortaklar adına 13.04.1989 tarihli Belçika – Lüksemburg Ekonomik Birliği ve Burundi Cumhuriyeti arasındaki Devletlerarası İkili Yatırım Anlaşmasının Kamulaştırma Yasağına ilişkin olan 8. maddesine dayanmıştır. Burundi Cumhuriyeti, Belçikalı yatırımcıları, Burundi'de değerli madenlerin üretimi ve ihracatına münhasır şirket kurmaları karşılığında vergi ve gümrük muafiyeti sağlama taahhüdü vermiştir. Ancak daha sonra, ev sahibi devlet, taahhüdünü yerine getirmemiş ve bunun üzerine Belçikalı ortaklar tahkime başvurmuştur. Hakem heyeti Burundi'nin faaliyetlerini kamulaştırmaya eşdeğerde bulmuş ve taraflar arasında tazminat ödenmesine ilişkin bir anlaşma yapılmıştır. Ev sahibi devlet, kişi bakımından yetkiye ilişkin bir itirazda bulunmamıştır. Belki de bu yüzden hakem heyeti, şirket ortaklarının ICSID'e başvurma haklarının olup olmadığına ilişkin derinlemesine bir inceleme yapmamıştır. Hakem heyeti sadece, ev sahibi devletin şirkete yönelik faaliyetlerinin aynı zamanda “gerçek yatırımcılar” olan paydaşlara da yöneltildiğini; bu nedenle paydaşların da aktif husumet ehliyeti olduğunu belirtmiştir.

⁴⁸¹ Yerel Şirketlerdeki yabancı ortakların başvuru haklarına ilişkin kararlara örnek olarak şu kararlar da sayılabilir: **Enron** Creditors Recovery Corporation (formerly **Enron** Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3) <http://www.asil.org/ilib/Enron>, E.T: 16.04.2012, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/2), LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E

itirazlarını ve hakem heyetlerinin genel tutumlarını yansıtmaktadır. Sadece ICSID Kararlarında değil, diğer tahkim merkezlerindeki eğilim de bu yöndedir⁴⁸².

Yeni kararlardan biri olması sebebiyle, Stockholm Ticaret Odası Tahkiminde Yury Bogdanov v. Moldovya (114/2009) davasını örnek olarak verebiliriz. Burada da davalı ev sahibi devlet, yerel şirketteki yabancı ortağın başvurusuna ilişkin olarak benzer taleplerde bulunmuş ve hakem de şu şekilde karar vermiştir: “*Şirket paydaşlığının, korunmaya layık bir yatırım çeşidi olduğu genel olarak kabul edilmiştir. Zarara uğrayan şirket, ilgili andlaşmaya göre vatandaşlık kriterlerini sağlamasa bile, paydaşın bu kriterleri sağlaması halinde başvuru hakkı kabul edilmelidir. Dolayısıyla şirkete verilen zarar dolayısıyla zarar gören yatırımcının, andlaşma korumasından yararlanmaya hakkı vardır*⁴⁸³.”

F. AZINLIK – ÇOĞUNLUK PAYDAŞLIĞININ PAYSAHIPLİĞİNİN YATIRIM SAYILMASINA ETKİSİ

Paysahipliğinin yatırım sayılması hususunda, azınlık ve çoğunluk paysahipliği ayrımı yoktur. Azınlık veya çoğunluk pay sahibi olsun olmasın, paysahiplerinin ICSID tahkimine başvuru hakkı öğretide⁴⁸⁴ ve ICSID hakem heyeti kararlarında kabul edilmiş⁴⁸⁵; ev sahibi devletin, azınlık paydaşlarının, sadece

International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1).

482 Paydaşların başvuru hakkı, başvuru hakkının niteliği, doğrudan – dolaylı paydaşlık ayrımları hakkında bir inceleme için bakınız: *BENTOLILA, D., Shareholder's Action to claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration, Trade, Law & Development, Vol: 2 No. 1, 2010, Jodhpur, <http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/viewFile/2%281%29%20TL%26D%2087%20%282010%29/44>*.

483 Yury Bogdanov v. Republic of Moldova SCC Arbitration No. V (114/2009).

484 Schreuer, C., Shareholder Protection, s. 608; Stanimir, A., agm, s. 28.

485 CMS Gas Transmission Company v. Arjantin Cumhuriyeti, ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.07. 2003, 42 ILM 788 (2003); Lanco International Inc. v. Argentine Republic ICSID Case No: ARB/97/6, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf e.t: 27.08.2012. Lanco v. Arjantin tahkimindeki hakem heyeti, kişi bakımından yetkiye ilişkin itirazları, iki başlık altında incelemiştir; birincisi DİYA hükümlerine göre Merkezin kişi bakımından yetkisi, ikincisi ise, İmtiyaz sözleşmesine göre Merkezin kişi bakımından yetkisidir. Hakem heyetine göre, yetki, her ikisine dayanılarak da tesis edilebilir. Lanco davasında hakem heyeti şu tesbitleri yapmıştır: “*Arjantin – ABD Andlaşmasındaki yatırım tanımı çok geniştir ve çeşitli anlamlara müsaittir. Örneğin paydaşlık bakımından, andlaşma, yatırımcının sermayede kontrol sahibi olması veya çoğunluk paydaşı olması gerekliliği aramamaktadır. Bu nedenle Lanco'nun, lisans sahibi şirkette % 18.3'lük paya sahip olması, Arjantin – ABD Andlaşmasına göre yabancı yatırımcı sayılmasını sonucunu doğurur.*”

paydaşlara yönelik faaliyetler sonucu oluşan doğrudan zararlarına dayalı başvuru hakları olduğu; ev sahibi devletin, şirkete yönelik faaliyetleri sonucu oluşan dolaylı zararlar nedeniyle, şirketten bağımsız başvuru hakları olmadığına yönelik itirazları kabul edilmemiştir⁴⁸⁶.

American Manufacturing & Trading Inc (kısaca AMT) v. Zaire davasında⁴⁸⁷,

⁴⁸⁶ CMS Gas Transmission Company v. Arjantin Cumhuriyeti, ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.07. 2003, 42 ILM 788 (2003), s. 15 vd., 1989 yılının başlarında, Arjantin Devleti, devlete ait şirketlerin ve diğer ekonomik faaliyetlerin özelleştirilmesi, aynı zamanda Arjantin pesosunun Amerikan doları önündeki değerinin artması için geniş bir program hazırlamıştı. Gaz sektörünün yeniden teşkilatlanması için, Gaz Kanunu, Gaz yönergesi, Örnek Lisans vs belgeler hazırlanmış ve kanunlaşmıştı. Bu hukuki çerçeve içerisinde, Arjantin'de kurulu ve devletin de pay sahibi olduğu Transportadora de Gas del Norte (TGN) şirketi, 1992 yılında gaz dağıtım lisansı aldı. Bu arada da, özelleştirme kapsamında, TGN şirketindeki devlet hisseleri ihaleye çıktı ve CMS, TGN'deki % 25'lik hisseye denk gelen devlet payının tamamını satın aldı. 2001'de ekonomik krizin patlak vermesiyle, ev sahibi devletin aldığı bazı tedbirler yüzünden, CMS yatırımının zarara uğradığı gerekçesiyle ICSID nezdinde tahkim sürecini başlatmıştır. Arjantin aldığı tedbirlerin davacının yatırımına yönelik olmadığı, genel ekonomik tedbirler olduğu itirazı başta olmak üzere Merkezin konu ve kişi bakımından yetkisine itirazda bulunmuştur. Ev sahibi devlete göre, davacı CMS lisans sahibi değildir. Eğer uğranılan bir zarar varsa, bunu dava etmeye, TGN'de azınlık pay sahibi CMS değil, lisans sahibi sıfatıyla TGN yetkilidir. TGN de bir Arjantin şirketi olduğundan, ne TGN Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasına göre yabancı yatırımcı ne de Gaz Dağıtım Lisansı yabancı yatırımdır. CMS, TGN şirketine yönelik faaliyetler dolayısıyla, yani azınlık pay sahipliğine ilişkin dolaylı zararları nedeniyle tahkime başvurmuştur. Arjantin'in kişi bakımından yetkiye ilişkin itirazları iki yönlüdür: (1) CMS azınlık paydaşdır, azınlık paydaşı olarak şirketten bağımsız dava açma hakkı yoktur. (2) CMS, TGN'nin hakları için ve kendi yatırımıyla bağlantılı olarak tahkime başvurmuştur. CMS, Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasına göre yabancı yatırımcıdır ve paydaşlığı da bu andlaşma kapsamında korunan bir yabancı yatırımdır, bu nedenle TGN'den ayrı olarak başvuru hakkı vardır. Fakat bu dava hakkı, doğrudan DİYA hükümlerinden kaynaklanmaktadır ve TGN şirketinin Lisans sözleşmesinden doğan herhangi bir sözleşmesel hakkından bağımsızdır. DİYA'dan kaynaklanan davalar da, dolaylı değil; doğrudandır. Andlaşma koruması altındaki yatırımcının imtiyaz veya lisans sözleşmesinin tarafı olup olmamasının yetki tesisinde önemi olmadığını belirten hakem heyeti, DİYA'daki hükümlere dayanılarak yetki tesis edilebileceği sonucuna varmıştır.

⁴⁸⁷ American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Republic of Zaire, ICSID ARB/93/1, 21.02.1997 T. Karar, 36 International Legal Materials (1997) s. 1543 vd., <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>, s. 17 vd; Delaware eyaletinde kurulu Amerikan AMT şirketi, Zaire şirketi SINZA'nın çoğunluk paydaşydı. 1991 yılında, Zaire silahlı birlikleri ürünlere, hammaddelere ve değeri olan ürünlere el koydular, fabrikayı yağmalayıp tahrip ettiler. SINZA'nın malvarlığına yönelik ikinci yağma 1993 yılında meydana geldi. Bunun üzerine AMT, Zaire aleyhine, Amerika-Zaire arasındaki yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin andlaşmada yer alan yükümlülüklerine uymadığı gerekçesiyle ICSID tahkimine başvurdu. Zaire AMT'nin iddialarında yer alan vakaları inkar etmemekte ancak AMT'nin tazminat taleplerine, davanın doğrudan yatırımdan kaynaklanan hukuki bir ihtilafa ilişkin olmadığı, davacının ICSID'e başvuru hakkına sahip olmadığı, AMT ile Zaire arasında Merkez tahkimine rızanın yer aldığı bir anlaşma olmadığı gerekçeleriyle Merkezin yetkisine itiraz etmiştir. Davalıya göre, yatırımcı SINZA bir Zaire şirkettir ve Zaire ile ABD arasındaki andlaşma kapsamı dışındadır. Bu durumda halihazırdaki dava, devlet ile devletin kendi vatandaşı şirket arasındadır ve kesinlikle Konvansiyonun uygulama alanına giremez.

ev sahibi devlet tabiiyetindeki SINZA şirketinin çoğunluk paydaşı durumundaki AMT şirketinin, Merkez tahkimine başvuru hakkı tartışılmıştı. Hakem heyeti, ev sahibi devletin, yerel şirketteki yabancı ortak konumundaki AMT ile aralarında ICSID tahkim klotunu içeren bir sözleşme olmadığı; tahkim anlaşmasının yerel şirket ile ev sahibi devlet arasında olduğu; dolayısıyla, AMT'nin ICSID Konvansiyonu kapsamında başvuru hakkı olmadığına ilişkin, kişi bakımından yetkiye yönelik itirazlarının reddetmiştir. Hakem heyetine göre, AMT bir Amerikan şirkettir; dolayısıyla bir Amerikan şirketinin yatırımı sözkonusudur; bu nedenle davacı, Amerika ile Zaire arasındaki yatırımların korunması ve teşvikine dair andlaşmadan istifade edebilir⁴⁸⁸. Hakem heyeti kararında, şirketin, paydaşlarından ayrı tüzel kişi bulunmasını, paydaşın başvuru hakkı konusunda bir engel olarak görmemiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin tartışmalara da girmemiştir. Hakem heyeti, paydaşın Amerikan tabiiyetinde olmasını, ABD ile Zaire arasındaki yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin devletlerarası andlaşmanın uygulanması için yeterli bulmuştur.

Şirketin kontrolüne sahip ortağın, yatırımcı sıfatına sahip olduğu; dolayısıyla, Merkeze başvuru yapma hakkını haiz olan ortağın, kontrolü elinde tutan ortak olduğu, zamanında bazı Merkez kararlarında yer alsa da, uygulamada azınlık pay sahiplerinin de yatırımcı sıfatını haiz olduğu ve Merkeze başvuru yapabileceği kabul edilmektedir. Azurix v. Argentine kararında Merkez, davacı yatırımcının kontrolü elinde tutması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸⁹. Ancak bu eğilim diğer ICSID kararlarında

Zaire'nin AMT'nin "diğer devlet vatandaşı" olduğu konusunda bir itirazı yoktur, itirazı yatırımcının AMT değil; SINZA şirketi olduğu ve AMT'nin de SINZA adına hareket edemeyeceği; sonuç olarak ihtilafın AMT ile Zaire arasında değil; SINZA ile Zaire arasında olduğu ve de ihtilafın Zaire hukukundaki sürece uygun olarak çözümlenmesi noktasındadır.

⁴⁸⁸ AMT v. Zaire Kararı, s. 17 vd; SINZA'nın % 94'ünün AMT'ye ait olduğu ve AMT'nin de Amerika'da kurulu, paylarının da % 55'i Amerikalılara ait ve Amerikalı paydaşlar tarafından kontrol edilen bir Amerikan şirketi olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Bu suretle, andlaşmanın oldukça açık hükümleri karşısında, SINZA, AMT'nin yatırımı olarak değerlendirilmelidir. AMT'nin SINZA adına hareket edip edemeyeceği müzakere konusu değildir. AMT kendi adına ve Zaire'de yatırım yapan bir Amerikan şirketi sıfatıyla hareket etmektedir. Bu durumda ihtilaf, bir devletin vatandaşı ile o vatandaşın yatırımlarını kendi ülkesinde kabul eden başka devlet arasındadır. Bu nedenle de Zaire'nin bu yöndeki itirazının reddi gerekir.

⁴⁸⁹ Schreuer, C., Shareholder Protection, s. 608; Azurix Corp. V. Argentine Republic, 08.12.2003 t. Yetki Kararı, 43 International Legal Materials (2004), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 14.01.2012, s. 35. Arjantin'in Buenos Aires bölgesindeki, su ve kanalizasyon işlerinin özelleştirilmesi için düzenlenen ihaleyi kazanan davacı Azurix'in dolaylı yoldan çoğunluk paydaşı olduğu Azurix Agosba S.R.L ve Operadora de Buenos Aires S.R.L, Azurix Buenos Aires S.A şirketleri ile Buenos Aires bölgesi arasında bir imtiyaz sözleşmesi akdedildi. Hakem heyeti, imtiyaz sözleşmesinin tarafı şirketler paylarının çoğunluğunun, dolaylı olarak

benimsenmemiştir. Gerçekten devletlerarası ikili yatırım andlaşmalarında, paydaşlık bir yatırım olarak kabul edilmekte, paydaşlığın türleri arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu husus en iyi Vivendi İptal Kararında açıklanmıştır. Bu karara göre azınlık paysahipliği yatırımcı ve davacı sıfatına engel değildir; azınlık paydaşlığı sadece tazminatın miktarının belirlenmesinde etkilidir.

Azınlık paydaşlarının, yatırım andlaşmasına dayalı başvuru hakkı, Lanco v. Arjantin ICSID kararında açık olarak tanınmıştır. Lanco v. Arjantin davasında, Amerikalı yatırımcı Lanco International Inc., Arjantin'e karşı Arjantin – Amerika Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşması hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştı. Davacı şirket, Buenos Aires'teki imtiyaz sahibi yatırımcı şirkette % 18.3'lük paya sahipti. Lanco davasında hakem heyeti, andlaşmada yer alan yatırım teriminin, azınlık payları da dahil şirkete tüm katılımları içine alacak denli geniş kapsamlı olduğu sonucuna vardı. Heyete göre; “Arjantin-Amerika Andlaşmasında, sermayedar ortağın şirket yönetiminde kontrole sahip olması veya çoğunluk paya sahip olması gibi bir emare yoktur. Bu durumda Lanco'nun % 18.3'lük paya sahip olması tahkime başvurusuna engel değildir.” . Başka ICSID kararları da Lanco kararındaki eğilimi takip etmiştir. AAPL v. Sri Lanka, AMT v. Zaire, Goetz v. Burundi, Maffezini v. Spain ve Genin v. Estonia davalarında da eğilim bu yöndedir.

ICSID hakem heyetlerinin yaklaşımı, kanaatimizce, yerinde bir yaklaşımdır. Gerçekten de, azınlık – çoğunluk paydaşlığının ICSID tahkimine başvuru hakkı kapsamında bir farkı olmaması gerekir. Çünkü hisselerin miktarı, azınlık paysahibinin de “paydaş” olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu durumda, azınlık ve çoğunluk paydaşlık arasında miktar / nicelik bakımından bir fark vardır; yoksa nitelik bakımından bir fark olmaması gerekir. Bu nedenle de, azınlık ve çoğunluk paydaşların başvurusu noktasındaki yegane fark, başvuruda talep edilebilecek tazminatın miktarı konusunda olabilir.

Azurix'e ait olduğunu ve adı geçen şirketlerin davacı Azurix tarafından kontrol edildiğini vurgulamıştır.

G. DOLAYLI PAYDAŞLIK

Dolaylı paydaşlık, bir gerçek ya da tüzel kişinin, yerel şirkette doğrudan pay sahibi olmaması; paysahibi olduğu başka bir şirketin söz konusu şirkette pay sahibi olmasıdır. Bu durumda, sözkonusu gerçek ya da tüzel kişi, zarar gören şirkette doğrudan paydaş değildir; yani davacının sahibi olduğu diğer bir şirket zarar gören şirkette paydaş konumundadır. Başka bir anlatımla, yatırımcı A'nın sahip olduğu B şirketi C şirketinde hissedarsa, C şirketinin uğradığı zarar nedeniyle yatırımcı A, C şirketinin kurulu olduğu ev sahibi devlete karşı dava açabilir mi? Dolaylı paydaşlık konusundaki ilkeler açısından bir fark yaratmamakla birlikte, bu durum aşağıdaki şekillerde ortaya çıkabilir:

1. YATIRIMCININ KAYNAK DEVLETİNDEKİ ŞİRKET VASITASIYLA PAYDAŞLIĞI

Yatırımcının kaynak devletteki şirket vasıtasıyla paydaşlığı başlığından anlaşılması gereken, ev sahibi devlet dışında kurulu bir şirketin, ev sahibi devlet tabiiyetindeki yatırımcı şirkete bizzat veya alt kuruluşları aracılığıyla paydaş olması ya da paydaş olmasa bile kontrolünde olmasıdır⁴⁹⁰. Hakem heyetleri, dolaylı

⁴⁹⁰ SCHREUER, C., Shareholder Protection, s. 610. ICSID CASE No. ARB/01/12 AZURIX CORP. v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, <http://icsid.worldbank.org> E.T: 14.01.2012; 1996 yılında, içme suyu ve kanalizasyon alanında hizmet veren kontrolü ve hisseleri Buenos Aires eyaletine ait olan AGOSBA'nın özelleştirilmesine karar verildi. Bu nedenle Buenos Aires eyaleti, AGOSBA tarafından yürütülen kanalizasyon hizmetinin özelleştirilmesi amacıyla bir çerçeve kanun çıkarttı. Buna göre, eyaletin su ve kanalizasyon işleri, Organismo Regulador de Aguas Bonaerense (ORAB) tarafından düzenlenecek ve denetlenecek bir firmaya imtiyaz suretiyle verilecekti. Kanuna göre, imtiyaz sahibinin Arjantin'de kurulu bir şirket olması gerekiyordu. ORAB tarafından yapılan ihaleye Azurix şirketler grubu tarafından bu amaç için kurulan iki şirket, Azurix AGOSBA S.R.L. (AAS) ve Operadora de Buenos Aires S.R.L. (OBA) teklif verdi ve bu şirketler ihaleyi kazandı. AAS ve OBA Azurix'in dolaylı yoldan alt şirketleriydiler. AAS Arjantin'de kurulu ve % 0.1 payı Azurix, % 99.9 payı Delaware'de kurulu Azurix Argentina Holdings Inc., son şirketin % 100 payı da Azurix'e aittir. Arjantin'de kurulu OBA'nın hisselerinin %100'ü, Cayman Adalarında kurulu Azurix Agosba Limited şirketine de aittir, ki bu şirketin de % 100 hissesi Azurix'e aittir. Dolayısıyla OBA ve AAS şirketleri nihai olarak Azurix'e aittir. OBA ve AAS şirketlerinin ihaleyi kazanmasından sonra, sözkonusu şirketler, imtiyaz sahibi olarak faaliyette bulunmak üzere ABA şirketini kurdular. Olay, tamamen davacının aktif husumet ehliyetine ilişkindir. Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/81/1, <http://icsid.worldbank.org>, ET: 23.06.2011; Davacılar Amerikan şirketleri Amco Asia Corporation ve Pan American Ltd ile Amco Asia'nın alt kuruluşu Endonezya kanunlarına göre kurulu PT Amco Indonesia idi. Şirketler ile Endonezya arasında, otel

paydaşlık hallerinde, paydaşın başvuru hakkını kabul etmektedir. Ev sahibi devlet, dolaylı paydaşın başvuru hakkına ilişkin, devletlerarası iki ya da çok taraflı anlaşmalarda sınırlamalar getirebilir; ancak böyle bir sınırlama yoksa, ev sahibi devletin, dolaylı paydaş ile yatırımcı şirket arasında doğrudan bir bağ olmadığı itirazları⁴⁹¹ reddedilir⁴⁹². Davalarda, başvuranın gerçek ya da tüzel kişi paydaş

yapım ve işletilmesine ilişkin 1968 tarihli 30 sene süreli bir imtiyaz sözleşmesi vardı. Ancak 1980 yılında Endonezya hükümeti, otelin kendi vatandaşı ve orduyla da bağlantılı, PT Wisma ünvanlı şirketinin haklarını koruma gerekçesiyle, askeri birliklerle birlikte otele el koydu ve hukuka aykırı olarak otel lisansı iptal edildi. Bunun üzerine 1981 yılında adı geçen şirketler Endonezya devleti aleyhine Merkez tahkimine başvurdular. Amco v. Endonezya İptal Kararı özellikle “kesin hüküm” kavramına ilişkin tartışmaları içeren ve de ICSID tarihinde ilk iptal prosedürüne başvurulmuş kararlarından biri olması bakımından önemli bir karardır. Endonezya ile yatırımcı arasındaki ICSID şartını içeren sözleşmede Amco Asian Corp. şirketinin açık bir rızası yer almamaktaydı. Endonezya da PT Amco şirketinin yabancı kontrol sebebiyle yabancı yatırımcı sayılacağına ilişkin aralarında sözleşme olduğu; fakat Amco Asian ile aralarında böyle bir sözleşme olmadığı, dolayısıyla Amco Asian şirketinin yatırımcı olarak kabul edilemeyeceğini iddia etti. Heyete göre; “*Yabancı yatırımcı, Amco Asia şirkettir, PT Amco, Amco Asia şirketinin yatırımlarının gerçekleştirilmesi için bir araçtır. Tahkim şartının amacı, yatırımcıyı korumaktır. Amco Asia'nın bu şarttan yararlanma hakkı reddedilirse, yabancı yatırımcı nasıl korunacaktır? Dahası Mahkeme, kontrol edilen şirket PT Amco hakkında yetkili olduğuna karar vermişken, kontrol eden şirket Amco Asia hakkında yetkisizlik kararı vermesi mantıksızdır.*” Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, E.T: 12.09.2011, s. 52 vd. Davacı şirket ile davalı arasında ihtilaf konusu olay, Ağustos 1996'da davalı Arjantin Devletinin özelleştirme politikaları doğrultusunda, göçmen kontrolü ve kişisel kimlikler için bir sistem kurulması için ihale açmasıyla başlar. Davacı da, tamamen kendisine ait alt şirketi Siemens Nixdorf Informationssysteme AG (“SNI”) vasıtasıyla, yerel bir Arjantin şirketi olan Siemens IT Services S.A. (“SITS”) şirketini kurar. İhale şartları doğrultusunda yerel şirket SITS ihaleye girer. Teklifinde de yer aldığı gibi, SNI tamamıyla Siemens'in parçasıdır, Siemens tarafından idare edilir ve SNI'nin üçüncü kişiler nezdindeki borçlarından dolayı müştereken sorumludur. İhaleci şirket SITS ihaleyi kazanır, ev sahibi devlet ile 06.10.1998 tarihinde sözleşmeyi imzalar. Siemens'in SITS'e maddi desteğiyle gerekli yatırımlar ve sözleşme gerekleri yerine getirilmeye başlanmıştır. Yeni hükümet, sözleşmeyi feshetmiş, bu işleme karşı, SITS dava açtıysa da, dava reddetmiştir. 23.07.2001 tarihinde, Siemens davalıya, 09.04. 1991 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti arasındaki, Yatırımların Korunması ve Karşılıklı Teşviki Andlaşmasını ihlal ettiğini bildirir bir ihtar çekti. Andlaşma gereği olan altı aylık sulh görüşmeleri sonuç vermedi ve Siemens 18.03.2002 tarihinde Merkez tahkimine başvurdu.

⁴⁹¹ Siemens A.G. v. Arjantin Yetki Kararı s. 51, p.123. Arjantin'in davacının aktif husumet ehliyeti olmadığına ilişkin 3 ve 4 numaralı itirazları ve hakem heyetinin yaklaşımı: Bu başlık altındaki Arjantin'in itirazı, ihtilafın doğrudan yatırımdan kaynaklanmadığı itirazı ile karıştırılmamalıdır. Arjantin'e göre, anlaşma, yatırımcı ile yatırım arasında doğrudan bir bağlantının varlığını aramaktadır. Hali hazırdaki davada, davacı ile yatırım arasında “doğrudan bir ilişki” yoktur; çünkü payların sahibi SNI'dır, Siemens değildir. Dolayısıyla Arjantin'e göre, Merkez tahkimine sadece SNI başvurulabilir ki, o da bu davada taraf değildir.

⁴⁹² Siemens A.G. v. Arjantin Yetki Kararı s. 52 vd.; Davacıya göre, Siemens'in de SNI'den ayrı Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasında, iddia edildiği gibi, doğrudan –dolaylı yatırım ayırımına rastlayamamıştır. Sözleşmedeki yatırım tanımı oldukça geniştir. Tanımda yer alan yatırım türlerine ilişkin liste, tahdidi değildir, örnek kabilindedir. Bu kategorilerden biri de, “şirketteki paylar, katılım hakları ve şirkete katılımın diğer çeşitleridir. Hükmün en basit anlamı, bir Alman paydaşın hisselerinin Andlaşma korumasında olmasıdır. Andlaşma, nihai

olması fark etmez, gerçek kişi ve tüzel kişi paydaşların Merkez tahkimine başvuru hakkı hakem heyetleri tarafından kabul edilir. Paydaşların gerçek kişiler olması onları nitelik olarak bir tüzel kişiden daha farklı kılmaz⁴⁹³.

2. EV SAHİBİ DEVLETTE KURULU ŞİRKET VASITASIYLA PAYDAŞLIK

Yatırımcının ev sahibi devlet tabiiyetindeki paydaşlığı, gene ev sahibi devlette kurulu başka şirket ya da şirketler vasıtasıyla olabilir⁴⁹⁴. Burada yabancı yatırımcı, ev sahibi devlette yeni bir şirket kurmakta veya varolan bir şirkete ortaktır. Ancak, yatırımcı ev sahibi devlet tabiiyetindeki şirkette doğrudan paydaş değildir; yatırımcı şirkette, paydaş olduğu diğer ev sahibi devlet tabiiyetindeki şirket ortaktır. Ev sahibi devlette kurulu şirket vasıtasıyla paydaşlık başlığı altında, Enron Corporation and Pondersa Assets L. P v. Arjantin davasındaki yetkiye ilişkin kararı⁴⁹⁵ örnek olarak gösterilebilir.

yatırımcı ile yatırım arasında doğrudan bir bağ, daha doğru söyleyişle vasitasız bir ilişki aramamaktadır; bir başka deyişle nihai yatırımcının başka şirketler vasıtasıyla şirketi yönetmesi, nihai yatırımcının Andlaşma korumasından faydalanmasını etkilememektedir. Bu nedenle, andlaşmanın lafzi yorumu, dolaylı yatırımların koruma kapsamı dışında bırakıldığı iddiasını desteklememektedir.

⁴⁹³ Siemens A.G. v. Arjantin Yetki Kararı s. 58-59, 142.

⁴⁹⁴ SCHREUER, C., Shareholder Protection, s. 611.

⁴⁹⁵ Enron Corporation and Pondersa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ARB/01/03, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) of August 2, 2004. <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>; Arjantin'e karşı açılan bu davada, davacı şirketler, Arjantin'in özelleştirme sürecinde yer alan şirketlerdir. Yatırımın ilişkin olduğu gaz endüstrisinin özelleştirilmesi, Arjantin Gaz Kanunu ve bağlı mevzuatı kapsamında yapılmıştır. Davacılar, Amerika'da esaslı ticari aktivitelerde bulunmakla ve üçüncü bir devletin vatandaşlarınca kontrol edilmemekle, Arjantin – ABD İkili Yatırım Andlaşmasındaki şartları yerine getirmektedirler. Burada davacıların Transportadora de Gas del Sur (TGS) adlı Arjantin'de kurulu şirkete, özelleştirme kapsamında katılmaları söz konusudur. Davacılar, TGS'de doğrudan ortak değillerdir, ortaklıkları şu şekildedir: TGS'nin % 55. 3'lük kontrol hissesini elinde tutan Arjantin'de kurulu CIESA ünvanlı şirketin, % 50'lik payı davacılara aittir. Davacıların, CIESA'ya katılımı da, % 100 davacılara ait EPCA ve EACH şirketleri vasıtasıyladır. Bunun haricinde, davacılara ait başka şirketler de, TGS 'de hissedardırlar. Davacıların, başka şirketler vasıtasıyla tüm ortaklık oranları hesaplandığında ortaya çıkan tabloya göre, davacıların yatırımı TGS'deki % 35. 263'lük payı oluşturmaktadır. Hakem heyetinin değerlendirmesi şu şekilde olmuştur: "*Halihazırdaki davada, davacıların katılımı özellikle istenmiş ve dolayısıyla Arjantin Devletinin tahkime rızasına dahil edilmişlerdir. Davacıların özelleştirmeye hakim düzenlemelerle çok az bağlantısı olduğu şeklinde bir yorum yapılamaz, davacıların yatırımların sahibi olduğu ve sadece aracı şirketlere ilişkin akdi haklarının değil; Devletlerarası andlaşma kapsamındaki haklarının da korunduğu her türlü şüpheden uzaktır. Yatırımın CIESA ve bağlantılı şirketler vasıtasıyla yapılmış olması gerçeği, bu sonucu değiştirmez.*"

3. ÜÇÜNCÜ DEVLETTE KURULU ŞİRKET VASITASIYLA PAYDAŞLIK

Yatırımcının ev sahibi devlet tabiiyetindeki ortaklıktaki paydaşlığı, kaynak devlet ya da ev sahibi devlette kurulu şirket vasıtasıyla olabileceği gibi, üçüncü bir devlette kurulu şirket vasıtasıyla da olabilir⁴⁹⁶. Gerçek ya da tüzel kişinin, üçüncü devlette kurulu şirket vasıtasıyla ev sahibi devlette yatırım yapması, ev sahibi devlet ile sözkonusu gerçek ya da tüzel kişinin tabiiyetinde olduğu kaynak devlet arasında bir yatırım anlaşmasının olmamasından kaynaklanabileceği gibi; üçüncü devlet ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmasının daha lehe hükümler içermesinden de kaynaklanabilir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ SCHREUER, C., Shareholder Protection, s. 613; Sedelmayer v Russian Federation, Award; Ad hoc arbitration rules; IIC 106 (1998), 7 July 1998, <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/upload/Sedelmayerv.Russia1998.pdf>. Stokholm Ticaret Odası Tahkim Merkezinde görülen ve 1998'de karara çıkan **Sedelmayer v. Rusya** davasında, davacı Alman vatandaşı Franz J. Sedelmayer, Amerika'nın Missouri eyaletinde kurulu Sedelmayer Group of Companies International Inc (kısaca SGC International) ünvanlı şirketin tek sahibi ve yöneticisiydi. SGC, Rusya'da yatırım yapmıştı. Yatırımcı şirketin Rusya ile arasında çıkan ihtilafta, davacı Amerika ile Rusya arasında yatırımların korunması ve teşvikine dair bir anlaşma olmadığından, Almanya ile Rusya arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanmıştır. Rusya, yatırımcının Alman paydaştan ziyade, Amerikalı şirket olduğundan bahisle Merkezin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti incelemesinde, öncelikle, Sedelmayer'in, Almanya – Rusya arasındaki Devletlerarası İkili Yatırım Anlaşmasının yatırımcı başlıklı madde 1.1 (c)'deki "anlaşmanın coğrafi alanı içinde ikamet eden gerçek veya tüzel kişi" şartını sağladığını, Sedelmayer'in Almanya'da ikamet ettiğini, dolayısıyla Sedelmayer'in anlaşmanın koruması kapsamında olduğunu tesbit etmiştir⁴⁹⁶. Hakem heyeti kararında devamlı şu gerekçeler yer almıştır: *"Bu nedenle, davacının, bireysel olarak ileri sürdüğü tüm talepler, anlaşma kapsamında kabul edilebilir ve anlaşma koruması altındadır. Davacının, yatırımlarını SGC International, Belmonte Ltd veya Linx Establishment şirketleri aracılığıyla yapmış olması durumu değiştirmez. SGC International bakımından, şirket, sadece hisselerinin tümünün davacıya ait olması sebebiyle değil; aynı zamanda, 15.09.1991 tarihli, Kontrol ve Kar Paylaşım anlaşması yoluyla da davacının kontrolü altındadır.*

⁴⁹⁷ SCHREUER, Shareholder Protection, s. 615; **Sedelmayer v. Rusya** Kararı s. 18 vd., Davada, davacı Alman vatandaşı, Amerika'nın Missouri eyaletinde kurulu SGC International ünvanlı şirketin tek sahibi ve yöneticisiydi. SGC, Rusya'da yatırım yapmıştı. Yatırımcı şirketin Rusya ile arasında çıkan ihtilafta, davacı Amerika ile Rusya arasında yatırımların korunması ve teşvikine dair bir anlaşma olmadığından, Almanya ile Rusya arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanmıştır. Rusya, yatırımcının Alman paydaştan ziyade, Amerikalı şirket olduğundan bahisle Merkezin yetkisine itiraz etmiştir. Merkez perdenin kaldırılması teorisi ve kontrol ilkesine dayanmış, gerçek yatırımcının Amerikalı şirket değil; şirketin sahibi Alman vatandaşı Sedelmayer olduğunu, bu nedenle de yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu kararda güçlü bir muhalefet olması ve gerekçelerinin zayıf olması itibarıyla tartışmaya açık bir karardır.

4. MERKEZİN YETKİSİNİN TESBİTİNDE DOLAYLI PAYDAŞLIKTAKİ AŞAMALAR

Hakem heyeti yetkisini tesbit ederken, dolaylı paydaşlığı hangi aşamaya kadar inceleyebilir? Dolaylı paydaşlık kavramı, ev sahibi devlette kurulu tüzel kişinin paydaş şirketlerinin, şirket yapısı içerisindeki diğer paydaşları ve gene sözkonusu paydaş şirketler içerisindeki paydaşları vs. içermektedir. Bu sayede dolaylı paydaşlık, ucu belirsiz bir kavram haline gelmektedir. Hakem heyeti, Merkezin yetkisi hakkında karar verirken, incelemesini hangi aşamaya kadar yapabilir sorusunun cevabı, dolaylı paydaşlık tanımından çıkartamıyoruz.

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal⁴⁹⁸ tahkiminde, ev sahibi devlet Senegal'de kurulu bir şirket olan SOABI, Merkez tahkimine rızayı içeren sözleşmenin akdedildiği sırada, ICSID Konvansiyonuna taraf olmayan bir devlette kurulu Flexa şirketi tarafından kontrol ediliyordu. Hakem heyeti, kontrol eden şirketin paydaşlık yapısını incelemiş ve Konvansiyona taraf devlet tabiiyetindeki ortakların varlığını tesbit etmiştir⁴⁹⁹. Ev sahibi devlet ise, SOABI'nin başvuru hakkı incelenirken, tek paydaşı durumundaki Flexa şirketinin paydaşlarına inilemeyeceğini savunmuş; fakat Merkez ev sahibi devletin bu yöndeki itirazlarını reddetmiştir⁵⁰⁰.

Öğretideki görüşler, dolaylı paydaşlık durumunda, paydaşlık yapısının incelenmesi yönündedir⁵⁰¹, ancak net bir sınırın çizilmesi oldukça zordur.

⁴⁹⁸ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal, ICSID ARB 82/1, 01.08.1984 T. Karar, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 02.08.2013.

⁴⁹⁹ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal, ICSID ARB 82/1, 01.08.1984 T. Karar, p. 41; Introductory Note s. 120.

⁵⁰⁰ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal, ICSID ARB 82/1, Introductory Note s. 121.

⁵⁰¹ Delaume, G.R, How to Draft an ICSID Arbitration Clause, 7 ICSID Rev. – FILJ, 168, 1992, s. 178: Yazara göre, hakem heyetlerinin, paydaş şirketlerin, paydaşlık yapılarını incelemeleri ve yetkileri hakkında karar vermeleri, yatırımların, ulusötesi şirketler veya şirket grupları tarafından gerçekleştirilmesi gerçeğiyle de uyumludur. Hirsch, M., The Arbitration Mechanism of ICSID, Lahey, 1993: Hirsch'e göre, dolaylı paydaşlık yapılanmasına inilmesi Konvansiyon m. 25/2(b)'nin amaçları ile uyumludur; dolayısıyla hakem heyetlerinin paydaş şirketlerin paydaşlık yapılanmalarını incelemeleri ve bu inceleme sonucuna göre karar vermeleri, Konvansiyonun amaçları ile örtüşür. Amerashinghe, C.F., Interpretation of Article 25(2)b of the ICSID Convention, International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?, New York, 1994 s. 223 vd.

Kanaatimizce, paydaşlık yapısı içerisinde, doğrudan ya da dolaylı tüm paydaşlar, zararın tazmini için tahkime başvurabilir. Burada tek sınır, mükerrer tazminat taleplerinin yapılmaması olmalıdır; A şirketi, B şirketinde; B şirketi de C şirketinde; C şirketi D şirketinde paydaşsa, paydaşlık silsilesi içerisinde yukarıya doğru paydaşların her birinin kendi zararı için başvuru hakkı vardır.

III. “GERÇEK YATIRIMCI” VEYA “GERÇEK YATIRIM” KAVRAMI

A. GERÇEK YATIRIMCI KİMLİĞİ

1. GERÇEK YATIRIMCI KAVRAMI

Yatırımcı, ev sahibi devletle aralarındaki sözleşme gereği, fiilen yatırım faaliyetlerinde bulunan gerçek ya da tüzel kişi yatırımcıdır. Ancak bazı durumlarda, ev sahibi devlet ile aralarındaki sözleşmede “yatırımcı” olarak görünen kişi ile yatırımın esas sermayedarı arasında ayniyet bulunmamaktadır. ICSID tahkiminde bazı davalarda, yatırımı yapan kişilerin, ICSID’in yetkisini tesis edebilmek veyahut ICSID’in kesin yetki engellerini aşabilmek amacıyla kendilerini sahte bir yatırımcının arkasına gizledikleri görülür. Yatırımcıdan hareketle, gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcı ayrımı yapabiliriz. Bir diğer bakış açısı da, görünürdeki yatırımcının yatırım faaliyetlerinden hareket etmektedir; buna göre, görünürdeki yatırımcının gerçek anlamda bir yatırım faaliyeti olmadığından, bir yatırımcıdan da söz edilemez.

ICSID tahkimine başvuru açısından, hangi durumlarda gerçek yatırımcı kendini gizlemek ihtiyacını neden duyar? Ya da hangi durumlarda gerçek yatırımcı kendini gizlemese, ICSID tahkimine başvuramayacaktır? ICSID tahkimine kesin başvuru engellerini yukarıda gördük: ev sahibi devlet vatandaşları ve âkit olmayan devlet vatandaşları ICSID tahkimine başvuramaz, başvursalar bile başvuruları kabul edilmez, tahkim süreci başlamaz. O zaman gerçek yatırımcının, ev sahibi devlet vatandaşı veya âkit olmayan devlet vatandaşı olması ICSID tahkimine başvuru bakımından kesin bir başvuru engelidir. Gerçek yatırımcı kendini gizlemek ve ICSID’in yetkisini tesis etmek için ne yapmaktadır? Ev sahibi devlet dışında diğer âkit bir ülke tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi vasıtasıyla yatırım yapmakta, böylelikle yatırımları yapan gerçek sermayedar kendisi olmakla birlikte, “yatırımcı” olarak bir başkası görünmektedir. Yatırımın riski, kârı aslında görünürdeki yatırımcıya değil; gerçek yatırımcıya aittir. Bu durumda gerçek yatırımcı ile

görünürdeki yatırımcı arasındaki iç ilişki bakımından, yatırımların görünürdeki yatırımcıya devri amacından söz etmek mümkün değildir.

Aşağıda da görüleceği üzere, davacının gerçek yatırımcı olmadığına ilişkin itirazların yer aldığı ICSID tahkim süreçlerinde, hileli bir fiil olduğu açıktır. Zaten hakem heyetlerinin karşılaştığı sorun, yatırımcının gerçek yatırımcı olup olmadığının tesbiti noktasında değildir. Sorun, davacının ICSID Konvansiyonundaki yetki şartlarını, iyi niyet kurallarına aykırı olarak, hile ile dolanması ve bu duruma karşı ICSID Konvansiyonunda hüküm bulunmamasıdır. Öncelikle hüküm bulunmasına gerek var mıdır hususuna değinelim. ICSID de, anlaşmaların yorumunda, diğer uluslararası yargı / tahkim mekanizmaları gibi, Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonunu dikkate almalıdır⁵⁰². Uluslararası örf ve adet hukukunun yazılı şekli olarak tanımlanan Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Konvansiyonu m. 31'e göre, "andlaşma, konu ve amacı ışığında ve kullanıldıkları bağlamda terimlerine verilecek olağan anlamına uygun olarak yorumlanır. ICSID Konvansiyonunun amacı nedir? ICSID Konvansiyonunun önsözü ve 18.03.1965 tarihli Yönetici Müdürlerin Konvansiyon Raporundan⁵⁰³ yola çıkarak, ICSID'in amacının güvenli bir yatırım ortamı temin etmek, yabancı yatırımcılara, ev sahibi devletlere karşı doğrudan başvuru hakkı sağlamak olduğunu görürüz. Bu durumda, ICSID'in amacı kesinlikle yerel yatırımcıların haklarını savunmak değildir.

ICSID Konvansiyonu m. 32'ye göre, hakem heyetleri kendi yetkilerini kendileri belirlerler. Hakem heyeti, yetkisi hakkında karar verirken, ICSID Konvansiyonunun amaçlarını da gözönünde bulundurmalıdır. Aksi halde, Konvansiyon maddelerine uygunluk, Konvansiyon'un genel amacına aykırılık oluşturur. Konvansiyonda hileli / iyi niyete aykırı davranışların korunmayacağına dair bir hükmün yer almaması, hakem heyetlerinin hileli / iyi niyete aykırı davranışları görmezden gelmesine yol açmamalıdır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.

⁵⁰² Schreuer, C., Denunciation, s. 353, d. 1: Andlaşmaların yorumuna dair Viyana Konvansiyonunun ICSID Konvansiyonundan önce akdedilmesi sebebiyle, Viyana Konvansiyonundaki ilkelerin, Merkez tahkiminde dikkate alınamayacağını savunmaktadır. Ancak, hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet ilkesi gibi devletler hukukunda var olan ius cogens niteliğindeki ilkelerin Viyana Konvansiyonunda yer alması bu ilkelerin sadece dile getirilmesi niteliğinde olduğundan; yani ius cogens ilkeler Viyana Konvansiyonundan önce de var olduğundan Merkez tahkiminde de dikkate alınması gerekir.

⁵⁰³ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf, E.T: 01.11.2012.

38/c'de, Divan'ın karar verirken *medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerine* başvurulmalıdır. İyi niyetli davranma yükümlülüğü, hiç şüphesiz devletlerin iç hukuklarında yer alan ve tanınan uluslararası hukukun genel ilkelerinden biridir⁵⁰⁴. Divan Statüsünde yer alan ve Konvansiyonda yer almayan bu hüküm, hakem heyetlerini hukukun genel ilkelerini dikkate alma yükümlülüğünden kurtarır mı? Kanaatimizce kurtarmaz, iyi niyetli davranma yükümlülüğü Örf ve Adet Hukukunun ana ilkelerinden birisidir. Hakem heyetlerinin, hem Örf ve Adet Hukuku, hem de Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu m. 31'e göre, Konvansiyonun amaçlarına aykırı ve hileli davranışlarla, kişilerin ICSID'in yetkisini tesis etmelerini önlemeleri lazımdır.

Hakem heyetleri, davacının gerçek yatırımcı olmamasına dayalı olarak, yetkisizlik kararı vermekte çekimser davranıyorlardı. Aşağıda da görüleceği gibi, Saba Fakes v. Türkiye davasında, davacının gerçek yatırımcıyı saklayan bir "kukla" olduğu ifade edilmiş; gene de yetkisizlik kararı sırf bu gerekçeye dayanılarak verilmemiş, başka somut vak'alara dayanılmıştır. Ancak dayanılan gerekçelerden birinin, davacının gerçek yatırımcı olmadığı dayanağı bile, ICSID tahkiminde bir eğilim yaratması bakımından önemlidir.

2. GERÇEK BİR YATIRIMIN VARLIĞI

Gerçek bir yatırımın varlığından hareket eden bu yaklaşıma göre, yatırımcının varlığı, yatırımın varlığı şartına tabidir; yani yatırım yoksa yatırımcı da yoktur. Bu bakış açısıyla, hakem heyeti, görünürdeki yatırımcının faaliyetlerinin gerçek bir yatırım olmadığı, dolayısıyla davacının gerçek bir yatırımcı olmadığına karar verebilir. Örneğin Saba Fakes davasında, hakem heyeti, Fakes'in gerçek bir yatırımcı olmadığından hareketle yetkili olmadığına karar vermiştir. Hakem heyeti, Saba Fakes davasını, gerçek bir yatırımın varlığından hareketle inceleyecek olsaydı, görünürdeki yatırımcı Fakes'in faaliyetlerinin gerçekten bir yatırım olmadığına, yatırım faaliyetlerinin aslında, ev sahibi devlet vatandaşına ait olduğuna karar verecek; dolayısıyla faaliyetlerin bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceğine ve davacının da yatırımcı sayılamayacağına karar verecekti. Gerçek yatırımcı ve gerçek yatırım kavramları birbirleriyle çelişmezler; yöntemleri ve bakış açıları

⁵⁰⁴ Bu husus Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), 15.04.2009 t. Karar, s. 42'de de belirtilmiştir.

farklıdır. Bazı hakem heyetleri kararlarında, gerçek bir yatırımın olmamasından hareketle yetkili olmadıklarına karar vermişlerdir⁵⁰⁵.

Kanaatimizce, kişi bakımından yetkiye ilişkin olarak, hakem heyetlerinin, gerçek yatırım ya da gerçek yatırımcı başlığı altında inceledikleri sorunun unsurları özdeştir. Kararlara baktığımızda, tahkim yargılamasının sonucundan verilecek karardan hukuki menfaati olan ile tahkim yargılamasına başvuran kişi aynı değildir. Karardan hukuki menfaati olan ve yatırımın esas sahibi, ICSID Konvansiyonundaki başvuru engellerine takılan gerçek yatırımcı ile yatırımın sahibi olmamakla birlikte, gerçek yatırımcı ile aralarındaki iç ilişkiye dayalı olarak, tahkime başvuran görünürdeki yatırımcıdır.

3. GERÇEK YATIRIMCI – GÖRÜNÜRDEKİ YATIRIMCI SORUNUNUN UNSURLARI

ICSID tahkiminde gerçek yatırımcı ve görünürdeki yatırımcı sorununun unsurlarını şu şekilde inceleyebiliriz:

a. ICSID TAHKİMİNE BAŞVURU ŞARTLARINI TAŞIMAYAN GERÇEK YATIRIMCI

Gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcı ayrımından bahsedebilmek için, her şeyden önce, yatırım esas sermayedarı olmakla birlikte, ev sahibi devlet ile olan ilişkinin hiçbir safhasında “yatırımcı” olarak yer almayan bir kişi olmalıdır. Yatırımın esas sermayedarı, kârını ve zararını üstlenen kişi olmakla birlikte, ICSID tahkimine

⁵⁰⁵ Uzanlarla bağlantılı olarak, Enerji Şartı Anlaşmasına dayalı olarak ICSID nezdinde başlatılan tahkim süreçlerinden **Libananco Holdings Co. Limited v. Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB/06/8, www.italaw.com E.T: 20.08.2012) tahkiminde**, Libananco Holding, kuruluş ve faaliyet yeri Kıbrıs'ta bulunan bir ortaklıktır. Cem Uzan'ın ifadesine göre, 2000 ve 2001 yıllarında, Türkiye ekonomisindeki istikrarsızlık ve Cem Uzan'ın siyasete atılmasından kaynaklanan, aile şirketleri aleyhine siyasi amaçlı yapılabilecek misillemeler nedeniyle, Uzanlar uluslararası yatırım şirketlerine tanınan avantajlardan biri olan güvenilir bir tahkim merkezinin yargı kapsamında bir uluslararası şirketi kurmak veya varolan bir şirketteki hisseleri devralmaya karar verdiler. Libananco şirketi de bu nedenle Uzanların talimatıyla üçüncü bir şahıs tarafından Nisan 2002'de kuruldu. (Libananco v. Türkiye Kararı, s. 17, p. 98-99; s. 42, p. 165) Davacı Libananco, Ekim 2002 ve Türkiye'nin imtiyaz sözleşmesini iptal etmesinden bir ay önce Mayıs 2003 arasında belli zaman aralıklarıyla, hisse devir sözleşmeleriyle ÇEAŞ ve Kepez hisselerini devralmıştır. Davacı savunmasında, Mayıs 2003 itibarıyla ÇEAŞ'ın % 65.2 ve Kepez'in % 60'sını elinde bulundurmamakla, çoğunluk paydaşı olduğunu savunmuştur. (Libananco v. Türkiye Kararı, s. 17, p. 101)

başvuru şartlarını taşımayan yatırımcı, gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Gerçek yatırımcı, ICSID tahkim yargılaması sonucu verilecek karardan da, aslında doğrudan etkilenecek kişidir. Zira, gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcı arasındaki iç ilişkide, görünürdeki yatırımcı sadece tahkime başvuracak, süreç sonucunda çıkan karardan gerçek yatırımcı etkilenecektir.

Gerçek kişi ya da tüzel kişi şirket olan gerçek yatırımcı, Konvansiyon m. 25'e göre, diğer âkit devlet tabiiyetinde olmamakla birlikte, ICSID tahkimine başvuru şartlarını haiz bir gerçek ya da tüzel kişi şirket arkasında gizlenmektedir. Dolayısıyla, gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcının ayırımından söz edebilmek için, incelenen kararlar ışığında, gerçek yatırımcının ICSID tahkimine başvuru şartlarını haiz olmaması gerekir.

ICSID Konvansiyonuna göre, tahkime başvuru şartlarını haiz olmayan, örneğin ev sahibi devlet vatandaşı ya da Konvansiyon tarafı olmayan devlet vatandaşı gerçek kişinin yatırımı, ev sahibi devletin hukuka aykırı fiillerinden olumsuz yönde etkilenmiş ve zarar görmüş olabilir. Bu durumda yatırımcı, ev sahibi devlete karşı ancak yerel yargı yollarına başvurabilir; yoksa, ev sahibi devlete karşı ICSID tahkimine başvuramaz. Konvansiyon m. 25'e göre, yatırımcının diğer âkit devlet vatandaşı olmaması; örneğin ev sahibi devlet vatandaşı olması, Merkez'in kişi bakımından yetkisi anlamında bir engeldir. Özellikle ev sahibi devlet vatandaşı gerçek kişi yatırımcılar, bu engeli aşmak amacıyla, yatırımlarını ICSID tahkimine başvuru şartlarını haiz bir gerçek kişi ya da tüzel kişi aracılığıyla yapmışlar veya devretmişlerdir. Bu gibi durumlarda, ICSID tahkim süreçlerinde, ev sahibi devletler çoğu kez, görünürdeki yatırımcının, gerçek kişi yatırımcının alter egosu olduğu itirazını yapmışlardır⁵⁰⁶. Bu itirazın kabul edilebilmesi için, gerçek kişi yatırımcının

⁵⁰⁶ Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction of April 29, 2004, 20 *ICSID Rev.—FILJ*205 (2005); <http://icsid.worldbank.org>, E.T.: 16.08.2011, s. 7; Tokios Tokeles v. Ukrayna tahkim yargılamasında, Litvanya'da kurulu Tokios Tokeles şirketinin % 99 hissesi ve şirket yönetimi, Ukrayna vatandaşları Sergiy Danylov and Oleksandr Danylov'un elindedir. The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011, s. 11 vd. 1989 yılında Çavuşesku'nun iktidardan düşürülmesi ile serbest piyasa ekonomisi kurmak isteyen Romanya'nın girişimlerinden bir tanesi de, eski kamu kuruluşlarını özelleştirmektir. 1993'te, Romanya'nın ikinci büyük kamu kuruluşu olan Rompetrol S.A, yönetimin ve şirket çalışanlarının, şirket hisselerinin tamamını satın alması yoluyla özelleştirildi. 1998 yılında Romanya vatandaşı Patriciu tarafından idare edilen bir yatırımcı grubu, Rompetrol S.A'daki hisselerin çoğunu satın alarak kontrolü ele geçirdi ve Romanya vatandaşı Patriciu, dolaylı olarak The Rompetrol Group S.A'nın % 100 hissedarı haline gelmiştir. *Libananco Holdings Co. Limited*

kendisini gizlemesi gerekir. Örneğin, ev sahibi devletin yasal düzenlemelerindeki gerekler doğrultusunda, gerçek yatırımcının bir şirket kurması halinde, şirketin gerçek yatırımcının alter egosu olduğu itirazı reddedilir⁵⁰⁷.

Gerçek yatırımcı bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi şirket de olabilir. Tüzel kişi şirketin ev sahibi devlet ya da Konvansiyon tarafı olmayan devlet tabiiyetinde olması, o tüzel kişi açısından ICSID tahkimi önünde bir başvuru engelidir. ICSID tahkiminde bugün gelinen aşamada, tüzel kişi şirketin paydaşı durumundaki alt şirketlerinin başvuruları, paydaşlık yatırım sayıldığından, kişi bakımından yetki çerçevesinde reddedilmemektedir. Bu nedenle, kanaatimizce, gerçek yatırımcı kimliği ile ilgili tartışmalar, kanaatimizce, özellikle ev sahibi devlet vatandaşı gerçek kişi yatırımcılarla daha yakından ilgilidir.

b. GÖRÜNÜRDEKİ YATIRIMCI

Başvuran gerçek ya da tüzel kişi, ICSID tahkimine başvuru şartlarını haiz olmakla birlikte, gerçekte ev sahibi devlette yapılan yatırımın gerçek sermayedarı değildir; daha çok gerçek yatırımcıyı gizleyen bir araçtır. Tahkim süreci sonunda verilecek kararın muhatabı olarak görünmekle birlikte, gerçek yatırımcı ile aralarındaki iç ilişki gereği, karardan asıl etkilenecek kişi gerçek yatırımcıdır.

Görünürdeki yatırımcı olarak nitelendirebileceğimiz tahkime başvuran kişi, gerçek kişi ya da tüzel kişi şirket olabilir. Görünürdeki yatırımcı daha çok, gerçek yatırımcının çoğunluk paydaşı olduğu bir tüzel kişi şirket olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ender de olsa, görünürdeki yatırımcının bir gerçek kişi olması da

v. Republic of Turkey, ICSID ARB/06/8,02.09.2011 t. Karar, s.19; Libananco şirketi, Kıbrıs'ta kurulu bir şirket olmakla birlikte, Uzan ailesinin alter egosu durumundadır. Davalı ev sahibi devlet, ICSID'in kişi bakımından yetkisinin olmadığını; çünkü Libananco'nun Türk vatandaşlarının alter egosu durumunda olduğunu, bu nedenle ICSID ve Enerji Şartı anlamında yatırımcı olmadığını savunmuştur.

⁵⁰⁷ Azurix Corp.. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Yetki Kararı, s. 51; Ev sahibi devlet Arjantin, Azurix'in ihalelere, sermayesi kendisine ait şirketler aracılığıyla katıldığı, bunların Azurix'in alter egoları olduğu, bu şirketlerin Azurix tarafından sözleşmesel ve yatırım andlaşmasında yer alan haklarının icrası amacıyla kullanıldığını, dolayısıyla yatırımcı olmadığını savunmuştur. Hakem heyeti, bu savunmayı reddetmiş, Azurix'in alt şirketleri aracılığıyla ihalelere katılmasının, onun yatırımcılık sıfatı önünde bir engel oluşturmadığını; ayrıca eyaletin imtiyazları adı geçen alt şirketlere verdiğini ve imtiyaz sözleşmesi imzaladıkları şirketlerin yerel şirket kurmalarını talep ettiğini belirtmiştir. Hakem heyeti, bu olgular karşısında alter ego savunmasını reddetmiştir.

mümkündür. Bu halde, görünürdeki yatırımcı ile gerçek yatırımcı arasında bir iç ilişkiden söz etmek mümkündür. Görünürdeki yatırımcı, gerçekte yatırımın esas sermayedarı değildir, yatırım değerlerini devralma, kâr ve zarara ortak olma gibi bir amacı da yoktur; ancak gerçek yatırımcı ile aralarındaki iç ilişkiden dolayı, yatırımcı gibi görünmekte; tahkim yargılaması sonunda verilecek karardan da aslında gerçek yatırımcı etkilenmektedir⁵⁰⁸.

Görünürdeki yatırımcının tüzel kişi olduğu durumlarda, yatırımın esas sermayedarı olan gerçek yatırımcı, ICSID tahkimine başvuru engellerini aşmak amacıyla, bir şirket kurmakta veya varolan bir şirkete katılmaktadır.

c. HİLE KASTI

Gerçek yatırımcının, görünürdeki yatırımcının arkasına gizlenmesinde ve yatırımlarını görünürdeki yatırımcı aracılığıyla yapmasında, bir hile kastı olmalıdır. Örneğin gerçek yatırımcı yabancı ülkede asgari sermayeli bir şirket kurmakla birlikte, amacı şirketin ticari faaliyetlerde bulunması değildir; şirketi kurmasının ana gayesi, ev sahibi devlet nezdinde yabancı yatırımcı konumunda olmak ve ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara sağladığı avantajlardan yararlanmaktır.

4. ICSID KARARLARINDA TARTIŞILAN GERÇEK YATIRIMCI KİMLİĞİ

Gerçek yatırımcı başlığı altındaki incelememizde, aktörler, Merkez tahkimine başvuru hakkı olmayan esas sermayedar gerçek yatırımcı; Merkez tahkimine

⁵⁰⁸ Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB/07/20), 14.07.2010 t. Kararı, s. 42 vd. Saba Fakes, hem Ürdün hem Hollanda vatandaşıdır ve Telsim hisselerini devraldığını, Hollanda – Türkiye arasındaki yatırımın korunması ve teşvikine ilişkin devletlerarası iki taraflı anlaşma ve ICSID Konvansiyonu kapsamında yabancı yatırımcı olduğunu iddia ederek, ICSID tahkimine başvurmuştur. Hakem heyeti, tarafların yazılı savunmalarıyla yetinmemiş, davacıyı çapraz sorguya almıştır. Kararda verilen soru –cevap kısımlarından açıkça görülen, hakem heyetinin Uzanlarla Fakes arasındaki ilişkiyi mercek altına aldığı ve hukuki görünüşe göre değil; hukuki görünüşün arkasındaki gerçeğe göre karar vermek istediğidir. Sorguların sonucunda ortaya çıkan, Fakes'in hukuki görünüşe göre malik olduğu, aslında Uzan'ın talimatına göre hareket ettiğidir. Neticede, hakem heyeti, bizim ifademize göre, “gerçek” yatırımcının kim olduğunu ya da karardaki bakış açısıyla, davacının gerçekten bir yatırım yapıp yapmadığını araştırmış somut gerçekliğe ulaşmaya çalışmıştır. Kararın, dava masrafları ile ilgili bölümünde, hakem heyeti kendi ifadesiyle, sadece kağıt üstünde olan ve açıkça Merkezin yetkisi dışındaki bir davayı açan davacıyı cesaretlendirmemek adına davalının makul yargı giderlerini ve dava masraflarının tümü ile davalıya önemli bir miktarda tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

başvuru hakkı olan, ev sahibi devlet ile aralarındaki ilişkide yatırımcı olarak görünen, ancak sermayedar olmayan görünürdeki yatırımcıdır. Gerçek yatırımcının, Merkez tahkimine başvuru hakkı yoktur; görünürdeki yatırımcının, Merkez tahkimine başvurma hakkı olmakla birlikte; aslında bir yatırım yapmamıştır; gerçek bir yatırımcı değildir. Merkez hakem heyetleri, bazı tahkim süreçlerinde⁵⁰⁹, ev sahibi devletin, davacının “gerçek yatırımcı” olmadığı itirazlarıyla⁵¹⁰ karşılaşmışlar; ancak benzer çizgide karar vermemişlerdir. Ev sahibi devletler, “gerçek yatırımcı” olmayan davacının, davasının kabulünün, Merkez tahkiminin amaçlarıyla bağdaşmayan sonuçlar doğuracağını; özellikle de ev sahibi devlet vatandaşlarının, kendi devletleri aleyhine Merkez tahkimine başvuracaklarını savunmuşlardır⁵¹¹. Ev sahibi devletler,

⁵⁰⁹ Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction; The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011; Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Türkiye Cumhuriyeti Kararı (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2), www.italaw.com, E.T: 16.09.2011. ÇEAŞ – Kepez projesiyle ilgili, Enerji Şartı Andlaşmasına dayalı açılan davalardan ilki Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Türkiye Cumhuriyeti davasıdır. Davacı, Cementownia “Nowa Huta” A.S. Polonya kanunlarına göre kurulmuş ve teşkilatını kurmuş, merkezi Krakow’da olan bir şirkettir. Dava, Cementownia şirketinin 30.05.2003 tarihinde hisselerini devraldığını iddia ettiği, Türkiye’nin, Çukurova Elektrik AS (kısaca ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk AŞ (kısaca Kepez) aleyhine aldığı önlemlerle alakalıdır. ÇEAŞ merkezi Adana’da olan 1952 tarihinde kurulmuş bir Türk şirkettir. Enerji santrallerinin kuruluşu ve işletimi için kurulmuş ve özel yatırımcılara açık, Dünya Bankasının da desteklediği ve kuruluşunda, Türk devletinin payların yaklaşık % 35’ini devlet kurum ve kuruluşları vasıtasıyla kontrol ettiği özel bir teşebbüstür. Kepez ise merkezi Antalya’da bulunan ve 1953’te kurulu hidro elektrik şirkettir.

⁵¹⁰ Tokios Tokeles v. Ukrayna Yetki Kararı s. 213-214, p. 21 vd: 14.08.2002’de Ukrayna’ya karşı tahkim sürecini başlatan davacı Tokios Tokeles, Litvanya yasalarına göre 1989’da kurulmuş, reklamcılık, basım – yayın işinde Litvanya içinde ve dışında faaliyet gösteren kapalı bir komandit şirkettir. 1994’te Tokios Tokeles, Ukrayna yasalarına göre, tüm hisseleri kendisine ait alt kuruluşu Taki Spravy’yi kurmuş ve Taki spravy reklamcılık, basın – yayın işinde Ukrayna’da ve dışında faaliyetlerine başlamıştır. Davacı Tokios Tokeles, Ukrayna devlet mercilerinin, Taky spravy’ye karşı Şubat 2002’den itibaren, Litvanya ile arasındaki yatırım andlaşmasındaki yükümlülüklerin ihlali niteliğinde olan ölçsüz ve haksız birtakım faaliyetlerde bulunduğunu ve bu faaliyetlerin de yatırımını kötü yönde etkilediğini iddia ederek tahkime başvurmuştur. Davalı Ukrayna’nın yetkiye ilişkin birinci itirazı, davacının gerçek bir Litvanya’lı yatırımcı olmadığı noktasındadır. Davalı burada davacının Litvanya yasalarına göre kurulu olmadığını iddia etmemektedir, davalının itirazı, davacı şirketin Ukrayna vatandaşlarına ait olduğu ve onlar tarafından kontrol edildiği; dolayısıyla gerçek bir Litvanya şirketi olmadığı noktasındadır. Ukrayna vatandaşlarının, şirket hisselerinin % 99’una sahip olduğu ve üç yöneticiden ikisinin Ukrayna vatandaşlarından olduğu hususunda ihtilaf yoktur. The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011, s. 11-17: Romanya vatandaşı Patriciu, dolaylı olarak The Rompetrol Group S.A’nın % 100 hissedarı haline gelmiştir. 2004 yılında Romanya Ulusal Yolsuzluğun Engellenmesi Kurumu Petromidia şirketini ve dolayısıyla Rompetrolü takibe almış, bunun üzerine de yatırımcı şirket Rompetrol, Romanya’ya karşı ICSID tahkimine başvurmuştur. Romanya yatırımcının “yabancı” bir yatırımcı olmadığını ve dolayısıyla “yabancı” bir yatırımın da sözkonusu olmadığını, bir Romanya vatandaşı tarafından Romanya’ya karşı açılmış bir dava olduğunu belirterek Romanya mahkemelerin yetkili olduğunu savunmuştur.

⁵¹¹ Tokios Tokeles v. Ukrayna Yetki Kararı s. 215 vd: Davalı savunmasında, davacının

bu sonucun perdenin kaldırılması⁵¹² ya da etkin vatandaşlık ilkesi⁵¹³ ne başvurularak

Litvanyalı yatırımcı olarak kabulünün, Ukrayna vatandaşlarının kendi devleti aleyhine uluslararası tahkime başvurusuna cevaz vereceğini; ki bunun da ICSID Konvansiyonunun amaç ve konusuna tamamen aykırı olduğunu savunmaktadır. The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011, s.13 vd. Ev sahibi devlet, bir vatandaşın kendi devletine karşı uluslararası sahada dava açamayacağını ve dolayısıyla bu ihtilafın ICSID'in yetkisi dışında olduğunu savunmuştur. Romanya Tokios Tokeles davasındaki Prosper Weil'in muhalif görüşüne dayanmış ve ev sahibi devletin vatandaşı gerçek kişinin, yabancı ülkelerde sadece tabeladan ibaret olan içi boş şirketler kurarak kendi devletine karşı ICSID tahkimine başvurusunun Konvansiyon m. 25(2)'nin geniş yorumu sonucu kabul edilmesinin, uluslararası hukukun yerleşmiş kurallarına aykırı olacağını savunmuştur. Rompetrol şirketinin yatırımda kullanılan sermayesi de Romanya kaynaklıdır, dolayısıyla yabancı sermaye de sözkonusu değildir. Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti Kararı(ICSID Case No. ARB/07/20), www.italaw.com, E.T: 17.08.2011. Söz konusu tahkim süreci, Saba Fakes'in, Ağustos 2007'de, Türkiye aleyhine, Hollanda – Türkiye yatırım andlaşmasına dayalı olarak Merkeze başvuru yapmasıyla başlar. İhtilaf, ev sahibi devletin Hollanda – Türkiye yatırım andlaşmasının, aralarında hakkaniyet ve nısfete uygun muamele yükümlülüğü ve yatırımcının Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ 'deki yatırımının kamulaştırılmasını da içerir bir dizi hükümlerinin ihlal edildiği iddiasına dayanır. Davanın temeli, Uzanlara karşı yürütülen çeşitli takibat ve davalara dayanır. % 67 hissesi başka şirketler aracılığıyla esasen Uzanlara ait Telsim adına kayıtlı mallara el konulması ve Türkiye Devleti tarafından şirketin üçüncü kişilere satılması sonucu davacı, 3 Haziran 2003 tarihinde Telsim hisselerinin yaklaşık % 67'sini devraldığını, Telsimdeki payının, kendisinin ev sahibi devletteki yatırımını oluşturduğunu, Telsimdeki paylarına el konulmasının davacının yatırımlarının kamulaştırılması etkisini doğurduğu, ev sahibi devletin Telsim'i kötü idare ettiğini ve bunun da, davacının hisselerinin değerinin düşmesine yol açtığı, Telsim'e ait malların rekabetçi bir ihale ortamından uzak ve değerinin çok altında satışa sunulduğu, Türkiye'nin anılan faaliyetlerinin Hollanda-Türkiye yatırım andlaşmasının ihlali niteliğinde olduğunu iddia ederek Merkez tahkimine başvurmuştur.

⁵¹²Tokios Tokeles v. Ukrayna Yetki Kararı 214 vd: Bu sonucu engellemek için, davalı hakem heyetinden, perdenin kaldırılmasını, yani davacının kuruluş yerini göz ardı edilerek, vatandaşlığın tesbitinde hakim ortakların ve yöneticilerin vatandaşlıklarının dikkate alınmasını talep etmektedir. Davalı perdenin kaldırılmasını üç gerekçeye dayandırmaktadır: a. ICSID Konvansiyonu ve Ukrayna – Litvanya Yatırım Andlaşmasının kapsamının şirket vatandaşlığının tesbitini belli bir yöntemle dayandırmaması, hakem heyetinin, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin vatandaşlığına göre şirket vatandaşlığının tesbitinde, dolayısıyla perdenin kaldırılmasında bir engel bulunmaması; b. Hakem heyetinin bu halde perdeyi kaldırması gerektiği; aksi halde ev sahibi devlet vatandaşlarının kendi devletleri aleyhine uluslararası tahkime başvurusunun Konvansiyonun konu ve amacıyla ters düşeceği; c. ICSID içtihat hukukunun göre, bazı durumlarda kuruluş devletinden ziyade kontrol testinin uygulanırılığını desteklediği, gerekçelerine dayanmıştır

⁵¹³ The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011, s. 17: Ev sahibi devlet Nottebohm kararına dayanarak "etkin vatandaşlık" ilkesinin sadece gerçek kişilerle sınırlı olmadığını, tüzel kişiler için de geçerli olması gerektiğini; davacı Hollanda vatandaşlığını ispat etse bile, bunun Romanyaya karşı ileri sürülebilir olmadığını savunmuştur. Hakem heyeti Uluslararası Adalet Divanının Nottebohm ve Barcelona Traction Kararını irdelemiştir. Buna göre: "*Nottebohm kararına konu olayda, Liechtenstein korumasından yararlanan gerçek kişidir ve dolayısıyla gerçek ve etkin vatandaşlık kuralı huzurdaki davada ev sahibi devlet için bir dayanak oluşturmaz. Barcelona Traction Davasında, andlaşma yokluğunda ortakların tabiiyetinde olduğu devletlerin diplomatik koruma talebinde bulunup bulunamayacağı hususu davanın bel kemiğidir. Barcelona Traction Kararında da mahkeme şirket ortaklarıyla şirketin ayrılabilir olduğuna, şirketin ayrı bir kişilik olduğuna karar vermiştir; dolayısıyla ortakların milliyetiyle şirketin milliyeti kavramlarının farklı olduğuna karar vermiştir. Ancak Barcelona Traction davasında taraflar arasında bir andlaşma olmadığı için hakem heyeti uluslararası hukukun*

önüne geçilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

B. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Merkez tahkiminde, gerçek yatırımcının ortaya çıkarılmasını veya ev sahibi devlet ile görünürdeki yatırımcının kaynak devleti arasındaki yatırım anlaşmasından yararlanmasını önlemek için, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı akla gelebilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile amaçlanan gerçek yatırımcıya ulaşmaktır. Bu şekilde, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki hukuki ilişkinin değerlendirilmesinde, “gerçek yatırımcı”nın hukuki statüsü dikkate alınır; Görünürdeki yatırımcı, ev sahibi devletin taraf olduğu iki ve çok taraflı anlaşmalara veya iç hukuk mevzuatına göre, koruma altındaki yatırımcılardan olsa da, “gerçek yatırımcı” hukuki statüsü gereği, koruma altındaki yatırımcılardan değilse; örneğin ev sahibi devlet tabiiyetindeyse, bu halde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla gerçek yatırımcıya ulaşılmış ve gerçek yatırımcının ICSID Konvansiyonunun tabiiyete ilişkin hükümlerini dolanması engellenmiş olur.

1. TABİİYETİN TESBİTİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması⁵¹⁴, bazı durumlarda, hukuk düzeninde hak ve fiil ehliyeti olan tüzel kişinin, kanunun tüzel kişilik bahşetme amaçlarına aykırı şekilde kullanılması hallerinde, hukuki bağımsızlığının dikkate alınmaması sonucu,

genel kurallarına dayanmıştır. Yoksa huzurdaki davada, tarafların ikili yatırım anlaşmasında veya ayrı bir anlaşmayla yatırımcının tabiiyetini belirleyebilmelerinde bir engel yoktu. Romanya ile Hollanda arasında ikili yatırım anlaşması vardır; ancak bu anlaşmada tabiiyet kontrol esasına dayandırılmamıştır. Bu nedenle, hakem heyetine göre, Barcelona Traction kararı da ev sahibi devletin savunmasını desteklemez, aksine Merkezin yetkisini destekler.”

⁵¹⁴ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramına karşılık olarak, tüzel kişilik perdesinin aralanması, Alman Hukukunda “Durchgriff”, Anglo-sakson hukuklarında “piercing the corporate veil” tabirleri de kullanılmaktadır. Antalya, G., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, I. Uluslar arası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed. Ulusoy, E., s. 143 vd.; Yanlı, V., Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 13; Esen, E., Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 14 vd.; Kaplan, İ., Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Cilt XXV, S: 4, s. 37 vd.

paydaşlara ulaşılabilmesidir⁵¹⁵. Tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı haller, tüzel kişi ile ortakların malvarlıklarının⁵¹⁶ ve alanlarının⁵¹⁷ birbirine karışması, özkaynak

⁵¹⁵ Yanlı, V., Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 17; Esen, E., Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 7 vd.; Kervankıran, E., Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 3-4, Yıl: 2007, s. 453 vd.; Kütükçü, D., Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2009, S. 63-64, s. 105 vd.

⁵¹⁶ Kanun koyucular, hak ve borçlara ehil olma konusunda, sermaye şirketlerine ayrı bir tüzel kişilik tanıırken ve şirket borçlarından sorumluluk konusunda, şirketin sorumlu olacağı, şirket paydaşlarının, - kural olarak,- sorumlu tutulamayacağını düzenlerken, şirketin ve ortakların malvarlıklarının ve alanlarının ayrı olduğunu ifade eden, ayrılık ilkesini benimsemiştir. Şirket ve ortakların malvarlıkları ve alanları sadece teorik olarak değil; uygulamada da birbirinden ayırtedilebilir olmalıdır. Şirket ve ortakların malvarlıklarının birbirine karışması; yani hangi malın kimin malvarlığına ait olduğunun tesbit edilememesi halinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakların malvarlığına başvurulabilmesi genel kabul görmüş bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halidir. Şirket ve ortaklarının malvarlıklarının birbirine karışması dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerekçesi tartışmalıdır. (Bu konuda farklı dayanaklar, -hukuki kurumun kötüye kullanılması, çelişkili davranış yasağı, dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması- ileri sürülmüştür.) Yanlı, V., age, s.237 vd.; Esen, E., Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 33 vd.; Kervankıran, E., Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 3-4, Yıl: 2007, s. 464; Sağlam, İ., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, I. Uluslar arası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed. Ulusoy, E., s. 157; Öztekin, S. / Memiş, T., Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, I. Uluslar arası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed. Ulusoy, E., s. 205 vd.;

⁵¹⁷ Alanların karışması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna dayanılıp dayanılamayacağı tartışmalıdır. Ortağın kendisi ile şirketi özdeşleştirilmesi olarak da ifade edilen, ortak ile şirketin alanlarının birbirine karışması, ortak ile şirketin ayrı kişiliklerinin dıştan görünüşte veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerde ayırtedilememesi halidir. Burada önemli olan ortağın ve şirketin işletmeleri açısından, birbirinden kesin olarak ayrılması ve üçüncü kişileri yanıltacak görünümünden uzaklaşılmasıdır. Örneğin, ana şirket ile bağlı şirketin bir birlik oluşturduğu görüntüsü yaratılıp, sonradan, sorumluluktan kaçınmak amacıyla, ayrı tüzel kişiliklerin olduğu iddiasının yapılması, alanların karışmasına ilişkin tipik bir örnektir. Bu hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ziyade, hukuki görünüşe güvenden dolayı sorumluluğa dayanılabileceğini savunanlar, alanların karışmasından dolayı şirket ortaklarına veya bağlı şirketlere başvuruyu, gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak nitelendirmektedirler. Türk hukukundaki duruma baktığımızda, alanların karışmasına ilişkin tipik bir örneğe, İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2002/843 E., 2005/64 K. sayılı ve Yargıtay 19. HD.'nin 2005/8774 E., 2006/5232 K. sayılı kararında rastlamaktayız. Davacı şirketin, davalılar Ege Ltd. şirketi ve Ege A.Ş ile olan ticari bağlantı ve yazışmalarında, her iki şirketin yetkili temsilcisi olan aynı gerçek kişi ile muhatap olduğu görülmektedir. Bu yazışmalar, davalı şirketler arasındaki tüzel kişi farklılığı gözetilmeksizin, tek bir şirket ile işlem yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Başka bir ifadeyle, davalı şirketler ile davacı arasındaki ticari yazışmalar, şirketler arasındaki tüzel kişilik farklılığını göz ardı etmeye imkan verecek şekilde aynı elden yapılmaktadır. Burada malvarlıklarının karışmasının yanı sıra, alanların da karışması söz konusudur. Nitekim, burada, şirketler arasında dış görünüşte bir özdeşlik hali de söz konusudur. Dava konusu olayda, davacı şirkete üç parti halinde yapılan mal satışında, ikiparti için Ege Ltd. ve bir parti için de Ege

yetersizliği⁵¹⁸, yabancı yönetim⁵¹⁹ ve kurumsal kötüye kullanma halleridir⁵²⁰.

Milletlerarası tahkim / yargı merkezlerinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak çalışmamızı ilgilendiren, tüzel kişiliğin tabiiyetinin tesbitinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının mümkün olup olmadığıdır. Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuklarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halleri, yukarıda değinilen, ortaklık ve ortakların malvarlıkları ve alanlarının karışması, özkaynak yetersizliği ve

A.Ş. adına fatura düzenlenmiştir. Aynı seri mal satışına ilişkin faturaların iki tanesinin Ege Ltd. ve bir tanesinin de Ege A.Ş. adına tanzim edilmesi, mal alıcısı olan davacı şirket nezdinde, anılan şirketlerin bir bütün olarak mütalaa edilmesi sonucunu doğurmuştur. Başka bir ifadeyle, aynı mal satışının farklı partileri için, aynı ekonomik bütünlüğü oluşturan, ayrı tüzel kişilikleri haiz şirketlerce, farklı faturalar düzenlenmiş olması, teorik açıdan tüzel kişiliklerin bağımsız olan şirketlerin, uygulamada ise aynı kişi olarak hareket etmesi tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi sonucunu doğurmuştur. Mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının uygularken, MK. 2'de yer alan dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanmıştır. Yanlı, V., age, s. 246 vd., Esen, E., Perdenin Kaldırılması, s. 38 vd.; Kervankıran, E., agm, s. 464 vd., Kütükçü, D., agm, s. 120 vd., Seven, V. / Göksoy, C., Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C: 80, S: 6, Yıl: 2006, s. 2467 vd; Kaplan, İ., agm, s. 42.

⁵¹⁸6102 s. TTK'da anonim şirketler için öngörülmesi olan asgari sermaye miktarı ile küçük işletmelerin anonim ortaklıklar tarafından işletilmesinin engellenmesi amaçlanmakta ve bu miktar daha büyük işletmeler için bir eşik oluşturmaktadır. Kanunun esas sermaye için asgari bir miktar öngörmesi, bu miktar altında bir faaliyete izin vermediği şeklinde anlaşılmalıdır; yoksa bu miktar, ortaklığın iktisadi amaç ve faaliyetine uygun özkaynağın sermaye olarak konulması yönünde bir yükümlülüğü ifade etmemektedir. Bir ortaklık baştan yetersiz özkaynak ile kurulmuş yahut faaliyet hacminin büyümesiyle orantılı bir özkaynak oluşturulmamışsa, bu durumlarda özkaynak yetersizliğinden bahsedilebilir. Yanlı, V., age, s. 86 vd., Esen, E., Perdenin Kaldırılması, s. 22 vd., Kervankıran, E., agm, s. 465.

⁵¹⁹Yabancı yönetim, şirket faaliyetlerinin, şirketin çıkarları yerine, ona yabancı çıkarlar tarafından yönlendirilmesi ve böylece ortaklığın, hakim ortak dışındaki diğer ortakların ve ortaklık alacaklılarının zarar görmesidir. Şirketle hakim ortağın bağımlılık ilişkisinin bir sonucu olarak, hakim ortağın, ortaklığın menfaatlerini değil; ortaklık menfaatleriyle çelişen kendi özel menfaatlerini gözetmesi ve sonuçta şirketin, diğer ortakların ve şirket alacaklılarının zarar görmesi halinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak hakim ortağın sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği tartışması, yabancı yönetim başlığı altında incelenir. Yanlı, V., age, s. 119 vd., Esen, E., Perdenin Kaldırılması, s. 29 vd., Kervankıran, E., agm, s. 467 vd. Yabancı Yönetim, Tüzel kişi üzerinde belirli bir grubun hakimiyet kurması olarak da nitelendirilmektedir, bkz: Sağlam, İ., agm, s. 158.

⁵²⁰Kurumsal kötüye kullanma hali, adı geçen üç halin dışında, bazı yazarlar tarafından zikredilen, tüzel kişilik perdesinin kaldırılma halidir. Kurumsal kötüye kullanma halinde sınırlı sorumluluk ilkesi hukuka aykırı bir şekilde kullanılmaktadır. Kanunun gerektirdiği şartlara uygun olarak kurulmuş olan bir ortaklığın, kurumsal olarak kötüye kullanma halinin kabulü için, ortakların sınırlı sorumluluk ilkesini bilinçli olarak alacaklıların zararına olacak şekilde kullanmaları ve diğer perdeyi kaldırma hallerinden birinin de sözkonusu olmaması gerekmektedir. Böyle bir durumda tüzel kişi, kanunun çizmiş olduğu sınırlar içinde kullanılmasına rağmen ya hukuka aykırı bir amaca yöneltilmekte ya da başka şahıslar iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde zarara uğratılmaktadır. Kervankıran, E., agm, s. 467; Öztekin, S. / Memiş, T., agm, s. 207.

yabancı yönetim halleridir⁵²¹. Ortaklık tabiiyetinin belirlenmesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halleri arasında sayılmamıştır. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı hallerde, gerekçe olarak gösterilen, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, tüzel kişiliğin tabiiyetini belirleme amacıyla perdenin kaldırılması durumuyla yakından bağlantılıdır.

Tüzel kişiliği haiz şirketin, ortaklarından ayrı bir varlık olduğu ve uluslararası yatırım ve tahkim uygulamasıyla sınırlı olarak, bu prensibin mutlak bir şekilde uygulanması sonucu, tüzel kişiliği oluşturan paydaşların vatandaşlığının gözardı edilmesi, ortakların tüzel kişilik kalkanı ardına sığınarak hileli faaliyetlerde bulunması vs. gibi durumlar, uluslararası yargı / tahkim merkezlerinde karşımıza çıkmaktadır⁵²². Bu gibi durumlarda akla gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun, hukukta yarattığı ilk etki belirsizlik ve öngörülemezliktir. Bu belirsizlikler de tarafların akdi ilişkiden meşru beklentilerine zarar vermekte ve tahkim kararlarının icrasına ilişkin ciddi belirsizlikler yaratmaktadır⁵²³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması⁵²⁴ ile tüzel kişiliğin vatandaşlığının belirlenmesinde kontrol prensibinin yakın bağlantısı vardır. Anglo-Amerikan Hukukunda, şirketin vatandaşlığı eskiden beri kuruluş yeri hukukuna göre belirlenirken, Kara Avrupası Hukukunda yönetim merkezinin bulunduğu yere göre belirlenirdi. Ancak daha sonra Anglo-Amerikan hukukunda benimsenen kuruluş yeri esasına doğru bir kayma olmuş, merkez yerini kabul eden sistemler bile, merkez

⁵²¹ Esen, E., Perdenin Kaldırılması, s. 117 vd., Kütükçü, D., agm, s. 108 vd., Yanlı, V., age, s. 13 vd.,

⁵²² Kütükçü, D., agm, s. 106; Esen, E., Perdenin Kaldırılması, s. 10 vd. Perdenin aralanmasının hangi durumlarda yapılacağına ilişkin kabul edilmiş bir sistem yoktur. Ancak, genel eğilim, ABD mahkemeleri ve öğretinin, hilenin ve haksızlığın önlenmesi, hakkaniyet gibi amaçları sağlamak için perdenin kaldırılması yönündedir. ABD mahkemeleri, genellikle, bir anonim şirketin, hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmek veya hileli bir durum yaratmak amacıyla, bir gerçek kişinin "alter egosu" olarak kurulduğu veya bu amaçla "araç" olarak kullanıldığı durumlarda, perdenin kaldırılması teorisine başvururlar.

⁵²³ KRYVOI, Y., "Piercing the Corporate Veil in International Arbitration", University of West London, Global Business Law Review, Vol. 1, s. 169 vd., Londra, 2011 s. 170.

⁵²⁴ KRYVOI, **a.g.m.**, s. 172, Perdenin kaldırılması kavramını daha iyi anlamak için tüzel kişilik kavramını öncelikle incelemek gerekir. Tüzel kişilik kavramına ilişkin iki temel görüş vardır: Üçüncü kişilerle ilişkileri şekillendirmenin daha uygun bir yol olduğu ve ortakların sorumluluğunu kısıtlayan akdi bir bağ olması, tüzel kişiliğin *hukuki faraziye* olduğu görüşü ile tüzel kişiliğin devletin cevaz vermesiyle oluştuğu ve bu nedenle ayrı bir kişiliğe sahip olduğunu savunan *kişilik* görüşü. Hukuki faraziye görüşü taraftarlarına göre, şirketin paydaşlarından ayrı olduğu görüşü bir faraziyedir, ortaklığın hakları ve borçları aslında ortaklığı oluşturan kişilerin hakları ve borçlarıdır. Kişilik öğretisi taraftarları ise, şirketin paydaşlarından ayrı müstakil bir kurumsal aktör olduğunu savunurlar.

yeri ile kuruluş yerinin aynı ülkede olmasını aramışlardır⁵²⁵. Bunların yanında bir üçüncü kriter de kontrol kriteridir. Paysahipliği esasına göre, şirketin kontrolünü / yönetimini elinde tutan kişinin vatandaşlığı, şirket vatandaşlığının tesbitinde de etkilidir.

Kanaatimizce, tüzel kişilik tabiiyetinin, ortakların tabiiyetine göre belirlenmesi, hukukta belirsizlik ve öngörülemezlik yaratır. Şirketin kuruluşundan itibaren ortaklık yapısında değişiklikler olabilir, bu durumda, şirketin tabiiyeti, kurucu ortakların tabiiyetine göre mi belirlenecektir yoksa devralmalardan sonraki ortaklık yapısına göre mi belirlenecektir ya da ortakların farklı tabiiyetlerden olması halinde, hangi ortağın tabiiyeti esas alınacaktır soruları ilk akla gelen sorulardır. Bunların dışında, tüzel kişiliği oluşturan ortağın gerçek kişi değil de; gene bir tüzel kişi olması halinde, tüzel kişi ortağın da tabiiyetinin belirlenmesi, kontrol esasına, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakların tabiiyetine inme sistemine göre mi yapılacaktır? Tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, ortakların vatandaşlıklarına göre, şirket tabiiyetinin tesbit edilmesi, çok karmaşık ve belirsiz sonuçları beraberinde getirmektedir. Oysa ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak şirket tabiiyetinin belirlenmesi ile önüne geçilmek istenen durum; farklı tabiiyetteki ortakların, kuruluş yeri esasına göre, kendilerine daha lehte bir hukuki durum yaratacak belirli bir devlet tabiiyetindeki tüzel kişilik kalkını ardına sığınarak hileli faaliyetlerde bulunulmasıdır. Bu durumun engellenmesi amacıyla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun uygulanması ile tüzel kişilik tabiiyetinin tesbitinde kuruluş yeri veya idare merkezi kriterlerinin uygulanmasının sağladığı yararlar bertaraf edilmiş olacaktır. Oysa ki, ortakların hileli faaliyetlerin engellenmesi, tüzel kişilik tabiiyetinin belirlenmesi için perdenin kaldırılmasından başka, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi kurumlara başvurulmasıyla da engellenebilir. Kaldı ki bugün, çeşitli hukuk düzenleri, yabancı yatırımların teşviki amacıyla, yabancı devlet vatandaşlarının yerel şirketler kurmalarına izin vermektedir. Yabancı ortakların hileli davranışları sebebiyle, şirket tabiiyetinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak belirlenmesi, yabancı yatırımlar alanında da hukuka güvensizlik ve hukukta belirsizlik yaratacaktır.

⁵²⁵ WALLACE, C.D., *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Kluwer Law Arbitration 2002, s. 132 vd.

2. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASININ ICSID TAHKİMİNDE UYGULANMASI

Ticaret hukukunda ve de pratikte, ortaklığın ortaklardan ayrı bir kişiliği olması, ortaklığın bizzat hak ve borçlara ehil olabilmesi, ticari hayatın daha kolay işlemesi, işlemlerin tüzel kişilik adına yapılması, ortakların tüzel kişiliğin borçlarından doğrudan doğruya sorumlu olmaması gibi tüzel kişilik kavramının getirdiği avantajlar, bazen ortakların tüzel kişiliğin içini boşaltıp hileli işlemler yapmalarına, tüzel kişilik adına kredi çekip ya da borç ilişkilerine girip ticari camiadaki diğer aktörleri dolandırmalarına ve bu şekilde iyi niyet kuralına aykırı olarak, hukukun sağladığı avantajlardan yararlanarak, hukukun kesinlikle korumayı amaçlamadığı menfaatlere ulaşmalarına yardımcı olmaktadır. Bu durumda, iç hukuklarda genel kabul görmüş bir kural olan, tüzel kişiliğin ortaklardan ayrı bir varlık olduğuna dair kuralın mutlak uygulanması, hakkaniyet ve nısfete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Tüzel kişiliğe sağlanan hukuki korumanın kötüye kullanımı çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Çalışmamızda, tüzel kişiliğin kötüye kullanımı ve tüzel kişilik perdesinin aralanmasını, uluslararası yatırım hukukuyla ve yatırımcı kimliğiyle sınırlı olarak inceleyeceğiz.

Tüzel kişilik perdesinin aralanmasına yönelik olarak tartışmaların yer aldığı ilk kararlar Uluslararası Adalet Divanı'nın 1962 tarihli Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belçika v. İspanya - Barcelona Traction) kararı, 1987 tarihli Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI) (Amerika Birleşik Devletler v. İtalya) kararı ve 1998 tarihli Ahmadou Sadio Diallo (Gine Cumhuriyeti v. Kongo Demokratik Cumhuriyeti) kararlarıdır. Bunlardan zamansal olarak da önce olan Barcelona Traction kararında, Divan, şirket ile ortakların varlıklarının arasında kesin bir ayrılık olduğuna, tüzel kişilik ortaklarının, ortaklıktan ayrı korunma talep edemeyeceğine; dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakların tek başına hukuki yollara başvurmasının kabul edilebilir olmadığına hükmetmekle beraber, hakkaniyet gereği istisnai durumların varlığını kabul etmiştir. Divan'a göre, *“yabancı sermayeyi temsil eden bir şirkete karşı hukuka aykırı bir fiilin varlığı halinde, genel kural, sadece şirketin tabi olduğu devlete başvuru hakkı vermektedir.”*; ancak Divan şu üç hale münhasır olarak paydaşların başvurularının değerlendirilebilir olduğunu söylemiştir: doğrudan şirket paydaşlarının hakları ihlal edilmişse, kuruluş yeri ülkesinde şirketin

varlığı son bulmuşsa veya kuruluş yeri devletinin (örneğin kuruluş yeri devletinin kendi fiillerinin söz konusu haksızlığa neden olması) başvuru yetkisi yoksa. Divan şirketin varlığından ayrı olarak, şirket ortaklarının tabi olduğu devletlerin diplomatik koruma haklarının varlığını sadece “hakkaniyet” gerekçeleriyle kabul edilebilir bulmamıştır⁵²⁶. Uluslararası Adalet Divanı kararlarında, paydaşların başvuru hakkına ilişkin en açık tartışma Barcelona Traction kararında yer alır. ELSI kararının ise paydaşların başvuru hakları noktasında bir olumlu bir eğilime sahip olup olmadığı tartışmalıdır.

TSA Spectrum v. Arjantin Kararı (ICSID Case No. ARB/05/5)⁵²⁷, ICSID Tahkim içtihatlarında, hakem heyetinin perdeyi kaldırdığı ilk karardır. Olayda, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında, yatırımcının yabancı kontrol altında olduğuna dair anlaşma yer alıyordu. Hakem heyeti, anlaşmada yer alan yabancı kontrolün gerçekten var olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapmış ve gerçek bir yabancı kontrolün varlığının tesbiti amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir. TSA Spectrum kararı, bu nedenle iki yönden önemli bir karardır. Birincisi ilk defa olarak bir ICSID hakem heyeti tüzel kişilik perdesini kaldırmıştır; ikincisi gerçek bir yabancı kontrolün varlığının aranması gerekliliğine ilişkin örnek bir karardır.

MINE v. Gine⁵²⁸ davasında yatırımcının vatandaşlığına dair bir anlaşma vardı. MINE ile Gine devleti ile uyuşmazlıkların ICSID'te görüleceğine dair rızayı içeren ve MINE'nin İsviçre vatandaşı olduğu şartının da yer aldığı bir anlaşma akdetti. Şirketi kontrol eden kişinin tabi olduğu İsviçre, Konvansiyona taraf devletlerden biriydi; şirketin kuruluş yeri olan Liechtenstein ise henüz daha Konvansiyonu onaylamamıştı. MINE, ICSID tahkimine başvurduğunda, şirketteki gerçek hak sahibinin İsviçreli olduğunu, dolayısıyla vatandaşlık şartını gerçekleştirmiş olduğunu savundu. Gine bu sava itiraz etmedi, hakem heyeti de şirketin vatandaşlığına açıkça atıf yapmadı. Hakem heyetinin, Merkezin yetkisini kabul etmesinden, davacının İsviçre vatandaşlığını kabul ettiği anlamını çıkartabiliriz.

⁵²⁶ Barcelona Traction Kararı s. 48, p.94; Lowe, V., age, s. 133. Barcelona Traction kararında her ne kadar paydaşların tabi olduğu devletin diplomatik himaye hakkı kabul edilmemişse de, paydaşların kaynak devletinin hangi hallerde diplomatik himayeye başvurabileceği konusunu düzenlemesi itibariyle önemli bir karardır.

⁵²⁷ <http://italaw.com/documents/TSAAwardEng.pdf> E.T: 26.08.2011

⁵²⁸ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/84/4)

Mahkemenin bu kararını iki farklı esasa dayandırabiliriz: Birincisi taraflar arasındaki anlaşmada yer alan yatırımcının İsviçre vatandaşlığına tabi olduğuna ilişkin şart, ikincisi Gine'nin ICSID tahkimine rıza verirken, yatırımcının tabiiyetine temel teşkil eden vakaların bilincinde olması vakasıdır. Sonuç olarak, hakem heyeti, kontrol kriterine dayalı vatandaşlık anlaşmasını kabul etmiştir.

ICSID hakem heyeti kararlarına baktığımızda, tabiiyetin tesbiti amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulmamış; ancak tabiiyetin kontrol kriterine dayalı olarak tesbit edilmesine yönelik anlaşma kabul edilmiştir. Kanaatimizce, kontrol kriterine dayalı olarak yapılan vatandaşlık anlaşmasının, ICSID hakem heyetince kabul edilmesinden, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak tabiiyetin tesbit edildiği yönünde bir çıkarım yapılması isabetli olmaz. Ancak karardan şu sonuç çıkarılabilir; ICSID Konvansiyonu m. 25, tabiiyetin nasıl tesbit edileceğine ilişkin bir belirleme yapmamıştır. Bu durumda taraflar, fiili duruma uygun olarak vatandaşlık anlaşması yapabilirler. Mine v. Gine Devleti tahkiminde de, vatandaşlık anlaşması yapılmamış olsaydı, şirket kuruluş yeri Liechtenstein dikkate alınarak, Liechtenstein tabiiyetinde olacak ve yargılama sırasında Liechtenstein ICSID Konvansiyonuna taraf olmadığından, Mine şirketinin başvurusu reddedilecekti. Aslında, burada da, yatırımcı ile ev sahibi devlet vatandaşlık anlaşmasından ziyade, yabancı kontrole ilişkin yapacakları bir anlaşma ile de aynı sonuca ulaşabilirlerdi. Ancak, taraflar tabiiyetin belirlenmesinde kontrol esasına dayalı bir anlaşma yapmayı tercih etmişlerdir ve hakem heyeti de, bu anlaşmayı kabul etmiştir. Hakem heyeti burada, tüzel kişilik perdesini kaldırılarak tabiiyeti tesbit etmemiş; vatandaşlığın nasıl tesbit edileceği konusunda sessiz kalan ICSID Konvansiyonu m. 25 hükmü doğrultusunda, tabiiyetin tesbiti konusunda, fiili durumla uygunluk sağlayan taraf iradelerine üstünlük tanıyarak, vatandaşlığa ilişkin anlaşmayı kabul etmiştir. Sonuç olarak, ICSID hakem heyetlerinin, tabiiyetin tesbiti amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurmadığını söyleyebiliriz.

Tabiiyetin tesbiti amacıyla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, hakem heyetleri tarafından kabul görmemiştir. Perdenin kaldırılması yoluyla tabiiyetin belirlenmesi, paydaşlık yapısına göre değişebilecek ve hukukta belirsizlik yaratacak bir görüştür. Merkez tahkiminde de şuana kadar tabiiyetin belirlenmesi amacıyla perdenin kaldırılması pek rastlayamadığımız bir uygulamadır. Merkez tahkiminde,

tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesinde, kuruluş yeri veya merkez yeri kriteri tartışılmakla birlikte, ağırlıklı olarak kuruluş yeri⁵²⁹ tercih edilmektedir. Merkez tahkimi kararlarındaki böyle baskın bir uygulamaya rağmen, perdenin kaldırılarak tüzel kişilik tabiiyetinin belirlenmesi savunması zayıf bir savunmadır. Uluslararası hukukta perdenin kaldırılması ancak belli durumlarda kabul edilmiştir, tabiiyetin belirlenmesi amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, kabul görmüş bir uygulama değildir⁵³⁰. Etkin tabiiyet ilkesine dayanarak, şirket tabiiyetinin etkin olmadığı ve dolayısıyla söz konusu tabiiyeti ev sahibi devletin tanımak zorunda olmadığı yönündeki itirazı, hakem heyeti tarafından, bu ilkenin tüzel kişiliğin mahiyetine uygun düşmediği gerekçesiyle reddedilmiştir⁵³¹. Etkin vatandaşlık şartı ICSID Konvansiyonu m. 25'te öngörülmeleyen bir şarttır, hakem heyetinin ev sahibi devletin itirazını kabul etmesi, etkin vatandaşlık itirazının tüzel kişilerin mahiyetine uygun düşmemesi yanında, kanaatimizce, hakem heyetinin de yetkisini aşması anlamına gelecekti.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla hedeflenen gerçek yatırımcıya ulaşmaktır. Gerçek yatırımcı bazı durumlarda, ICSID tahkimine başvuru hakkını haiz yatırımcılardan olduğu halde, yatırımını üçüncü devlette kurulu bir şirket aracılığıyla yaparak, ev sahibi devlet ile üçüncü devlet arasındaki daha lehe hükümlerden yararlanmayı hedefleyebilir. Bu durumda, gerçek yatırımcının esas amacı kendini

⁵²⁹ Broches, A., "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States," 136 Recueil des Cours 331, 359-60 (1972-II); Tokios Tokelès v. Ukraine, Yetki Kararı, s. 215'ten naklen: *Madde 25/2(b)'nin amacı, şirket vatandaşlığını tesbit etmek değil; hangi ihtilafların Merkeze götürülebileceğine ilişkin sınırları çizmektir. Bu nedenle, tahkim ya da uzlaşma kurumuyla bağlantılı, makul bir ölçüde dayalı vatandaşlık tanımı ve koşullar hakkında anlaşma konusunda taraflara mümkün olan en geniş serbestlik verilmelidir. Schreuer'e göre, şirket vatandaşlığına ilişkin iç hukukta ve andlaşmalarda yer alan tanımlar, Konvansiyon m. 25'te yer alan vatandaşlığa ilişkin gerekliliklerin karşılanması bakımından belirleyici olacaktır.*

⁵³⁰ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişi ile ortaklık malvarlıklarının ve alanlarının birbirine karışması, özkaynak yetersizliği halleridir. Bakınız yukarıda: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 115 vd. ICSID tahkiminde, bu yöndeki uygulamaya örnek olarak, Tokios Tokeles v. Ukrayna kararı gösterilebilir: Tokios Tokeles v. Ukrayna Kararı s. 220, p.40; Hakem heyeti, Amco Asia Corp. v. Indonesia (Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, Case No.ARB/81/1 (Sept. 25, 1983), 1 ICSID Reports 389, 396) kararındaki gerekçeyi takip etmiş ve hakim ortakların ve yöneticilerin vatandaşlıklarına göre, şirket vatandaşlığının tesbiti talebini reddetmiştir. Hakem heyeti, vatandaşlığın tesbitindeki klasik yöntem olan kuruluş yeri ve merkez yeri hukukundan ayrılmamıştır. Heyet, Konvansiyonun yatırımcı tanımını konusunda taraflara verdiği geniş serbestinin tanınması gerektiği, tarafların andlaşmada bu şekilde anlaşığı ve davacının Litvanya'lı yatırımcı olduğu sonucuna vararak davalının bu yöndeki itirazlarını kabul etmemiştir.

⁵³¹ The Rompetrol Group N.V. v. Romania, 18.04.2008 t. Yetki Kararı, s. 40 vd.

gizlemek değil; ev sahibi devletin sağladığı daha avantajlı bir konumdan yararlanmaktadır⁵³². Biz, durumu ICSID Konvansiyonunun amaçları bakımından değerlendirmeyi uygun buluyoruz. ICSID Konvansiyonunun temel amacı, “yabancı yatırımcı”yı korumaktır. Davacının, yatırımlarını üçüncü bir devlette kurulu şirkette yapmasının amacı, davacının tabiiyetinde olduğu kaynak devletle ev sahibi devlet arasında, yatırım andlaşması olmaması ya da üçüncü devletle ev sahibi devlet arasındaki yatırım andlaşmasının daha lehe hükümler içermesi olabilir⁵³³. Hakem heyeti, Sedelmayer v. Rusya tahkiminde, davacı yatırımcı lehine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve gerçek yatırımcı Sedelmayer’in, kaynak devleti ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım andlaşmasından yararlanmasına izin vermiş ve sözkonusu andlaşmaya göre yetkili olduğuna karar vermiştir. Sözkonusu hakem heyeti, ICSID hakem heyetlerinden farklı bir yol izlemiştir. ICSID hakem heyetleri

⁵³² Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinish, A. / Sinclair, A., **a.g.e.**, s. 615; Sedelmayer v. Rusya Kararı, s. 58 vd. Stokholm Ticaret Odası tahkiminde görülen, Sedelmayer v. Rusya davasında, Sedelmayer Alman vatandaşı olmasına rağmen, ev sahibi devletin, ABD tabiiyetindeki yatırımcılar sunduğu vergi avantajlarından faydalanmak amacıyla, yatırımlarını Amerika’da kurduğu şirket vasıtasıyla yapmıştır. Hakem heyeti, şu gerekçelerle, davacının yatırımlarını Amerikan şirketi aracılığıyla yapmış olmasına rağmen, Almanya- Rusya yatırım andlaşmasından yararlanabileceğine karar vermiştir: *Davacının, andlaşmadaki tanım ışığında yatırımcı olduğundan ve yatırımların gerçekte davacı tarafından bireysel olarak yapıldığı hususlarında şüphe olamaz. Davacının, SGC International şirketineki tam hakimiyeti ve kontrolü, davacının yatırımlarının andlaşma kapsamında olduğu sonucuna varmamızdaki iki temel faktördür. Modern uluslar arası hukukta işletmeyi gerçekte kimin kontrol ettiği, örneğin yatırımları gerçekte kimin yaptığına ilişkin kontrol teorisi yaygın olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucunda, kontrol teorisi, SGC International’in tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve gerçek yatırımcı olan davacıya odağa koymamıza yol açıyor.* Hakem heyeti, perdenin kaldırılması teorisi ve kontrol ilkesine dayanmış, gerçek yatırımcının Amerikalı şirket değil; şirketin sahibi Alman vatandaşı Sedelmayer olduğunu, bu nedenle de yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu kararda güçlü bir muhalefet olması ve gerekçelerinin zayıf olması itibarıyla tartışmaya açık bir karardır. Gerçekten de karara muhalif olan hakem, gerekçesinde şu tesbitte bulunmuştur: *“Davacı Sedelmayer, yatırımlarını 1989 Almanya – Rusya Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşması kapsamında, başka devlet tabiiyetindeki şirket vasıtasıyla değil; doğrudan doğruya bir Alman vatandaşı yatırımcı olarak da yapabirdi. Oysa Sedelmayer, sırf vergi avantajlarından yararlanmak maksadıyla Amerikan şirketi aracılığıyla yapmıştır. Teşvik ve Koruma bir paranın iki yüzü gibidir, kontrol kriterinin uygulanması, devletlerin sözkonusu andlaşmayla kesinlikle amaçlamadıkları bir sonuca götürmektedir.* Muhalefet şerhine baktığımızda, güçlü gerekçeleri vardır. Almanya – Rusya Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmasında, Rusya, başka devlet tabiiyetindeki şirket aracılığıyla yatırım yapan Alman vatandaşlarını korumayı amaçlamamıştır. Burada Sedelmayer, sırf Alman vatandaşı yatırımcılara sunulmayan ve Amerikan şirketlere sunulan vergi avantajlarından yararlanabilmek amacıyla, yatırımlarını Amerikan şirketi aracılığıyla yapmıştır. Sedelmayer şirkete paydaş olmakla kendini gizlememiştir.

⁵³³ Sedelmayer’in yatırımlarını Amerikan şirketi aracılığıyla yapmasındaki temel amacı, yatırımlarını yapmaya başladığı sırada henüz yürürlüğe girmiş olan Almanya – Rusya Yatırımların Teşviki ve Korunması Andlaşmasından yararlanmak ve böylece, ICSID Konvansiyonuna göre Merkeze başvuru hakkı elde etmek değildir, çünkü yatırımlar 1991 yılında başlamış, Sedelmayer de 1996’da tahkime başvurmuştur ve SGC International’in de Sedelmayer’e ait olduğu hususu ev sahibi devletçe de bilinmektedir.

böyle bir durumu, paydaşın başvuru hakkı kapsamında incelemektedir; yani paydaşlık yapısı içerisinde, yatırımcının payını, yatırım olarak değerlendirmekte ve yatırımın uğradığı zarardan yola çıkarak, pay sahibi bakımından Merkezin yetkisini incelemektedir. Sedelmayer v. Rusya tahkiminde, kanaatimizce, paydan hareket edilmesi, sonucu değiştirmemekle birlikte, daha isabetli bir yol olurdu. İhtilafta, Sedelmayer, Kanaatimizce, davacı, yatırımlarını Amerikan şirketleri vasıtasıyla yapmış olsa da, yatırımların zarar görmesinden etkilenecek kişi gene kendisidir. Rusya, isteseydi, Sedelmayer'in mutlak kontrolündeki ve hissedarlığındaki Amerikan şirketinin yatırım yapma isteğini kabul etmeyebilirdi. Bu nedenle, paydaşın başvuru hakkını kabul eden hakem heyetinin kararına katılıyoruz.

Gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcı ilişkisinde hedeflenen, kanaatimizce, Konvansiyon hükümlerine uygunluğun sağlanarak, Konvansiyonun amacına aykırı hareket edilmesidir. Merkez hakem heyetleri önünde iki yol vardır: Birincisi görünürdeki yatırımcı olan davacının, Merkez tahkimine başvuru koşullarını taşıyıp taşımadığının, Konvansiyon hükümlerine uygunluğunu denetleyecek ve bu inceleme sonucunda Merkezin yetkili olduğuna karar vererek, Konvansiyonun amaçlarına aykırı olarak, ev sahibi devlet vatandaşı gerçek yatırımcının, kendi devleti aleyhine Merkez tahkimine başvurusunu kabul edecektir⁵³⁴. İkincisi, yetkiyi reddedecektir⁵³⁵.

⁵³⁴ Tokios Tokelés v. Ukrayna Kararı s. 215 vd.; *hakem heyeti, davacı şirketin paydaşlarının ev sahibi devlet tabiiyetinde olduklarını ve yönetimin de, gene ev sahibi devlet tabiiyetindeki paydaşlara ait olduğunu bilmesine rağmen, şekli bir inceleme yapmayı tercih etmiştir. Hakem heyeti, ICSID Konvansiyonu ve Ukrayna-Litvanya Yatırım Andlaşmasında, yatırımcı kavramının nasıl ele alındığını incelemiştir. Konvansiyon 25. madde, uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında olmasını aramıştır. Madde 25 /2(b)'de diğer âkit devlet vatandaşı tabirinin kapsamına, "uyuşmazlığa taraf devletten başka âkit devlet vatandaşı tüzel kişi"yi de dahil etmiştir. Fakat Konvansiyonda, tüzel kişilerin vatandaşlığının tesbiti için bir yöntem getirilmemiş; tarafların makul takdirlerine bırakılmıştır. Bu durumda, hakem heyetinin yetkisinin tesbitinde, Ukrayna – Litvanya yatırım andlaşmasında yer alan, şirket vatandaşlığı tanımına riayet etmek gerekir. İç hukuk düzenlemesinde veyahut andlaşmada yer alan tüzel kişilik vatandaşlığına ilişkin tanım Merkez hakem heyeti tarafından da kabul edilmelidir, Ukrayna – Litvanya yatırım andlaşmasında, Litvanya bakımından tüzel kişi yatırımcı, "Litvanya kanunlarına uygun olarak kurulmuş bir ticari işletme" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım ışığında Tokios Tokelés'in, devletlerarası ikili yatırım andlaşmasına göre Litvanyalı bir yatırımcı şirket olduğu sonucuna varılır. Hakem heyeti, görüşüne göre Ukrayna- Litvanya yatırım andlaşmasındaki şirket vatandaşlığı tanımına riayet ederek, tarafların beklentilerini karşılamış, uyuşmazlık çözüm usulünün güvenilirliğini arttırmış ve yatırımcılara, yatırımlarını andlaşmada getirilen hukuki korumalara göre şekillendirme imkânı getirmiştir. Hakem heyeti, davada menfaati olabilecek, davacının ardındaki ortaklara veya tüzel kişiliklere bakmayı reddetmiştir. Başhakem ise kararın felsefesine katılmadığını, ICSID tahkiminin ev sahibi devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik olduğu; ev sahibi devlet ile gene ev sahibi devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için tasarlanmadığını belirtmiş; bu nedenle*

Merkez hakem heyetlerinin, her iki yönde de kararına rastlamak mümkündür.

de karara muhalif kalmıştır. Sinclair, A.C., Nationality, s. 104. The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), s. 24 vd: *Ev sahibi devletin savunmalarına karşılık, davacı, ev sahibi devletin iddialarını kabul etmemekle beraber, şirketin hisselerinin tamamı Romanya vatandaşına ait olsa ve sermaye yabancı menşeli olmasa bile, bunun, ICSID'in m. 25(2)'ye göre oluşan yetkisini kaldırmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti, incelemeye yetkisinin dayanağı olarak gördüğü ICSID m. 25'ten ve Hollanda-Romanya ikili yatırım anlaşmasının 8. maddesinden başlamıştır. Konvansiyon m. 25 vatandaşlık kavramını tanımlamaktan kaçınarak, bu konuyu anlaşma taraflarına bırakmıştır. Hakem heyetine göre, taraflar kimlerin vatandaş sayılacağını ve anlaşma korumasından yararlanacağını bizzat anlaşmada düzenleyebilirler. Hollanda-Romanya arasındaki anlaşmada vatandaşlığın belirlenmesinde özel bir yöntem getirilmemiştir. Hakem heyeti, taraflar arasındaki anlaşmayı temel alarak karar vereceğini ve ilgili anlaşmada, vatandaşlığın tesbitinde uluslararası hukukta kullanılan kuruluş yeri hukukunu bertaraf edici bir hükme rastlanmamıştır. Hakem heyeti, Tokios Tokales kararında, akademik çevrede pek onay görmeyen ve uygulaması da olmayan Prosper Weil'in ekonomik gerçeklerin resmi hukuki duruma üstün tutulması gerektiği yönündeki muhalif görüşe katılmamaktadır; bu, Anlaşmalar Hukukuna ilişkin 1969 Viyana Konvansiyonu 31. maddedeki ilkeye de aykırıdır. 31. maddeye göre anlaşmalar, içlerinde yer alan terimlerin olağan anlamlarına göre iyi niyetle yorumlanmalıdır.*

⁵³⁵ Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Türkiye Cumhuriyeti Kararı (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2), s. 59 vd. Davada hakem heyeti, Cementownia'nın ÇEAŞ ve Kepez'de hissedar olduğu veya kontrolünün kendisinde olduğunun ispat yükünün davacıda olduğuna kanaat getirmiştir. ÇEAŞ ve Kepez ile Türkiye arasındaki ihtilafın başlamasından itibaren iki buçuk sene hak sahibi olarak ortaya çıkmayan ve dava açmayan Cementownia'nın yatırımcı sıfatını ispat edememesi üzerine, hakem heyeti, davacının davasını, Enerji Şartı Anlaşmasının ilgili hükümleri gereğince, mülkiyetinde veya kontrolünde olan bir yatırımın varlığını ispat edemediği ve davacının davasının hileli ve kötü niyetle açıldığından bahisle, davayı reddetmiştir. Saba Fakes v. Türkiye, s. 48 vd: *Ev sahibi devlet vatandaşlarının, başka bir ülkede şirket kurmak suretiyle kendi ülkelerinde yatırım yapmasına diğer başka kararlarda da rastlamıştık. Bu kararlarda alter ego ya da iyi niyet ilkesine aykırılıklardan bahsedilmişti. Burada ise hakem heyeti "hile" kavramından bahsetmiş ve halihazırdaki davadaki gibi iyi niyet kurallarına aykırı tutumlarda sadece, tüm masrafların kötü niyetli tarafa yükletilmesi şeklindeki ICSID içtihatlarındaki genel kabulü aşarak, davacının Türkiye'ye karşı başlattığı davanın hileli (fraudulent) olduğunu ilan etmiştir. Hakem heyeti, bu hususu kararda ayrıca belirtmiştir. Hakem heyeti, Kemal Uzan'ın Enerji Şartı Anlaşması m. 1(6) anlamında yatırım yapmamış olmasına rağmen, sadece uluslararası ihtilaf çözüm mekanizmasının yetkisinin tesisi amacıyla hisse devirlerinin gerçekleştirilmiş olduğu görüşündedir. Davacının, esasa ilişkin haklarına halel gelmeksizin yetkisizlik kararı verilmesi doğrultusundaki talebinin kabulü halinde, davacıya, başka bir ihtilaf çözüm mekanizmasında, hatta ICSID nezdinde aynı veya benzer talepleri içeren yeni bir süreç başlatma imkanı tanıma riski vardır. Bu nedenle hakem heyeti, davacının ICSID nezdinde hileli bir dava açtığını bu hükümle resmen açıklayarak, davacı için, ICSID veya başka bir ihtilaf çözüm mekanizması önünde, tekrar aynı veya benzer bir dava açmasını engellemiştir. Hakem heyeti davacının kasten ve kötü niyetle, tahkim mekanizmasını suiistimal ettiğini, kendisinin yatırımcı olmadığını bildiği halde, yatırımcı gibi davrandığını, davacının halihazırdaki davasının "hileli" olduğunu ifade etmiştir. Saluka v. Czech Republic UNCITRAL tahkiminde, (Saluka Investments B.V. v The Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006) Çek Cumhuriyeti, davacının, Japon yatırımcılar tarafından kontrol edilen, Hollanda'da kurulu içi boş bir şirket olduğunu, bu nedenle Hollanda-Çek Cumhuriyeti arasındaki yatırım anlaşmasının korumasından yararlanamayacağını iddia etmiştir. Ancak, hakem heyeti davacının Hollanda-Çek Cumhuriyeti arasındaki yatırım anlaşmasına göre yatırımcı olduğunu, anlaşmada yer almayan bir kuralı hakem heyetinin uygulamaya yetkisi olmadığını; hakem heyetinin aksi yönde karar vermesi için anlaşmada hüküm bulunması gerektiği; ancak aksine bir hükmün de anlaşmada yer almadığına karar vermiştir. Eliasson, N., agm, s. 22.*

Kanaatimizce, hakem heyetleri Merkezin yetkisi hakkında karar verirken, Konvansiyonun, yabancı yatırımları koruma ve teşvik amacına ters düşmemeli; özellikle ev sahibi devlet tabiiyetindeki kişilerin Konvansiyon hükümlerini dolanarak, kendi devletleri aleyhine ICSID tahkimine başvurmalarına izin vermemelidirler. Ancak bunun için, tüzel kişilik tabiiyetinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, gerçek yatırımcının tabiiyetine göre belirlenmesi, isabetli bir yaklaşım değildir. Tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı hallerde dahi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak tabiiyetin kontrolü elinde tutan, baskın ortağın tabiiyetine göre belirlenmesi, hukuk düzeninde belirsizlik ve öngörümezlik yaratır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına, tabiiyetin belirlenmesi amacıyla değil; Konvansiyonun dolanılması veya Konvansiyonun amaçlarına aykırı bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, gerçek yatırımcıya ulaşmak için başvurulmalıdır. Ancak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması her zaman gerçek yatırımcıya ulaşılmasında faydalı olmayabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı, gerçek yatırımcının, tüzel kişide paydaş olduğu hallerde faydalı olur. Gerçek yatırımcının, görünürdeki yatırımcı şirkette paydaş olmaması halinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının, gerçek yatırımcıya ulaşmada bir etkisi olmaz. Dolayısıyla, gerçek yatırımcı – görünürdeki yatırımcı sorununun aşılmasında, kanaatimizce, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak gerçek yatırımcıya ulaşılması ve tabiiyetin belirlenmesi, etkin bir çözüm değildir. Bunun yerine, hakkın kötüye kullanımı veya iyi niyet ilkesinin ihlal edildiği hallerde, gerçek yatırımcı, görünürdeki yatırımcı şirkette paysahibi olmasa bile, hakem heyetinin gerçek yatırımcı ile görünürdeki yatırımcı arasındaki ilişkiyi tesbit etmesi ve buna göre, ICSID Konvansiyonunun amaçlarına uygun olarak, gerçek yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki hukuki ilişkiye göre karar vermesi, kanaatimizce, daha isabetli olur.

B. ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE GERÇEK YATIRIMCI SORUNU

1. MERKEZ TAHKİMİNDE ULUSLAR ARASI HUKUK İLKELERİNİN UYGULANMASI

Uluslararası hukukta, taraf iradelerine bağlı olmaksızın, taraflar açısından uygulanması zorunlu kurallara jus cogens kurallar denir. Jus cogens kurallar bir andlaşmada yer alabileceği gibi, bir kuralın jus cogens niteliğinde olduğu, uluslararası bir mahkeme kararında da yer alabilir⁵³⁶. Söz konusu kuralların kapsamının belirlenmesinde, örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkelerinden hareket edilmektedir⁵³⁷. Devletler, jus cogens kurallara, hukukun genel ilkelerine ve örf ve adet hukuku ilkelerine uymak zorundadır⁵³⁸.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38/1-c'ye göre, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alır⁵³⁹. Uluslararası hukukta, iyi niyet de (bona fide, good faith) hukukun genel ilkelerindedir⁵⁴⁰. Andlaşmalar Hukukuna dair 1969 Viyana Konvansiyonunda iyi niyet ilkesi hem ahde vefa başlıklı 26. maddede⁵⁴¹ hem de andlaşmaların yorumuna dair 31. maddede⁵⁴² yer alır. Uluslararası hukukun kaynaklarından olan ve aralarında iyi niyet ilkesinin de bulunduğu, hukukun genel ilkeleri uluslararası yatırım hukukunda da bağlayıcıdır ve söz konusu ilkelere başvurulmasına, bu nedenle, Merkez tahkim yargılamasında da itiraz edilmemiştir.

⁵³⁶ Grant, J.P., / Barker, age, s. 323.

⁵³⁷ Karakoç, İ., Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.90.

⁵³⁸ Nieto-Navia, R., International Preemptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law, <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>, E.T: 12.09.2013, s. 12.

⁵³⁹ Statute of the International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org>, E.T: 09.09.2013; 38/1-c: "Uyuşmazlıkları uluslararası hukukla bağlantılı olarak çözümlenmekle görevli olan Divan, ...c. Medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerini uygulayacaktır."

⁵⁴⁰ Lowe, V., age, s. 116; Brownlie, I., Principles of Public International Law, 6. Baskı, Oxford, 2010, s. 15 vd.; Grant, J.P., / Barker, J.C., age, s. 247; Lauterpacht, H., International Law, C. 1: General Works, Cambridge, 2009, s. 47.

⁵⁴¹ Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu, <http://untreaty.un.org>, E.T: 09.09.2013; m. 26; "Pacta sunt servanda"; *Yürürlükteki andlaşmalar taraflar için bağlayıcıdır ve taraflarca iyi niyetle ifa edilmelidirler.*

⁵⁴² Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu, <http://untreaty.un.org>, E.T: 09.09.2013; m. 31; "Genel Yorum Kuralı"; *Andlaşma, kullanılan ifadelere verilecek olağan anlamları ve özü ve amacı ışığında iyi niyetle yorumlanmalıdır.*

2. MERKEZ TAHKİMİNDE İYİ NİYET İLKESİ VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

ICSID Konvansiyonunda iyi niyet kavramı yer almamış olmasına rağmen, bazı ICSID kararlarında, hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesi çerçevesinde iyi niyet kavramına yer verilmiştir⁵⁴³. Hakem heyetleri, iyi niyeti, hem konu bakımından yetki⁵⁴⁴ hem de kişi bakımından yetki⁵⁴⁵ şartlarının oluşup oluşmadığının tesbiti amacıyla irdelenmişlerdir. Çalışma konumuz olan kişi bakımından yetki şartına ilişkin iyi niyet kavramının sınırlarını çizmek amacıyla, ICSID Konvansiyonu m. 25'teki konu bakımından yetki şartından ve buna ilişkin iyi niyet kavramından söz etmek gerekir. Konvansiyon m. 25/1'e göre, hakem heyetinin konu bakımından yetkili olması için, *hukuki uyumsuzluğun doğrudan doğruya bir yatırımdan kaynaklanması* gerekir. O halde, hakem heyetinin, konu bakımından yetkili olabilmesi için, uyumsuzluğun hukuki olması, uyumsuzluğun taraflar arasındaki bir ilişkiden kaynaklanması ve söz konusu ilişkinin yatırım olarak nitelendirilebilmesi lazımdır⁵⁴⁶. Konu bakımından yetki kapsamında iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, hileli fiilin sayılan bu üç unsurdan birine ilişkin olması gerekir. Konvansiyon m. 25'te yer alan ve çalışmamızda, kişi bakımından yetki şartları ev sahibi devlet ve yatırımcı açısından olmak üzere ikiye ayırarak inceledik. Yatırımın yapıldığı devlet sabit olduğundan buna ilişkin bir hileli fiilden bahsetmek zordur. Kişi bakımından iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yukarıda belirtilen kararlarda, tahkime başvuran yatırımcı açısından incelenmiştir. Yatırımcı açısından kişi bakımından yetki düzenlemesine göre; yatırımcının ya diğer âkit devlet tabiiyetindeki

⁵⁴³ Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), 15.04.2009 t. Karar, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 30.08.2013, s. 42; Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB/07/20), 14.07.2010 t. Kararı, <http://italaw.com/cases/429>, E.T: 20.08.2011, s. 29; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID ARB/06/8, 23.06.2008 t. Ön Sorunlar Hakkındaki Karar, <http://italaw.com/cases/429>, E.T: 20.08.2011, s. 17

⁵⁴⁴ Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), 15.04.2009 t. Kararı, s. 42. Phoenix Action v. Çek Cumhuriyeti kararında, iyi niyet hem yatırım hem de yatırımcı açısından incelenmiştir. Phoenix Action Ltd. şirketi kuruluş yeri itibarıyla bir İsrail şirketi olmakla birlikte, şirketin tek ortağı bir Çek Cumhuriyeti vatandaşıydı. Hakem heyeti, yatırıma ilişkin Salini testine ek olarak "iyi niyet" şartını uygulamış ve yatırımın iyi niyetle yapılmış olması şartını aramıştır.

⁵⁴⁵ Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB/07/20), 14.07.2010 t. Kararı, s. 29; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID ARB/06/8, 23.06.2008 t. Ön Sorunlar Hakkındaki Karar, s. 17

⁵⁴⁶ Boddicker, J.M., agm, s. 1038.

gerçek / tüzel kişi olacak ya da ev sahibi devlet tabiiyetindeki tüzel kişi olmakla birlikte, yabancı kontrole ilişkin anlaşma nedeniyle, Konvansiyonun amaçları bakımından diğer âkit devlet tabiiyetinde sayılan bir yatırımcı olması gerekmektedir. O halde, kişi bakımından yetkiye ilişkin, iyi niyet ya da hakkın kötüye kullanılması kurumuna dair incelemenin bu çerçevede yapılması gerekmektedir.

İyi niyet ilkesi, bazı ICSID hakem heyeti kararlarına da yansımış ve davacının, iyi niyet ilkesini ihlal etmesi, hakem heyeti tarafından Merkezin yetkisinin incelenmesinde dikkate alınmıştır⁵⁴⁷. Kararlarda, iyi niyet ilkesinin ihlali, hem ev sahibi devletin ulusal mevzuatı çerçevesinde hem de uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmiştir; nitekim, iyi niyet, ulusal hukuklarda da ifade bulan, bir uluslararası hukuk ilkesidir⁵⁴⁸.

İyi niyet ilkesi, uyuşmazlıkların çözümünde, müzakerelerin yapılmasında, andlaşmanın imzalanmasından sonra ve onaylanmasından önce, özüne ve amacına ulaşmanın engellenmesi, anlaşmanın onaylanmasından sonra borçların ifasında ve özüne ve amacına uygun hareket edilmesinde, özü ve amacı ışığında kabul edilen olağan anlamları bağlamında andlaşmaların yorumunda ve hakların kullanılmasında dikkate alınır⁵⁴⁹. O halde, iyi niyet ilkesi, uluslararası hukukta ve Merkez kararlarında farklı bağlamlarda karşımıza çıkabilir. İyi niyet kavramıyla bağlantılı olarak; yabancı yatırımcılara, tahkim yoluyla, koruma bahşeden uluslararası andlaşmaların iyi niyetle yorumlanması⁵⁵⁰; yatırımların iyi niyetle yapılması⁵⁵¹ kavramlarına yer verilmiştir. Bu

⁵⁴⁷ Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 02.08.2006 t. Karar, p. 233; Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 27.08.2008, p. 143.

⁵⁴⁸ Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 02.08.2006 t. Karar, p. 233; "*Hakem heyeti incelemesinde, davacının, yatırımı süresince açıkça iyi niyet ilkesini ihlal ettiğini ve bu nedenle ev sahibi devlet hukukuna uygun davranmadığını ifade etmiştir. Bu durum karşısında, hakem heyeti, ulusal hukukun ve uluslararası kamu hukukunun bir ilkesi olan iyi niyet ilkesinin ihlal edildiğini tesbit etmiş ve yetkisiz olduğuna karar vermiştir.* Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 27.08.2008, p. 143; "... *Hakem heyeti, yatırımın ev sahibi ülkenin hukukuna aykırı olarak hileli tutumla elde edildiğini ve bunun uluslararası kamu kuralına da aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Hakem heyetine göre, davacının iyi niyet ilkesine aykırı tutumu, sadece ev sahibi devletin hukukunun değil; aynı zamanda uluslararası hukukun da ihlali niteliğindedir.*"

⁵⁴⁹ Mitchell, A., Good Faith in WTO Dispute Settlement, Melbourne Journal of International Law, Vol. 7 (2), Melbourne, 2006, s. 345.

⁵⁵⁰ Amco Asia Corporation et al v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Yetki Kararı, 25.09.1983, p. 14; "...*diğer andlaşmalar gibi çok dar veya geniş yorumlanmamalıdır.*"

da aslında, Viyana Konvansiyonunda ifade edilen iyi niyet kavramıyla paraleldir; nitekim, Viyana Konvansiyonunda iyi niyet, hem andlaşmaların yorumlanmasında hem de tarafların andlaşmayı ifa etmelerinde düzenlenmiştir. O halde, Merkez tahkimi bağlamında, iyi niyet ilkesinden iki halde bahsetmek mümkündür: *Andlaşmanın iyi niyetle yorumlanması*: Merkez tahkiminde, andlaşmanın yorumlanması kapsamında hem ICSID Konvansiyonu m. 25 düzenlemesini hem de yatırımın dayanağı olan hukuki düzenlemesi girer⁵⁵². Bu anlamda, yatırımcıya uluslararası tahkim merkezine başvuru hakkı bahşeden, hem hukuki düzenlemenin hem de ICSID Konvansiyonu m. 25'in iyi niyetle yorumlanması gerekir. *Andlaşmanın iyi niyetle ifası*: Viyana Konvansiyonu m. 26'da yer alan ve aslında bir emredici hukuk ilkesinin ifadesi olan, ahde vefa ilkesine göre, andlaşma taraflarca iyi niyetle ifa edilmelidir. Bu anlamda, bir tarafın ICSID tahkimine geçit sağlamak amacıyla, yatırımcıya koruma bahşeden hukuki dayanaktaki ve ICSID Konvansiyonu m. 25'teki düzenlemeyi dolanması, kanaatimizce, andlaşmanın ifasında iyi niyete aykırı davranış olarak yorumlanabilir.

İyi niyet kavramının kullanıldığı kararlarda, iyi niyet daha çok yatırımın varlığına ilişkin olarak tartışılmıştır. Merkez hakem heyetleri, bir kararında iyi niyetin⁵⁵³ yatırımın varlığına ilişkin bir şart olduğunu kabul ederken⁵⁵⁴, başka bir Merkez hakem heyeti, iyi niyetin yatırımın varlığına ilişkin ek bir şart olarak

Andlaşma, tarafların ortak iradelerini yansıtabilecek şekilde yorumlanmalıdır. Dahası, andlaşmalar tarafların taahhütlerinin sonucunu dikkate alarak, iyi niyetle yorumlanmalıdır."

⁵⁵¹ Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 02.08.2006 t. Karar, p. 230; "İyi niyet, hukuki ilişkilere bütün yönleriyle ve içeriğiyle hâkim önemli bir ilkedir. ..El Salvador Merkezin yetkisine rızasını gelecekteki yatırımcıların iyi niyetli davranacağına inanarak vermiştir." Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 27.08.2008, p. 143-144; Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, p. 143; "Hakem heyetine göre, uyuşmazlık konusu yatırım, ICSID tahkimine geçit sağlamak için yapılmıştır. İyi niyet ilkesine aykırı bu tutum, sadece ev sahibi devletin değil; aynı zamanda uluslararası hukukun da ihlali niteliğindedir."

⁵⁵² Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 30; Saba Fakes v. Turkey, 14.07.2010 t. Karar, s. 26.

⁵⁵³ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 40 vd., Hakem heyeti, devletlerin, iyi niyetle yapılmamış yatırımlar için, ICSID tahkimine başvuru yolunu açtıkları varsayımının yapılamayacağı görüşündedir. Hakem heyetine göre, uluslararası yatırım tahkimi çatısı altında sunulan koruma, iyi niyet ilkesinin de dahil olduğu, uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturacaksa bahşedilemez.

⁵⁵⁴ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 56, p. 143. Söz konusu tahkim sürecinde hakem heyeti, yatırımın varlığına ilişkin olarak, hemen hemen her hakem heyetinde tartışılan, para veya aktiflerin katılımı, yatırımda belli bir süre, risk, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı ve ev sahibi devletin yasal düzenlemelerine uygunluk şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin araştırmaya ek olarak yatırımın iyi niyetle yapılıp yapılmadığını da araştırmıştır."

değerlendirilemeyeceğini, bunun hakem heyetinin yetki sınırlarını aşmak olduğunu belirterek; iyi niyet koşulunu kabul etmemiştir⁵⁵⁵. Kararlarda belirtilen iyi niyet kavramına ilaveten “abuse of right” ya da “abuse of process”; yani hakkın kötüye kullanılması veya davanın kötüye kullanımı kavramlarına yer verilmiştir⁵⁵⁶.

İyi niyet ilkesi hem uluslararası kamu hukukunda hem de ulusal hukuk sistemlerinde uzun süreden beri tanınan bir ilkedir. Bu ilke tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinde, dürüst ve adil davranma yükümlülüğünü, niyetlerini ve amaçlarını açıkça göstermelerini ve haksız menfaat elde etmekten kaçınmalarını ifade eder. Kötüye kullanımı halinde, reddedilemeyecek hiçbir hak yoktur. Bu ilke, devletler arasındaki ilişkilere olduğu kadar, devletlerarası anlaşmalardaki haklara, borçlara ve bu hak ve borçlardan doğabilecek uluslar arası taleplere de hakimdir. Uluslararası yatırım hukuku ile uluslararası hukuk ilkelerinin zayıf bir bağlantısı vardır⁵⁵⁷. Uluslararası yatırım hukukuna ilişkin düzenlemeler, esasen devletlerarası çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarıyla sağlanmıştır; ancak bu, kanaatimizce, uluslararası hukuk ilkelerinin hiç dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmaz. Bu husus Merkez tahkiminde de bir kararda açıkça belirtilmiştir⁵⁵⁸. İyi niyet ilkesi de, uluslar arası hukuk ilkelerinden bir tanesidir. Dolayısıyla kimse anlaşmada bahşedilen hakkı kötüye kullanma hakkına sahip değildir; tüm hukuk kuralları, içinde “kötüye kullanılmama” şartını üstü kapalı da olsa içerir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Saba Fakes v. Turkey, 14.07.2010 t. Karar, p. 112; “İyi niyet ve hukukilik ilkeleri, ICSID Konvansiyonu m. 25(1)’deki tanıma dahil edilemez. Hukuki olsun olmasın ya da iyi niyetle yapılmış olsun olmasın, bir faaliyet yatırıma ilişkin özellikleri taşıyorsa yatırımdır.” Bu anlamda Saba Fakes v. Türkiye kararı, Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic kararına aksi yönde bir tutum sergilemiş ve iyi niyetin ek bir şart olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Aynı yönde bkz: Newcombe, A., Fakes v. Phoenix, 03.08.2010 t. Makale, s.1, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/08/03/fakes-vs-phoenix/>, E.T: 08.08.2013.

⁵⁵⁶ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 56, p. 143; “Hakem heyetine göre, ilk bakışta korunmaya layık bir yatırımın var olduğu izlenimi hasıl olsa da, Phoenix Action şirketinin fiilleri hakkın kötüye kullanımına işaret etmektedir. Bu kötüye kullanım, sürecin kötüye kullanımı olarak da adlandırılabilir. Davacı, gerçekte hakkı olmadığı bir uluslar arası tahkim sürecine başvuru hakkı kazanabilmek için, hukuki bir faraziye yaratmıştır. Sözleşmesel alanda, iyi niyet, hilenin ve aldatmanın olmaması ve yatırım araçlarının varlığıdır.” Ayrıca bkz: Mitchell, A.D., agm, s. 345.

⁵⁵⁷ Telli, S., age, s. 60 vd; Sanger, K., agm, s. 26 vd.; Lee, M., agm, s. 9 vd. Uluslar arası Ticaretteki ölçüt kuralların başlıcaları; en çok gözetilen millet kaydı, milli muamele kaydı, hakkaniyet ilkesi, iyi niyet ilkesi, iyi komşuluk ilkesi, karşılıklı muamele ilkesi, tercihli muamele ilkesi, açık kapı ilkesidir.

⁵⁵⁸ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 42, p. 106; *Uluslararası yatırım tahkimi çatısı altında sunulan koruma, uluslar arası hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturacaksa bahşedilemez.*

⁵⁵⁹ A. D’Amato, *Good Faith, Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 107 (R. Bernhardt, ed. 1984); Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the*

Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan iyi niyet ilkesi ulusal hukuklarda da ifade bulur. Türk hukukunda hakların ve borçların ifasında iyi niyetle davranma yükümlülüğü 4721 s. Türk Medeni Kanunu m. 2'de ifade bulur⁵⁶⁰. Buna göre, *herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*. Uluslararası hukukta ve Merkez hakem heyeti kararlarına yansıyan iyi niyet ilkesi, Türk Hukukundaki dürüstlük kuralına yakındır. Dürüstlük kuralına aykırılığın ve hakkın kötüye kullanılmasının bir örneği de hakkın amacına aykırı kullanılmasıdır⁵⁶¹. Bu anlamda, tüzel kişiliğin, ICSID Konvansiyonunun ve dayanak hukuki metindeki yatırımcı tanımının amacına aykırı kullanılması da, dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet kuralına) aykırılık; dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir.

Uluslararası hukukta, hakkın kötüye kullanılması öğretisi, bir haktan diğer bir uluslar arası hukuk kişisi tarafından yararlanılmasını veya bir hakkın yaratıldığı amaca aykırı bir sonuç doğurmasını sağlayacak şekilde kullanılmasının önüne geçer⁵⁶². Hakkın kötüye kullanılması kavramını, iyi niyet ilkesinin uygulaması olduğu

International Court, London, 1958, p. 164; Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15.04.2009 t. Karar, s. 42'den naklen.

⁵⁶⁰ TMK'nın 3. Maddesinin "İyi niyet" başlığını taşıması yanılıcıdır. TMK m. 3'e göre; *Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*. Dürüstlük kuralı başlıklı TMK m. 2, ise uluslararası hukuktaki iyi niyet ilkesini ifade etmektedir. Mülga 743 s. Türk Kanunu Medenisi döneminde, her iki ilke de iyi niyet (hüsnüniyet) ilkesi kapsamında değerlendiriliyordu. TMK m. 2'de ifade edilen Dürüstlük kuralı objektif iyi niyet, m. 3'teki hüsnüniyet ilkesi de sübjektif iyi niyet olarak ayrıma tabi tutuluyordu. Zevkliiler, A. / Acarbey, B. / Gökyayla, K.E., Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 1999, s. 163.

⁵⁶¹ Akyol, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul, 2006, s. 102. Tüzel kişiler onları oluşturan kişilerden hukuken bağımsız ayrı bir kişiliğe sahiptirler. Bununla birlikte, bir gerçek kişi diğer bir gerçek kişi ile yaptığı rekabet yasağı anlaşmasını dolanmak amacıyla, kendisinin ortağı olduğu bir şirket kurarsa, bu tüzel kişi şirket ile diğer gerçek kişi arasında rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren bir sözleşme yoktur. Dolayısıyla, tüzel kişi rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak, dürüstlük kuralı sayesinde, gerçek kişiler arasındaki sözleşme hükümlerinin, sözkonusu tüzel kişiye uygulanması mümkündür. İyi niyet ilkesi, Dünya Ticaret Örgütü'nün bir kararına da yansımıştır. Mitchell, A.D., agm, s. 365, WT/DS217 - Continued dumping and subsidy offset Act of 2000, 16.10.2002 tarihli Heyet Raporu, www.wto.org, E.T: 13.09.2013. Avustralya vd. ABD'ye karşı, Dünya Ticaret Örgütü nezdinde başlattığı yargılamada, heyet, iyi niyet ilkesinin uluslar arası ilişkilerde genel bir davranış kuralı olduğunu belirtmiş; iyi niyet ilkesinin, andlaşmanın bütününün veya bir andlaşma ilkesinin özüne ve amacına aykırı şekilde davranılmasının önüne geçtiğini vurgulamıştır.

⁵⁶² Mitchell, A.D., agm, s. 349.

görüşünde olanlar olduğu gibi, sözkonusu öğretinin iyi niyet ilkesini tamamladığı görüşünde olanlar da vardır⁵⁶³. Bu durumda, uluslar arası hukukun, hakkın kötüye kullanılmasını, üç grupta incelediğini söyleyebiliriz: (1) devletin hakkın özüne ve ruhuna aykırı sonuç doğuracak şekilde, haktan yararlanması, (2) Bir devletin, diğer devletin haktan istifadesini önleyecek şekilde, söz konusu hakkı kullanması, (3) Devletin ihtiyari bir hakkı haksız, aldatıcı ve diğerlerinin haklarını nazara almadan kullanmasıdır⁵⁶⁴.

Kanaatimizce, iyi niyet ilkesi, ICSID Konvansiyonunda yer almasa bile, dikkate alınması gerekli bir genel hukuk ilkesidir. Aksinin kabulü halinde, Konvansiyonun maddelerine uygunluk sağlanarak, Konvansiyonun amaçlarına aykırı sonuçların yaratılması mümkün hale gelir. Bir genel hukuk ilkesi olan iyi niyete, Merkez hakem heyetleri kararlarında başvurulmasını kabul ettikten sonra, ikinci adım iyi niyetin hangi kapsamda uygulanması gerektiğini tesbit etmektir. İyi niyetin öncelikli uygulama alanı andlaşmaların, Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu m. 31'de yer alan ilkeler ışığında, önsözü ve ekleriyle bir bütün olarak, iyi niyetle yorumlanmasıdır. O halde, ICSID Konvansiyonu m. 25'in, ICSID Konvansiyonunun amacı ışığında yorumlanması gerekir. ICSID Konvansiyonunun amacı, Konvansiyonun önsözünde yer alır. Buna göre, Konvansiyonun amaçlarından bir tanesi, yabancı yatırımcılara koruma sağlamaktır. İyi niyet ilkesi, Konvansiyonun yorumunda dikkate alınması gerekli, andlaşmanın bütününe şamil bir genel hukuk ilkesidir. Dolayısıyla, iyi niyet yatırımın varlığına ilişkin ek bir şart olarak değerlendirilemez⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Mitchell, A.D., agm, s. 349.

⁵⁶⁴ Mitchell, A.D., agm, s. 349 – 350.

⁵⁶⁵ Aynı yönde bkz: Fakes v. Türkiye Yetki Kararı, p. 112 vd., Newcombe, A.D, agm, s.1.

SONUÇ

ICSID tahkiminde kişi bakımından yetki konusunu, öncelikle ICSID içtihatları ve öğretideki görüşler ışığında incelemeye çalıştık. Kişi bakımından yetki ya da yabancı yatırımcıların ICSID tahkimine başvurusu konusunda, araştırmalarımız ekseninde, Türkçe bir esere rastlayamadığımız için, m. 25/2’de yer alan kişi bakımından yetki şartını, ulaşabildiğimiz ICSID kararları ve öğretideki görüşlerden faydalanarak konu hakkında bilgi vermeye çalıştık. Konvansiyon m. 25/2 kapsamında, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin tabiiyeti, etkin vatandaşlık kavramı, tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi, yabancı kontrol düzenlemesine ilişkin yaptığımız incelemelerde, öğretideki tartışmalara ve bu tartışmaların ICSID içtihatlarındaki yansımalarına yer verdik. Kişi bakımından yetki konusunu araştırırken, tartışmaların özellikle paydaşların şirketten ayrı başvuru hakkı ve gerçek yatırımcı kavramı üzerinde olduğunu gördük.

Paydaşların şirketten bağımsız başvuru hakkı, ilk olarak ICSID içtihatlarında karşılaşılmış bir sorun değildir. Uluslararası Adalet Divanının Barcelona Tractin, ELSI ve Ahmadou Diallo kararlarında da tartışılan paydaşların başvuru hakkı konusu, ICSID içtihatlarında da tartışılmıştır. Paydaşların başvuru hakkının tartışma konusu olduğu ilk içtihatlarda, paydaşların yatırımcı olup olmadığından hareketle çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. Ancak bu yaklaşım, paydaşların yatırımcı şirketten ayrı olarak yatırımcı sıfatına sahip olup olamayacakları, yatırımcı sıfatının bölünebilir olup olmadığı gibi diğer başka soruları da beraberinde getirmiş; paydaşların yatırımcı sıfatından hareketle yapılan incelemeler, sunulan görüşler, çözüme götürmemiştir. Şirketlere bahşedilen kişilik, onların paydaşlardan bağımsız bir teşkilat olarak ticaret hayatında var olmasını, işlem yapmasını ve bu sayede ticaret hayatında daha etkin rol almasını sağlar. Kanaatimizce tüzel kişilik kuramı gereğince paydaşın şirketten bağımsız hareket edememesi sadece ticaret hayatıyla sınırlı olmalıdır.

Son yıllarda, yatırımdan hareketle paydaşların başvuru hakkı incelenmiş; hakem heyetleri, paydaşların yatırımcı sıfatından değil; “pay” kavramından hareketle paydaşın başvuru hakkını incelemişlerdir. Öğretideki, payın yatırım olduğu; dolayısıyla paydaşın da yatırımcı olduğu görüşü güç kazanmış; payın yani yatırımın

sahibi olan paydaşın da ICSID tahkimine başvurusu kabul edilmiştir. Paydaşın, azınlık veya çoğunluk paydaşı olmasının başvuru hakkı konusunda değil; tazminatın miktarı konusunda önemli olduğu kanaatine varılmıştır. Azınlık paydaşların Merkeze başvuru hakkı noktasında uzun tartışmalara yol açan, azınlık paydaşların yatırımcı sıfatına sahip olup olmadığı konusu, azınlık paylarının da yabancı yatırım kalemlerinden olduğu, azınlık paydaşların da başvuru hakkı olduğu, pay oranının ancak tazminat miktarına etki edebileceği şeklinde bir içtihat geliştirilerek sorun büyük çapta çözülmüştür. ICSID tahkiminde geline nokta, paydaşların şirketten ayrı başvuru hakkı konusu, mükerrer tazminat sonucuna götürmemesi şartıyla, kabul edilmektedir.

Gerçek yatırımcı konusu oldukça yeni bir konudur. Konvansiyon m. 25/2'deki yetki şartlarının davacı tarafından yerine getirilmesi, fakat Konvansiyon'da, hukukumuzda Medeni Kanun m. 2'deki gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı veya dürüstlük ilkesinin (objektif iyi niyet) yer almaması hakem heyetlerini gerçek yatırımcı konusunda çekimser kalmaya itmiş ve gerçek yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşı olduğu aşikâr olmasına rağmen, hakem heyeti, görünürdeki yatırımcının yetki şartlarını sağlayıp sağlamadığını tesbit etmekle yetinmiş; gerçek yatırımcı konusuna ise, tüzel kişilik perdesinin ancak belli şartlarda kaldırılabilceği, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında, gerçek yatırımcıların başvurularını önlemeye yönelik bir anlaşma olmadığı vs. gibi gerekçelerle, aslında Merkeze başvuru hakkını haiz olmayan gerçek yatırımcının, hukuku dolanmasına ve Konvansiyonun amaçlarına aykırı bir durum yaratılmasına müsaade etmişlerdir. Tokios Tokelas Kararından Saba Fakes Kararına kadar hakem heyetlerinin tutumu bu yönde olmuştur. Saba Fakes kararında ise, hakem heyeti gerçek yatırımcı kimliği üzerinde durmuş; görünürdeki yatırımcıyı değil; gerçek yatırımcıyı araştırmıştır. Gerçek yatırımcıya ulaşmak için, evraklar üzerinde derinlemesine bir inceleme yapmış; hatta davacıyı ve onunla bağlantılı kişileri çapraz sorguya almış; sonuçta davacının, gerçek yatırımcının âdeta bir kuklası olduğunu açıklamıştır. Kanaatimizce Saba Fakes tahkiminde, hakem heyetinin tutumu oldukça isabetlidir. Hakem heyeti kendi yetkisini kendisi belirler; ancak Konvansiyonun kendisine verdiği bu yetkiyi kullanırken, Konvansiyonun amaçlarına ters düşmemesi gerekmektedir. Konvansiyonun kesinlikle kapsamı dışında tuttuğu ev sahibi devlet vatandaşlarının ICSID tahkimine başvurusunu, hakem heyetlerinin kabul etmesi, hakem heyetlerinin yetkisini aşması sonucunu doğurur.

Konvansiyon m. 25/2 kapsamındaki şu an için sorun olmakta devam eden, ancak Saba Fakes hakem heyetinin bu konudaki çizgisinden yürüyerek ileride çözümlenmesini umut ettiğimiz, “gerçek yatırımcı” kimliği dışındaki sorunlar büyük oranda çözüme kavuşmuştur.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel / Kaya, İbrahim: **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 2. Bası, Ankara, USAK, 2010.
- .
Acconci, Pia: "Determining the Internationally Relevant Link between a State and Corporate Investor: Recent Trends concerning the Application of the "Genuine Link" Test," **Journal of World Investment and Trade** (2004), s. 123 – 149. (Genuine Link)
- Acconci, Pia: "Is There Room For Customary Law In International Law On Foreign Investments? The Requirement of Continuous Corporate Nationality in the Loewen Case," (Çevrimiçi) http://www.biicl.org/files/954_acconci_comment_on_the_loewen_case_may_2005.pdf, E.T: 12.09.2013 (Continuous Nationality)
- Akalın, Güneri: **Cumhuriyetimizin 85. Yılına Armağan, Atatürk Dönemi Maliye Politikaları**, Ankara T.C Maliye Bakanlığı, 2008.
- Akduman, Ebru: **Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri**, İstanbul, Beta, 2010.
- Akıntürk, Esen: "Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar," **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. VII, S. 27, 2011, s.53-85.
- Akipek, Jale G., Akıntürk, Turgut, Ateş Karaman, Derya: **Kişiler Hukuku**, C. 1, 8. Bası, İstanbul, Beta,

2011.

- Aksar, Yusuf: “Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği; Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi,” **Libya’daki Durum ve Türk Yatırımcıların Hukuki Menfaatlerinin Korunması**, Ed. M. Macit Kenanoğlu, Ali Yeşilirmak, İstanbul, 2011, s. 47 – 59.
- Amerasinghe, Chittharanjan, F.: “Interpretation of Article 25(2)b of the ICSID Convention,” **International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity? :Twelfth Sokol Colloquium**, ed. Richard B. Lillich / Charles Brower, New York, Transnational Publishers Inc., 1994, s. 223 – 240.
- Amerasinghe, Chittharanjan, F.: **Jurisdiction of Specific International Tribunals**, Lahey, Martinus Nijhoff, 2009.
- Amerasinghe, Chittharanjan, F.: **Diplomatic Protection**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Andreeva, Yulia / Plimpton, Debevoise: “Is there a limit to the outer limits of ICSID jurisdiction?,” (Çevrimiçi) <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/08/05/is-there-a-limit-to-the-outer-limits-of-icsid-jurisdiction> E. T: 17.07.2013.
- Antalya, Gökhan: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi,” **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed. Erol Ulusoy, s. 143 – 153.

- Arat, Tuğrul: **Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 269, Ankara 1970.
- Arkan- Akbıyık, Azra: “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA),” **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.III, Beta, İstanbul, 2003, s. 157 - 173.
- Ataman –Fıganmeşe, İnci: “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity”,” **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, C.III, S. 60, 2011, s. 187 – 201.
- Ataman-Fıganmeşe, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar,” **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C. 31, S.1, 2011, s. 91 - 152.
- Aygül, Musa: **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tesbiti**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Bennouma, Mohamed: “Preliminary Report on Diplomatic Protection, 04.02.1998,” **Yearbook of the International Law Commission**, C. II (1), Birleşmiş Milletler, New York & Cenevre, 2008.
- Bentolila, Dolores: “Shareholder’s Action to claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration,” **Trade, Law & Development**, C. II, S.1, National Law University Jodhpur, 2010, s. 87 – 145.

- Berki, Osman F.: “Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 3, Ankara, 1943, s. 406 -432. (Kanuna Karşı Hile)
- Berki, Osman F.: **Devletler Hususi Hukuku**, C. I, Ankara, Güzel Sanatlar, 1966. (Devletler Hususi Hukuku)
- Bernardini, Piero: “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution,” **Liber Amicorum in honor of Robert Briner**, Paris, ICC Publishing, 2005, s. 89 – 108.
- Bilgin, Aslı, A.: “Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım ve Birlik Yurttaşlığı”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. VI, S. 23, 2010, s.15-41.
- Bishop, R. Doak / Crawford, James / Reisman, W.Michael: **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, Lahey, Kluwer Law International, 2005.
- Blackman, Jeffrey, L.: “State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law,” **Michigan Journal of International Law**, C. 19, Y. 1997-1998, s. 1141 – 1191.
- Boddicker, Joseph, M.: “Whose Dictionary Controls? Recent Challenges to the Term Investment in ICSID Arbitration?,” **American University**

International Law Review, C. 25, S. 5, 2010,
s. 1031 – 1071.

Bottini, Gabriel: “Indirect Claims Under The ICSID Convention,”
Pennsylvania Journal of International Law,
C.29, S. 3, Philadelphia, 2008, (Çevrimiçi)
[http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/vol
ume29/issue3/Bottini29U.Pa.J.Int'IL.563\(2008\).
pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume29/issue3/Bottini29U.Pa.J.Int'IL.563(2008).pdf) E.T: 06.01.2012.

Brown, Chester: **Commentaries on Selected Model
Investment Treaties**, Oxford, Oxford University
Press, 2013.

Brownlie, Ian: **Principles of Public International Law**, 7.
Baskı, Oxford, OUP Oxford, 2010.

Byers, Michael: “Abuse of Rights : An Old Principle, A New
Age”, **McGill Law Journal**, S. 47, 2012, s. 389-
431, Montreal, (Çevrimiçi)
[http://lawjournal.mcgill.ca/documents/47.2.Byer
s.pdf](http://lawjournal.mcgill.ca/documents/47.2.Byers.pdf), E.T: 12.01.2012.

Crawford, James /
Olleson, Simon: “The Nature and Forms of International
Responsibility,” **International Law**, Ed.
Malcolm D. Evans, 2. Bası, Oxford, Oxford
University Press, 2006.

Çalışkan, Yusuf: “Dispute Settlement in Investment Law,”
**Implementing International Economic Law:
Through Dispute Settlement Mechanisms**,
Ed. Yusuf Aksar, Lahey, Martinuss Nijhoff
Publishers, 2011, s. 123 – 187.

- Çelikel, Aysel /
Erdem, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- Çelikel, Aysel: **Yabancılar Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2003. (Yabancılar 2003)
- Çelikel, Aysel: **Yabancılar Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta, 2009. (Yabancılar 2009)
- Dayınlarlı, Kemal: **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı, 2007.
- DEMİR, Yalçın, K.: **Soğuk Savaş Sırasında Amerikan Propagandası – Türkiye Örneği**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006.
- Deren –Yıldırım, Nevhis: “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik,” **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s. 47 – 61.
- Deren-Yıldırım, Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım, 2004.
- Desierto, Diane, A.: “Investment Treaty Regulation Under the New ASEAN Charter Regime (November 23, 2011)” **Asia Rising: Growth and Resilience in an Uncertain Global Economy**, Ed. Hal Hill, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

- Dimsey, Mariel: **The Resolution of Investment Disputes: Challenges and Solutions**, Lahey, Eleven, 2008.
- Dipietro, Domenico: "The Use of Precedents in ICSID Arbitration. Regularity or Certainty?," **International Arbitration Law Review**, C. 10, S. 3, 2007, s. 92 – 103.
- Doğan, Vahit: **5901 Sayılı Kanuna Göre Gncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, , 2010.
- Doğan, Vahit: **Milletlerarası zel Hukuk**, Ankara, , 2010.
- Douglas, Zachary: **The International Law of Investment Claims**, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Dumberry, Patrick: "Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession," **Nordic Journal of International Law** 76 (2007), Leiden, s. 153 – 183.
- Ekşi, Nuray: **Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- Eliasson, Nils: "10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration," (evrimiçi) <http://www.sccinstitute.com>, E.T: 10.08.2013.
- Erdem, B.Bahadır: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010.

- Erdem, Ercüment: “Enerji Şartı Antlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü (I),” (Çevrimiçi) <http://www.globalenerji.com.tr>, E.T: 10.08.2013.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Yetkin, 2010.
- Eroğlu, Muzaffer: “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri,” **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/2, İstanbul, 2008.
- Eryugur,K. Haluk: **Yedieminlik**, Ankara, Yetkin, 2008.
- Esen, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008.
- Esen, Emre: **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2012 (Perdenin Kaldırılması).
- Fadlallah, Ibrahim: “Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?, ICSID Case Law,” **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan, New York, 2008, s. 19 – 31.
- Gaillard, Emmanuel: “Investments and Investors Covered By Energy Charter Treaty”, **Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty**, Ed. Clarisse Ribeiro, New York, 2006, 54 – 73.

- Gaillard, Emmanuel: "Establishing Jurisdiction Through a MFN Clause," **New York Law Journal**, Vol. 233, No: 105, 02.06.2005.
- Gaillard, Emmanuel: "The Denunciation of the ICSID Convention," **New York Law Journal**, Vol. 232, No. 122, 26.06.2007.
- García-Bolívar, Omar E.: "Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID's Reach," **Trade, Law and Development**, Vol. 2, No: 1, 2010, 145-169.
- Giray, Faruk K.: **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2013.
- Göğer, Erdoğan: "Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27 S. 3-4, Ankara, 1971, s. 173-192. (Devletler)
- Göğer, Erdoğan: "Kamulaştırma Ve Millileştirmenin Devletler Hususi Hukukuna Getirdikleri Sorunlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, s. 165 – 192, Ankara, 1969. (Kamulaştırma)
- Göğer, Erdoğan: **Türk Tabiiyet Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 1979.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2009.
- Grant, John P./ Barker, J. Craig: **Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. Baskı, Oxford, 2009.

- Grusic, Ugljesa: "The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," **Journal of World Investment & Trade**, Vol. 10, Leiden, 2009, s. 69 – 101.
- Güngör, Gülin: **Tâbiyet Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.
- Güven, Pelin: **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2009.
- Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I**, İstanbul, 1979.
- Heiskanen, Veijo: "Of Capital Import: The Definition of "Investment" in International Investment Law," **Protection of Investments Through Modern Investment Law**, Ed. Anne K. Hoffmann, İsviçre, 2010, s. 51 – 73.
- Hobér, Kaj: "Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty," **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 1, No. 1, 2010, s. 153–190. (ECT)
- Hobér, Kaj: "State Responsibility and Investment Arbitration," **Investor-State Arbitration, Lessons for Asia**, Ed. Michael J. Moser, New York, 2008, s. 87-123. (Responsibility)
- Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010.
- İmga, Orçun: "Endonezya'da Siyaset:Bağımsızlık Sonrası Dönemde Siyası Yaşam ve Kurumlar," **Dicle**

- Kalpsüz, Turgut: **Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003 – 2004 s. 115 – 129.
- Kaplan, İbrahim: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007.
- Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture** – 3. Baskı, Ankara, , 2013.
- Kaplan, İbrahim: “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları,” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, Cilt XXV, S: 4, s. 37 – 46.
- Karakoç, İrem: “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım,” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.87-122.
- Kaushal, Asha: “Reconciling the Public Interest: Third Party Participation, Confidentiality and Privacy in NAFTA Chapter 11 Arbitrations,” **International Arbitration Law Review**, Vol. 9, s. 172 – 189, 2006.
- Kervankıran, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması,” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3-4, Yıl: 2007, s. 453-472.
- Kılavuz, Ali Kemal: “Enerji Şartı Andlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü,” **Gazi Üniversitesi**

Dergisi, Cilt XIII, 2009, Sayı 1-2, Ankara, 2009,
(Çevrimiçi)

www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/13_8.pdf,

E.T: 12.05.2012.

Kjos, Hege Elisabeth:

Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law, Oxford, Oxford University Press, 2013.

KRYVOI, Yaroslau:

“Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, University of West London, **Global Business Law Review**, Vol. 1, s. 169 vd., Londra, 2011.

Vermeer Künzli, Anna M. H.:

The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection, Leiden, (Çevrimiçi)
<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/proefschrift%20vermeer%20binnenwerk.pdf?sequence=2> , 2007.

Kütükçü, Doğan:

“Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi,” **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl: 2009, S. 63-64, s. 105-126.

Laborde, Gustavo:

“The Case for Host State Claims in Investment Arbitration,” **Journal of International Dispute Settlement**, Vol. 1 No. 1, Oxford, 2010, s. 97-122.

Laird, Ian A.:

“A Difference without a Distinction? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and in

Methadex v. USA,” **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**, Ed. Todd Weiler, Londra, Cameron, 2005, s. 201 – 223.

Lalive, Pierre:

“Some Objections to Jurisdiction in Investor - State Arbitration,” **International Commercial Arbitration, Important Contemporary Questions, ICCA International Arbitration Law Congress**, Ed. Albert Jan van den Berg, Lahey, 2003, s. 376 - 392 (Çevrimiçi)
http://www.lalive.ch/files/pla_objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf E.T.
22.05.2011.

Lalive, Pierre:

“The First “World Bank” Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems,” **British Yearbook of International Law**, C. 51, Londra, 1980, s. 123 – 162.

Lee, Michael:

“An Overview of Investment Treaty Arbitration,” **Investor-State Arbitration – Lessons for Asia**, Ed. Michael J. Moser, Hong Kong, Jurisnet, 2008, s. 3 – 15.

Liard, Ian:

“A Community of Destiny - “The Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims”,” **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law**, Edited by: Tod Weiler, Londra, Cameron, 2005, s. 77 – 96.

- Lissitzyn, Oliver, J.: **The International Court of Justice, its Role in the Maintenance of International Peace and Security**, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd.,2006.
- Lowe, Vaughan: **International Law**, Oxford, OUP, 2007.
- Luzi, Roberto, A./ Love, Ben: "Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration: The Tension Between Customary International Law and Lex Specialis," **Investment Treaty Law, Current Issues III**, Ed. Andrea K. Bjorklund, Ian A. Laird, Sergey Ripinsky, Londra, 2009, s. 181 – 207.
- Lynch, Stephen, T.: "The International Centre for the Settlement of Investment Disputes," **Maryland Journal of International Law**, C. 7, S. 2, Maryland, 1982, s. 306 – 326.
- Malinuevo, Martin: **International Disputes in Investment in Services**, Buenos Aires, 2012.
- Mena, Antonio, O.: "Dispute Settlement Under NAFTA: The Challenges Ahead," (Çevrimiçi) <http://www.business.ualberta.ca/en/Centres/WCER/Publications/Other/~media/business/Centres/WCER/Documents/Publications/OtherPublications/NAFTA/NAFTAOrtiz.ashx>, E.T: 09.08.2013.
- Mendelson, Maurice: "Issues Relating to the Identity of Investors," **Contemporary Investment Issues in International Arbitration and Mediation: The**

Fordham Papers, Ed. Arthur W. Rovine, Leiden, 2011, s. 22-33. (Identity)

Mendelson, Maurice:

“The Runaway Train: “The Continuous Nationality Rule” From The Panevezys-Saldutiskis Railway Case to Loewen,” **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**, Ed. Todd Weiler, Londra, Cameron, 2005, s. 97 – 149. (Nationality)

Meyerstein, Ariel:

“The “difference without a distinction” strikes again in Glamis Gold: notes on the persisting confusion of preliminary objections to “admissibility” with objections to “jurisdiction” in investment disputes,” <http://kluwarbitrationblog.com>, E.T: 20.07.2013

Mezgravis, Andrés, A./

González, Carolina:

“Denunciation of ICSID Convention: Two Problems: One Seen and One Overlooked,” **Transnational Dispute Management**, C. 9, S. 7, Aralık 2012.

Mistelis, Loukas, A. /

Baltag, Crina, M. :

“Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty”, **Penn State Law Review**, 2009, s. 1301-1321, <http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201301.pdf>., E.T: 12.06.2012.

- Mitchell, Andrew, D.: “Good Faith in WTO Dispute Settlement,” **Melbourne Journal of International Law**, C. 7, S. 2, Melbourne, 2006, s. 340 – 373, (Çevrimiçi) <http://www.worldtradelaw.net/articles/mitchellgoodfaith.pdf>, E.T: 13.06.2013.
- Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması,” **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl:22, S: 2, 2002, 413 – 421.
- Muchlinski, Peter / Ortino, Federico/Schreuer, Christoph: **The Oxford Handbook of International Investment Law**, New York, Oxford University Press, 2008.
- Newcombe, Andrew: Fakes v. Phoenix, (Çevrimiçi) <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/08/03/fakes-vs-phoenix/>, E.T: 08.08.2013.
- Niboyet, Jean P.: “Şirketlerin Hakikaten bir Tabiiyeti Mevcut mudur?” Çeviren Doç. Dr. Hicri Fişek, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 9, Sayı: 3, Ankara, 1952, s. 97 – 113.
- Nieto-Navia, Rafael: International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law, (Çevrimiçi) <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>, E.T: 12.09.2013
- Nolan, Michael / Sourgens, Frédéric, G.: “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID

Convention: The (Possible) Venezuela Case Study,” **Transnational Dispute Management** S. 5, 2007, (Çevrimiçi), <http://www.milbank.com/images/content/9/5/956/TDM-Nolan-Sourgens-Milbank.pdf>, E.T: 12.08.2013.

Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2011. (Devletler)

Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal: **Devletler Hususi Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2003.

Nomer, Ergin: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Yenilenmiş 17 Bası, İstanbul 2009. (Vatandaşlık)

Onaner, Mehmet: “Türkiye’de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları,” **Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye**, Ed. Ali Tarhan, Ankara, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 2001.

Orazgılıcov, Dövrän: **Milletlerarası Doğrudan Yatırımlar Açısından Joint Venture**, İzmir, Güncel, 2006.

Özsunay, Ergun: **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 4. Bası, İstanbul, Sulhi Garan, 1978.

Öztek, Selçuk / Memiş, Tekin: **Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ed. Ulusoy, E., s. 195 – 233.

- Park, William, W.: “Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma, Multiple Party Actions in International Arbitration” (2009), (Çevrimiçi), http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=William_Park&sort=author, E.T : 13.05.2013.
- Patry, Robert: “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler” Çeviren: Haluk Burcuoğlu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 15, S. 18, İstanbul, 1990, s. 15 – 25.
- Paulsson, Jan: “Arbitration Without Privity” **10 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Londra, 1995, s. 232 – 257.
- Paulsson, Jan: “Jurisdiction and Admissibility,” **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in honour of Robert Briner**, Ed. Gerald Aksen, Paris, ICC Publishing, 2005, s. 601 – 617.
- Paulsson, Jan: “The ICSID Klöckner v. Cameroon Award : The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements,” **1 Journal of International Arbitration** , 1984, 145-169.
- Parra, Antonio, R.: **The History of ICSID**, Oxford, OUP, 2012.
- Pazarıcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 9. Baskı Ankara, Turhan, 2010.

- Powaski, Ronald, E.: **The Cold War, The United States and The Soviet Union 1917-1991**, New York, Oxford University Press, 1998.
- Proksch, Marc: **International Investment Agreements (IIAs) Issues and considerations for ASEAN - First ASEAN-OECD Investment Policy Conference** 18-19 November, Jakarta, Indonesia, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentfordevelopment/46485529.pdf>, E.T: 29.06.2013.
- Reçber, Sercan / Öğüt, Selman: “Mavi Marmara Olayının Uluslar arası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi,” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 22, Güz 2012/2, s. 507 - 520
- Reed, Lucy / Paulsson, Jan / Blackaby, Nigel: **Guide to ICSID Arbitration**, New York, Kluwer Law International, 2010.
- Ribeiro, Clarisse: Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, (Çevrimiçi) http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178517157230/investments_and_ect_eq.pdf, E.T: 27.09.2011.
- Rodner, James, O. / Estévez, Jaime, M.: “BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced,” **Journal of International Arbitration**, C. 29, S.4, 2012, 437–452.

- Rosenne, Shabtai: **The Law and Practice of the International Court**, 1920-2005, Vol. I, Leiden, 2006.
- Rubenstein, Kim / Adler, Daniel: "International Citizenship: the Future of Nationality in a Globalized World", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 2000, s. 519 – 548, (Çevrimiçi) <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=ijgls> E.T: 18.02.2012.
- Sağlam, İpek: "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış," **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02.02.2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Ed. Erol Ulusoy, s. 153 – 159
- Sanger, Kathryn: "Basic Principles of Investment Treaties," **Investor-State Arbitration, Lessons for Asia**, New York, 2008, s. 21-31.
- Schabas, William, A.: **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, Çev: Gülay Aslan, Cambridge, 2004.
- Schatz, Sylvia: "The Effect of the Annulment Decisions In Amco v. Indonesia and Klöckner v. Cameroon on the Future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," **American University International Law Review**, C. 3, S. 2, 1988, s. 481 – 515.
- Schreuer, Christoph: "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration," **The Law and Practise of International Courts and**

- Tribunals**, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005, s. 2 -17. (Local Remedies)
- Schreuer, Christoph: “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration,” **The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, s.353–368 (Denunciation)
- Schreuer, Christoph: “Shareholder Protection in International Investment Law,” **Völkerrecht als Wertordnung, Common Values in International Law – Festschrift für / Essays in Honour of Christian Tomuschat**, Engel Verlag, 2006, s. 601 - 619. (Shareholder Protection)
- Schreuer, Christoph/Malintoppi, Loretta/Reinish, August/
Sinclair, Antonio: **The ICSID Convention, A Commentary**, 2. Bası, Cambridge, 2009.
- Serozan, Rona: **Tüzel Kişiler : Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1994.
- Seven, Vural / Göksoy, Can: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi),” **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 80, S: 6, Yıl: 2006, s. 2455 – 2470.
- Sinclair, Antonio C.: “Case Comment Nationality of Individual Investors in ICSID Arbitration,” **International Arbitration Law Review**, Vol. 7, No. 6, 2004, s. 191-198

- Sinclair, Antonio, C.: “ICSID’s Nationality Requirements,” **Investment Treaty Arbitration and International Law**, Ed. TJ Grierson Weiler, Vol: 1, New York 2008, s. 85 – 118.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy: **The International Law on Foreign Investment**, 3. bası, Cambridge, 2010.
- Stanimir, Alexandrov, A.: “The Baby Boom Of Treaty Based Arbitrations And The Jurisdiction Of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis,” **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2005, s. 19 – 59.
- Stucki, Blaise /
Schellenberg, Witmer : “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories,” ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006.
- Sur, Melda: **Uluslararası Hukukun Esasları**, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, Beta 2010
- Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1985 (Esasa Uygulanacak Hukuk)
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre /
Ataman-Figanmeşe, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat, 2013

- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2011. (Ticari Akitler)
- Şit- Köşgeroğlu, Banu: "Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Teşmili," **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XV, Y. 2011, S. 3, s. 1-30.
- Tekinalp, Gülören / Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul, Vedat, 2011.
- Telli, Serap: **Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.
- Tiryakioğlu, Bilgin: **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Ankara, Dayınlarlı, 2003.
- Toluner, Sevin: **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 1996.
- Tomka, Peter: "Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? Introductory Remarks," **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard / Jennifer Younan, New York, Juris Publishing, 2008, s. 7 – 19.
- Tuor, Peter: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 8. Baskı, Zürich, 1968.
- Tupman, W. Michael: "Case Studies in the Jurisdiction of the Centre for Settlement of Investment Disputes," **International and Comparative Law Quarterly**, C. 35, S. 4, 1986, s. 813-838.

- Turner, Peter: “Two Hot Topics in Investor-State Arbitration,” **Investor-State Arbitration, Lessons for Asia**, New York, 2008, s. 43-51.
- Uluocak, Nihal: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1986.
- Unat, İlhan: **Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- Van Damme, Isabelle: “Inherent Powers of and for WTO Appellate Body,” **The Graduate Body Centre for Trade and Economic Integration**, Working Paper, 2008.
- Vicuna, Francisco, O. : Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement, <http://www.arbitration-icca.org>, E.T: 02.08.2013
- Vicuna, Francisco, O.: New Issues In the Settlement of Investment Disputes of International Investments,2008, <http://www.arbitration-icca.org> E.T: 07.07.2013
- Wälde, Thomas, W.: “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty, From Dispute Settlement to Treaty Implementation,” **Conference on Energy – Arbitration**, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998.
- Wallace, Cynthia, D.: **The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization**, 2. Baskı, Londra, Martinus Nijhoff, 2002.
- Weis, Paul: **Nationality and Statelessness in International Law**, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Lahey, Alphen aan den Rijn, 1979.

- Wendlandt, Matthew: “SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes,” **Texas International Law Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.tilj.org/content/journal/43/num3/Wendlandt523.pdf>
- Wernert, Sophie: Analysis of Regional Investment Frameworks Worldwide; Policy analyst Meeting of Working Group 1 MENA-OECD Investment Programme 15-16 February 2010, Amman, Jordan OECD Private Sector Development Division, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/mena/investment/44866454.pdf>, E.T: 29.06.2013.
- Wisner, Robert / Gallus, Nick: “Nationality Requirements in Investor – State Arbitration,” **The Journal of World Investment & Trade : Law, Economics, Politics**, Vol. 5, Cenevre, 2004, 6, p. 927-945.
- Yanlı, Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, 2000.
- Yeşilırmak, Ali: “Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes over Turkish Investment Contracts,” **ICSID Review**, C. 14, 1999, s. 390-420.
- Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah/
Karan, Nur / Özdemir, H. Eyüp /
Üstün, Gül / Okay-Tekinsoy, Özge: **İdare Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, 2012
- Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul, Beta, 2004.
- Zabunoğlu, Yahya K.: **İdare Hukuku**, 12. Baskı, Cilt 1, Ankara, 2012.

INTERNET KAYNAKLARI

Bilateral Investment Treaties 1959-1999,
<http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf> s. 36, E.T: 12.01.2012.

Declaration on the Establishment of a New International Economic Order,
<http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> 26.02.2011.

Energy Charter Treaty,
http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf. E.T: 16.09.2011.

ICSID Konvansiyonu <http://icsid.worldbank.org>,
https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf,
E.T: 12.06.2011.

ICSID Model Clauses, <http://icsid.worldbank.org>, 3. A. Stipulation that Transaction Constitutes an Investment Clause.

Law on Foreign Investments Kanun no 7764 / 1993,
<http://www1.law.nyu.edu/eecr/bycountryrefs/albaniaForeignInvest.html> Erişim Tarihi:
30.01.2013.

Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,
<http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 01.11.2012.

TC Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Web sayfası: www.ydy.gov.tr

The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add4_en.pdf erişim tarihi 08.03.2011.

The Relevance of A Situation to the Admissibility and Selection of Cases Before the International Criminal Court, War Crimes Research Office International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, Washington, 2009 http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm. E.T: 09.09.2013

United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, 2.3 Consent To Arbitration, http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add2_en.pdf, E.T: 09.09.2013

United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.4 Requirements Ratione Personae, Requirements Ratione Materiae, http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add4_en.pdf erişim tarihi 08.03.2011

KARARLAR

Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey) Judgment of 17 December 1978 - ICJ Reports.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, 17, ICSID Review – F.I.L.J 395, 2002.

Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/81/1, <http://icsid.worldbank.org>, ET: 23.06.2011.

Amco v. Republic of Indonesia: Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, S.166, <http://icsid.worldbank.org> ET: 23.06.2011.

American Manufacturing & Trading Inc v. Zaire, Republic of Zaire, ICSID ARB/93/1, 21.02.1997 T. Karar, 36 International Legal Materials (1997) s. 1534 vd., <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. ET: 23.01.2012.

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10.02.1999

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.09.2011.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/00/5, <http://icsid.worldbank.org>. ET: 23.01.2012.

Avena and Other Mexican Nationals (Meksika v. ABD) Kararı, 31.03.2004 <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>, E.T: 20.09.2011.

Azurix Corp.. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 08.12.2003, 43 International Legal Materials (2004); <http://italaw.com/documents/Azurix-Jurisdiction.pdf> E.T: 02.02.2010.

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/98/7), <http://icsid.worldbank.org> E.T. 22.05.2011.

Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), I.C.J.Reports 1970, 3, 46–48, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> ET.29.05.2011.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/20)

Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, www.italaw.com, E.T: 16.09.2011.

Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 9 Mart 1999 tarih, C-212/97 sayılı AAD Kararı, <http://eur->

lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61997J0212&lg=en, E.T: 12.03.2012

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Cumhuriyeti ARB 97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999), <http://icsid.worldbank.org>, E.T 29.04.2011.

Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ARB 02/09 , Decision on Jurisdiction, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal <http://icsid.worldbank.org>, E.T 29.04.2011.

CMS Gas Transmission Company (Claimant) and The Republic of Argentina (Respondent) Case No. ARB/01/8 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Date of decision: July 17, 2003 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> E.T: 13.01.2012.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Consortium Groupement L.E.S.I.–DIPENTA v. Algeria, (ICSID Case No. ARB/03/8), www.icsid.worldbank.org E.T: 05.01.2012.

CONSORZIO GROUPEMENT L.E.S.I. – DIPENTA v. Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, 10.01.2005 t. Karar, <http://icsid.worldbank.org>. E.T: 02.06.2013.

Continued dumping and subsidy offset Act of 2000 - WT/DS217, 16.10.2002 tarihli Heyet Raporu, www.wto.org, E.T: 13.09.2013

Duke Energy International Peru Investments NO. 1, Ltd. and REPUBLIC OF PERU, ICSID Case No. ARB/03/28 (Annulment Proceeding), DECISION OF THE AD HOC COMMITTEE, 01.03.2011

Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15. <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> ET: 29.05.2011.

Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain Case no. ARB/97/7 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ARB/01/03, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) of August 2, 2004.
<http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>

Europe Cement Investment and Trade S.A. v Türkiye Cumhuriyeti (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2)
<http://italaw.com/documents/EuropeCementAward.PDF>
E.T:25.04.2012, Europe

Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/21)

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) – ICJ Reports 1998, <http://www.icj-cij.org>
E.T: 22.04.2012.

Franz Sedelmayer v. The Russian Federation Award of Stockholm Chamber of Commerce, 07.07.1998
http://italaw.com/documents/investment_sedelmayer_v_ru.pdf ET: 22.10.2012

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20, 03.07.2013, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, www.italaw.com, E.T: 02.09.2013.

Government of the Province of East Kalimantan v PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP PLC, Pacific Resources Investments Ltd, BP International Ltd, Sangatta Holdings Ltd and Kalimantan Coal Ltd (ICSID Case No ARB/07/3)

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 22.05.2011.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (Award), ICSID Case No. ARB/03/26 (2 Aug. 2006).

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romanya, ICSID Case no ARB/05/20, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf> E.T: 15.04.2011.

Joy Mining Machinery Limited v. The Arap Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf s. 10,

Kaiser Bauxite v. Jamaica ARB/74/3 Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, *ICSID Rep.* 296 (1993); 114 *I.L.R.* 144 (1999).

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1; www.italaw.com, E.T: 30.08.2013.

LaGrand Kararı (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri Davası) www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf E.T: 18.09.2011.

Lanco International Inc. v. Argentine Republic ICSID Case No: ARB/97/6, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf e.t: 27.08.2012.

LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1), <http://icsid.worldbank.org>, ET: 23.06.2011.

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia (ICSID Case No. ARB/83/2), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 14.09.2011..

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID ARB(AF)/99/1 (Feldman v. Mexico), Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 469 (2003)

Mavrommatis Palestine Concessions Kararı (Yunanistan v. İngiltere Kararı) www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf E.T: 06.09.2011.

Mobil Corporation and Others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.03.2011.

Mondev International Ltd. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2) , <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.03.2012.

Mr. Eudoro Armando Olguin v. Paraguay, ICSID (ARB 98/5) 26.07.2001 T. Kararı, <http://icsid.worldbank.org> E.T: 02.08.2013.

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), I.CJ Pleadings, Vol.1; <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/9009.pdf> E.T.: 13.04.2011.

Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> E.T: 13.04.2011

Nuclear Tests, Australia v. France, 20.12.1974 tarihli karar, Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253. <http://www.icj-cij.org/docket/files/58/6093.pdf>, E.T: 09.05.2012.

Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), 15.04.2009 t. Karar, s. 42, <http://icsid.worldbank.org.tr>, E.T: 30.08.2013

PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 14.09.2011.

Romak SA v. The Republic Uzbekistan 20.11.2009 t. Karar, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf> E.T: 20.03.2011.

Rompetrol v. Romanya ARB/06/03, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4 (Jurisdiction Award, 23.07.2001) 42 ILM 577, <http://italaw.com/documents/Salini-English.pdf#search=52>.

Sedelmayer v Russian Federation, Award; Ad hoc arbitration rules; IIC 106 (1998), 7 July 1998, <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/upload/Sedelmayerv.Russia1998.pdf>.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004.

Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, E.T: 12.09.2011.

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal, ICSID ARB 82/1, 01.08.1984 T. Karar, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 02.08.2013.

Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/84/3 (14 Apr. 1988).

Statute of the International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> ET: 02.08.2011.

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ARB/98/8, Award of July 12, 2001; 8 *ICSID Rep.* 226 (2005)

Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/23);

Ternium S.A. and Consorcio Siderurgia Amazonia S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/19)

The Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3), <http://icsid.worldbank.org> E.T: 17.08.2011.

Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction of April 29, 2004, 20 ICSID Rev.—FILJ205 (2005); <http://icsid.worldbank.org>, E.T.: 16.08.2011.

Tradex Hellas v. Republic of Albania, Decision on Jurisdiction dated 24.07.1996, ARB/94/2, <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 12.03.2011.

Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/24)

TSA Spectrum de Argentina v. Arjantin, 19.12.2008 t. Karar, <http://italaw.com/documents/TSAAwardEng.pdf> E.T: 26.08.2011.

Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), 5 Kasım 2002 tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5b3663cb739f64845b447d7670af79add.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa34Se0?text=&docid=47835&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=6309>, E.T: 12.03.2012.

Vacuum Salt Products Ltd. v. Government of the Republic of Ghana,(Case No. ARB/92/1) 16.02. 1994, 4 ICSID Reports 165(1994), www.icsid.worldbank.org.

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/22)

Yury Bogdanov v. Moldova, Final arbitral award, 30 March 2010, <http://italaw.com/documents/Bogdanovv.Moldova2010Award.pdf> E.T: 20.10.2011.

Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (Award), ICSID Case No. ARB/00/1 (24 Jan. 2003).

ÖZGEÇMİŞ

27.08.1981 tarihinde İstanbul'da doğdum. İlköğretimimi İstanbul'da Kâtip Kasım İlkokulu'nda tamamladıktan sonra Sankt Georg Avusturya Lisesi'nden 2000 yılında mezun oldum. 2000 yılında başladığım İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2004 yılında mezun olmamın ardından, 2007 yılında İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk anabilim dalı yüksek lisans programını, "Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar" konulu yüksek lisans teziyle tamamladım. Aynı yıl İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk anabilim dalında doktora eğitimime başladım. Şubat 2012'ye kadar İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yaptım. 2012 yılının Şubat ayında girdiğim Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım. Evliyim, iki kızım var.