

T.C
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ENERJİ SEKTÖRÜNDE YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI
VE ULUSLARARASI TAHKİM

TEZİ HAZIRLAYAN
Elif Işıl KILIÇARSLAN

TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. TUNAY KÖKSAL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TARSUS – MERSİN / EKİM – 2012

T.C
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

"Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim"
başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından oy birliği ile Özel Hukuk Anabilim Dalında
YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Tez Danışmanı - Jüri Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Selen YILMAZ



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.



03.10/2012
Doç. Dr. Haluk KORKMAZ YÜREK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ÖNSÖZ

Enerji sektörü ve tahkim çok geniş kapsamlı iki konudur. Bu sebeple çalışma hazırlanırken, Enerji Hukuku kaynakları yanında Milletlerarası Tahkim Hukuku kaynakları, ICSID Tahkim Hukuku kaynakları ve Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları ile Enerji Şartı Anlaşmasını içeren kaynaklardan faydalanılmıştır. Son derece kapsamlı araştırma yapılarak hazırlanan bu çalışmada, enerji hukuku ile tahkimin kesiştiği ortak konular tespit edilerek aktarılmıştır.

Gelişmekte olan Enerji sektöründe, yatırım uyumsuzlukları hakkında bilgi veren ve yatırım uyumsuzluklarının çözümü yolundaki tahkim müessesini her yönüyle ele alan bu çalışmanın, sektörle ilgilenen herkese faydalı olacağını umut ediyorum.

Hazırladığım bu tezde bana düşünceleri ve yardımlarıyla yol gösteren en başta danışman hocam Sn. Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL' a ve diğer hocalarıma, tezin hazırlanması aşamasında bana her türlü desteği veren sevgili aileme teşekkürlerimi bir borç bilirim.

03 Ekim 2012

Elif Işıl KILIÇARSLAN

ÖZET

ENERJİ SEKTÖRÜNDE YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE ULUSLARARASI TAHKİM

Elif Işıl KILIÇARSLAN

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL

Ekim 2012, 141 sayfa

Yabancı yatırımcılar tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi vasıtasıyla, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya uyuşmazlık çözümünde Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde, Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Ancak enerji sektöründe genellikle, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkezi (ICSID) kuran Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon'un düzenlediği ve kısaca ICSID tahkimi olarak adlandırılan tahkim yoluna başvurulmaktadır. Türkiye, 1988 yılında Konvansiyona taraf olmuştur.

Uyuşmazlığın halinde ICSID tahkiminin uygulanabilmesi için, yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devletin, Konvansiyon' a taraf olması ve tahkim konusunda ayrıca rıza göstermeleri gerekmektedir. İki taraflı Yatırımın Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları (YKTK) anlaşmalarının birçoğu ile çok taraflı Enerji Şartı Anlaşması taraf ülkelere, ICSID tahkimi, konusunda daimi "rıza" içerdiklerine dair yükümlülük yüklemektedir. Türkiye'nin Enerji Şartı Anlaşması üyeliği, 1994 yılında olmuştur ve bugüne kadar 85 ülke ile de, YKTK Anlaşmaları yapmıştır. Bu anlaşmalar sayesinde taraf ülkelere yatırım yapan yabancı yatırımcı, ev sahibi ülke ile uyuşmazlıklarını kolaylıkla ICSID tahkim merkezine taşıyabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID), Yatırımın Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları (YKTK), Enerji Şartı Anlaşması (EŞA)

ABSTRACT

FOREING INVESTMENT DİSPUTES IN ENERGY SECTOR AND INTERNATIONAL ARBITRATION

ELİF İŞİL KILIÇARSLAN

Post Graduate Thesis, Private Law (Department)

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL

October 2012, 141 pages

By the arbitration charter or agreement, foreign investors may declare the arbitration place as Turkey or they may decide to initiate the protocols of "International Arbitration Law" in the case of disputations. In such a case of settlement, "International Arbitration Law" would apply. However, in the energy sector generally parties are involved in the path which is regulated by the code of "The International Centre for Settlement of Investments Disputes"(aka ICSID). In 1988, Turkey has become a member of ICSID Treaty.

In a case of disputation, application of ICSID arbitration is up to two conditions; foreign investor's native state and the home state should be both the members of Treaty and both parties should declare their clear willingness. By most of the contracts of "Treaties Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (BITs)", member countries of Energy Charter Treaty are initially obliged to declare their willingness constantly. Membership of Turkey to Energy Charter Treaty emerged in the year of 1994. Further on there have been contracts of BITs between her and 85 countries so far. Foreign investor, investing in a country which is a member of such agreements, may easily appeal the cases of disputation with the home state to ICSID arbitration Centre.

Key Words: Arbitration, International Arbitration Law, The International Centre for Settlement of Investments Disputes (ICSID), Treaties Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (BITs), The Energy Charter Treaty (ECT)

KISALTMALAR

ADR	Alternative Dispute Resolution (Alternatif İhtilaf Halli)
AD HOC	Özel seçilmiş
AVRUPA	
SÖZLEŞMESİ	European Convention on International Commercial Arbitration (Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi)
BIT	Bilateral Investment Treaty (İki Taraflı Yatırım Anlaşması)
BM	United Nations (Birleşmiş Milletler)
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
DTÖ	World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
EEC	Avrupa Enerji Anlaşması
ENAR	Enerji Sektörü Araştırma-Geliştirme Projeleri Destekleme Programı
EURATOM	The European Atomic Energy Community (Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu)
EŞA	Energy Charter Treaty (Enerji Şartı Anlaşması)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi)
MAI	Multilateral Agreements on Investments (Çok Taraflı Yatırım Anlaşması)
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NY SÖZLEŞMESİ	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi)
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü)

UNCITRAL	UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
YKTK	Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması
YİD	Yap-İşlet-Devret
Yİ	Yap-İşlet
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
LETCO	Liberian Eastern Timber Corporation (Liberyalı Doğu Kereste Şirketi)
NAFTA	North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TMMOB	Türkiye Makine Mühendisleri Odası

İÇİNDEKİLER

KAPAK	I
TEZ İMZA SİRKÜLERİ	II
ÖNSÖZ	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
KISALTMALAR	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ENERJİ SEKTÖRÜNDE YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE ULUSLARARASI ANLAŞMALAR	5
1.1. Genel Kavramlar	5
1.1.1. Enerji Kaynaklarına İlişkin Kavramlar	5
1.1.2. Yabancı Sermaye İle İlgili Kavramlar	6
1.2. Türkiye’de Enerji Kaynakları ve Enerji Sektörüne İlişkin Tespitler	7
1.3. Enerji Sektöründe Yabancı Sermaye Yatırımcılarının Güncel Sorunları ve Çözümler	11
1.4. Enerji Sektöründe İki Taraflı ve Çok Taraflı Anlaşmalar	16
1.4.1. Genel	16
1.4.2. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarına Genel Bir Bakış	17
1.4.2.1. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının Amacı	18
1.4.2.2. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları’nın Kapsamı	19
1.4.2.3. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları Kapsamında Tahkim Müessesesi	19
1.4.2.4. Türkiye’nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları	21

1.4.3. Enerji Şartı Anlaşması ve Tahkim.....	22
1.4.3.1. Genel	22
1.4.3.2. Enerji Şartı Anlaşması'nın Amacı	23
1.4.3.3. Kurumsal Yapı	24
1.4.3.4. Enerji Şartı Anlaşması Kapsamı	25
1.4.3.5. Enerji Şartı Anlaşması Ana İlkeleri	27
(1) Ayrım Yapmama İlkesi.....	27
(2) Devletlerin Egemenliği İlkesi.....	28
(3) Kayıpların Telafi Edilmesi.....	29
(4) Kamulaştırma	29
1.4.3.6. Enerji Şartı Anlaşması Genel Düzenlemeler	30
(1). Ticaret	30
(2). Transit	30
(3). Yatırım	32
1.4.3.7. Uyuşmazlık Çözümleri.....	33
(1). Transite İlişkin Uyuşmazlıklar	33
(2). Rekabet Uyuşmazlıkları.....	34
(3). Ticari Uyuşmazlıklar	35
(4). Çevreye İlişkin Uyuşmazlık Çözümleri.....	36
(5). Yatırımlara İlişkin Uyuşmazlık Çözümleri.....	37
(a). Bir Yatırımcı ve Taraf Bir Ülke Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü	37
(b). Antlaşma Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü ..	38

İKİNCİ BÖLÜM

2. ULUSLARARASI TAHKİM VE İLGİLİ DÜZENLEMELER	41
2.1. Tahkim Kavramı.....	41
2.2. Tahkimin Tarihçesi.....	42
2.3. Tahkimin Tercih Edilme Nedenleri.....	43
2.4. Tahkime İlişkin Uluslararası Düzenlemeler	44
2.4.1. New York Sözleşmesi.....	44
2.4.2. Cenevre-Avrupa Sözleşmesi	45

2.4.3. UNCITRAL Tahkim Kuralları.....	47
2.4.4. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları.....	48
2.4.5. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme	48
2.5. Türk Hukukunda Yabancı Sermaye Yatırımlarının Teşviki ve İhtilafların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Mevzuat	49
2.5.1. Anayasa Değişiklikleri.....	49
2.5.2. Kanuni Düzenlemeler	50
2.5.2.1. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	50
2.5.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	51
2.5.2.3. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu	51
(1) 23.Maddeye İlişkin Değişiklik	51
(2) 24. Maddeye İlişkin Değişiklik	52
(3) 42. Maddeye İlişkin Değişiklikler	52
(4) 46. Maddeye İlişkin Değişiklikler	52
2.5.2.4. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu	52
2.5.2.5. 4875 Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu.....	53
2.5.2.6. Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu.....	53
2.5.2.7. 3996 Sayılı, Bazı Yatırım ve Hizmetlerinin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun.....	54
2.5.2.8. 4501 Sayılı, Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun.....	54
2.5.2.9. 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun	56
2.5.2.10. 3460 Sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyonun Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun	56
2.6. Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı	57
2.6.1. Kanunun Uygulama Alanı.....	57
2.6.1.1. Genel	57
2.6.1.2. Yabancılık Unsuru	59

2.6.1.3. Tarafların, Hakemlerin Veya Hakem Kurulunun Kararlaş tırmaları Halinde Milletlerarası Kanun'un Uygulanması	62
2.6.2. İmtiyaz Sözleşmeleri.....	62
2.6.3. Tahkim Şartı ve Tahkim Sözleşmesi	63
2.7. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	64
2.7.1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Kavramları Genel Olarak.....	64
2.7.2. New York Sözleşmesi Kapsamı	66
2.7.2.1. New York Sözleşmesi Kapsamı Açısından Karşılaşılan Sorunlar.	67
2.7.3. Tanıma ve Tenfiz Tarafları	68
2.7.4. Tanıma Usulü	68
2.7.5. Tenfiz Usulü	69
2.7.6. Uygulanabilir Hukuk	70
2.7.7. Ehliyet	71
2.7.8. Geçerlilik Hususu	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMLENMESİ HAKKINDAKİ ICSID KONVANSİYONU.....	73
3.1. Genel Olarak	73
3.2. ICSID Tahkim Kurallarının Tercih Edilmesinin Nedenleri.....	74
3.3. ICSID Tahkim Merkezinin Yapısı	76
3.3.1. İdari Konsey	76
3.3.2. Sekreterlik	76
3.3.3. Paneller.....	77
3.4. ICSID Merkezinin Yargılama Yetkisi.....	77
3.4.1. ICSID Konvansiyonuna Başvurma Şartları	77
3.4.2. Tarafların Anlaşma Şartı	78
3.4.3. Uyuşmazlığın Bir Akit Devlet İle Diğer Bir Akit Devletin Vatandaşı Arasında Olması	79
3.4.4. Uyuşmazlığın Yatırımdan Kaynaklanması Kuralı	81

3.5. ICSID Tahkiminin Kararlaştırılmasının Sonuçları.....	81
3.6. Arabuluculuk Müessesesi	82
3.7. ICSID Tahkim Usulü	82
3.7.1. Genel Olarak.....	82
3.7.2. Hakem Heyetinin Yetkisi ve İşlemleri.....	83
3.7.3. Uyuşmazlık Esasına Uygulanacak Hukuk	84
3.8. ICSID Hakem Kararları	86
3.8.1. Karar Alınması ve Tebliğ.....	86
3.8.2. Hakem Kararlarının Niteliklerine Göre Tasnifleri	87
3.8.2.1. Tedbir Kararları.....	87
3.8.2.2. Ara Kararlar	88
3.8.2.3. Nihai Kararlar	88
3.8.3. Hakem Heyeti Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları	88
3.8.3.1. Tashihi ve Ek Karar Başvurusu	88
3.8.3.2. Hakem Kararlarının Yorumu, Düzeltilmesi ve Geçersiz Kılınması Amacıyla Başvuru	89
(1) Kararın Yorumu.....	89
(2) Kararın Düzeltilmesi.....	90
(3) Kararın Geçersiz Kılınması.....	90
3.8.4. Hakem Kararının Bağlayıcılığı.....	93
3.8.4.1. Taraflar İçin Bağlayıcılığı	94
3.8.4.2. Akit Devletler İçin Bağlayıcılığı.....	94
3.8.5. Hakem Kararlarının İcrası.....	95
3.9. Türkiye Ve ICSID Tahkimi	96
3.9.1. Genel Olarak.....	96
3.9.2. ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının Türkiye’de İcra Edilmesi.....	98
3.9.2.1. Yatırımcı Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrası	99
3.9.2.2. Yabancı Devlet Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrası	100
3.9.2.3. Türk Devleti Veya Kamu Kurumu Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararının Türkiye’de İcrası	102

3.9.3. Türkiye'ye Karşı Açılan Davalar	103
3.9.3.1. Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Ltd. Şti. - Türkiye	103
3.9.3.2. Libabanco Holdings Co.Limited V-Türkiye.....	105
3.9.3.3. Cementownia "Nowa Huta" S.A. (Poland) V. Republic Of Turkey	106
3.9.3.4. Eurpoe Cement Investment And Trade Sa V. –Türkiye	107
3.9.3.5. Alapli Elektrik B.V.-Türkiye	109
4. SONUÇ	111
5. KAYNAKÇA	112
6. EKLER	118
6.1. Ek –I. Ülkemiz Tarafından İmza Edilen YKTK Anlaşmaları	118
6.2. Ek – II. Tahkim Sözleşmesi Örneği	121
6.3. Ek – III. Uluslararası Tahkim Kurumları Kuralları Hakkında Karşılaştırmalı Özet Bilgiler.....	125

GİRİŞ

1. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdimi

Yabancı sermaye, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, gelişmekte olan ülkelerin kalkınmaları için öncelikli bir rol oynamıştır. Bu sebeple ülkeler, yabancı yatırımcının sağlayacağı sermaye akışını kendilerine çekmek için, adeta yarışa girerek, birçok hukuki ve idari düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir.

Diğer taraftan yabancı yatırımcı, ihtiyaç açığı yüksek olan bir pazarda yatırım yaptığı takdirde kâr payının daha yüksek olacağını düşünmekte ve bu anlamda, gelişmekte olan ülkelere yatırım yapmaya sıcak bakmaktadır. Yabancı yatırımcılar, yatırım yapmayı düşündüğü ülkeyi seçerken, ekonomik ve hukuki etkenleri, devlet politikalarını araştırmakta ve uygun altyapıya sahip ülkelere yatırım yapmaktadırlar.

Yabancı sermayeler genellikle gelişmiş ülkelere doğru gerçekleşmektedir. Gelişmiş ülke yatırımcıları, pazar ve ucuz işgücü sağlamak ve bu şekilde karı maksimize etmeyi amaçlamaktadır. Buna karşılık, yatırımların yapıldığı gelişmekte olan ülkeler de teknolojik açıdan kalkınmaktadır.

Özellikle enerji sektörü açısından “teknoloji” kavramı esaslı unsur haline gelmiştir. Bu anlamda ülkemizde Enerji Sektörü Araştırma-Geliştirme Projeleri Destekleme Programına (ENAR) Dair Yönetmelik çıkarılarak 8.6.2010 tarihinde 27605 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Yönetmelik ile, desteklenecek projeler sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bunlar; yerli enerji kaynakları potansiyelinin ve kullanımının geliştirilmesi, yenilenebilir enerji teknolojileri, yeni enerji teknolojileri, temiz enerji teknolojileri, enerji elektro-mekanik teçhizatı imalat teknolojileri, enerji verimliliği teknolojileri, zararlı emisyonları azaltma teknolojileri, çevrim teknolojileri, enerji iletim ve dağıtım teknolojileri şeklindedir. Dikkat edilir ise, ülkemizde de olduğu gibi ekseriyetle bütün gelişmekte olan ülkelerde yatırımın desteklenmesi konusunda, içerikten çok, teknoloji belirleyici olmaktadır.

Enerji sektöründe madalyonun öteki yüzüne baktığımızda, yatırımın yatırımcıya doğurduğu külfetler ve yatırım vadesinin uzun olması gibi dezavantajlarla karşılaşmaktayız. Bu husus yatırımcılar açısından her zaman riskli bir durum yaratmaktadır. Riskler yatırımın kendisi ile alakalı olabileceği gibi (altyapı, kaynak

yetersizliği, teknolojik nedenler..vs) yatırımın yapıldığı ev sahibi ülkenin tutumu ile alakalı olabilir.Ev sahibi devletlerin bürokratik ve hukuki sebeplerle yatırımı sekteye uğratmasına sıkça rastlanmaktadır.Enerji alanında yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin bir takım karar ve uygulamaları, yasal değişiklikler ve anlaşma iptalleri sebebiyle yatırım sürecini tamamlamakta sıkıntı yaşayabilmektedir. Sektörün maliyeti göz önünde bulundurulur ise, bu bir anlamda yatırımcının ciddi maddi kayıplarla karşı karşıya kalması, belki de ticari hayattan silinebilmesi riskini doğurmaktadır.

Bazen de ev sahibi ülke, sorumluluklarını tam olarak yerine getirmesine rağmen, yabancı yatırımcı kusurlu davranışı ile süreci sekteye uğratabilmektedir. Böylesi durumlarda, yabancı yatırımcının ev sahibi ülke ile yapılan sözleşme hükümlerine riayet etmemesi ve projenin titizliğinin ortadan kalkması ve keyfiliğe dönüşmesi ile karşılaşılmaktadır.

Enerji, günümüz çağında yaşamın her alanında olmazsa olmaz hale gelmiştir. Enerjinin yaşamımızın her alanına nüfuz etmesi sebebi ile enerji sektörüne karşı duyulan talep fazlalığı her geçen gün artmakta, buna karşın tüketime bağlı olarak enerji kaynakları gittikçe azalmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak, zamanla enerji fiyatlarında artış meydana gelmektedir. Enerji fiyatlarındaki artışlar, ev sahibi devletin daha çok kâr elde etmek amacıyla yabancı yatırımcı ile yaptığı sözleşmeye riayet etmemesine veya sözleşme iptaline kadar giden yaptırımlar uygulamasına sebebiyet vermektedir.

Enerji yatırımları ve işletilmesi 30-40 senelik uzun süreçleri kapsamaktadır. Sürecin uzun olmasının bir dezavantajı olarak, uzun vadede hükümetlerin değişmesi, bu nedenle beraberinde ülke iç politikalarının değişmesi gibi sebeplerle de, yatırım sekteye uğrayabilmektedir.

Genellikle belirttiğimiz sebeplerle doğabilecek ihtilaflarda hem ev sahibi devlet açısından, hem de yabancı yatırımcı açısından adil, tarafsız, hızlı çözüm yoluna başvurmak önem arz etmektedir. Bu anlamda ev sahibi devlet, uyuşmazlığın kendi iç hukukunda çözümünü savunurken; yabancı yatırımcı, uyuşmazlığı uluslararası platformda adil ve eşit şartlardaki yargılama sisteminde çözümünü savunmaktadır.

Muhtemel çözüm yollarını inceleyecek olursak; ulusal mevzuat, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında olan uyuşmazlıkta yabancı yatırımcıya yeteri kadar himaye sağlayabilmesi açısından yetersizdir. Bu bağlamda yabancı yatırımcılar

uyuşmazlığı uluslararası platforma taşıyabilmek için, tahkim şartlarını içeren sözleşmeler yapmalıdır. Tahkim şartı içermeyen sözleşme yapan yabancı yatırımcı kendisini çok ciddi riske atacaktır.

Uyuşmazlığı tahkime götüren düzenlemeler, taraflar arasında değişik şekilde yapılabilir.

-Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yapılan sözleşmeye tahkim şartı konulmasıyla veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmasıyla olabilmektedir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık halinde doğrudan taraflardan birinin başvurusu ile tahkim yolu açılacaktır.

-Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile tahkim düzenlemesini içeren iki taraflı yatırım anlaşması düzenleyebilir. Bu anlamda iki taraflı anlaşmaya dayanarak uyuşmazlığın tahkim yoluna götürülmesi için, tarafların ayrıca rızası aranmaktadır.

-Son olarak, ev sahibi devletin taraf olduğu çok taraflı anlaşmalarında da tahkimin şartı konulmuş olabilir. Ülkemizin taraf olduğu Enerji Şartı anlaşmasına dayanılarak, tahkim yoluna başvurma imkanı vardır.

Taraflar arasında uyuşmazlığı tahkime götürebilme imkanı nasıl sağlanırsa sağlansın, enerji sektöründe, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkezi (ICSID) kuran Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon'un düzenlediği ve kısaca ICSID tahkim olarak adlandırılan tahkim kurallarına başvurulduğu görülmektedir.

Çalışmamız da, bu hususlar göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır.

II. Konunun Sınırlandırılması

Enerji hukuku ve tahkim, uygulama alanı çok geniş iki konudur. Enerji hukuku en genel anlamda; elektrik, petrol ve diğer madenler, doğalgaz, Lpg, yenilenebilir enerji kaynakları ve nükleer enerji kaynakları olarak tasniflendirilmektedir. Tahkim konusu ise, özel hukuk ve kamu hukukuna da sirayet etmiş olup, geniş bir yelpazeye sahiptir.

Çalışmamızda enerjinin spesifik alanlarına girilmeden genel olarak enerji sektöründe yatırım ve uyuşmazlık çözümü anlatılmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda, enerji sektöründe yabancı yatırımcıların karşılaştığı sorunlar ve çözüme ilişkin tahkim müessesesinden bahsedilmektedir. Özellikle de enerji sektöründe tercih edilen uyuşmazlık çözüm yolları kapsamındaki tahkim konusu ele alınmaktadır. Enerji

sektöründe tahkim dışında diğer alternatif çözüm yolları ise, yüzeysel olarak belirtilmekle birlikte çalışmamız kapsamında irdelenen konular değildirler.

Enerji sektöründe yabancı yatırım uyuşmazlıkları ve uluslararası anlaşmalar başlığı ile Türkiye'deki enerji kaynakları ve yatırımcıların karşılaştığı güncel sorunlar ile çözüm önerileri ele alınmıştır. Akabinde enerji sektöründe iki ve çok taraflı anlaşmalar konu başlığı ile iki taraflı yatırım anlaşmalarına ve çok taraflı anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'na yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, ilk bölümde aktarılan yabancı yatırıma ilişkin düzenlemeler, anlaşmalarla düzenlenmiş ve yatırımcıların karşılaştığı uyuşmazlıklarda çözüm önerisi olarak gösterilen tahkim konusu olmuştur. Bu kapsamda, tahkime ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile ülkemizde uygulanan Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulama alanı açısından anlatılmıştır. Bahsettiğimiz bu konuların ele alınmasından sonra geriye kalan en önemli sorunun tahkim yargılaması sonucunda hakemlerin vermiş olduğu kararların ülkemizde tanınması ve tenfizi olduğunu düşünerek, tanıma ve tenfiz konusu ele alınmış ve ikinci bölüm bu şekilde tamamlanmıştır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise, enerji sektöründe yabancı yatırımcının en çok başvurduğu düzenlediği ve kısaca ICSID tahkimi tahkim kurallarından biri olan, *“Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon'un* düzenlediği ICSID tahkim kuralları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir

I. BÖLÜM

1. ENERJİ SEKTÖRÜNDE YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

1.1. Genel Kavramlar

1.1.1. Enerji Kaynaklarına İlişkin Kavramlar

Enerji kaynakları; birincil enerji kaynakları ve ikincil enerji kaynakları olmak üzere en genel iki ayrımla tanımlanmaktadır.

-Birincil Enerji Kaynakları; herhangi bir enerji dönüşümünden henüz geçmemiş enerjidir. Birincil enerji kavramı yenilenemez/yenilenebilir enerji kaynaklarını kapsamaktadır.

a.Yenilenebilir enerji (kaynakları), sürekli devam eden doğal süreçlerdeki var olan enerji akışından elde edilen enerjidir. Bu kaynaklar güneş, hidrojen, hidrolik, jeotermal enerji, gelgit ve dalga enerjisidir¹.

b.Yenilenemeyen enerji kaynakları ise, kullanılmakla tüketilen kaynaklardır. Fosil yakıtlar, doğalgaz, petrol, kömür, odun buna örnek verilebilir².

-İkincil Enerji Kaynakları ise, birincil enerjinin dönüşüm yöntemleriyle kullanılmaya daha elverişli enerji biçimlerine çevrilmesidir. Bu şekilde elde edilen enerjiler; elektrik enerjisi, akaryakıt, ya da hidrojen benzeri sentetik yakıtlar gibi enerjilerdir.

Birincil enerji kaynaklarından hem *kömür, petrol, doğalgaz* gibi yenilenemez, hem de *rüzgar* gibi yenilenebilir kaynaklardan dönüştürülen yegane ikincil enerji kaynağı da "Elektrik Enerjisi"dir³.Elektrik enerjisi, başlı başına bir enerji kaynağı olmaması ve enerji kaynaklarının değişik teknolojiler kullanılmasıyla elde edilen bir enerji şekli olması sebebi ile genel enerji sektörü içerisinde farklı bir yeri ve önemi vardır⁴.

¹ KÖSTEKÇİ Y., Elektrik Enerjisi Tüketimi ve Elektrik Enerjisi Piyasası, B.2.,İstanbul, 2006 s.1

² CAN M., Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara , 2006 s. s.22

³ CAN s.13

⁴ KAR M.,KINIK E., Türkiye’de Elektrik Tüketimi Çeşitleri ve Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişkinin Ekonometrik Bir Analizi, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2008; 10(2) s.335

Bu kaynaklardan üretilen enerji, iç pazarda, lisans sahibi tüzel kişiler tarafından üretilerek toptan satış lisans sahibi tüzel kişilere, perakende satış lisansı sahibi tüzel kişilere ve serbest tüketicilere ikili anlaşmalarla satılmaktadır. Böylelikle üretilen enerji tüketime sunulabilmektedir. Enerji sektöründeki iç piyasanın işleyişi en genel anlamıyla bu şekilde oluşmaktadır.

1.1.2. Yabancı Sermaye İle İlgili Kavramlar

Bir ülkeye diğer ülkelerden gelen yatırım; doğrudan yabancı sermaye yatırımı ve dolaylı yabancı sermaye yatırımı olarak ikiye ayrılmaktadır⁵.

- *Doğrudan yabancı sermaye yatırımı*; bir firmanın kurulu olduğu ülke sınırları dışında mevcut üretim tesisi satın alarak ya da bizzat tesis kurmak suretiyle yaptığı yatırımdır⁶. Firmanın kurulu olduğu ülke sınırları dışında tesislerin mülkiyeti üzerinde denetim sahibi durumuna gelmesini de öğretide doğrudan yabancı sermaye olarak adlandıran görüşler vardır⁷.

Doğrudan Yabancı Yatırım Türleri; 3 şekilde kendini göstermektedir:

-Ortak Girişim: İki veya daha fazla şirketin, belirli bir mamul/pazar alanında işbirliği yapmak amacıyla bir araya gelmeleridir. Bu tür girişimler genelde yerel bir şirket ile ortak girişim şeklinde kendini göstermektedir⁸.

-Şirket Birleşmeleri : Birleşme, iki veya daha fazla şirketin tüm kaynaklarını bir araya getirerek, tasfiyeye gitmeksizin hukuki varlıklarını kaybetmeleri ve ortaya yeni bir işletme olarak çıkmalarıdır⁹.

-Stratejik Birlikler : Yabancı yatırımcıların hisse senetlerini güvence altına almak amacıyla iki firma olarak hisse senetlerinin bir kısmını değiş tokuş yapmalarıdır. Bu türlü faaliyetlere stratejik birlikler denilir.¹⁰

⁵ Bkz. Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Ana sözlüğü <http://www.tdkterim.gov.tr/?kategori=bakdetay2&sozid=IKT> (erişim 20.04.2012)

⁶ ORMANOĞLU B., 2004. "Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların çözümünde Uluslar arası Tahkim", Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, s.10, <http://www.bumko.gov.tr/arastirmarapor/BOrmanoglu.pdf>

⁷ ŞEN A., KARAGÖZ M., Türkiye'deki Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Büyüme Ve İhracata Etkisi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6(2), 2005 s.325

⁸ DİNÇER Ö., Stratejik Yönetim Ve İşletme Politikası, 5. B, İstanbul, 1998, s.29

⁹ KURTARAN A., Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları ve Belirleyicileri, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8 (2), 2006, s.262

¹⁰ KURTARAN s.262

Dolaylı yabancı sermaye yatırımı, yatırımcının doğrudan yatırım yapmayarak başka bir ülkedeki bir firmanın hisse senetlerini veya tahvillerini satın alması sonucu ortaya çıkan yatırımdır.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun¹¹ (DYY) 2.maddesinde doğrudan yabancı yatırım kavramı tanımlanmıştır. Buna göre; yabancı yatırımcı tarafından,

1) Yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları,

2) Yurt içinden sağlanan; Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar, gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla;

i) Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı,

ii) Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı” ifade etmektedir.

Ormanoğlu'na göre; “Yabancı sermaye hareketlerinin üç şekilde geliştiği görülmektedir. Bunlardan ilki, gelişmekte olan ekonomilere yapılan bağış, hibe ve kredi şeklindeki resmi sermaye hareketleridir. İkinci olarak, ticari koşullar altında sermayenin bir ülkeden diğerine hareketini ifade eden özel sermaye hareketleri gelmektedir¹². Yabancı sermaye hareketlerinin üçüncü bölümünü, bu çalışmada da esas olarak ele alınan doğrudan yabancı sermaye yatırımları oluşturmaktadır”.

1.2. Türkiye’de Enerji Kaynakları Ve Enerji Sektörüne İlişkin Tespitler

Enerji kaynaklarından birincil enerji kaynakları ve birincil kaynaklardan üretilen ikincil kaynaklar yukarıda izah edilmişti. Birincil enerji arzında; enerji kaynakları talebi açısından, petrol, doğal gaz ve kömürden oluşan fosil kaynaklı yakıtlar her zaman

¹¹ 17.6.2003 tarih ve 25141 sayılı RG.

¹² ORMANOĞLU B.; “Yabancı Sermaye Tahkim İlişkisi ve Türkiye’de Yaşanan Gelişmeler” Sayıştay Dergisi, S.57, 2005, s.83

öncelikli sırada olmuştur. Önümüzdeki yıllarda da bu kaynaklara talebin devam etmesi beklenmekte ve enerji talebindeki artışın (2009-2035 dönemi) yüzde 77.8'lik bölümünün bu kaynaklardan karşılanması öngörülmektedir¹³. İkincil enerji kaynağı olan elektrik üretimi için ise, en önemli iki birincil enerji kaynağı; kömür ve doğalgaz olup sektör raporunda 2035 dönemine kadar bu durumun değişmeyeceği belirtilmiştir.

Türkiye, potansiyel enerji kaynaklarına sahip olmasına karşın, bu kaynaklar yeterince kullanılamamaktadır. Ülkemizin enerji kaynak potansiyellerine değinecek olursak;

Taşkömürü, Türkiye'de Demir-Çelik Enstitüsünde enerji kaynağı olarak kullanılmaktadır. Yıllık üretimi, 4-5 ton civarındadır, Türkiye'nin gereksinimini karşılayabilecek durumda değildir.

Linyit, ucuz enerji kaynaklarından biri olmakla birlikte Türkiye'de rezervi en zengin enerji kaynaklarından biridir. Çoğunlukla yakacak olarak ve termik santrallerde kullanılırlar. Ancak Türkiye'de bulunan linyitin yeterli kalitede olmaması ve linyitle çalışan termik santrallerinin çevre kirliliğine en çok sebep olan santrallerden olması sebebi ile çok tercih edilmemektedir¹⁴.

Petrol, dünya ekonomisi açısından en önemli enerji kaynağıdır. Türkiye'de Güneydoğu Anadolu bölgesinde önemli petrol yatakları bulunmaktadır. Bilimsel açıdan, Türkiye'nin petrol yönünden çok zengin olmadığı belirtilse de, aksi görüşle; stratejik, siyasal nedenlerle petrol kaynaklarının şuanda kullanılmadığı şeklinde eleştiriler de yadsınamayacak çoğunluktadır.

Doğalgaz; Trakya ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Mardin-Çamurlu doğalgaz çıkarılan alanlardır. Ancak talebi karşılamadıkları için dışarıdan alınmaktadır¹⁵.

Nükleer Enerji, atom enerjisi olarak da adlandırılan enerji kaynakları uranyum ve toryumdur. Türkiye Petrol ve doğalgaz rezervleri açısından sınırlı kaynağa sahip iken, ileride nükleer enerji santral yakıtı olarak kullanılması öngörülen toryumun dünya toplam rezervlerinin %54'ü Türkiye'dedir¹⁶.

¹³ EÜAŞ, Elektrik Üretim Sektör Raporu, 2011, s.3
http://www.enerji.gov.tr/yayinlar_raporlar/Sektor_Raporu_EUAS_2011.pdf (Erişim 01.03.2012)

¹⁴ ASLAN, s.10

¹⁵ Madenler ve Enerji Kaynakları, http://www.ekodialog.com/turkiye_ekonomi/maden_enerji.html (05.03.2012)

¹⁶ ASLAN Y, ALTINAY G,ILICAK A,ÖNAL E,KATIRCIOĞLU E.,ARDIYOK Ş., GÜLTEKİN B, AKÇAOĞLU C, Enerji Hukuku, C.1, Ankara, 2007, s.45

Jeotermal Enerji; yerkabuğunun çeşitli derinliklerinde birikmiş sıcak su buharının sondajla çıkarılarak elektrik enerjisinde kullanılmasıdır. Sonsuz enerji kaynağıdır.

Güneş Enerjisi, sonsuz enerji kaynaklarından biridir. Ancak gerek güneş gerek se, jeotermal ve biokütle enerjisi, Türkiye’de sınırlı şekilde kullanılmaktadır.

Su gücü; Türkiye su gücü bakımından 400 milyar kwh'lık potansiyele sahiptir. Doğu Anadolu Bölgemiz, eğim fazlalığı sebebi ile hidroelektrik santrallerin en fazla olduğu bölgedir¹⁷. Ancak, Türkiye’de üretilen elektrik dikkate alındığında potansiyel hidrolik enerjisinin 1/3’ünün değerlendirildiği görülmektedir.

EÜAŞ Elektrik sektör Raporu’na göre “Enerji tüketiminde %32 ile doğal gaz en büyük payı alırken, bunu %31 ile petrol, %28 ile kömür izlemiş, geri kalan %9’luk bölüm ise hidrolik dahil olmak üzere yenilenebilir kaynaklardan karşılanmıştır...Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki eğilimlere paralel olarak ülkemizdeki nihai enerji tüketimi değerlerinde elektrik enerjisinin de payı artmaktadır. Kaynaklar açısından bakıldığında, 2008 yılı itibariyle, toplam elektrik üretiminin %48.4’ü doğalgazdan, %22.7’si yerli kömürden, %16.7’si hidrolik kaynaklardan, %6.3’ü ithal kömürden, %5.2’si sıvı yakıtlardan, %0.4’ü de rüzgardan sağlanmıştır. EÜAŞ bu üretimde %49.3’lük paya sahip olup, geri kalan %50.7’lik üretim ise özel sektör tarafından karşılanmaktadır.

Türkiye’nin enerji kaynakları açısından kısaca yapılan durum değerlendirmesinin ardından Türkiye’de ve Dünya’da enerji tüketimi ve yatırım ihtiyacından bahsetmek uygun olacaktır.

Enerji tüketiminde yapılan istatistikler sonucu; 2015-2035 yılları arasında Çin’in dünyanın en fazla enerji tüketen ülkesi konumunda olacağı¹⁸, ardından ABD, Avrupa Birliği ve Hindistan’ın sırasıyla 4 büyük enerji tüketicisi olacağı açıklanmıştır. Bu talebin karşılanabilmesi için ise, 2011-2035 döneminde, enerji sektöründe yaklaşık 37.9 trilyon ABD Doları (2010 rakamlarıyla) değerinde yatırım yapılmasına ihtiyaç duyulduğu hesaplanmaktadır¹⁹.

EÜAŞ, Elektrik Üretim Sektör Raporuna göre Türkiye’de ; “Sanayinin temel girdileri arasında yer alan enerji sektöründe büyüme rakamları, gelişmiş ülkelere

¹⁷ http://www.ekodialog.com/turkiye_ekonomi/maden_enerji.html (05.03.2012)

¹⁸ Uzmanlar 2035 yılında; Çin’in, ABD’nin tüketeceği enerjiden %70 daha fazla enerji tüketeceğini belirtmiştir.

¹⁹ EÜAŞ, 2011 Sektör Raporu, s.2

kıyasla oldukça yüksektir. Türkiye elektrik ve doğal gaz tüketim artış oranları bakımından Çin'den sonra ikinci sırayı almaktadır”²⁰.

“2010 yılında Türkiye’deki uluslararası yatırımlar açısından ilk üç sektör; elektrik, gaz, buhar ve sıcak su üretimi ve dağıtımı (enerji), mali aracı kuruluşların faaliyetleri ve imalat sanayi olmuştur. Uluslararası doğrudan yatırımların %56,5’i, enerji sektörü ile mali aracı kuruluş faaliyetleri sektöründe gerçekleşmiştir Enerji sektöründe 2010 yılında yaklaşık 2,1 milyar dolar uluslararası doğrudan yatırım gerçekleşmiştir. Bu sektör son iki yılda en çok uluslararası doğrudan yatırımı çeken sektör olmuştur. Özellikle son iki yılda enerji sektöründe gerçekleşen birleşme ve satın alma işlemleri bu sektörün ilk sırada yer almasında önemli bir rol oynamıştır.”

Türkiye açısından istatistikler sonucu öngörülen tabloda ise, Türkiye’nin muhtelif büyüme senaryolarına göre yapılan hesaplarda her yıl en az 12 milyar kWh ek enerjiye ve yıllık 4-5 milyar USD yatırıma ihtiyaç olmaktadır²¹.

ETKB ve EPDK’nın Enerji Sektörü ile ilgili olarak tespitlerinde ise²²;

“-Hızlı talep artışı söz konusudur. Her ne kadar kişi başına elektrik üretimi, AB ortalamasının yaklaşık üçte biri düzeyinde olsa da, hızla artmaktadır. Bu talebin karşılanabilmesi için önemli ölçekte yatırıma ihtiyaç vardır. Nitekim, 1994, 1998, 2001 ve 2008 yıllarındaki krizlere rağmen son 25 yılda kurulu kapasite dörde katlanmıştır. Yatırımlarda planlama ve kamusal denetimin zorunluluğu ve önemi açıktır.

Enerji talebinin karşılanmasında yüksek oranda dışa bağımlılık; yerli ve yenilenebilir kaynakların değerlendirilmesinin önemini, kaynak ve menşei çeşitlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ekonominin yüksek enerji yoğunluğu, enerji verimliliğinin artırılması için büyük bir potansiyel teşkil etmekte ancak, ekonomiyle ilgili yapısal hususlarla da ilintili bir durum oluşturmaktadır. Türkiye’nin jeopolitik konum ve avantajları olarak; Doğu-Batı arasında bir enerji köprüsü konumunda olması ve enerji kaynaklarına olan yakınlığı sayılabilir”

Enerji Transiti açısından; Türkiye, Rusya, Hazar Denizi bölgesi ve Orta Doğu’dan kaynaklarının, batıya taşınma yolunda önemli bir bölgesel enerji transit merkezidir. Petrol üretimi ve transitinde de Avrupa için giderek hayati önem arz

²⁰ Bkz. Ayrıntılı Bilgi için, EÜAŞ (Elektrik Üretim Anonim Şirketi), 2009, Elektrik Üretim Sektör Raporu, s.8

²¹ Enerji Verimliliği Meclisi, 2010, “Türkiye Enerji ve Enerji Verimliliği çalışmaları”http://www.enver.org.tr/modules/mastop_publish/files/files_4caeccbad1161.pdf (01.03.2012)

²² TMMOB, Türkiye’nin Enerji Görünümü Raporu, 2.B., 2012, s.4
http://www.mmo.org.tr/resimler/dosya_ekler/dd924b618b4d692_ek.pdf (01.03.2012)

etmektedir²³. OBA'ya göre; "*Türkiye tarınsitte güvenliğe de önemli katkıda bulunan bir ülkedir. Türkiye bugün, enerji stratejisini geliştirirken, doğu ve batı, kuzey ve güney enerji tüketicisi ile tüketici ülkeler arasında stratejik coğrafi konumunda olağan gücünü daha da kuvvetlendirecektir. Kısaca Türkiye, Avrupa'nın enerji intikalinde önemli bir role sahiptir*²⁴".

Serbestleşme sürecine girilmekle birlikte, hem özelleştirmeler hem de rekabet piyasası birbirini etkileyen dinamolar şeklinde artmaktadır²⁵.Günümüzde Türkiye, kalkınma hedeflerini gerçekleştirme, toplumsal refahı artırma ve sanayi sektörünü uluslararası alanda rekabet edebilecek bir düzeye çıkarma çabası içindedir. Bu durum, enerji talebinde uzun yıllardır hızlı bir artışı beraberinde getirmektedir. Önümüzdeki yıllarda da bu eğilimin devam edeceği hesaplanmaktadır.

1.3. Enerji Sektöründe Yabancı Sermaye Yatırımcılarının Güncel Sorunları Ve Çözümler

Enerji sektöründeki yatırımlar nitelikleri itibariyle uzun süreli yatırımlardır. Bu anlamda yatırımcının endüstri bağlamında çeşitli sorunları olabilir. Bunlar; keşifteki başarı oranının beklenenden düşük olması, altyapıdaki riskler, güvenlik sorunları gibi sorunlardır. Bunun yanı sıra yabancı yatırımcı ile yapmış olan sözleşmelerin devlet tarafından kamusal, bürokratik, hukuki sebeplerle değiştirilmesi gibi riskler de söz konusu olabilir.

Birçok ülkede enerji projeleri özelleştirilse bile, hükümet iç fiyatlandırma veya çevresel faktörlerle bu faaliyetleri kontrol altında tutmaya devam etmektedir. Özellikle fiyatların düşük olduğu dönemde yabancı yatırımcı her türlü olanak sağlanarak ülkeye çekilmek istenmektedir. Bu dönemde yabancı yatırımcı ile avantajlı sözleşmeler yapılmaktadır. Ancak fiyatların yükselmesiyle birlikte ülkeler mevcut kârdan daha fazla pay elde etmek amacıyla müzakereler şartlarını ağırlaştırmaktadır²⁶.

Serbestleşme süreci ile birlikte, yabancı yatırımcıların bir ülkede güvenle yatırım yapması için ekonomik etkenler yanı sıra hukuki normlar da önemli rol oynamaktadır.

²³ U.S.Energy Information Administration, <http://www.eia.gov.tr/> (12.03.2012)

²⁴ OBA E., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu, 2012

²⁵ YAVUZ M, Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşmalar-, İstanbul, 2011 s.1

²⁶ MANURIZZAMAN M., TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009, s.110

Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında hukuksal bağlamda iki tarafında menfaatini koruyabilecek ve iki tarafça da kabul edilebilecek bir hukuki himaye oluşturulması gerekmektedir. Ülke mevzuatı, yabancı yatırımcıya tarafsız ve tatmin edici hukuki himaye oluşturmak konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda yabancı yatırımcılar, ev sahibi ülke ile istikrar veya tahkim şartlarını içeren sözleşmeler yapmalıdır. Ev sahibi ülke ile yapılan sözleşmelerde tahkime yer verilmemesi yabancı yatırımcının yatırımını çok ciddi bir riske atacaktır²⁷.

MANURİZZAMAN'a göre; "Temelde yabancı yatırımcılar için koruma üç düzeyde gerçekleştirilir. Bunlardan ilki ulusal mevzuat düzeyindedir ancak, bunun etkinliği tartışmalıdır. Yatırım sözleşmesi ile uyuşmazlığa ilişkin çözüm yöntemlerini belirlemek ikinci düzeydir. Yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet arasındaki anlaşmalardan faydalanarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gitmek ise üçüncü düzeydir"²⁸

Yatırım anlaşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemelere hangi yöntemlerle gidilebileceğini ifade eden Manurizzaman, bu yöntemler çerçevesinde enerji sektörü için belirlenen çözüm mekanizmalarını, aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir:

1-Sözleşme temelli tahkim uygulanabilir: Taraflar yatırım sözleşmesi ile, tahkim yoluna (ad hoc tahkim veya kurumsal tahkim) başvurabilirler. İki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar yapılmış olabilir ve böyle bir ilave şarta gerek duyulmadan bu anlaşmalar gereğince tahkim yoluna başvurulabilir. Özellikle ICSID tahkiminde kurucu güç Dünya Bankası olduğundan, ev sahibi devlet, haksız uyuşmazlık yarattığında, karşısında mali bir güç olduğunun bilinciyle hareket edecektir. Bu durum, ev sahibi devletin projeyi sekteye uğratabilecek haksız girişimden kaçınmasını sağlayacaktır.

2-Uzlaştırma yolu: Yabancı yatırımcı ile ev sahibi ülke, yatırım sözleşmesinde uzlaştırma şartına yer verilebilirler. İhtilaf halinde tarafların uzlaşma yolunu kullanarak çözüm bulması çok sık rastlanmamaktadır. Ancak yabancı yatırımcı ile aralarında olan uyuşmazlığın doğrudan uzlaşarak çözen, ev sahibi devlet, muhalefet partilerce

²⁷ MANURİZZAMAN ,s.120

²⁸ MANURİZZAMAN, s.113

"yabancılara imtiyaz tanındığı" gibi eleştirilere uğramaktadır. Bu sebeplerle ev sahibi devlet tarafından uzlaşma yöntemine başvuru siyasi bir risk olarak algılanmaktadır.

3-Devletin projeye dahil edilmesi: Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının enerji sektöründeki yatırımına “doğal kaynak milliyetçiliği” uygulamaktadır²⁹. Yabancı yatırımcı, projelerinde devletten kaynaklanan sıkıntıların hiç yaşanmaması için; proje kapsamında işlenecek enerjiye yani öz kaynağa, devletin katılımı sağlayabilir. Böylelikle hükümet bu projenin başarısını her zaman kendi başarısı olarak görecektir. Böylece proje hükümetin gözünde siyasi bir sürece dönüşecek ve yatırım tehlikeye atılmak istenmeyecektir. Dolayısıyla doğal kaynak milliyetçiliğinin etkilerinden bu şekilde kaçınmak mümkündür³⁰.

-Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde başvurulabilecek genel alternatifler yanında, sektörde yabancı yatırımcının karşısına çıkan somut sorunlarla konuyu biraz daha spesifik şekilde ele alarak, değerlendirdiğimizde;

1-Elektrik, doğalgaz, petrol ve LPG piyasalarının her birinin kendi kanunu vardır. Her kanunda da lisans konusundaki düzenlemeler hemen hemen aynıdır. Elektrik alanında olduğu gibi diğer enerji alanlarında da faaliyet gösterebilmek için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan tek yanlı verilen ruhsat almak gerekmektedir³¹. Bu şekilde enerji alanındaki faaliyetlerin, yargı makamlarınca genelleme yapılarak kamu hizmeti şeklinde değerlendirilmesi, yatırımcının aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir³².

Yatırımcının enerji sektöründeki faaliyet alanı gerçek anlamda salt kamu hizmeti olduğunda ise, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi düzenlenmektedir. Yabancı yatırımcı ile yapılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, idari sözleşme niteliğinde olması sebebi ile de, idare tek yanlı

²⁹ Doğal Kaynak Milliyetçiliği kavramından, ev sahibi devletin enerji kaynağının kendisinin öz doğal kaynağı olduğundan bahisle istediği gibi tasarruf edebileceği yönünde eğilimi anlaşılır.

³⁰ MANURIZZAMAN, s.115-116

³¹ EPDK tarafından verilen bu ruhsata, lisans adı verilmektedir.

³² ULUSOY; “ Kanun ismine ruhsat diyor ama idari hukuk anlamında bu bir ruhsattır...Danıştay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin çok yerleşik içtihatlarında da öngörüldüğü gibi enerji alanında elektrik enerjisi için söylersek üretim, iletim, dağıtım ve toptan satış ve perakende hizmetlerinin her birini yüksek mahkemeler kamu hizmeti olarak nitelemektedirler...Özellikle geçiş döneminden sonra bunların artık bir kısmının kamu hizmeti olarak nitelemeye gerek yok” şeklinde beyanda bulunmuştur.(Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSOY A., TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009 s.118)

değişiklik yapabilme hakkını kendinde bulmaktadır. ULUSOY bu durumu şu şekilde eleştirmiştir: “...kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı olarak sözleşmede değişiklik yapabilmesi hakkından hep bahsedilir.Fakat bunu sözleşmede istediği gibi değişiklik yapabilir şeklinde algılamamak lazım ki, böyle algılanıyor maalesef.Bu doğru bir algılama değil.İdare ancak kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda kamu hizmetinin aksamaması için sözleşmede hüküm bulunmasa bile tek yanlı değişiklikler yapabiliyor , ama sözleşmenin mesela mali dengesinde veya sözleşmenin mali hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapması söz konusu değildir.”³³

Böyle bir durumda ulusal mevzuatın yabancı yatırımcıyı korumasını beklemek hata olur. Yabancı yatırımcının bu anlamda tek yolu, tahkim müessesesi aracılığı ile hak ihlalini uluslararası platforma taşımaktır. Bu çerçevede yatırımcı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesindeki tek yanlı değişikliğin kamu menfaatini taşımadığını veya mali anlamda değişiklik olduğunu ispat ederek, lehine karar çıkmasını sağlayabilir.

2- Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletin kamu kuruluşu arasında, mevcut sözleşmeye tahkim şartı konularak veya ayrı bir sözleşme yapılarak tahkim düzenlenebilmektedir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık aşamasında, yatırımcı tahkim başvurusu yaptığında çoğu kez, işveren kamu kuruluşu kendisinin pasif dava ehliyetine (yargı muafiyeti) sahip olmadığı yönünde itirazda bulunmaktadır. Yatırımcı böyle bir riski bertaraf edebilmek için, “sözleşme konusu işin özel bir hukuk tasarrufu olduğu ve bu nedenle gelecekte yargı muafiyeti itirazında bulunamayacağı” şeklinde bir hükme sözleşmede yer vermeleri uygun olacaktır³⁴.

4-Türkiye, özellikle yüksek talep artışının karşılanması, yeterli yatırımların yapılması ve verimliliğin arttırılması için enerji sektöründe rekabete dayalı ve şeffaf bir piyasa yapısının oluşturulması yönünde adımlar atmaktadır.

Bu sebeple enerji sektöründeki yatırımları teşvik amacı ile özellikle alternatif çözüm yollarının işlevselliğini arttırmak ve hukuki alt yapının globalleşen dünya standartlarına uygunluğunu sağlaması gerekmektedir.

Türkiye’de, enerji sektöründe yatırım uyuşmazlığının tahkim yolu ile çözümünde; sıklıkla rastlanılan uygulamada; ya taraf olduğu yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları çerçevesinde yapılan düzenleme ile tahkime

³³ ULUSOY s.123

³⁴ Sözleşmenin hazırlanması aşamasında gelecekte doğması muhtemel uyuşmazlıkları önlemek açısından dikkate alınacak hususlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKSAL T., Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, Ankara, 2011, s.75-83

başvurulmakta veya Türkiye'nin 1994 yılında taraf olduğu milletlerarası anlaşma olan "Enerji Şartı Antlaşması" çerçevesinde tahkim yoluna başvurulmaktadır.

Bu çerçevede şu sorun akla gelmektedir. Yabancı yatırımcı ev sahibi devlet ile basit sözleşmesel ilişki kurmuş ancak sözleşmede tahkim şartı konulmamış veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmamış olabilir. Bunun yanında; yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında tahkim yolu açık ikili veya çok taraflı antlaşma ilişkisi mevcut olabilir. Acaba, yabancı yatırımcı bu yolu kullanarak tahkime başvurabilir mi?

Böyle bir sorunun cevabına ilişkin farklı şekilde yorumlanan hakem kararı mevcuttur: *Vivendi* davasında hakem heyeti, uyuşmazlığın asli unsuruna bakmak gerektiğini ve buna göre uyuşmazlık yatırım ihlali ise ülkenin taraf olduğu yatırım anlaşmasına göre tahkime gidileceğini, ancak uyuşmazlık doğrudan yatırıma ilişkin olmayıp sözleşmesel kapsamda bir ihlal ise sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. *SGS/Filipinler davasında*, yatırımcı şirketin basit sözleşme iddiası yatırım anlaşmasının ihlali olarak kabul edilmiştir. Gerekçe olarak da yabancı yatırımcının tabi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasında, birbirlerinin vatandaşı yatırımcılarla yaptıkları anlaşmalarda, yükümlülüklerini ve taahhütlerini yerine getirme sorumluluğu üstlendikleridir. Bu madde şemsiye hüküm niteliğinde kabul edilmiştir.

SPG/ Pakistan davasında hakem heyeti, taraf devletin bir "taahhüt" ifadesinden dolayı basit sözleşmesel bir aykırılığı uluslar arası platforma taşımanın uygun olmadığı yönünde karar vermiştir³⁵.

Görülüyor ki; böyle bir sorunla karşılaşıldığında tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağı noktasında, çelişkili hakem kararları mevcuttur bu sebeple, genel geçerlilik kabul edilecek bir uygulama oluşmamıştır.

Yatırım anlaşmalarında taraflar, yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanan ihtilaflar halinde, genelde tahkim kuralı olarak ICSID tahkim kuralına başvuracaklarını kararlaştırmaktadırlar³⁶.

³⁵ BODEN D.; Enerji uyuşmazlıkları ve Yatırım Anlaşması Tahkimi –ICCI 2008 Bildiriler Kitabı s.374

³⁶ Uzlaştırma/ arabuluculuğun ardından, İngilizler "hükme bağlama" (*adjudication*) adı verilen ve yirmi sekiz günü ender olarak aşan oldukça hızlı ve basit bir süreç geliştirmişlerdir. TACKABERRY J. süreci şu şekilde izah etmiştir: "Bu süreçte, çoğu hukuki sürecin duruşma, temellendirme gibi birçok gerekliliği uygulanmamaktadır. Hükmi veren kişi yalnızca bir yanıt sunar ve bunu 28 gün içerisinde yapar. Bu yanıt bağlayıcı değildir ama geçici bir süre icra edilir. Hüküm verme sürecinde bir karara ulaştıysanız, doğrudan mahkemeye gidebilir ve mahkemeden söz konusu miktarın hemen ödenmesine yönelik bir karar

1.4. Enerji Sektöründe İki Taraflı Ve Çok Taraflı Anlaşmalar

1.4.1. Genel

Yatırım Anlaşmalarında tahkim düzenlenmiş olmasına rağmen Türkiye için enerji sektöründe tahkim yargılaması yeni bir kavramdır. İlk olarak 2007 tarihinde sonuçlanan PSEG/Türkiye davası söz konusudur. Devamında enerji alanında Libananco/Türkiye, Cement/Türkiye, Europe Cement/Türkiye, Alapli Türkiye davaları açılmış olup ortak yönleri ICSID Tahkim yargılamasının tercih edilmesidir³⁷.

Yatırım Anlaşmaları; yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikini sağlayan anlaşmalardır. Yatırım anlaşmaları ya, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşması olarak ikili şekilde yapılmakta ya da sektörel veya bölgesel nitelikte olan çok taraflı yatırım anlaşmaları şeklinde yapılmaktadır³⁸.

Çok taraflı bölgesel yatırım anlaşmalarına örnek olarak, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) verilebilir³⁹. Bu anlaşma düzenlemesi ile, anlaşma ülkelerini uluslararası tahkim kurullarına tek taraflı olarak dava etme hakkı tanınmaktadır. Tarafları Kanada, Meksika, ABD olan bölgesel bir yatırım anlaşmasıdır.

Sektörel yatırım anlaşmasına örnek olarak, Türkiye'nin de taraf olduğu ve enerji alanında işbirliğinin serbest piyasa kurallarına, şeffaf ve rekabetçi temellere dayanması amacını güden⁴⁰ "Enerji Şartı Anlaşması'nı örnek gösterebiliriz⁴¹.

çıkacağından 1.000 davadan 999'unda emin olabilirsiniz. Bu sürecin çekiciliğinin ve bu kadar basit ve kaba olmasının nedeni, geçici olması ve tahkime ya da yargılamaya gidene veya anlaşana kadar kalenizi korumasıdır. Bu süreç, Birleşik Krallık'ta o kadar popüler olmuştur ki, inşaat anlaşmazlıklarında neredeyse her zaman kullanılmaktadır ve şu anda 5 farklı kamu hukuku yargı dairesi tarafından da kabul edilmiş durumdadır. Bu süreç, her türlü inşaat sözleşmesine yerleştirilebilir ve çok hızlıdır. Bu sürecin 42 gündendaha fazla uzatılması, taraflar bir anlaşma yapmadıkça, mümkün değildir ve bu 42 günü dahi alabilmek için, süreci başlatan tarafın onayını almanız gerekir. Bu tehlikeli bir süreçtir, çünkü baz ı durumlarda tuzak olarak kullanılmaktadır.(Bkz. TACKABERRY J, TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009,s.87)

³⁷ Bkz..s.89-94

³⁸ BODEN, s. 373

³⁹ 01.01.1994'te yürürlüğe giren NAFTA kapsamında, söz konusu üç ülke arasındaki ticaret ve yatırımlar liberalize edilmiş, ilk kez yabancı şirketlere, anlaşma ülkelerini uluslararası tahkim kurullarında tek taraflı olarak dava etme hakkı tanınmıştır.

⁴⁰ Bkz. "Enerji Şartı Anlaşması", "Petform Bilgi notu"

"www.petform.org.tr/images/yayinlar/ozel_raporlar/petform_enerji_sarti_anlasmasi_bilgi_notu.pdf (24.03.2012) s.1

⁴¹ Uluslararası yatırımlara ilişkin diğer bir düzenlemede MAI (Multilateral Agreement on Investment) 'dir. Çok taraflı yatırım anlaşması anlamındadır. MAI, 1988 yılından hazırlanmıştır. IMF ve Dünya Bankası kredisi almak isteyen ülkelere imzalatılmaya başlandı. Türkiye'de de 1999'da IMF ile stand-by anlaşmasını imzalarken, 7 Aralık 1999'da TBMM'de 4485 no-lu "Türkiye Cumhuriyeti ile ABD Hükümeti arasında Ticaret ve Yatırım İlişkilerinin Geliştirilmesine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" la MAI peşinen kabul edildi. Ancak ABD'nin uluslararası yatırım politikasını diğer ülkelere dayatma araçlarından biri olarak hazırladığı anlaşma, aldığı tepkiler sebebi ile

Enerji sektöründe bahsettiğimiz şekilde ikili ve çoklu milletlerarası anlaşmalara rastlamak mümkündür. Çalışmamız enerji sektörü ile sınırlı olduğundan, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları olan ikili yatırım anlaşmaları genel hatları ile incelenecektir. Çoklu anlaşmalardan ise, sektöre yönelik olan Enerji Şartı anlaşması incelenecektir.

1.4.2. Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşviki Anlaşmalarına Genel Bir Bakış

Geçtiğimiz kırk beş yıl içinde, YKTK Anlaşmaları doğrudan yabancı yatırımı teşvik için en önemli uluslararası yasal mekanizma haline gelmiştir. Özellikle son iki yılda, ülkelerin birbirleriyle yaptığı yatırım anlaşmaları hızla artmıştır. Ülkelerarası bu anlaşmalar genellikle sözleşme haklarının korunmasını sağlamakta ve bir yatırım uyuşmazlığı durumunda, uluslararası tahkim hakkı da dahil olmak üzere, yabancı yatırımcılara geniş haklar vermektedir⁴².

Ülkeler gelişen ve değişen teknolojiden yararlanmak ve büyük ölçekli projelerde finansman sağlamak amacıyla yabancı yatırımları kendilerine çekmeye çalışmaktadır. Bunun karşısında yabancı yatırımcılar da, en karlı yatırımın yanı sıra ekonomik ve hukuki anlamda güvenli bir yatırım ortamını tercih etmektedirler⁴³.

Bu sebeple ülkeler aralarında Yatırımın Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKTK) Anlaşmaları yapmaktadırlar. Bu anlaşmalar iki taraflı anlaşmalardır.

YKTK, "Akit tarafın yatırımcılarının diğer akit taraf ülkesindeki yatırımları ile ilgili olarak, her iki akit taraf arasındaki ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi, sermaye ve teknoloji akımı ile tarafların ekonomik gelişimini teşviki, akit tarafın yatırımcısının diğer akit tarafın ülkesinde yapacağı yatırımlara makul ve adil imkanlar yaratmak amacıyla ve her iki ülke için, söz konusu yatırımların bir anlaşma bazında teşviki ve

henüz taslak halinde olan bir metindir. (Bkz. <http://bilgininadresi.net/Madde/14861/%C3%87ok-Taraf%C4%B1-Yat%C4%B1r%C4%B1m-Anla%C5%9Fmas%C4%B1> 01.04.2012)

⁴² ANDREW T., "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000" *International Organization* 60 (2006) s. 811-846 http://works.bepress.com/andrew_guzman/14 (24.03.2012)

⁴³ Bilateral Investment Promotion and Protection Agreement (BIPA) http://business.gov.in/doing_business/bipa.php (23.03.2012)

korunmasının, özel teşebbüs girişimlerini teşvik edeceği ve her iki ülkede refahı artıracığını düşüncesi ile yapılan anlaşmalardır⁴⁴.

1.4.2.1. Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşviki Anlaşmalarının Amacı

Birçok YKTK anlaşmasında, yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi ülkenin mahkemeleri yerine veya ona ilave olarak tahkim yolu ile çözüleceği kararlaştırılmaktadır⁴⁵.

Bu anlaşmalar taraf olan ülkede yatırım uyuşmazlıkları halinde, hukuki açıdan bir belirlilik sağladığı gibi, yabancı yatırımcıyı ticari olmayan risklere karşı korumaktadır. Böylelikle ülke, hem yatırım için cazip hale gelmekte hem de, rekabet piyasası güçlenmektedir⁴⁶.

Ülkemizde YKTK Anlaşmaları yapılırken, gelişmiş ülkelerin doğrudan yabancı sermaye yatırımlarını çekmek, hem mevcut pazarı geliştirmek hem de, yeni pazar imkanları yaratmak hedeflenmiştir. Ayrıca, ülkemizin sermaye ihraç eder hale gelmesinden sonra, yurtdışında yatırımları bulunan girişimcilerimizin bu ülkelerdeki yatırımlarını güvenceye almak amacıyla da gelişmekte olan birçok Asya ve Afrika ve Latin Amerika ülkeleri ile de YKTK Anlaşmaları imzalanmıştır⁴⁷.

YKTK Anlaşmalarının amaçlarının çerçevesini kısaca belirtecek olursak;

- Yatırımcı ile ev sahibi ülke tarafından uygulanacak muamelenin sınırlarını çizen
- Yatırımcının yatırım yaptığı ülkedeki temel hak ve menfaatlerini uluslar arası hukuk temelinde koruyan,
- Yatırımcıların yaptıkları yatırımları ile elde ettikleri kârı, kendi ülkesine veya başka ülkeye transferini güvence altına alan,
- Ev sahibi devletin kamulaştırma işlemlerinde yatırımcılar üzerindeki etkisi yönünden şartları belirleyen,

⁴⁴ Bkz. Türkiye ile ABD, Afganistan, Arjantin ile yapılan YKTK anlaşmalarının giriş metinleri (<http://www.ydy.gov.tr/anlasmalar/133.php> 28.03.2012)

⁴⁵ ÇAKMAK, M./ ERGÜN, E.: "Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları", Ankara, 2011, s.45

⁴⁶ FDEA(Federal Department of Economic Affairs), 2009.

⁴⁷ Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, YKT Anlaşmaları, www.ekonomi.gov.tr/upload/EFEAE0CD.../yktk_anlasmalari.pdf (26.04.2012) s.1

-En önemlisi de yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime başvuru imkanını düzenleyen anlaşmalardır⁴⁸.

-Ev sahibi ülke açısından da, sermaye akışı, teknoloji, know-how⁴⁹, yönetim becerisi ve yeni pazar imkanı yaratmaktadır.

YKTK'larının amacı dikkate alındığında hedeflenen kitlenin, genellikle gelişmiş ülkelerin doğrudan yabancı sermaye yatırımcıları olduğu ortaya çıkmaktadır.

1.4.2.2. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları'nın Kapsamı

Yabancı yatırımcı yatırım yaptığı ülkede, her tacirin karşılaşılabileceği ticari risklerle karşılaşabilir. Bunlar, hiçbir devletin taahhüt altına gireceği veya yükleneceği riskler değildir. Yatırımcı bu tür riskleri öngörebilmeli ve sonuçlarına katlanmalıdır. Ancak, bir de ticari olmayan ve öngörülemeyen riskler vardır. Bunlar; kamulaştırma, devletleştirme, savaş, iç karışıklık, yabancı yatırımcının kârını transfer edememesi veya geç transfer edilmesi gibi devletin kendi gücünü kullanarak haksız yere yatırımcıyı mağdur eden sebeplerdir. Bunun yanı sıra yatırımcının yatırım yaptığı ülkeye karşı, tahkim yoluna başvurup başvuramayacağına ilişkin kaygıları söz konusu olmaktadır.

YKTK anlaşmaları, yatırımcıların bu yöndeki tereddütlerini ortadan kaldırıp risklere karşı hukuki himaye sağlayan ve bunu yaparken ev sahibi ülkeye de yukarıda izah ettiğimiz gibi olumlu katkılar sağlayan kapsamda düzenlenmektedir.

1.4.2.3. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları Kapsamında Tahkim Müessesesi

Milletlerarası anlaşmaların hukukumuzdaki yeri, anayasanın 90.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile, Anayasa mahkemesine başvurulamaz.

YKTK kapsamındaki anlaşmalar, milletlerarası anlaşmalar olması sebebiyle, Anayasa'nın 90.md. hükümleri çerçevesinde, "kanun" hükmündedir.

⁴⁸ YDY, Yurtdışında Yatırım, <http://www.ydy.gov.tr/?sayfa=sss> (27.04.2012)

⁴⁹ Büyük şirketlerin ürettikleri mamüllerde kendilerine özgü geliştirdikleri üretim teknikleridir.

YKTK Anlaşmaları, devletler arasında akdedilmesi sebebi ile, yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, tahkime ilişkin her türlü düzenlemeleri de içinde barındırmaktadırlar. Çoğu kez yabancı yatırımcının ev sahibi devletle tahkim sözleşmesi yapma imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple, yabancı yatırımcılar iki veya çok taraflı anlaşmalara dayanarak tahkim müessesesinden faydalanmaktadırlar. Yukarıda, enerji sektöründe *anlaşmazlık, çözüm yöntemlerine ve alınması gereken önlemlere* değinirken, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yapılacak tahkim sözleşmesi ve şartı düzenlemelerinin ne şekilde olacağı, nelere dikkat edilmesi gerektiği ve yatırımın sekteye uğramaması için alınması gereken önlemlerden bahsedilmişti⁵⁰. YKTK anlaşmaları ise, ülkeler arasında akdedildiğinden, anlaşma muhteviyatında tahkim düzenlemesi mevcuttur. Bu sebeple, tahkim düzenlemesi ve alınacak önlemlere bu konuda değinilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, YKTK anlaşmaları kapsamında düzenlenen tahkim müessesesinin uygulanış şekillerine değinmek gerekmektedir.

Bu anlaşmalarda başlıca, iki uluslararası tahkim mekanizması öngörülmektedir⁵¹.

Bu mekanizmalardan ilki, herhangi bir kuruma bağlı olmayan ve "*ad hoc* tahkim" olarak adlandırılan tahkim mekanizmasıdır. Bu tahkim mekanizmasında taraflar herhangi bir tahkim kuralına bağlı olmaksızın hakem veya hakem kurulunu oluşturur. Hakemler dışında tahkim yeri, tahkim usulü, esasa uygulanacak maddi hukuk taraflarca tayin edilir veya bu konuda hakemlere yetki verilir⁵².

YKTK Anlaşmalarında en çok tercih edilen diğer tahkim kuralları ise, kurumsal tahkim kurallarıdır. Kurumsal tahkim kurallarından en sık uygulananı ise, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Uluslararası Merkezi (ICSID) tahkimidir⁵³. Bunun dışında

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.s.10

⁵¹ Ülkemizde 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması gereken İkelere Dair Kanun ile bu doğrultuda düzenlemeye gidilmiştir. Kanun; sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken, uyulması gerekli ilke ve esasları düzenlemektedir.Bu kanun'un 2/a maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların *ad hoc* tahkime veya kurumsal tahkime götürülebileceği belirtilmiştir.

⁵² AKINCI s.30

⁵³ 30 Haziran 2010 tarihi itibarıyla ICSID nezdinde toplam 319 dava kaydedilmişken, bu davalardan sadece 26'sı 1972 ve 1990 yılları arasında açılmış geriye kalan 293 dava ise 1990 sonrası açılmıştır.(ICSID Tahkimi konusunda ayrıntılı izah için bkz. 63 -95)

başvurulan kurumsal tahkim kuralları, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Divanı, Stockholm Ticaret Odası ve Londra Uluslararası Tahkim Divanıdır⁵⁴.

Tarafların Kurumsal veya *ad hoc* tahkimi tercihlerinde özellikle uyuşmazlık miktarı rol oynamaktadır. Kurumsal tahkimde hakem ücreti, tahkimi organize eden kuruma verilen harç ücreti söz konusudur. Bu sebeple uyuşmazlığın miktarı düşük ise, taraflar daha az masraflı *ad hoc* tahkimine başvurumaktadırlar⁵⁵.

Yatırım kavramının tanımlandığı ve tahkimi ilgilendiren temel bir anlaşma da Enerji Şartı anlaşmasıdır⁵⁶.

1.4.2.4. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşviki Anlaşmaları

1954 yılında Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, yabancı sermayeyi ülkemize çekmek amacıyla ilk olarak 1962 yılında, Almanya ile YKTK anlaşması imzalanmıştır⁵⁷.1985 yılı itibariyle YKTK anlaşmaları müzakerelerine hız verilmiştir.

Türkiye, bugüne kadar 85 ülke ile YKTK Anlaşması İmzalamıştır. Ülkemizin son yıllarda YKTK Anlaşması imzaladığı ülkelerin arasında Ortadoğu ülkeleri ağırlık taşımaktadır.⁵⁸ Ülkemiz son olarak, 22 Nisan 2011'de Libya ile, 24 Temmuz 2011'de Birleşik Arap Emirlikleri ile, 18 Mart 2012'de Çek Cumhuriyeti ile YKTK anlaşmaları yapmıştır.

Sonuç olarak; yatırımcıları tahkim yargılamasına götüren yollar farklıdır:

-Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen sözleşme ile tahkim yargılamasına başvurulabilir.

⁵⁴ ÇAKMAK/ERGÜN s. 46

⁵⁵ AKINCI s.30

⁵⁶ YEŞİLİRMAK A.: “Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim”, İstanbul, 2011, s. 88

⁵⁷ Türkiye ile Federal Almanya arasında imzalanan YKTK anlaşmasına; ICSID tahkimine olur veren bir hüküm yoktur. Bunun sebebi ise, bu anlaşmanın ICSID Konvansiyonu'ndan önce imzalanmış olmasıdır. Ancak Türkiye'de , Almanya'da aynı zamanda Enerji Şartı Anlaşması'na taraftır. Enerji Şartı Anlaşması sayesinde enerji yatırımlarına ilişki Alman yatırımcılarının Türkiye'de gerçekleştirdikleri yatırım, ya da bir Türk yatırımcının Almanya'da gerçekleştirdiği yatırım sebebi ile ICSID Tahkimine başvurmak her zaman mevcuttur.

⁵⁸ Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Anlaşmaları'nın İçeriği ve İşlevleri, . s.2 www.usaktso.org/Duyurular/Duyuruek/YKTK.pdf (01.06.2012)

-Yatırımcının tabi olduğu devlet ile, ev sahibi devletin taraf oldukları iki ve çok taraflı anlaşmalarla tahkim yoluna gidilebilir.

Tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararlarının, iç hukukta mahkeme kararı gibi icra kabiliyeti söz konusudur. Tercih edilen tahkim kuralına göre taraf ülkede icra edilemeyen karar, diğer üye ülkelerde bulunan, taraf ülkenin malvarlığına el konularak da icra edilebilmektedir⁵⁹.

1.4.3. Enerji Şartı Anlaşması Ve Tahkim

1.4.3.1. Genel

Enerji Şartı anlaşmasının temeli ilk olarak, Hollanda Başbakanı Ruud Lubbers'in 1991 Haziranında Dublin'de yapılan Avrupa Konseyi toplantısında, Avrupa Enerji Topluluğu oluşumu için bir öneri sunmasıyla atılmıştır.

Bunun üzerine, 1991 Aralık ayında Lahey'de Enerji Şartı Siyasi Deklarasyon (Avrupa Enerji Şartı) imzalanmıştır. Ardından, 17 Aralık 1994 tarihinde, Enerji Şartı Antlaşması (Energy Charter Treaty) ⁶⁰ ve Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Yönleri (PEEREA) Protokolü Lizbon'da imzalanmıştır. İmzalanan anlaşma, 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶¹.

EŞA; enerji alanında uzun vadeli işbirliğini amaçlayan çok taraflı bir anlaşmadır⁶².

Antlaşma, elli bir devlet tarafından imzalanmıştır. Avrupa Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (European Atomic Energy Community- EURATOM)'nun katılımlarıyla birlikte bugüne kadar toplam imza sayısı, 53'ü bulmuştur.

Türkiye, anlaşmayı 17 Aralık 1994 yılında imzalamıştır. Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihaî Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile

⁵⁹ ICSID Konvansiyonu 54.madde de; her akit devletin ICSID Hakem heyetince verilen kararının parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi mahkemelerinin kararıymış gibi uygulaması gerektiğini düzenlemiştir. New York Sözleşmesi de benzer müeyyideler içermektedir.

⁶⁰ Enerji Şartı Anlaşması bundan böyle kısaca EŞA olarak anılacaktır. İngilizce kısaltması ECT olarak adlandırılmaktadır.

⁶¹ Enerji Şartı Antlaşmasının temelinde, Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu vardır. 1991 tarihli Avrupa Enerji Şartı, doğu ile batının enerji işbirliğini sağlamayı amaçlayan, siyasi bir düzenlemedir. Enerji Şartı Antlaşması ise, hukuki bağlayıcılık içeren çok taraflı bir belgedir.

⁶² BERKER A., Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkimin Rolü, Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi 2009 Konferansı, <http://www.dektmk.org.tr> (01.08.2012)

Enerji Verimliliği ve ilgili çevresel hususları kapsayan Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması 4519 sayılı Kanunla, 6 Şubat 2000 tarihinde uygun bulunmuştur⁶³.

EŞA'nın ortaya çıkmasındaki temel etken; Batılı Avrupa ülkelerinin kaynak yetersizliği sebebi ile enerji bakımından dışa bağımlı olmaları, bunun yanında yeterli enerji kaynağına sahip olan Rusya ve SSCB ardılı ülkelerin, batılı büyük şirketlerin sağlayacağı üstün teknolojiye, sermayeye ve maddi desteğe ihtiyacı olmasıdır⁶⁴.

1.4.3.2. Enerji Şartı Anlaşması'nın Amacı

EŞA'nın amacı, anlaşmanın 2.maddesinde “Avrupa Enerji şartının amaçları ve prensipleri uyarınca tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektir” şeklinde belirtilmiştir⁶⁵.Anlaşmanın diğer maddeleri de değerlendirildiğinde, anlaşmanın amacını en genel anlamda aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- Enerji alanında yatırımların ve ticaretin serbestleşmesini sağlayacak önlemler almak ve bu anlamda ekonomik büyümeyi hızlandırmak⁶⁶.
- Uluslararası ticarete ayırım gözetilmesini engellemek⁶⁷
- Anlaşmaya taraf ülkelerin tamamlayıcı ve karşılıklı fiyatlar prensibini baz alarak enerji alanında uzun süreli işbirliği sağlamak⁶⁸

⁶³ 4519 sayılı Kanun, 06.02.2000 tarih ve 23956 sayılı RG. ; 2000/786 sayılı Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve ilgili Çevresel Hususlara ilişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması Hakkındaki Karar için bkz. 12.07.2000 tarih ve 24107 sayılı RG.

⁶⁴ DEMİR E., Enerji Şartı Anlaşması, Uluslar arası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı VIII, 2003

⁶⁵ DEMİR'e göre; *ECT(EŞA) 'nin ulusal enerji politikalarını belirlemek gibi bir hedefi yoktur. ECT(EŞA) bir kredi kuruluşu değildir ve enerji üreticisi ülkelerdeki projeleri finanse etmek gibi bir görevi bulunmamaktadır. Enerji ağlarının özelleştirilmesini veya üçüncü taraflara açılmasını empoze etmemektedir. Enerji kaynakları üzerinde ulusal egemenliği kabul etmekte ve ulusal hükümetlerin, enerji üretim alanlarını seçme, rezervlerin ve kaynakların geliştirilmesinde izlenecek politikaları belirleme, mali politikaları tespit etme ve üretim ve arama çalışmalarına katılma konusunda karar alma haklarını teyit etmektedir.*”

⁶⁶ Enerji Şartı Anlaşması Önsöz kısmında, bu hususa ilişkin birtakım ifadelere yer verilmiştir. Buna göre; Anlaşmaya taraf ülkenin kendi ulusal yatırımcısına sağlayacağı hakları, aynen diğer taraf ülke yatırımcılarına da tanınmasını sağlamak

⁶⁷ Bu hususa ilişkin Anlaşmanın orijinal metninde bulunmayan, ancak Resmi Gazetede yayınlanan Türkçe metinde yer alan dipnotta; Anlaşmaya taraf ülkenin kendi ulusal yatırımcısına sağlayacağı hakları aynen diğer taraf ülke yatırımcılarına da tanınmasını sağlamak

•Taraf ülke, kayırdığı ülke yatırımcısına sağladığı hakları içeren uygulama prosedürünü; bu anlaşmaya taraf olan bir ülke yatırımcısı ile yapılan tamamlayıcı anlaşmalara da uygulamasını sağlamak şeklinde ifadeye yer verilmiştir.

⁶⁸ Enerji Şartı Anlaşması, Anlaşmanın amacını düzenleyen 2.maddesinde düzenlenmiştir.

- Enerjinin en verimli şekilde aranmasını sağlamak
- Enerji arzı güvenliğinin artırılmasını sağlamak
- Enerji üretimi, çevirimi, taşınması, depolanması, dağıtımı, iletimi ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek seviyeye ulaştırılmasını sağlamak
- Çevre sağlığı ve güvenliği sorunlarının en aza indirilmesinin sağlanması
- Yatırımların teşviki ve korunmasını sağlamak
- Uluslararası ve ulusal sermaye piyasalarına erişmeyi sağlamak

1.4.3.3. Kurumsal Yapı

Enerji Şartı Anlaşması çerçevesinde kurumsal yapı dendiğinde; 2 kurumdan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki bir nevi yürütme ve karar alma organı olan Enerji Şartı Konferansıdır⁶⁹. Bu konferans, anlaşma taraflarının yetkili birer temsilcilerinin katılımı ile oluşur. Olağan ve olağanüstü olmak üzere yılda iki defa toplanır.

Konferans 6 alt organa ayrılmaktadır⁷⁰. Bunlar;

- Bütçe Komitesi
- Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Boyutlar Çalışma Grubu
- Hukuk Danışma Komitesi
- Strateji Grubu
- Ticaret ve Transit Çalışma Grubu
- Yatırım Konuları Çalışma Grubu

Enerji Şartı Konferansı'nın; anlaşma hükümlerinin uygulanması, bu anlamda gereken tedbirleri almak, anlaşmaya katılımlara karar vermek, sekreteryaya tarafından yürütülecek çalışmaları belirleme, sekreteryaya bütçe ve hesaplarını onaylamak gibi görevleri bulunmaktadır⁷¹.

Sekreteryaya ise; anlaşmanın 35.madde tanımlamaları doğrultusunda, anlaşmanın uygulanmasını denetleyen, konferans ve alt grupların toplantılarını düzenleyen ve

⁶⁹ BAKLACI/AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması s.99

⁷⁰ http://www.petform.org.tr/images/yayinlar/ozel_raporlar/petform_enerji_sarti_anlasmasi_bilgi_notu.pdf (07.08.2012)

⁷¹ Enerji Şartı Konferansının fonksiyonları için bkz. EŞA md.34 (3) , (4), (5), (6), (7)

yöneten, uyuşmazlık çözümlerini yürüten, üye olmayan devlet ve diğer uluslararası kuruluşlarla ilişkilerin geliştirilmesinde Konferansı temsil eden bir kurumdur⁷².

1.4.3.4. Enerji Şartı Anlaşması Kapsamı

EŞA, enerji sektöründe başta yatırımlar açısından olmak üzere, her anlamda uluslararası enerji güvenliğini sağlayan, en büyük, çok taraflı uluslararası anlaşmadır⁷³.

Enerji Şartı Antlaşması toplamda, sekiz bölüm ve elli maddeden oluşmaktadır. Birinci bölüm; tanımlar ve amaç, ikinci bölüm; ticaret, üçüncü bölüm; yatırımların desteklenmesi ve korunması, dördüncü bölüm; çeşitli hükümler, beşinci bölüm; uyuşmazlık çözümü, altıncı bölüm; geçiş aşaması hükümleri, yedinci bölüm; antlaşmanın yapısı ve kurumlar ve son olarak sekizinci bölüm; son hükümler şeklinde düzenlenmiştir.

Anlaşmanın amaçları yönünden enerji sektörü göz önüne alınarak, belli başlı tanımlar yapılmıştır. Buna göre;

- Anlaşmaya da adını veren “**Şart (Charter)**” anlaşmanın 1. maddesinde, Lahey Konferansı’nın sonuç bildirgesinde kabul edilen Avrupa Enerji Şartını ihtiva etmektedir.
- “**Anlaşma tarafı (Contracting Party)**” anlaşmanın 1(2) maddesinde; anlaşma hükümlerini kabul etmiş devlet veya Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Organizasyonunu ifade etmektedir.
- “**Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Organizasyonu (Regional Economic Integration Organization)**” anlaşmanın 1(3) maddesinde, devletlerden oluşan yapıyı ifade etmektedir.

⁷²http://www.petform.org.tr/images/yayinlar/ozel_raporlar/petform_enerji_sarti_anlasmasi_bilgi_notu.pdf (07.08.2012)

⁷³Konoplyanik A., Wälde T., Energy Charter Treaty and Its Role In International Energy, Journal Of Energy & Natural Resources Law, 24 (4) 2006, s.253

- “*Yatırım (investment)*” ifadesi, anlaşmanın 1(6) maddesinde tanımlanmaktadır: “Yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:

- (a). Aynı ve aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;
- (b). Bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları;
- (c). Bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontrat ile ilgili para ve hizmet performansı talepleri;
- (d). Fikri mülkiyet;
- (e). Kazanç;
- (f). Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin, kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen, tevcih edilen haklardır.

Anlaşmanın yürürlüğünden sonra yapılan yatırımların yanısıra, anlaşmanın yürürlüğünden önce mevcut olan, yürürlüğünden sonraki dönemde de enerji sektöründeki yatırımlara tesir eden tüm konular, anlaşmanın kapsamında sayılmıştır⁷⁴.

- “*Yatırımcı (investor)*” anlaşmanın 1(7) maddesinde;

“i.Söz konusu Antlaşma tarafında, uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak o ülkede sürekli ikamet eden veya o ülkenin vatandaşı veya uyruğuna sahip olan gerçek kişiyi;

⁷⁴ BAKLACI/AKINTÜRK makalesinde; anlaşmanın 1(6) maddesi tanımının yorumlaması ile yatırımı, ön yatırım ve yatırım sonrası olarak farklı şekilde ifade edilmiştir. Buna göre; “*Yabancı yatırımlara ilişkin olarak, Antlaşmanın getirdiği rejimin özelliği ön-yatırım (pres-investment) ve yatırım sonrası (post-investment) arasında bir ayırım yapmasıdır. Başka bir deyişle, Enerji Şartı Antlaşmasında, mevcut yatırımlara uygulanan muamele ile yatırım öncesi (ön-yatırım) veya kuruluş aşamasındaki yatırımlara uygulanan muamele arasında bir ayırma gidilmekte ve Antlaşma, mevcut yatırımlara ilişkin yükümlülükler getirmektedir). Taraflar, mevcut yatırıma ilişkin diğer tarafların yatırımcılarına ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydından hangisi daha lehe ise onu sağlayacaktır. Yatırımların yapılması sırasında ise, bu şekilde muameleye çaba göstermekle yükümlü bulunmaktadır .”(Bkz. BAKLACI B., AKINTÜRK E., Enerji Şartı Antlaşması, İşletme Fakültesi Dergisi, 7(2), 2006, s.102)*

ii. Söz konusu Antlaşma tarafında, uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyonu ifade etmektedir ” şeklinde belirtilmiştir.

●"*Enerji Materyaller ve Ürünleri(Energy Materials and Products)*"; anlaşmanın 1(4) maddesinde, EM ekte yer alan maddeleri ifade eder şeklinde belirtilmiştir. Nükleer enerji, kömür, doğal gaz, petrol, petrol ürünleri, elektrik enerjisi ve diğer enerji kaynakları bu kapsamda sayılabilir.⁷⁵

●*Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite (Economic Activity in the Energy Sector)* kavramı anlaşmanın 1(5) maddesinde şu şekilde açıklanmıştır: "*Enerji materyalleri ve enerji ürünlerinin arama, çıkarma, rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim ,dağıtım, ticaret, pazarlama veya satışına ya da çok katlı konut alanlarına, ısı dağıtımına ilişkin ekonomik aktiviteleri ifade etmektedir*".

1.4.3.5. Enerji Şartı Anlaşması Ana İlkeleri

(1)Ayrım Yapmama İlkesi

Ayrım yapmama ilkesine, aşağıda belirtildiği gibi anlaşmanın çeşitli hükümlerinde değinilmiştir.

Anlaşmanın giriş kısmında; "ulusal muamele" ve "en ziyade kayırılan devlet muamelelerinden" bahsedilmiştir. Bu muamelelerin temelinde; anlaşmaya taraf devletin, diğer taraf devlet yatırımcısını, ulusal yatırımcısıyla veya kayırdığı devlet yatırımcısıyla denk uygulamaya tabi tutmasıdır.

Anlaşmanın transite ilişkin 7.madde hükümlerinde; transitte mülkiyet bazında ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir.

Teknoloji transferinin düzenlendiği 8.madde de ; "*Enerji materyalleri ve Ürünlerinde ticaretin ve yatırımların teşvikine yardımcı olmak ve şartın amaçlarını uygulamak amacıyla; enerji teknolojilerine erişimi ve transferi, ticari ve ayırım gözetmeme bazında geliştirmek*" amacı ortaya konulmuştur.

Ayrım gözetmemek unsuruna, yatırımların korunması ve teşvikinde de önem gösterilmiştir. Bu sebeple, anlaşmanın 3.bölüm "*Yatırımların Korunması ve Teşviki*"

⁷⁵ BAKLACI/AKINTÜRK s. 101

başlığı ile ele alınan maddelerden 10(1). maddede de, "*anlaşma taraflarının yatırımcılarının kendi alanında yatırımlar yapması için; istikrarlı, adil, münasip ve şeffaf şartları teşvik ve tesis edeceği*" hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, aynı maddede yatırımların korunması açısından, "*hiç bir anlaşma tarafı, hiçbir şekilde makul olmayan veya ayırım gözetilen önlemlerle yatırımların idaresi, ikamesi, faydası, kullanma hakkı veya devredilmesi açısından eşitsizlik yaratacak şekilde davranamayacağı*" şeklinde, düzenleme yapılmıştır.

Anlaşmanın "Kamulaştırma" başlıklı 13(1) maddesinde; bir anlaşma tarafının yatırımcılarının, diğer anlaşma tarafının alanındaki yatırımları kamulaştırmasının makul karşılanabilmesi için, belirlenen kurallardan biri de "ayırım gözetmeme" ilkesidir.

Anlaşmanın "Enerji Kaynakları Üzerinde Hükümranlık" başlıklı 18. maddesinde; enerji kaynakları üzerinde devletin hükümranlığının kabul edildiğini ve mülkiyet hakkına saygı duyulduğunu ifade ederken; maddenin 4.fıkrasında; taraf ülkenin bu çerçevede enerji kaynaklarının aranması, işletilmesi, çıkarılması veya erişilmesi konularında anlaşma tarafları arasında ayırım gözetemeyeceğine hükmedilmiştir.

(2)Devletlerin Egemenliği İlkesi⁷⁶

Enerji Şartı Anlaşması'nın diğer temel ilkelerinden biri de, Devletlerin Egemenliği İlkesi'dir. İlke, anlaşmanın 18.maddesinde "Enerji Kaynakları Üzerinde Hükümranlık" başlığı ile düzenlenmiştir.

Enerji şartı anlaşması, enerji yatırımları, transferi, ticareti gibi konularda üye devletlere sorumluluklar yüklemektedir. Ancak bunu sağlarken, devletlerin kendi kaynakları üzerindeki hükümranlığını ve mülkiyet hakkını, uluslararası hukuk kuralları dahilinde öncelikli tutmuştur. Diğer üye devletlerin, bir devlet üzerindeki enerjiye erişmesi, araması, geliştirmesi, transferi gibi hususlar, enerjiye sahip alan devletin mülkiyet hakkı ve bu hakka ilişkin koyduğu kurallar dahilinde uygulanabilecektir.

Anlaşma tarafı ülkelerin, kendi topraklarındaki enerji kaynağına ilişkin olarak sahip oldukları tasarruflar şu şekilde belirtilmiştir: Kaynak arama, geliştirme için sunulacak coğrafi bölgeyi belirleme, bu bölgedeki kaynak tüketim ve işletim oranını belirleme, vergilendirme, devlet hak ve finansal ödemelerini belirleme, çevresel ve

⁷⁶ Enerji Şartı anlaşması IV Bölüm, Enerji Kaynakları Üzerinde Hükümranlık Başlıklı 18.madde

güvenlik önlemlerinin ne oranda alınacağını belirleme ve enerji arama, işletme faaliyetlerine devletin katılımı söz konusudur.

Devlet egemenliği konusundaki uygulamalarda, yukarıda bahsettiğimiz ayırım gözetmeme ilkesi hakim olmaktadır.

(3)Kayıpların Telafi Edilmesi⁷⁷

Enerji Şartı Antlaşması madde 12/1'e göre: *Madde 13'e ilişkin uygulamalar dışında, herhangi bir Anlaşma Tarafının Yatırımcısının, diğer bir Anlaşma Tarafının Alanındaki herhangi bir Yatırımının, savaş veya diğer silahlı çatışma, ulusal seferberlik durumu, sivil başkaldırı, veya diğer benzeri durumlar nedeniyle kayba uğraması durumunda, kayba uğrayan Anlaşma Tarafına, diğer Anlaşma Tarafınca, tazmin, tekeffül, telafi etme veya diğer uyuşmazlık çözümü mekanizmaları açısından, ilgili Anlaşma Tarafının diğer bir Yatırımcıya(kendi Yatırımcıları, diğer bir Anlaşma Tarafının Yatırımcıları veya herhangi bir üçüncü ülkenin Yatırımcıları) sağladığı imkanların en uygun olanı şeklinde "Uygulama" prosedürü sağlayacaktır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

(4)Kamulaştırma

Antlaşma madde 13/1'e göre: "Bir anlaşma tarafının yatırımcılarının diğer bir anlaşma tarafının alanındaki yatırımları;

a.kamu menfaatine dönük bir amaç için,

b.ayırım gözetmeksizin,

c.tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilerek;

d.zamanında, yeterli ve etkin kompensasyon⁷⁸ ödemesi yapılacak

durumları haricinde; devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere (bundan böyle "Kamulaştırma-Expropriation" olarak anılacaktır) maruz kalmayacaktır..."

⁷⁷ Enerji Şartı Antlaşması 12.madde

⁷⁸ Kompansasyon, telafi etmek anlamındadır. Yasa maddesinin devamında, kompensasyon ödemesinin kriteri belirlenmiştir. Buna göre; kamulaştırma işlemlerinden veya yatırımın değerini etkileyecek şekilde gündemdeki kamulaştırma işleminden hemen önceki zamanda kamulaştırılan yatırımın adil piyasa değerine eş miktarda olacağı belirtilmiştir.

1.4.3.6. Enerji Şartı Anlaşması Genel Düzenlemeler

Yukarıda Enerji Şartı Anlaşmasına hakim olan ve deyim yerindeyse, ruhunu oluşturan temel kavramlardan bahsettik.

Bunun dışında Enerji Şartı Anlaşmasının kurulu olduğu genel yapı, enerji sektöründe ticaret, yatırım, transit ve anlaşmazlık çözüm yolları şeklindedir.

(1).Ticaret

EŞA'nın , ticaretle ilgili hükümlerinde GATT(Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)⁷⁹ esas alınmış ve anlaşmadaki tüm hususlar GATT'a uygun olarak düzenlenmişti. Ancak 1 Ocak 1995 tarihinde ticaret alanında etkin bir kurum olan DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü) kurulmuştur. DTÖ(Dünya Ticaret Örgütü) 'nün kurulmasıyla birlikte EŞA, 1998 Nisan değişikliği ile, ticaretle ilgili hususlarda DTÖ kural ve uygulamalarına uygun hale gelmiştir⁸⁰.

Anlaşmanın ticaret başlıklı bölümünde genel anlamda üye ülkelerin uluslar arası piyasalara açılmasından, açık rekabet ortamı yaratılmış piyasa şartlarının sağlanmasından bahsedilmektedir. Özellikle "Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite" alanında, rekabetin engellenmesi, tekelleşme ve haksız rekabetin önlenmesi açısından birçok düzenleme söz konusudur⁸¹.

(2).Transit

Enerjinin - ve özellikle hidrokarbonların - üreticilerden tüketicilere ulaşması, uzun mesafeler ve ülkeler üzeri geçişlerle sağlanmaktadır. Özellikle doğal gaz, petrol gibi ürünlerin boru hatları yoluyla, farklı ulusal sınırlardan taşınarak geçişi sağlanmaktadır.

Anlaşma, sadece enerji alanında üretim ve üretim yatırımlarını değil; enerji transiti konusunu, transitte güvenliğin sağlanmasını ve belli standartların oluşmasını amaçlamıştır.

⁷⁹ Hak ve sorumluluk çerçevesinde uluslararası ticarete ilişkin düzenlemeler içeren çok taraflı bir anlaşmadır.1947'de 23 ülke tarafından imzalanmıştır. Anlaşmanın yürürlük tarihi ise, 1 Ocak 1948'dir. GATT'ın kuruluş amacı, "ithalat vergilerini azaltmak, uluslararası ticaretin önündeki tüm engelleri kaldırmak ve ticarete ayırıcı uygulamalara son vermek" tir.

⁸⁰ "WTO, hükümetlerin iç ticaret yasalarını ve düzenlemelerini nasıl yapacakları hususunda yasal bir çerçeve ortaya koymaktadır ve toplu görüşmeler ve müzakereler yoluyla ülkeler arasında ticari ilişkilerin geliştirildiği bir platformdur"(http://tr.wikipedia.org/wiki/Dünya_Ticaret_Örgütü - 02.08.2012)

⁸¹ Bkz. Enerji Şartı Anlaşması, rekabet başlıklı 6.maddesi

Anlaşmada yer alan tüm hususlarda, özellikle ticarete ilişkin hususlarda , DTÖ kurallarının uygulandığı belirtilmiştir. Ancak EŞA, iki yönden DTÖ'den daha kapsamlı bir uygulama alanına sahiptir. Birincisi, DTÖ üyesi olmayan, ancak sözleşmeye taraf olan devletler açısından, enerji sektörü için DTÖ kurallarını uygulamak⁸²; ikincisi, antlaşmanın enerji transiti konusunda ayrıntılı düzenleme yaparak, önemli stratejik sorunları gidermektir.

Mevcut Antlaşma hükümleri; devletlerin transit özgürlüğü ilkesi ile uyumlu olarak enerji geçişini kolaylaştırmak ve kurulan enerji akışı sağlamak için gerekli tedbirleri almayı sağlamaktadır.

Transit, hukuken devletlerin egemenliğini ilgilendiren bir konudur. Bu sebeple transite izin verip vermemek devletin kendi inisiyatifindedir. Ancak transite izin verilmesi durumunda, transiti engellemek veya ortadan kaldırmak belli kurallara tabi olmaktadır⁸³. Ülkeler arasında farklı sorunlar olsa bile; transit ülkelerin geçişiyle ilgili, mülkiyet alanı kullanılan ülke, mevcut taşıma akımlarını durdurmak veya azaltmak gibi yaptırım uyguladığı takdirde, anlaşmanın "devlet-devlet uyuşmazlıkları çözüm mekanizması" devreye girmektedir.

Anlaşma hükümleri özellikle; Bakü-Tiflis-Ceyhan ve Bakü-Tiflis-Erzurum gaz boru hatları gibi karmaşık, sınır ötesi altyapı projeleri konusunda, önem arz etmektedir.

Transite ilişkin hükümler, anlaşmanın 7.maddesinde düzenlenmiştir. Transitin amacı 7(10) madde ile;

- (i) Herhangi birinin anlaşma tarafı olması kaydıyla, başka bir ülkeden çıkan ve üçüncü bir ülkeye giden Enerji materyalleri ve ürünlerinin, anlaşma tarafı bir ülkenin alanı vasıtasıyla veya yükleme boşaltma için alanındaki liman tesislerine veya tesislerinden taşınması ,
- (ii) Bir anlaşma tarafının alanından çıkan ve aynı anlaşma tarafının alanına giden enerji materyalleri ve ürünlerinin, bir anlaşmaya taraf bir ülkenin alanından taşınması (ilgili anlaşma taraflarının aksi yönde karar vererek ek N'de ortak olarak yer almamaları şartı ile) şeklinde belirtilmiştir.

⁸² Ocak 2007 itibariyle, bu henüz DTÖ üyesi olmayan Enerji Şartı Antlaşması'nın dokuz üyesi ülkeler için geçerli oldu.

⁸³ BAKLACI P., AKINTÜRK E., Enerji Şartı Antlaşması'nın Transite İlişkin Hükümleri, Uluslararası Hukuk ve Politika, 5(18), 2009, s.66

Maddeden anlaşılacağı üzere, enerji materyaller ve ürünlerinin bir devletten çıkıp diğer bir devlete (burada taraflardan birinin anlaşma tarafı olması yeterlidir) giderken; anlaşma tarafı bir ülkenin alanının kullanılması veya anlaşma tarafı ülkenin fiilen liman tesislerinden yükleme ve boşaltma yapılarak taşınmasıdır. Ayrıca, anlaşma tarafı bir ülkeden çıkarak, yine aynı ülke alanına giden enerji materyalleri ürünlerinin üye devletin alanı kullanılarak taşınması da transit olarak ifade etmektedir.

Enerji materyali ve ürünleri kavramı; anlaşmanın "Tanımlar" başlıklı 1(4) maddesinde yer almıştır. Ancak, bu materyal ve ürünlerin nelerden ibaret olduğu konusunda, anlaşmanın EM Eki'ne atıfta bulunulmuştur. Antlaşmanın EM Eki'ne göre; Enerji materyaller ve ürünleri kapsamında; nükleer enerji, kömür, doğal gaz, petrol, petrol ürünleri, elektrik enerjisi belirtilmiştir. Antlaşmaya göre “enerji nakil tesisleri”; yüksek basınç gaz iletim boru hatlarını, yüksek gerilim elektrik iletim şebekeleri ve hatlarını, ham petrol iletim boru hatlarını, kömür boru hatlarını, petrol ürünleri boru hatlarını ve enerji materyalleri ve ürünlerine ilişkin diğer sabit tesisleri ifade etmektedir⁸⁴.

Antlaşmada transite ilişkin 7.madde hükmünde; transit serbestisi, ayrımcılık yapmama ve enerji transiti konusundaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin özel bir uzlaştırma usulü düzenlenmiştir. Uzlaştırma usulleri hususu aşağıda anlaşmazlık çözümleri başlığı altında incelenecektir.

Transit Serbestisi; mülkiyet ayrımı yapmaksızın ve enerji geçişinde geciktirme, kısıtlama, vergi gibi prosedürler uygulamaksızın, en kolay şekilde geçişi sağlamayı ifade etmektedir.

Ayrımcılık yapmama hususu; esasen sadece transite ilişkin hükümlerde değil, hemen hemen bütün konularda geçerlidir.

(3).Yatırım

Enerjide artan küresel talebi karşılamak için, büyük kapsamlı yeni yatırımlara ihtiyaç vardır.Ancak ülkelerin politik tutumları, enerji alanında kaynak ve tasarruf sağlayacak yatırımları ve enerji güvenliği gibi hususları sekteye uğratabilmektedir.

Enerji Şartı Anlaşması 3.bölümünde, Yatırımların Teşviki ve Korunması ile İlgili maddelere yer verilmiştir.3.bölümdeki düzenlemeler temelde, yatırım yapan

⁸⁴ BAKLACI/AKINTÜRK, Transit, s.67

yatırımcıyı korurken, aynı zamanda üye devlete yatırımı teşvik amacı taşımaktadır⁸⁵. Bu kapsamda üye devlete; istikrarlı, adil, şeffaf ve uygun şartları oluşturmak ; yatırımcıların enerji kaynaklarına erişim ve kullanımı konusunda dengeli bir politika izlemesini sağlamak gibi yükümlülükler yüklemiştir⁸⁶.

Öte yandan anlaşma, enerji kaynakları üzerinde devletlerin ulusal egemenliğini de kabul ve teyit etmektedir. Bu anlamda her üye ülke, kendi enerji kaynağı konusunda ne şekilde kararlar alacağı hususunda serbesttir. Örneğin, üye devletin ulusal enerji kaynaklarını ne ölçüde geliştireceği ve enerji alanında hangi sektörü yabancı yatırımlara açacağı konusundaki tasarruf kendisine aittir.

Yabancı yatırım, bir ülkenin ulusal mevzuatına uygun olarak yapıldıktan sonra, yatırımcı ile ev sahibi hükümet arasında güvenilir ve istikrarlı bir ilişki sağlamak da anlaşmanın sağladığı hususlardan biridir. Bu anlamda Antlaşma; ayrımcı muamele, doğrudan veya dolaylı kamulaştırma ya da bireysel yatırım sözleşmelerinin ihlali gibi ticari olmayan risklere karşı yabancı yatırımcıları korumaktadır. Enerji yatırımları uzun vadeli ve yüksek sermayeli projelere dayanmaktadır. Enerji Şartı Anlaşması'nın içerdiği bağlayıcı kurallar, ticari olmayan riskleri ortadan kaldırmak açısından önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle, ev sahibi hükümete karşı, enerji yatırımcısının haklarını korumak amacıyla tahkim yolunu açmıştır. Antlaşmanın 1998 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana, birçok yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları anlaşma sayesinde dostane yollarla veya bir hakem kararı yoluyla çözüme kavuşmuştur⁸⁷.

1.4.3.7. Uyuşmazlık Çözümleri

Uyuşmazlıkların çözümü Anlaşmanın V Bölümünde, Transite İlişkin Uyuşmazlıklar, Rekabet Uyuşmazlıkları, Ticari Uyuşmazlıklar, Çevreye ve Yatırıma İlişkin Uyuşmazlıklar düzenlenmiştir.

(1).Transite İlişkin Uyuşmazlıklar

EŞA'nın 7'nci maddesi, enerji maddeleri ve ürünlerinin transit serbestisine ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu hükümlerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemler, altı ve yedinci fıkrada düzenlenmiştir.

⁸⁵ BAKLACI/AKINTÜRK s.104

⁸⁶ Bkz. Enerji Şartı Anlaşması 10 (1).madde

⁸⁷ Bkz. Investment (Yatırım) başlıklı konu için; <http://www.encharter.org/index.php?id=6> (03.08.2012)

Uyuşmazlığın transite ilişkin olması için; uyuşmazlık konusu, anlaşma taraflarının kendi aralarında enerji materyalleri ve ürünlerinin geçişinden kaynaklanması gerekmektedir.

Uyuşmazlık tarafları; transit alanı kullanılan anlaşma tarafı devlet ile diğer anlaşma tarafı devlet arasında veya bu devletlerin kuruluşları arasında olmalıdır.

Uyuşmazlık çözüm prosedürü ise şu şekildedir:

Uyuşmazlık tarafı açıklayıcı bir bildirim ile Genel Sekreterliğe başvurmalıdır. Bildirimin tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde⁸⁸ genel sekreter, uyuşmazlık tarafları ile istişare ederek bir hakem atayacaktır⁸⁹.

Hakem atanmasından itibaren 90 gün içerisinde taraflar arasında bir anlaşma sağlanmalıdır. Bunun sağlanamaması durumunda, çözüme ulaşmak için çözüm veya çözüm prosedürü teklif eder. Bu süre 12 ayı geçemeyecektir. Bu süre zarfında transit geçiş için geçici tarife ve şartlar belirlenecektir⁹⁰.

(2).Rekabet Uyuşmazlıkları

EŞA 6.maddesinde; Rekabete ilişkin hükümler tanımlanmıştır. Bu çerçevede anlaşma taraflarına rekabete ilişkin piyasa engellerini azaltmaları⁹¹, ulusal mevzuata anti-rekabet şartlarını tesis için hükümler koymalarını⁹², rekabet kurallarını geliştirmeyi ve uygulamayı sağlamalarını⁹³, rekabet kurallarının güçlenmesi amacıyla anlaşmaya taraf devletler arasında işbirliği sağlamayı⁹⁴ emretmiştir⁹⁵.

⁸⁸ Bu uygulama ile, tahkime göre daha basit ve hızlı bir çözüm yöntemi kabul edildiği ortaya çıkmaktadır.(KILAVUZ A., Enerji Şartı ANLAŞMASI Çerçevesinde Uyuşmazlıkların ÇÖZÜMÜ, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13(2). 2009, s.188

⁸⁹ Hakemde aranılan özellikler anlaşmanın madde 7(7)- b maddesinde düzenlenmiş ve deneyimli olması, taraflardan birinin veya ilgili anlaşma taraflarından birinin tabiiyet veya vatandaşlığında olmaması veya anılan ülkelerden birinde sürekli ikametgâhının bulunmaması aranmaktadır.

⁹⁰ Bu nokta da uyuşmazlık halinde transit alanı devletin ne şekilde tutum sergileyeceği önem arz etmektedir. Anlaşmanın 7.maddesinde belirttiğimiz gibi, hakemin geçici şartları belirlemesinden önce Anlaşmanın 6.maddesi uyuşmazlıkta, transitin engellenmemesi için açık bir şekilde önlem almıştır. Buna göre; uyuşmazlık halinde 7. maddeye göre uyuşmazlık çözüm prosedürleri karara bağlanana kadar enerji materyal ve ürünleri geçişi durdurulması, kısıtlanması her şekilde yasaklanmıştır.

⁹¹ Enerji Şartı anlaşması 6(1).maddesi

⁹² Enerji Şartı anlaşması 6(2).maddesi

⁹³ Enerji Şartı anlaşması 6(3).maddesi

⁹⁴ Enerji Şartı anlaşması 6(4).maddesi

⁹⁵ Enerji piyasasında rekabetin sağlanması ve rekabet ihlallerinin önüne geçilmesi için devletler büyük bir çaba sarf etmektedir. Bu anlamda EŞA'nın rolü de göz ardı edilmemelidir. Özellikle son zamanlarda Avrupa Birliği (AB) yasal düzenlemeler ile bir yandan AB enerji sektöründeki yerli hâkim firmaların gücünü azaltmayı hedeflerken diğer yandan yabancı firmaların enerji sektöründeki faaliyetlerini sınırlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede mütekabiliyet şartı dahi aranmadan haksız rekabetin önüne geçmek amacıyla AB menşeli olmayan firmaların dahi, enerji sektöründe faaliyette bulunmaları ve pay almalarına rıza gösterilmiştir. Ancak gene de Avrupa Birliği devletlerinin özellikle Rus enerji firmalarının

Rekabete ilişkin belirtmiş olduğumuz bu hükümlerin yorumlanmasından veya uygulanmasından kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünde, 6.maddenin 5.paragrafına ve anlaşmanın 27 (1) maddesine atıf yapılmıştır⁹⁶.

Bu çerçevede rekabeti kısıtlayacak, engelleyecek her türlü girişime karşı, menfaati engellenen anlaşma tarafı, rekabet ihlalinin bulunduğu diğer anlaşma taraflarını ve onun rekabet otoritelerini bu durumdan haberdar etmelidir. Bu konuda yapılan bildirimde, rekabet ihlali açık olarak tanımlanmalı ve rekabet ihlalinin ortadan kaldırmak konusunda bilgi ve işbirliği önerisinde bulunulmalıdır.

Bildirimi alan anlaşma tarafı veya rekabet otoritesi, rekabet ihlali konusunda inceleme yaparak, karşı aksiyon başlatılıp başlatılmayacağı konusundaki kararını bildirimde bulunana iletacaktır. Karar, rekabet ihlali olduğu ve önlemler alınması gerektiği yönünde ise, aldığı bu önlemler hakkında da , bildirimi yapan anlaşma tarafı haberdar edilecektir.

Bunun yanında EŞA 27(1) maddesinde⁹⁷ yapılan atıf değerlendirildiğinde; rekabete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için diplomatik yollara da başvurulabileceği belirtilmiştir. Ancak, EŞA'da diğer konular için düzenlenen uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında diplomatik yollara başvurma imkanı yoktur.

(3).Ticari Uyuşmazlıklar

Yukarıda ticaret başlığı ile incelediğimiz konuda belirttiğimiz gibi; EŞA'nın ticaretle ilgili hükümlerinde ilk önce GATT (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması) esas alınmıştır; ancak 1998 Nisan değişikliği ile, ticaretle ilgili hususlarda DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü) kuralları kabul edilerek uygulamaya konmuştur.

Ticaretle ilgili yatırım önlemleri EŞA, madde 5'de ele alınmıştır. EŞA 5(1)'e göre; yatırım önlemleri DTÖ'ye ve anlaşmanın 29.maddesine uygun olacağı, şeklinde düzenlenmiştir.

haksız rekabeti ile karşı karşıya kaldığı görülmektedir.(Avrupa Birliği Enerji politikaları konusunda ayrıntılı izah için bkz.BAGDALIOĞLU N. Avrupa Birliği Enerji Sektöründe Rekabet Politikası: Brüksel'in Yeni Önerileri Ve Enerji Milliyetçiliği meselesi, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, 33(1),Mayıs 2009,s.26

⁹⁶ Enerji Şartı Anlaşması 6(7) maddesinde yer alan açıklamadır.

⁹⁷ Enerji Şartı Anlaşması 27(1) maddesi düzenlemesi; "*Anlaşma tarafları anlaşmanın uygulanması veya yorumuyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde diplomatik kanalları kullanmaya gayret edeceklerdir.*"

Bu hükümlerin uygulanması için, 29.madde düzenlemesi ile,

- Taraflardan en az birinin DTÖ'ye veya ilgili kurumlarından birine üye olmaması
- Uyuşmazlığın, Anlaşma'nın 5 inci madde(Ticaretle İlgili Yatırım Önlemleri) hükümlerinin uygulamasıyla ilgisi olması gerekmektedir.

Bu şartların varlığı halinde uyuşmazlığın nasıl çözüleceği hususu ise, Ek D'de düzenlenmiştir. KILAVUZ'a göre; "*Ek D düzenlemesi ile DTÖ uygulamasına benzeyen, ancak daha basit ve detaysız bir yöntem benimsenmiştir. Temelinde, taraf devletler arasında çıkan uyuşmazlığın müzakereler ve paneller aracılığıyla çözülmesi, aksi halde tazminat ödenmesi veya yükümlülüklerin askıya alınması vardır*"⁹⁸

Bu çözüm mekanizması dışında, EŞA'nın 28 inci maddesi ile; Anlaşma tarafları arasında madde 5 veya madde 29'un uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazların, uyuşmazlığa taraf olan anlaşma tarafları o yönde mutabakata varmadıkça madde 27 kapsamında çözümleneceğini" düzenlemiştir.

(4).Çevreye İlişkin Uyuşmazlık Çözümleri

Çevreye ilişkin düzenlemelerde; anlaşmaya üye ülkelere enerji alanında çevreyi olumsuz etkileyen faktörleri minimuma indirmek konusunda gayret sarf etmeleri zorunluluğu belirtilmiştir.

Enerji sektöründe çevresel hususlara ilişkin hükümlerin anlaşma taraflarınca uygulama ve yorumlamasında uyuşmazlık çıktığı takdirde; madde 19(2) düzenlemesi ile; *Anlaşmaya göre, bir veya birden fazla Anlaşma tarafının talebi halinde, 19 uncu maddenin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, söz konusu uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak bir uluslararası anlaşmanın bulunmaması şartıyla, Enerji Şartı Konferansı tarafından incelenecektir*".

Maddede geçen Enerji Şartı Konferansı, danışman gibi görev alacaktır. Bu kapsamda taraflara çözüm önerileri sunmak gibi çözüm yolları arayacaktır⁹⁹.

⁹⁸ KILAVUZ s. 187

⁹⁹ KILAVUZ s.190

(5).Yatırımlara İlişkin Uyuşmazlık Çözümleri

Anlaşmanın 26'ncı maddesi, bir yatırımcı ile Anlaşma tarafı arasında doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenlerken, 27 nci maddesi Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenlemektedir.

(a).Bir Yatırımcı Ve Taraf Bir Ülke Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Bu konudaki uyuşmazlıkların çözümü EŞA 26.madde ile düzenlenmiştir. Madde metninde uyuşmazlık çözümünün, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşmanın III.Bölümü kapsamında düzenlendiği belirtilmiştir. Akabinde bir anlaşma yatırımcısının diğer bir anlaşma tarafı alanında yaptığı yatırımla ilgili olarak, alanında yatırım yapılan anlaşma tarafının yükümlülüklerinin ihlalinden doğacak uyuşmazlıklarda;

1-) Öncelikle karşılıklı iyiniyetle çözüm yoluna başvurulacaktır.

2-)Taraflardan herhangi biri aracılığı ile, iyi niyet çözüm teklifinin yapıldığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde çözüm bulunamazsa, yatırımcı tarafa seçimlik haklar tanınmıştır.Bunlar;

- Uyuşmazlığa düştüğü anlaşma tarafının mahkemelerine veya idari makamlarına başvurabilir.
- Taraflar arasında, daha önceden kabul edilmiş uyuşmazlık çözüm prosedürü var ise, bu çözüm yoluna başvurulabilir.
- Taraflar uyuşmazlık çözümlerini, uluslararası tahkime veya uzlaştırmaya götürebilirler.Ancak bu fıkrada "şartsız onaydan" bahsedilmiştir.Uluslararası tahkim ve uzlaştırmaya başvurma konusunda anlaşmaya taraf devletlerin şartsız onayı, yukarıdaki iki şarttan birinin gerçekleşmesi halinde, uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰⁰.

Eğer yatırımcı, uyuşmazlığı tahkime götürmeyi seçiyorsa üç ihtimal bulunmaktadır:

1- ICSID Tahkimi (*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon*) yoluyla çözüm: Yatırımcının tabi olduğu devlet veya ev sahibi devlet veyahut her ikisinin de

¹⁰⁰ Enerji Şartı anlaşması 26(3)-b maddesi

konvansiyona taraf olmaması halinde, EŞA kanalıyla, ICSID ilave Hizmet Kuralları'na (ICSID Additional Facility Rules) göre tahkim uygulanır.

2-UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Laws) Tahkim kuralları¹⁰¹ yoluyla çözüme gidilebilir: UNCITRAL tahkim kurallarının, ICSID ve ICC'den temel farkı, hakem heyetinin ad hoc (özel seçilmiş) olmasıdır. Bu tahkim yolunda, tahkimi yöneten bir kurum bulunmamaktadır. Taraflar, bu tahkim türünde hem hakemlerin atanması hem de hakemlerin uyacakları kuralları belirlemede önemli bir yetkiye ve esnekliğe sahiptir. Yargılama, UNCITRAL Tahkim kurallarına göre oluşturulan tek hakem veya ad hoc¹⁰² hakem mahkemesi ile söz konusu olur.¹⁰³

3- Kurumsal tahkim olan Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü¹⁰⁴ (SCC-Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce-) 'nün uygulanması kararlaştırılabilir.

Görüldüğü üzere, uyuşmazlığın çözüm yolları açısından taraflara ICSID, UNCITRAL veya SCC tahkimleri olarak üçlü seçimlik hak tanınmıştır. Ancak enerji alanında en çok tercih edilen yöntem ICSID Tahkim kuralları olmaktadır¹⁰⁵. Bu sebeple, çalışmamız kapsamında, bu tahkim yollarından, ICSID Tahkim kuralları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

(b).Anlaşma Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Anlaşmanın 27.maddesinde, anlaşma tarafları arasındaki çözüm yolları düzenlenmiştir. Bu çözüm yollarında, anlaşmanın 26.maddesi (Yatırımcı ve Taraf Ülke Uyuşmazlıkları)'nden farklı olarak, uyuşmazlık sadece üçüncü bölümde ele alınan yatırım uyuşmazlıkları ile sınırlanmamıştır.

¹⁰¹ UNCITRAL tahkim kuralları iki önemli ilkeye sahiptir: İlki; tahkim kuralları, taraflar arasında önceden belirlenmiş mutabakat olmadıkça taraflar açısından bağlayıcı değildir. İkincisi, taraflar tahkim şartlarında veya tahkim sözleşmelerinde UNCITRAL tahkim kurallarının bazılarını alıp bazılarını almamakta serbesttir. (Bkz. DAYINLARLI K., Uncitral, s.10)

¹⁰² Ad hoc ile UNCITRAL birçok yerde aynı kavram gibi anılmaktadır. Ancak aralarındaki ince nüansı AKINCI açıkça ortaya koymuştur. AKINCI ifadesi ile; "*Ad hoc, tahkim mahkemesi tarafların anlaşması ile ve sadece o taraflar arasındaki somut olaylar için geçici olarak oluşturulan milletlerarası alanda belli bir kuruma bağlı olmadan yapılan hakemlik olarak anılır. Ad hoc tahkimde, yaygın olarak, niteliği itibariyle elverişli UNCITRAL tahkim kurallarının uygulanması kararlaştırılır.*" (Bkz.AKINCI s.30)

¹⁰³ BAKLACI/AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması s.110

¹⁰⁴ BERKER ifadesi ile; "*Stockholm Ticaret Odası Enstitüsü, ulusal ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için Stockholm Ticaret Odası tarafından kurulan ve kendi tahkim kuralları çerçevesinde tahkim prosedürünü yöneten bir kuruluştur.*"(BERKER s. 8)

¹⁰⁵ BERKER s. 8

27.maddeye göre; Enerji Şartı Antlaşmasının uygulanması veya yorumuna ilişkin uyuşmazlıklarda, anlaşma taraflarının öncelikle, diplomatik yolları kullanmaları önerilmektedir.

Uyuşmazlık, makul sürede diplomatik yollarla çözümlenemez ise; taraflardan birisi uyuşmazlığa düştüğü karşı üye devlete, yazılı yollarla bildirmek kaydıyla konuyu, sadece bu amaçla faaliyet gösteren bir mahkemeye (ad hoc tahkim) götürür.

Ad hoc tahkime götürülmesinde, belirlenen sürede diplomatik yollarla çözümlenememesi dışında, aşağıdaki şartların da gerçekleşmemiş olması gerekir:

-Enerji Şartı anlaşmasında uyuşmazlığın başka şekilde çözümleneceği belirtilmemiş olmalıdır

-Taraflarca başka şekilde çözümleneceğine dair yazılı bir mutabakat olmaması gerekir.

-Anlaşmanın rekabet, çevre ve Ek 1A konularına ilişkin olarak, madde 10(1)'de belirtilen (her anlaşma tarafının, diğer bir anlaşma tarafı yatırımcısının yatırımları ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükler) hususları kapsamıyor olması gerekmektedir.

Makul sürede, diplomatik yollarla çözümlenemeyen ve engel hususların oluşmadığı uyuşmazlık için, özel amaçla kurulan mahkemenin özellikleri ise şu şekildedir:

-Yasal işlemleri yürüten taraf (taraf 1 olarak ifade edilecektir), mahkemenin bir üyesini atar ve söz konusu atamayı, uyuşmazlığa düştüğü tarafa (taraf 2 olarak ifade edilecektir), uyuşmazlığa düşme bildiriminden¹⁰⁶ itibaren 30 gün içerisinde iletir.

-Uyuşmazlığa düşme bildirimini tebliğinden 60 gün içinde de, taraf 2 mahkemeye bir üye atamalıdır.

-60 gün içerisinde taraf 2, üye atamaz ise; taraf 1 bahse konu bildirim yapıldığı tarih itibariyle 90 gün içerisinde, uluslararası hakemlik daimi genel sekreteri aracılığı ile, atama yapılması konusunda talepte bulunacaktır.

Taraflar arasındaki anlaşmazlıklar üzerinde mutabakat sağlanamaz ise; mahkeme, UNCITRAL'ın hakemlik kurallarını uygulayacaktır. Mahkeme kararları;

¹⁰⁶ Enerji Şartı Anlaşması 27.madde 2. paragrafta atf yapılmıştır. Bahsedilen bildirim, yukarıda izah ettiğimiz, Uyuşmazlık makul sürede diplomatik yollarla çözümlenemez ise; taraflardan birisi uyuşmazlığa düştüğünü karşı üye devlete yazılı yollarla yaptığı ilk bildirimdir.

anlaşma, uluslararası kurallar ve kanunlar dahilinde, üyelerin çoğunluğunun oyu ile alınacaktır¹⁰⁷.

Yukarıda da değindiğimiz gibi; Anlaşmanın 28.maddesi ,”Madde 27’nin Bazı Uyuşmazlıklara Uygulanmaması” başlığı ile düzenlenmiştir.Buna göre; Antlaşma Tarafları Arasında madde 5 veya madde 29’un uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığa taraf olan Anlaşma tarafları o yönde mutabakata varmadıkça, Madde 27 kapsamında çözümlenmeyecektir..

¹⁰⁷ Bkz. Enerji Şartı Anlaşması md. 27 (3) -f-g maddeleri

II. BÖLÜM

2. ULUSLARARASI TAHKİM VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

2.1-Tahkim Kavramı

Tahkim, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine, taraflarca belirlenen hakemler eliyle çözülmesidir¹⁰⁸. Diğer bir ifadeyle tahkim, en geniş anlamda; devlet yargısı dışında başvuru olan özel bir uyuşmazlık çözüm yoludur¹⁰⁹.

Hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak taraflar yaptıkları sözleşmede, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için, tahkim yolunu da seçebilirler. Uyuşmazlığın tahkime götürülebilmesi için, tarafların ortak iradesi olması ve konunun kamu düzenini ilgilendirmemesi gerekmektedir.

Taraflar, uyuşmazlık çıkmadan önce de, çıktıktan sonra da, ortak iradeleri ile, tahkim yoluna gidebilirler. Tahkimin en esaslı unsuru, tarafların düzenledikleri, tahkim sözleşmesinde veya şartında, açıklık ve kesinlik bulunması gerektiğidir. Aksi halde, tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz duruma gelir ve uyuşmazlığa mahkemelerce bakılması gerekir¹¹⁰.

Taraflar, ihtilafın hakem heyetine götürülmesi konusunda anlaşmaya vardıktan sonra, tahkimin bir kurumun himayesinde mi yoksa ad hoc hakemlerce mi görüleceğini kararlaştırır. Kurumsal tahkim bir kurumun himayesinde ve önceden düzenlenmiş kurallar çerçevesinde tahkim yargılanmasının yapılmasıdır. Ad hoc tahkim ise,

¹⁰⁸ KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI, İstanbul, 2001, s.5874 .Doktrinde, birçok tahkim tanımlaması yapılmıştır. AKINCI'ya göre, "Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşulu ile taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısı ile çözümlenmesi yerine hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır." (Bkz. AKINCI Z. Milletlerarası Tahkim, 2.B, Ankara, 2007 s.29).

NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN'e göre, "Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın, bu uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması konusunda anlaşmalarına tahkim denilir."(Bkz. NOMER E., EKŞİ N., ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim, B.2, Ankara, 2003 s.13).

ŞANLI ise; "Prensip olarak tahkim, tekml milli ve milletlerarası düzenlemelere göre tarafların serbest iradesine istinat eden bir yargılama usulüdür." demektedir.(Bkz. ŞANLI, C., Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s.223).

¹⁰⁹ WEINBERG, K.S.: "Equity In International Arbitration: How is fair? A Study Of Lex Mercatoria And Amiable Composition", <http://web.nexis.com/universe/document> 34, search terms: ICC Arbitration, p.1.(05.01.2012).

¹¹⁰ Y.11.HD.12.4.2005 E.2004/6686; K.2005/3600 (KIBB).

uyuşmazlık usul ve esasları ile yargılamayı yapacak hakem/lerin uyuşmazlık taraflarınca belirlendiği tahkim usulüdür.

Çok taraflı anlamda ad hoc tahkim ilk defa 1961 tarihli Cenevre-Avrupa sözleşmesi ile ele alınmıştır. UNCITRAL Tahkim kuralları da bir ad hoc tahkim örneğidir. Kurumsal tahkim'e örnek verecek olursak; Milletlerarası Tahkim Divanı (ICC International Court of Arbitration), Londra Uluslararası Tahkim Divanı (The London Court of International Arbitration) ve Amerikan Tahkim Kurumu (American Arbitration Association) ve Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez de (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) yatırım ihtilaflarının tahkim yolu ile çözümü merkezini sayabiliriz.

2.2. Tahkimin Tarihçesi

Tahkim kavramı ilk defa, Roma Hukukunda karşımıza çıkmaktadır¹¹¹. Tahkime ilişkin ilk somut düzenleme, 1698 tarihinde İngiltere’de çıkarılan İngiliz Tahkim Kanunu ile olmuştur. Uzun bir aradan sonra, 1806 tarihinde Fransa Usul Kanunu içerisinde tahkime yer verilmiştir. Ülkemizde, Osmanlı tanzimat dönemlerinde 1850 yılında Fransız Ticaret Kanunu'ndan uyarlanan, Kanunname-i Ticaret ile tahkim kavramı Türk Hukuku’na girmiştir.

II. Dünya savaşı ile sömürgecilik ortadan kalkmış, devletlerarası ticari alışverişler artmıştır. Bu gelişmeler uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak, öncelikli ve çok sık bir şekilde tahkim müessesesinin tercih edilmesine sebebiyet vermiştir¹¹².

Tahkimin milletlerarası nitelik kazanması, tahkim konusunun milletlerarası ticareti ilgilendirdiğinin kabul edilmesi ile söz konusu olmuştur¹¹³.

Bu yaklaşım, 1981 yılında Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na eklenen düzenlemelerde de benimsenmiştir. Kanun’un milletlerarası tahkim kavramını tanımlayan 1492. maddesinde, milletlerarası tahkimin, milletlerarası ticaret hayatının çıkarlarını ilgilendirdiği belirtilmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ Ayrıntılı Bilgi için Bkz.KÜÇÜKGÖRGÜN E.,”Roma Hukukunda Tahkim”C.XIX,1998,s.135-150

¹¹² YEŞİLIRMAK A., “Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamlarının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme-Arbuluculuk-Hakem Birlikliği ve Tahkim:Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İstanbul, s.63

¹¹³ ŞANLI, C., “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Ankara, 1986, s.29.

¹¹⁴ TURHAN, T., “Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda

Ülkemiz uygulamalarında ise, tahkim esasen bir özel hukuk kavramı iken,1999 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliğiyle, İdare Hukukunda da uygulanmaya başlanmıştır¹¹⁵.

2.3. Tahkimin Tercih Edilme Nedenleri

Tahkim; tarafların ortak iradeleriyle aralarında kararlaştırdıkları şartlar dahilinde, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde değil; tarafsız bir sistemde taraflarca belirlenen hakem veya hakem heyetince çözülmesidir¹¹⁶.

-Uyuşmazlığın çözümünde özellikle taraflardan biri devlet ise, uyuşmazlığın kendi mahkemesinde yapılmasını istemektedir. Yabancı yatırımcı ise, ev sahibi devletin hukuk sistemine karşı güven sorunu yaşamakta ve uyuşmazlıkların uluslararası düzlemde çözülmesini talep etmektedir. Taraflar, uyuşmazlık halinde tahkime başvurulacağını kararlaştırarak, hem güven sorununu ortadan kaldırmayı, hem de devletin adalet sisteminin tarafsızlığı hususunun tartışılmasını ortadan kaldıracaklardır.

-Tahkimi tercihte en önemli ikinci etken ise, “irade serbestisi”dir. Taraflar uyuşmazlık halinde tahkime başvurmayı ve ad hoc tahkim belirlemeyi kararlaştırmakla; yargılamadaki usul kurallarından, yargılamayı yapacak hakemlere, uygulanacak dile ve yargılamanın yapılacağı ülkeye kadar hepsini kendi ortak iradeleri ile belirlerler.

-Tahkimde yargılamayı yapan hakemler, uyuşmazlık konusu olayla ilgili uzman kişilerden seçilmektedir. Bu sayede, uyuşmazlığın analizi ve çözümü hem daha kolay olacak, hem de yargılamanın daha hızlı çözülmesi sağlanacaktır. Tahkim müessesesi özellikle bu yönüyle, yabancı sermaye yatırım uyuşmazlıklarında çok tercih edilmektedir¹¹⁷.

-Hakem kararları kural olarak yayınlanmazlar. Bu sebeple, tahkime götürülen bir uyuşmazlık gizli kalabilmektedir. Tahkimin gizlilik özelliği, ticari kurum ve kuruluşlarca tahkimin tercih nedenlerinden biri arasında sayılabilir.

-Hakem kararlarının tenfizi yönünden de milletlerarası tahkimin avantajı vardır. Hakem kararlarının tenfizi, mahkeme kararlarının tenfizinden daha kolaydır. Mahkeme

Yeni bir Yasal Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum Bildiriler Tartışmalar, Ankara, 1997, s.78.

¹¹⁵ Tahkim.nedir? , <http://www.tahkim.net/tahkim-nedir>, (05.01.2012), s.1.

¹¹⁶ BERKER A., “Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkimin Rolü” ,Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi,2009 Konferansı, <http://www.dektmk.org.tr> (05.01.2012)

¹¹⁷ AKINCI s.32

kararlarının tenfizi için ise, “karşılıklılık¹¹⁸” koşulunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir Türkiye, 1958 New York sözleşmesine taraf olduğundan, hakem kararları dünyanın hemen her yerinde tenfiz edilebilmektedir..ICSID Tahkiminde ise, New York sözleşmesinden daha etkin ve kesin yürürlük kuralları mevcuttur.Bu bağlamda tahkim kararlarının icra edilebilirliği ön plana çıkmaktadır.

-Tahkim yargılamasının başka uyuşmazlık çözümlerine göre hızlı olması da tahkimin tercih nedenleri arasındadır¹¹⁹.

2.4. Tahkime İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

2.4.1. New York Sözleşmesi

II.Dünya Savaşı’ndan sonra devletlerin ve devlet vatandaşlarının ticari alışverişleri gelişmiştir.İhtilaflarda birden fazla devletin hukukunu ilgilendiren girift bir yapı ortaya çıkmıştır.Bununla birlikte, devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki ihtilaflarda,o devletin hukuk kuralları yerine, tahkim müessesesi uygulanmaya başlanmıştır.Tahkim müessesesinin uygulanmaya başlanması ile, verilen tahkim kararının tanınması ve tenfizi sorunu gündeme gelmiştir.Bu sorunun çözülmesi amacıyla 10 Haziran 1958 tarihinde, 45 üye devletin katılımı ile, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi imzalanmıştır¹²⁰.

Türkiye, sözleşmeyi 1991 yılında iltihak etmiştir¹²¹. Sözleşme hükümleri, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizini düzenlediği için, “usul kuralları” niteliği taşımaktadır. Tanıma ve tenfiz, nihai kararlara uygulanır¹²².Tahkim uygulaması sonucu verilen bir kararın, nihai karar niteliğinde olup olmadığı, sözleşme hükümleri gereğince; “tabi olduğu hukuk kurallarına” göre, belirlenecektir.

Bunun yanında bir hakem kararının bir ülkede tanıma ve tenfizini isteyebilmek için, o hakem kararının “yabancı” olması gerekmektedir. New York Sözleşmesi’ne göre

¹¹⁸ Karşılıklılık ilkesi, Anayasa Mahkemesinin tanımında, "bir yabancının Türkiye’de bir haktan yararlanabilmesi, Türkiye vatandaşlarının da o yabancının ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlandırılmasına bağlı olmasını” ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesi, 2005/14 Sayılı Kararı)

¹¹⁹ Dünya’daki önder şirketlerin bünyelerindeki hukuk danışmanlarıyla uluslararası tahkim hususunda yerleşik yaklaşımları test etmek üzere yapılan çalışma sonuçları için Bkz. MISTELIS L.; “Milletlerarası Tahkim:Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006” ,Çev.:B.SÜRAL,TBB Dergisi, 70.,2007, s.163

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI K.,Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Türkiye’de Tenfizi , Ankara,1984, s.10

¹²¹ Bkz. 25.9.1991 tarih ve 22002 sayılı RG.

¹²² NY Sözleşmesinin kapsamı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi konu başlığı ile ayrıntılı incelenmiş olup, bkz.s.26-27

iki tür tahkim kararının, yabancılık niteliği taşıdığı kabul edilerek, sözleşmeye göre tenfiz edilir. Bunlar;¹²³

-Hakem kararının verildiği ülke ile, o kararın tenfiz talebinin yapıldığı taraf ülke farklı ise, karar yabancı bir hakem kararıdır ve NY Sözleşmesine göre tenfizi yapılabilir.

-İkinci olarak; karar tenfiz talebinin yapıldığı taraf ülkede verilmiş olsa da , o ülke hukukuna göre yabancı sayılan bir hakem kararı ise, NY Sözleşmesine göre yabancı bir hakem kararı olarak tenfizi yapılabilir.

New York sözleşme hükümleri, üye devletlerin imzaladığı ve tahkim kararlarının tanıma ve tenfizini de içeren ikili veya çok taraflı sözleşmelerin geçerliliğini etkilemez. Bu bakımdan, daha lehe bir hüküm taşıması halinde, üye devletin imzaladığı diğer ikili ve çok taraflı anlaşma kapsamında tanıma ve tenfiz kuralları uygulanabilecektir¹²⁴.

2.4.2. Cenevre-Avrupa Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun çalışmaları sonucunda, 21 Nisan 1961 tarihinde, milletlerarası ticari tahkime ilişkin Cenevre-Avrupa sözleşmesi ortaya çıkmıştır¹²⁵.Çok taraflı ad hoc tahkime bir örnektir. Sözleşmenin amacı, Avrupa ülkeleri arasındaki ticari alışverişin gelişmesine yardım etmek, Avrupa'nın değişik ülkelere mensup gerçek ve tüzel kişilerin ticaretlerinde milletlerarası tahkimin teşkilatlanmasını sağlamak ve işleyişine engel olabilecek güçlükleri gidermektir. Cenevre-Avrupa Sözleşmesi düzenlenirken, 10 Haziran 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizini düzenleyen New York Sözleşmesi dikkate alınmıştır.

Bu kapsamda, tahkim müessesesi açısından; New York sözleşmesi, tahkim hakem kararlarının sadece tanınması ve tenfizini düzenlerken, Cenevre-Avrupa Sözleşmesi ise, tahkimin tanıma ve tenfizinden önceki aşamayı düzenlemektedir¹²⁶.

Cenevre-Avrupa Sözleşmesinin uygulanabilmesi için iki şart vardır:

1)Taraflar arasındaki ihtilafın ticari ilişkiden doğması

¹²³ DOST S.,Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006, s.31

¹²⁴ NOMER,E.,EKŞİ N., GELGEL G., Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2000, s.3

¹²⁵ Bkz. 23.09.1991 tarih ve 210000 sayılı RG.

¹²⁶ NOMER/EKŞİ /ÖZTEKİN s.45

2) Tarafların mutad meskenin¹²⁷ farklı ülkelerde olması (Cenevre Sözleşmesi m.I/1)

Cenevre-Avrupa Sözleşmesine göre, taraflar; tahkim düzenlemesi, ayrı bir tahkim sözleşmesi yaparak veya aralarında akdedilmiş mevcut sözleşmede tahkim şartı koyarak gerçekleştirebilirler. Ancak bunun yazılı olma şartı vardır.(md.1/2-a)

Tahkim düzenlemesi yapılırken uyuşmazlığın, somut bir sorun için seçilen hakemler (ad hoc tahkim) eliyle çözülmesi kararlaştırılabileceği gibi, tahkim kuruluşlarına (kurumsal tahkim) başvurularak da çözülmesi kararlaştırılabilir¹²⁸. (Cenevre Sözleşmesi md.I/2-b)

Tahkim sözleşmesi tarafları, gerçek kişiler de, tüzel kişiler de olabilmektedir. (Cenevre Sözleşmesi md II.)

Hakem heyetinin teşkili; kurumsal tahkime başvurulduğu takdirde, kurumun tüzük hükümlerine göre belirlenir. Ad hoc tahkime başvurulduğu hallerde ise, taraflarca belirlenir. Taraflar hakem seçimi konusunda anlaşamadıkları takdirde; seçimi mahkemeler değil, tarafların mutad meskeninin veya muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret odası veya özel komite yapmaktadır. (Cenevre Sözleşmesi md.IV). Böylelikle sözleşmede mahkemelerin yetkisinin en aza indirildiği görülmektedir.

Cenevre-Avrupa Sözleşmesinin kapsamına giren bir uyuşmazlık aynı zamanda ICSID Konvansiyonu'nun da kapsamında ise, uyuşmazlık hakkında, Cenevre-Avrupa Sözleşmesi uygulanması mümkün olmamaktadır. ICSID Konvansiyonu'nun düzenlediği ve kısaca "ICSID Tahkimi" olarak adlandırılan kurallar, devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlık çözümünde uygulanır. Anlaşılacağı üzere, ICSID Tahkimi, yatırım uyuşmazlıkları için düzenlenmiştir. Kapsamı dahilinde, uyuşmazlıklarda hakem ve tahkim heyetinin oluşturulması, yargılama yetki ve esasları ile esasa uygulanacak hukuk, kararın uygulanması ve iptali gibi konular düzenlenmiştir. Bu sebeple uyuşmazlık ICSID kapsamına giriyor ise, daha

¹²⁷ Mutad meskendeki kasıt; devamlılık arz eden olağan oturma yeridir.

¹²⁸ Kurumsal tahkim ve *ad hoc* tahkim, tahkimin iki türünü oluşturur. *Ad hoc Tahkim* ; Tahkim prosedürünün taraflarca bizzat kaleme alınarak veya atıfta bulunarak belirlendiği tahkimdir. Uygulamada tarafların ekseriyetle UNCITRAL Tahkim Kurallarına atıf yaptığı görülmektedir. *Kurumsal Tahkim ise*; tahkim prosedürünün taraf iradeleri ile düzenlenmediği ve uyuşmazlığın tahkim kurumu tarafından görüldüğü ve o kurumun yargılama kurallarının uygulandığı tahkimdir..

Bazı Kurumsal tahkim müesseseleri; *ICC, Alman Tahkim Derneği (Deutsche Institute für Schiedsgerichtsbarkeit -DIS) , Amerikan Tahkim Derneği (American Arbitration Association -AAA) , Londra Milletlerarası Tahkim (London Court of International Arbitration -LCIA) , Stockholm Ticaret Odası (Stockholm Chamber of Commerce, ICSID Tahkim Kuralı (International Centre of Settlement of Investment Dispute, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, İstanbul Ticaret Odası, İzmir Ticaret Odası*'dir.

genel bir sözleşme olan Cenevre-Avrupa Sözleşmesi, yerini özel bir düzenleme olan ICSID Tahkimine bırakmaktadır¹²⁹.

2.4.3. UNCITRAL Tahkim Kuralları

UNCITRAL Tahkim Kuralları, milletlerarası bir sözleşme değildir. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından, milletlerarası ticari tahkim konusunda mevcut anlaşmaların uygulanması ve yorumlanması problemlerine kılavuz olması düşünülmüş kurallardır. Üye ülkelere milletlerarası ticari işlerde uygulanması tavsiye edilmektedir. Bu kapsamda UNCITRAL Tahkim Kurallarının ulaşmak istediği dört ana amaç genelleme olarak; yeksenaklık, esneklik, modernizasyon, ve açıklıktır¹³⁰. Bazı ülkeler UNCITRAL kurallarını kabul etmek sureti ile, milli tahkim düzenlemelerini UNCITRAL kurallarına uyarlamışlardır.

UNCITRAL Tahkim Kuralların da, MTO'da olduğu gibi kurumsallaşmış tahkim ve buna ilişkin düzenlemeler yoktur. Sadece ad-hoc tahkim kuralları bulunmaktadır¹³¹.

UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulamasında¹³² tahkim sözleşmesinin yazılı olması şartı aranmaktadır¹³³.

Hakem heyeti, taraflar aksini kararlaştırmadıkça üç hakemden oluşur. Tarafların hakemler konusunda anlaşmaya varamamaları halinde, hakem tayini için, “tayin makamı” bulunmaktadır. Tayin makamının belirlediği hakemler taraflar için bağlayıcı olmaktadır.(Bkz. md.5-6)

Yargılama yeri konusunda, taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde, hakem mahkemesi tarafından yargılama yeri tayin etmektedir.

Hüküm, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, gerekçeli olarak verilecektir. Hakemin/lerin hükmü, bağlayıcı ve icraidir¹³⁴.Kararın verildiği yer hukuku, kararın

¹²⁹ DOST s.37

¹³⁰ BOZKURT YÜKSEL A., UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, TAAD,2(2), S:4, 2011, s.139

¹³¹ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s.65

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI K., UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara, 2000 s.42 vd.

¹³³ UNCITRAL Tahkim Kuralları 32(2) maddesi, kararın yazılı olması gerektiğini öngörmektedir.Kararın verildiği yer hukuku kararın ibrazını ve kaydını gerektiriyorsa, bu gerekler öngörülen süreler içerisinde mahkeme tarafından yerine getirilmelidir.

ilgili merciiilere ibrazını ve kaydını gerektiriyorsa bu gerekler öngörülen süreler içerisinde tahkim mahkemesi tarafından yerine getirilmelidir¹³⁵.

2.4.4. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları (ICC Rules of Arbitration), milletlerarası bir anlaşma değildir. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarının çözümünde sıkça başvurulmuş uluslararası nitelikte kurumsal tahkim kurallarıdır. MTO tahkiminde verilen hakem kararları nihai ve bağlayıcıdır.

MTO tahkim kurallarının uygulanmasında Milletlerarası Ticaret Divanı görevlidir. Tahkim Divanının bir başkanı, bir başkan yardımcısı ve farklı milletlerden 50 üyesi bulunmaktadır.

MTO Tahkim Kurallarına göre çözüme bağlanmış uyuşmazlıkların sayısı 17.500'dür. 1 Ocak 2010 ile 1 Ocak 2011 tarihleri arasında MTO'na 793 yeni tahkim başvurusu (istemi, request for arbitration) yapılmıştır¹³⁶.

2.4.5. Devletler Ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon

Konvansiyon , Dünya Bankası inisiyatifi ile hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkındaki Konvansiyon'la yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için Washington'da bulunan uluslararası bir merkez kurulmuştur.

Konvansiyon kısaca, ICSID Konvansiyonu olarak düzenlediği kurallar da ICSID Tahkim Kuralları olarak adlandırılmaktadır. Konvansiyon imzalaması tarihi 18 Mart 1965, yürürlük tarihi ise, 14 Ekim 1966'dır. Türkiye sözleşmeyi, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun'la onaylamıştır¹³⁷.

¹³⁴ UNCITRAL Kuralları 36(2) madde düzenlemesidir. Hakem kararının bağlayıcı olup olmadığı, esas olarak yargılamada tatbik edilen hukuka göre belirlenecektir. Bkz. KAPLAN Y., Milletlerarası Tahkimde Uşule Aykırılık, Ankara, 2012, S.167

¹³⁵ ABERCROMBIE BAKER S., DAVID DAVID M., The Uncitral Arbitration Rules in Practice. Deventer, 1992, s.171.

¹³⁶ ÖZSUNAY E., MTO Tahkiminde 2012 Kurallarıyla Getirilen Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, 2012, s.49

¹³⁷ Bkz. 02.06.1998 tarih ve 3453 sayılı RG

ICSID Konvansiyonu, Türkiye'nin de taraf olduğu çok taraflı anlaşmadır¹³⁸. Anlaşma, yabancı yatırımcı ile yatırım yaptıkları devlet arasında yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğu takdirde bu uyuşmazlığın uzlaşma ve tahkim yolu ile çözümünü sağlamaktadır.

Enerji sektöründe yabancı yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünde özellikle başvurulmuş kuralları, ICSID Konvansiyon kapsamındaki tahkim kurallarıdır. Bu sebeple, ICSID tahkimi çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak ele alacağımız konulardan biridir¹³⁹. Bu bölümde ise, konu bütünlüğünü bozmamak adına, genel hatlarıyla değinilmiştir.

2.5. Türk Hukukunda Yabancı Sermaye Yatırımlarının Teşviki Ve İhtilafların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Mevzuat

2.5.1. Anayasa Değişiklikleri:

Yabancı yatırımcılar, yatırım yaptıkları ülkedeki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini önemsemektedirler. Bu sebeple, Türkiye'de daha iç hukukta tahkim ile ilgili bir düzenleme olmadığı dönemlerde bile, uluslararası anlaşmalar aracılığı ile, tahkim yoluna başvurulmaya başlanmıştır. Uygulamada baş gösteren bu durum, hukuki altyapının oluşturulmasını zaruri hale getirmiş ve bu doğrultuda, 1999 yılında Anayasa değişikliği yapılarak yeni bir döneme girilmiştir¹⁴⁰.

Türk Hukukunda, 4446 sayılı ve 13.8.1999 tarihli 1982 Anayasasının bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına Dair Kanun, Anayasa'nın 125 (I). maddesine kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkimi düzenleyen bir hüküm eklenmiştir. Anayasa'nın 155.md. (II).sini değiştirilerek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Danıştay'ın incelemesinden çıkarmıştır¹⁴¹. Buna göre;

¹³⁸ Yatırımların Milletlerarası Tahkim yolu ile çözümüne ilişkin çok taraflı ve iki taraflı anlaşmaların tümü için bkz. NÖMER, E., EKŞİ N., ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, C.II, İstanbul, 2008

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.47-80

¹⁴⁰ ÇAL S. , 2008. "Uluslararası Yatırım Tahkimine yönelik Kimi Eleştirilerin değerlendirilmesi, 2008 Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, s.135 <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04/AUHF-2008-57-04-cal.pdf>(10.01.2012)

¹⁴¹ Bkz.14.8.1999 ve 23786 sayılı RG.

4446 sayılı Kanununun 2. maddesi ile değişik 125.maddesine eklenen hüküm; *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir"* şeklindedir.

Anayasanın 155 (II) maddesi değişikliği ile de, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri incelemek değil, sadece düşünce belirtmekle görevli olduğu düzenlenmiştir.

Bu değişiklikte birlikte öğretilerde olumlu ve olumsuz birçok eleştiri gündeme gelmiştir. GÜNDAY bahse konu değişiklikleri "sadece hizmetlere ilişkin sözleşmelerin niteliği değiştirilmekle kalmamış, aynı zamanda kamu hizmetleri sistemi ve kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler de alt üst edilmiştir¹⁴²," şeklinde yorumlamıştır. Aksi bir görüş ile, AYDIN ; "Enerji sektöründe yabancı sermaye girişinin anahtarı olarak görülen tahkimle ilgili düzenlemelerin, IMF'nin uyarı ve isteği üzerine genişletildiğini ve uluslararası tahkimin kabul edilmesiyle özelleştirmenin hızlanacağını ve yabancı sermaye girişinin artacağı yönünde kuvvetli bir beklenti yaratacağını " ifade etmiştir.¹⁴³

2.5.2. Kanuni Düzenlemeler

2.5.2.1. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu:

1999 Anayasa değişikliğiyle Anayasa'ya giren milletlerarası tahkim kurumunun usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla, 2001 yılında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁴⁴ yürürlüğe girmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce, Türkiye'de tahkim uygulamaları, yabancılık unsuru olsun veya olmasın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabi olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ve genel hatlarıyla incelenmesi, bu çalışmanın bölümlerinden birini oluşturmaktadır. Bu sebeple, burada konunun detaylı olarak incelenmesi yapılmamaktadır.

¹⁴² GÜNDAY, M.,Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler,

¹⁴³ AYDIN, M., 1999. "Tahkim mi? Tahakküm mu?",Aksiyon Dergisi, Temmuz, [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-4688-35-tahkim-mi-tahakkum-mu.html\(10.01.2012\)](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-4688-35-tahkim-mi-tahakkum-mu.html(10.01.2012))

¹⁴⁴ Bkz.05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı RG.

2.5.2.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

4735 Sayılı Kamu İhale Kanununda¹⁴⁵ tahkime ilişkin md.22/g hükmünde düzenleme mevcuttur. Buna göre; milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda 4734 sayılı kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere; Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarının doğrudan temin yoluyla sağlanabileceği düzenlemiştir.

2.5.2.3. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu

Yukarıda bahsedildiği üzere; 1999 Anayasa, 155(II).md. değişikliği ile; ile, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri “inceleme” değil, “düşünce bildirmek” yetkisine haiz olduğu, şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişikliğe işlevsellik kazandırmak amacı ile, 4492 Sayılı Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁴⁶ ile 2575 Sayılı Danıştay Kanununun 23, 24, 42 ve 48'inci maddeleri değiştirilmiştir¹⁴⁷. İlgili maddelerdeki değişiklikler şöyledir:

(1). 23.maddeye İlişkin Değişiklik

Danıştay Kanunu 23/d maddesi değişikliği ile, kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeler hakkında Danıştay'ın inceleme yetkisi ; “düşünce bildirme” şeklinde değiştirilmiştir. Danıştay bu sözleşmeler hususunda ilgili görüşünü kendisine gelişinden itibaren iki ay içerisinde bildirmek zorundadır.

¹⁴⁵ Bkz.22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG.

¹⁴⁶ Bkz. 21.12.1999 tarihli ve 23913 sayılı RG.

¹⁴⁷ Değişikliğin gerekçesi aşağıdaki şekilde belirtilmiştir ;

– Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmesini,

– Tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da bakılmasını,

– Danıştay'ın, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini Danıştay'a geliş tarihinden itibaren iki ay içinde bildirmesini,

– Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idarî sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idarî dava türlerinden birisi olduğu hususuna açıklık getirilmesini, Sağlamak amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.

(2). 24. Maddeye İlişkin Değişiklik

Bu değişiklik ile, tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden kaynaklanan davalar, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalar arasından çıkarılmıştır¹⁴⁸.

(3). 42. Maddeye İlişkin Değişiklikler

Danıştay Birinci Daire'nin görevlerini düzenleyen bir maddedir. 42.md (c) bendi, 4492 Sayılı Kanunun 3.maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre; görev kapsamındaki “Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini incelemek” görevi, “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek”, olarak değiştirilmiştir.

(4). 46. Maddeye İlişkin Değişiklikler

Danıştay İdari İşler Kurulunun görevlerini düzenleyen bir maddedir.46.md. (b) bendindeki “imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme ve şartları” ifadesi, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri” olarak değiştirilmiştir.

2.5.2.4. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 516-536 maddeleri arasında, tahkimi düzenlemektedir. Ancak HUMK'da düzenlenen tahkim, iç tahkimdir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 17.maddesinde, Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiş konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Akıncı'ya göre; “Tahkim usulüne Türk hukuku kuralları uygulanan durumlarda, ancak Milletlerarası Tahkim Kanununda boşluk bulunan hallerde, HUMK hükümleri uygulama alanı bulabilir”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ORMANOĞLU s. 182

¹⁴⁹ AKINCI s.43

2.5.2.5. 4875 Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

1985-1999 yılları arasında ülkemizde, özelleştirme açısından belirli bir aşama kaydedilmiştir. 2003 yılında ise, uygulanan 6224 sayılı Kanunun yetersiz kalması sebebi ile, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiştir¹⁵⁰. Bu Kanun ile, 1999 Anayasa değişikliği ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa paralel olarak uluslararası tahkim; arabuluculuk ve uzlaşma gibi, diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma olanağı getirmiştir¹⁵¹.

Kanunun, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar başlıklı 3.md'nin yatırım uyuşmazlıkları başlıklı (e) bendiyle, "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların 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" şeklinde düzenleme getirilmiştir.

2.5.2.6.-Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından, II.Dünya Savaşı sonuna kadar, yabancı sermayeye sıcak bakılmamıştır. Ancak, 1950'lerden itibaren yabancı yatırıma karşı daha ılımlı bir tutum sergilenmeye başlanmıştır. Özelleştirmelerin gündeme gelmesi ile birlikte de, yabancı sermayeyi ülkeye daha çok çekmeye ve özellikle enerji alanındaki talep açığını kapatmaya yönelik yatırımların artması amacıyla arayışlar başlamıştır.

Bu kapsamda 1951 yılında, 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımları Teşvik Kanunu çıkarılmıştır¹⁵². Bu kanunla birlikte yabancı sermayeye belirli hak ve kolaylıklar sağlanmıştır.

1954 yılında ise, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çıkartılmış; yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan tüm haklar, yabancı sermaye ve teşebbüslere de tanınmıştır¹⁵³.

¹⁵⁰ Bkz.17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı RG.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLİRMAK A.,Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, İstanbul, 2011

¹⁵² Bkz. 09.08.1951 tarihli ve 7780 sayılı RG.

1980 yılına kadar izlenen politikalar sebebiyle çok aşama kaydedilememişse de, 1980 yıllarından sonra, dışa açık büyüme sürecine girilmiştir.24 Ocak 1980 “Ekonomik İstikrar Tedbirleri” kapsamında uluslararası sermaye ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, özelleştirme süreci de başlamıştır.¹⁵⁴

2.5.2.7. 3996 Sayılı, Bazı Yatırım Ve Hizmetlerinin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun

Bu Kanun; kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktadır. Bu kanunun kapsamı, 4493 Sayılı Kanun ile değiştirilerek, “*elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretini*” de kapsayacak şekilde genişletmiştir¹⁵⁵.

Değişiklikten sonra; elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilerine yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularındaki sözleşmelerin hukuki niteliği, özel hukuk sözleşmesi olarak değiştirilmiştir¹⁵⁶.

2.5.2.8. 4501 Sayılı, Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

1999 Anayasa değişikliğinden sonra, 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, yürürlüğe girmiştir¹⁵⁷.Bu kanunun yürürlüğe girmesi, 4656 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan önce olmuştur.

¹⁵³ Bkz. 23.01.1954 tarih ve 8615 sayılı RG.

¹⁵⁴ ORMANOĞLU s.10

¹⁵⁵ 4493 Sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerinin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un , yürürlük tarihi 20.12.1999

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Danıştay İdari İşler Kurulu 34 E/28 K. 34 04/05/2000 tarihli Karar

¹⁵⁷ Bkz. 22.01.2000 tarih ve 23941 sayılı RG.

4501 Sayılı Kanun, “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu ile çözülmesi öngörülerek sözleşme yapılması halinde uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek” amacı ile çıkarılmıştır. (Md.1)

Bu sebepten dolayı, tahkim şartı içermeyen kamu hizmetleri imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında, 4501 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.

4501 Sayılı Kanun md.2/c’ye göre “Yabancılık unsuru: Sözleşmeye taraf olan kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre, yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini, ifade eder”.

4501 sayılı Kanun’da yabancılık unsuru tanımı dikkate alındığında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre çok daha dar yorumlandığı görülmektedir.

Kanun md.3’e göre; yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerin tahkim yolu ile çözülebilmesi üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Buna göre;

-Türkiye’de toplanarak, Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda çözülebilir.

- Yabancı bir ülkede toplanarak, Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda çözülebilir.

- Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda, çözülebilir.

Tahkim yoluna ilişkin uygulanacak ilkeler ise, md.4’de sınırlı sayıda sayılmıştır¹⁵⁸. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümlerinin uygulanacağı, düzenlenmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Madde 4. metninde; *Tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir” hükmü ile tahkim yoluna ilişkin ilkelerden bahsedilmiştir.*

¹⁵⁹ 4501 sayılı Kanun 6.madde düzenlemesidir.

2.5.2.9. 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun

4586 sayılı Kanunun¹⁶⁰ amacı, petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır. (md.1)

Bu kanun kapsamında çıkacak herhangi bir ihtilaf halinde, çözümünün ne şekilde olacağı kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Kanun md.13 düzenlemesi ile , “Transit petrol boru hatları projeleri ile ilgili olarak, Devlet mercileri ile yatırımcılar arasında çıkabilecek ihtilaflar, ilgili proje anlaşmaları hükümlerine göre, ilgili proje anlaşmasında başka bir hüküm bulunmuyor ise, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözülür”.

2.5.2.10. 3460 Sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon’un Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

Bu kanun, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon’un, kısaca ICSID Konvansiyonu’nun 3 çekince ile onaylanmasına ilişkin kanundur. ICSID Konvansiyonu ile belirlenen kurallar ICSID Tahkim kuralları olarak anılır ve kurumsal tahkim örneklerindedir. Bu konvansiyon dışında tutulması talep edilen 3 çekince şunlardır::

a)Yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebilmesi,

b)Türk mahkemelerinin münhasıran yetkisinde bulunması dolayısıyla, Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülememesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer ülkelerle imzalayacağı yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına dair, münferit ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının

¹⁶⁰ Bkz.23.06.2000 tarih ve 24094 sayılı RG.

Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin, ICSID sözleşmesinin 64 üncü maddesine rezerv konulması" dır.;

Bunun yanı sıra sözleşmenin 2.maddesinde, ICSID Konvansiyonu gereğince, uluslar arası merkeze yapılacak düzenli ödemelerin ne şekilde yapılacağı belirtilmiş, 3.madde ile de, Bakanlar Kurulu'nun Konvansiyon'un gereğini yerine getirmekle yetkili olduğuna değinilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünden itibaren konu muhteviyatı ile ilgili detaylı incelemeye girilecektir. Konu bütünlüğünün bozulmaması amacıyla, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na genel hatları ile değinilecektir. Çalışmamızın ana konusu enerji yatırımları ve bu sektördeki uyuşmazlıklar ile çözüm yolları olduğundan bu kapsamda, ICSID tahkim kuralları ve Enerji Şartı Anlaşması detaylı olarak irdelenecektir.

2.6. Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı

2.6.1. Kanunun Uygulama Alanı

2.6.1.1. Genel

Milletlerarası Tahkim Kanunun¹⁶¹ 1 madde hükmünde, kanunun hangi uyuşmazlıklar için uygulanacağını belirtirken¹⁶²; 2 madde hükmü, tahkime milletlerarası nitelik kazandıran "yabancılık unsurunun" hangi hallerde gerçekleşeceğini düzenlemektedir¹⁶³.

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddede belirtilen uygulama alanı, iki genel başlıkla düzenlenir;

-Yabancılık unsuru içermesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi

-Taraflar, hakem veya hakem kurulunca bu kanun hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırılması

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen bir uyuşmazlığa Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanabilmesi için,

¹⁶¹ Bkz.05.07.2011 tarih ve 4686 sayılı RG.

¹⁶² Kanunun bu düzenlemesini Kalpsuz, eleştirerek; Kanunun 1.maddesi başlığı "amaç ve kapsam" olarak belirtilmesine rağmen, madde içeriğinde "uygulama alanı" ndan bahsediyor olmasını hatalı bulduğunu belirtmiştir¹⁶².Amaç ve kapsam ile uygulama alanının iki farklı kavram olması sebebi ile,Kalpsuz'un, amaç ve kapsam başlığı altında, yasanın uygulama alanından bahsedilmesine yönelik eleştirel yaklaşımı kanımca da haklıdır.

¹⁶³ KALPSUZ T., Türkiye'de Milletlerarası Tahkim,B.2, Ankara, 2010,s.17

yabancılık unsuru içermesi ön şarttır¹⁶⁴. Böyle bir durumda aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim Türkiye’de görüleceğinden, kendiliğinden Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması söz konusudur¹⁶⁵.

Ayrıca, tahkim yeri Türkiye olmasa da, tahkimde uygulanacak usulün 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanuna tabi olacağı kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda, farklı herhangi bir ülkede yapılacak tahkim yargılamasında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı, yukarıda izah edildiği şekilde iki genel başlıkla sınırlanmış olmasına rağmen, yasada iki düzenleme ile bu kuralın dışına çıkılmakta,MTK'nın devreye girmesi söz konusu olmaktadır(MTK.m.1/III).

İki düzenleme ise şöyledir:

1-Taraflar arasında tahkim anlaşmasına konu olan bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, taraflardan biri tahkim yoluna başvurmadan doğrudan yerel mahkemede dava açar ise; MTK.md.5 gereğince,karşı taraf tahkim itirazında bulunabilecektir.

2- Tahkim yeri yurtdışında olsa da, MTK 6.md gereğince, taraflardan biri tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında ulusal mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteyebilir.

Öğretide bir kısım yazarlar, MTK, uygulama alanını ele alırken; “Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşınmasını” *ilk unsur*, “Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olmasını” *ikinci unsur* olarak değerlendirmişlerdir¹⁶⁶. Kanun metni dikkate alındığında anlamın değişmemesi için, kanaatimce, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesini birlikte ele alarak *ilk unsur*, Taraflar, hakem veya hakem kurulunca bu kanun hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırılmasını ise *ikinci unsur* şeklinde kabul etmek daha isabetli olacaktır.

¹⁶⁴ Yabancılık unsuru içeren bütün özel hukuk uyuşmazlıklarının kendiliğinden, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında olması beklenemez.Bu anlamda belirleyici unsur, HUMK md.518’dir.Buna göre; sadece “tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığı” hakkında ve böyle bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim şartı veya sözleşmesi yapılmış ise, MTK uygulanır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI s.237)

¹⁶⁵ KALPSUZ; “Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi şartı, İsviçre Tahkim Kanunu’nun 176.maddesi ile Kanun Taslaklarının 1.md.sinden iktibas olunmuştur.Bu iki kıstasın birlikte aranması ile kanunun uygulama alanı ille hükmü konsekan olmaktan çıkmıştır.Çünkü bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamaması bir muhteva kıstasıdır.”(KALPSUZ s.17)

¹⁶⁶.Bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s. 25

2.6.1.2. Yabancılık Unsuru

MTK 2.maddesinde; tahkime milletlerarası nitelik kazandıran "yabancılık unsurunun" hangi hallerde gerçekleşeceği sınırlı olarak sayılmıştır.

Bir tahkimin, milletlerarası nitelik kazanıp kazanmadığına ilişkin tespit, yasa tahkim ile ilgili unsurları değil, uyumsuzluğun esasları ile ilgili unsurları dikkate almıştır.

Bir uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıması aşağıdaki şartlardan birinin varlığı halinde mümkün olacaktır(md.2):

-Tarafların yerleşim yeri veya oturma yeri ya da işyerlerinin farklı devletlerde olması;

Tarafların yerleşim yerleri, oturma yerleri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde olması halinde uyumsuzluk, *yabancılık unsuru* taşımaktadır. Bu uyumsuzluğa uygulanacak tahkim de milletlerarası nitelikte olacaktır.(MTK 2.f 1)

Bu yasada, yabancılık unsuru belirlenirken; tarafların milliyeti değil, yerleşim ve oturma yerleri dikkate alınmıştır¹⁶⁷. Yani, bir yabancıya taraf olduğu uyumsuzluk, yabancı Türkiye'de ikamet ediyor ise; MTK kapsamında mütalaa edilmeyecektir. Yabancı ülkede ikamet eden bir Türkün uyumsuzluğu ise, yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilerek, milletlerarası nitelikli sayılacaktır.

-Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin belirlenmesinde bir ihtilaf çıktığı takdirde, uyumsuzluğun halli için, Türk Hukukuna bakmak gerekmektedir.

-Tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yerleri veya işyerleri ile ilgili; tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra tarafların statü yada yerleşim yerleri değişikliğe uğramışsa; uyumsuzluğun halli için tahkim sözleşmesi sırasındaki pozisyon mu, yoksa tahkim yargılaması sırasındaki pozisyon mu dikkate alınacaktır?

Bu hususla ilgili olarak MTK'da sarıh bir düzenleme yoktur. Ancak MÖHUK 3.maddesinde¹⁶⁸, dava tarihindeki durumun dikkate alınacağı, buna bağlı olarak da statü ve yer belirlemesi yapılacağı hükme bağlanmıştır¹⁶⁹. Kalpsuz ise, daha farklı bir yaklaşımla; tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra ikametgahlardan birinin değişmesi

¹⁶⁷ AKINCI S. 61

¹⁶⁸ MÖHUK 3.madde düzenlemesi " Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim veya mutad mesken esas alınır" şeklindedir.

¹⁶⁹ AKINCI s. 62

halinde tarafların tahkim şartının yer aldığı asıl borç sözleşmesinde ya da tahkim sözleşmesinde belirtilen adresin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷⁰.

-Taraflardan biri yada hepsi şirket ise, yerleşim yeri olarak, şirketin ana sözleşmesindeki ya da statüsündeki idare merkezinin bulunduğu yer esas alınacaktır. Ancak, tüzel kişiliğin, sözleşmede belirtilen yerleşim yeri ile fiili idare merkezi birbirinden farklı ise; tüzel kişiliğin fiili idare merkezi, yerleşim yeri olarak kabul edilecektir¹⁷¹.

Tarafların yerleşim yeri veya oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olması;

Tarafların yerleşim yeri, oturma yeri ya da işyerlerinin

a)Tahkim anlaşmasında belirtilen veya anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden

farklı bir devlette olması halinde uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşır. (MTK md.2/f 2-a)

Burada dikkate alınan kıstas, tarafların yerleşim yeri, oturma yeri veya işyerlerinin birbirlerinden farklı devlette olması değil; bu yerlerin tahkim anlaşmasında belirtilen yerden veya tahkim yerinden farklı bir devlette olmasıdır.

İfa yeri veya uyuşmazlığın bağlantılı olduğu yer :

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yabancılık Unsuru başlıklı 2 (2)-b maddesi uyarınca;

Tarafların yerleşim yeri, oturma yeri ya da işyerlerinin

b) “Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerde veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden

farklı bir devlette bulunması halinde uyuşmazlık milletlerarası nitelik kazanır.

Bu kıstas diğer kıstaslardan farklı olarak esasa ilişkin bir kıstastır¹⁷².İki tarafa borç yükleyen ilişkilerde ifa yeri birden fazla olabilmektedir. Bu sebeple bu kriter değerlendirilirken borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden ifa yeri dikkate alınacaktır¹⁷³.

¹⁷⁰ KALPSUZ s. 20

¹⁷¹ Burada fiili idare merkezinin üstün kabul gördüğü ortaya çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.AKINCI s.61, NOMER s.28; TEKİNALP ,s.25

¹⁷² KALPSUZ s. 21

¹⁷³ BAKKAYA B., “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı”, s.28, [www.balkaya.av.tr/files/MTK.pdf\(15.03.2012\)](http://www.balkaya.av.tr/files/MTK.pdf(15.03.2012))

Yabancı Sermaye veya Yabancı Kredi :

Yabancı Sermaye Mevzuatına göre; yabancı gerçek ve tüzel kişiler kişi başına asgari, 50.000 \$ tutarında sermaye getirmeleri şartı ile, Türkiye'ye yatırım yapabileceklerdir. Bunun yanında yabancı bir yatırımcının yatırım yapması ancak Türkiye'de şirket kurmasına bağlıdır. Türkiye'de kurulabilecek bir şirketin, yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde Türk Ticaret Kanununa göre kurulması ve ticaret sicil memurluklarınca tescil edilmesi gerekmektedir. Böyle bir şirket, artık Türkiye'de "yabancı şirket" olarak anılmayacaktır ve Türk şirketi olarak kabul edilecektir. Diğer bir deyişle, mevzuatlarımız gereğince yabancı şirketlerin Türk tabiiyetinde şirket kurmadan ülkemizde faaliyet göstermeleri mümkün olmayacaktır.¹⁷⁴

Ancak bu noktada asıl mesele; esasen yabancı bir şirket olan, ancak Türkiye'de yatırım yapmak amacıyla Türk sicil memurluklarınca tescil edilerek Türk şirketi muamelesi gören şirketlerin, MTK'ya başvuru yapıp yapamayacakları hususudur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, bu husustaki sorunları ortadan kaldıracak nitelikte, yabancı sermayeli şirketlere tahkim yolunu açan bir düzenleme yapmıştır. Söz konusu yasal düzenleme;

"Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması" (MTK md. 2/3) şeklindedir.

Bu kapsamda milletlerarası tahkime gidilebilmesi için şirket ortaklarından birinin yabancı sermayeli olması (şirket merkezinin nerede olduğu önemli değildir) veya yatırım için yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla, yurtdışı menşeli kredi/güvence sözleşmeleri yapılmış olması yeterlidir.

Öğretide; Türkiye'de kurulan yabancı sermayeli şirketin yabancı şirket olduğunun ispatı için, 3996 sayılı Kanununun 3'üncü maddesinde, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununa atıf yapılarak tanımlanan "yabancı şirket" kategorisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde yollar gösterilmiştir.¹⁷⁵

¹⁷⁴ SARAÇ O.; Milletlerarası Tahkim Ve Uluslar Arası Yatırımlar Maliye Dergisi 2003 s.7-8

¹⁷⁵ ULUSOY A., Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, 2001, s.70

Sermaye veya kredi açısından herhangi bir alt limit veya oran aranmamaktadır¹⁷⁶.

-Sermaye ve Mal Geçişi : “*Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirilmesi*” yasada yabancılık unsurlarından biri olarak sayılmıştır. (MTK md.2/4)

Bir hukuki ilişkinin yabancılık unsuru taşıması açısından “sermaye ve mal geçişine dair düzenleme, kanunda belirtilen en geniş kapsamlı kriter olma özelliğini taşımaktadır.

2.6.1.3. Tarafların, Hakemlerin Veya Hakem Kurulunun Kararlaşmaları Halinde Milletlerarası Kanun’un Uygulanması

Taraflar veya hakemler, aralarında çıkan uyuşmazlığın halli için, tahkim usulü olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda, tahkim yeri Türkiye olmasa veya hiçbir yabancılık unsuru bulunmasa da tarafların serbest iradeleri ile olaya Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanabilecektir¹⁷⁷.

2.6.2. İmtiyaz Sözleşmeleri

Anayasa mahkemesi, “kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca; sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere, özel hukuk kişilerince yerine getirilmesini” imtiyaz sözleşmesi olarak nitelerken; “konusu, kamu hizmetlerinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel hukuk kişisine devretmek olan sözleşmeleri” de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelemiştir¹⁷⁸. İdarenin gözetim ve sorumluluğu altında olmak koşuluyla ve imtiyaz sözleşmeleri ile kurulan özellikle büyük ölçekli projelerin, bazen devlet bütçesi dışından sağlanması zaruri olabilir. Bu hallerde, yabancı yatırımcıların kuvvetli sermaye desteği ile projeyi üstlenmesi gerekmektedir. Devlet, yabancı sermayecileri teşvik amacıyla, bu tip kamu imtiyaz

¹⁷⁶ AKINCI s. 66

¹⁷⁷ AKINCI s.58

¹⁷⁸ Anayasa Mahkemesi 28.06.1995.E.1994/71,K.1995/23 ve 09.12.1994, E.1994/43,K. 1994/42-2

sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi olanağı sağlanmıştır¹⁷⁹.

2.6.3. Tahkim Şartı Ve Tahkim Sözleşmesi

-Tahkim düzenlemesi; asıl sözleşmeye konan tahkim şartı ile yapılabildiği gibi, taraflar arasında yapılan ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Buna göre;

a) Müstakil bir sözleşme olarak: Taraflar doğmuş olan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için, aralarında ayrı bir sözleşme yapabilirler. Burada sözleşmenin konusu başlı başına "tahkim"dir.

Tahkim anlaşması, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4.maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; *"Tahkim anlaşması, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın, mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yolu ile çözülmesi konusunda aralarında yaptıkları anlaşmadır"*.

b) Tahkim şartı (arbitration clause) : Taraflar aralarında yaptıkları herhangi bir sözleşmeye, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine yönelik tahkim şartı koyabilirler. Tahkim müessesesi, tahkim şartında sözleşmenin tek başına konusu olmayıp, sadece şartlarından birini içermektedir.

Uygulamada genel olarak müstakil tahkim sözleşmesi azdır. Daha çok tahkim şartına rastlanmaktadır¹⁸⁰.

-Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yazılı olmalıdır. Yazılı şekil şartının hangi hallerde yerine getirilmiş sayılacağı ise kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşması;

-taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye

-taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya

-elektronik ortama

geçilerek yapılmış olabilir.

¹⁷⁹ İmtiyaz sözleşmelerinin tahkim yolu ile çözümünü amacıyla yapılan anayasa değişiklikleri için bkz. s.6

¹⁸⁰ EMEK U., Uluslar arası Ticarete Tahkim Prosedürü, DPT ,1999, s.15 <http://ekutup.dpt.gov.tr> (15.03.2012)

Tahkimin kararlaştırılmasının yukarıda belirttiğimiz genel şartları dışında, istisnaen karşılaşılan ve tahkimin anlaşmasının yapıldığı kabul edilen bir yol daha vardır. Buna göre; taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın halli, yargılamaya konu olmuş ve davacı dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia etmiş olmalı, davalının ise, bu iddiaya itirazı olmamalıdır. Bu durumda da, taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilir¹⁸¹.

-Taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı; tarafların tahkim anlaşmasında uygulanmak üzere seçtiği hukuka, böyle bir hukuk yok ise, Türk hukuk mevzuatına uygun olmasına bağlıdır (MTK md.4/3).

-Taraflar arasında tahkim anlaşması yapılırken, tarafların tahkim iradelerinin belirli olması gerekmektedir. Yani taraflar tahkim sözleşmesi yaparken, hangi uyuşmazlık için tahkime gidilebileceğini açıkça belirtmelidirler.

-Tarafların, tahkim anlaşmasına karşı itiraz hakkı vardır. Ancak itiraz hakkı, yasa maddesinde sınırlanmıştır. Buna göre; *“asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”* (MTK md.4/4)

-Tahkim anlaşması doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklar için hazırlanabilir.

-Tahkim anlaşması hazırlanırken, kurumsal ve ad hoc tahkim ayrımı dikkate alınmalıdır¹⁸². Kurumsal tahkim seçilmiş ise; hangi tahkim kurumunun seçilmiş olduğu, tahkim yeri hukuku, uyuşmazlığın olası konusu, kapsamı, tarafların kimliği, hakem, hakem atama usulü, tahkim dili, uygulanacak hukuk, hakem kararının verilmesi için öngörülen süre, tahkim masrafları gibi konular düzenlenir¹⁸³. Taraflar uyuşmazlığın halli için, karşılıklı mutabakata vardıkları her konuyu tahkim anlaşmasına ekleyebilirler.

2.7. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi

2.7.1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi Kavramları Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak ülkemizde geçerli iki düzenleme mevcuttur. Bunlardan biri, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk

¹⁸¹ KALPSUZ s. 38.

¹⁸² Bu husus "Tahkim Kavramı" başlıklı konuda da değinilmiş olup, ayrıntılı bilgi için bkz.s.36.

¹⁸³ YEŞİLİRMAK s.79.

ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun(MÖHUK)¹⁸⁴ bir diğeri ise, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli NY Sözleşmesi'dir¹⁸⁵.

Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de icra edilebilmesi için o kararın tanınması ve tenfizi gerekmektedir¹⁸⁶.

5718 sayılı MÖHUK'da, kesinleşen ve icra kabiliyeti kazanan yabancı hakem kararlarının tenfizi düzenlenmiş, ancak yabancı hakem kararı kavramı tanımlanmamıştır. Öğretide kabul edilen genel tanıma göre; yabancı hakem kararı, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan karardır. Bir hakem kararının yabancı olup olmadığının değerlendirilmesi ise, Türk hakim tarafından, Türk hukukuna göre yapılacaktır¹⁸⁷.

Tanıma; yabancı bir hakem kararının Türkiye'de kabul edilmesidir. Tenfiz ise; Türkiye'de tanınan yabancı bir hakem kararının sonuçlarının Türkiye'de icra edilebilmesidir. Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizi yapılmak istendiğinde; konu hem MÖHUK, hem de tarafı olduğumuz yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin milletlerarası anlaşma olan New York Sözleşmesi kapsamına girebilir. Bu durumda olaya MÖHUK'un mu yoksa NY Sözleşmesinin mi uygulanacağı tespit edilmelidir.

¹⁸⁴ Türk hukukunda, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, MÖHUK md. 60-63 arası düzenlenmiştir. Bazı ülkelerin mevzuatında Milletlerarası Tahkim hükümlerine yer verilmiştir. Örneğin 1989 tarihli, İsviçre Milletlerarası Federal Özel Hukuk Kanunu 12. Faslı milletlerarası tahkim düzenlemesini içermektedir. Fransa'da 1981 tarihli Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu aynı şekildedir. (Bkz. DAYINLARLI K., HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, B2, Ankara, 2004 s.8).

¹⁸⁵ NY Sözleşmesinin "devlet dokunulmazlığı" konusunda yetersizliğine değinen ESKİYÖRÜK, "New York Konvansiyonu'nun önemi, uluslararası tahkim kararlarının tanınması ve tenfizin sağlanması, dünya çapında 140'tan fazla ülkenin bu konvansiyona üye olması nedeniyle geniş bir uygulama alanına sahip olması, devletin taraf olduğu tahkim kararlarının uygulanabilmesidir. Ancak New York Konvansiyonu'nu ayrıntılı incelediğimiz zaman, devletin dokunulmazlığı konusunda hiç bir hüküm içermediğini, bu hususta sessiz kaldığını, böylelikle de konuyu genel itibarıyla kararın tenfiz edileceği ülke hukukuna bıraktığını söyleyebiliriz" şeklinde belirtmiştir. (ESKİYÖRÜK S., Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul , Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyumu, 2010, Ankara s.149).

¹⁸⁶ Carducci; New York Sözleşmesi'nin açık adının, 1958 Yabancı Tahkim Kararlarının Tenfizi ve icrasına ilişkin sözleşme olduğunu ve icra kavramı ile tenfizin farklı iki kavram olduğunu ve bir kısım ülkelerde tenfiz hükümleri ile icra hükümlerinin farklı düzenlendiği belirtmiştir. Bu anlamda sadece alacaklı olduğunu gösterir kanıt toplamak istiyorsa, o zaman icraya gerek kalmaksızın, tenfizin yeterli olduğuna değinmiştir. Carducci, icra kavramını ; "Belirli bir ulusal sistemde, belirli bir devletin zorlayıcı çerçevesi altında ve kararın mağlup tarafa ve varlıklarına karşı uygulanması amacıyla tahkim kararına devlet yardımı katması anlamındadır. Burada da, cezai hukukun değil, özel hukukun kapsamındayız." şeklinde belirtmiştir. (CARDUCCI G., Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul , Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyumu, 2010, Ankara s.137).

¹⁸⁷ KALPSUZ s.182.

Bu tespiti yaparken yol gösterecek yasal düzenlemelerimiz aşağıdaki şekildedir:

Anayasanın 90.maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile, Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmü düzenlenmiştir.

Milletlerarası anlaşmanın kanun hükmünde sayılması, uygulanacak kuralın belirlenmesinde öncelikli olarak; normlar hiyerarşisi kapsamında, yasanın mı milletlerarası anlaşmanın mı özel bir düzenleme olduğuna bakmayı gerektirir.NY Sözleşmesi niteliği itibariyle tanınma ve tenfizi özel olarak düzenlediğinden MÖHUK’e nazaran özel düzenleme sayılacaktır¹⁸⁸.

Bunun yanı sıra, MÖHUK Kapsamını düzenleyen 1.maddesinde, “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.”şeklinde belirtilmiştir.

Böylelikle 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, tanınma ve tenfiz konusunda milletlerarası sözleşmeleri öncelikli tutmuştur.

İfade ettiğimiz yasal düzenlemeler çerçevesinde çıkan sonuç:

Yabancı hakem kararı NY Sözleşmesi kapsamına giriyor ise, artık MÖHUK hükümleri değil, NY sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. NY Sözleşmesi kapsamı dışındaki hakem kararları hakkında ise, MÖHUK hükümlerine göre tenfiz yapılacaktır.

2.7.2. New York Sözleşmesi Kapsamı

Hakem kararlarının NY Sözleşmesi kapsamında Tanınma ve Tenfizin yapılabilmesi için iki kriter aranmaktadır:

İlk Kriter: Tanınması ve Tenfizi istenen devletten başka bir devlette, verilen hakem kararı olması

NY Sözleşmesinin kapsamı, sözleşmenin 1.maddesinde ; “tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olunur” hükmüyle belirtilmiştir.

¹⁸⁸ AKINCI s.249

Bu hükümden anlaşılacağı üzere NY Sözleşmesi, tenfiz edilmek istenilen ülkeden başka bir ülkeye ait hakem kararlarının tenfizini kapsamına almaktadır.Yani Türkiye’de NY Sözleşmesine göre tenfizi istenilen bir hakem kararı için, ancak yabancı bir ülkede verilmiş hakem kararı olması gerekmektedir.

-NY Sözleşmesi I(1) maddesi uyarınca, verildiği ülkede yerli olarak kabul edilmeyen hakem kararlarının New York Sözleşmesi kapsamında olacağı kabul edilmiştir.

Kısaca, NY Sözleşmesinin uygulanmasının ilk kriteri, icra edilmek istenen ülkeden farklı bir ülkede verilen hakem kararlarına uygulanmasıdır. Örnekle açıklayacak olursak; Almanya’da verilen bir hakem kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizi istendiği takdirde, NY Sözleşmesi kapsamına giriyor ise, Türkiye’de tenfiz edilirken NY Sözleşmesi uygulanacaktır.

İkinci Kriter: Yabancı hakem kararları olması

İkinci kriteri ise; “*Sözleşme, aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları hakkında tatbik edileceği*” şeklinde, ifade edilmiştir. Buna göre; icrası istenen hakem kararı başka bir ülkede verilmiş, ancak uygulanması kararlaştırılan hukuk başka bir devletin hukuku ise, bu durumda da New York Sözleşmesinin uygulanabileceği düzenlenmiştir¹⁸⁹.

2.7.2.1. New York Sözleşmesi Kapsamı Açısından Karşılaşılan sorunlar

New York Sözleşmesinin kapsamı açısından çok yönlü tablolar karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple, bahsettiğimiz kriterler çerçevesinde, her kararı ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Bu kapsamda karşılaşılan sorunlar şu şekildedir: Örneğin; İsviçre’de Türk usul hukukuna tabi olarak verilmiş bir hakem kararı, Türkiye’de yerli hakem kararı mı sayılacak, yoksa yabancı bir hakem kararı sayılarak New York Sözleşmesine göre tanıma ve tenfizi mi yapılacak? İşte bu durumda birinci kriter ile birlikte ikinci kriterin de değerlendirilmesiyle; her ne kadar Türk usul hukukuna göre verilse de yabancı bir ülkede verilen hakem kararının NY Sözleşmesine göre tanıma ve tenfizinin yapılacağı kabul edilir.

¹⁸⁹ AKINCI s. 253

Başka bir örnekle; Türkiye’de verilen, ancak milletlerarası tahkim kurallarının uygulandığı bir hakem kararı yabancı bir hakem kararı mı , yoksa yerli hakem kararı mı kabul edilecektir? Yabancı hakem kararı olarak değerlendirilir ise, tanıma ve tenfizi neye göre yapılacaktır?

Bu örnekte, karar Türkiye’de verilmiş olduğu için, her halukarda NY Sözleşmesine göre tanıma ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Türk mahkemeleri ,verilen hakem kararının yabancılık unsuru içerip içermediğine bakacaktır¹⁹⁰.Böylesi bir durumda; yabancılık unsuru taşıdığı takdirde, Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre; yabancılık unsuru söz konusu değilse HUMK’a göre değerlendirilecektir.Yani, MTK veya HUMK kurallarına göre, kararın kesinleşmesi ile tenfize gerek olmaksızın Türkiye’de icrası mümkün olacaktır.

2.7.3. Tanıma Ve Tenfiz Tarafları

Hakem Kararlarının tanıma ve tenfizini sadece kararın tarafları isteyebilmektedir. Üçüncü bir kişinin tanıma ve tenfiz talep etme imkanı söz konusu olamaz¹⁹¹.

2.7.4. Tanıma Usulü

5718 sayılı MÖHUK, madde 58 ifadesi ile Tanıma; yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilmesi şeklinde tanımlamıştır. Ancak tanımaya ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Özel bir düzenleme olmaması tanıma yolunun kapalı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. MÖHUK II.bölüm “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanıma ve Tenfizi” başlığı içermektedir.Bu anlamda MÖHUK II.bölüm hükümlerinin tanımada da uygulanacağı sonucu çıkmaktadır¹⁹².

NY Sözleşmesinde de “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası” başlıklı madde düzenlemesi mevcuttur. Ancak bu düzenlemede yabancı hakem kararlarının icrası usulünden bahsedilmiş olmasına rağmen, tanımaya ilişkin özel bir hüküm yoktur.

¹⁹⁰ AKINCI s.254

¹⁹¹ AKINCI s.288

¹⁹² EMEK s.11

2.7.5. Tenfiz Usulü

-Yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizinin yapılabilmesi için “Karşılıklılık Prensibi” aranmaktadır¹⁹³.

-Tanıma ve tenfizin yapılabilmesi için, hakem kararının tenfize engel bir durum olmaması gerekir.

-Aynı şekilde bir kararın Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için, tenfiz davası açılarak ve tenfize engel bir durum olmadığı yönünde karar alınması gerekir.

Yabancı hakem kararının tenfizinde yetkili mahkeme, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer *Asliye Mahkemesi*’ dir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer, o da yoksa icraya konu malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.(MÖHUK m.60/2)¹⁹⁴

Türk mahkemelerinde görülen tanıma ve tenfiz işleminde, hakimin yabancı mahkeme veya hakem kararını maddi ve hukuki olgular açısından değerlendirmesi yasaktır. Hakim sadece tanıma ve tenfiz koşulları açısından bir inceleme yapabilecektir¹⁹⁵.

Tanınması ve Tenfizi istenilen hakem kararları kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olması ve uyuşmazlığın Türk Kanunlarına göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olmaması halinde hem MÖHUK hem de NY Sözleşmesi kapsamında tanıma ve tenfiz talebi reddolunacaktır. (NY Sözleşme m.V/2-a,b)¹⁹⁶ , (MÖHUK m.62/b,c)

¹⁹³ MÖHUK , Tenfiz başlıklı 38.maddesi a bendinde, “Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmabulunması” şeklinde düzenleme yapmış ve karşılıklılık prensibine dikkat çekmiştir.Aynı şekilde NY Sözleşmesi, 1/3 maddesinde karşılıklılık prensibinden şu şekilde bahsedilmiştir: “İşbu sözleşmeyi imza veya tasdik, buna iltihak veya Sözleşme hükümlerini 10.maddenin derpiş ettiği yerlere teşmil ihbarı sırasında, her devlet, mütekabiliyet esası dairesinde, Sözleşme hükümlerini münhasıran diğer akit devletin arazisinde sadır olan hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik edeceğine beyan edebilir”

¹⁹⁴ Madde gerekçesinde; ifade edildiği gibi 60.madde, 2675 S.K. 43.maddeyi kısmen karşılamaktadır. Milletlerarası tanıma ve tenfizinde, hakem kararının taraflar için “bağlayıcı (binding)” olması, o kararın tanıma ve icrası için yeterli kabul edilmektedir.Ayrıca ilgili devlet hukukuna göre kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olması aranmamaktadır. Bu gelişmeye uygun olarak, milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmayı hedef alan ve milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde genellikle tek başına kullanılan, hakem kararlarının “taraflar için bağlayıcı olması”şartı,maddenin birinci fıkrasına eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “ikametgâh” deyimini, Türk Medenî Kanunu ile uyum sağlanması amacıyla “yerleşim yeri” olarak değiştirilmiştir.

¹⁹⁵ AKINCI s.247

¹⁹⁶ NY Sözleşmesine göre tanıma ve tenfiz talebinin diğer reddolunma hallerini V/1 maddesinde; “a) Taraflardan birinin kanunen ehliyetsiz olması b) Taraflardan birinin hakem tayininden gerektiği biçimde haberdar edilmemesi c) hakem kararının tahkim sözleşmesine yer almayan bir uyuşmazlığa

Tanım ve Tenfiz talebinin diğere red sebepleri NY Sözleşmesi ve MÖHUK'da aynıdır¹⁹⁷. Tanım ve Tenfiz'in istendiği NY Sözleşmesi tarafı ülkeler, NY sözleşmesinde belirtilen sınırlı red nedenleri ile, bağlıdır. Bu sebeple, ülkeler genelde iç hukuklarında hakem kararının reddi sebeplerini düzenlerken, NY Sözleşmesinde belirtilen sebeplerle bağlı kalmaktadırlar. Bu kuraldan hareketle MÖHUK'da da NY Sözleşmesinde belirtilen red sebepleri ile aynı sebepleri yer vermiş olduğunu düşünmekteyiz¹⁹⁸.

2.7.6. Uygulanabilir Hukuk

Türk mevzuatında, uluslararası tahkimde uygulanacak hukuk tespitinin yapılabileceği açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁹⁹. Ancak MÖHUK 2/1 maddesinde “*Hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

ilişkin olması veya sözleşmenin sınırlarını aşan hükümler ihtiva etmesi d) Hakem heyetinin teşkilinin veya tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına, uygulanabilir maddi hukuk ya da tenfiz talebinin bulunulduğu ülke hukukuna uygun olmaması, hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre tarafları henüz bağlamaması veya kararın verildiği yerin yetkili mercilerince iptal edilmesi

2 “a) “İhtilafın tahkim yolu ile çözümünün mümkün olmaması b) Hakem kararının tanım ve icrasının tanınması ve icrası istenen devlet genel ahlak, kamu düzenine aykırı olması,” hakem kararının red sebepleridir.

¹⁹⁷ MÖHUK Ret sebepleri; (1) Mahkeme;

a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise, b) Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise, c) Hakem karara konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse, ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise, d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise, e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise, f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise, g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında, h) Hakem kararı tabi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tabi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise, yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.” şeklinde belirtilmiştir.

¹⁹⁸ “New York Sözleşmesi'nde, tenfizin ve icranın reddedilebileceği bütün koşulları ünlü bir Madde ile listelenmiş olması ilginçtir. Bu eksiksiz bir listedir ve kararın yarış ülkesi bu listeye herhangi bir eklemede bulunamaz”. (Bkz. CARDUCCI G., Sempozyum s.142)

¹⁹⁹ EMEK s.13

Hükümden anlaşılacağı üzere, Türk mahkemeleri yetkili yabancı hukuku resen belirleyerek, hükmü o hukuk kurallarına göre verecektir. Ancak MÖHUK'da belirtilen bu hüküm dışında "uygulanacak yetkili hukuk" bakımından, özel bir düzenleme yoktur.

Bunun yanında MÖHUK 62.madde de düzenlenen, hakem kararlarının reddi sebeplerinden (e) bendinde ; *“Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre”* şeklinde hüküm mevcuttur. (f) bendi düzenlemesi ise; *Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise”* şeklindedir.

Bu fıkralar düzenlemesi dikkate alındığında, Türk mahkemelerinin hakem kararına uygulanacak yetkili hukuku ne şekilde belirleyebilecekleri konusunda ölçüt anlaşılmaktadır. Buna göre; öncelikle tarafların anlaşma ile belirledikleri hukuk olup olmadığına bakılacak ve yetkili hukuk buna göre belirlenecektir. Taraflar bir hukuk belirlememişler ise, yetkili hukuk hakem kararının verildiği ülke hukuku olacaktır²⁰⁰.

NY Sözleşmesinde de hakem kararlarının geçerliliğine ilişkin maddeler, tıpkı MÖHUK'daki gibi düzenlenmiştir.

2.7.7. Ehliyet

Türkiye’de yabancı bir hakem kararının tenfiz edilmesi için, geçerli bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı olmalıdır.

Bu anlamda tahkim anlaşmasında, "tarafların ehliyeti" hususu önem arz edecektir²⁰¹.

Tarafların ehliyet hususu; gerçek kişi ise, gerçek kişilerin vatandaşlığının tabi olduğu veya ikametgah, mutlak merkezinin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenir.Ehliyet, tüzel kişiler bakımından, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer hukukuna veya kuruluş yeri hukukuna tabi olarak belirlenir.

MÖHUK 8.madde de; Türk hukukunda gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna yani ilgili şahısların vatandaşlığının bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğunu düzenlemiştir. Fakat, yabancı bir gerçek kişi, milli hukukuna göre

²⁰⁰ DOST s.15

²⁰¹ Sözleşmenin tarafları müzakere aşaması ve sözleşme aşamalarında gerçek kişiler ise yetki belgesini tüzel kişilik ise imza sirkülerini muhakkak incelemelidirler.(Bkz.KÖKSAL s.76)

ehliyetsiz olmasına rağmen, Türk Hukukuna göre ehliyetli sayılıyor ise, Türkiye’de yaptıkları hukuki işlemler bakımından, "ehliyetli" olarak kabul edilecektir²⁰².

2.7.8. Geçerlilik Hususu:

Gerek MÖHUK’da gerekse NY Sözleşmesinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken, öncelikle hangi hukuka göre değerlendirileceği önem arz etmektedir.

Bu konuda "uygulanabilir hukuk" başlığı ile değindiğimiz maddeler, esasen tahkim sözleşmesinin geçerlilik tespitinde, hangi ülkenin hukuk kurallarının uygulanacağını da belirlemektedir.

Buna göre geçerlilik konusunda hangi ülke hukuku kurallarının dikkate alınacağı konusunda;

-Taraflar tahkim sözleşmesine uygulamak üzere bir hukuk seçmişler ise, o hukuka göre değerlendirilecektir.

-Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş ise, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçerlilik değerlendirilmesi yapılacaktır.

Geçerlilik konusunda tahkim anlaşmasının şekli ve tarafların hata, hile, ikrah gibi irade bozuklukları olup olmadığı yönünden inceleme yapılır. Taraflardan birinin ekonomik ve sosyal üstünlükleri ile tahkim anlaşmasında tek taraflı avantaj sağlayan hükümler getirmeleri de geçersiz kabul edilmektedir²⁰³.

Bunun yanı sıra, NY Sözleşmesi II(2).maddesinde; tahkim sözleşmesinin geçerliliği düzenlenirken, "yazılı olması" şekline bağlı kılınmıştır. Yazılı anlaşma; karşılıklı kabul edilmiş , gönderilmiş mektup veya telgrafları kapsayacak şekilde geniş ele alınmıştır.

²⁰² ŞANLI s.11

²⁰³ Y.13.HD.25.04.1991,E.1991/8778; K.1991/4492(DAYINLARLI s.233)

III. BÖLÜM

3. ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMLENMESİ HAKKINDAKİ ICSID KONVANSİYONU

3.1. Genel Olarak

II.Dünya Savaşından sonra gelişmekte olan ülkeler yabancı sermayeyi ülkelerine çekebilmek için, gelişmiş ülkeler de ucuz işgücü ve kârlı yatırım ortamı bulmak için çok taraflı ve iki taraflı anlaşmalar yapmışlardır.

Devletler arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmalarının en önemli özelliği, uyuşmazlık halinde tahkim merkezlerine başvuru zarureti getirmesidir²⁰⁴. Bu merkezler ICSID ve ICC'dir. Ayrıca UNCITRAL (ad hoc) kurallarına başvurulabileceği de anlaşmalarda sıklıkla yer bulmaktadır. Enerji sektöründe, taraflar özellikle, *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon* ile kurulan ICSID (international Centre for Settlement of Investment Disputes) tahkim merkezine başvurmayı tercih etmektedirler²⁰⁵.

Türkiye'de enerji sektörüne ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında, yabancı yatırımcılar, özellikle yatırım anlaşmalarına veya Enerji Şartı Anlaşmasına dayanarak, ICSID tahkim merkezine dava açmışlardır. Çalışmamızda, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde uygulanan ICSID tahkim kuralları ile, ICSID tahkim merkezinde Türkiye aleyhine açılan davalar ayrıntıları ile incelenecektir²⁰⁶.

Türkiye, “Washington Konvansiyonu” veya “ICSID” olarak anılan Washington'da imzalanan ve 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe giren, *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon*'a 1988 yılında taraf olmuştur. Fakat ICSID Konvansiyon'unun fonksiyonel hale gelmesi, ancak 1999 yılı itibariyle söz konusu olmuştur.

1999 yılından önce Danıştay, devlet veya devlet kurumlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerine veya yap-işlet-devret sözleşmelerine tahkim şartı konulmasını

²⁰⁴ EKŞİ N., “İki İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi”, İKÜ .2002 (www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/...2/HukukGunceCISI_83.pdf)

²⁰⁵ Konvansiyon ile kurulan merkez bundan sonraki açıklamalarında İngilizce adı kısaltması olan “ICSID” olarak, konvansiyon kuralları ise ICSID tahkim kuralları olarak adlandırılacaktır..

²⁰⁶ Ayrıntılı Bilgi için bkz.s.63-95

istemediğinden izin vermemekteydi. Şöyle ki, 1999 yılından önce, yani Danıştay Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler, Danıştay'ın ön denetiminden geçmek zorundaydı. Ön denetim işleminin ne kadar süreceği ise, yasal bir düzenleme ile hüküm altına alınmamıştı. Bu anlamda Danıştay herhangi bir süre sınırlamasıyla bağlı değildi. Danıştay'ın hem süre sınırlaması ile bağlı olmaması hem de, tahkim şartı içeren sözleşmelere Danıştay'ın vize vermemesi sorunları 1999 yılında Danıştay Kanunu'nda yapılan yasal değişiklikler ile aşılmış oldu²⁰⁷.

Bunun yanı sıra birçok yasa değişikliği ve yeni düzenlemeler getirilerek, yabancı yatırımcıların tahkim yoluna başvurması anlamında işlevsellik sağlanmıştır²⁰⁸.

3.2. ICSID Tahkim Kurallarının Tercih Edilmesinin Nedenleri

ICSID Konvansiyonu ile, yabancı yatırımcıları risk olarak öngördüğü hukuksal endişelerden kurtarmayı ve böylelikle yabancı sermayenin ülkeye gelişini kolaylaştırmak amaçlamıştır. Bir başka yorumla ICSID Konvansiyonu, yabancı yatırımcıların karşısına çıkan ve ticari olmayan risklere karşı, uyumsuzlukların uluslararası metodlarla ve konunun uzmanlar eliyle çözümünü amaçlamaktadır²⁰⁹.

ICSID Konvansiyonunun önemi, çok sayıda devletin sözleşmeye taraf olmasından ve sözleşme hükümlerinin çok sayıda ikili yatırım anlaşmasında uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

²⁰⁷ 4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Danıştay Kanunu Ve İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1.maddesi ile; Danıştay Kanunu 23 madde (d) bendinde yer alan "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın ön inceleme yetkisi", "*düşüncesini bildirmek*" olarak değiştirilmiştir. Aynı kanunun 5.maddesi ile de Danıştay Kanunu 48.madde değiştirilerek, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren *iki ay* içinde sonuçlandırmak zorunluluğu getirilmiştir.

²⁰⁷ 4446 sayılı ve 13.8.1999 tarihli Anayasanın bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına dair kanun ile Anayasa 47.maddesinde, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesi ve bunlarla yapılan sözleşmelere tahkim şartı konulması söz konusu olmuştur. Anayasa 125/1 ve 155/ II maddeleri uyarınca, bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine tahkim şartı konulmuştur. 2000 yılında 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İmtiyazlarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulacak İkelere Dair Kanun" yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim anlaşması yapılırken uyulması gereken kurallar düzenlenir. 2003 yılında ise, tahkim müessesesine ilişkin düzenlemeleri içeren 4875 sayılı, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiştir. (Bkz.17.6.2003 tarih ve 25141 sayılı RG)

²⁰⁹ http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp (02.06.2012)

Yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcı, yatırımı ile ilgili bir ihtilaf halinde yargılamada eşitlik ve güvenlik beklentisi içerisinde olduğundan, bu beklentilerine uluslararası platformda tahkim müessesesi karşılık vermektedir²¹⁰. Uyuşmazlık konusu yatırıma yönelik olduğunda ise, özel yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik düzenlenmiş olan ICSID Tahkim kurallarına başvurmak en çok tercih edilen çözüm yollarından biridir.

Yatırımcılar, yatırım yaptıkları ülke tarafından, yatırım uyuşmazlıklarını ulusal mahkemeye götürmeleri konusunda mecbur tutulamazlar²¹¹. Ülkeye yapılan yatırım, nitelik itibariyle "ulusal" olmasına rağmen (tarafarca kararlaştırılmışsa) yatırım uyuşmazlıklarına yönelik hazırlanmış uluslararası çözüm metodu olan ICSID tahkimine başvurmak en avantajlı yoldur²¹².

-ICSID tahkim merkezi, ulusal mahkeme sisteminde olduğu gibi, kendisi arabulucu veya hakem olarak karar veremez. Taraflara hakem veya arabulucularını seçme imkanı tanır.

ICSID'ı kabul eden üye devlet, ICSID Hakem kararını ülkesinde icra etmek zorundadır. Bu anlamda ICSID Konvansiyonunda ciddi önlemler alınmıştır.

Bunun yanında ICSID Hakem kararları, uyuşmazlığa taraf olmayan ancak ICSID Konvansiyonu'na taraf üye ülkeler için bağlayıcıdır. Şöyle ki; ICSID 53.madde, hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğu ve kararın yerine getirilmesinin mecbur olduğunu düzenlenmiştir.

ICSID 54.madde ise, ICSID'e taraf olan diğer üye ülkelerin, ICSID hakem kararları ile bağlı olduklarını düzenlemiştir. Buna göre; ICSID'e taraf devletler uyuşmazlık konusu olan yatırıma taraf olsun veya olmasın, ICSID doğrultusunda verilen hakem kararının bağlayıcılığını kabul ederler. Ayrıca üye devletler, uyuşmazlık konusu olayda ICSID Hakem Kararında yer alan para borçlarının tenfizini kendi ülkelerinde sağlama yükümlülüğü altındadırlar²¹³. Dolayısıyla ICSID'e taraf olan bütün devletlerde ICSID Hakem Kararları icraya konulabilir. ICSID Hakem kararının uyuşmazlık konusu devlette icrası engellense dahi, o ülkenin yurtdışında bulunan mallarına haciz koyarak tahsil imkanı söz konusu olmaktadır. Bahsedilen sebeplerle, ICSID Tahkimi her anlamda yatırımcı için avantajlı bir yoldur.

²¹⁰ DOST S., Uluslar arası Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006, s.148

²¹¹ TUYGUN S., ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir, 2007, s. 74

²¹² ICSID Konvansiyonu giriş açıklaması

²¹³ EKŞİ N., ICSID Hakem Kararının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul, 2009, s. 76-77

3.3. ICSID Tahkim Merkezinin Yapısı

ICSID Konvansiyonu, Dünya Bankası aracılığı ile hazırlanmıştır. Bu sebeple ICSID tahkim merkezinin yerleşim yeri Washington'dur.

Merkez idari yapısı ICSID Sözleşmesinin 3.maddesinde belirtildiği üzere; idari konsey , sekreteryaya, ve paneller olarak üç ana bölüme sahiptir.

3.3.1. İdari Konsey

İdari Konsey, her akit devletten gelen birer temsilciden oluşmaktadır²¹⁴.Devlet Bankası başkanı idari konseyin doğal başkanıdır. Ancak Devlet Bankası Başkanı'nın konseyde oy hakkı yoktur.İdari Konseyin görevleri anlaşmanın 6.maddesinde sınırlı şekilde sayılmıştır²¹⁵.

İdari Konsey kararlarında, her üye bir oy hakkına sahiptir. Karar yeter sayısı, oy çoğunluğudur.(ICSID Anlaşması m.7/2). Toplantı yeter sayısı ise, üyelerin salt çoğunluğudur.

3.3.2.Sekreterlik

Sekreterlik; bir genel sekreter, bir veya birden fazla yardımcı sekreter ve personelden oluşur²¹⁶.

Genel sekreterin görevleri; merkez idaresi personellerini atamak, ICSID Konvansiyonu'na ve tasdiklenmiş örneklerine uygun olarak alınacak olan hakem

²¹⁴ ICSID Sözleşmesi m.4(1)

²¹⁵ ICSID Konvansiyonu m.6 –Burada bu sözleşmenin diğer hükümlerinde kendisine verilen yetki ve işlemlere ön yargısız bir biçimde ,

İdari Konsey;

a)Merkezin İdari ve Mali Tüzüklerini kabul edecek.

b)Arbuluculuk ve Hakemlik davarlarının tesisinin prosedürü kurallarını kabul edecektir.

c)Arbuluculuk ve Hakemlik davarlarının prosedürü kurallarını (bundan böyle arbuluculuk ve hakemlik kuralları olarak anılacaktır) kabul edecektir.

d) Banka'nın idari olanak ve hizmetlerinden faydalanmak için Banka ile yapılacak düzenlemeleri onaylayacaktır.

e) Genel sekreterlik ve Genel Sekreter yardımcılığının hizmet koşullarını belirleyecektir.

f) Merkezin gelir ve harcamalarının yıllık bütçesini kabul edecektir.

Yukarıda a,b,c, ve f paragraflarında sözü edilen kararlar İdari Konseyin 2/3'lük oy çoğunluğu ile alınacaktır.

²¹⁶ ICSID Konvansiyonu m.9

kararlarının gerçekleştirilmesini sağlamaktır²¹⁷. Ayrıca sicil memurunun görevini de yerine getirmektedirler.

3.3.3. Paneller

Paneller, kendi içinde arabulucular paneli ve hakemler paneli olarak ikiye ayrılmaktadır²¹⁸. Her akit devlet, her panele kendi vatandaşlarından veya diğer devlet vatandaşlarından 4 kişi atayabilmektedir²¹⁹. Panellerde hizmet vermek üzere atanacaklar için özel kişisel vasıflar aranmıştır²²⁰.

Uyuşmazlık taraflarının hakem seçimi konusunda tarafsız kalmaları halinde, paneller devreye girmektedir²²¹. Taraflar, panel içinden veya dışından hakem atayabilmektedirler. Ancak tahkim talep kaydının genel sekreterlikçe diğer tarafa tebliğinden itibaren 90 gün içinde, veya tarafların daha önce anlaştıkları süre içerisinde; Başkan tarafların birinin istemi üzerine sadece panellerden hakem ataması yapılabilir²²².

3.4. ICSID Merkezinin Yargılama Yetkisi

Merkezin yargılama yetkisi, Konvansiyonun II Kısımında 25,26 ve 27.maddelerinde düzenlenmiştir.

3.4.1. ICSID Konvansiyonuna Başvurma Şartları

ICSID Konvansiyon'unun 25'inci maddesine göre, uyuşmazlığın ICSID yargılamasına tabi olması için:

-Taraflar arasında ICSID Tahkimine gitmek konusunda anlaşma yapılmış olmalıdır.

-Uyuşmazlığın bir akit devlet ile diğer bir akit devletin vatandaşı arasında olması gerekmektedir

²¹⁷ ICSID Konvansiyonu m.11

²¹⁸ ICSID Konvansiyonu m.12

²¹⁹ ICSID Konvansiyonu m.13

²²⁰ Panele atanacak kişilerin vasıfları Konvansiyonun 14.maddesinde şu şekilde belirtilmiştir; "Yüksek ahlak sahibi olması, hukuk, ticaret ve sanayi konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olması koşulları aranmaktadır."

²²¹ ERTEN R.; ICSID Tahkimi, Ankara, 1998 , s.124

²²² ICSID Konvansiyonu m.38 ve m.40

-Uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir.

3.4.2. Tarafların Anlaşma Şartı

Sözleşmeye üye olan devletlerin sözleşmeyi kabul etmiş olmaları, ülkeleriyle ilgili herhangi bir uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmeye rızası olduğu anlamına gelmemektedir. Bu husus, ICSID Konvansiyonu'nun giriş kısmında da açıkça belirtilmiştir²²³.

Uyuşmazlığın ICSID tahkimine götürülebilmesi için, tarafların(yatırımın yapıldığı akit ülkenin yetkili birimi ile, yatırımı yapan yabancı ülke vatandaşı veya şirketi ise, temsilcisi) ICSID tahkimi konusunda anlaşmış olmaları gerekmektedir²²⁴.

ICSID tahkimi konusundaki anlaşmadan kasıt, tarafların uyuşmazlıkta özel olarak ICSID'e gitme konusunda rıza göstermiş olmalarıdır.

Taraflar rızalarını, ihtilaftan önce de, sonra da verebilmektedirler. Rıza yazılı olmalıdır. Rızanın yazılı olmasında herhangi bir özel şekil şartı aranmamaktadır. Ancak taraflar rızalarını sunduktan sonra bu oluru geri almaları söz konusu değildir²²⁵.

Şöyle ki; ATAMAN'ın belirttiği gibi, “*Ticarî uyuşmazlıklar ticarî ilişkinin taraflarının kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeden kaynaklanır; hâlbuki yatırım uyuşmazlıkları çoğunlukla yatırımcı ile ev sahibi devletin kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeden kaynaklanmaz; zira ev sahibi devlet ile tahkim şartı içeren bir sözleşme akdedebilmiş yatırımcı sayısı azdır. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartı içeren bir sözleşmenin bulunduğu ve yatırımcının bu sözleşme hükümlerine istinaden tahkime başvurduğu istisnâ haller dışında, yatırım ihtilaflarında özel hukuk kişileri olan yatırımcıların ev sahibi devlete karşı tahkime başvurabilmelerini mümkün kılan unsur, devletlerin kendi aralarında akdettikleri iki veya çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleridir*”²²⁶.

YKTK (Yatırımın Korunması ve Teşviki Anlaşması) veya EŞA'ya (Enerji Şartı Anlaşması) taraf ülkeler , anlaşma hükümleri gereğince, anlaşmaya taraf diğer üye

²²³ ICSID Konvansiyonu giriş kısmı 7.paragraf “ Hiçbir akit devletin, bu sözleşmeyi onaylamış, teyit etmiş ya da kabul etmiş olduğu gerçeğine rağmen, kendi rızası olmaksızın herhangi bir anlaşmazlığı uzlaştırma veya hakemliğe sunma yükümlülüğünde olmadığını ilan ederek, aşağıdaki hususlarda anlaşmaya varmışlardır” şeklinde belirtilmiştir.

²²⁴ TUYGUN s.82

²²⁵ ICSID Konvansiyonu m.25(1)

²²⁶ ATMAN,İ ; Milletlerarası Ticari tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,31(1), 2011 s.105

ülkelerin vatandaşları olan yabancı yatırımcılar ile çıkacak uyuşmazlıklar hakkında sürekli bir tahkim teklifinde bulunmayı kabul ederler²²⁷.

YKTK Anlaşmalarında, ICSID'in yargı yetkisinin tanınmasına ilişkin rızaya, büyük ölçüde rastlanmaktadır²²⁸.

3.4.3. Uyuşmazlığın Bir Akit Devlet İle Diğer Bir Akit Devletin Vatandaşı Arasında Olması

ICSID Sözleşmesi'nin 25(1) maddesinde ;“Merkezin yargılama yetkisi, âkit ülkeler (onları oluşturan alt birimleri ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile, uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında, yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacak” hükmü yer almıştır.

Hükümden de anlaşılacağı üzere; sözleşmenin bir tarafı, başta akit ülke olmak üzere onun alt birimleri veya atayacakları temsilcileri olabilmektedir.

Bu hükme istinaden, Türkiye 8 Ekim 1998 yılında, ICSID Genel Sekreterliğine, TEAŞ (Transmission Corporation) ve BOTAŞ (Petroleum Pipeline Corporation) olarak iki kurum bildirmiştir²²⁹.Sözleşmenin 25(3) maddesi düzenlemesi ile; akit ülkenin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar, bu devletin ayrıca onayının gerekmediği şekilde bir bildirimde bulunulmaz ise, devletin onayı aranmaktadır.

Diğer akit devlet vatandaşlığının tespiti meselesi;

ICSID tahkiminde iki taraftan diğeri, akit devlet vatandaşıdır. ICSID Anlaşmasına üye bir devlet vatandaşı, ICSID Anlaşmasına üye başka bir devlette yatırım yaptığı takdirde, yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklarda (rıza şartı engeli yoksa) ICSID Tahkimine başvurabilecektir. Ancak yatırımcı, sözleşmede taraf olan ülkede yerleşik olsa dahi, ICSID'e taraf olmayan bir devlet vatandaşı ise, ICSID

²²⁷ ÇAKMAK/ERGÜN s.52

²²⁸ .ICSID Tahkim yargılamalarının %63'ü YKTK Anlaşmaları çerçevesinde tarafların merkeze başvurularından kaynaklıdır.Enerji Şartı Anlaşması çerçevesinde çıkan uyuşmazlıkların halli için merkeze yapılan başvurular ise, merkez yargılamalarının sadece %4'ünü oluşturmaktadır.

²²⁹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> ,Designations of Constituent Subdivisions or Agencies and Notifications Concerning the Approval by the Contracting State of Their Consent to ICSID Jurisdiction (Article 25(1) and (3)) , Erişim 19.07.2012

tahkimine başvurusu söz konusu olmayacaktır²³⁰. Bu nokta da “diğer akit devlet vatandaşlığı” tespiti önem kazanmaktadır.

-Öncelikle şunu belirtmek gerekir; diğer akit devlet vatandaşı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

-Gerçek kişinin tabi olduğu ülke vatandaşlığı tespitinde bir sorun yoktur. Ancak çifte vatandaşlık açısından durumu farklı açılardan değerlendirmek gerekir.

Çifte vatandaşlığa sahip yatırımcının vatandaşlıkları, hem yatırımı yaptığı ülke vatandaşlığı hem de diğer bir akit devlet vatandaşlığı şeklinde ise, vatandaşlığına sahip olduğu yatırım ülkesine ICSID tahkimine dayalı dava açamaz. Bunun yanı sıra, çifte vatandaşlıklardan biri, yatırımı yaptığı ülke vatandaşlığı değil, ancak akit devletlerden birisine ait vatandaşlık ise, yatırım uyuşmazlıkları sebebiyle, yatırımı yaptığı ülkeye karşı ICSID Tahkimine başvuruda bulunabilir²³¹.

-ICSID Konvansiyonuna göre, tüzel kişiliğin vatandaşlık tespitinde “kuruluş yeri” esaslı söz konusu olmaktadır. Bu kuralın istisnası ise; tüzel kişilik, yatırımın yapıldığı devlette kurulmasına rağmen, başka bir akit devletin kontrolünde ise, o akit devletin vatandaşı olarak kabul edilmektedir. Yani genel kural, kuruluş yeri esaslı olmasına rağmen “kontrol yeri” farklı devlet ise, kontrol yeri kabul görmektedir.

Devletler, kendi ülkesinde yatırım yapan yabancı sermayeli şirketlerin kendi vatandaşlığında bulunduğunu kabul etmekte ve bu şekilde yatırımcıları ICSID tahkiminin dışında tutmayı amaçlamaktadır²³². ”Kontrol yeri” kuralının benimsenmesinin sebebi ise bu durumun önüne geçmektir.

Ancak yine de, akit ülkelerde bu kuralın aksine pek çok yasa ve uygulamalar mevcuttur²³³. ICSID tahkiminde “yabancı sermayenin kontrol edildiği ülke vatandaşlığı esaslı” kabul edilse de; ülke iç düzenlemelerinin aksi olması durumunda, ilkenin uygulanabilmesi tarafların tamamen anlaşmalarına bağlıdır²³⁴.

²³⁰ AKINCI s.48

²³¹ EKŞİ, s.37

²³² NOMER/EKŞİ/ ÖZTEKİN s.79

²³³ Ülkemizde de, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunundan önce yürürlükte olan 6224 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kanunu 7.madde düzenlemesi yabancı sermayeli yatırımcılar için aleyhe düzenleme içermekteydi..Buna göre; “ 6224 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinler alınmak sureti ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ve Türk Ticaret siciline tescil edilen şirketler ve şubeler, Türk şirketi ve şubesidir” hükmü düzenlenmişti.Ancak ihtilaf halinde ICSID’ın kabul ettiği yabancı sermaye kontrolü kuralı üstünlük taşıdığından bu neviden şirketler yabancı muamelesi görmektedir,

²³⁴ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s. 79, EKŞİ s. 40, TUYGUN s. 87

3.4.4. Uyuşmazlığın Yatırımdan Kaynaklanması Kuralı

ICSID Konvansiyonunda yatırım kavramı tanımlanmamıştır. Yatırım, “sermaye yatırımı”, “hizmet akitleri” ve “teknoloji transferleri” yatırımı şeklinde kabul görmektedir²³⁵. Bunun yanı sıra, taraflar kendi aralarında yapacakları sözleşme ile yatırım kavramını düzenleyebileceklerdir²³⁶.

ICSID Konvansiyonuna gidilebilmesi için, konunun yatırım olması şartı aranmıştır. Ancak Konvansiyon, kendisine taraf olan ve ICSID tahkimine rızaları olan ülkelerin yatırım uyuşmazlıkları konusunda, merkezin yetkisine tabi tutmak istemedikleri yatırımları kendisine bildirmelerini talep etmiştir²³⁷.

ICSID Konvansiyonu m.25(4) gereğince tanınan bu hak üzerine, 3 Mart 1989 tarihinde Türkiye ICSID Genel Sekreterliğine bildirimde bulunmuştur. Bildirime göre; Türk yabancı sermaye mevzuatına göre, gerekli izinler alınmış ve fiilen başlamış olan yatırım faaliyetlerinden doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkisine tabi olduğu, ancak taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların ülkenin münhasır yetkisine tabi olması sebebi ile bu uyuşmazlıklar için ICSID Tahkim Merkezine başvurulamayacağı beyan edilmiştir²³⁸.

3.5. ICSID Tahkiminin Kararlaştırılmasının Sonuçları

Bu sözleşme çerçevesinde taraflar tahkime gitmek hususunda anlaşmışlar ise, aksi kararlaştırılmadığı sürece uyuşmazlık çözümünde, ICSID tahkimine gitmek taraflar için zorunlu hale gelmektedir. Bu genel düzenleme sebebi ile, tarafların ICSID tahkimini kararlaştırmalarıyla, milli mahkemelerin yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Ancak bu aşamada Konvansiyon, akit devletlere bir kolaylık sağlamıştır. Buna göre; akit devletler ICSID Tahkimine gitmek hususunda taahhüt altına girerken, yerel ve idari tüm iç hukuk çarelerini tüketmeyi ön koşul olarak belirleyebileceklerdir²³⁹.

²³⁵ NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s. 79, EKŞİ s.43, TUYGUN s. 87

²³⁶ Devletler yaptıkları yatırım anlaşmaları çerçevesinde, yatırım kavramını tanımlarken genellikle *her türlü malvarlığı* ifadesini kullanmaktadırlar. Ancak bununla birlikte “mülkiyet hakkı”, “şirketlere katılım”, “para alacakları”, “fikri ve sınai mülkiyet hakları”, “imtiyaz hakları ve benzeri haklar” şeklinde özel ifadeler de yer verdiklerine rastlanılmaktadır.

²³⁷ ICSID Konvansiyonu m.25 (4)

²³⁸ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (19.07.2012)

²³⁹ ICSID Konvansiyonu m.26

ICSID tahkiminde, hakem kararlarının uygulanması aşamasında akit devletlerin kendi vatandaşlarına diplomatik koruma sağlaması veya uluslararası iddialarda bulunması kesin biçimde yasaklanmıştır²⁴⁰.

3.6. Arabuluculuk Müessesesi

Arabuluculuk Komisyonu tıpkı tahkim komisyonunun oluşması gibidir²⁴¹. Arabuluculuk tesisi için, taraflardan birinin Genel Sekreterliğe bu yöndeki taleplerini içerir başvuruyu yapması gerekmektedir. Bu başvurunun yazılı olması şarttır²⁴².

Arabuluculuk müessesesinin görevi, uyuşmazlığı ortaya koyarak, çözüm önerileri arayıp, her iki tarafın anlaşılmasınıdır. Arabuluculuk icrası sonunda, tarafların mutabık kaldıkları hususlar yazılı halde rapor edilmektedir. Bu rapora uyulmamasının ise yaptırımı yoktur. Arabuluculuk müessesesine başvurulmasına rağmen, taraflar anlaşma sağlayamaz ise; bu hususun rapor ile hüküm altına alınması akabinde taraflar mahkeme veya tahkim yoluna başvurabilmektedirler²⁴³.

Taraflardan herhangi biri, ulusal mahkemelerde açmış olduğu davada veya tahkim müessesesinde; diğer tarafın komisyon raporuna veya tavsiyelerine veya diğer tarafın arabuluculuk davasındaki anlaşma ve önerilerine, yöntemine, beyanına, bildirilen görüşlerine dayanamaz²⁴⁴.

3.7. ICSID Tahkim Usulü

3.7.1. Genel Olarak

ICSID Tahkimine başvurmak isteyen akit ülke veya diğer akit ülke vatandaşı, bu konuyu merkezin Genel Sekreterliği'ne yazılı olarak bildirmelidir. Genel sekreterlik istemin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder²⁴⁵.

²⁴⁰ ICSID Konvansiyonu m.27

²⁴¹ TUYGUN s. 89

²⁴² ICSID Konvansiyonu m.28 (1)

²⁴³ TUYGUN s. 90

²⁴⁴ ICSID Konvansiyonu m.35

²⁴⁵ ICSID Konvansiyonu m.36(1)

Taraflar Genel Sekreterliğe tahkim konusundaki istemlerini bildirirken, tarafların tanıtımını, tarafların hakemlik konusunda rızalarını içeren belgeleri dosyaya eklemelidir²⁴⁶.

Bunun üzerine istemi incelemeye alan Genel Sekreterlik, esasa girmeden önce konuyu usulden inceler. Buna göre, Genel sekreterlik, istemi merkezin yargı yetkisi dahilinde bulursa kabul eder ve istem kaydını taraflara bildirir. İstem yargı yetkisi dışında olduğunun tespiti halinde, usulden red kararı vererek bu kararı taraflara bildirir²⁴⁷.

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi akabinde Hakem heyeti oluşturulur. Hakem heyetinin oluşması taraf rızasına bağlıdır²⁴⁸.

3.7.2. Hakem Heyetinin Yetkisi Ve İşlemleri

Yetki itirazlarının neredeyse tamamı davalı ev sahibi devletler tarafından yapılmaktadır. Bu itirazların temelinde, genelde iki taraflı yatırım anlaşmaları çerçevesinde ICSID Tahkimine başvuru yapılması yatmaktadır. İtirazlar yatırım anlaşmalarının doğurduğu karmaşıklıklar çerçevesinde yoğunlaşmaktadır.

ICSID Başkanışmanı Margrete Stevens'a göre; tarafların yetki itirazları; *“yatırımın olmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, yatırımdan kaynaklanan hukukî bir uyuşmazlık olmadığı, iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce yatırımın sona erdiği, yatırımın, yatırım güvencesi yükümlülüğü iddia edilen tarafın 'toprak içinde' yer almadığı, rızanın bulunmadığı, davacının diğer bir akit tarafın vatandaşı olmadığı, davacının mahallî yolları tüketmediği, eyalet veya devlet kuruluşlarının davalarının ulusal hükümete atfedilemeyeceği ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak tahkimden önce başvurulması gereken müzakerelerin yapılmadığı itirazlarını kapsamaktadır. Hakem mahkemeleri, bu itirazlarla çoğunlukla ön sorun olarak incelemektedirler; fakat bazı davalarda bunları uyuşmazlığın esasına katmışlardır”*²⁴⁹

²⁴⁶ ICSID Konvansiyonu m.36(2)

²⁴⁷ ICSID Konvansiyonu m.36(3)

²⁴⁸ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s. 80

²⁴⁹ STEVENS M., Experience in Arbitrations under ICSID Rules Pursuant to Bilateral Investment Treaties, International Business Lawyer C.29 S.377-380 çeviri: EKŞİ N., www.iku.edu.tr

Oluşturulan hakem heyeti, konu ile yetkili olup olmadığına kendisi karar verecektir. Heyet, bu incelemeyi resen yapar²⁵⁰. Anlaşmazlığın, merkezin yargı alanı içinde olmadığı veya heyetin yetki sınırları içinde olmadığı yönünde taraflardan birinin itirazı ön soru olarak ele alınıp değerlendirilecektir²⁵¹.

Bu hüküm milletlerarası tahkim hukukuna hakim olan, *competence & competence* (yetkiye hüküm yetkisi) denilen prensibi doğurmuştur. Bu prensip; hakemlerin, uyuşmazlığın çözümünde, yetkili olup olmadıkları konusunda hüküm verme yetkisini ifade eder. Ancak hakemlerin bu yetkisi, yalnızca tahkim şartının ehliyetsizlik veya şekil eksikliği gibi sebeplerle geçersizliği hallerinde söz konusudur. Competence & competence ilkesinin uygulanabilmesi için, mutlaka açık ve belirli bir tahkim yeri mevcut olmalı ki; bu tahkim yeri, tahkim şartının geçersizliği halinde kendisinin yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verebilsin²⁵².

3.7.3. Uyuşmazlık Esasına Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlık esasına uygulanacak hukuk açısından, tarafların irade serbestisi söz konusudur²⁵³. Uluslararası Özel Hukuk'ta irade serbestisi ilkesi gereğince, tarafların aralarında borç doğuran özel hukuk sözleşmesini yaparken, bu sözleşmenin belirli bir hukuka tabi olduğunu ve ihtilaf halinde bu hukukun uygulanması gerektiğini kararlaştırabilirler²⁵⁴.

Taraflar, uyuşmazlık esasına uygulanacak hukuk açısından herhangi bir hukuk kuralı belirleyebilecekleri gibi, milletlerarası hukuk kuralı veya milletlerarası ticaretin genel prensiplerini de belirleyebilirler²⁵⁵.

Hakem heyeti, tarafların anlaşarak kararlaştırdıkları hukuk üzerinden yargılamayı yapmak zorundadırlar.

Taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde nasıl bir yol izleneceği Konvansiyon'un 42.maddesinde son derece açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre;

²⁵⁰ Tradex- Albania (Arnavutluk) olayında, tahkim heyeti, Arnavutluk'un, heyetin yetkisi konusundaki itirazını bir ön sorun olarak ele değerlendirmiş ve inceleme sonucunda yetkili olduğuna karar vermiştir. Bu kararın akabinde konunun esasına ilişkin inceleme ve hüküm vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania -ICSID Case No. ARB/94/2)

²⁵¹ ICSID Konvansiyonu m.41(2)

²⁵² ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.101; ERDOĞAN, s. 222. Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM, s.72, 76.

²⁵³ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s. 81; EKŞİ s.49, TUYGUN s.93, DOST s. 167

²⁵⁴ ŞANLI, C.; Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 104

²⁵⁵ TUYGUN s. 93

“heyet, anlaşmazlığa taraf olan akit ülkenin hukukunun (kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.”²⁵⁶

Bu konuda ICSID Merkezine 22.03.1996 tarihinde kaydedilen, *Santa Elena, S.Av. Republic of Costa Rica* davasında uygulanacak hukuk konusunda taraflar anlaşamamış olduğundan, hakem heyeti Kostarika hukukunun uluslararası hukuka ters düşmeyen kurallarının uygulanmasına karar vermiştir²⁵⁷.

27 Şubat 1981 tarihinde merkeze kaydı yapılan *Amco(Asia Corporation) v. Indonesia* davasında uyuşmazlığa uygulanacak hukuk yönünden tarafların anlaşamaması sebebi ile, Endonezya Hukukunun uygulanmasına karar verilmiştir²⁵⁸.

14 Nisan 1981 tarihli merkeze kaydı yapılan, Gübre fabrikası işletim ve inşaatına ilişkin *Klöckner v. Comeroon* davasında tarafların uygulanacak hukuk konusunda bir belirleme yapmamış olması sebebi ile, hakem heyeti Kamerun hukukunun uygulanmasına karar vermiştir. Ancak Kamerun’un uzun süre İngiliz ve Fransız sömürgesi altında olması sebebi ile, iki hukuk sisteminin de ülkede etkili olduğundan bahisle, hukuken kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmuştur. Sonuç olarak; hakem heyeti, 42.madde gereğince, olayda yatırımın Fransız sömürgesi bölgesi Yaounde’de yapıldığından, Fransız Hukukunun uygulanacağına karar vermiştir²⁵⁹.

Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getirmeyebilir.

Heyet, uygulanacak hukuk yönünden tarafların anlaştığı, anlaşamayıp heyetçe uygulanacak hukukun kararlaştırıldığı ya da hukuk belirsizliğinin söz konusu olduğu her üç halde de, hakkaniyet kuralları çerçevesinde uyuşmazlığın çözümüne karar vermelidir²⁶⁰.

Heyet, taraflardan belge ve delil göstermesini isteyebilir, anlaşmazlık alanını ziyaret edebilir ve uygun gördüğü soruşturmayı yürütebilir²⁶¹.

²⁵⁶ DOST’a göre; “Bu madde gereğince esasa uygulanacak olan taraf ülkenin hukuku, uluslar arası hukukun minimum standartlarını çığnıyor ve karşılamıyorsa heyet yerel hukuku dikkate almayacaktır.” (DOST s.168)

²⁵⁷ *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1)

²⁵⁸ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1)

²⁵⁹ TUYGUN s. 94, Dava incelemesini yapan komitenin dava ile ilgili ayrıntılı inceleme ve kararı için bkz. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2) davası “Decision of the ad hoc committee

²⁶⁰ ICSID Konvansiyonu m.42 (2)

²⁶¹ ICSID Konvansiyonu m. 43 (a), (b)

Uygulanacak hukuk bakımından, sözleşmenin yapıldığı andaki hukukun mu yoksa dava tarihindeki hukukun mu geçerli olduğu, sorununa ilişkin öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır:

DOST'a göre; "sözleşmenin yapıldığı tarihteki hukukun dikkate alınması, yatırımların geleceği hakkında belirlilik ve öngörülebilirlik açısından uygundur"²⁶².

ŞANLI ise; aksi görüşle taraflardan birinin ICSID Tahkimine başvurduğu tarihte, yani dava tarihindeki hukukun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir²⁶³.

3.8. ICSID Hakem Kararları

3.8.1. Karar Alınması Ve Tebliğ

ICSID hakem heyeti kararlarını üye çoğunluğu ile vermektedir. Hakem heyetindeki bütün hakemlerin nihai kararın oylamasında bulunması gerekmektedir. Hakem heyeti, karar verme aşamasında üye çoğunluğunun sağlanamaması halinde de, çalışmaya devam eder. Bu kural sebebi ile bazen hakem heyeti üyelerinden birisi, rızası olmamasına rağmen evet oyu kullanabilmektedir²⁶⁴.

Heyet kararının yazılı olması şarttır. Oy veren tüm üyeler heyet kararını imzalamalıdır. Heyet kararında ihtilaf konularının hepsinin gerekçeleri ile birlikte açıklanmış olması gerekmektedir. Heyet üyelerinden her biri karara kendi fikrini veya muhalefet şerhini yazabilir²⁶⁵. Bu husus ICC Tahkim Kurallarında da UNCITRAL Tahkim Kurallarında da mevcuttur²⁶⁶.

Heyet, kararı verdikten sonra, bu kararı Genel Sekreterliğe tevdi eder. Genel Sekreterlik ise kararın tasdik edilmiş suretlerini taraflara tebliğ eder. Karar, tebliğ tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş sayılır.

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. DOST s. 168

²⁶³ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk s.286

²⁶⁴ TORUN Y., Uluslar arası Uyuşmazlıkların Çözüm Merkezi Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları Ankara, 2011 s.30

²⁶⁵ Konvansiyon m.48

²⁶⁶ Ayrıntılı Bilgi için Bkz. DAYINLARLI K., "UNCITRAL Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim" Ankara, 2000 s. 58-59

3.8.2. Hakem Kararlarının Niteliklerine Göre Tasnifleri

3.8.2.1. Tedbir Kararları

Konvansiyonun 47.maddesinde, heyetin her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak amacıyla, ihtiyati tedbirler tavsiye edebileceği düzenlenmiştir.

Taraflar, uyuşmazlık halinde mahkemeden tedbir kararı alınabileceğine ilişkin ayrıca bir düzenleme yapmışlarsa, ICSID Hakem heyetinin geçici ve koruyucu nitelikteki tedbir kararları mahkemeye başvurmaya engel olamaz. Ancak taraflar bu konuda ayrıca bir düzenleme yapmamışsa, tedbir konusunda tek yetkili birim ICSID Hakem Heyeti olacaktır²⁶⁷.

ICSID Hakem heyeti yargılamanın her aşamasında tedbir kararı verebilir.²⁶⁸ Bunun yanı sıra taraflar da, yargılamanın her aşamasında tedbir kararı verilmesi konusunda heyete başvurabileceklerdir. Bu durumda taraflar, korunmasını istedikleri hakları ve tedbirin alınmasının zaruriliğine ilişkin gerekçeleri açık bir biçimde belirtmelidirler. Tarafların ihtiyati tedbir konusundaki talepleri heyetçe öncelikli olarak değerlendirilir. Heyet tarafların taleplerinde belirtilen konular dışında tedbir alınmasına da karar verebilir²⁶⁹.

ICSID Tahkim yargılamasında ulusal mahkemelerin müdahalesi ortadan kaldırılmıştır. Başvuruda bulunan taraflar, tahkim konusunda anlaşmış olduklarından, mahkemelere müracaat yolunu ortadan kaldırmış sayılmaktadırlar²⁷⁰. Kaldı ki; merkez, ICSID tahkimine başvurulduktan sonra, ICSID yargılaması devam ederken, taraflardan herhangi birinin ulusal mahkemelere başvuramayacağını ulusal mahkemelerin de geçici ve koruyucu tedbir kararı verme yetkisinin olmadığını açıklayan emsal kararlar vermiştir²⁷¹. Bu emsal kararlardaki kriter; milli mahkemelerdeki dava konusu ve tarafları ile, ICSID yargılamasının konu ve taraflarının aynı olmasıdır.

²⁶⁷ EKŞİ s. 50

²⁶⁸ ICSID Konvansiyonu md.47 “Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde; heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyadi tedbirler tavsiye edebilir.”

²⁶⁹ TURAN G., “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim”, Yüksek lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara,2002, s. 62

²⁷⁰ ICSID Konvansiyonu md. 26 “ Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları anlamına gelmektedir” şeklinde düzenleme, tarafların diğer çözüm yollarını kapatarak, hakemliğe olur verdikleri anlamı ile yorumlanmaktadır.

²⁷¹ Benzer Kararlar için, bkz. Guinea v.Mine v davası (1985), ETI Euro Telecom International N.V v.- Republic of Bolovia) , Palma Consortium Ltd. v.-Republic of Bulgaria davası (ICSID Case No. ARB/03/24)

ICSID hakem kararları, Konvansiyon 47.maddede ifade edildiği gibi tavsiye niteliğindeki kararlardır. İcrai nitelikte değildirler²⁷².

Ancak,ICSID Konvansiyonu'na taraf devletlerin ICSID Hakem Heyetinin tedbir kararlarını nihai karar gibi icra etme yükümlülüğünde olduğu, şeklinde aksi görüşlerde mevcuttur.²⁷³.

3.8.2.2. Ara Kararlar

ICSID Hakem Heyetinin ara kararları, yargılamanın yürümesini hızlandırmak amacıyla verilen kararlardır. Tahkim konusunun bir kısmı ile ilgili verilen kararlar veya yetki konusuna ilişkin verilen kararlar ara kararlara örnektir²⁷⁴.

3.8.2.3. Nihai Kararlar

Yargılamaya son veren kararlardır. Taraflar açısından bağlayıcıdır. Kararın alınması ve tebliğ yasada tanımlanmıştır²⁷⁵.

3.8.3. Hakem Heyeti Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları

ICSID hakem heyetinin esasa ilişkin verdiği kararlar, nihai nitelikte kararlardır.Nihai kararlar ile yargılamaya son verilir ve hakem heyeti işten el çeker.Ancak; hakem heyeti kararı her ne kadar nihai nitelikte de olsa,kararın nihai olma özelliği korunarak, verilen kararlara ilişkin bazı başvuru yolları düzenlenmiştir.

3.8.3.1. Tashihi ve Ek Karar Başvurusu

Ek karar ve karar tashihi, sadece nihai kararlar hakkında yapılacak başvuru yöntemleridir. Hakem heyetinin vermiş olduğu ve taraflara tebliğ edilen kararın taraflara tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde, taraflar karar tashihi ve ek karar başvurusunda bulunabilir.

²⁷² EKŞİ s. DOST s. 119

²⁷³ ŞİT B., “Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, 2005, s. 119

²⁷⁴ DOST s. 120

²⁷⁵ Ayrıntılı Bilgi için bkz. tez.s. 16

Karar Tashihiinde, kararda bulunan yazım aritmetik veya benzeri hatalar düzeltilir²⁷⁶. Ek Kararda ise; karar kendisine tebliğ edilen taraf, kararda çözüme kavuşturulmayan bir uyuşmazlık olduğunu ileri sürebilir. Heyet bu başvuruyu karşı tarafa da bildirmek sureti ile değerlendirir²⁷⁷.Yasa, açık hükümle, bu başvuru yollarının, heyetin eski kararını geçersiz kılıp, yeni bir karar vermesi anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Heyetin bu kararının, asıl kararın bir parçası olacağı belirtilse de²⁷⁸; bir ek kararın ya da tashihi kararın nitelik itibariyle asıl kararın içeriğini ve buna bağlı olarak uygulanmasını değiştirebileceği durumu mevcuttur²⁷⁹. Yasada, “ek karar veya tashihi kararlar da asıl karar gibi tebliğ edilecektir”²⁸⁰ şeklindeki düzenlemesi, bu kararların esasen esas karar usulüne tabi olduğu sonucunu doğurmaktadır²⁸¹.

3.8.3.2. Hakem Kararlarının Yorumu, Düzeltilmesi ve Geçersiz Kılınması Amacıyla Başvuru

(1).Kararın Yorumu

Hakem heyeti kararlarının icrası aşamasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu olabilir. Bu amaçla başvuru olan “yorum” talebi sonucu verilen karar, hiçbir şekilde yeni bir karar olarak değerlendirilemez. Buradaki amaç, sadece taraflar açısından uygulamada hakem heyeti kararlarının anlaşılmasını kolaylaştırma ve anlaşılabilir hale getirmektir.

Kararın yorumu, kararın anlamı veya kapsamı konularında olmaktadır. Kararın yorumlanması için taraflar Genel Sekreterliğe yazılı olarak başvuruda bulunmalıdır. Başvuru, eğer mümkünse öncelikle kararı veren heyete yapılmalıdır. Ancak bu mümkün

²⁷⁶ CDSE ve Costa Rika(Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A v.Republic of Costa Rica) davasında, hakem heyeti kararı 17 Şubat 2000 tarihinde yayınlanmıştır.Taraflardan davacı ise, uygulanan hukuka ilişkin bir hususta kararın tashihi talebinde bulunmuştur.Bu başvuru, davalı yana da tebliğ edildikten sonra, heyet başvuruyu değerlendirmeye almıştır.Sonuçta, kararda tanık kimlik tespitine ilişkin hata ile birkaç yazım hatası düzeltilmiş, ancak uygulanan hukuka ilişkin tashih edilecek bir durum olmadığı sonucuna varılmıştır.

²⁷⁷ Genin ve Estonya Kararında (Alex Genin and others v. Republic of Estonia davası);davacının ek karar talebi heyet tarafından değerlendirilmiş ve sonuçta;kararda İki taraflı yatırım sözleşmesinin kamulaştırmaya ilişkin hükümleri dikkate alınmadığı anlaşıldığından, bu konuda ek karar verilmiştir.

²⁷⁸ ICSID Konvansiyonu M. 49(1)

²⁷⁹ TORUN s. 51

²⁸⁰ ICSID Konvansiyonu m.49 (2)

²⁸¹ TORUN'a göre; “Nihai karara uygulanan ve ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesinde bulunan kararların oluşturulmasına ilişkin usul, 50'nci maddesinde belirlenen hukuki başvuru yollarının müracaatına ilişkin usul, 51'nci maddesinde kararın yürütmesinin durdurulmasına ilişkin usul, ek karar ve tashihi karar neticesinde oluşan kararlara da uygulanacaktır.”

olmaz ise, ICSID Konvansiyonu'nun ikinci kısmındaki "Heyet Oluşturulması" hüküm ve usulüne uygun olarak yeni bir heyet oluşturulur. Heyet şartlar gerektiriyor ise, yeni karar aşamasında eski kararın uygulanmasını durdurabilir²⁸².

(2). Kararın Düzeltilmesi

Hakem heyeti esasa ilişkin kararını verdikten sonra; heyetçe veya başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruda bulunanın ihmali sebebi ile gözden kaçırdığı veya bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte olan bir gerçeğin ortaya çıkması nedeniyle, kararın düzeltilmesi istenebilir²⁸³.

Bu usulde kararın gözden geçirilmesini isteyen tarafın ihmali söz konusu olmamalıdır. Eğer, talepte bulunan kendi ihmali ile bu gerçeğin bilinmesini engellemiş ise, artık bu gerçeğe dayalı düzeltme talebinde bulunması söz konusu olmayacaktır²⁸⁴.

Başvuruda bulunma süresi, gerçeğin ortaya çıkmasından itibaren 90 gün içerisinde ve kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde yapılmalıdır²⁸⁵.

Kararın düzeltilmesi talebi, kararın yorumlanmasında olduğu gibi, mümkün olursa kararı veren heyete yapılmalıdır. Bu mümkün olmadığı takdirde, ICSID Konvansiyonu'nun ikinci bölümündeki "Heyet Oluşturulması" hüküm ve usulüne uygun olarak yeni bir heyet oluşturulacaktır.

Heyet; yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabileceği gibi, kararın tedbiren ertelenmesi talebi söz konusu olursa, bu yönde bir tedbir kararı da verebilir²⁸⁶.

(3). Kararın Geçersiz Kılınması

Konvansiyonda kararın geçersiz sayılması başlığı ile anılan hüküm, kararın iptali anlamındadır. Kararın iptali ile temyizini birbirine karıştırmamak gerekir. ICSID Konvansiyonunda İptal, kararın hukuka uygun olup olmadığının konvansiyonda sayılan sınırlı sebepler çerçevesinde incelenmesi iken; temyiz, kararın maddi doğruluğuna ilişkin incelemidir²⁸⁷.

²⁸² ICSID Konvansiyonu m. 50(1)

²⁸³ ICSID Konvansiyonu m.51 (1)

²⁸⁴ EKŞİ s. 68

²⁸⁵ ICSID Konvansiyonu m. 51(2)

²⁸⁶ ICSID Konvansiyonu m. 51(3)

²⁸⁷ TORUN s. 71

ICSID Konvansiyonu'nda kararın iptali yolu tanımlanmışken temyiz yolu kapalıdır.Bu husus Konvansiyonun 53.maddesinde “*Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır*” şeklinde açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir²⁸⁸.

Hakem kararının iptali talebini sadece taraflar ileri sürebilmektedir. Taraflardan birisi ya da her ikisi birden iptal talebinde bulunabilir²⁸⁹.Ancak yargılamaya taraf olmayanın iptal talebinde bulunması söz konusu değildir.

Hakem kararlarının iptali sebepleri Konvansiyonun 52.maddesinde sınırlı şekilde sayılmıştır. Buna göre;

- 1-Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- 2-Heyetin yetkisini aştığı,
- 3-Heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı,

²⁸⁸ Mine ve Gine davasında; iptalin sınırlı sayıda olduğuna ve temyiz hukuki yolundan farklı olduğuna ilişkin örnek kararında;“*Konvansiyonun 52.maddesi 1.fikrasında belirtildiği gibi, iptal açıkça sınırlı bir hukuki yoldur.Bu durum Konvansiyon’un 53.maddesinde kararın yeniden incelenmesinin kapsam dışı bırakılmasından da anlaşılmaktadır.İptal, doğru olmayan kararlara karşı başvurulabilecek bir hukuki yol değildir.Netice olarak, bir ad hoc komite kararı değiştirilemez*” şeklinde karar vermiştir.

²⁸⁹ Amco- Endonezya (Amco Asia Corp.and Others v.Indonesia) hükümeti arasında görülen dava da; Endonezya’da bir otel ve ofis binası inşa ve işletmesine ilişkin sözleşmeden kaynaklanan ihtilaftır.Amco’nun 3 milyon \$ yatırımı,sözleşme çerçevesinde ve 30 yıllık işletme hakkı kapsamında Endonezya’ya yapmasına rağmen , Endonezya hükümeti tarafından destek verilen PT Wisma şirketi zorla otellere el koymuştur.Endonezya hükümeti ise, Amco’nun taahhütlerini yerine getirmediğini ileri sürerek yatırım lisansını iptal etmiştir. Heyet, şirket tarafından el konulmasını ve Endonezya Hükümeti tarafından bunun engellenmemiş olmasını hukuka aykırı bulmuştur.Bu karara karşı Endonezya Hükümeti iptal başvurusunu kullanarak, kararın gerekçelerinin yeterince belirtilmediğini ve heyetin yetkisini açıkça aşmış olduğunu ileri sürmüştür.Ad hoc komite iptal başvurusunu incelemeye almış ve inceleme sonucunda kararın iptali gerektirdiğine karar vermiştir.İptal gerekçesi, yatırım için harcanan paranın tespitinde heyetin hataya düştüğüdür.İptal edilen karar akabinde yargılamada ikinci safhaya geçilmiştir.Uyuşmazlık yeni bir heyete götürülmüştür.Yeni heyet, öncelikle ilk kararın iptal edilen kısmı ile kesin hüküm oluşturan kısımları açıkça ortaya koymuştur.Ardından konuyu incelemeye alarak, sonuçta Amco şirketinin zarara uğradığını ve zarar miktarını ortaya koyan bir karar vermiştir.Bu karar akabinde iki taraf da iptal talebinde bulunmuştur.İkinci ad hoc komite tarafların iptal taleplerini reddetmiştir. ICSID Case no ARB/81/1 (Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>)

İki devletin birden iptal başvurusunda bulunmasına bir diğer örnek; Kloeckner ve Kamerun (Kloeckner Industrie Anlagen GmbH v.United Republic of Cameroon) davasıdır.Bu davada, Alman şirketi Kloeckner ile Kamerun Hükümeti arasında gübre fabrikası inşası ve işletmesine ilişkin yatırım sözleşmesi yapılmıştır.Kamerun, fabrika için arazi ve kredi ödemesini garanti etmiştir.Ancak fabrika kurulup işletildikten sonra kar getirmediği gerekçesi ile, Kamerun hükümeti tarafından kapatılmış ve fabrikanın yapısının sözleşmeye uygun olmadığı gerekçesiyle kalan ödemeler Kloeckner şirketine ödenmemiştir.Kloeckner ICSID Tahkimine başvurmuştur.Hakem heyeti Kamerun Hükümetini haklı görerek ödeme yapma yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir.Kloeckner, heyetin yetkisini aştığını iddia etmiş ve kararın iptali için ICSID Genel Sekreterliğine başvurmuştur.Genel Sekreterlik tarafından oluşturulan komite, kararı tamamen iptal etmiştir.Bu defa yeni karar için oluşan ikinci hakem heyeti, ilk kararın aksi karar ile Kloeckner şirketinin haklı olduğuna karar vermiştir.Bu karara da Kamerun Hükümeti iptal davası açmıştır.

4-Mahkemenin temel kurallarında ciddi bir sapma olduğu,
5-Kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmediği,
gerekçelerinden birinin varlığı halinde hakem kararının iptali(geçersiz kılınması)
söz konusu olmaktadır.

Aynı uyuşmazlıkta hakem kararına karşı yukarıda belirtilen iptal sebeplerinden birden fazlasına dayanılabilir. Kamu Düzeni veya tahkime elverişlilik sebepleri ise, hakem kararının iptali kapsamında sayılmamıştır²⁹⁰.

Hakem heyetinin sadece nihai kararları iptale konu olabilmektedir²⁹¹.Öğretide bu husus eleştirilerek; nihai kararın temelini oluşturacak ara kararların, nihai karar gibi iptale konu olabileceği ifade edilmiştir²⁹².

Kararın iptali için başvuru süresi, kararın tebliğini izleyen 120 gün ve her halükarda kararın tebliğinden itibaren 3 yıldır. Hakem heyeti üyelerinden birinin rüşvet aldığı gerekçesiyle kararın iptali talep edildiğinde, başvuru süresi, rüşvetin ortaya çıkmasından itibaren dikkate alınır ve akabinde; başvuru için120 gün ve her halükarda kararın tebliğinden itibaren 3 yıl²⁹³ süreci başlamış olur.

İptal başvurusu üzerine İdare Konseyi Başkanı, Hakem Panelinden 3 kişiyi komiteye atayacaktır.

Komite üyelerinin objektif karar vermesini sağlamak amacıyla Konvansiyonda çeşitli önlemler alınmıştır. Buna göre, İdari Konseyi Başkanı'nın atayacağı komite üyelerinden herhangi biri;

-Kararı veren heyetin üyesi

-Nihai kararı veren hakem üyelerinden herhangi biri ile aynı devlet vatandaşı

-Uyuşmazlığa taraf devletin vatandaşı, uyuşmazlığın tarafı olan yatırımcının tabi olduğu devletin vatandaşı

-Anlaşmazlığa arabuluculuk yapanlardan biri, olamazlar.

İdari Konsey Başkanı tarafından atanan 3 kişilik komite, kararın tümü veya bir kısmını iptal etmeye yetkilidir.

²⁹⁰ EKŞİ s. 69

²⁹¹ SPP ve Mısır davasında; hakem heyeti yetkisizlik itirazına karşı kendisinin yetkili olduğuna dair bir karar vermiştir. Mısır hükümeti bu ara karara karşı iptal başvurusunda bulunmuştur.Genel sekreterlik ise iptal için başvuruda bulunulan kararın nihai bir karar olmadığını ve bu sebeple ICSID Konvansiyonu 52.maddesi gereğince iptale konu olamayacağını açıklayarak iptal başvurusunu kayda geçirmemiştir.

²⁹² Özellikle, nihai kararı verecek hakem heyetinin yetki konusundaki ara kararlarının iptal konusu yapılabileceği hususunda görüş için bkz. TORUN s.72

²⁹³ Konvansiyon m.52(2)

Kararın düzeltilmesi usulünde olduğu gibi, yeni atanan 3 kişilik bu komite, yeni karar çıkarana kadar, eski kararın yürürlüğü ertelenebilir. Bunun yanında başvuruda bulunan tarafın talebi halinde, karar verilene kadar eski kararın yürütmesi durdurulabilir²⁹⁴. Yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmesinde, hakem heyeti talepte bulunan tarafın teminat yatırmasını isteyebilmektedir²⁹⁵.

3.8.4. Hakem Kararının Bağlayıcılığı

Taraflar açısından hukuki bir hak arama yolunun tercih edilmesindeki en önemli etken, o yargılamadan çıkan kararın uygulanma kuvvetidir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi(NY Sözleşmesi) yabancı hakem kararlarının uygulanması yönünde etkili bir sözleşmedir. Ancak NY Sözleşmesi, hakem kararlarının tenfizi yönünden ICSID Sözleşmesindeki yürürlük hükümleri kadar etkili olamamaktadır.

DOST; NY Sözleşmesi V/2-b maddesine göre, ülkesinde yabancı bir tahkim kararının tenfizi istenen devlet, kamu politikalarını gerekçe göstererek tenfizden kaçınabilir²⁹⁶.

TUYGUN; Hakem Kararlarının tanınması ve icrası istenen devletin kanunlarına göre, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi olanaksız olabilir. Devletin yerel mevzuatlarındaki farklılıklar haricinde, New York Anlaşmasında koymuş oldukları ticarilik çekincesi ile de tahkime gidilecek uyuşmazlıkların alanını, sadece ticari işlerle de sınırlayabilirler²⁹⁷.

²⁹⁴ Konvansiyon m. 52(5), Wena Hotels ve Mısır (Wena Hotels Ltd.v.Arab Republic of Egypt) davasında karar sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulması

²⁹⁵ Wena Hotels ve Mısır (Wena Hotels Ltd.v.Arab Republic of Egypt) davasındaki uyuşmazlıkta, Mısır Devletinin yürütmenin durdurulması yönündeki talebine karşı belirli bir teminat yatırmasını istemiştir.Davada, Mısır Devletine ait Mısır Otel şirketi ile İngiliz Wena Hotels Ltd.Şti arasında Kahire ve Luxor'da bulunan iki otel için kira sözleşmesi yapılmış ve bundan kaynaklanan uyuşmazlığın halli için, iki taraflı yatırım anlaşmaları çerçevesinde Wena tarafından ICSID Tahkimine başvurulmuştur. Hakem heyeti, Wena'nın tazminat ödemesi yönünde karar vermiştir. Ancak Mısır Hükümeti, ICSID 52.madde şartları kapsamında hakem heyetinin Mısır Kanunlarını uygulamaması ve Wena şirketinin iki taraflı yatırım anlaşmasında yer almayan hakları ileri sürmesine izin verdiği gerekçesi ile, yetki aşımı yaptığını ileri sürmüş ve kararın iptalini istemiştir. Mısır Devleti iptal kararı ile birlikte kararın yürütmesinin durdurulması talebinde bulunmuştur.Yürütmenin durdurulması teminat karşılığında kabul edilmiştir.İnceleme sonunda komite, hakem kararının iptalini reddetmiştir.(ICSID Case no.ARB/98/4) (Olayın ayrıntılı açıklaması için Bkz.EKŞİ s.75)

²⁹⁶ DOST s.176

²⁹⁷ TUYGUN s.142

ICSID Hakem Kararlarının uygulanması yönünde Konvansiyon'da ağır düzenlemeler yapılmıştır. ICSID Hakem Kararlarının yürürlüğü aşamasında, NY Sözleşmesinde olduğu gibi taraflar arasındaki esas ilişki ve kamu düzenine aykırılık gibi itirazlar ileri sürülememektedir²⁹⁸.

3.8.4.1. Taraflar için Bağlayıcılığı

ICSID Hakem Kararlarının esasa ilişkin nihai kararları için üst makama başvurma imkanı yoktur. Sadece, kararın yorumu, düzeltilmesi veya geçersiz kınılması hususlarında hukuki yollar mevcuttur²⁹⁹.

Kararların üst makama götürülemeyeceği ve taraflar yönünden bağlayıcı olduğu Konvansiyon m.53'de düzenlenmiştir. Buna göre; “ *Kararlar, tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütmesi durdurulmadığı müddetçe karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.*

3.8.4.2. Akit Devletler için Bağlayıcılığı

Hakem Kararlarının ICSID ve Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), yabancı hakem kararlarının icrasına ilişkin benzer düzenlemeler içermektedir. ICSID Konvansiyonun 54.maddesine göre, “her akit devlet açısından bağlayıcıdır” hükmü mevcut iken; EŞA 26.madde 8. paragrafta “hakem kararlarının taraflar için nihai ve bağlayıcılığı” hükmü mevcuttur.

ICSID Hakem kararlarının bağlayıcılığı sadece sözleşmenin tarafı ülke değil, diğer üye ülkeler için de söz konusudur. Konvansiyonun 54.maddesine göre; *Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde, kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Federal Anayasalı bir akit ülke bu kararı Federal mahkemelerde yürütecek ve bu mahkemelerin karara, Federe Devletin*

²⁹⁸ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN s.83

²⁹⁹ Konvansiyon m.50-52

mahkemelerinin nihai bir kararı gibi yaklaşımlarını sağlayacaktır” şeklinde düzenlenmiştir.

Sonuçta, ICSID’e taraf olan bütün devletlerde ICSID Hakem kararları icraya konu edilebilecektir³⁰⁰. Şöyle ki; hakem kararının icrasının uyuşmazlık konusu devlette engellenmesi üzerine, o ülkenin diğer akit devletlerde bulunan mallarına haciz konularak tahsil edilecektir³⁰¹.

Hüküm, diğer yandan hakem kararlarının diğer akit devletlerde uygulama konusu açısından sınırlama getirmiştir. Hükümde “*parasal yükümlülük*”lerin üye ülkelerde icra edilebileceğine değinilmiştir. ICSID hakem kararlarından parasal yükümlülük dışında bir şey yapma , etme veya yapmama yükümlülüğü icrası, diğer akit devletler açısından söz konusu değildir³⁰². Bu yükümlülüklerle ilişkin hakem kararları, akit devletler açısından sadece tanıma kapsamındadır³⁰³.

3.8.5. Hakem Kararlarının İcrası

Hakem kararlarının icrası aşamasında , ulusal devletler devreye girmektedir. Kararın icrası, kararın üye başka bir ülkede tanınması ve yürürlüğü usulü; Konvansiyon 54.madde 2. fıkrası düzenlemesine göre; "*Bir akit ülkenin sınırları içerisinde bu kararın tanınmasını ve yürütülmesini isteyen taraf, akit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkeme veya otoriteyi, Genel Sekreterce onaylanmış kararın bir örneği ile donatacaktır. Her akit devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya diğer otoriteyi ve daha sonra bu atamada yapılacak değişikliği Genel Sekretere bildirecektir*" şeklindedir.

Genel Sekreter tarafından onaylanmış kararın bir suretinin, icrası istenilen ülkenin yetkili tanıma ve tenfiz mahkemesine veya bu konuda belirlenmiş makamına verilmesi yeterlidir. Bunu isteyen, uyuşmazlık konusunun taraflarından birisi olmalıdır.

³⁰⁰ Letco(Liberian Eastern Timber Corporation) - Liberya davasında, Letco, hakem kararının tenfizi için ABD’ye başvuruda bulunmuştur.Başvuru üzerine 05.09.1986 yılında ABD Bölge Mahkemesi, ICSID Hakem Kararını, kendi nihai kararı niteliğinde olduğuna ve bu başvurunun ABD’de icra kabiliyeti olduğuna karar vermiştir.ICSID Reports 343 vd.(Bkz.TUYGUN s.147)

³⁰¹ EKŞİ s. 76

³⁰² TUYGUN s.145

³⁰³ EKŞİ s. 88

ICSID Hakem kararları, verildiği andan itibaren icra kabiliyeti olan kararlardandır. ICSID sisteminde tenfiz prosedürü yoktur³⁰⁴. Ek-Karar, tashihi karar, düzeltme ve iptal yoluna başvurmak kararın icrasını engellememektedir³⁰⁵. İki taraf da kararın icrası amacıyla birden çok akit devlete başvuruda bulunabilir.

Ulusal mahkemelerin ICSID'e konu yargılamada müdahale yetkisi olmadığı gibi, ICSID hakem kararının tenfizi aşamasında da bir müdahale yetkileri yoktur³⁰⁶.

Konvansiyona taraf ülkeler, hakem kararlarının icra edilebilmesi için iç hukuklarında düzenleme yapmalıdırlar. Bu husus, hem Konvansiyonun “Hakem Kararlarının Tanınması ve Yürürlüğüne” ilişkin 54 (3) maddesinde, hem de nihai hükümler başlıklı 69.maddesinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hakem kararlarının icra makamı genellikle Asliye Hukuk Mahkemeleri veya Yüksek Mahkemelerdir. Ayrıca ABD ve İngiltere’de sırf hakem kararlarının icrası için makam ataması yapılmıştır³⁰⁷.

Bundan sonra, kararın iç hukukta icrası aşaması gündeme gelmektedir. Hakem kararlarının iç hukukta icrası açısından, tanıma ve tenfiz hükümleri dışında önem arz eden husus, icra hukukudur. Kararın icrası, icra yerinin kanunlarına tabi olacaktır.

3.9. Türkiye ve ICSID Tahkimi

3.9.1. Genel Olarak

Küreselleşen dünya ekonomisinde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde, yabancı sermayenin kalkınmaya getirdiği fayda konusunda ortak bilinç oluşmuştur³⁰⁸. Özellikle ekonomik ve teknolojik sebeplerle gelişmekte olan ülkeler yabancı sermayeye ihtiyaç duymaktadır³⁰⁹.

³⁰⁴ BİRSEL M., Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, 2005 s.1. web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/birsel1.pdf (erişim 05.06.2012)

³⁰⁵ Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement- NAFTA) 1136(3) maddesinde “hakem kararının icrası, kararın düzeltme ve iptal prosedürünün tamamlanmasına kadar ya da kararın verilmesinden itibaren 120 gün geçene kadar veya her iki tarafta hakem kararının düzeltilmesi ve iptalini talep etmiş ise bu husus neticeleninceye kadar beklenilebilir” şeklinde düzenlemiştir.

³⁰⁶ EMEK U., Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslar arası Ticari Tahkim,Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık-1999

³⁰⁷ TUYGUN s. 146

³⁰⁸ OKSAY S., Çok Uluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek Değerlendirilmesi, Dış Ticaret Dergisi, 1998 s.4

³⁰⁹ YAVAN N., Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde kişiler, gelirlerinin büyük bir kısmını zorunlu olarak geçinmek için harcamaktadır. Dolayısıyla yurt içi tasarruf oranı düşük olduğundan, yatırımlar artırılmamakta, ekonomik büyüme sağlanamamakta ve sonuçta ulusal gelir seviyesi düşük fakir bir ülke hali sürmektedir. Bir kısır döngü şeklinde devam eden bu kaynak ya da tasarruf açığı kırıp, ekonomik kalkınma sağlamanın iki yolu vardır. (1) Dış borçlanma ve dış yardımlar, (2) Yabancı sermaye

Diğer taraftan; yabancı yatırımcı, yatırım yapmak istediği ülkede, yatırım süreci ve sonrası ülke politikasında öngörülebilirlik, şeffaflık aramakta, ihtilaflara ilişkin adil yargılanma beklentisi içinde olmaktadır. Bu sebeple yabancı yatırımcıların beklentileri doğrultusunda, hem de hukuki anlamda altyapı sağlamak ve de devlet politikalarını koşullara uygun hale getirmek amacıyla, birçok ülkede olduğu gibi, Türkiye’de de bir takım politik girişimlerde bulunulmuş ve hukuki değişikliklere gidilmiştir³¹⁰. Bu amaçla, ülkemiz tarafından imzalanan çok taraflı anlaşmalardan biri de, Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmedir. Bu sözleşme 24.06.1987 yılında imzalanmış ve Türkiye’de , 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile onaylanmıştır³¹¹.

Türkiye bu Sözleşmeye üç çekince koymuştur. Bu çekinceler;

a)Yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebilmesi,

b)Türk mahkemelerinin münhasıran yetkisinde bulunması dolayısıyla, Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülememesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer ülkelerle imzalayacağı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin münferit ikili anlaşmalarda, yatırım uyuşmazlıklarının

yatırımları” Ayrıntılı Bilgi için bkz. YAVAN N., Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Bölgesel Dağılışı” Coğrafi Bilimler Dergisi, 2003, s.20

³¹⁰ Yabancı yatırımların teşviki için, Türkiye tarafından çok sayıda tek taraflı anlaşmalara da imza atılmıştır. Bu anlaşmalara genellikle “uyuşmazlık tarafları için hakem kararının bağlayıcı olduğu ve kararların ulusal hukuklara göre icra edileceği” hükmü konulmuştur.Bkz. Yunanistan ile yapılan YKTK madde VII. 3.fıkra, Yemen ile yapılan YKTK madde VI.3.fıkra, Ürdün ile yapılan YKTK madde VII. 3.fıkra hükümleri...

GİRAY K.; “TC ile Federal Almanya arasında imzalanan anlaşmanın 11.maddesi uyarınca ad-hoc tahkim kabul edilmiştir.Azerbaycan, Hırvatistan, İspanya, Ukrayna, Belarus, Türkmenistan, Gürcistan, Özbekistan, Makedonya, Litvanya, Pakistan, Moldova, Kırgızistan, Kazakistan, Estonya, Letonya ile akdedilen yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarında üçlü bir sistem benimsenmiştir.Buna göre, akit taraflar uyuşmazlığı ICSID’e veya UNCITRAL’e veya ICC’ye götürebileceklerdir.Moğalistan ile akdedilen anlaşmalar da ICSID ,UNCITRAL veya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünde çözümlenecektir. Çin,Arjantin,Macaristan, Arnavutluk, Endonezya, Bulgaristan, Çek ve Slovakya ve Tacikistan ile akdettiği yatırım anlaşmalarında ICSID ve UNCITRAL prosedürünü içeren ikili çözüm yolunu öngörmüşlerdir.Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Bangladeş, Amerika, İsviçre, Avusturya, Kuveyt, Danimarka,Japonya, Romanya, Kore,Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda ve İsveç ile akdedilen anlaşmalarda ise çözüm yolu olarak sadece ICSID öngörülmüştür.” Ayrıntılı bilgi için bkz. GİRAY K., Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, İstanbul Üniversitesi Dergisi 2011 s.223

³¹¹ 6.12.1988 tarih ve 19830 sayılı RG

Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin, ICSID sözleşmesinin 64 üncü maddesine rezerv konulması”dır.

DOST'a göre; “Yatırım uyuşmazlıkları genellikle idarenin işlemlerinden kaynaklanmaktadır.Uyuşmazlıklar genellikle kamulaştırma, ana sermaye ve/veya elde edilen kârın veya tasfiye bedellerinin, personel ücretlerinin transferi ya da ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya vaat edilen bir takım teşvik ve kolaylıklar hususunda çıkmaktadır.....bazı hallerde de yatırımcının yükümlülüklerini yerine getirmemesinden uyuşmazlıkların çıktığı görülmektedir”³¹²

3.9.2. ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının Türkiye’de İcra Edilmesi

Hakem kararlarının icrası denildiği zaman ilk akla gelenler; Türkiye’nin taraf olduğu Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur.

Ancak ICSID hakem kararlarının tanıma ve yürürlüğü konusunda Konvansiyonda ayrıca düzenleme söz konusu olduğundan; NY Sözleşmesi ve MTK hükümleri uygulanamaz.

ICSID 54.madde düzenlemesi; üye ülkelerin Konvansiyona uygun verilen hakem kararları ile, bağlı oldukları ve parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devlet mahkemesinin nihai kararları gibi yerine getirecekleri hükmü sebebiyle, hakem kararlarının üye ülkelerin ilamı kuvvetinde olduğuna işaret edilmiştir³¹³.

YKTK Anlaşmalarında değindiğimiz gibi, ICSID Konvansiyonu da, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmadır. Anayasa 90.madde düzenlemesi sebebi ile, Türkiye’de ICSID Konvansiyonu hükümleri “kanun hükmünde” sayılmaktadır³¹⁴.

ICSID hakem kararlarının Türkiye’de icrası, “Hakem Kararlarının İcrası” konu başlığı ile yukarıda izah ettiğimiz usule tabidir.

³¹² DOST s.208

³¹³ TUYGUN s.169

³¹⁴ Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz".GÖZLER K.,"... milletlerarası andlaşmaların kanunlarla aynı değerde olması, yani mevcut sistemimiz, karşılaştırmalı hukukta genel kabul görmüş bir çözümdür. Almanya, İtalya gibi birçok ülkede milletlerarası andlaşmalar iç hukuk bakımından kanun değerindedir".(Ayrıntılı bilg.için bkz.GÖZLER K.,Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?" (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)", www.anayasa.gen.tr/madde90.htm. (erişim tarihi 02.06.2012).

ICSID hakem kararlarının Merkez Genel Sekreterliği tarafından onanan karar, Konvansiyon 54(2) gereğince kararın tanınması ve yürütülmesi için uygun bir mahkeme ve otoriteye ibraz edilecektir.

Türkiye’de ICSID Konvansiyonu gereğince özel olarak belirlenmiş bir mahkeme ve otorite mevcut değildir. Ancak uygulama gereği, ilgili yer açısından yetkili Asliye Hukuk Mahkemelerine, kararın resmi onanmış tercümesi ile başvurmak gerekmektedir. Konvansiyon 54(2)’de “kararın tanınması ve yürütülmesi” amacıyla başvurulmasından bahsedilmiştir. Ancak öğretilerde; ayrıca tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olmadan, kararın onanmış resmi tercümesinin ibrazının yeterli olduğu şeklinde açıklamalar hakimdir.

TUYGUN’a göre; “*Uygulamada bir ICSID kararının doğrudan icrasında sorun çıkar ise; bu takdirde, bu kararın icra kabiliyeti kazanması için yer itibariyle yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi’ne başvurulabilir. Asliye Hukuk Mahkemesine ICSID Hakem Kararının resmi tercümesi ile başvuran uyuşmazlığın tarafı bu belge ile sadece tespit talep edecektir. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin vereceği tespit kararı ile, Türk Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir ilam niteliği kazanacak olan ilam ile ilamlı icra hükümlerine göre kararın icrasını talep edebilir*³¹⁵.”

EKŞİ’ye göre; “...ICSID’e taraf olan Türkiye açısından ICSID hakem kararları bağlayıcıdır. Bunların tanınması ve tenfizi kendiliğinden gerçekleşmektedir. Türkiye, ICSID Genel Sekreterliği’ne, hakem kararının tanınması ve tenfizi için yetkili otorite veya mahkeme bildirmemiştir. Ancak ICSID hakem kararları tıpkı Türk mahkemelerinden verilen kararlar gibi sonuç doğuracağı için, doğal olarak tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi tutulmayacaklardır.”

3.9.2.1. Yatırımcı Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrası

ICSID hakem kararının resmi tercümelili onanmış suretinin, ülkedeki resmi makama ibrazı ile, karar, yatırımcı aleyhine doğrudan ilamlı icraya konu edilebilir.

İlamlı icra prosedürü, İİK’na tabi olarak yapılacaktır. Yatırımcı gerçek veya tüzel kişinin ilamlı icra emrinde belirtilen borcu oranında, Türkiye’de bulunan bütün menkul ve gayrimenkullerine haciz konularak tahsil edilebilir.

³¹⁵ TUYGUN s.171

3.9.2.2.Yabancı Devlet Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye’de icrası

ICSID Hakem Kararları parasal yükümlülüklerinin icrası, uyumsuzluk konusu devlette mümkün olmadığı takdirde, diğer akit devletlerde o ülkenin malvarlığına haciz konularak tahsil yoluna gidilebilir³¹⁶.

Burada iki husus gündeme gelmektedir: 1)Yargı muafiyeti 2) İcra muafiyeti hususları. Yargı muafiyeti ile icra muafiyetini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.

-Yargı muafiyeti; bir devletin başka bir devletin mahkemelerinde yargılanıp yargılanamayacağına ilişkindir. Yargı muafiyetinde; mutlak yargı muafiyeti (*immunité absolue absolute immunity*) veya sınırlı yargı muafiyeti(*immunité restreinte limited immunity*) olarak iki teori geliştirilmiştir. Mutlak yargı muafiyetinde, bir devletin ne olursa olsun, başka bir devlet tarafından yargılanamayacağı kabul edilmektedir. Sınırlı yargı muafiyetinde ise; devletin yargı muafiyetine tabi olup olmadığı uyumsuzluk konusuna göre belirlenir.

Buna göre; devlet, egemenlik ve hükümet tasarrufları yönünden yargı muafiyetine haiz iken, özel hukuk ilişkileri yönünden yargı muafiyetine haiz değildir³¹⁷.

1972 tarihli Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu özel hukuk ilişkilerinde devletlerin muafiyet iddiası olmayacağını hüküm altına almıştır³¹⁸.

-Yargı muafiyeti uygulamasında Türkiye açısından ; Türkiye’de öğretilerde baskın görüş, yabancı bir devletin tahkim anlaşmasına taraf olmakla “yargı muafiyeti” hakkından vazgeçmiş sayılacağı yönündedir.³¹⁹.

- İcra muafiyeti ise, bir devletin mallarının başka bir devlette icraya konu olup olamayacağına ilişkindir³²⁰.

³¹⁶ Bkz. s.81

³¹⁷ KOCASAKAL s.530

³¹⁸ Sözleşmenin 23.maddesi sözleşme tarafı devletlerin malvarlıklarına karşı yazılı bir form içinde açıkça rıza gösterilmedikçe genel bir icra yasağı öngörmektedir.

³¹⁹ EKŞİ; “Yabancı devletin tahkim anlaşması yapması ile yargı bağımsızlığından feragat ettiği genel olarak kabul edilmektedir.”. 153; ŞANLI ise,”..... bu durumda, hem yargı ve hem de icra muafiyetinde bulunulamayacağını” belirtmiştir (Bkz.ŞANLI s.482)

³²⁰ Kocasakal’ a göre; “İcra muafiyeti, İcrai işlemlerin yapılacağı devletin mahkemeleri tarafından verilen kararların veya hakem kararlarının yerine getirilmesi amacıyla uygulanan her türlü icrai tedbire

İcra muafiyeti uygulamasında Türkiye açısından; yabancı devletin aleyhine olan ICSID hakem kararının Türkiye’de icrası aşamasında, yabancı devlet “icra muafiyeti” iddiasında bulunabilir³²¹.

"İcra muafiyeti" iddiasının görünüş şekilleri, öğretide farklı açılardan ele alınarak yorumlanmıştır:

Ekşi’ye göre; “*ICSID Hakem Kararlarının icrası ulusal hukukların hakimiyeti altında olduğuna göre, icranın yapılacağı ülkenin icra bağımsızlığı konusundaki tutumu önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, icranın yapılacağı devlet hukukunda, mutlak icra bağımsızlığı ilkesinin mi yoksa sınırlı icra bağımsızlığı ilkesinin mi kabul edildiği, varılacak sonucu büyük ölçüde değiştirecektir*”³²²

TUYGUN icra muafiyeti konusunda uygulamayı ; “*Devlet mallarına karşı icra muafiyeti konusunda genel eğilim, yabancı devletin ticari amaçla kullanılan mallarının cebri icraya tabi olmasıdır. Örneğin; Common Law ülkeleri(İngiltere, ABD, Kanada gibi) kamuya tahsis edilmiş devlet malları üzerinde ülkesel yargı yetkisine dayanarak cebri icra kullanmaktan imtina etmişlerdir*” şeklinde açıklamıştır³²³.

ARSAVA, icra muafiyeti kapsamını şu şekilde açıklamıştır; “*Yabancı mahkeme kararları, ulusal kamu düzenini (ordre public) ihlâl ettikleri takdirde hukuka aykırı oldukları gerekçesi ile tanınmamakta ve icra edilmemektedir. Bunun anlamı her hukuka aykırılığın değil, ulusal kamu düzenini (ordre public) ihlâl eden önemli hukuk ihlâllerinin, yabancı mahkeme kararlarının tanınmamasına yol açmasıdır*”³²⁴.

İcra muafiyetinin kabul edildiği mallar;

Türkiye, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu ve Diplomatik İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu’na taraftır. Bu iki konvansiyon hükümleri gereğince, elçilik veya konsolosluk binaları ve bunlar içindeki eşyaları hacizden muaf tutulmuşlardır³²⁵.

Banka hesapları açısından; banka hesabının amacı ticari ise haczedilebilmekte, ancak kamusal amaca hizmet için ayrılmış ise haczedilememektedir. Elçilik ve

karşı ileri sürülebilir (KOCASAKAL H., Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü, MHB, Sayı.22.,2002, s.537)

³²¹ (Bkz. KOCASAKAL Ö.,Devletin Yargı ve İcrai Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü, İÜ Dergi C.22, S.2, s.539)

³²² EKŞİ s.95

³²³ TUYGUN s.154

³²⁴ ARSAVA F.; “Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağımsızlığı” TAAD, C.1,S.8, 2012, s.1

³²⁵ EKŞİ s. 158

konsolosluk banka hesapları; elçilik ve konsolosluk gider ve masraflarına ayrılmış ise, haczedilemeyeceği yönünde Yargıtay kararına konu olmuştur³²⁶.

Yabancı devletlerin Türkiye’de bulunan askeri malları da niteliği itibariyle icra muafiyetinden yararlanmaktadır³²⁷.

3.9.2.3. Türk Devleti veya Kamu Kurumu Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararının Türkiye’de İcrası

Türk Devleti veya kamu kurumları aleyhine, bir ICSID hakem kararının icrası, Türkiye’de istenilebilir. Bu kararın parasal yükümlülükleri, Devlet veya kamu kurumu bütçe kaynaklarından ödenir.

İİK.82.madde 1.bendinde, “ Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği” düzenlenmiştir.

Bu hükümde "devlet mallarının haczedilemeyeceği" kısmı yönünden Anayasa’ya aykırılık iddiası ile, Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davasında, iptal talebi oy çokluğu ile reddedilmiştir³²⁸. Anayasa Mahkemesi'nin red kararında dayandığı gerekçede ise; devlet mallarının haczinin bu malların kullanma biçimini değiştireceği; kamu hizmetlerinin yürütebilmesi için yapılan bu yasal düzenlemenin kamu yararını gerçekleştirilmeye yönelik olduğu ve haklı bir nedene dayandığı belirtilmiştir.

15 Ocak 1947 gün ve 1947/14-5 Sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararında, “ ..kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan malların hacze konu olabileceğini düşünmek, devletin yerine getirmekle görevli bulunduğu hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi, arzu edilemeyen neticeleri doğurur” ifadesine yer vermiştir.

Devlet mallarının haczedilmezliği ilkesine göre haczedilemeyecek olan devlet malının ise, sadece Türk Devleti’nin malları olduğu konusunda Yargıtay emsal karar vermiştir³²⁹.

Hukuki düzenlemeler ve emsal kararlar doğrultusunda, Türk Devlet veya kamu kurumları aleyhine ICSID hakem kararlarının icra edilmesinde “devlet malı haczedilmezliği” söz konusu olduğu ve icra muafiyeti iddiasında bulunulabileceği sonucu doğmaktadır.

³²⁶ Y.12.HD, 25.4.2004, E.2004/6469, K.2004/13, EKŞİ s. 155

³²⁷ TUYGUN s.164

³²⁸ A.Y.30.6.1993, E.1992/13, K.1999/50,GÜLAN A., “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?” İHİD. 1995. s. 23

³²⁹ Y.12.24.05.2004, E.2004/006469, K.2004/012007 , “ TUYGUN s.175

Ancak EKŞİ farklı bir yorumla; “Türk Devletine veya Türk Devlet kurumları aleyhine Türkiye’de icra yolu ile takip yapılırsa, icra bağışıklığı ileri sürülemeyecektir.Çünkü icra bağışıklığı yabancı devlete karşı yapılan haciz ve takipler için geçerlidir.Buna karşın Türk Devleti’nin yabancı ülkede veya ülkelerde bulunan malları üzerinde haciz ve benzeri işlemler yapılması söz konusu olursa, yabancı ülkede icra bağışıklığı itirazı yapılabilecektir.”şeklinde, icra bağışıklığının sadece yabancı ülkede ileri sürülebileceğini belirtmiştir³³⁰.

3.9.3. Türkiye’ye Karşı Açılan Davalar

3.9.3.1. Pseg Global Inc.And Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Ltd.Şti. V.-Türkiye

Mahkeme Ad hoc

Tahkim Komitesi : Başkan: Francisco ORREGO Vicuna
Hakemler :L. Yves Fortier
Gabrielle KAUFMANN-KOHLER

Diller : İngilizce (Orijinal)

Belge :Yargı Kararı

Kayıt Tarih : 22 Mart 2002

KONU : Konya-Ilgın’da yapılacak olan Enerji Santraline İlişkin Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık.

NETİCE :19.01.2007 tarihinde tahkim sonuçlanmıştır. Buna göre Türkiye, Amerikalı yatırımcı PSEG Global’e 9.061.479.34 ABD Doları faiziyle birlikte; 4.602.73,70 ABD Doları ise yargılama gideri ve hakem ücreti ödemeye mahkum etmiştir.

OLAYLAR:

1980’li yıllarda Türkiye’de elektrik için artan talep sebebi ile, enerji sektörünün serbestleşmesi ve yabancı yatırımcı katılımlarının teşviki için karar verilmiştir.

³³⁰ EKŞİ s.159

Bu kararların parçası olarak, şirketlerin elektrik üretimi için, tesisi kurma ve elektrik satma konusunda yasal düzenlemelere gidilmiştir. Aynı zamanda, yatırımları teşvik için Hazine garantisi verilmiştir.

Bu kapsamda, 1994 yılında Konya Ilgın Termik Santrali'nin yapımı ve işletilmesi için PSEG/Ilgın Elektrik Girişiminin fizibilite çalışması yapması konusunda yetki vermiştir.

Akabinde, Kasım 1995'te PSEG tarafından hazırlanan projenin fizibilite çalışması Bakanlıkça onaylanmıştır. Fizibilite raporuna göre; 425 MW brüt ve 375 MW net bir üretim kapasiteli bir tesis olarak, 38 yıllığına termik santral kurulması şeklinde öngörülmekteydi.

2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun çıkmasının ardından, projeye Hazine Garantisi verilmesi reddedilmiş ve bu sebeple proje tamamlanamamıştır.

Bunun üzerine PSEG, projenin ortağı The North American Coal Corporation ve proje şirketi Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi (Davacılar) ile Türkiye Cumhuriyeti (Davalı) Arasında, ICSID nezdinde 22 Mart 2002 tarihinde yapılan başvuru ile bir tahkim davası başlatmıştır.

Sonuçta, 19.01.2007 tarihinde tahkim sonuçlanmıştır. Buna göre Türkiye; Amerikalı yatırımcı PSEG Global'e 9.061.479.34 ABD Doları faiziyle birlikte, 4.602.73,70 ABD Doları ise yargılama gideri ve hakem ücreti olarak ödemeye mahkum edilmiştir.

Tahkim heyeti, adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünün diğer standartlardan farklı olarak kendine has bir içeriğe sahip olması gerektiğini belirterek, kararında Türkiye'nin, ülkesindeki yabancı yatırıma karşı "adil ve hakkaniyetli davranma" yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesine dayandırmıştır³³¹.

³³¹ DOST, heyet raporunun incelemesinde ; *"Heyetin, adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünün her olayda farklı olabileceği tespiti yerindedir. Çünkü, yabancı yatırımların tabi olduğu yeknesak bir uluslararası mevzuat bulunmadığı ve her somut olayın tabi olduğu ulusal ve uluslararası sözleşmenin farklı olması, her bir olayın standardının farklı ele alınması sonucunu doğurmaktadır"* şeklinde belirtmiştir. Bkz. DOST S., Ilgın-Türkiye Tahkim Kararı, İstanbul Üniversitesi Dergisi , 81(3), 2007, s.1078

3.9.3.2. Libabanco Holdings Co.Limited V.-Türkiye³³²

Mahkeme Ad hoc

Tahkim Komitesi

: Başkan: Michael Hwang (Singapur)
Hakemler: Henri C. Alvarez (Kanada)
Franklin BERMAN (İngiliz)

Diller

: İngilizce (Orijinal)

Belge

: Yargı Kararı

Kayıt Tarih

: 19 Nisan 2006

KONU

: Merkezi Güney Kıbrıs'ta bulunan Libananco şirketinin, el konulan Çukurova Elektrik (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik hisselerinde zarara uğradığı gerekçesiyle, Türkiye Cumhuriyeti hakkında açtığı 10,1 milyar dolar tutarındaki tahkim davasıdır³³³.

NETİCE

: Elektrik üretim ve dağıtım imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan dava, Türkiye lehine sonuçlanmıştır.

OLAYLAR:

Çukurova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk Anonim Şirketi (KEPEZ), Uzan ailesinin hissedar olduğu Rumeli Holding tarafından yönetilen iki şirket iken, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile, 1988 yılında elektrik imtiyaz sözleşmesi imzalamışlardır. Bu sözleşmeler gereği her iki şirket de elektrik nakil imtiyazına sahiplerdi. Ancak, bu imtiyaz devlet tarafından daha sonra geri alınmıştır. 20 şubat 2001 tarihinde çıkarılan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunun'da, elektrik nakil aktivitelerinin TEİAŞ tarafından tekel olarak yürütüleceği belirtilmiştir. ÇEAŞ ve KEPEZ, nakil hatlarını TEİAŞ'a devretmek istemediğinden ve imtiyaz sözleşmesindeki taahhütler yerine getirilmediğinden dolayı, imtiyaz sözleşmesi Bakanlık tarafından feshedilmiş, nakil hatları ve şirket hisselerine 2003 tarihinde el konulmuştur.

Akabinde Libananco Holdings Co. Limited (Cyprus) v. Republic of Turkey Libananco, isimli şirket, 11 adet baraj ve enerji santralini işleten ve bir zamanlar Uzan ailesinin kontrolünde olan ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerindeki hisselerin %66'sını kendi elinde bulundurduğu iddiasıyla, şirketlerin kamulaştırılmasına karşı dava açmıştır.

³³²Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8)

³³³ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> Ayrıca bu haber için bkz. <http://ekonomi.haberturk.com/makro-ekonomi/haber/665674-libananco-davasi-turkiye-lehine-sonuclandi> ,

Dava 19.4.2006'da ICSID'de tescil edilmiştir. Davacı el koymanın politik sebeplere dayandığını iddia etmiştir.

Davalı Türkiye ise, el koymanın finansal sebeplerle gerçekleştirildiğini ve Libananco şirketinin Uzanlar'la bağlantısı olduğunu, uyuşmazlığın doğduğu anda Libananco'nun yatırımcı sıfatı olmadığını, savunmasında yapmıştır.

Bu konu üzerinde de duran hakem heyeti; Libananco'nun 12 Haziran 2003 tarihinden önce ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğunu ispat edememiş olması sebebi ile davada taraf ehliyeti olmadığı yönünde karar vermiştir.

Libananco, 16 milyon ABD doları tutarındaki yargılama giderini ödemeye mahkum edilmiştir.

3.9.3.3. Cementownia "Nowa Huta" S.A. (Poland) V. Republic Of Turkey³³⁴

Mahkeme Ad hoc

Tahkim Komitesi

: Başkan: Pierre TERCIER (İsviçre)

Hakemler: Marc Lalonde (Kanada)

Christopher J. THOMAS (Kanada)

Diller

: İngilizce (Orijinal)

Belge

: Yargı Kararı

Kayıt Tarih

: 16 Kasım 2006

Konu

: Elektrik İmtiyaz Sözleşmesi

NETİCE

: Elektrik üretim ve dağıtım imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan dava, Türkiye lehine sonuçlanmıştır.

OLAYLAR:

Polonya menşeli çimento fabrikası Cementownia "Nowa Huta" S.A. (Poland) v. Republic of Turkey, en büyük hidroelektrik şirketlerinden olan Çukurova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk Anonim Şirketi'nin (KEPEZ) hisselerinin yüzde 60'ını kontrol ettiğini öne sürerek, imtiyaz sözleşmesinin feshi ve Türkiye'nin malvarlığına el koyması nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek 4.6 milyar dolarlık tazminat talebiyle uluslararası yatırım anlaşmazlıklarının çözümü merkezi ICSID'e başvurmuştur³³⁵.

³³⁴ Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2)

³³⁵ <http://www.matriks.web.tr/Haber.aspx?HaberID=220881> (30.07.2012)

Türkiye, Libananco davasında olduğu gibi; bu şirketlerin aslında Uzan ailesine ait olduğunu; Cementownia'nın, şirketlerin hisselerini Türkiye'nin bu şirketlere el koymasından az önce devraldığını ve bir yatırımcı sıfatları olmadığını belirtmiştir.

Bu davada, Libabanco davasında yaşanan olaylar yaşanmıştır. Sonuçta, ICSID hakem heyeti, Eylül 2009'da verdiği kararında aynen Libananco davasında olduğu gibi, davacının ÇEAŞ ve Kepez'e hissedar olduğuna ve Antlaşma anlamında yatırımcı sayıldığına dair, ortaya yeterli ve ikna edici delil sunamadığına karar vermiştir.

Hakem Heyeti, davacının yatırımcı niteliğine haiz olmadığını bildiği halde tahkime başvurmakla, kasıtlı şekilde kötüniyetli olduğunu ve tahkim yargılamasını suistimal ettiğini belirtmiştir. Hatta, kararda tarafların iddiasının sahte olduğu yönünde ifade de kullanılmıştır.

Davacı taraf 5,304,822.06 dolar mahkeme masraflarına mahkum edilmiştir.

3.9.3.4. Eurpoe Cement Investment And Trade Sa V.–Türkiye³³⁶

Mahkeme Ad hoc

Tahkim Komitesi

: Başkan: Donald M. McRae (Kanada)

Hakemler: Julian D.M. LEW (İngiliz)

Laurent Levy (İsviçre / Brezilya)

Diller : İngilizce (Orijinal)

Belge : Yargı Kararı

Kayıt Tarih : 6 Mart 2007

Konu : Elektrik İmtiyaz Sözleşmesi

NETİCE : 7.8.2008 tarihinde karara bağlanmıştır. Dava yetkisizlik sebebi ile reddedilmiştir.³³⁷

OLAYLAR

Europe Cement Investment & Trade S.A. tarafından Türkiye'ye karşı yapılan başvuruda, elektrik enerjisi sektöründeki (Uzan ailesinin kontrolünde bulunan) ÇEAŞ ve Kepez imtiyazlarına ilişkin sözleşmelerin, 12 Haziran 2003 yılında devletçe feshedilmesinin hukuka aykırı olduğu, bu imtiyazların sahibi şirketin “yabancı”

³³⁶ Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2)

³³⁷ EKŞİ s. 23, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

hissedarları olduğu ve haklarının ihlal edildiği öne sürülerek, Enerji Şartı Anlaşması hükümlerine dayanılarak ICSID nezdinde uluslararası tahkime gidilmiştir.

Türkiye, savunmasında; davacının, ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğuna dair yeterli delil gösteremediğini beyan etmiş ve davanın reddini talep etmiştir.

Davacı tarafından Europe Cement'in ÇEAŞ ve Kepez'in ortağı olduğuna dair sunulan delillerin 30 Mayıs 2003 tarihli hisse devir sözleşmesinin kopyası ve 10 Ocak 2005 tarihinde çıkarılan hamiline hisse senetlerinin kopyaları olması sebebi ile, davalı Türkiye bu belgelerin sahte olduğunu savunmuştur.

Bunun üzerine Hakem Heyeti belgelerin sahte olmadığıın ispatı için, davacıdan, ÇEAŞ ve Kepez'in hissedarı olduğunu kanıtlayan belgelerin orijinalleri ile ilgili diğer belgelerin sunulmasını istemiştir. Ancak davacı, hakem heyetinin istemiş olduğu bu belgeleri sunamamıştır.

Belgelerin aslını sunamayan şirket yargılama yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle' davanın sonlandırılmasını talep etmiştir.

Türkiye, bu istemin reddedilmesini ve davaya devam edilerek “gerekçeli biçimde karara bağlanmasını ve sahte belgelerle tahkim yoluna başvuran davacının davalıya ait tüm masrafları ödemesini ve ayrıca lehine manevî tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Kararda, Anlaşmanın 26/1 maddesi gereğince, idarece feshin yapıldığı tarihten önce davacının hisseleri devralmasının söz konusu olmadığı, dava sürecinde sunulan tüm ifadelerden ve sürecin seyrinden de bu şekilde anlaşıldığı belirtilmiştir. Tahkim heyeti, davanın “sahteciliğe dayandığını” ve davacı şirketin bahse konu hisselerdeki iddiasını kanıtlayamadığını ve aslında hiçbir zaman hisselerine sahip olmadığını açıklayarak, davacının yatırımcı sıfatı olmadığı ve hakem heyetinin yetkisiz olduğu şeklinde davayı sonuçlandırmıştır.

Türkiye'nin manevi tazminat talebi konusunda ise; kararda, davacının sahte belgelerle başvuruda bulunarak tahkim sürecini kötüye kullandığına ilişkin ibarenin yer aldığı ve bu ibarenin yeterli olduğu, ayrıca manevi tazminata hükmedilmesine gerek olmadığı, belirtilmiştir.

Gerek tahkim masrafları ve gerek ülkemizin yaptığı masrafların toplam 3.9 milyon ABD Doları tutarındaki hukuksal masrafları, bütünüyle davacıya yükletilmiştir³³⁸.

3.9.3.5. Alaplı Elektrik B.V.-Türkiye³³⁹

Mahkeme Ad hoc

Tahkim Komitesi

: Başkan: William W. PARK (ABD)

Hakemler: Marc Lalonde (Kanada)

Brigitte STERN (Fransız)

Diller

: İngilizce (Orijinal)

Belge

: Yargı Kararı

Kayıt Tarih

: 27 Ağustos 2008

Konu

: Elektrik İmtiyaz Sözleşmesi

NETİCE

: Elektrik İmtiyaz Sözleşmesinden kaynaklanan 100 milyon ABD Doları tutarındaki dava, 16 Temmuz 2012'de Türkiye lehine sonuçlanmıştır³⁴⁰.

OLAYLAR

Hollandalı bir firma olan Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey firması ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında 1998 yılında Zonguldak'ın Alaplı ilçesinde 120 MW kurulum gücünde, Doğalgaz Çevirim Santrali kurulması ile ilgili İmtiyaz Sözleşmesi imzalanmıştır.

2000 yılı başlarında Bakanlık tarafından, imtiyaz sözleşmelerinden "Hazine Garantisinin" kaldırılmasının ve projelerinin "Özel Hukuka tabi Sözleşmeye" dönüştürülmesinin istenmesi üzerine; Alaplı Elektrik Şirketi, finans bulmasının güçleştiği ve projeyi gerçekleştiremediği, dolayısıyla 100 Milyon ABD Doları zarar ettiği iddiası ile, 2002 yılında ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi) nezdinde tahkim davası açmıştır.

Bakanlığımız bu iddiaları reddederek, projelerinin gerçekleştirilmesi için her türlü iyi niyetin ve gayretin sarf edildiğini, 2002 yılı sonuna kadar santralin devreye

³³⁸ ÇAL S., "Yatırım tahkimi davalarında bir son gelişme: Europe Cement - Türkiye Davası", *Dünya Gazetesi*, 2 Eylül 2009 <<http://www.dunyagazetesi.com.tr/haber.asp?id=59384>> (30.07.2012)

³³⁹ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/08/13)

³⁴⁰ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (30.07.2012)

girmesi durumunda ‘‘Hazine Garantisi’’nin geçerli olduğunu, aksi durumunda ise TEAŞ tarafından alım garantisinin olduğunu ve bunun kendilerine bildirildiğini, elektrik şirketi tarafından bu teklifin kabul edildiğini ve santralin 2002 tarihinden önce tamamlanıp devreye alınacağını belirtildiğini ifade edilmiştir. Ancak, Projeye kendileri tarafından devam edilmediği belirtilmiştir.

Ayrıca, ortada herhangi bir yatırımın olmadığı, şirketlerinin tamamen bir Türk şirketi olduğu, Hollanda’da kurulu olan Alaplı şirketinin Tahkim yasasından faydalanmak üzere paravan bir şirket olduğu³⁴¹, uluslararası bir şirket olmadığı ve dolayısıyla ICSID’in yargı yetkisi olamayacağı, ayrıca hiç yatırım yapılmadığı için herhangi bir hak mahrumiyetinin söz konusu olmadığı belirtilerek, davanın yargı yetkisinden reddedilmesi ya da proje değerinin sıfır olarak kabul edilmesi talep edilmiştir³⁴².

Mahkeme süreci Mayıs 2009 ile Şubat 2011 arasında sürmüş ve ICSID, 16 Temmuz 2012 tarihinde davanın Türkiye Cumhuriyeti lehine sonuçlanmasına karar vermiş.

³⁴¹ Paravan veya off-shore şirketler vasıtası ile açılan tahkim dava sonuçlarının Türkiye’de icrası meselesi için, Bkz.EKŞİ s.159

³⁴² Bu konuya ilişkin olarak, Türkiye savunmasında şirketin paravan yapısına şu şekilde dikkat çekmiştir: *Şirketlerinin tamamen bir Türk şirketi olduğu, Hollanda’da kurulu olan Alaplı şirketinin Tahkim yasasından faydalanmak üzere paravan bir şirket olduğu, uluslararası bir şirket olmadığı ve dolayısıyla ICSID’in yargı yetkisi olamayacağı, ayrıca hiç yatırım yapılmadığı için herhangi bir hak mahrumiyetinin söz konusu olmadığı belirtilerek, davanın yargı yetkisinden reddedilmesi ya da proje değerinin sıfır olarak kabul edilmesi talep edildi.* <http://www.enerjiport.com/2012/07/20/alapli-100-milyon-dolarlik-davayi-kaybetti/> (Erişim tarihi 01.08.2012)

4. SONUÇ

Enerji sektörü niteliği itibariyle yatırımcıya geniş pazar, ucuz işgücü ve dolayısıyla yüksek kâr etme olanağı gibi avantajlar sağlarken, uzun yatırım süreci ve enerji sektöründeki kardan daha fazla hak sahibi olmak isteyen devletlerin sözleşmelere aykırı tutumları gibi dezavantajları da beraberinde getirmektedir. Ancak avantajları dezavantajlarına göre çok daha fazla olan enerji sektör yatırımları her anlamda desteklenmelidir. Bu sebeple, bu çalışma enerji sektöründe yabancı yatırımcıların karşılaştığı sorunlar ve çözüm yolunda tahkim düzenlemeleri konusu üzerine kurulmuştur.

Çalışmamızda öncelikle, enerji sektörüne giriş yapılmıştır. Bu bölüm hazırlanırken Enerji Hukuku kaynaklarından faydalanılmıştır. Enerji Hukuku'nu Akaryakıt, LPG, Elektrik, Petrol şeklinde spesifik ele alan kaynaklar incelenmiş ancak çalışmada bu ayrıma girilmeden sektördeki genel ve ortak alanlar aktarılmıştır. Özellikle "Enerji sektöründe yabancı yatırımcıların güncel sorunları ve çözüm önerileri" başlığı ile değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme ile hem yabancı yatırımcıların karşılaştığı güncel sorunlar tek tek ifade edilerek konu somutlaştırılmış, hem de çözüm yolu olarak tahkim hedef gösterilmiştir. Yatırım kapsamında başka devletlerle yapılan iki taraflı anlaşmalar ile, enerji alanında yatırım, ticaret, transit, rekabet gibi konuların düzenlendiği ve taraf ülkeleri bu anlamda ortak paydada birleştirmeyi amaçlayan Enerji Şartı Anlaşması da incelenmiştir.

Çalışmamız Tahkim konusunda, tahkime ilişkin düzenlemeler ve ülkemizde uygulanan Milletlerarası Tahkim Kanunu irdelenerek aktarılmıştır.

Yabancı yatırımcının yatırım yaptığı ev sahibi devlet ile masaya oturup sözleşme yapma olanağı bulamamaktadırlar. Ancak, iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları üzerinden tahkime başvurabilmeleri mümkündür. Bu kapsamında Türkiye'nin taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması yanında ICSID Tahkim Konvansiyonu da yatırımcılara tahkime başvurma imkanı tanıdığından, detaylı şekilde incelenmiştir.

Yapılan tespitler ve çözüm önerileri sayesinde bu çalışmamızın sektöre faydalı olacağını ümit etmekteyiz.

5. KAYNAKÇA

- ABERCROMBIE BAKER S., DAVID DAVID M., The Uncitral Arbitration Rules in Practice. Deventer, 1992
- AKINCI Z., Milletlerarası Tahkim, 2.B, Ankara, 2007
- ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.101;
- ALTINTAŞ A.; Hazine Dergisi Uluslararası Yatırımların Korunması Temel Uyuşmazlıklar Ve Tahkim Kurulları Ayhan Altıntaş, S:10, 1999
- ARSAVA F.; Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı, TAAD, 1(8) , 2012
- ASAOUZU A.,International Commercial Arbitration and African States, South Africa, 2001
- ASLAN Y, ALTINAY G,ILICAK A,ÖNAL E,KATIRCIOĞLU E.,ARDIYOK Ş., GÜLTEKİN B, AKÇAOĞLU C, Enerji Hukuku, C.1, Ankara, 2007
- ATMAN,İ ; Milletlerarası Ticari tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar ,MHB Yıl 31, Sayı 1, 2011
- AYDIN, M., 1999. “Tahkim mi? Tahakküm mu?”,Aksiyon Dergisi, Temmuz, <http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-4688-35-tahkim-mi-tahakkumu.html>(10.01.2012
- BAĞDALIOĞLU N., Avrupa Birliği Enerji Sektöründe Rekabet Politikası: Brüksel'in Yeni Önerileri Ve Enerji Milliyetçiliği meselesi, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, 33(1),Mayıs 2009
- BAKKAYA B., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı, s.28,
- BAKLACI B., AKINTÜRK E.,Enerji Şartı Anlaşması, İşletme Fakültesi Dergisi, 7(2), 2006
- BAKLACI P.,AKINTÜRK E.,Enerji Şartı Anlaşması'nın Transite İlişkin Hükümleri, Uluslararası Hukuk ve Politika, 5(18), 2009
- BERKER A., Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkimin Rolü, Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi 2009 Konferansı, <http://www.dektmk.org.tr>

- BİRSEL Mahmut ,BUDAK C.,Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun örneği, Milletlerarası Tahkim konusunda Düzenleme Gerekli mi Sempozyumu Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara s.183
- BİRSEL M., “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları” ,DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Özel S. 2005,
- BODEN D : Enerji uyuşmazlıkları ve Yatırım Anlaşması Tahkimi –ICCI 2008 Bildiriler Kitabı
- BOZKURT YÜKSEL A., UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış, TAAD,2(2), S:4, 2011
- CAN M.,Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara, 2006
- CARDUCCI G., Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul , Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyumu,2010, Ankara
- ÇAKMAK, M./ ERGÜN, E., Türkiye’nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları , Ankara, 2011
- ÇAL S., Uluslar arası Yatım Tahkimine yönelik Kimi Eleştirilerin değerlendirilmesi, 2008 Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57(4),2008
- DAYINLARLI K.,HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, B2, Ankara, 2004
- DAYINLARLI K., UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara, 2000
- DAYINLARLI K.,Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Türkiye’de Tenfizi , Ankara,1984
- DEMİR E., Enerji Şartı Anlaşması, Uluslar arası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı VIII, 2003
- DİNÇER Ö.,Stratejik Yönetim Ve İşletme Politikası, 5. B,İstanbul,1998, s.29
- DOST S., Ilgın-Türkiye Tahkim Kararı, İstanbul Üniversitesi Dergisi , 81(3),.2007
- DOST S., Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006
- EKŞİ N.,ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul, 2009
- EKŞİ N.,Türkiye’de yapılan Yabancı Yatırımlar,Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C:1 S:2, 2005
- EKŞİ N.; İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi, İKÜ .2002

- EMEK U. Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslar arası Ticari Tahkim,Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık-1999
- EMEK U., Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, DPT, 1999, <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>
- ENERJİ VERİMLİLİĞİ MECLİSİ, 2010, “Türkiye Enerji ve Enerji Verimliliği Çalışmaları,(http://www.enver.org.tr/modules/mastop_publish/files/files_4caeccbad1161.pdf)
- ERGÜN Ç., Avrupa Birliği Enerji Hukuku, Ankara, 2007
- ERTEN R. , ICSID TAHKİMİ, C.XIX,Ankara 1998
- ESKİYÖRÜK S., Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul , Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyumu,2010, Ankara
- FDEA(Federal Department of Economic Affairs), 2009
- GİRAY K., Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, İstanbul Üniversitesi Dergisi, 2011
- GÖZLER K.,Milletlerarası Antlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri www.anayasa.gen.tr/madde90.htm. (erişim tarihi 02.06.2012).
- GUZMAN A., Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000, *International Organization* 60 (2006): 811-846 http://works.bepress.com/andrew_guzman/14 (24.03.2012)
- GÜLAN A., Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?, İHİD. 199
- GÜNDAY, M.,Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/.../ulustahkmalan.doc
- GÜNDÜZ A, Milletlerarası Hukuk, B.4, İstanbul, 2000
- KALPSUZ T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim,B.2, Ankara, 2010
- KAPLAN Y.,Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,Ankara, 2012
- KAR M.,KINIK E., Türkiye’de Elektrik Tüketimi Çeşitleri ve Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişkinin Ekonometrik Bir Analizi, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,2008; 10(2)

- KILAVUZ A., Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13(2). 2009
- KOCASAKAL Ö.,“Devletin Yargı ve İcrai Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü” İÜ Dergi C.22, S.2
- KONOPLYANİK A.,WÄLDE T., Energy Charter Treaty And Its Role İn International Energy, Journal Of Energy & Natural Resources Law, 24 (4) 2006
- KÖSTEKÇİ Y., Elektrik Enerjisi Tüketimi ve Elektrik Enerjisi Piyasası, B.2., İstanbul, 2006
- KÖKSAL T., Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, Ankara, 2011
- KURTARAN A., Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları ve Belirleyicileri,Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8 (2), 2006, s.262
- KURU B.,Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI,İstanbul, 2001
- KÜÇÜKGÖRGÜN E., Roma Hukukunda Tahkim, C.XIX,1998
- MANURIZZAMAN M., TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009
- MISTELIS L.; “Milletlerarası Tahkim:Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar TBB Dergisi, S. 70, 2007
- NOMER E., EKŞİ N., ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim, B.2, Ankara, 2003
- OBA E., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu, 2012
- OKSAY S., Çok Uluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek Değerlendirilmesi, Dış Ticaret Dergisi
- ORMANOĞLU B.; Yabancı Sermaye Tahkim İlişkisi ve Türkiye’de Yaşanan Gelişmeler,Sayıştay Dergisi, S.57, 2005
- ORMANOĞLU B.,Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların çözümünde Uluslar arası Tahkim, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu,2004
- ÖZSUNAY E., MTO Tahkiminde 2012 Kurallarıyla Getirilen Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, 2012
- SARAÇ O.; Milletlerarası Tahkim Ve Uluslar Arası Yatırımlar Maliye Dergisi s.7.2003
- STEVENS M., Experience in Arbitrations under ICSID Rules Pursuant to Bilateral Investment Treaties, International Business Lawyer
- ŞİT B., Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tensizi, 2005

- ŞANLI C., Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu, B.3, İstanbul, 2005
- ŞANLI, C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986
- ŞEN A., KARARGÖZ M., Türkiye’deki Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Büyüme Ve İhracata Etkisi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6(2), 2005:325
- TACKABERRY J, TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009
- TMMOB, Türkiye’nin Enerji Görünümü Raporu, 2.B., 2012
- TURAN G.,“Uluslar arası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim”, Yüksek lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2002
- TURHAN, T., Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yeni bir Yasal Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler Tartışmalar, Ankara, 1997
- TUYGUN S.,ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi , İzmir, 2007
- ULUSOY A., Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, 2001
- ULUSOY A., TBB Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorun Sempozyumu, 2009
- YAVAN N., Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Bölgesel Dağılışı” Coğrafi Bilimler Dergisi, 2003
- YAVUZ M, Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşmalar-, İstanbul, 2011
- YEŞİLIRMAK A., Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamlarının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme-Arbuluculuk-Hakem Birlikçilik ve Tahkim:Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2011
- WEINBERG, K.S.: Equity In International Arbitration: How is fair? A Study Of Lex Mercatoria And Amiable Composition, <http://web.nexis.com/universe/document> 34, search terms: ICC Arbitration, p.1.

INTERNET ADRESLERİ

<http://icsid.worldbank.org/>

<http://ekonomi.haberturk.com>

<http://www.iku.edu.tr>

<http://ekutup.dpt.gov.tr>

<http://www.ydy.gov.tr>

web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler

www.ekonomi.gov.tr

6. EKLER

6.1. EK – I: ÜLKEMİZ TARAFINDAN İMZA EDİLEN YKTK ANLAŞMALARI

Ülkemiz tarafından imza edilen YKTK Anlaşmaları:			
ÜLKE	İMZA TARİHİ	R.G.TARİH VE SAYI	Y. GİRİŞ TARİHİ
1 A.B.D	03.12.1985	13.08.1989/20251	18.05.1990
2 Afganistan	10.07.2004	01.04.2005/25773	19.07.2005
3 Almanya	20.06.1962	27.07.1963/11465	05.12.1965
4 Arjantin	08.05.1992	30.03.1995/22243	01.05.1995
5 Arnavutluk	01.06.1992	27.06.1996/22679	26.12.1996
6 Avusturya	16.09.1988	10.02.1991/20782	01.01.1992
7 Avustralya	16.06.2005	19.06.2009/27263	29.06.2009
8 Azerbaycan	09.02.1994	26.05.1997/23000	08.09.1997
9 Bahreyn	15.02.2006		
10 B.A.E	28.09.2005		
11 Bangladeş	12.11.1987	27.05.1989/20177	21.06.1990
12 Belarus	08.08.1995	12.01.1997/22875	20.02.1997
13 Belçika-Lüksemburg	27.08.1986	08.10.1989/20306	04.05.1990
14 Bosna-Hersek	21.01.1998	04.05.2000/24039	29.01.2002
15 Bulgaristan	06.07.1994	04.05.1997/22979	18.09.1997
16 Cezayir	03.06.1998		
17 Çek Cumhuriyeti	30.04.1992	13.06.1997/23018	01.08.1997
Çek Cumhuriyeti -Yeni	29.04.2009		
18 Çin	13.11.1990	01.05.1994/21921	20.08.1994
19 Danimarka	07.02.1990	27.05.1992/21240	01.08.1992
20 Endonezya	25.02.1997	10.05.1998/23338	28.09.1998
21 Estonya	03.06.1997	02.02.1999/23599	29.04.1999
22 Etyopya	16.11.2000	08.03.2005/25749	10.03.2005
23 Fas	08.04.1997	04.05.2004/25452	31.05.2004
24 Filipinler	22.02.1999	22.07.2005/25883	17.02.2006
25 Finlandiya	13.05.1993	26.01.2006/26061	23.04.1995
26 Fransa	15.06.2006	26.06.2009/27270	03.08.2009
27 Güney Afrika C.	23.06.2000	01.04.2005/25773	
28 Güney Kore	14.05.1991	02.05.1994/ 21922	04.06.1994
29 Gürcistan	30.07.1992	04.06.1995/ 22303	28.07.1995
30 Hırvatistan	12.02.1996	11.04.1998/ 23310	21.04.1998

Hırvatistan-Ek Protokol	18.02.2009		
31 Hindistan	17.09.1998	17.09.2003/25232	18.10.2007
32 Hollanda	27.03.1986	08.09.1989/ 20276	01.11.1989
33 İngiltere	15.03.1991	09.05.1996/ 22631	22.10.1996
34 İran	21.12.1996	25.02.2005/25738	13.04.2005
35 İspanya	15.02.1995	01.12.1997/ 23187	03.03.1998
36 İsrail	14.03.1996	02.09.1998/23451M	27.08.1998
37 İsveç	11.04.1997	15.07.1998/ 23403	08.10.1998
38 İsviçre	03.03.1988	06.10.1989/ 20304	21.02.1990
39 İtalya	22.03.1995	02.03.2004/25390	02.03.2004
40 Japonya	12.02.1992	16.01.1993/ 21467	12.03.1993
41 Katar	25.12.2001	02.08.2007/26601	12.02.2008
42 Kazakistan	01.05.1992	11.02.1995/ 22199	10.08.1995
43 Kırgızistan	28.04.1992	12.02.1995/ 22200	31.10.1996
44 Kosova	07.04.2006		
45 Kuveyt	27.10.1988	09.10.1990/ 20660	25.04.1992
Kuveyt – Yeni	27.05.2010		
46 Küba	22.12.1997	15.09.1999/23817	23.10.1999
47 Letonya	18.02.1997	02.02.1999/23599	03.03.1999
48 Libya	25.11.2009		
49 Litvanya	11.07.1994	05.07.1997/23040	07.07.1997
50 Lübnan	12.05.2004	28.12.2005/26037	04.01.2006
51 Macaristan	14.01.1992	22.02.1995/22210	22.02.1995
52 Makedonya	14.07.1995	07.07.1997/ 23042	27.10.1997
53 Malezya	25.02.1998	10.05.2000/24045 M.	09.09.2000
54 Malta	10.10.2003	08.07.2004/25516	14.07.2004
55 Mısır	04.10.1996	26.07.2002/2487	31.07.2002
56 Moğolistan	16.03.1998	28.02.2000/23978	22.05.2000
57 Moldova	14.02.1994	12.01.1997/ 22875	16.05.1997
58 Nijerya	08.10.1996		
Nijerya –Yeni	02.02.2011		
59 Oman Sultanlığı	04.02.2007	13.03.2010/27520	15.03.2010
60 Özbekistan	28.04.1992	12.02.1995/ 22200	18.05.1995
61 Pakistan	16.03.1995	12.02.1997/ 22903	03.09.1997
62 Polonya	21.08.1991		19.08.1994
63 Portekiz	19.02.2001	19.12.2003/25321	19.01.2004
64 Romanya	24.01.1991	16.07.1994/ 21992	07.04.1996
Romanya – Yeni	03.03.2008	03.07.2010/27630	08.07.2010

65	Rusya Federasyonu	15.12.1997	16.05.2000/24051	17.05.2000
66	Senegal	15.06.2010		
67	Sırbistan	02.03.2001	04.11.2003/25279	10.11.2003
68	Singapur	19.02.2008	19.02.2010/27498	27.03.2010
69	Slovakya	09.10.2000	18.12.2003/25320	23.12.2003
	Slovakya-Yeni	13.10.2009		
70	Slovenya	23.03.2004	04.09.2005/25926	19.06.2006
71	Sudan	19.12.1999		
72	Suriye	06.01.2004	28.12.2005/26037	03.01.2006
73	Suudi Arabistan	08.08.2006	04.02.2009/27130	05.02.2010
74	Şili	21.08.1998	03.01.2004/ 25335	
75	Tacikistan	06.05.1996	12.12.1997/23108	24.07.1998
76	Tanzanya	12.03.2011		
77	Tayland	24.06.2005	03.07.2010/27630	21.07.2010
78	Tunus	29.05.1991	03.01.2003/24982	28.04.1994
79	Türkmenistan	02.05.1992	15.01.1995/ 22172	13.03.1997
80	Ukrayna	27.11.1996	17.04.1998/ 23316	21.05.1998
81	Ürdün	02.08.1993	17.11.2005/25996	23.01.2006
82	Yemen	07.09.2000	18.12.2003/25320	
83	Yunanistan	20.01.2000	01.08.2001/24480	24.11.2001
84	ÇEK Cumhuriyeti	22.04.2012		
85	Birleşik Arap Emirlikleri	24.07.2012		

Kaynak: T.C. Ekonomi Bakanlığı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü
<http://www.ydy.gov.tr/?id=12> (01.06.2012)

6.2. EK – II: TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ

Bu sözleşme muhtemel durumlar dikkate alarak örnek olmak üzere hazırlanmış olup taraflar tahkim sözleşmesini Tahkim Tüzüğü çerçevesinde serbestçe yapabilirler.

1. İşbu tahkim sözleşmesi;
adresinde ikamet eden ile.....
adresinde ikamet edenarasında akdedilmiş olup, sözleşmeyi akdedenler kısaca TARAFLAR olarak anılacaktır.

(Boşluklara her iki tarafın adres ve unvanları, sözleşmeyi imza eden gerçek kişi (şahıs firması) ise şahsın adı, soyadı yazılacaktır.)

2.Taraflar aralarında akdettikleri.....tarihli.....
konulu sözleşmeden dolayı veya bu sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ihtilaflarınTahkim Tüzüğü kapsamında, Tahkim Divanı aracılığı ve tahkim yoluyla çözülmesi hususunda mutabıktırlar.

Taraflar Tüzüğü okuyarak, şart, vecibe ve sonuçlara uymayı baştan kabul ettiklerini beyan ederler.

(Boşluklara, tarafların hangi tarih ve konulu sözleşmeden doğabilecek ihtilafların seçecekleri Tahkim yoluyla çözümlenmesini istediklerini açık ve kesin ifadeyle yazmaları, aralarında ticari anlamda birden fazla sözleşme mevcut ise, her birisi için ayrı ayrı tahkim sözleşmesi düzenlemeleri gerekmektedir.)

3.Taraflar, tahkimin yapılmasını kararlaştırmışlardır.

(Bu kısma taraflar dilerlerse tahkim mahalli olarak belirleyecekleri şehir adını yazacaklardır. Tarafların tahkim yerini belirlememeleri halinde, Tahkim Divanı belirler.)

4.Taraflar bu sözleşme konusu tahkime hukukunun uygulanmasında mutabıktırlar.

(Bu madde uluslararası nitelikteki ticari sözleşmelerden doğabilecek ihtilaflarda önem kazanmaktadır. Taraflar hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususunda mutabık iseler o ülkenin adını yazacaklardır. Bu konuda bir mutabakatları yoksa hakem (veya hakemler) uygulayacağı hukuku kendisi tayin edecektir. Türk firmaları arasındaki ihtilaflarda ise kendi mevzuatımızın uygulanacağı tabiidir.)

5.Taraflar,Tahkim Divanı nezdinde dava açılmasını müteakip, kendilerine bildirilecek tahkim bedelini, avans mahiyetinde eşit olarak ödemeyi, Divanın onaylayacağı hakem kararında yer alacak toplam giderleri de, hisselerine isabet eden miktarda karşılamaı taahhüt ederler.

Davalı tarafın ½ avansı karşılamaı halinde davacı taraf avansın tamamını ödemekle mükellef olacaktır.

6.Taraflar ihtilafınhakem tarafından çözümlenmesini kararlaştırmıştır.

(İhtilaflar bir ya da üç hakem tarafından çözümlenebileceği cihetle yukarıdaki boşluk 1 veya 3 şeklinde doldurulacaktır.)

SEÇMELİ HÜKÜMLER

7/a)Taraflar tek hakemin,Tahkim Divanı tarafından seçilmesinde mutabıktır.

(Bu madde, tarafların ihtilafın tek hakemle çözümünü, hakemin deTahkim Divanınca tayinini kabul etmeleri halinde yazılacaktır.)

b)Taraflar tek hakem olarak

adresinde ikamet eden’i seçmişlerdir.

Ancak, bu hakeminTahkim Divanınca onaylanmaması halinde, hakemin Divan tarafından tayin edileceğini kabul ederler.

(Bu madde, tarafların baştan tek hakemin kimliği üzerinde mutabık bulunmaları halinde yazılacaktır.)

c) Taraflar, tek hakemin, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren 30 gün içinde kendilerince seçileceğini, bu süre zarfında hakem üzerinde anlayamadıkları veya hakemin Divanca onaylanmaması halinde görevlendirilecek hakemin Divan tarafından tayin edileceğini kabul ederler.

(Bu madde tarafların tek hakem seçimini, ihtilafın ortaya çıkmasından sonraya bırakmaları halinde sözleşmeye koyabilecekleri bir hükümdür.)

8/a) Taraflar 3 hakemden birinin davacı tarafından dava dilekçesinde, ikincisinin davalı tarafından cevap dilekçesinde belirleneceğini, üçüncü hakemi de bu iki hakemin 15 gün içinde seçeceğini;

Davacı veya davalı tarafın hakem ismini bildirmemesi veya hakem seçiminiTahkim Divanına bırakması halinde bu hakemleri;

Taraf hakemlerinin 15 gün içinde üçüncü hakemi seçmemesi halinde üçüncü hakemin, Divan tarafından seçileceğini, kabul ederler.

(Bu madde ihtilafların üç hakem tarafından çözümlenmesinin ve taraf hakemlerinin davacı ve davalı tarafından, üçüncü hakemin ise taraf hakemlerince seçilmesinin öngörüldüğü hallerde kullanılabilir.)

b) Taraflar 3 hakemden birinin davacı tarafından dava dilekçesinde, ikincisinin davalı tarafından cevap dilekçesinde belirleneceğini, üçüncü hakemin iseTahkim Divanı tarafından tayin edileceğini,

Davacı veya davalı tarafın hakem ismi bildirmemesi veya hakem seçiminiTahkim Divanına bırakması halinde, bu hakemlerin de Divanca tayin edileceğini, kabul ederler.

(Bu madde 3 ncü hakeminTahkim Divanına bırakılması halinde sözleşmeye konulabilir.)

c) Taraflar her üç hakemindeTahkim Divanınca tayin edilmesi konusunda mutabıktırlar.

(Tarafların hakemlerin seçimini tamamenTahkim Divanına bırakmaları halinde bu madde yazılacaktır.)

9.Taraflar, hakem (veya hakem mahkemesi başkanı) in daveti üzerine hakem (veya hakemler) huzurunda tanzim edilecek görev belgesini imzalamayı, bundan imtina etmeleri halinde dahi tahkim prosedürünün kesintisiz olarak süreceğini ve hüküm ifade edeceğini, bir veya iki tarafından görev belgesini imzadan kaçınması halinde, hakem kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul ederler.

10.Taraflar, ihtilafınTahkimine sunulmasını müteakip uzlaşmaları veya davacının vazgeçmesi halinde, tahkim masraflarınıTahkim Tüzüğü hükümleri çerçevesinde ödemeyi taahhüt ederler.

11.Yukarıda 10 maddeden ibaret işbu tahkim sözleşmesi hükümlerini kabul ve şartlarına uymayı taahhüt ederiz.

.....
Firması Adına

Firması Adına

(Sözleşmeye, tarafların temsil ve imza yetkisini haiz olduklarına dair imza sirkülerini eklemeleri gerekmektedir.)

Kaynak: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

<http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Tahkim/> (01.06.2012)

NOT: Örnek tahkim sözleşmesinin yabancı yatırımcı ile devlet kamu kuruluşlarından birisi arasında akdedilmesi halinde, kamu kuruluşunun bir uyumsuzluk halinde "yargı muhafiyetli şemsiyesine sığınmaması için sözleşmeye "sözleşme kapsamının özel bir hukuk tasarrufu olduğu ve bu nedenle sözleşmeye taraf idari kuruluşun gelecekte yargı muhafiyeti itirazında bulunamayacağı" şeklinde bir hüküm eklemek de uygun olacaktır.

6.3. EK – III: ULUSLARARASI TAHKİM KURUMLARI KURALLARI HAKKINDA KARŞILAŞTIRMALI ÖZET BİLGİLER

TAHKİM AŞAMALARI	KURUMSAL TAHKİM		AD HOC TAHKİM
	ICSID	MTO TAHKİM DİVANI (ICC)	UNCİTRAL KURALLARI
1. Tahkim Usul Hukuku	1965 Tarihli Washington Sözleşmesi	ICC Tahkim Divanı, 1923 yılında Milletlerarası Ticaret Odası tarafından otonom bir yapıda kurulmuştur.	Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Hukuku Komisyonunun 15, Eylül, 1976 tarih ve 31/98 sayılı kararı ile tahkim kuralları kabul edilmiştir.
2. Tahkim Kuruluşu	Dünya Bankası	Milletlerarası Ticaret Odası	
3. Türkiye'nin Kurumlarla İlişkisi	ICSID sözleşmesinin tarafı		
4. Tahkimin Konusu	Yabancı Sermaye Yatırımları (sözleşmede yatırım tanımı yapılmamıştır. Böylece geleneksel sermaye yatırımları, servis hizmetleri ve teknoloji transferi niteliğindeki yeni yatırımlar da kapsam içinde tutulmuştur.	Uluslararası nitelikteki ticari ve yatırım uyuşmazlıkları (tarafların tahkim anlaşmasında münhasıran yer almışsa ulusal ticari davalar)	Uluslar arası ticari ihtilaflar
5. Tahkimin Kapsamı	Sözleşmeye taraf her hangi bir akit devlet ile diğer bir akit devlet vatandaşı arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki ihtilaflar	Kamu ve /veya özel hukuk özel ve tüzel kişileri arasındaki ulusal ve uluslar arası nitelikteki ticari ihtilaflar	Kamu ve /veya özel hukuk özel ve tüzel kişileri arasındaki uluslararası nitelikteki ticari ihtilaflar
6. Başvuru Şartı	Tarafların müşterek rızasının bulunması (sözleşme veya iki taraflı yatırım anlaşmasıyla)	Taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunması	Taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunması

7. Başvuru Şekli	Tahkim talebi Sekreterliğe gönderilir ve sekreterlik talebi diğer tarafa iletir.	Tahkim talebi Tahkim Divanına gönderilir ve Divanda talebi diğer tarafa iletir.	Tahkime başvurmak isteyen taraf diğer tarafa ihbarda bulunur.
8. Taraflar başvurudan sonra; tek taraflı olarak tahkimden vazgeçebilir mi?	Hayır	Hayır	Davacının davayı engellemesi durumunda hakem heyeti tahkim dosyasını kapatır; davalı davayı engellerse tahkim devam eder.
9. Anlaşmazlığın Tarafları	Yabancı yatırımcı-ev sahibi devlet	Özel şirket-özel şirket;devlet-özel şirket	Özel şirket-özel şirket; devlet-özel şirket
10. Hakemlerin Seçimi			
a) Kimler hakem olarak atanabilir?	Her akit devletin atadığı 4'er kişiden oluşan hakem paneli üyeleri	Anlaşmazlık taraflarına karşı bağımsız kalabilen ve hakemlik vasfına sahip olanlar	Anlaşmazlık taraflarına karşı bağımsız kalabilen ve hakemlik vasfına sahip olanlar
b) Hakemlerin sayısı?	1; anlaşma olması halinde tek sayıda hakem heyeti; anlaşma yoksa 3	Tarafların anlaşacağı sayıda (1 veya 3) anlaşma yoksa 1	Tarafların anlaşacağı sayıda (1 veya 3), anlaşma yoksa 3
c) Hakemleri kim atar?	Anlaşma olmaması halinde taraflarca ya da Konsey Başkanı	Taraflarca ; anlaşmayla ;atamayla (her durumda ICA'nın onayı gerekmekte) anlaşmazlık halinde tahkim divanı tarafından	Taraflarca anlaşmayla ;atamayla. Taraflar hakemi atayacak bir otorite belirleyebilir; bu otorite konusunda da anlaşma sağlanamaz ise, Lahey'deki Daimi Tahkim Divanının Sekreteryası hakemi atayacak otoriteyi belirleyebilir.
d) Hakemlerde milliyet tahdidi var mı ?	Evet ; hakemlerin çoğunluğu anlaşmazlığa taraf olan devletlerin birisinin vatandaşı olamaz.	Evet ; taraflarca aksine bir anlaşma yoksa, tek hakemli durumlarda hakem veya 3 hakemli durumlarda başkan taraf ülkelerden birisinin milliyetinden olamaz.	Hayır ;hakemlerin tarafların birisinin milliyetinden olmalarına izin verilmekte fakat arzu edilmemektedir; hakem bağımsız otoritece atanacaksa evet

11. Tahkimin Dili Nasıl Belirlenir?	Genel sekreterliğe danışılarak taraflarca anlaşılmiş bir lisan; ya da tarafların seçeceği İngilizce, Fransızca veya İspanyolca dillerinden biri	Taraflarca ,anlaşma yoksa sözleşmenin dili ve diğer şartlar söz önünde bulundurularak hakem heyetince	Taraflarca varılan anlaşmaya göre hakem heyetince
12. Tahkimin Yeri Nasıl Belirlenir?	Washington ya da tarafların anlaşmasıyla (Genel Sekretere danışarak Komisyon ve Heyetin onay alınması gerekmektedir)	Taraflarca anlaşma yoksa tahkim divanı ya da hakem heyeti	Taraflarca; anlaşma yoksa hakem heyetince
13. Tahkime Uygulanacak Hukuk Nasıl Belirlenir?	Taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk;anlaşma sağlanamamışsa hakem heyeti anlaşmazlığa taraf olan akit ülkelerin hukuku ve uluslar arası hukukun uygulanabilir kurallarını dikkate alır.	Taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk;anlaşma sağlanamamışsa hakem heyeti uygulanacak hukuku kararlaştırır.	Taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk;anlaşma sağlanamamışsa hakem heyeti uygulanacak hukuku kararlaştırır.
a) Karar için kesin bir süre var mı?	Hayır ; ancak talep halinde hakem heyeti veya heyet başkanı zaman limitini belirler	Davaya ait referans noktalarını içeren belgenin taraflarca imzalanmasından itibaren 6 ay; bu süre tahkim divanı tarafından uzatılabilir	Hayır
b) Kararın Şekli?	Karar heyetin üye çoğunluğu ile yazılı ve gerekçeli olarak verilir	Karar heyetin üye çoğunluğu ile yazılı ve gerekçeli olarak verilir; çoğunluk yoksa, heyet başkanı kararı tek başına verir	Karar heyetin üye çoğunluğu ile yazılı ve gerekçeli olarak verilir. Oy çokluğu yoksa, daha sonra heyetçe değiştirilmesi mümkün olmak kaydıyla karar heyet başkanınca alınır; hakem kararının verildiği ülkenin tahkim hukuku hakem heyetine kararı tevdi etmek ve tescil ettirmek vecibesi yüklediği takdirde heyet bu görevi kanunun öngördüğü sürede yerine getirir
c)Hakemler dostane aracı olarak hak ve nasafet ilkelerine göre kara verebilir mi?	Taraflar anlaşmışsa evet	Taraflar anlaşmışsa evet	Taraflar anlaşmışsa evet

d) Karara İtiraz Mümkin müdür?	Evet; taraflardan birisi heyetin uygun oluşturulması,heyetin yetkisini aştığı,üyelerin rüşvet aldığı, temel kurallardan sapma olduğu ve kararın gerçeksiz olması gerekçesiyle itiraz edebilir.	Hayır	Kararda maddi hata varsa evet; esasa hayır
e) İtirazın süresi ne kadardır?	120 gün		
f) Kararın Taraflarca Tanınması	Karar tarafları bağlayıcıdır; ICSID Sözleşmesinde belirtilenler dışında bir çözüme konu olamaz.	Karar tarafları bağlayıcıdır. Taraflar ICC kuralları altında tahkime başvurduğunda hakem kararın koşulsuz olarak ve ertelemeden uygulamayı kabul etmiş sayılırlar.	Taraflar kararın gereğini ertelemeksizin yerine getirir.
f) Karar üst bir makam tarafından inceleniyor mu?	Hayır	Evet; Tahkim divanı kararı şekil açısından inceler ve içerik hakkında tavsiyede bulunur	Hayır
14. Tahkim Masrafları			
a)Başvuruda bir ücret var mı ve nasıl hesaplanıyor?	Evet; 300\$	Evet; başvuruda 2000 \$ ve anlaşmazlık tutarının yüzdesi,	Hayır
b) Hakemlerin ücreti nasıl belirleniyor?	Günlük 600 SDR ve heyet üyelerinin doğrudan masrafları	Zamana ve ihtilafın tutarına göre tahkim divanı belirler	Zamana ve ihtilafın tutarına göre eğer Hakem tayin edecek bir otorite belirlenmişse onun masrafları da dahil edilir
c)Masrafı kim öder?	Anlaşma yoksa, heyet kararıyla	Heyet kararıyla	Kural olarak davayı kaybeden taraf, duruma göre hakem kararıyla
d)Nihai masraf için bir güvence isteniyor mu?	Hayır	Evet	Evet

Kaynak: EMEK U., Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, DPT, 1999, <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>