YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE ICSID TAHKİMİ

Dr. Süleyman DOST

Asil Yayınevi

ISBN: 975-9091-83-6

ANKARA-2006

Eşime ve Çocuklarıma…

ÖNSÖZ

Dünyada yaşanan ekonomik, teknolojik ve hukuki gelişmeler devletleri, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü kabule zorlamıştır. Tahkim yolları arasında da en önemlisi ve dikkat çekici olanı da şüphesiz ICSID tahkim yoludur. Çünkü ICSID Sözleşmesi, Sözleşme'nin tarafı devletlerle diğer taraf devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk va tahkim öngörmektedir. Yani, uyuşmazlığın bir tarfında yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet, diğer tarfında ise yabancı yatırımcı bulunmaktadır.

Yabancı yatırımcılar eliyle gerçekleştirilen yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tahkime başvurmak ülkemiz açısından yeni sayılabilecek bir durumdur. Özellikle de kamu yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünün hukuken mümkün hale gelmesi uzun bir süreçten geçerek gerçekleşmiştir. Şimdi ise, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için yabancı yatırımcılar Türkiye aleyhine, Türk yatırımcılar da yatırım yaptıkları ev sahibi ülkeler aleyhine tahkim prosedürünü işletebilmektedirler.

Elinizde bulunan bu Çalışma özellikle ICSID tahkim yolunu incelemekte, çıkan sonuçları ortaya koymakta ve böylece Türkiye hakkında açılmış ve açılacak tahkim davaları ile Türk yatırımcıların ev sahibi ülkeler aleyhine başlatmış veya başlatacak oldukları tahkim sürecine ışık tutmaya çalışmaktadır. Eksiklikleriyle birlikte bu çalışmanın ülkemizde özellikle tahkim alanında yapılan çalışmalara, Türkiye ve Türk yatırımcıların menfaatlerinin korunmasına küçük de olsa bir katkıda bulunması en büyük temennimizdir.

Bu çalışmanın meydana gelmesinde emeği geçenlerin isimlerini zikretmek minnettarlığın bir gereğidir. Bu bağlamda, bu eserin şekillenmesinde tavsiyeleriyle yol ve yön gösteren Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı, Değerli Hocam Prof. Dr. Enver BOZKURT'a teşekkürü bir borç bilirim.

Ayrıca, bilimsel yöntem konusuda tavsiyeleriyle katkıda bulunan Doç. Dr. Faruk TURHAN'a, Prof. Dr. Bilal Murat ÖZGÜVEN'e, kitabın basılmasında emeği geçen Asil Yayın Dağıtımın değerli yönetici ve çalışanlarına ve nihayet desteğini benden esirgemeyen değerli aileme teşekkür ederim.

Dr. Süleyman DOST

Mayıs 2006, Isparta

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
KISALTMALAR VII
ÖNSÖZ IV
GİRİŞ IX
BİRİNCİ BÖLÜM 1
ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM VE TAHKİMLE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER 1
I.TAHKİM KAVRAMI 1
II.TAHKİM TÜRLERİ 2
A.Ulusal ve Uluslararası Tahkim 3
B.Zorunlu ve İhtiyari Tahkim 4
C.Geçici ve Kurumsal Tahkim 5
D.Devlet Tahkimi-Özel Tahkim ve Karışık Tahkim 6
III.TAHKİM BENZERİ KAVRAMLAR 7
A.Arabuluculuk (*conciliation*) 7
B.Hakem-Bilirkişilik Kavramı 9
IV.TAHKİMİN GENEL (TEMEL) ŞARTLARI 10
A.Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olması 10
B.Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı 11
V.ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM 13
A.Genel Olarak Uluslararası Ticari Tahkim 13
1. Ticari Tahkimin Uluslararası Niteliği 13
2.Uluslararası Tahkimin Ticari Niteliği 16
B.Uluslararası Ticari Tahkimin Tercih Sebepleri 18
1.İşlemlerde Esneklik 18
2.Tarafsızlık 19
3.Gizlilik 19
4.Uzmanlık 20
5.Sonuçlandırma (Çabukluk) 20
6.Uygulanmasındaki Kolaylık 20
7.Ucuzluk 21
8.Tahkimin Dezavantajları 21
C. Uluslararası Ticari Tahkimin Hukuki Niteliği 23
VI.TAHKİME İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER 24
A.New York (NY) Sözleşmesi 25

B.Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi 29
C.UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli (1985) 31
D.Washington (ICSID) Sözleşmesi 33
E.Yatırımların Korunmasına Dair İTY Anlaşmaları 34
VII.BAZI YABANCI ÜLKELERDE ULUSLARARASI TAHKİM 35
A.İsviçre Hukukunda Uluslararası Tahkim 35
B.Fransız Hukukunda Uluslararası Tahkim 36
C.Alman Hukukunda Uluslararası Tahkim 38
D.İngiliz Hukukunda Uluslararası Tahkim 38
E.Kanada Hukukunda Uluslararası Tahkim 40
F.ABD Hukukunda Uluslararası Tahkim 41
VIII. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI TAHKİM 42
A.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği 42
B.4501 Sayılı Kanun 44
C.4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 44
1.Amaç Kapsam ve Kanunun Uygulama Alanı 45
2.Tahkim Sözleşmesinin Şekli 45
3.Usul ve Esasa Uygulanacak Hukuk 46
4.Tahkim İtirazı 47
5. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz 47
6.Tahkim Süresi 48
7. Kanun Yolları 48
8.Yabancılık Unsuru 48
D.4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar (DYY) Kanunu 49
E.HUMK ve MÖHUK'un Tahkime İlişkin Hükümleri 49
F. Uluslararası Ticari Tahkimin Eleştirisi 50
IX.BİRİNCİ BÖLÜM ÖZETİ 51
İKİNCİ BÖLÜM 54
KAMU YATIRIMLARININ YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ İLE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ VE ULUSLARARASI TAHKİM 54
I.GENEL OLARAK 54
II.KAMU HİZMETİ VE KAMU İMTİYAZI KAVRAMLARI 55
A.Kamu Hizmeti Kavramı 56
1.Genel Olarak 56
2.Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri 56
B.Kamu İmtiyazı Kavramı ve Türleri 57

III.YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ 60
A.Genel Olarak..... 60
B.Doktrinde YİD Modeli 61
C.YİD Modelinin Gelişiminde Yasal ve Yargısal Süreç 63
1.Yasal Düzenlemelerde YİD Modeli 63
2.Yargısal Süreçte YİD Modeli 66
3.YİD Uygulamalarının Tıkanması ve 1999 AY Değişikliği..... 69
4.İmtiyaz Sözleşmelerinde Mevcut Hukuki Durum 70
a.1999 Anayasa Değişikliği..... 71
b.Danıştay Kanunu ve İYUK'ta Değişiklik 74
c.3996 sayılı YİD Kanunu'nda Değişiklik..... 74
d. 4501 Sayılı Kanun 76
e.4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 78
f.Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu..... 84
IV.YAP-İŞLET MODELİ 87
V.KAMU İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ VE ULUSLARARASI TAHKİM..... 88
A. İmtiyaz Sözleşmeleri ile Tahkim İlişkisi..... 88
B.İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Tercih Sebepleri 89
VI.İKİNCİ BÖLÜM ÖZETİ VE DEĞERLENDİRME 92
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 97
YABANCI YATIRIMLARIN ULUSLARARASI KORUNMASI VE İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARI 97
I.YABANCI SERMAYE..... 97
A.Yabancı Sermaye/Yatırım Kavramı 97
1. Genel Olarak Yabancı Sermaye Kavramı 97
2.Doğrudan Yabancı Yatırımlar (DYY)..... 99
B.Türkiye'de Yabancı Sermaye ve Teşvik Politikaları 102
C.Yabancı Yatırımların Korunması 105
1. Yabancı Yatırımlar Hakkında Ulusal Mevzuat 106
2.Yatırım Anlaşması 107
3.Yabancı Yatırımların Uluslararası Korunması 108
a.Tarihsel Gelişim (Uluslararası Kurumlar)..... 109
b.ICSID ve MIGA Sözleşmeleri 111
c.İki Taraflı Yatırım (İTY) Anlaşmaları 113
d.Bölgesel Anlaşmalar 115
e.MAI Sözleşme Taslağı 117

II.İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARI 120
A.Genel Olarak 120
B.İTY'lerin Yapılış Amaçları 121
C.Yatırımcı ve Kontrol Esası Kavramları 123
D.Yatırım Kavramı 124
E.İki Taraflı Anlaşmaların İçeriği 125
F.Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü 132
G.İTY Anlaşmalarının Değerlendirilmesi 134
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 136
ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMALIKLARININ ICSID TAHKİMİ YOLUYLA ÇÖZÜMÜ VE TÜRKİYE 136
I.GENEL OLARAK ICSID TAHKİMİ 136
II.ICSID TAHKİMİNİN AYIRICI ÖZELLİKLERİ 138
III.ICSID TAHKİM SİSTEMİ 140
A.Organlar 140
1.İdari Konsey 140
2.Sekreterlik 141
3.Panel 142
4.Merkez'in Finansmanı 143
B.Merkezin Yargılama Yetkisi 144
1.Yargılama Konusu 144
2.Uyuşmazlığın Tarafları 146
3.Yazılı Tahkim Sözleşmesi 149
C.Yargılamanın Başlaması 151
1.Tahkim Heyetinin Oluşması ve Yargılamanın Başlaması 151
2.Arabuluculuk (*Conciliation*) 152
D.Heyet İncelemesi Ve Uygulanacak Hukuk (Esas-Usul) 154
1.Esasa Uygulanacak Hukuk 154
2.Usul Kuralları 157
E.Karar 158
1.Kararın Alınması 158
2.Kararın Yorumu, Düzeltilmesi ve Geçersiz Kılınması 159
a.Kararın Yorumu 159
b.Kararın Düzeltilmesi 160
c. Kararın Geçersiz Kılınması (İptali) 160
F.Kararın Uygulanması 163
G.Ek İmkan Kuralları 165
IV.ICSID TAHKİMİNDEKİ TEMEL UYUŞMAZLIKLAR 166

A.Kamulaştırma ve Benzeri Tasarruflar 166
1.Genel Olarak 166
2.ICSID Yargılamasından Olaylar 169
a.Tradex - Albania 169
b.Metalclad - United Mexican States 171
c.Robert Azinian - United Mexican States 172
d.Waste - United Mexican States 174
e.S.D. Myers Inc. - Canada 174
f.Ethyl - Canada 175
g.Marvin Feldman - United Mexican States 177
h.Cement Shipping - Egypt 178
ı.Goetz - Burundi 178
i.Tanzania ESC - Independent Power TL 179
3.Kamulaştırma ile İlgili Değerlendirme 180
B.Tazminatın Hesaplanması 181
1.Genel Olarak 181
2.ICSID Yargılamasından Olaylar 181
a.Metalclad - United Mexican States 181
b.Santa Elena, S.A. - Costa Rica 182
C.Yatırımcının Uyruğu Ve Yabancı Kontrolü 183
1.Genel Olarak 183
2. ICSID Yargılamasından Olaylar 184
a.Autopista - Venezuela 184
b.Banro American - Congo 186
c.Diğer Örnekler 186
3.Kararların Değerlendirilmesi 187
D.Uyuşmazlığın Ulusal Hukukla Sınırlı Tutulması 188
E.En Çok Gözetilen Ulus Kaydı 190
F.Sorumluluğun Sermaye İle Sınırlı Tutulması 191
G.Esasa Uygulanacak Hukuk 192
V.ICSID VE TÜRKİYE 193
1.Genel Olarak 193
2.PSEG/NACC/Ilgın - Türkiye 196
a.Dava Konusu Olaylar 196
b.Tarafların İddiaları 198
c.Türkiye'nin Yargılama Yetkisine Dair İtirazları 198
d.Kararın Değerlendirilmesi 199
3.Libananco-Türkiye 199

4.Türk Uyruklu Şirketlerin Davaları 200
SONUÇ 201
KAYNAKLAR 211

KISALTMALAR

AAA : American Arbitration Association
AB : Avrupa Birliği
ADR : Alternative Dispute Resolution
AF : Additional Facility
AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY : Anayasa
AYM : Anayasa Mahkemesi
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BIT : Bilateral Investment Treaty (İki Taraflı Yatırım Anlaşması)
Bkz : Bakınız
BOT : Build-Operate-Transfer
BTHAE : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C : Cilt
DPT : Devlet Planlama Teşkilatı
DYY : Doğrudan Yabancı Yatırımlar (Kanunu)
FAA : Federal Arbitration Act
HD : Hukuk Dairesi (Yargıtay)
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC : International Chamber of Commerce
ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes
İTY : İki Taraflı Yatırım (Anlaşmaları)
İYUK : İdari Yargılama Usulü Kanunu
KİT : Kamu İktisadi Teşebbüsleri
LCIA : London Court of International Arbitration
m. : madde
MAI : Multilateral Agreement of Investment
MHB :Milletlerarası Hukuk Bülteni
MIGA : Multilateral Investment Guarantee Agency
MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO : Milletlerarası Ticaret Odası
NAFTA : North American Free Trade Agreement

NY : New York (Sözleşmesi)
NYU : New York University
OECD : Organization for Economic Cooperation and Development
(Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı)
p. : Paragraf
R.G. : Resmi Gazete
S :Sayı
s. : Sayfa
TCMB : Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TBB :Türkiye Barolar Birliği
TEK : Türkiye Elektrik Kurumu
UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD : Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı
vd. : Ve devamı
v. :Verses (Karşı)
YDK :Yüksek Denetleme Kurulu
Yİ :Yap-işlet
YİD :Yap-İşlet-Devret

GİRİŞ

Dünya hızlı bir değişim süreci yaşamaktadır. Teknolojik gelişmeler ve ekonomik rekabet, sınır ötesi ilişkileri giderek yoğun ve karmaşık hale getirmektedir. Artık günümüzde, Türkiye dahil hiçbir devletin bu değişme ve gelişmenin dışında kalma imkanı bulunmamaktadır. Hukuk sistemleri, ekonomi ve teknolojinin bu dinamiklerine ayak uydurmak ve yaşanan bu değişime paralel olarak gelişme göstermek zorundadır.

Bu değişim ve gelişimin zorunlu sonucu olarak, yabancı sermaye yatırımları, gelişmekte olan ülkeler için ekonomik kalkınmanın vazgeçilmez bir aracı olarak görülmeye başlanmıştır. Ülkeler, yabancı sermayeyi kendilerine çekebilmek için yarış içine girmişlerdir. Yabancı sermaye ise günümüzde, ülkeler arasında çok hızlı yer değiştirebilmektedir. Bu sermaye hareketliliğinin önemli bir kısmını, genellikle gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere gerçekleşen uluslararası nitelikli doğrudan yabancı yatırımlar oluşturmaktadır. Doğrudan yabancı yatırımlar, ev sahibi ülkenin ekonomik kalkınmasına, istihdamına, teknolojik gelişmesine, ihracata yönelik üretim yapmasına ve ithalat ihracat dengesinin kurulmasına çeşitli açılardan katkıda bulunmaktadır. Son yıllarda Türkiye de yabancı sermaye ve özellikle doğrudan yabancı yatırımları şiddetle teşvik eden ülkeler arasında yer almıştır.

Diğer yandan yabancı yatırımcılar, uluslararası ticari tahkimi, ev sahibi ülkede gerçekleştirmeyi planladıkları yatırımlar için, bir önşart olarak sunmaktadır. Çünkü, ticari tahkim, yatırımla ilgili çıkması muhtemel bir uyuşmazlıkta, taraflara, daha sözleşmenin başından itibaren kabul edilen ve öngörülebilirlik sağlayan bir çözüm yolu sağlamaktadır. Bu nedenle dünyada uluslararası ticari tahkim ile ilgili olarak çok sayıda uluslararası sözleşme yapılmıştır. Yabancı yatırımları teşvik eden bir ülke olarak Türkiye de, bu sözleşmelerin çoğuna taraf olmuştur. Bu kapsamda Türkiye'nin sadece yabancı sermaye kabul eden ülke değil, aynı zamanda

sermaye ihraç eden bir ülke olduğu gerçeğinden hareketle uluslararası ticari tahkim, Türk girişimcilerin de uluslararası nitelikli yatırım ve ticari işlerinden doğan uyuşmazlıklarının çözümünde başvurabilecekleri bir yargı yolu haline gelmiştir.

Türkiye'de beş altı yıl öncesine kadar, kamu imtiyazı şeklinde yabancılara yaptırılan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime gidilemiyordu. 1980 sonrası başlayan özelleştirme ve uluslararası ticaret ve yatırım ilişkilerinin yoğunlaşması, Türkiye'de uluslararası ticari tahkim konusunda, ulusal hukuki düzenleme ihtiyacını açık bir şekilde göstermişti. Uzun süren bir yargısal süreçten sonra nihayet 1999 Anayasa değişikliği ve ardından gelen yasal düzenlemelerle, ülkemizde uluslararası ticari tahkim alanı hukuki zemine kavuşturulmuştur. Aslında bu durum Türkiye'nin, 1960'lı yıllardan itibaren imzalamaya başladığı uluslararası ticari tahkim ile ilgili ikili ve çok taraflı sözleşmelere, ulusal mevzuatını uyumlu hale getirmesinden başka bir şey değildi.

Bu Çalışmanın konusunu teşkil eden Washington Sözleşmesi de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu çok sayıda devletin taraf olduğu, tahkimle ilgili önemli sözleşmelerden biridir. Washington Sözleşmesi, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) kurduğu için, Sözleşme, "ICSID Sözleşmesi", öngörülen tahkim sistemi de "ICSID Tahkimi" olarak da adlandırılmaktadır.

ICSID Sözleşmesi, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi bir araç ve tehdit unsuru olmaktan çıkararak uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini dengeleyen bir platformda çözümünü hedeflemektedir. ICSID, devletlerle diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için özel bir tahkim sistemi getirmiş ve ulusal hukuklardan bağımsız bir mekanizma kurmuştur. Dünya Bankası bünyesinde oluşturulan ICSID tahkim sistemi, özellikle, bütün taraf devletlerde otomatik tanıma ve tenfiz gücüne sahip olması ve devletleri, başka ülkede yatırımcı olan kendi

vatandaşına, diplomatik himaye uygulamaktan yasaklaması yönlerinden kendine has bir yapı oluşturmuştur.

Sözleşme'nin öngördüğü tahkim mekanizması, ülkemizde özellikle yap-işlet-devret (YİD) modeli ile yabancı yatırımcılara yaptırılan uluslararası nitelikli yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için gidilecek en önemli yargı yoludur. Henüz Türkiye ile ilgili, sadece bir uyuşmazlıkla ilgili yargılamanın sürdüğü ICSID tahkim sistemi ve önemi, ülkemizde yeterince bilinmemektedir. Bu nedenle çalışmamızda, ICSID tahkim sistemi ve ICSID tahkimi ile çözülen uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalarda tahkim heyetlerinin verdiği kararlar ele alınacak ve bu kararların özellikle Türkiye hakkında ifade ettiği anlam ortaya konmaya çalışılacaktır.

Bu çalışmada esas olarak, yabancı yatırımcının menfaatleri ile ev sahibi taraf devletin menfaatleri arasında hassas bir denge kurmaya çalışan ICSID tahkim sistemi konu alınmıştır. Çalışma dört bölümden oluşmaktadır: *Birinci Bölümde* genel olarak tahkim kavramı, tahkim türleri, tahkim benzeri kavramlar, tahkimin temel şartları, uluslararası ticari tahkim kavramı, uluslararası ticari tahkime ilişkin uluslararası düzenlemeler ile bazı yabancı ülkelerde ve Türkiye'de uluslararası tahkim ele alınacaktır. Ayrıca bu bölümde ICSID Sözleşmesinin diğer düzenlemeler arasındaki yerine değinilecektir.

İkinci Bölümde kamu hizmeti ve kamu imtiyazı kavramları ile ICSID Sözleşmesinin yargılama konusuna giren, Türk hukukundaki imtiyaz sözleşmeleri ve özellikle YİD modeli ve gelişim süreci ele alınacaktır. Bu kapsamda kamu yatırımları ile uluslararası tahkim arasındaki ilişki ile imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin tercih edilmesinin sebepleri üzerinde durulacaktır.

Üçüncü Bölümde yabancı yatırımların uluslararası korunması bağlamında yabancı sermaye ve yatırım kavramları, yabancı yatırımların ulusal ve uluslararası korunması hakkındaki düzenlemelere değinilecektir. Daha sonra bu düzenlemeler arasında özel bir önemi olan ve taraflar

arasında uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlığın çözümü için ICSID tahkimi öngören iki taraflı yatırım (İTY) anlaşmaları ele alınacaktır.

Dördüncü Bölümde ise bu çalışmanın esas konusunu oluşturan ICSID tahkim sistemi ve işleyişi anlatıldıktan sonra, ICSID tahkim uygulamasında ortaya çıkan temel uyuşmazlıklar ve bunlarla ilgili verilen tahkim kararları incelenecektir. Bu bölümde ayrıca Türkiye ile ilgili olarak devam eden ICSID tahkim yargılaması üzerinde durulacaktır.

Sonuç Bölümünde de incelenen konularda ortaya çıkan sonuçlar ve Türkiye hakkındaki değerlendirmeye yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM VE TAHKİMLE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

I.TAHKİM KAVRAMI

1982 Anayasası yargı yetkisinin, Türk milleti adına bağımsız mahkemeler eliyle kullanılacağını belirtmektedir (AY, m.9). Uyuşmazlık halinde kişiler, haklarını mahkemelerde tespit ettirir ve bu kararların devlet eliyle uygulanmasını sağlarlar. Zira uyuşmazlıkların toplumsal barışı bozduğu herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu nedenle adalet hizmetleri eskiden beri devletlerin klasik bir kamu hizmeti olarak görülmüştür. Ancak bu gün için devletlerin adalet hizmetlerini etkin, süratli, adil ve ucuz bir şekilde gerçekleştirdiğini söylemek zordur.[1] İşte bu noktada tahkim, uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözümlenmesi kuralına getirilmiş bir istisna (devlet yargısına alternatif) olarak karşımıza çıkmaktadır.[2]

Tahkim gerçekten ilk çağlardan beri insanların uyuşmazlıkları çözme yöntemi olarak kullandığı bir usuldür. Roma, Yunan, Cermen, Hint ve İslam hukuku gibi bütün temel hukuk sistemlerinde tahkime yer verilmiştir.[3] Fakat günümüzde tahkim, geçmişten farklı bir önem kazanmıştır. Çünkü tahkim kişilerin iradesi üstüne kurulmuş bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bu itibarla tahkim bu günkü sivilleşme ve demokratikleşme süreç ve anlayışı ile örtüşmektedir.[4]

Konumuz, uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü olduğu için burada tahkim kavramı hakkında bazı temel tanım ve bilgileri vermek yeterli olacaktır. Buna göre tahkim "hukuk uyuşmazlıklarının mahkemeler yerine hakemler eliyle çözülmesi"dir.[5] Bir başka tanımda "bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması" şeklinde ifade

---

[1] ŞANLI, Cemal, **"Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlenmesi ve MTO'nun ADR Kuralları" (=ADR Kuralları),** MHB, Yıl:22, Sayı:1, 2002, s.57.

[2] BERNSTEIN, Ronald/TACKABERRY, John/MARRIOT, Arthur L./WOOD, Derek, **Handbook of Arbitration Practice,** London, 1998, s.4.; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **"Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim"**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000, s.295.

[3] Tahkim kurumunun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz:YEĞENGİL, Rasih, **Tahkim (L'arbitrage),** İstanbul, 1974, s.11-82.

[4] ŞANLI, Cemal, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, s.5-6.

[5] AKYOL, Şener, **"Milletlerarası Tahkim (Sorunlar-Çözümler-Öneriler)"**, M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.51.

edilmiştir.[6] Daha geniş başka bir görüşe göre tahkim "taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan belirli hukuki uyuşmazlıkların, devlet yargısı dışında, taraflarca seçilen ve hakem[7] denilen tarafsız özel şahıslar tarafından nihai olarak karara bağlanması"dır.[8]

Tahkim kavramını bütün yönleriyle ele alan diğer bir tanıma göre "Kanunun men etmediği konularda[9] taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı[10] şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesi"dir.[11]

Bütün bu tanımlarda tahkimin şu unsurları dikkat çekmektedir: İlki hakemlerin anlaşmazlığın çözümüne ilişkin yargısal faaliyetinin taraflar arasındaki sözleşmeye veya sözleşmeye konulan şarta dayanmasıdır. Diğeri hakem veya tahkim heyetinin anlaşmazlığı mahkemeler gibi çözme görevidir. Nihayet tahkimin özel bir yargılama prosedürü olmasıdır.

II.TAHKİM TÜRLERİ

Tahkim, zorunlu veya ihtiyari oluşuna, geçici (ad hoc) veya kurumsal olmasına, ulusal veya uluslararası niteliğine veya tahkime başvuran tarafların kamu veya özel kişiler olmasına göre sınıflandırılabilir.

---

[6] KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.VI, İstanbul, 2001, s. 5874.; ŞANLI**, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, s.6.

[7] Uyuşmazlığı çözmek için atanan tek kişi ise "hakem", birden fazla ise "tahkim heyeti" kavramları kullanılacaktır. Kararlar için ise, ister tek kişi ister tahkim heyeti tarafından verilsin, "tahkim kararı" veya "hakem kararı" ifadesi tercih edilecektir.

[8] ŞANLI, Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (=Esasa Uygulanacak Hukuk),** Ankara, 1986, s.17.; YEĞENGİL, s.94.

[9] İflas davaları veya taşınmazlara ilişkin ayni haklardan doğan uyuşmazlıklar, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi olduğu için, bu uyuşmazlıkların ticari tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir. Bunun sebebi de tahkim kararlarının hukuki etkisinin nispi, yani sadece taraflar için bağlayıcı olduğu ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bkz: BİRSEL, Mahmut, Tevfik, **"Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Convention) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri" (=Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri)**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, 1998, s.499.

[10] İster ulusal, ister uluslararası ticari tahkim yargılaması, ulusal kanun koyucunun iradesinden güç almaktadır. Ulusal hukuk tahkim yargılamasına izin vermediği müddetçe, resmi sıfatı olmayan sivil kişilerin tahkim yargılaması yapması mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası ticari tahkime izin verilmesinin ulusal egemenliğe aykırı olduğu yolundaki iddia yerinde değildir. Bkz: ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, s.6.

[11] YEĞENGİL, s.30.; Ayrıca bkz: BİRSEL, Mahmut Tevfik/BUDAK, Ali Cem, **"Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği",** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997, s.171.

A.Ulusal ve Uluslararası Tahkim

Ulusal hukuk düzenlemeleri içinde bulunan ve uygulama alanı ülkesel olan tahkim türüne ulusal tahkim (iç tahkim) denir. Yargıtay kararlarında ulusal tahkim, "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez" hükmünü içeren HUMK (m.518) ile sınırlı alan içinde mahkemelerin yargı yetkisinin yerine geçebilen, usul hukukunun tali bir kurumu olarak değerlendirilmektedir.[12] Ulusal tahkimde verilen bir kararın tenfiz kabiliyetine sahip olabilmesi için, verildikleri ülkenin tahkim yargılamasına[13] ilişkin hukuki düzenlemelerine uygun olması gerekir.[14]

Uluslararası tahkim ise, uluslararası ticari ilişkilerle ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ile ilgili olan ve yabancılık[15] unsurunun bulunduğu tahkim türüdür.[16] Uluslararası tahkimin en bariz özelliği, taraflara ve hakemlere, tahkimin teşkilatlandırılması ve şekillendirilmesinde geniş bir irade serbestisi ve hareket alanı tanınmasına ihtiyaç göstermesidir.[17]

"Uluslararası tahkim" yerine, "uluslararası ticari tahkim" kavramının kullanılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre "uluslararası tahkim" kavramı, devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan ve aslında devletler genel hukukunun konusunu oluşturan tahkimleri de kapsayan bir "üst kavram" izlenimi vermektedir. Bu nedenle, yanlış anlaşılmaya müsait olan bu kavram yerine, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerle ilgili tahkimi ifade etmek için "uluslararası ticari tahkim" kavramı tercih edilmelidir.[18] Ancak biz çalışmamızda, bu şekilde bir ayırım gözetmeksizin, aksi belirtilmediği sürece "ticari tahkim", "uluslararası tahkim" veya

---

[12] BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri,** s.500.

[13] Çalışmamızda uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurma, "tahkim davası" ve tahkim süreci de "tahkim yargılaması" olarak adlandırılacaktır. Çünkü tahkim süreci, devlet yargısındaki dava ve yargılamaya benzemektedir.

[14] KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s.26.

[15] *Yabancılık* unsurunun belirlenmesinde genel olarak iki ölçüt kullanılmaktadır. Bunlardan ilki toprak esasıdır. Bu görüşe göre, yabancı bir ülkede cereyan eden tahkim yabancıdır. İkinci görüş tahkim prosedürü sırasında uygulanan usul hukukuna göre yabancılık unsurunun belirlenmesidir. Buna göre, yabancı bir devletin usul hukuku uygulanarak verilen kararlar yabancı hakem kararıdır. Hakemin veya hakem heyetinin toplandığı yerin, yabancılık unsuru açısından bir önemi yoktur. Yargıtay'ın her iki görüşe yer veren kararları olduğu gibi her ikisini birlikte uyguladığı kararları da vardır. Bkz: NOMER, Ergin **"Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi"**, Mahmut Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, s.296 vd.

[16] KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, s.26-27.

[17] KALPSÜZ, Turgut, **"İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim"**, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler- Tartışmalar), BTHAE, 1997, s.8.

[18] NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/GELGEL, Günseli, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul 2000, s.3-4.; ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, s.6-8.

uluslararası ticari tahkim" kavramlarını, uluslararası ticaret ve yatırım ilişkileri için başvurulan tahkim anlamında kullanacağız.

Bu çalışmanın konusu uluslararası tahkimin, kendisine has özelliklerini, bünyesinde barındıran türü olarak, ICSID[19] Tahkimidir. Bu nedenle uluslararası tahkim kavramı, tercih sebepleri, hukuki niteliği ile uluslararası tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerine yer verilecektir. Diğer yandan konu ve kavram bütünlüğünü sağlamak için tahkimin bundan sonraki diğer türlerini açıklarken, uluslararası ticaret ve yatırım ilişkileri için başvurulan tahkim esas alınacaktır.

B.Zorunlu ve İhtiyari Tahkim

Tahkim yönteminin özelliği devlet yargısına bir istisna oluşudur. Bu nedenle belirli alanlarda tahkime başvurmak kural olarak ihtiyaridir. Ancak devlet çeşitli nedenlerle bazı uyuşmazlıklar için tahkim usulünü zorunlu kılmaktadır. Kanundan doğan bu zorunluluk, taraf iradelerini bertaraf eder. Bu suretle kanundan doğan tahkime zorunlu tahkim denir. Tarafların bir sözleşmeyle veya sözleşmeye konulan bir şart ile kendi özgür iradeleri ile kabul ettikleri tahkime ise ihtiyari tahkim adı verilmektedir.[20]

Ulusal hukukumuzda HUMK, 516-536. maddeleri arasında düzenlenen ve ulusal (iç) tahkimi düzenleyen tahkim ihtiyari tahkimdir. Ancak istisnai bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunludur. Bu durum, özel kanun hükümleri ile düzenlenmiştir.[21] Bu durumlarda taraflar devlet mahkemelerinde dava açamazlar, özel kanunda gösterilen tahkime başvurmak zorundadır.[22]

---

[19] Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyumazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Washington Sözleşmesi, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası bir Merkez (International Centre for Settlement of Investment Disputes=ICSID) kurmaktadır (ICSID, m.1). Bu nedenle Washington Sözleşmesi, daha yaygın olarak "ICSID Sözleşmesi" olarak anılmaktadır. Biz de çalışmamızda genellikle bu kavramı tercih edeceğiz. ICSID Sözleşmesi ve Türkiye bakımından yürürlüğü hakkında ileride bilgi verilecektir.

[20] YEĞENGİL, s.101 ve 102.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 1994, s. 724.

[21] Özel kanunlarda düzenlenen zorunlu tahkim hallerinden başka, özel kanunlarla düzenlenmiş olan ihtiyari tahkim halleri de vardır. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Hakkındaki Kanun, Ticaret ve Sanayi Odaları hakkındaki Kanun, Kooperatifler Kanunu ve Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunda düzenlenmiş olan ihtiyari tahkim halleri bu duruma örnek gösterilebilir. Geniş bilgi için Bkz: AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s.25-26. Ayrıca Bkz: ÖZBAY, İbrahim, **Hakem Kararlarına Karşı Olağan Kanun Yolu (Hakem Kararlarının Temyizi),** Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2003, s.12 vd.

[22] Zorunlu Tahkim hallerine şunlar örnek gösterilebilir:3533 sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayenin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkındaki Kanuna tabi olan uyuşmazlıkların çözülmesi, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanununun 25. maddesine göre tütün ekicisi ile tütün alıcısı arasında yazılı alım-satım sözleşmesinin bu kanuna göre uygulama ve yürütümünden doğan

C.Geçici ve Kurumsal Tahkim

Uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın çözümünün kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzuladıkları ve bunun için de tahkimin tüm unsurlarını kendilerinin tayin ettiği tahkim türüne geçici tahkim (*ad hoc Arbitration*) denir. Bu durumda taraflar, herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmaksızın hakem veya tahkim heyetini, tahkim yerini, tahkim usulünü, uygulanacak hukuku tespit ederler veya bu konuda hakemlere yetki verirler. Dolayısıyla tahkim heyeti, taraflar arasındaki somut uyuşmazlığın çözümü için geçici olarak ve herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın kurulmuş olmaktadır.[23]

Ad hoc tahkimin tercih edilmesinde önemli bazı nedenler vardır: Tarafların uluslararası ticari sisteme güvensizlikleri, kurumsal tahkimde etkisi olabileceğini düşündükleri güçlü kuruluşların veya devletlerin ticari sırlarına vakıf olmalarını istememeleri şeklinde sayılabilir. Özellikle gelişmemiş veya gelişmekte olan ülkelerde uluslararası ticari tahkim kurumlarının batılı zengin ülkelerin çıkarlarını temsil ve empoze ettikleri düşüncesi ad hoc tahkimin tercih sebebi olmaktadır.[24] Diğer yandan hakem ücretinin yanında, kurumsal tahkimde tahkimi organize eden kuruma da idari ücret (harç) verilmesi sebebiyle tahkim masrafları, ad hoc tahkimde daha az olmaktadır. Bu bakımdan küçük miktarlı uyuşmazlıklarda ad hoc tahkim tercih edilmektedir.[25]

Kurumsal tahkim ise, uyuşmazlığın çözümünün tahkim için oluşturulmuş kurumların himayesinde yapıldığı ve tahkim kurallarının da bu kurumlar tarafından tespit edildiği tahkim usulüdür. Kurumsal tahkimde bu kurumların tahkim için özel kuralları, yönetim desteği ve konu aşinalığı söz konusudur. Verilen kararların uygulanabilirliği ad hoc tahkime göre daha kolaydır. Ancak masraflı olması ve bürokratik engellerin çokluğu kurumsal tahkimin dezavantajları arasında yer alır.[26]

Uluslararası ticarette, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin bir çok kurum vardır. Bu kurumlardan bir kısmı uluslararası ticaretteki rol ve faaliyetlerinin

---

uyuşmazlıkların çözümü, Noterlik Kanunu 49. maddesinde düzenlenen zorunlu tahkim halleri. Bkz:AKINCI, **Milletlerarası Tahkim,** s. 26.; ÖZBAY, 13-14.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 725.

[23] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk,** s. 69. Uygulamada tarafların, ad hoc tahkim ile ilgili olarak ileride hakkında bilgi vereceğimiz UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları görülmektedir. Bkz:**Aynı Eser** s. 98-99.

[24] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk,** s. 69.

[25] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.24-25.

[26] MCLAREN, Earl, **"Effective Use of International Commercial Arbitration"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International**,** 19(5), 2002, s.479.

ülke sınırlarını aşması veya uluslararası ticaret ile ilgili tahkimi konu edinmeleri veya üyelerinin değişik uyruklu olması sebebiyle uluslararası ticarette etkindirler. Bu kurumların en belirgin özelliğinin hukuki statülerinin oluşumunda, devletlerin iradi tasarruflarının bulunmaması olduğu belirtilmektedir.[27] Bu kurumlardan bir kısmı faaliyetlerini, herhangi bir sektör veya bir alanla sınırlamamaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC veya MTO)[28], Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu (LCIA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim kurumu bu kurumlar arasında en çok bilinen örnekleri teşkil eder. Sektör veya belirli bir alan bazında faaliyet gösteren kurumlara ise bitkisel yağ sektöründe (FOSFA), pamuk alanında (Liverpol Cotton Rules), hububat sektöründeki (GAFTA) tahkim kurumları örnek verilebilir.[29]

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden ICSID tahkimi, hem ad hoc hem de kurumsal tahkimin özelliklerini taşımaktadır. Mesela, tarafların hakem veya tahkim heyetini seçiminde ad hoc nitelik göze çarparken, tarafların uygulanacak usul kurallarını tespit etmedikleri halde, Merkez'in arabuluculuk/tahkim kurallarının (conciliation/arbitration rules) uygulanması, kurumsal tahkim niteliğini öne çıkarmaktadır.

D.Devlet Tahkimi-Özel Tahkim ve Karışık Tahkim

Uyuşmazlığın çıktığı ve tahkime başvuran tarafların kamu veya özel kişiler olmasına göre yapılan sınıflandırmada ise üç tür tahkim görülmektedir: İlki devletler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkimdir (*public arbitration*). Bu tür tahkime ilişkin kurumlar doğrudan doğruya uluslararası sözleşme ile kurulur ve Devletler Genel Hukuku alanına giren uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. İkincisi özel tahkim (*private arbitration*) denilen ve özel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarla ilgili tahkimdir. Milletlerarası Ticaret Odası tahkim yargılaması özel tahkime bir örnek teşkil eder. Üçüncüsü ise uyuşmazlığın taraflarının devlet ve özel kişilerin olduğu karışık tahkim (*mixed arbitration*) denilen tahkimdir.[30] Bu tür tahkime ise çalışmamızın esas konusunu oluşturan ICSID tahkimi örnek gösterilebilir.

---

[27] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk,** s.75.

[28] Yargıtay, MTO/ICC Tahkim Kurallarını yerel ticari tahkimde uygulanabilir prosedür olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu kararına göre MTO/ICC Tahkim Kuralları Türk hukukuna göre geçerli ve bağlayıcıdır. Bkz: Yargıtay, 15. HD., 15.06.1996, 2781-3533. (Aktaran: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri,** s.502-506.

[29] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.24. Ayrıca Bkz: BALCI, Muharrem, **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim,** Danışman Yay., İstanbul, 1999, s.327-328.

[30] DE CASSIO, Fransisco Gonzales, **"The International Center for Settlement of Investment Dispute-The Mexican Experience"**, Journal of International Arbitration, 19(3), 2002, s. 228-229.

III.TAHKİM BENZERİ KAVRAMLAR

Tahkim yargılamasına benzeyen iki kavramdan söz etmek mümkündür. Bunlar arabuluculuk (*conciliation*) ve hakem-bilirkişilik kavramlarıdır. Her iki kavram da hukuki sonuçları ve işlevi bakımından farklı özelliklere sahiptir.

A.Arabuluculuk (*conciliation*)

Hukuki sonuçları bakımından tahkimden farklı olan arabuluculuk (*conciliation*) kavramını Uyuşmazlıkların Alternatif Çözümü (*Alternative Dispute Resolution-ADR*) ADR tekniklerinin bir türü olarak görmek mümkündür.[31] Günümüzde devlet yargısının ve giderek de tahkim yönteminin, uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyaçlara cevap veremediği ileri sürülmektedir. Bu nedenle alternatif çözüm yollarına başvurulmaktadır. Uluslararası ticari işlemler çeşitlendikçe uyuşmazlıkların çözüm yollarında da yeni alternatifler aranmaktadır.[32] Uluslararası nitelikli ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde dünyada giderek yaygın biçimde ADR teknikleri kullanılmaya başlanmıştır.[33] ADR tekniklerine ve bu arada arabulucuya başvurmaya yönelten sebepleri şu şekilde sayabiliriz[34]:

Öncelikle modern hayatın dinamik ve karmaşık yapısı, çok sayıda ve çeşitte uyuşmazlıkları doğurmaktadır. Devlet mahkemeleri uyuşmazlıkların yoğunluğu altında ezilmekte, bu da davaların uzamasına ve uyuşmazlığın derinleşmesine yol açmaktadır. Ayrıca davaların uzaması parasal taleplerin değerini zamanla anlamsızlaştırmaktadır.

---

[31] Günümüzde dünyada uygulanan çeşitli arabuluculuk veya ADR teknikleri sözkonusudur. Uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan ve devlet yargısı ve tahkime alternatif olarak başvurulan arabuluculuk, uzlaştırma, müzakere, teknik bilirkişilik, ön hakemlik, üçüncü kişinin müdahalesi, uyuşmazlıkların alternatif çözümü teknikleri gibi yöntemlerin sadece ortak özelliklerinden bahsedilecek ve kavram bütünlüğünü sağlamak maksadıyla yalnızca arabuluculuk veya ADR ifadeleri kullanılacaktır.

[32] HORN, Norbert, **"The Development of Arbitration in International Financial Transactions"**, Arbitration International, LCIA, Vol:16, No:3, Özellikle s.280 vd. Özellikle uluslararası finans çevrelerinde ADR yöntemlerine başvurulduğu görülmektedir. Bkz: Aynı Eser, s.280.

[33] MURPHY, Betty Southard, **"ADR's Impact of On International Commercial"**, Dispute Resolution Journal, Vol: 48, Issue.4, December, 1993, s.74 vd. Uluslararası ticari çevrelerin ve giderek de devletlerin desteklediği alternatif çözüm yolları uluslararası ticaret ve yatırımların gelişmesinde önemli bir yere sahiptir. ADR, farklı özelliklere sahip firmalara, aralarındaki uyuşmazlığı barışçıl bir şekilde tarafsız bir ortamda çözme imkanı sağlamaktadır. Bkz: MURPHY, s.75.

[34] IDE, R. William III, **"ADR: A Giant Step Toward to Future"**, Dispute Resolution Journal, Vol: 48, Issue:4, December-1993, s.20 vd.; ŞANLI, **ADR Kuralları**, s.58-59.

Bu yüzden hak sahipleri haklarını elde edebilecekleri diğer yöntemlere başvurmaktadır.[35]

İkinci olarak günümüz hukuk sistemlerinde usul, esasın önüne geçmekte, davanın amacı haline gelmektedir. Hakimler usul kurallarına olan sıkı bağlılıkları sebebiyle, arabulucu olamamakta ve dostane bir çözüm yolu sunamamaktadırlar.

Son olarak da devlet yargısına alternatif olan tahkim yargılaması, ihtiyaçlara tam olarak cevap verememektedir. Bunun sebebi tahkimin yapısından çok tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların tenfizinin devlet mahkemelerinin onayına bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sorun, tahkimi kendisine rakip gören merkeziyetçi devlet düşüncesinin bir sonucudur.

Arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarına gerçek menfaatleri ile gerçekçi olmayan beklentilerini ayırt etmelerini sağlar. Arabuluculuk, taraflara bilgi değişimi ve görüşme zemini hazırlayarak uyuşmazlığın kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesine yardım eder. Taraflara onların benimseyebilecekleri alternatif çözüm yolları sunar. Ayrıca tahkim ve devlet yargısının aksine, arabuluculukta tarafları ve arabulucuyu bağlayan kurallar yoktur. Burada amaç, uyuşmazlığın ve tarafların özel durumlarını dikkate alarak en uygun şekilde çözüme ulaşmaktır. Arabuluculukta, davacı veya davalı yerine sadece uyuşmazlığın çözümünü isteyen taraflar vardır. Diğer yandan taraflar, devlet yargısına veya tahkime gitmeden önce de bu yola başvurabilirler. Hatta bu konuda taraflar aralarındaki sözleşmeye öncelikle arabulucuya başvuracaklarına dair bir şart öngörebilirler. Bu durumda tarafların uyuşmazlığı öncelikle arabulucuya götürmeleri gerektiği kabul edilmektedir.[36]

Bu konuda şunu da belirtmek gerekir ki, arabulucunun sunduğu çözüm, taraflar açısından bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar niteliğinde değildir. Bu yolla taraflar bir çözüme ulaşamamışlar ise uyuşmazlık devlet yargısı veya tahkime götürülecektir. Bu durum, ADR tekniklerinin ve arabuluculuğun herhalde en zayıf yönünü oluşturmaktadır.

Bugün dünyada uygulanmakta olan çeşitli alternatif çözüm usulleri vardır. Bütün bu usullerin ortak özelliği tarafsız ve her iki taraf açısından güvenilir üçüncü bir kişinin ve tarafların üst düzey temsilcilerinin katılımı ile uyuşmazlıkların karşılıklı anlayış içinde çözümlenmesidir. Bu Arabuluculuk yöntemine başvurmak tamamen tarafların

[35] Mesela, Motorola Firmasının ADR yöntemlerini kullanarak milyonlarca dolar masraftan kurtulduğu belirtilmektedir. Bkz: IDE, s.21-22.
[36] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.29.

iradesine tabidir. Arabuluculuk sonucunda verilen karar, taraflar açısından bağlayıcı değildir. Bu nedenle, taraflar uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısı veya tahkime başvurabilir.[37]

Uluslararası ticarette arabuluculuğa dair hukuki düzenlemeler, uluslararası tahkimle ilgili düzenlemelere nispeten sınırlıdır.[38] Bunlar arasında en önemli kurallar UNCITRAL[39], ICC[40] ve ICSID[41] arabuluculuk kurallarıdır.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür: Arabuluculuk uyuşmazlıkların alternatif bir çözüm yoludur. Avantajlarının çokluğuna rağmen arabulucunun sunduğu çözüm, taraflar açısından bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar niteliğinde olmadığı için, tarafları, arabulucuya başvurmak konusunda çekinceye sevk etmektedir.

B.Hakem-Bilirkişilik Kavramı

Hakem veya tahkim heyeti, bir hakim gibi kanun veya tarafların uygulanmasını istedikleri kurallar çerçevesinde karar verir. Buna karşılık hakem-bilirkişiler bir uyuşmazlığın çözümünde belirli bir maddi olayı kendi uzmanlık alanları içinde tespit ederler. Hakem-bilirkişilerin yetkileri, sadece görevlendirildikleri alanla sınırlı olup tarafların arasındaki uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar vermezler. Bu kapsamda hakem-bilirkişiler, uzmanlık alanları ile ilgili olarak, bir zararın miktarını, bir şeyin değerini, bir kusurun varlığını veya bir şeyin teknik özelliklerini tespit eder. Bu nedenle hakem-bilirkişilerin verdiği kararlar tenfiz veya temyiz edilemez.[42] Özellikle sigorta

---

[37] ŞANLI, **ADR Kuralları**, s.59-61. Joint Venture sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan "Dispute Rewiev Board" usulü, herhangi bir arabulucunun yer almadığı ve doğrudan taraf temsilcilerinin katıldığı "Direct Mediation" yöntemi, tarafların sunduğu çözüm önerilerinden birinin üçüncü bir kişi tarafından seçilmesi esasına dayanan "Arbitration Limited to Arbitrator's Choice" usulü ve mahkemeye gitmeden evvel sivil jüri tarafından, tarafların açıklamaları üzerine verilen tavsiye kararına dayanan "Summary Jury Trial" bunlara örnek gösterilebilir. (Bkz: **Aynı Eser,** s.62.)

[38] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.30.

[39] Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Comission on International Trade Law) tarafından hazırlanan UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları (1980). Komisyon ayrıca 2002 yılında Arabuluculuk için de bir Model Kanun hazırlamıştır. Bkz: http://www.uncitral.org/en-index.htm

[40] Merkezi Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), ADR usullerinin gelişmesi için bir takım çalışmalar yapmaktadır. "Akreditifler İçin Yeknesak Kurallar" ve "Belgeli Akreditiflere Göre Bankadan Bankaya Ödemelere İlişkin Yeknesak Kurallar"ın uygulamasından doğan uyuşmazlıklar ile genel olarak her tür ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümü konusunda geliştirilen ADR kuralları bunlar arasında yer almaktadır. Bkz: ŞANLI, **ADR Kuralları**, s.63-64.

[41] ICSID arabuluculuk kuralları hakkında Dördüncü Bölümde ayrıntılı bilgi verilecektir.

[42] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.726.

sözleşmelerinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediği, zarar miktarı veya çalışma gücünün kayıp oranı gibi hususlarda hakem-bilirkişilere başvurulmaktadır.[43]

Burada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki hakem-bilirkişi, usul hukukunda hakimin bilgi ve uzmanlığından faydalanmak üzere başvurduğu bilirkişi kavramından farklıdır. Hakim bilgi ve uzmanlığına başvurulan bilirkişinin raporu ile bağlı değildir. Hakim, bilirkişi görüşüne aykırı karar verebilir. Bilirkişiye hukuki ilişkinin tespitinde değil, sadece dava içindeki maddi olaylar için başvurulabilir. Oysa hakem-bilirkişi uyuşmazlığın taraflarınca tayin edilir. Hakem-bilirkişi tarafından verilen tespit kararı, tarafları bağlar.[44]

IV.TAHKİMİN GENEL (TEMEL) ŞARTLARI

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için genel olarak iki temel şart vardır. Bunlardan birincisi uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi ise tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda anlaşmış olmalarıdır:

A.Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olması

Kamu Hukukunun genel esaslarına göre yargı yetkisi devletin egemenlik haklarındandır. Tahkim ise, devletin egemenlik haklarından biri olan yargılama yetkisine getirilmiş bir istisnadır. Devlet yargısı genel ve asli, tahkim yargılaması ise özel ve istisnai niteliktedir. Bu istisna da ancak bir yasama tasarrufu (kanun) ile getirilebilir. Şu halde bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak tahkime başvurabilmek için devletin hukuk düzeninin bu konuda izin vermiş olması gerekir.[45]

Genel bir çerçeve olarak, iki tarafın iradesine tabi olan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri hallerde tahkime başvurmak mümkündür denilebilir.[46] Şu halde kişiler, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkime başvurabileceklerdir. Ancak günümüzde ilişkinin özel hukuk niteliğinden ziyade, ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarla ve iç hukukta

[43] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.31. Türk Hukukunda doktrin ve uygulamada hakem-bilirkişi kararlarının *münhasır delil sözleşmesi* (HUMK md. 287) olduğu yönünde baskın görüş vardır. Bkz: **Aynı Eser,** s.31-32.

[44] Hakem-bilirkişi hakkında geniş bilgi için bkz: YEĞENGİL, s.145.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.726.

[45] YEĞENGİL, s.95.

[46] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.727-728. (Elbette bu tanım iç hukuk açısından ve genel bir çerçeve olarak verilmiştir. Hangi konularda uluslararası ticari tahkime gidileceği uluslararası ikili ve çok taraflı anlaşmalarla ve ulusal mevzuatla bir bütün olarak ortaya çıkmaktadır.)

hangi uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceği tespit edilmektedir. Bu bakımdan (mesela) taraflar, bu çalışmanın da konusunu oluşturan kamu hukukuna ilişkin yap-işlet-devret (YİD) ve kamu imtiyazları ile ilgili şartlaşma ve sözleşmelerden doğan ve devletin taraf olduğu uyuşmazlıklar hakkında da uluslararası tahkime başvurulabilecektir.[47]

B.Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı[48]

Tahkim, devlet yargısına bir istisna teşkil ettiği için, (ihtiyari tahkimde) tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir irade ortaya koymaları gerekir. Bu tahkimin temelini oluşturan bu irade, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı şeklinde gerçekleşebilir. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki esas maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olarak yapılabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesine konulan bir şart ile de yapılabilir. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı[49], tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya tahkim heyeti arasında yapılan hakemlik sözleşmesinden farklıdır. Hakemlik sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya tahkim heyeti arasında yapılan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen Borçlar Hukukuna tabi bir sözleşmedir.[50] Yine tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı, uyuşmazlığın tarafları arasında esas olarak yapılan alım-satım, hizmet, kira, istisna gibi maddi hukuk sözleşmesi ile de aynı değildir. Tahkim, esas sözleşmede bir şart olarak dahi yer alsa, geçerlilik bakımından bağımsız bir sözleşme nitelindedir. Yani biri geçerli iken diğeri geçersiz olabilir veya farklı hukuk düzenlerine tabi bulunabilir.[51]

---

[47] Aşağıda uluslararası ticari tahkimde hangi uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceği üzerinde ayrıca durulacaktır. Özellikle bkz: Uluslararası Ticari Tahkimin "Uluslararası" ve "Ticari" Nitelikleri konu başlıkları.

[48] Tahkim kavramı altında, sözleşme niteliğinde birden fazla hukuki ilişki bulunduğundan dolayı kavram bütünlüğünü sağlamak için, tahkimin temelini oluşturan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne ilişkin anlaşmaya, çalışmamızda *tahkim sözleşmesi* veya *tahkim şartı* denilecektir. Uyuşmazlığın tarafları arasında esas olarak yapılan alım-satım, hizmet, kira istisna gibi maddi hukuk anlaşmalarına da *esas sözleşme* veya *akit* ifadesi kullanılacaktır. Eğer söz konusu esas sözleşme, yatırıma ilişkin ise *yatırım anlaşması* olarak belirtilecektir. Tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya tahkim heyeti arasında yapılan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen anlaşmaya da *hakemlik sözleşmesi* adı verilecektir. Ayrıca devletler arasında yapılan ve tahkime ilişkin uluslararası anlaşmalar da kendi adıyla ifade edilecektir. Mesela ICSID Sözleşmesi, NY Sözleşmesi vb.

[49] Farklı bir görüş, tarafların tahkime başvurmayı öngördükleri uyuşmazlık, tahkim sözleşmesi yapılmadan önce doğmuş ise tahkim sözleşmesinden, henüz doğmamış fakat doğması muhtemel bir uyuşmazlığa ilişkin ise tahkim şartından bahsedilir demektedir. YEĞENGİL, s. 115.

[50] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.32.

[51] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.242-243.

Tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuatta tahkim sözleşmesi veya tahkim şartına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Uluslararası Ticari Hakemliğe İlişkin 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesine göre taraflar ayrı bir tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi, aralarındaki esas sözleşmeye bir tahkim şartı da koyabilirler. Tahkim sözleşmesinin şekli adi yazılı şekildir. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının bulunduğu esas sözleşmenin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf veya teleskriptör metni içinde bulunması gerekir.[52] (Cenevre, I/2-a)

UNCITRAL Tahkim Kuralları[53] da, taraflar arasındaki yazılı tahkim sözleşmesine işaret etmiştir (m. I/1). Ayrıca tahkim sözleşmesinin içeriğinden tahkime başvuru iradesinin açıkça anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.[54]

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO/ICC)'nın Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarına göre de tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde açık ve net ifadelerle yapılması zorunludur. Ayrıca hakemlerin yetkisini sınırlayacak ve konumlarını zayıflatacak bir sözleşme olmamalıdır. Birden çok yargı alanı veya merciin yetkili kılınmasından kaçınılmalıdır. Tahkim sözleşmesi her iki tarafın beyanlarına uygun olarak ve taraflardan birinin sözleşmeden haberi olmadığına ilişkin bir itirazda bulunamayacağı şekilde hazırlanmış olmalıdır.[55]

21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun[56] (MTK) 4/II. maddesi tahkim sözleşmesinin şeklini düzenlemektedir. Buna göre, "Tahkim sözleşmesi, yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye

---

[52] Ayrıca Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.25.

[53] Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Comission on International Trade Law) tarafından hazırlanan 15.12.1976 tarih ve 31/98 sayılı UNCITRAL Tahkim Kuralları. (İngilizce metni için Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.177-189.; Ayrıca Bkz: http://www.uncitral.org/en-index.htm) UNCITRAL Tahkim Kuralları'nı, UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli (1985) ile karıştırmamak gerekir. Aşağıda hakkında ayrıca bilgi verilecek olan UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli (1985), ülkelere, uluslararası tahkim kanunu konusunda bir model sunmak amacıyla, 1985 yılında hazırlanmıştır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu, New York'ta yapılan 24 Haziran 2002 tarihli 35. toplantısında *arabuluculuk* için de yeni bir Model Kanun kabul etmiş ve bu toplantının resmi kayıtlarının bulunduğu Rapor Ekinde (Annex, A/57/17) yayınlamıştır. Bkz: http://www.uncitral.org/en-index.htm

[54] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.44.

[55] Milletlerarası Ticaret Odası, 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren Yeni Arabulculuk ve Tahkim Kuralları'nı yürürlüğe sokmuştur. MTO/ICC Arabuluculuk ve Tahkim Kuralları için Bkz: http://www.iccwbo.org/court/english/rules/rules.asp

[56] Kanun metni için Bkz: R.G. 05.07.2001, S.24453.

yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır." Görüldüğü gibi, MTK da tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını öngörmektedir. Ancak, Kanun'da elektronik ortamda yapılan tahkim sözleşmelerinde de, yazılı tahkim şartının gerçekleştiği ifade edilmiştir. Bu yenilik, çağın gereklerine uygun bir düzenlemedir.[57]

Uluslararası nitelikli bir yatırım uyuşmazlığının ICSID tahkimi yoluyla çözülebilmesi için de, taraflar arasında bu konuda yapılmış yazılı bir anlaşma bulunması gerekir. Bu şart ICSID tahkim prosedürünün başlayabilmesi için zorunlu şarttır. Geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı, tahkim için rıza anlamına gelir.[58]

Sonuç olarak tarafların, uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin olarak bir irade ortaya koymaları gerekir. Bu irade tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı şeklinde gerçekleşebilir. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının yazılı şekilde yapılması, tahkime başvurma iradesini net bir biçimde ortaya koyması ve ayrıca şüphe ve tereddüde yer vermeyecek açıklıkta yapılması gerekmektedir.

V.ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM

Uluslararası ticari tahkim hakkında genel bilgiler verildikten sonra uluslararası ticari tahkimin tercih edilmesinin sebepleri ele alınacaktır. Daha sonra uluslararası ticari tahkimin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Nihayet uluslararası ticari tahkim ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelere yer verilecektir.

A.Genel Olarak Uluslararası Ticari Tahkim

Uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulan uluslar arası ticari tahkim kavramının uluslararası ve ticari niteliklerinden söz etmek gerekir.

1. Ticari Tahkimin Uluslararası Niteliği

Ticari tahkimin uluslararası niteliğinin tespitinde, öğreti ve uygulamada, milliyet, toprak, sözleşmenin niteliği gibi farklı ölçütler dikkate alınmaktadır. Tahkimin ulusal

[57] AKINCI, Ziya, **"Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı"** İzmir Barosu Dergisi, Sayı:4, 2001, s.54-64.

[58] Bkz: ICSID Sözleşmesi, m.25, 26, 27. Merkez'in yargılama yetkisi için gerekli şartlardan birisi olan tarafların rızası konusu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

veya uluslararası nitelikte olması, tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda uluslararası ticari tahkim kavramı uluslararası ticari ilişkilerle ve hukuk düzenlemeleri ile ilgili olan ve yabancılık unsurunun bulunduğu tahkim türü olarak tanımlanmıştı. Ancak uluslararası ticari tahkim kavramına doktrin ve uygulamada değişik anlamlar verilmektedir. Uluslararası tahkimi yabancılık unsuru taşıyan tahkim ile aynı anlamda kullananlar olduğu gibi, belirli bir ulusal hukukun sınırları içine girmeyen tahkim olarak ifade edenler de vardır. Bunun yanında uluslararası ticaretin gereklerinden hareket eden görüş, uluslararası ticari tahkim kavramını, uluslararası ticari uyuşmazlıklara ilişkin bütün hakem kararlarını içerecek şekilde genişletmiştir.[59]

Tahkimin ulusal veya uluslararası niteliğinin tespitinde tahkimin varlık sebebi olan aktin ekonomik yönünün ön plana çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir. Çağdaş eğilimler, uluslararası ticari akit kavramını, şahsi ve coğrafi bakımdan yabancılık unsuru taşımayan veya yabancılık unsuru zayıf olan veya birden çok hukuk sistemi ile bağlı olmayan, fakat uluslararası ticareti ilgilendiren akitleri de kapsar şekilde genişletmiştir. Böylece uluslararası tahkim kavramı büyük ölçüde uluslararası ticari akit kavramına bağlı kılınmıştır.[60] Bu yaklaşıma göre aynı ülkenin iki vatandaşı olan taraflar, aralarındaki ticari ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümünde, mesela uluslararası tahkim şartını içeren uluslararası bir kuruluşun standart sözleşmesini kullanmışlarsa, uyuşmazlık çıkması halinde ulusal yargı yerine uluslararası tahkime gidebilecektir.[61]

Uluslararası ticari tahkime ilişkin UNCITRAL Kanun Modeli (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), yabancı tahkim kavramı yerine uluslararası tahkim kavramını kullanmış ve şu şekilde tanımlamıştır (UNCITRAL Kanun Modeli m.1/3):

a-bir tahkim sözleşmesinin taraflarının iş yerlerinin, sözleşmenin yapıldığı tarihte ayrı devletlerde olması halinde[62]

---

[59] AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara 1994, s.23-24.

[60] EKŞİ, Nuray, **"Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı"**, MHB, Sayı:2, 1992, s.3. Uluslararası ticari *akitler* ile yabancılık unsuru taşıyan akitler genellikle aynı anlamda kullanılmaktadır. (Bkz: **Aynı Eser**, s.3.) Bir akdin ne zaman *uluslararası* nitelik taşıyacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir sözleşmenin birden çok ülkenin hukuk sistemi ile bağlantılı olması durumunu esas alanlar olduğu gibi sözleşmeyle ilgili şahsi veya coğrafi unsurlardan hareket etmek gerektiğini savunanlar da olmuştur. Bkz: ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.29-31.

[61] EMEK, Uğur, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** DPT, 1999, s.7.

[62] Model Kanun'da bulunan yabancılık tanımının, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uluslararası karakter tanıması için yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü, Model Kanun'da tarafların işyerinin farklı devletlerde olmasını aramaktadır. Oysa, Türkiye'nin yaptığı iki taraflı yatırım (İTY)

b-aşağıdaki yerlerden birinin, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde olması halinde;

i-tahkim sözleşmesinde veya tahkim sözleşmesine dayanarak belirlenmiş olan hallerde tahkim yeri,

ii-ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerine önemli bir bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya uyuşmazlığın konusunun en çok bağlantılı olduğu yer,

c- tarafların tahkim sözleşmesinin konusunun birden çok devletle ilişkili olduğunu açık bir şekilde kabul etmeleri halinde" uluslararası tahkimden söz edilir.

Ulusal mevzuatımızda "uluslararası" nitelik veya "yabancılık" unsurundan ne anlaşılması gerektiği ilk defa 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile tarif edilmiştir.[63] Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinde, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin uluslararası nitelik kazanacağını ifade etmektedir.[64]

---

anlaşmalarında, uyuşmazlığın taraflarının işyerleri Türkiye'de bulunmaktadır. Bkz: ÖZBİLGİÇ, Zergül, **"Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Türkiye"** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.79.; 21.01.2000 tarih ve 4501 Sayılı Kanun, yabancılık unsuru kavramını alabildiğine genişletmiştir. Bu nedenle yapılacak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılık unsuru bulunabilecek ve dolayısıyla uluslararası tahkime gidilebilecektir. Kanun'da *yabancılık unsuru* şu şekilde tanımlanmıştır: Sözleşmeye taraf 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. (m.2)

[63] Uluslararası tahkim konusunda Türk Hukukunda ilk kapsamlı düzenleme, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunla (MÖHUK) yapılmıştır. (m.43-45). "MÖHUK' un ilgili maddeleri, 1991 yılında 3731 sayılı Kanunla kabul edilen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York (NY) Sözleşmesi hükümlerini kaynak yaparak düzenlenmiştir." MÖHUK yabancı hakem kararları ile yabancı mahkeme kararlarını aynı kapsamda mütalaa etmiş, uluslararası niteliğe ait bir tanım getirmemiş ve sadece tanıma ve tenfizi düzenlemiştir. Bilindiği gibi, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un (MÖHUK) 1. maddesinde "yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" denmektedir. Bununla beraber, yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği MÖHUK'ta tanımlanmamıştır. Bu düzenlemeden önce yabancılık unsuru kavramı için, devletler özel hukukçularınca çeşitli tanımlar getirilmiştir. Bu tanımların ortak noktası dikkate alındığında yabancılık unsuru kavramı "bir hukuki ilişki veya olayı, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur" şeklinde ifade edilebilir. MÖHUK ve NY Sözleşmesinin ortak karakteri, "tanıma" ve "tenfiz"de karşılıklılık esasını benimsemiş olmalarıdır (MÖHUK, m.44; NY Sözleşmesi, m.I/3). Ayrıntılı bilgi için bkz: BİRSEL/BUDAK, s.187.; AKINCI, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı,** s.54-64.; NY Sözleşmesi de MÖHUK gibi, uluslararası tahkim yerine, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlenmiştir. Sözleşmenin I/1'inci maddesinde, sözleşmenin, gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacağı belirtilmektedir. NY sözleşmesi böylece, hakem kararının tabiiyetinin tahkim yerinin bulunduğu ülke olduğunu (toprak esası) kabul etmiştir. NY Sözleşmesi, aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanmaktadır. (NY Sözleşmesi, m.I/1, NY Sözleşmesinin Türkçe metni için Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.413-417.

[64] Bir tahkimde hangi durumlarda *yabancı unsur* bulunduğu ise, Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, aşağıdaki durumlar tahkimi *uluslararası* nitelikli hale getirecek yabancı unsur olarak kabul edilecektir:

Burada dikkat edilmesi gereken, MTK uyarınca bir tahkimin uluslararası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurlar (mesela tahkim usulüne uygulanacak hukuk) değil, uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurlardan hareket edilerek yabancılık unsurunun tespit edilmesidir.

Sonuç olarak Uluslararası ticari tahkim kavramına verilen anlam ve yapılan eleştirileri[65] bir kenara bırakarak "uluslararası ticaretin yarar alanına giren akitler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar için başvurulan tahkimi" uluslararası ticari tahkim olarak tanımlamak mümkündür.[66] Buna göre, uluslararası tahkim kavramı altında bir tahkim davası[67] veya kararının mutlaka belirli bir devletle ilişkilendirilmesi gereği kalmayacaktır. Yani "hakem kararının milliyeti" diye adlandırılan husus ortadan kalkmaktadır.[68]

2.Uluslararası Tahkimin Ticari Niteliği

İki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir. Mesela boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi/şartı yapılamaz. Buna karşılık alacak, menkul ve gayrimenkul mal davaları ve iş uyuşmazlıkları hakkında tahkim sözleşmesi/şartı yapılabilir.[69]

UNCITRAL Kanun Modeli (1985), ticari terimini, akdi niteliğine bakılmaksızın, ticari bir mahiyet taşıyan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır (UNCITRAL-1985, m.I/1). Bu maddede belirtilen ticari ifadesini

---

1-Tahkim sözleşmesinın taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.
2-Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
a) Tahkim sözleşmesinda belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,
b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.
3. Tahkim sözleşmesinın 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.
4. Tahkim sözleşmesinın dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

[65] Uluslar arası ticari tahkim kavramına verilen anlam ve eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz: ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk,** s. 29 vd. Ayrıca bkz:NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.3-8.

[66] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 3-4.

[67] Çalışmamızda uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurma, "tahkim davası" ve tahkim süreci de "tahkim yargılaması" olarak adlandırılacaktır.

[68] BİRSEL/BUDAK, s.207.

[69] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s. 9.

açıklayan dipnotta, sınırlayıcı olmaksızın, ticari nitelikteki hukuki ilişkilerin şunları içine aldığı belirtilmektedir: Mal ve hizmet alışverişi veya sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem, ticari temsilcilik ve acentelik, factoring, finansal kiralama, inşaat, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finansal hizmetler, bankacılık, sigortacılık, kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, joint venture ve diğer sanayi veya ticari işbirliği türleri, hava, deniz, demir veya kara yoluyla yük ve yolcu taşımacılığı.[70]

Tahkim yargılaması sonucunda verilmiş bir kararın NY Sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi talep edildiğinde anlaşmazlığın ticari niteliği özel bir önem kazanmaktadır. Çünkü Sözleşmeyi onaylayan ülkelerin büyük bir çoğunluğu sözleşmenin I/3. maddesi doğrultusunda, sözleşme hükümlerini, kendi iç hukuklarına göre ticari nitelikte sayılacak anlaşmazlıklar konusunda uygulayacaklarını beyan etmişlerdir. Türkiye de Sözleşmenin bu çekince hükmünü kullanarak, Sözleşmeyi onayladığı 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunda, "sözleşmeyi akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını" beyan etmiştir (m. 2).

Uluslararası nitelikli Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*-ICSID) kuran Sözleşme ise ICSID'in yargılama yetkisini, (Sözleşme'ye) taraf devletler ile diğer taraf devlet vatandaşları arasında "yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar" ile sınırlandırmaktadır (ICSID, m.25/1). Ancak ICSID tahkim uygulamasında, yatırım kavramı oldukça geniş tutulmaktadır. Ayrıca devletlerin yapmış oldukları İki Taraflı Yatırım (İTY) anlaşmalarında yatırım kavramına giren unsurlar sınırlayıcı olmaksızın sayılmakta ve geniş olarak uygulanmaktadır.

Sonuç olarak Türkiye'nin bugünkü hukuk sisteminde, akdi veya akdi olmayan nitelikteki ticari anlaşmazlıklar ile uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıkları [71] tahkim yoluyla çözümlenebilecektir.

---

[70] UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli (1985)'nin İngilizce ve Türkçe metinleri için Bkz: **(Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum (Bildiriler–Tartışmalar)**, **I,** BTHAE, Ankara, 1997, s.224-249.; Ayrıca Komisyonun hazırlamış olduğu UNCITRAL Arabuluculuk Model Kanunu (2002) da aynı unsurları ticari olarak tanımlamıştır. (UNCITRAL Arabuluculuk Model Kanunu, 2002, m.1.), Bkz: http://www.uncitral.org/en-index.htm

[71] İkinci bölümde üzerinde durulacağı gibi, YİD modeli çerçevesinde yabancılar eliyle gerçekleştirilen yatırımlar ve diğer imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bu kapsama girmektedir.

B.Uluslararası Ticari Tahkimin Tercih Sebepleri

Uluslararası ticari tahkim, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamak için ortaya çıkmıştır.[72] Bilindiği gibi uluslararası ticaretin gelişmesi ile beraber doğal olarak ticari uyuşmazlıkların sayısı da artmıştır. Bu tür uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıkları çözecek uluslararası ve ulusal üstü bir merci de yoktur.[73] Bu nedenle uyuşmazlıklar ya ulusal mahkemelere veya uluslararası tahkime götürülecektir.[74] Uluslararası ticaret çevreleri[75] aralarında çıkan veya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları uluslararası ticari tahkim yoluyla çözmeyi tercih etmektedirler. Bu tercihin başlıca sebepleri şu şekilde sayılabilir:

1.İşlemlerde Esneklik

Uluslararası ticari tahkimin temel özelliklerinden biri devlet yargısından farklı olarak taraflara sunduğu irade serbestisidir. Taraflar tercihlerine göre işlemleri değiştirme özerkliğine sahiptir. Taraflar, ortamın gerektirdiği ölçüde, tarafsız bir yargılama ortamı ve tahkim yeri, uygulanacak maddi hukuk, usul prosedürünü belirleme ve delil kuralları hususunda anlaşabilirler. Bu durum masraf ve zaman kaybını önleyecektir.[76] Gerçekten de mesela tarafların tebliğ usulü konusunda anlaşabilmeleri halinde, devlet yargısında aylarca süren tebliğ sorununu özel kuryeler sayesinde birkaç güne indirebilmektedir. Yine tahkim yargılamasının dili hususunda çıkan problemler tarafların anlaşmasıyla kolaylıkla çözülebilmektedir.[77]

---

[72] GELINAS, Fabien, **"Arbitration and the Challenge of Globalization"**, Journal of International Arbitration, 17(4), 2000. s.117.

[73] Bu durum yüzünden, uluslararası ticari tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi noktasında, devletlerin izlediği politikalar asi bir ata benzetilmekte ve iyi bir adam ata eğer vurursa, atın engelleri aşabileceği ifade edilmektedir. Bkz: GROOT, T. Diederik De, **"The Impact of The *Benetton* Decision on International Commercial Arbitration"** Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(4), 2003, s.365.

[74] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986, s. 25.

[75] Özellikle uluslararası *finans* çevrelerinin son zamanlarda uluslararası ticari tahkimi tercih ettiklerine ilişkin olarak bkz: HORN, Norbert, **"The Development of Arbitration in International Financial Transactions"**, Arbitration International, Vol. 16, No. 3. Özellikle s.280 vd.

[76] MCLAREN, s. 474.

[77] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.28.

2.Tarafsızlık[78]

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda hiçbir taraf, diğer tarafın ulusal mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmeyecektir. Çünkü karşı taraf, devlet mahkemelerinin kendi vatandaşlarının menfaatlerini ön planda tutacağına dair bir endişe taşıyacaktır. Bu nedenle uluslararası ticari tahkim, tarafların kabul edilebilir olarak tercih ettiği tarafsız bir yargılama olmaktadır. Böylece taraflar, devlet yargısının bir tarafa sağlayacağını düşündüğü avantaj korkusundan uzak olarak tahkimi tercih etmektedirler.[79]

Özellikle taraflardan birinin devlet olduğu uluslararası uyuşmazlıklarda, taraf devletin kendi mahkemelerinde dava açılması diğer tarafı endişeye sevk edecektir. Çünkü ulusal mahkemeler teorik olarak her ne kadar bağımsız olarak kabul edilseler de, bağlı oldukları devletin tezleri ile kendilerini bağlı hissedeceği hususunda tereddütler doğurduğundan, uluslararası tahkim tercih edilmektedir.[80] Ayrıca taraflar uluslararası ticari bir uyuşmazlığı çözecek mahkemenin, hangi devletin mahkemeleri olacağı konusunda anlaşmazlığa düşebilir. Bu durumda da tahkim, çözüme yönelik bir yol olmaktadır.[81]

3.Gizlilik

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların gizlilik içinde çözülmesi ve tahkim kararlarının yayınlanmaması, uluslararası ticari çevrelerin tercih sebebidir. Taraflar, mali durumlarının, ticari defter ve belgelerindeki kayıtların ifşa edilmesini istemezler.[82] Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece tahkim dokümanları ve taraf ifadeleri gizli tutulur. Tahkim, devlet yargısının aksine özel ve istisnai bir yargılama olduğu için gizlilik esastır. Ancak bu, mutlak gizlilik anlamına gelmez. Çünkü gizlilik öncelikle

---

[78] Uluslararası tahkimde teorik olarak hakem veya tahkim heyetinin tarafsızlığı önemli bir tercih sebebidir. Ancak kabul edilmelidir ki uluslararası bir uyuşmazlıkta hakemlerin tarafsızlığı kültürel açıklık ve esneklik ile de yakından ilgilidir. Çünkü hakemler farklı ulusal veya bölgesel kültür ve felsefenin etkisi altındadır. Çözmeye çalıştığı uyuşmazlık da farklı ulusal ve bölgesel kültürlerden olacağı için durumun ciddiyeti açıktır. Uluslararası ticari tahkimde hakemlerin tarafsızlığı konusunda kültürel etki hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için Bkz: BERNINI, Giorgio, **"Is there a Growing International Arbitration Culture?"**, International Dispute Resolution: Towards An International Arbitration Culture, (Editor: Albert Jan VAN DEN BERG) Kluwer Law International, 1998, s.41-46.

[79] MCLAREN, s. 474-475.

[80] ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (=Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması)**, İstanbul, 1996, s.237.

[81] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s. 18.

[82] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.24.

tarafların buna uymasına bağlıdır. Daha da ötesi kamu şirketlerinin bazı bilgileri açıklama mecburiyeti vardır. Ve nihayet tahkim kararının tenfizi sırasında gizlilik kalkabilir.[83]

4.Uzmanlık

Uluslararası tahkim, uyuşmazlığın uzman kişiler eliyle çözümüne imkan veren bir çözüm yoludur. Bilindiği gibi devlet yargısında uyuşmazlıklar görevli ve yetkili mahkemelerde çözümlenir. Oysa uluslararası tahkimde uyuşmazlığı değerlendirmede ve çözümlemede yeterli teknik ve ticari bilgiye sahip kişiler hakem olarak tespit edilebilir. Böylelikle uyuşmazlığı çözecek olan hakem veya tahkim heyeti üyelerine ticari kuralları tanıtmak mecburiyeti ortadan kalkar.[84] Mesela bilirkişiye başvurulması zaman ve para kaybına yol açmaktadır.

5.Sonuçlandırma (Çabukluk)

Uluslararası tahkimin tercih sebeplerinden biri de tahkim kararlarının sonuçlandırılmasındaki çabukluktur. Çünkü ticari çevrelerde uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlandırılması ve uygulanması ticari amaç ve ihtiyaçlara uygun bir durumdur. Özellikle devlet yargısında yaşanan davaların gereğinden fazla uzaması, parasal talepleri zamanla anlamsız hale getirebilmektedir.[85] Ancak uluslararası nitelikli bir uyuşmazlığın, uluslararası tahkime götürülmesi, her somut olayda beklenen pratik sonucu vermeyebilir.[86]

6.Uygulanmasındaki Kolaylık

Uluslararası ticari tahkimin en ciddi ve kapsamlı tercih sebebi devlet mahkemeleri kararlarına oranla uygulanmasındaki (tenfiz) yaygınlık ve kolaylıktır.[87] Gerçekten hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tenfizi ile yabancı mahkeme kararlarını

---

[83] MCLAREN, s.475.
[84] MACLEAN, Roberto G., **"The Growing Importance of Arbitration in International Finance"**, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Winter 2000, s.40-41.; MCLAREN, s.475.
[85] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.237.
[86] NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 1998, s.406.
[87] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s. 238.

tenfizi farklı hükümlerle düzenlenmiştir.[88] Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi karşılıklılık esasına dayanmakta ve daha da ötesi çok az sayıda devlet ile yabancı mahkeme kararının tenfizi konusunda anlaşma yapılmıştır.[89] Oysa, Türkiye'nin de tarafı olduğu 1958 tarihli NY Sözleşmesi örneği gibi Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinden ziyade dünya ölçeğinde genel kabul görmüştür.[90]

7.Ucuzluk

Devlet yargısının masraflı olması uluslararası ticari uyuşmazlıkların taraflarını tahkime yöneltmektedir. Bir çok tahkim yargılaması ve aksi görüş tahkimin her zaman ucuz bir yol olmadığını doğrulasa da, devlet yargısına oranla daha az masraflı olduğu belirtilmektedir.[91] Ancak tahkimin ucuz olduğu yolundaki görüşü genellemek doğru değildir.[92] Çünkü hakemlik ücret ve masrafları, tahkim işlem ve yönetim giderleri tahkimi ucuz olmaktan çıkarmaktadır. Daha da ötesi tahkim sözleşmesi veya şartının hazırlanması aşmasındaki avukatlık ücreti ile yargılama sırasındaki vekalet ücretlerini de bu masraflara eklemek gerekmektedir.[93] Genel olarak ifade etmek gerekirse küçük miktarlı uyuşmazlıklar açısından olmasa da, büyük miktardaki uyuşmazlıklar için tahkim cazip bir çözüm yoludur.[94]

8.Tahkimin Dezavantajları

Bütün bu sebeplerle beraber tahkimin de dezavantajları mevcuttur:

Öncelikle tahkim usulü ile verilmiş kararlara taraflar uymadıkları takdirde uyuşmazlık mahkemeler önüne gelmektedir. Bu durumda tahkim, ulusal mahkemelerin esnekliğine ihtiyaç göstermektedir.[95]

---

[88] Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda (MÖHUK) yabancı mahkeme kararlarının tenfizi 34-43. maddeler arasında düzenlenmiş iken, yabancı hakem kararlarının tenfizi 43-45. maddeler arasında düzenlenmiştir.
[89] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.27.; Ayrıca Bkz: BALCI, s.316.
[90] MCLAREN, s.475.
[91] MACLEAN, s.40-41.
[92] AKYOL, s.67.
[93] MCLAREN, s.475.
[94] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.28.
[95] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.239.

Uyuşmazlık, tahkim usulüne göre kararın alınacağı veya tenfizin yapılacağı ülke hukukuna göre, tahkime götürülmesi mümkün olmayan uyuşmazlık türünden olabilir. Bu durumda tahkime başvurmak para ve zaman kaybına yol açacaktır.[96] Diğer yandan davayı kaybeden taraf, hakem kararını, kendi rızasıyla yerine getirmekten kaçınabilir. Gerçekten de uygulamada tahkim kararının tenfizini geciktirmek amacıyla davayı kaybeden tarafın bu yola başvurduğu görülmektedir. Bu sakıncanın önüne geçmek için uluslararası alanda etkili bir tenfiz mekanizmasının kurulması gerektiğini belirtmek gerekir.[97]

Tahkimin bir diğer dezavantajı tahkime gitme ehliyeti konusunda çıkabilir. Bazı devletler, hukukları gereği uyuşmazlıklarda tahkimin tarafı olmazken bazılarında devletin kendisi değil, sadece belirli kurumları taraf olabilir. Diğer bazılarında ise devletler, özel kanunların yetkilendirmesiyle tahkim tarafı olabilirler. Türkiye'de ise tahkime sadece çekişmeli[98] uyuşmazlıklarda gidilebilir.[99]

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yargılamalarında, birden fazla kişinin uyuşmazlığın tarafı olması durumunda veya zincirleme olarak yapılan akitlerde sorun çıkabilir. Çünkü birden fazla davacının ya da davalının bulunduğu benzer konulu uyuşmazlıklarda tahkime gidildiğinde tarafların rızası olmaksızın, davaları birleştirmek mümkün değildir.[100]

Diğer yandan, ICSID tahkiminde olduğu gibi, uluslararası ticari tahkimde hakem veya tahkim heyetinin verdiği karar, yanlış olsa bile çoğu zaman onu denetleyecek bir temyiz mercii bulunmamaktadır. Tahkimin yapısı tarafların anlaşmasına dayalı olduğu

---

[96] AKYOL, s.67.

[97] AKINCI, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, s.42-43.

[98] Türk hukukunda uyuşmazlıklar çekişmeli ve çekişmesiz olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz: KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.61-64.

[99] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s. 19.

[100] Bir uyuşmazlıkta, esas olarak davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Fakat, gerek davacı gerek davalı (veya her iki) tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkündür. Böyle durumlarda, bir tarafta bulunan birden fazla kişiye *dava arkadaşları*, bunlar arasındaki ilişkiye de *dava arkadaşlığı* denir. Dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır, fakat mahkemelerde bu davalar birlikte görülür. Bu ise, zaman, emek ve masraftan tasarruf sağlar, yargılamayı kolaylaştırır ve basitleştirir ve nihayet çelişkili hükümler verilmesini önler. *Birden fazla davacının ya da davalının bulunduğu benzer konulu uyuşmazlıklarda mahkemeler yerine tahkime gidildiğinde ise, tarafların rızası olmaksızın, davaları birleştirmek mümkün değildir.* Bu ise, farklı tahkim yargılamalarında farklı ve birbiriyle çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Tahkimin en önemli özelliklerinden biri olan gizlilik de bu farklı tahkim yargılamalarında çelişkili kararların verilmesine katkıda bulunacaktır. Ayrıca davaların ayrı ayrı görülmesi ilave bir masraf ve zaman kaybına da neden olabilecektir. Bkz: EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s.19-20.; Ayrıca Bkz: BERBER, Leyla KESER, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu,** Alfa Yayınları, İstanbul, 1999. (Özellikle 70 vd.)

için iki tarafı da tatmin eden, hakemlerin zorlayıcı bir gücü bulunmamaktadır. Aynı şekilde diğer tarafın rızası olmadıkça tanık bile dinlenememektedir.[101]

Nihayet uyuşmazlıkların tahkime götürülmesi durumunda tahkim yargılaması ve hakemler için ödenen ücrete ek olarak bir de tahkimi organize eden ve denetleyen kuruma da ücret ödendiğinden dolayı ucuz olmaktan çıkmaktadır.[102]

C. Uluslararası Ticari Tahkimin Hukuki Niteliği

Uluslararası ticari ilişkilerin artması ve karmaşık hale gelmesi ticari tahkimin önemini artırmıştır. Tahkim yargılaması esasında hukuk düzeninin bir parçasıdır. Ancak, bu yöntem, mahkemelerden farklı olarak özel ve istisnai bir yargılamadır. Uluslararası ticari tahkimin hukuki niteliğini belirlerken tahkim kurumunun amaç ve fonksiyonu ile uluslararası ticaretin ihtiyaç ve özelliklerini dikkate almak gerekir.

Uluslararası ticari tahkimin niteliği konusunda beş teori ortaya atılmaktadır: Bunlar kazai, akdi, karma, bağımsız ve nihayet yapısı bakımından kazai, kuvveti bakımından akdi ve fonksiyonu açısından uluslararası nitelikte sayan teorilerdir.[103] Uluslararası ticari tahkimin niteliği konusundaki bu teorileri ayrıntılı olarak incelemek bu çalışmanın amacını aşacağından dolayı bu kavram altındaki bazı temel unsurlara değinilecektir. Uluslararası ticari tahkimin hukuki niteliğinde, tarafların tahkime gitmesini sağlayan tahkim sözleşmesi, tahkim prosedürü, uygulanacak maddi hukuk, karar ve tenfiz (icra) gibi temel unsurlar söz konusudur:

---

[101] MCLAREN, s.476.

[102] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s.20.

[103] Borçlar Hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiği ileri sürülen *akdi* teoriye göre ticari bir uyuşmazlığı çözen hakemler bu yetkilerini tarafların iradesinden almaktadır. Bu teori tahkim kurumunun tüm unsurlarına *irade serbestisi* ilkesinin uygulanması sonucunu doğurur. Dolayısıyla taraflar tahkim yeri, zamanı, hakemleri, usul ve esasa uygulanacak hukuku açık veya zımni olarak belirleyebilirler. *Kazai* teoriye göre devletin egemenlik hakkı ve buna dayanarak yargı yetkisinde tekel hakkı vardır. Dolayısıyla devlet taraflara uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek konusunda istisna tanımaktadır ve hakemler, mahkemelerdeki hakimler gibi görev yaparlar ve aynı sorumluluğa tabidirler. Bunun sonucu olarak devletin kendi sınırları içinde cereyan eden tahkim yargılamasını düzenleme ve denetleme yetkisi vardır. Akdi ve kazai teoriyi birleştiren *Karma* teoriye göre somut durum ve şartlara göre tahkimdeki akdi ve kazai unsurlar biri diğerine tercih edilmeden dengelenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu teoriye göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tenfiz ülkesinin sınırları dışında verilen her karar yabancı sayılmalı ve irade serbestisi ilkesi, tahkim yeri hukukunun getirdiği sınırlar doğrultusunda geçerli kılınmalıdır. *Bağımsız* teoriye göre uluslararası ticari ihtiyaç ve özellikler dikkate alınmalıdır. Bu teorinin sonucu, uluslararası ticari temel ilişkinin uluslararası özelliği sebebiyle, tarafların irade serbestilerinin ancak uluslararası ticari kamu düzeni sebebiyle sınırlanabileceği hususunda kendini göstermektedir. Nihayet *beşinci teoriye* göre uluslararası ticari tahkim yapısı bakımından kazai, kuvveti bakımından akdi ve fonksiyonu açısından uluslararası sayılmaktadır. Uluslararası ticari tahkimin niteliği konusunda geniş bilgi için Bkz: KARAN, Hakan, "Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi", **Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan**, DEÜ Yay., İzmir, 2001, s.202-203.

Uluslararası ticari bir uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki hukuki ilişkiden dolayı mevcut veya ileride doğması muhtemel bir uyuşmazlığı, devlet yargısı yerine, alanında uzman şahıslar eliyle çözülmesi konusunda anlaşmış olabilirler. Bu şekilde taraflar tahkim heyetine uyuşmazlığı çözme konusunda yetki vermiş olurlar.[104] Buna tahkim sözleşmesi[105] veya tahkim şartı adı verilmektedir. Ancak taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için tahkime başvurma istisnasını ulusal hukuk sistemi tanımaktadır. Bu nedenle verilen bir uluslararası tahkim kararının tenfiz edileceği ülkenin hukuk düzeninin getirdiği sınırlara uyulmalıdır. Diğer taraftan tahkimde uluslararası ticaretin ihtiyaç ve özellikleri dikkate alınmalıdır.[106]

Uyuşmazlığın tarafları, tahkim yargılaması sırasında uygulanacak usul kurallarını ve esasa uygulanacak maddi hukuku tespit edebilir. Bu konuda tahkimin kurumsal veya ad hoc olması tahkim sözleşmesinin ayrıntılı olup olmamasını değiştirir. Eğer gidilecek tahkim, kurumsal olursa kurumsal tahkimin önceden tespit edilmiş kurallarına atıf yapmak yeterli olacaktır. Oysa ad hoc tahkimde sözleşmedeki ayrıntının özel bir önemi vardır.[107]

VI.TAHKİME İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Türkiye'de henüz birkaç yıldan beri fiili uygulama alanı bulan uluslararası tahkime ilişkin esaslı düzenlemelerin, bütün dünyada uzun bir geçmişi vardır. Bunlardan başlıcaları, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York (NY) Sözleşmesi, 21 Nisan 1961 tarihli Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan ve ülkelerin tahkime ilişkin düzenlemelerini belirlemede temel ve model oluşturabilecek esasları gösteren UNCITRAL Model Kanunu (1985), uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan UNCITRAL Tahkim Kuralları (1976) ve nihayet Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Washington (ICSID) Sözleşmesi gibi uluslararası nitelikli düzenlemelerdir.

---

[104] AKINCI, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, s.40.

[105] Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartını, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya hakemler arasında yapılan *hakemlik sözleşmesi* ile karıştırmamak gerekir. Bu sözleşme Borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir. Bkz: AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.32.; Yine tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan alım-satım, hizmet, kira, istisna gibi maddi hukuk sözleşmesi ile de aynı değildir. Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.242-243.

[106] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s. 242-243. KARAN, s. 202 vd.

[107] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.242-243.

A.New York (NY) Sözleşmesi

II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası ticarette meydana gelen gelişmeler, çözümü karmaşık ve birden fazla devletin hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Uluslararası ticari çevreler, tarafı olduğu uluslararası nitelikli bir uyuşmazlığın çözümü için, ya uyuşmazlığın diğer tarafının devlet yargısına, ya da tahkime gitmek zorunda idi. Karşı tarafın devlet yargısına başvurmanın, taşıdığına inanılan risklerinden dolayı, tahkim, uyuşmazlığın çözümü için kaçınılmaz bir yol olmuştur. Bu defa da tahkim kararının söz konusu ülkede tanınması ve tenfizi[108] sorun olmaktaydı. İşte, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York (NY) Sözleşmesi (Convention on the Recognation and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), bu sorunu çözmek üzere hazırlanmıştır. NY Sözleşmesi tanıma ve tenfiz konusunda yapılmış en önemli uluslararası sözleşmedir. Sözleşme bir çok devletin imza ve onaylaması ile etkisini ve önemini artırmıştır.[109]

NY Sözleşmesi, uluslararası ticaretin gelişmesi için yapılmış en önemli düzenleme sayılmaktadır.[110] Çünkü Sözleşme, yabancı hakem kararlarının[111] tanınması ve tenfizi konusunu düzenlemektedir. Bu şekliyle Sözleşme hükümleri usul kuralları niteliğindedir.[112] Sözleşme, tahkim kararının verilmesinden sonraki aşamayı düzenlemektedir ve taraflar için bağlayıcı hale gelmiş nihai kararlar hakkında uygulanacaktır. Hangi tahkim kararının nihai olduğu, tahkim kararının tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir.[113] Sözleşme, tanıma ve tenfiz ülkesinden başka bir ülkede

---

[108] *Tanıma* ve *tenfiz* sonuçları itibariyle birbirinden farklıdır. *Tanıma*, yabancı bir mahkeme veya hakem kararının açılan veya görülmekte olan bir dava içinde kesin hüküm veya kesin delil olarak tanınmasıdır. Tanıma işlemi yapılan yabancı bir karara konu olan uyuşmazlık, tekrar dava konusu yapılamaz, görülmekte olan davada tanınan yabancı karar kesin delil teşkil eder. *Tenfiz* ise yabancı karara devletin cebri icra organları eliyle icrailik (uygulanabilirlik)gücü verilmesi ve kararın yerine getirilmesidir. Bu açıdan her tenfiz tanıma işlemini de içerir. Ancak bazı hallerde yabancı kararın sadece tanınması istenebilir. Durum böyle iken NY Sözleşmesi tanıma ve tenfiz şartlarını birlikte düzenlemiştir. Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.265-266.

[109] MCLAREN, s.477.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.121.; KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.63.

[110] GELINAS, s.117.

[111] Yabancı bir *mahkeme* kararının, Türkiye'de uygulanabilmesi, Türk mahkemelerinin söz konusu kararda tenfiz şartlarının olup olmadığını inceleyerek vereceği tenfiz kararına bağlıdır. Bu şartlar şu şekilde özetlenebilir: Yabancı kararın, hukuk davasına ilişkin olması, yabancı mahkeme tarafından verilmesi, kesinleşmiş olması, karşılıklılık, münhasır yetkiye giren bir alanda verilmemiş olması, kamu düzenine aykırı bulunmaması, savunma haklarına uyulmuş olması, Türklerin kişi hallerine ilişkin ise yetkili hukuk tarafından verilmiş bulunması. (MÖHUK, m. 38)

[112] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması,** s.252.

[113] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.125 ve 127.

verilen tahkim kararları ile tanıma ve tenfiz istenen ülkede "ulusal" sayılmayan tahkim kararlarını kapsamaktadır (NY Sözleşmesi m. I/1). Yani, NY Sözleşmesi'ne göre iki tür tahkim kararı yabancı nitelik taşır: Bunlardan birincisi, tenfiz talebinin ileri sürüldüğü ülkeden başka bir taraf devlet ülkesinde verilen tahkim kararıdır. İkincisi ise tenfiz talebinin istendiği ülkede verilmiş olmakla beraber bu ülke hukukuna göre yabancı sayılan tahkim kararıdır. Tahkim kararı terimi hem ad hoc hem de kurumsal tahkim kararlarını ifade eder (NY Sözleşmesi m. I/2).

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi şartları New York sözleşmesi'nin V. maddesinde sayılmıştır. Bu şartlardan 1. bende sayılanlar, tanıma ve tenfiz sırasında karşı tarafın itirazı üzerine ele alınacaktır. 2. bende sayılanları ise, hakim kendiliğinden göz önünde tutabilir. Sözleşme'de sayılan tanıma ve tenfiz şartları şunlardır[114]:

Geçerli Bir Tahkim Sözleşmesinin Bulunması: NY Sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarını da belirlemiştir. Buna göre, tahkim sözleşmesi, akdi nitelikte olan veya olmayan belirli[115] bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğabilecek ve tahkim yoluyla çözülmesi mümkün bir uyuşmazlığa ilişkin olarak yazılı şekilde yapılması gerekir. Yazılı anlaşma teriminden taraflarca gönderilmiş olan mektup veya telgrafta bulunan veya taraflarca imzalanmış olan (bir) sözleşmeye konmuş olan tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi anlaşılır (NY Sözleşmesi m. II/1-2). Sözleşme bu

[114] Yabancı hakem kararların tanınması ve tenfizine ilişkin geniş bilgi ve değerlendirme için Bkz:ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.265-323.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.139-153.; Ayrıca Bkz:MCLAREN, s.478 vd.

[115] Söz konusu tahkim şartının, açık ve şüpheye yer vermeyecek bir tahkim iradesi içermesi gerekmektedir. Uygulamada sık olarak, "işbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözülecektir, hakemler uyuşmazlığı çözemezlerse uyuşmazlık mahkemede çözülecektir" şeklinde tahkim şartına rastlanmaktadır. Yargıtay, bu tür tahkim şartlarını geçersiz saymaktadır. Yargıtay'ın 25.2.1998 tarihli kararında, taraflar, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumunca çözümleneceğini, ayrıca Moskova Ticaret Odası'nın da yetkili olduğunu ve tahkim kurumunu seçme hakkının iddia sahibine ait olduğunu kararlaştırmışlardır. Yargıtay 19.HD, söz konusu tahkim şartında, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi hususunda taraf iradelerinde bir tereddüt veya çelişki olmadığını vurgulayarak, tahkim enstitüleri arasında böyle bir seçim hakkının söz konusu olmasının, tahkim şartını geçersiz hale getirmediği vurgulamıştır. Yargıtay'ın daha eski bir kararında, sözleşmede yer alan "uyuşmazlıklar Paris Ticaret Odası Tahkiminde çözümlenecektir" şeklindeki bir tahkim şartını değerlendirmiştir. Paris Ticaret Odası'nın tahkim servisi vermediğinin anlaşılması üzerine davacı MTO/ICC tahkimine başvurmuş, davalı ise, MTO/ICC tahkim kurumunu seçmedikleri sebebiyle bu duruma itiraz etmiştir. Yargıtay, Paris Ticaret Odası'nın tahkim servisinin vermediğinin anlaşılması ile olaya oldukça geniş bir yorum getirerek, tarafların sözleşmede uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi hususundaki iradelerinden şüphe edilmediğini, ancak Paris Ticaret Odası demekle, esasında merkezi Paris'te olan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimini murat ettiklerini belirterek, tahkim şartını geçerli saymıştır. Bkz: AKINCI, Ziya, **"Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi"** Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 2000, S.287-293. (Bildiri'ye erişim için ayrıca Bkz: http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/ziya_akinci.htm 22.02.2004)

haliyle, tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğini anlaşmanın tabi olduğu hukuka bırakmadan düzenlemektedir.[116]

Tahkim sözleşmesinin maddi geçerlilik şartları konusunda Sözleşme'de doğrudan bir düzenleme yoktur. Ancak taraf devletin mahkemesinin, tahkim sözleşmesinin hükümden düşmüş, tesirsiz ve uygulanmasını imkansız bulması halinde, uyuşmazlığı bizzat kendisinin ele alacağını hükme bağlar. Aksi takdirde mahkeme, uyuşmazlığı tahkime sevk edecektir. Tahkim sözleşmesinın geçersizliği, esasa uygulanacak hukuka göre tespit edilir.[117] Sözleşme, esasa uygulanacak hukuku, tarafların seçtiği hukuk, bunun olmaması halinde kararın verildiği yer hukuku şeklinde ifade etmiştir (NY Sözleşmesi m. V/1-a).

Savunma Haklarının İhlal Edilmesi: Aleyhine tahkim kararı verilen tarafın, hakem veya tahkim heyetinin belirlenmesinde, tahkim prosedüründe veya delillerini sunarken haklarının ihlal edilmiş olması tenfizi engelleyen bir sebeptir (NY Sözleşmesi m.V/1-b). Örneğin yargılama sırasında hakem veya tahkim heyeti tayini için veya delillerin sunulması için gereken imkanın verilmemiş olması, davalıya tebligat yapılmamış olması tenfizi engelleyen bir durumlardır.

Hakemlerin Yetkilerini Aşmaları: Taraflar uyuşmazlıklarını çözmek üzere tahkim şartı/anlaşması ile hakemleri yetkili kılarken, hakemlere sınırsız yetki vermezler ve hakemlerin yetkilerini tahkim şartında belirler. İşte, hakemlerin taraflarca belirlenen bu yetkilerini aşmaları durumu da, tenfize engel olabilecektir (NY Sözleşmesi m. V/1-c). Örneğin, hakem veya tahkim heyetinin, istenmediği halde faize hükmetmesi, tahkim kararının tenfizini kısmen engelleyecektir. Aynı şekilde, tarafların yetkili hukuku kararlaştırmalarına rağmen hakemlerin bu hukuku uygulamaması da, hakemlerin yetkilerini aşması olarak kabul edilmelidir.

Tahkimin Tabi Olduğu Usul Kurallarına Aykırılık: Tahkim heyetinin oluşumu veya tahkim prosedürü, tarafların seçmiş olduğu usul hukuku kurallarına veya böyle bir seçim yoksa tahkim kararının verildiği yer hukukuna aykırı ise, tahkim kararının tenfizi reddedilebilecektir.[118] (NY Sözleşmesi m. V/1-d)

---

[116] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.126.

[117] "Hakemliğe sevk edecektir" ibaresi mahkemelere direktif şeklinde anlaşılmaktadır. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.126.

[118] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5.5.1999 tarihli bir kararında, hakemlerin, tarafların seçmiş olduğu usul hukukunu uygulamamalarının New York Sözleşmesi uyarınca tenfize engel bir durum teşkil ettiği ifade edilmiştir. Söz konusu uyuşmazlık hakkında, İsviçre'de ve tahkim usulüne İsviçre hukuku uygulanarak karar verilmiştir. Burada söz konusu kararı tartışmalı yapan en önemli husus, taraflar arasındaki sözleşmesinde tahkim şartının yer alması ve bu şartın maddenin yürürlükteki Türk Kanunlarını kapsayacağını ifade etmesidir. Yargıtay 15. HD, taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili maddesinde

Hakem Kararının Bağlayıcı Olmaması veya İptal Edilmiş Olması: Tahkim kararının nihai olmaması veya verildiği ülkede iptal edilmiş olması da tenfize engel olan bir durumdur (NY Sözleşmesi m. V/1-e).

Kamu Düzenine Aykırılık: Tahkim kararının kamu düzenine aykırı olması da tenfize engel bir durum teşkil eder.[119] (NY Sözleşmesi m. V/2-b)

Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmaması: Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmaması durumunda da tahkim kararının tenfizi engellenebilecektir. Örneğin, uyuşmazlık konusunun Türkiye'deki bir gayrimenkulun aynına ilişkin bir konu hakkında olması durumunda, tahkim kararının Türkiye'de tenfizi mümkün değildir (NY Sözleşmesi m. V/2-a).

New York (NY) Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1958 yılında imzalanmış olmasına rağmen Türkiye bakımından ancak 1 Ekim 1992 tarihi itibariyle yürürlüğe girebilmiştir.[120] Türkiye Sözleşmeyi iki çekince ile imzalamıştır. İlki Türk Hukukuna göre ticari sayılan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili verilen tahkim kararları hakkında uygulanacağı yolundadır.[121] İkincisi karşılıklılık esasına ilişkin çekincedir. Buna göre Sözleşme, taraf olan ülkelerde verilen tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacaktır. Ancak, gerek ticari iş teriminin geniş yorumlanması ve gerekse New York Sözleşmesi'ne, uluslararası ticarette rol oynayan hemen bütün devletlerin taraf olması nedeniyle, her iki çekince de, sözleşmenin uygulanmasını pratikte daraltmamaktadır.[122]

New York Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf devletler arasında yapılmış olan tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin ikili veya çok taraflı

---

tarafların "Türk kanunlarının" uygulanacağını kararlaştırmalarının, Türk maddi hukuku ve Türk usul hukuku kurallarını kapsadığını ve tahkim usulüne İsviçre Hukuku uygulandığı için hakem kararının tenfizinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu karara muhalefet şerhi yazan Yargıtay Daire Başkanları, özellikle tarafların tahkim yerini açıkça İsviçre olarak belirledikleri, ancak usule uygulanacak hukuku açık bir şekilde belirlemediklerini vurgulayarak, usule İsviçre hukukunun uygulanmasının doğru olduğunu belirtmişlerdir. Bkz: AKINCI, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi,** s.287-293.

[119] Yargıtay'ın 1976 tarihli meşhur Keban Barajı ile ilgili kararında, hakem kararının MTO/ICC Divanı tarafından gözden geçirildiği için, hakem bağımsızlığının zedelendiği ve bu sebeple MTO tahkim kararlarının kamu düzenimize aykırı olduğu ifade edilmiştir. İçerde ve dışarıda büyük yankılar uyandıran bu karar, daha sonra Yargıtay'ın vermiş olduğu kararla değiştirilmiş ve MTO/ICC hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.130.

[120] New York Sözleşmesi 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmıştır. (R.G. 25.09.1991, S.21002)

[121] Türk Hukukuna göre ticari iş tanımı oldukça geniş tutulmuştur. Bu nedenle konulan çekincenin uygulama alanı oldukça sınırlı olduğu söylenebilir. Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.253.

[122] New York Sözleşme'sine taraf devletlerin sayısının artmasıyla bu çekince de önemini kaybetmektedir. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.133.

sözleşmelerin geçerliliğini etkilemez ve bir tahkim kararı, ileri sürüldüğü devletin ulusal veya uluslararası mevzuatı gerekçe gösterilerek tanıma ve tenfizden kaçınılamaz (NY Sözleşmesi m. VII/1). Bu hükmün anlamı, taraf devletin, mesela Türkiye'nin, ikili veya çok taraflı anlaşmaları veya ulusal mevzuatı daha lehe bir hüküm taşıması halinde bu mevzuatın uygulanacağıdır.[123]

Türkiye NY Sözleşmesi'nin yanında, hem Cenevre (Avrupa) hem de Washington (ICSID) Sözleşmelerinin tarafıdır. Ayrıca çok sayıda iki taraflı yatırım anlaşmalarında tahkime ilişkin hükümler vardır. Bu durumda tanıma ve tenfiz konusunda hangi sözleşme hükmü uygulanacaktır?[124] ICSID Sözleşmesi ileride ele alınacağı üzere özel bir alanı düzenlemektedir. Sözleşme, uyuşmazlığın tarafları, konusu, tahkim heyetinin oluşturulması, tahkim kararının alınması ve uygulanması bakımından farklı hükümler içermektedir. Ayrıca ICSID Sözleşmesi, tarafların, aralarındaki yatırım uyuşmazlığının Sözleşme hükümleri çerçevesinde çözülmesini açıkça kararlaştırmaları halinde uygulanacaktır. Burada tanıma ve tenfiz ile ilgili olarak, ICSID sözleşmesinin öngördüğü hükümleri belirtmek yeterli olacaktır: "Karar, tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir." (ICSID, m.53/1) "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." (ICSID, m.54/1)

B.Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi

Avrupa Ekonomik Komisyonunun çalışmaları ile hazırlanan ve Avrupa sözleşmesi olarak da adlandırılan bu Sözleşme (*Europen Convention on International Commercial Arbitration*) 21 Nisan 1961 tarihinde imzalanmıştır.[125] Sözleşmenin hazırlanış amacı Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine yardım etmek, bu ülkeler arasında tahkimin kurumsallaşması ve işlemesine engel olabilecek güçlükleri

[123] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.135.
[124] Cenevre Sözleşmesi, hakem kararının iptal sebeplerini saydıktan sonra söz konusu iptal sebeplerinin NY Sözleşmesine taraf devletler arasındaki ilişkilerde çıkması halinde sadece sayılan sebeplere inhisar neticesini doğuracağını belirtmektedir. (Cenevre Sözleşmesi m.IX/2)
[125] Türkiye, Cenevre Sözleşmesini 8 Mayıs 1991 tarih ve 3730 sayılı Kanunla onaylamıştır. (R.G. 23.09.1991, S.21000)

gidermektir.[126] NY Sözleşmesinden farklı olarak sadece yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşaması ile ilgili olmayıp, tahkim heyetinin kararının verilip kesinleşmesine kadar ki geçen aşamalara ilişkindir. Bu anlamda, Cenevre Sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gerekli olan maddi ve şekli şartları, tahkim sürecini, tahkim heyetinin oluşturulmasını, tahkim kararını ve kararın iptalini gerekli kılan sebepleri, tahkim heyeti ile yerel yargı organları arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.[127]

Cenevre Sözleşmesi'ne göre, tahkime ancak uluslararası ticari ilişkilerden[128] doğan uyuşmazlıklar için gidilebilecektir. Dolayısıyla konu bakımından taraflar arasındaki temel ilişkinin ekonomik karakteri yani uluslararası ticaretle ilgili olma özelliği esas alınmıştır.[129] Buna göre Cenevre Sözleşmesi, uluslararası ticari ilişkilerden doğan veya doğabilecek olan uyuşmazlıkların çözümü için akdolunan ve akdin yapılması sırasında mutat meskenleri veya muamele merkezleri farklı ülkelerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki tahkim sözleşmelerine uygulanacaktır. (Cenevre Sözleşmesi m.I/1) Şu halde Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için iki şart aranmaktadır: İlki uyuşmazlığın ticari ilişkiden doğması (objektif şart), diğeri ise tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada tarafların mutat meskenlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır.[130] (sübjektif şart)

Cenevre Sözleşmesi hükümlerine[131] göre tahkim sözleşmesi, yazılı şekilde yapılması gerekir. Kanunları yazılı şekil aramayan ülkeler arasındaki uluslararası uyuşmazlıklar açısından, bu ülkelerin kanunlarına göre yapılan tahkim sözleşmesi/şartı

---

[126] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.23.

[127] KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.70-71.

[128] *Uluslararası ticari ilişki* kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Mesela bir bedel karşılığında mal ve hizmetlerin ülkelerarası transferi, uluslararası satış, lisans sözleşmeleri, müşterek bilimsel araştırma ve geliştirme işleri, uluslararası turne ve sanatla ilgili sözleşmeler, radyo/TV yayınları - b. konular uluslararası ticari nitelik taşır ve Sözleşme'nin uygulama alanına girmektedir. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.24.

[129] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 32.

[130] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.24.

[131] Cenevre Sözleşmesi, devlet mahkemelerinin tahkim prosedürüne müdahalesini en az düzeye indirmiştir. Tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın mahkemelerde görülmesine engel olacaktır. Tahkim şartına rağmen mahkemede dava açılırsa, karşı tarafın tahkim itirazında bulunması gerekir. Taraflar tahkim şartı/anlaşmasının geçerli olmadığı gerekçesiyle veya ihtiyati tedbir için mahkemeye başvurabilir. Bu durumda mahkeme, uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuka, bu yoksa hakem yeri hukukuna bu da yoksa davaya bakan mahkemenin *bağlama kurallarına* göre karar verecektir. Ayrıca hakem kararı hakkında Sözleşme'de gösterilen sebepler için hakem yeri mahkemesinde veya hukukunun karara esas alındığı devletin mahkemesinde iptal davası açılabilir. Cenevre Sözleşmesi'nin hükümleri konusunda geniş bilgi için Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.23-29.; KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.70-75. (Yabancı unsurlu bir olayda, birden fazla devletin özel hukukundan hangisinin uygulanacağını gösteren kurallara kanunlar ihtilafı kuralları veya bağlama kuralları adı verilir. Bağlama kuralları hakkında geniş bilgi için bkz: TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s.13 vd.)

geçerli sayılacaktır. Taraflar tahkime gitmek için ayrı bir tahkim sözleşmesi yapabileceği gibi esas sözleşmeye tahkim şartı koyabilirler (Cenevre m.I/2-a). Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünün Ad hoc veya kurumsal tahkim eliyle yapılmasını kararlaştırabilirler (Cenevre m.I/2-b). Eğer taraflar Ad hoc tahkime gidecekler ise hakemleri veya seçilme usullerini, tahkim yerini, uygulanacak usul kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler (Cenevre m.IV/1-b). Sözleşme'ye göre gerçek ve tüzel kişiler (kamu tüzel kişileri de dahil) tahkim sözleşmesinin tarafları olabilir. Ayrıca Sözleşme'de kamu tüzel kişilerinin de tahkim sözleşmesinin tarafı olabileceği belirtilmiştir. Ancak taraf devletler, kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna başvurabilme yetkisini belirli şartlarla sınırlandırma yönünde çekince koyabilir (Cenevre m.II).

ICSID Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı bir uyuşmazlık hakkında Cenevre sözleşmesi'nin uygulanması mümkün değildir. Çünkü ICSID Sözleşmesi devletler ve diğer devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Ayrıca hakem veya tahkim heyetinin teşkili, yargılama yetkisi, esasa ve usule uygulanacak hukuk, kararın verilmesi, uygulanması, iptali bakımlarından farklı hükümler derpiş edilmiştir. Bu açıdan yukarıda verilen genel bilgiler bu çalışma açısından yeterli olacaktır.

C.UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli (1985)[132]

Uluslararası ticari tahkime ilişkin UNCITRAL[133] Tahkim Kanun Modeli, NY ve Cenevre Sözleşmeleri'nden farklı olarak bir uluslararası anlaşma değildir. UNCITRAL Kanun Modeli, Birleşmiş Milletler nezdinde kurulan Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmış ve 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir. UNCITRAL Kanun Modeli, BM üyesi devletlere ulusal mevzuatın bir parçası olarak kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir.[134] Model'in temel amacı, bir uluslararası tahkim sözleşmesi yapan tarafların, tahkim sözleşmesine dayanılarak çözümlenecek uyuşmazlığın doğduğu özel hukuk ilişkisi ile ilgili adil ve

[132] Yukarıda belirtildiği gibi, UNCITRAL Tahkim Model Kanunu (1985) ile UNCITRAL Tahkim Kurallarını (1976) karıştırmamak gerekir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Comission on International Trade Law) tarafından UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları (1980) ve UNCITRAL Arabuluculuk Model Kanunu (2002) hazırlanmıştır. Bkz: http://www.uncitral.org/en-index.htm

[133] UNCITRAL:United Nations Commission on International Trade Law

[134] 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuz büyük ölçüde UCITRAL Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır. Bkz: KAPLAN, Yavuz, **"Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi"**, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:3, 2003, s.577.

haklı beklentilerinin, tahkimin üzerinde yürütüldüğü devletin usul hükümleri sebebiyle boşa çıkmasına engel olmaktır.[135]

UNCITRAL Kanun Modeli, uluslararası tahkimin akdi niteliğini öne çıkararak, uygulama alanının uluslararası ticari tahkim olduğunu belirtmektedir. Model, taraflara geniş bir irade serbestisi tanımakta böylece uluslararası ticari tahkimin gerektirdiği esneklik ve çabukluğu sağlamaktadır. Ayrıca Model, uluslararası ticari tahkimin akdi niteliğini tanırken, diğer taraftan tahkim sözleşmesinde bulunan boşlukları doldurmak üzere yedek hukuk kuralları öngörmektedir. Delillerin toplanması ve ihtiyati tedbir gibi hususlarda mahkemelerin tahkime müdahalesi ve uluslararası ticari tahkim kararlarına karşı mahkemeye müracaat ile bu tahkim kararlarının tenfizi konularını da düzenlemektedir. Bu özellikleri ile UNCITRAL Kanun Modeli, hukukun dünya çapında uyumlaştırılması için yapılan çalışmaların başarılı bir örneğini oluşturmaktadır.[136]

UNCITRAL Kanun Modeli, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını öngörmektedir. Model, hakem sayısı bir veya üç kişiden oluşabileceğini, tahkim yerini tarafların belirleyebileceğini, eğer belirlememişlerse hakem veya tahkim heyetinin tespit edeceğini belirtmiştir. Uygulanacak maddi hukuk konusunda taraf iradesine öncelik tanımıştır. Taraflar maddi hukuk seçmemeleri halinde hakem veya tahkim heyeti maddi hukuku tespit edeceklerdir. Bu halde tahkim heyeti tahkim yargılaması ve sözleşme ile irtibatlı hukukların kanunlar ihtilafı kurallarını[137] seçeceklerdir. Tahkim heyetinin maddi hukuktan bağımsız olarak hak ve nesafete göre karar verebilmesi için tarafların açıkça yetkilendirmesine bağlıdır. Ancak her halükarda tahkim heyeti uluslararası ticari örf ve adetleri dikkate alacaktır.[138]

UNCITRAL Model Kanunun önemli bir diğer özelliği de, bir faaliyetin ne zaman uluslararası nitelikte sayılacağı hususunu açıkça düzenlemesidir. Gerçekten de, bir hukuki ilişkinin ne zaman yabancı nitelikte sayılacağı hususu, uluslararası tahkimin en merkezi konusudur. Model Kanunun 1. maddesinin 3. bendinin a, b, c, bentlerinde ve 4. bendinde bu hususa açıklık getirerek, isabetli hareket etmiştir. Buna karşılık, Model

[135] BİRSEL/BUDAK, s.201-202.
[136] BİRSEL/BUDAK, s.203.
[137] Yabancı unsurlu bir olayda, birden fazla devletin özel hukukundan hangisinin uygulanacağını gösteren kurallara kanunlar ihtilafı kuralları veya bağlama kuralları adı verilir. Bağlama kuralları hakkında geniş bilgi için bkz: TEKİNALP, s.13 vd.
[138] UNCITRAL Kanun Modeli hükümleri hakkında geniş bilgi için Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.43-46.: KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.75-79.; BİRSEL/BUDAK, s.201-219.

Kanunu temelde esas alarak mevzuatlarını yenileyen ülkeler, uyuşmazlığın yabancılık ölçütü ile ilgili bu düzenlemesini takip etmemişlerdir.[139]

UNCITRAL Tahkim Model Kanunu ve UNCITRAL Arabuluculuk Model Kanunu, herhangi bir ülkenin sınırları içinde cereyan eden tahkimi konu aldığı ve ülkelere örnek bir metin sunduğu için, bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilgisi bulunmamaktadır Ancak ICSID Tahkimi açısından, UNCITRAL Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarının önemi vardır. Çünkü, ICSID tahkimi ile aralarındaki bir uyuşmazlığı çözmek konusunda anlaşan taraflar, uyuşmazlığın UNCITRAL tahkim kurallarına göre çözülmesini isteyebilirler.[140]

D.Washington (ICSID) Sözleşmesi

Bu Çalışmanın da konusunu oluşturan Washington Sözleşmesi esas olarak Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez'i (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*-ICSID) kurmuştur. Bu nedenle Sözleşme ICSID Sözleşmesi[141] olarak da adlandırılmaktadır. Sözleşme 18 Mart 1965 tarihinde imzalanmış ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[142] ICSID Sözleşmesi, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü politik kaygılardan kurtarmak ve uyuşmazlıkların taraflarının beklenti ve çıkarlarını dengeleyen bir platformda çözümünü sağlamak amacını taşımaktadır. Sözleşme, yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları devlet ile uyuşmazlığa düşmeleri halinde, uyuşmazlığın uluslararası ticaretin gereklerine uygun olarak çözümünü ve verilen kararın icrasını amaçlamaktadır. Ülkesinde yabancı yatırımcı görmek isteyen devletler açısından da menfaatli olan bu tahkim sistemi dünyada geniş bir kabule mahzar olmuştur.[143]

ICSID tahkim kurumu, ICSID Sözleşmesinin tarafı bir ülke yatırımcısının diğer bir taraf ülkedeki yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözümünü amaçlamaktadır.

---

[139] ÜSTÜNDAĞ, s.298.; Model Kanun'da bulunan yabancılık tanımının, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uluslararası karakter tanıması için yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü, Model Kanun'da tarafların işyerinin farklı devletlerde olmasını aramaktadır. Oysa, Türkiye'nin yaptığı ikili yatırım anlaşmalarında, uyuşmazlığın taraflarının işyerleri Türkiye'de bulunmaktadır. ÖZBİLGİÇ, s.79.

[140] Örnek olarak Bkz:Aguas and Generale - Argentine, Award, ICSID Case No:ARB/97/3.

[141] ICSID Sözleşmesi, MAI (Yatırımlar Hakkında Çok Taraflı Anlaşma-The Multilateral Agreement on Investment-MAI) tasarısından farklıdır. Uluslararası yatırımlarla ilgili tüm hususları genel olarak kapsayan MAI, çok taraflı bir anlaşma tasarısı olarak OECD nezdinde, hazırlanmaya çalışılmış, ancak büyük görüş farklılıkları nedeniyle, anlaşma imzalanmadan, tasarıya ilişkin komite dağılmıştır. *Bu konuda ileride bilgi verilecektir.*

[142] Türkiye Washington Sözleşmesini, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun'la onaylamıştır. (R.G. 02.06.1988, S.19830). Sözleşme metni için Bkz: R.G. 06.12.1988, S.20011.

[143] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.41-42.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.52-53.

Washington Sözleşmesi Dünya Bankası bünyesinde oluşturulmuştur. Banka ICSID tahkim kararlarının tenfizi konusunda yardımcı olmaktadır. Bunun için de Sözleşme tarafların karşılıklı anlaşmasını temin edebilmek için arabuluculuk (*conciliation*) ve uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim (*arbitration*) kurumunu ihdas etmektedir.[144] Washington Sözleşmesi çok sayıda devlet tarafından kabul edilmiş olması ve pek çok iki taraflı yatırım (İTY) anlaşmasında yer alması nedeniyle oldukça önemlidir.

E.Yatırımların Korunmasına Dair İTY Anlaşmaları

İkinci Dünya Savaşından sonra, gelişmekte olan ülkeler yabancı sermayeyi ülkelerine çekebilmek ve gelişmiş ülkelerde karlı bir yatırım ortamı bulabilmek için yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair iki taraflı yatırım (İTY) anlaşmaları yapılmıştır (*Bilateral Investment Treaties-BIT*). ICSID Sözleşmesi'nin çok sayıda ülke tarafından onaylanması ile iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı hızla artmıştır. Bu ikili anlaşmalar, uyuşmazlıkların ICSID Sözleşmesi bünyesinde çözülmesine dair iradeleri içermektedir.[145]

Esasında, çok taraflı tahkim sözleşmeleri, uluslararası tahkim kararlarının tanınması ve tenfizinde daha büyük bir öneme sahiptir. Ancak bu gerçek, iki taraflı antlaşmaları daha az önemli kılmamaktadır. Özellikle, uluslararası bir yatırımcının New York Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede yatırım yapması durumunda iki taraflı yatırım anlaşmaları daha da önem kazanmaktadır. Yatırımcılar, çoğu zaman, yargıya müdahale olabilmesi ihtimalini göz önünde bulundurarak, yatırım yaptığı ülkedeki tahkim sürecine güven duymamaktadır.[146] Bu nedenle yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair ikili anlaşmalarının önemi artmaktadır. Bu anlaşmalarda genel olarak, kimlerin yatırımcı sayılacağı, hangi değerlerin yatırım kabul edileceği, yabancı yatırımcının nasıl teşvik edileceği ve korunacağı, gelir transferi, yatırımın

---

[144] World Bank Staff (CB), **Guide to The World Bank,** Herndon, VA, USA: World Bank Publications, 2003, s.21- 22 ve 55.

[145] PARK, William W./BJORKLUND, Andrea K./COE, Jack J., **"International Commercial Dispute Resolution"** The International Lawyer, Volume:37, No:2, s.452. Kuzey Amerikan serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) da ICSID tahkimini, uyuşmazlıkların çözümü seçeneklerinden biri olarak belirlemiştir. Bir çok uyuşmazlık ICSID'ın Ek İmkan Kuralları ile sonuçlandırılmıştır. Bkz: **Aynı Eser**, s.452-453.; Türkiye de, Washington Sözleşmesini (ICSID Sözleşmesi) onayladığı, 1988'den sonra bir çok devletle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki konusunda İTY anlaşmaları yapmıştır. Bkz: SARAÇ, Osman, **"Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar"**, Maliye Dergisi, Sayı:140, Mayıs-Ağustos, 2003, s.1.

[146] DOLZER, Rudolf/STEVENS, Margrete, **Bilateral Investment Treaties**, Kluwer Law International Publications, Netherlands, 1995, s. 15.

kamulaştırılması halinde yargı yolu ve tazminat, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü gibi hususlar düzenlenmektedir.[147]

VII.BAZI YABANCI ÜLKELERDE ULUSLARARASI TAHKİM

Bu kısımda İsviçre, Almanya, Fransa başta olmak üzere İngiltere, Kanada ve ABD hukuklarında da uluslararası ticari tahkim konusundaki düzenlemeler ele alınacaktır. Bu ülkeler, ya Türk hukukunu etkilemiş olmaları veya Türkiye ile yoğun ticaret ve yatırım ilişkileri bulunduğu için ele alınmış ve bu ülkelerde uluslararası ticari tahkimin yeri konusunda kısaca bilgi verilmiştir.

A.İsviçre Hukukunda Uluslararası Tahkim

Uluslararası ticari tahkim konusunda İsviçre'deki düzenlemelere özellikle bakmak gerekir. Çünkü İsviçre Hukuku, Türk özel hukukuna kaynaklık eden hukuk sistemlerinin başında gelmektedir.

İsviçre'de uluslararası tahkim, 1987 tarihli Uluslararası Özel Hukuk hakkında Federal Kanunun 12. Babı içinde düzenlenmiştir. Esas itibariyle Medeni Usul Hukuku içinde mülahaza edilen tahkim, daha önce, anayasal zorunluluktan dolayı Kantonlar arasında yapılan ve *Concordat* olarak anılan bir anlaşma ile yeknesak bir şekilde düzenlenmişti. Ancak anlaşmadaki bu hükümler zaman içinde çeşitli sebeplerden dolayı uluslararası ticari tahkimin ihtiyaç ve gereklerini karşılayamaz hale gelmişti. Bu durumun sebepleri olarak da, *Concordat*'taki emredici hükümlerin çokluğu, ulusal hukuklara çok fazla atıfta bulunması ve tahkim usul ve kararları üzerinde geniş devlet kontrolünün bulunması gibi hükümler gösteriliyordu. Bu arada tahkim konusunun federal nitelikli bir kanunla yapılamayacağına ilişkin itirazlar sözkonusuydu. Bu itirazlar, tahkim şartı veya sözleşmesinin bir maddi hukuk-özel hukuk sözleşmesi olduğu yolundaki doktrinde benimsenen bilimsel ictihadın, Federal Meclis tarafından kabulü ile giderilmiş oldu. Sonuçta uluslararası ticari tahkim, Federal bir kanunla düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur.[148]

---

[147] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.65. Bu konu Çalışmamızın önemli bir bölümünü oluşturduğu için üzerinde ileride ayrıntılı olarak durulacaktır.

[148] TURHAN, Turgut, **"İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim"**, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997, s.5-8.; Ayrıca Bkz: BERBER, s.116-117.; ÖZBAY, s.70-74.

İsviçre Hukukundaki tahkime ilişkin hükümler, uluslararası ticari tahkimin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır. Söz konusu hükümlere göre, malvarlığı ile ilgili her türlü uyuşmazlık tahkime konu olabilir, tahkim sözleşmesinin yapılması şeklen ve esas bakımından kolaylaştırılmıştır, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi asgariye indirilmiştir; tahkimin teşkilinde taraf iradesine öncelik verilmektedir; tahkim usulünün tespitinde ve esasa uygulanacak hukuk konusunda taraflara ve hakemlere geniş irade serbestisi tanınmaktadır, tahkim kararlarına karşı başvurulacak merciler sınırlandırılmış ve nihayet tahkim kararlarının tanıma ve tenfizi, New York Sözleşmesi'ne tabi kılınmıştır.[149]

Diğer yandan, İsviçre'deki uluslararası tahkimi düzenleyen hükümler sınırlı sayıda tutulmuş ve mutlaka zorunlu olan hususlara inhisar ettirilmiş ve emredici hükümlerden mümkün olduğunca kaçınılmıştır. Böylece, uluslararası ticari tahkim konusunda, güvenilir bir çerçeve çizilmiş ve taraflara ve hakemlere tahkimi şekillendirmede, liberalizm ve esneklik esaslarından hareketle bir irade serbestisi tanınmıştır.[150]

İsviçre Hukukunda, tahkim sözleşmesinin yapılması sırasında en azından bir tarafın ikametgahının veya mutat meskeninin İsviçre'de olmaması (olumsuz şart) kaydıyla tahkim yerinin İsviçre olarak belirlendiği (olumlu şart) tahkim, uluslararası niteliktedir. Dolayısıyla biri olumlu, diğeri olumsuz iki şartı taşıyan nitelikteki uyuşmazlıklara, İsviçre'nin uluslararası ticari tahkimi düzenleyen hükümleri uygulanacaktır.[151]

B.Fransız Hukukunda Uluslararası Tahkim

1981 yılına kadar uluslararası tahkime ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmayan Fransa'da, 1981 yılında, Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa dahil edilen Kararname ile bu alanda büyük bir reform gerçekleştirilmiştir. Fransız hukukunda, uluslararası tahkim alanında, iç tahkimden bağımsız ve özgün bir düzenlemeye gidilmesinin iki temel nedeni vardır: İlki, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin bu alanda oluşturduğu hukuki altyapı, ikincisi de, doktrinde uluslararası tahkimin farklı bir

[149] KALPSÜZ, s.8-10.
[150] KALPSÜZ, s.10-11.
[151] KALPSÜZ, s.12-13.; Bununla beraber Concordat'ın tamamen yürürlükten kalkmamıştır. Çünkü, hakem yargılaması devam ederken, devlet mahkemesi hakiminin katılımının gerektiği hallerde, Concordat uygulanacaktır. Bkz: ÖZBAY, s.71-72.

düzenlemede ele alınması lehindeki görüştür. Gerçekten Temyiz Mahkemesi, Fransız iç hukukunun uluslararası tahkim aleyhine getirdiği her türlü yasaklayıcı ve sınırlayıcı düzenlemelerden kurtulmak ve uluslararası ticaret hayatının ve tahkimin ihtiyaçlarına cevap verebilmek için, devletler özel hukuku kurallarına dayanan bir sistem kurmuştur. Bu sistem uluslararası tahkime ilişkin 1981 Kararnamesi'nin hukuki temelini oluşturmuştur. Diğer yandan, Mahkeme'nin bu istek ve girişimi, doktrin tarafından da desteklenmiştir. Sonuç olarak, uluslararası ticari tahkim bağımsız ve özgün bir düzenleme ile, Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa dahil edilmiştir.[152]

1981 tarihli Kararname'ye göre, uluslararası ticaret hayatının çıkarlarını ilgilendiren tahkim, uluslararası tahkimdir.[153] Taraflar yapacakları tahkim sözleşmesi ile hakemleri (veya hakemleri belirleme yöntemini) serbestçe belirleyebilir, tahkime uygulanacak usulü ve esasa uygulanacak hukuku seçebilir veya hakemlere dostane arabulucu (*amiable compositeur*) görevi verebilir. Hatta Kararname, tahkim sözleşmesini belirli bir şekilde yapılmasını bile öngörmemiştir. Böylece düzenleme, esnek ve irade serbestisini öne çıkaran liberal bir yaklaşım sergilemektedir. Kararname ile tanıma ve tenfiz konusunda, uluslararası tahkim kararının tenfizine karar verecek hakime, uluslararası kamu düzenine aykırılığı dikkate alma yetkisi verilmektedir.[154]

Fransız Hukukunda, uluslararası ticari tahkimi düzenleyen 1981 tarihli Kararnamenin çıkış noktası, taraflara geniş irade serbestisi tanımak ve devletin tahkim rejimine olan müdahalesini en düşük seviyede tutmak olmuştur. Bunu da devletler özel hukuku kuralları ile sağlamaya çalışmıştır. Gerçekten bu düzenleme, uluslararası ticari tahkim sürecinde taraflara ve hakemlere geniş irade serbestisi tanımaktadır. Bu açıdan bakınca Kararname, uluslararası ticari tahkimin ihtiyaçlarına uygun düşen ve iç mantığı açısında tutarlı bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Ancak, konuyu, Fransız hukukunun gerçekleri ile sınırlı tutması ve iç tahkim kurallarına çok sayıda atıfta bulunması sebepleriyle eleştirilmektedir.[155]

---

[152] TURHAN, s.69-78. 1980 tarihli Kararname ile de iç tahkim düzenlenmiştir. Bkz: **Aynı Eser**, s.70.; Ayrıca Bkz: BERBER, s.129-131.; ÖZBAY, s.76-79.

[153] Fransız Hukukunda tahkimin uluslararası niteliği, *muhteva* kıstasından hareketle belirlenirken, İsviçre Hukukunda *formel* bir ölçüt esas alınmıştır. Bkz: KALPSÜZ, s.12.

[154] TURHAN, s.78-93. (Özellikle, s.79, 83 ve 93)

[155] TURHAN, s.95-96.

C.Alman Hukukunda Uluslararası Tahkim

Almanya'da uluslararası ticari tahkim alanında 1997 yılından önce münhasır bir düzenleme mevcut değildi. Bu alan, genellikle hakim hukuku tarafından doldurulmaktaydı. Bu yüzden uluslararası ticari uyuşmazlıklarda, tahkim yeri olarak Almanya seçilmemekteydi. Bu sebeple de konu Alman hukukçular tarafından şiddetle eleştirilmekte ve yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilmekteydi. Diğer yandan Almanya, uluslararası ticari tahkimle ilgili pek çok uluslararası anlaşmalara imza atmıştı. İşte bu nedenlerle, Alman Federal Adalet Bakanlığı tarafından, UNCITRAL Kanun Modeli esas alınarak bir Kanun Taslağı hazırlanmış ve kamuoyuna sunulmuştur.[156] Bu Taslak 22 Aralık 1997 tarihinde Federal Meclis tarafından kanunlaştırılmış ve 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[157]

Kanun ile genel olarak, hakem seçimi, yargılama kuralları ve esasa uygulanacak hukuk konusunda taraf iradesine öncelik verilmiş ve geniş irade serbestisi tanınmıştır. Özellikle tahkim kararlarına karşı temyiz yolunu kapatmış, sadece bu kararlara karşı İstinaf mahkemelerine karşı iptal davası açma imkanı öngörülmüştür.[158] Sonuç olarak Kanun, uluslararası ticari tahkimin ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte hazırlanmıştır. Böylece tahkim hukukunda var olan taraf iradesine öncelik, geniş irade serbestisi ve devletin tahkim sürecine müdahalesini asgariye indirme esasları Alman Tahkim Reformu Kanununda yer almış bulunmaktadır.

D.İngiliz Hukukunda Uluslararası Tahkim

Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, İngiltere'de uzun bir süreçte (yaklaşık üçyüz yıl) ve farklı zamanlarda yapılmış kanunlara tabi olarak gelişme göstermiştir. İngiltere'de tahkim, yüzyıllar boyunca, uyuşmazlıkların çözümünde yaygın bir yöntem olarak kullanılmış ve bu yüzden İngiltere, uluslararası tahkimin geliştiği ülkelerden biri olmuştur.[159] Konuyu etraflıca düzenleyen en son ve kapsamlı kanun, 17 Haziran 1996

---

[156] YILMAZ, Ejder, **"Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim"**, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997, s.129-163. (Özellikle, s.162.)

[157] Alman Tahkim Reformu Kanunu, Alman Medeni Kanununun 10. Kitabını oluşturmuştur. Bkz: BERBER, s.49-50.; ÖZBAY, s.67.; Ayrıca Alman Tahkim Hukuku hakkında genel bilgi için Bkz: http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?Newsletters__Ref=4537 (KREINDLER, Richard/SCHAEFER, Jan / ROGERS, Vikki)

[158] ÖZBAY, s.68.

[159] BERNSTEIN/TACKABERRY/MARRIOT/WOOD, s.6.

tarihli Tahkim Kanunudur. Kanun genel olarak UNCITRAL Kanun Modeli esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak bazı hususlarda farklı hükümler taşımaktadır.[160] Özellikle iç tahkim ile uluslararası tahkim aynı kanun ile düzenlenmesi bakımından UNCITRAL Kanun Modelinden farklıdır.[161]

Kanun'da tahkim kurumunun amacı, uyuşmazlıkların adil bir şekilde ve gereksiz gecikme ve masraf olmaksızın çözülmesini sağlamak olarak belirtmektedir. Kanun'a göre taraflar kamu yararı için gerekli olan koruyucu hükümler dışında, aralarında çıkan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği hakkında anlaşmaya varmakta serbesttir.[162]

Kanun tahkim sözleşmesinin yazılı olmasını aramaktadır. Ancak bu şartın sağlanması için konan karineler son derece esnektir.[163] Mesela, taraflarca imzalanmamış olsa bile, tahkim sözleşmesi yazılı yapılmışsa, anlaşma karşılıklı yazışma ile yapılmışsa, anlaşmanın varlığı başka delillerle ispat edilebiliyorsa veya anlaşma, taraflardan biri veya iki tarafın muvafakati ile üçüncü bir kişi tarafından kaydedilmişse, yazılı anlaşmanın varlığı kabul edilecektir.[164]

Kanun'a göre taraflar aralarında doğmuş veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıklar için tahkim öngörebilir. Taraflar hakem adedi üzerinde serbestçe anlaşabilir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hakem veya tahkim heyeti kendi maddi yetkisini kendisi tayin eder. Taraflarca belirlenmediği sürece, tahkim yargılamasının usul kurallarını hakemler tespit eder. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta da durum aynıdır. Taraf iradesine öncelik verilmiştir. Taraflar eğer esasa uygulanacak hukuku seçmişlerse, o ülkenin maddi hukuku anlaşılır, bağlama kuralları seçilmiş olmaz. Tahkim sözleşmesine göre verilmiş tahkim kararı, mahkemenin onayı ile aynen bir mahkeme kararı gibi tenfiz edilir. Ancak tenfiz konusunda Cenevre (Avrupa) ve

---

[160] Bunlardan önemli bazı farklılıklar şunlardır: Kanun, ulusal, uluslararası, tüketici tahkimi gibi her türlü tahkime uygulanacak hükümleri içermekte iken, Model kanun, sadece uluslararası tahkimi düzenlemektedir. Model kanun, tahkim şartı veya anlaşmasının taraflarca imzalanmış olması ararken, Kanun'da bu yönde bir hüküm yoktur. Kanunda tahkim şartı veya anlaşmasına rağmen devlet mahkemesine dava açılırsa, diğer tarafın itirazı yargılamayı durdurur. Oysa Model kanunda itiraz üzerine uyuşmazlık hakemlere gönderilir. Kanun tarafların hakem adedi üzerinde anlaşması yoksa tek hakem öngörürken, Model kanun üç hakem olacağını belirtmektedir. Bkz: YEŞİN, Erdoğan, **"İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim"** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997, s.108.

[161] İngiltere'de, iç tahkim ile uluslararası tahkimin ayrı kanunlarla düzenlenmesi halinde Avrupa Birliği Hukukunun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği düşüncesi ağırlıktadır. Bkz: **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II**, (BUDAK, Cem) Sempozyum II. Toplantı Tutanağı, (Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler), BTHAE, 1999, s.15.

[162] YEŞİN, s.109.

[163] Taraflarca imzalanmış olmasa bile yazılı yapılmışsa yazılılık şartının gerçekleşeceğine dair karine, *kanaatimce* tutarsızdır. Tarafların muvafakatini ifade eden imza veya imza yerine geçen işlemlerin varlığını aramak yerinde olacaktır.

[164] YEŞİN, s.111.

New York Sözleşmelerinin hükümleri saklı tutulmuştur.[165] Tenfiz konusundaki bu istisna, ulusal mahkemelerin, uluslararası ticari tahkim kararlarına müdahalesini asgariye indirmeyi hedefleyen olumlu bir yaklaşımdır.

E.Kanada Hukukunda Uluslararası Tahkim

Kanada'da şimdi güvenli bir liman gibi görülen uluslararası ticari tahkim uzun bir gelişme süreci yaşamıştır. Konu, uzun yıllar boyunca ihmal edilen, güvenilmeyen ve yanlış anlaşılan nitelikleri ile gündemde yer almıştır. On eyalet ve üç bölgeden oluşan bir federal devlet olan Kanada'da yasama yetkisi, federal ve eyalet devletleri arasında paylaşılmıştır. Bu nedenle uluslararası ticari uyuşmazlığın tarafları, eyalet hukukunu da dikkate almak zorundadır. Kanada eyaletleri ile beraber, 1986 yılında UNCITRAL Model Kanununu, adaptasyon yoluyla kanunlaştırmıştır. Ancak yasama yetkisinin federal devlet ve eyaletler arasındaki bölünmüşlüğü, burada kendisini göstermiş ve bazı eyaletler Tahkim Kanununu, UNCITRAL'ın adaptasyonu sırasında bazı değişikliklerle kabul etmişlerdir. Kanada, ayrıca, aynı yıl Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve tenfizi Konusundaki New York Sözleşmesi'ni de onaylamış ve yürürlüğe koymuştur.[166]

NY Sözleşmesinin onaylanması ve Ticari Tahkim Kanununun kabul edilmesi ile Kanada'nın eski tahkim rejiminde önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmeler, mahkemelerin tahkim sürecine müdahalesini sınırlamak, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde tutarlılık, taraf özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü sağlamak temelinde gerçekleşmiştir. Bu düzenlemeler, uluslararası ticari uyuşmazlığın taraflarına, belirlilik, öngörülebilirlilik, tutarlılık ve amaca uygunluk avantajlarını sağlamıştır. Diğer yandan, tahkim alanındaki bu düzenlemeler, Kanada'nın, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde önde gelen bir forumu haline gelmesine yol açmıştır.[167]

---

[165] YEŞİN, s.111-119.

[166] THOMSON, Claude R./FINN, Annie M.K., **International Commercial Arbitration A Canadian Perspective,** s.1-6. Makaleye erişim için Bkz: http://www.fasken.com/web/fmdwebsite.nsf (31.07.2004) This paper is published at *International Commercial Arbitration in the New Millennium*, Canadian Bar Association 2001, ISBN 1-894015-48-7 and is reproduced with permission of the Canadian Bar Association.

[167] THOMSON/FİNN, s.6 ve 25.

F.ABD Hukukunda Uluslararası Tahkim

ABD'de 1925 yılından beri, tahkim konusunu düzenleyen bir kanun (Federal Arbitration Act=FAA) mevcuttur. FAA, bugün ABD'de maddi hukukun bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Bu kanun, ABD Anayasasına göre, eyalet hukukları karşısında öncelik hakkına sahiptir. Diğer yandan eyalet tahkim hukukları, tahkim konusunda, Federal Tahkim Kanunu'nu tamamlayıcı niteliktedir.[168] FAA, iç tahkim ve uluslararası tahkimi birlikte düzenlemektedir. Kanunun, 1970 yılında eklenen ikinci bölümü, federal hukukta New York Sözleşmesine atıf yapmakta ve ABD tahkim kararı niteliğinde olmayan (yabancı) tahkim kararlarına uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca ABD mahkemeleri uluslararası tahkim lehine ve liberal nitelikte kararlar vererek FAA'nın boşluklarını doldurmaktadır. Diğer yandan 1997 yılında ABD tahkim hukukunu yeknesak hale getirmeye yönelik olarak çıkarılan Revised Uniform Arbitration Act'ın eyalet meclisleri tarafından kanunlaştırılması önerilmektedir.[169]

Sonuç olarak, uluslararası ticareti elinde tutan ve dinamik hukuk sistemlerine sahip olan bu ülkelerde uluslararası tahkim konusunda modern ve günümüz ihtiyaçlarına cevap veren düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde tahkime izin verilmesini egemenliğin kaybı olarak görmemişlerdir. Ayrıca kendi ülkelerini uluslararası tahkim merkezi haline getirmek ve bunun getirisinden yararlanmak için yoğun çaba göstermişlerdir.

Ülkemizde uluslararası tahkim için gerekli düzenlemelerin yapılması konusunda geç kalınmış olmakla birlikte özellikle son dört-beş yıldır büyük bir değişim yaşanmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[170] gibi düzenlemeler, son derece modern ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verecek niteliktedir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkiminin fiili hale getirilmesi aynı değişimin bir halkasını oluşturmaktadır. Bu aşamadan sonra aynı dinamizmi, uygulamada göstermek gerekecektir.

---

[168] BERBER, s.155-156.; Ayrıca ABD Tahkim hukuku hakkında genel bilgi için Bkz: http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?Newsletters__Ref=3844 (BALL, Markham)
[169] ÖZBAY, s.87.
[170] Kanun metni için Bkz: R.G. 17.06.2003, S.24141.

VIII. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI TAHKİM

Uluslararası tahkim konusunda Türkiye'deki düzenlemeler yeni sayılacak niteliktedir. Her ne kadar Türkiye, uluslararası tahkimle ilgili uluslararası sözleşmelere daha önceki tarihlerde imza atmışsa da, bu sözleşmelerin onaylanması ve (bu sözleşmelerin) iç hukuka yansıması[171] olarak kabul edilen esaslı ulusal düzenlemeler son zamanlarda yapılmıştır. Bunları, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'la yapılan ve uluslararası tahkime izin veren Anayasa Değişikliği, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 21.01.2000 tarih ve 4051 sayılı Kanun, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu olarak saymak mümkündür. Ayrıca daha önce yapılmış olmakla birlikte, istisnai bazı hallerde uygulanacak olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri de tahkim konusundaki düzenlemeler arasındadır. Bir de doğrudan uluslararası tahkimle ilgili olmamakla beraber bu Çalışmanın konusu olan yabancı yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili hüküm içeren ve 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu da ticari tahkimle ilgili ulusal düzenlemeler içinde yer almaktadır.

A.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği

1999 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde, Türkiye'de özel sektör kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde kamu altyapı yatırımlarına katılımını düzenleyen kanunlarda, bu projelerin uygulama sözleşmelerinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören düzenlemelere yer veriliyor, ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından "YİD projelerinin kamu hizmeti imtiyazı olması ve bu idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Türkiye'deki idari yargı bünyesinde

[171] Türkiye uluslararası tahkim konusunda üç önemli Sözleşme'ye imza atmış olmasına ve bunlar iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş bulunmasına rağmen, 1999 AY Değişikliği ve buna paralel düzenlemeler kabul edilinceye kadar uygulamada etkisini gösterememiştir. Oysa Türk adaletinin korunması, uluslararası tahkim kararıyla borçlu olduğu karar altına alınmış bir Türk şirketinin korunmasından daha önemliydi. İşte bu yönde yapılan eleştiriler meyvesini AY Değişikliği ve ardından yapılan düzenlemelerle vermiştir. Bkz: **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II**, (BİRSEL, Mahmut Tevfik), Sempozyum II. Toplantı Tutanağı, (Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler), BTHAE, 1999, s.196.

çözüme kavuşturulması gerektiği" gerekçesiyle iptal ediliyordu.[172] Devlet, kamu alanına ilişkin birtakım hizmetleri özel sektöre gördürmek karşılığında, onlara bir sözleşmeyle imtiyaz tanımakta, bu imtiyaz sözleşmeleri de Danıştay'ın onayından geçmek zorundaydı. Danıştay da bu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini, tahkim öngördüğü için onaylamayınca, YİD uygulama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ulusal ve/veya uluslararası tahkime gidilemiyordu. Kamu altyapı projelerinde tahkim sözleşmesi yapılamadığı için de, bu projelere yabancı sermayeli yatırımcıların katılımında önemli bir sorun ortaya çıkıyordu.[173]

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun[174] ile Anayasanın 125. maddesine tahkimle ilgili bir fıkra eklenerek bu sorunlar aşılmıştır. Eklenen son fıkra şöyledir: "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Yine aynı Kanun ile Anayasanın 155. maddesinde yapılan değişiklikle ise imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın inceleme yaparak onay vereceği konular arasından çıkarılmış, sadece görüş bildireceği konular arasına alınmıştır. Böylece imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri imzalanınca, Danıştay'ın onayına gerek kalmadan geçerli olabilecektir.

1999 tarihli Değişiklik ile uluslararası tahkimin önündeki Anayasal engel, ortadan kaldırılmıştır. Bu değişikliğin ardından Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 21.01.2000 tarih ve 4051 sayılı Kanun, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve nihayet 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu gibi uluslararası tahkim ile ilgili esaslı ulusal kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

---

[172] Bkz: 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı Elektrik Hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin Kanunun bazı maddelerinin iptal edilmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve E. 1994/43 ve K.1994/42-2 sayılı kararı (R.G. 24.01.1995, S.22181). YİD Modelini düzenleyen 3996 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal eden AYM'nin 28.06.1995 tarih ve E.1994/71 ve K.1995/23 sayılı kararı (R.G. 20.03.1996, S.22586). Ayrıca Karar metinlerinin bulunduğu yayın için Bkz: EMEK, Uğur, **Ek ve Değişiklikleri ile YİD (YİD), Yap-İşlet (Yİ) Ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı (=Mevzuat)**, DPT Yayınları, Kasım-2002, s.273-320.

[173] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** s.61 vd.; Anayasa mahkemesi ve Danıştay'ın YİD konusundaki olumsuz tavrı yüzünden, bu hususstaki uluslararası sözleşmeler ve yasal düzenlemelerin fonksiyonunu yerine getiremediği hakkında Bkz: **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II**, (BİRSEL, Mahmut Tevfik), Sempozyum II. Toplantı Tutanağı, (Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler), s.196-197.

[174] Kanun metni için Bkz: R.G. 14.08.1999, S.23786.

B.4501 Sayılı Kanun

21.01.2000 tarih ve 4051 sayılı Kanun[175], özellikle Yap-İşlet ve YİD olarak adlandırılan sözleşmelerin uygulamaya geçirilmesi ve özellikle yabancı sermayeli yatırımcıları bu tür projeler için Türkiye'ye çekebilmek için çıkarılmıştır.[176] Kanunun 1. maddesinde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek amacıyla çıkarıldığı belirtilmiştir. 4051 sayılı Kanun hükümleri, 1999 Anayasa değişikliği ile beraber İkinci Bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C.4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu[177] uluslararası tahkim konusunda mevzuatta bulunan yetersizlik sebebiyle çıkarılmıştır.[178] Bu Kanun'un kabulü, Türkiye için iki açıdan olumlu gelişme olarak görülmektedir. İlki Türkiye'nin stratejik konumu itibariyle uyuşmazlıkların çözümünde nötr ve cazip bir tahkim merkezi haline gelmesine yapacağı katkıdır. Çünkü, Türkiye kültürel ve coğrafî açıdan bulunduğu konum itibariyle, doğu ülkeleri için en yakın batılı ülke, batı ülkeleri için ise en yakın doğulu ülkedir. İkincisi de yabancılık unsuru taşıyan iç uyuşmazlıkların ulusal tahkim kararlarının tabi olduğu kurallar yerine, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olması, özellikle yabancı sermayenin Türkiye'ye bakışı açısından olumlu bir gelişme olacaktır.[179]

21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu genel hatlarıyla ifade etmek gerekirse şunları söylemek mümkündür:

---

[175] Kanun metni için Bkz: R.G. 22.01.2000, S.23941.
[176] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.34.
[177] Kanun metni için Bkz: R.G. 05.07.2001, S.24453.
[178] Esasında yabancı hakem kararları ile ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da ve New York Sözleşmesi'nde hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Bu sebeple, yeni Milletlerarası Tahkim Kanunundan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 'a tabi olmaktaydı. Bkz: AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.47.
[179] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.47-48.

1.Amaç Kapsam ve Kanunun Uygulama Alanı

Uluslararası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere çıkarılan bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya tahkim heyetince seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Ancak Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmayacaktır (MTK. m.1/4).

MTK, yabancı unsur taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu ve taraflar veya hakemlerce tahkimin bu Kanun hükümlerine tabi olduğunun kararlaştırıldığı durumlarda uygulanacaktır.[180] Ayrıca tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, taraflar veya hakemler söz konusu tahkim usulüne bu Kanun'un uygulanmasını kararlaştırabilirler (MTK, m.1/2-3).

2.Tahkim Sözleşmesinin Şekli

Kanun'a göre tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır.[181] Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla

---

[180] Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru taşımayan bir uyuşmazlıkta, taraflar veya hakemler bu kanunun uygulanmasını kararlaştırabilirler mi? Bu konudaki bir görüş, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yabancılık unsurunu son derece ayrıntılı bir şekilde tarif ettiği, bu sebeple bu Kanun'un yabancı unsurlu olmayan ilişkilere uygulanmasının mümkün olmadığı şeklinde olabilir. Diğer bir görüş ise, Kanun'un yabancılık unsurunu tarif ettikten sonra, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere bu Kanun'un uygulanmasını öngördüğünü, ancak yabancılık unsuru taşımayan ilişkilerde de, tarafların veya hakemlerin bu Kanun'un uygulanmasını kararlaştırmalarının mümkün olduğu şeklinde olabilir. Gerçekten Kanun'un lafzı, her iki yorum tarzına da imkan verir niteliktedir. Ancak, aşağıda görüleceği üzere Kanun'un uluslararası nitelikli tahkim kavramını zaten çok geniş yorumladığı ve adından da anlaşılacağı üzere bu Kanun'un uygulamasında uluslararası nitelikli hakem kararlarını dikkate aldığını kabul etmek yerinde olacaktır. Bu sebeple, hiçbir yabancılık unsuru bulunmadığı, başka bir deyişle tamamen mahalli nitelikli bir tahkimde, sadece tarafların veya hakemlerin aralarında kararlaştırmasıyla Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır. Zira, Milletlerarası Tahkim Kanunu, yabancılık unsuru içermesi dolayısıyla, uluslararası nitelikli hakem kararlarını yerli hakem kararlarından farklı düzenlemeyi esas alan bir kanundur. Bkz: AKINCI, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı,** s.54-64.

[181] *Aynı* yönde düzenlemeler için Bkz:İsviçre Hukuku için KALPSÜZ, s.15.; İngiliz Hukuku için YEŞİN, s.111.; Alman Hukuku için YILMAZ, s.134.; *Farklı* bir düzenleme olarak Fransız hukukunda tahkim sözleşmesi için belirli bir şekil öngörülmemiştir. Bkz: TURHAN, s.83.

tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır (MTK. m.4).

3.Usul ve Esasa Uygulanacak Hukuk

MTK, yargılama kurallarını belirlemede taraf iradesine öncelik tanımıştır.[182] Kanuna göre taraflar, hakem veya tahkim heyetinin uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, uluslararası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.[183] Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya tahkim heyeti, tahkim yargılamasını MTK hükümlerine göre yürütecektir (MTK, m.8/A). Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanı tanınır (MTK, m.8/B).

MTK, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda da taraf iradesine öncelik tanımaktadır.[184] Kanun, hakem veya tahkim heyetinin, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar vereceğini belirtmektedir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.[185] (MTK, m.12/C)

Kanuna göre taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış ise, hakem veya tahkim heyeti, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir (MTK, m.12/C).

Hakem veya tahkim heyeti, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı[186] olarak karar verebilir (MTK, m.12/C). Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh

---

[182] *Aynı* yönde düzenlemeler için Bkz:İsviçre Hukuku için KALPSÜZ, s.19.; İngiliz Hukuku için YEŞİN, s.116.; Alman Hukuku için YILMAZ, s.143.; Fransız hukuku için TURHAN, s.87.

[183] Bu noktada ICSID tahkim kuralları, seçilebilecek tahkim türleri arasında yer alabilir.

[184] *Aynı* yönde düzenlemeler için Bkz:İsviçre Hukuku için KALPSÜZ, s.27.; İngiliz Hukuku için YEŞİN, s.117.; Alman Hukuku için YILMAZ, s.143.; Fransız hukuku için TURHAN, s.87 vd.

[185] İngiliz ve Fransız hukukunda da aynı yönde düzenleme için Bkz: YEŞİN, s.117.; TURHAN, s.89.

[186] Hakemlerin Amiable Compositeur olarak hareket edebilmeleri için tahkim sözleşmesinda bu yönde görev vermeleri gerekir. Fransız Hukukunda da aynı şekilde düzenlenmiştir. Bkz: TURHAN, s.91.

olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların istemini uygun bulan hakem veya tahkim heyetince sulh, tahkim kararı olarak tespit edilir (MTK, m.12/D).

4.Tahkim İtirazı

MTK'ya göre, taraflar arasında tahkim şartı bulunmasına karşın, dava mahkemede açılırsa davalı taraf, mahkemede "tahkim itirazı"nda bulunabilir. Tahkim itirazı "ilk itiraz" hükmündedir. MTK'nın 5. maddesi uyarınca, Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme, davayı usulden reddeder. Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya tahkim heyetine gönderilir.

5. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz

Milletlerarası Tahkim Kanunu, "taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesinin, tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyeceğini" belirtmektedir (MTK. m.6). Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, mahkeme tarafından ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesinden itibaren otuz gün içerisinde tahkim davasının açılması gerekmektedir. (MTK, m.10/A).

Ulusal tahkimde hakem veya tahkim heyetinin, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi yoktur. Bu nedenle taraflar, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir için devlet yargısına başvuracaktır.[187] MTK, hakemlere ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi vermekle birlikte, bu kararın rızaen yerine getirilmemesi durumunda, bunun cebri icra organları tarafından yerine getirilmesine imkan vermemektedir. Bu sebeple, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının rızaen yerine getirilmemesi durumunda, tekrar mahkemeye müracaat edilerek, cebri icra yolu ile uygulanabilecek bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak gerekecektir (MTK, m.6)

[187] AKINCI, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı,** s.54-64.

6.Tahkim Süresi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B maddesine göre, "taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise tahkim heyetinin ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya tahkim heyetince, esas hakkında karar verilir".

7. Kanun Yolları

Milletlerarası Tahkim Kanununun getirdiği en önemli değişiklik, tahkim kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları ile ilgilidir. Öncelikle, uluslararası nitelikli tahkim kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış olup, ancak iptal davası açma imkanı tanınmıştır.[188] Böylece, artık Yargıtay'ın tahkim kararlarını esastan denetlemesi, başka bir deyişle, hakemlerin doğru karar verip vermediklerini incelemesi söz konusu olmayacaktır. Tahkim kararlarının iptal sebeplerinin bir kısmı mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınırken, bir kısmı, ancak tarafların ispat etmesi durumunda dikkate alınabilecektir (MTK, m.15).

8.Yabancılık Unsuru

MTK, 2. maddesinde, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin "uluslararası nitelik" kazanacağını ifade etmektedir. Kanun, bir tahkimin uluslararası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurları değil, uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurları dikkate alarak yabancılık unsurunun tespit edilmesini öngörmektedir. Bir tahkimde hangi durumlarda yabancılık unsurunun bulunduğu ise, Kanunun 2. maddesinde sayılmıştır.[189]

[188] ICSID tahkim kararları açısından da temyiz yolu kapalı olup, kararın sadece, yorumu, düzeltilmesi ve iptali istenebilir. Bkz: ICSID, m.50,51,52.

[189] Yabancılık unsuru, bu çalışma açısından önemli olduğu için İkinci Bölümde ayrıntılı olarak tekrar ele alınacaktır.

D.4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar (DYY) Kanunu

05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[190], doğrudan uluslararası tahkime ilişkin olmamakla beraber yabancı yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili hüküm içermektedir. Bu Kanun, "doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek" amacıyla çıkarılmıştır.

Konumuzla ilgili 3/e maddesinde "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan şartların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, ulusal veya uluslararası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği" belirtilmektedir. 4875 sayılı Kanun hükümleri, yabancı yatırım konusunda ayrıntılı olarak incelenecektir.

E.HUMK ve MÖHUK'un Tahkime İlişkin Hükümleri

Ulusal tahkim kavramı, 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'un 516-536. maddelerinde ele alınmıştır. Söz konusu maddelerde uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, tahkim usulü, tahkim kararının verilmesi ve hakemlerin seçimi gibi konular düzenlenmiştir. HUMK'un yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili olan 537-545. maddeleri MÖHUK tarafından kaldırılmıştır. Diğer yandan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun düzenlediği konularda aksine hüküm bulunmadıkça HUMK hükümleri uygulanmaz (MTK. m.17). Şu var ki tahkim usulüne Türk Hukuku uygulanan durumlarda, MTK'da boşluk varsa, HUMK hükümleri uygulanabilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)'un 43-45 maddeleri yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Söz konusu

[190] Kanun metni için Bkz: R.G. 17.06.2003, S.24141.

Kanunun 43. maddesinde tenfiz işlemini yapacak görevli ve yetkili mahkeme, 44. maddesinde başvuru ve inceleme usulü, 45. maddesinde de mahkemenin tenfiz talebini red sebepleri sayılmaktadır. MÖHUK'ta yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili olarak karşılıklılık şartı öngörülmüştür (MÖHUK. M. 44/2, 38/1). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda özellikle mahkemenin tenfiz talebini red sebepleri düzenlenirken New York Sözleşmesi'nin genel esasları göz önünde tutulduğu için, MÖHUK'un ilgili hükümleri ile Sözleşme uyum halindedir. Bu durum yerli ve yabancı ticari çevrelerce olumlu karşılanmıştır.[191]

F. Uluslararası Ticari Tahkimin Eleştirisi

Uluslararası ticari tahkim konusundaki ülkemizde görüşleri üç grupta toplamak mümkündür: Birincisi uluslararası ticari tahkim karşıtı görüştür. Bu görüşe göre tahkim ülkelerin bağımsızlığına gölge düşüren ve devletleri uluslararası büyük sermayenin esiri yapacak olan sistemdir.[192] İkinci görüş uluslararası ticari tahkim lehinde olan ve onu, ekonomik kalkınmanın ve yabancı yatırımların en önemli aracı olarak ele alan görüştür.[193] Üçüncü görüş ise, uluslararası ticari tahkimi ülkeler için gerekli görmekle beraber temkinli yaklaşan görüştür.[194]

Üçüncü görüş, uluslararası tahkim yolunu temelde olumlu ve ülkemiz açısından zorunlu bulmakla beraber, temkinli yaklaşmaktadır. Bu görüş sahipleri, uluslararası tahkim hususunda yapılacak düzenlemelerin, ülkemizi ve ekonomiyi uluslararası alandan uzaklaştıracak nitelikte olmaması ve objektif bir yaklaşım sergilemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, Türk yatırımcıların da başka ülkelerde

---

[191] ÜNAL, Şeref, **"Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Avrupa New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku",** BTHAE Sempozyum, Ankara, 1990, s.51-78.

[192] Tahkim karşıtı görüşler için Bkz:AYDOĞAN, Metin, **Bitmeyen Oyun**, Kum Saati Yayınları, 10. Baskı, Haziran-2002, s.205-237.; AYBAY, Rona, **"Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur",** Mülkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos-1999, s.55-56.; SOYSAL, Mümtaz/ERTUĞRUL, İlter, **"Kamu Hizmeti ve Tahkim"** Mülkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos-1999, s.62-63.; TURAN, Çetin, **"Tahkim",** İzmir Barosu Dergisi, Sayı:4, Ekim-1999, s.13-14.

[193] Tahkim lehindeki görüşler için Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.235-240.; GÜNUĞUR, Haluk, **"Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu, Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü"** Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999, s.340-341.; BİRSEL, Mahmut Tevfik, **"Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri**" **(=Enerji Yatırımları)**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.120 vd.; AKINCI, **Milletlerarası Tahkim,** s.26-28.; ARAT, Tuğrul, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, 3-4.

[194] SAYMAN, Yücel, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, s.14-26.; AKYOL, s.51-68.

yatırım yapması halinde bu yargılama türüne ihtiyaç duyacağı gözden uzak tutulmamalıdır.[195]

IX.BİRİNCİ BÖLÜM ÖZETİ

Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir. Tahkim çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Başlıcalarını, zorunlu veya ihtiyari tahkim, geçici (*ad hoc*) veya kurumsal tahkim, ulusal veya uluslararası tahkim ve nihayet tahkime başvuran tarafların kamu veya özel kişiler olmasına göre devlet tahkimi, özel tahkim ve karışık tahkim olarak saymak mümkündür.

Tahkim yargılamasına benzeyen iki kavramdan söz etmek mümkündür. Bunlar arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik kavramlarıdır. Her iki kavram da hukuki sonuçları ve işlevi bakımından farklı özelliklere sahiptir. Arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünde daha esnek ve daha az maliyetli ve daha az zaman kaybettiren alternatif bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak arabulucunun sunduğu çözüm, taraflar açısından bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar niteliğinde değildir. Hakem-bilirkişiler ise bir uyuşmazlığın çözümünde belirli bir maddi olayı kendi uzmanlık alanları içinde tespit ederler. Hakem-bilirkişi uyuşmazlığın taraflarınca tayin edilir ve Hakem-bilirkişi tarafından verilen karar tarafları bağlar.

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için iki temel şart vardır. Bunlardan birincisi uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi ise tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda anlaşmış olmalarıdır. Genel olarak, iki tarafın iradesine tabi olan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri hallerde tahkime başvurmak mümkündür. Hangi konular için tahkime başvurulabileceği ulusal ve uluslararası mevzuatta gösterilmiştir. Tahkim, devlet yargısına bir istisna teşkil ettiği için, (ihtiyari tahkimde) tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir irade ortaya koyması gerekir. Bu irade tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı şeklinde gerçekleşebilir.

[195] AKYOL, s.59-68. (Özellikle s.59 ve 67.)

Uluslararası ticaretin yarar alanına giren akitler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar için başvurulan tahkimi "uluslararası ticari tahkim" olarak tanımlamak mümkündür. Ülkemiz de dahil bir çok ülkenin temel aldığı UNCITRAL Model Kanunu, ticari terimini, akdi niteliğine bakılmaksızın, ticari bir mahiyet taşıyan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. NY Sözleşmesi de, ülkelerin kendi iç hukuklarına göre ticari nitelikte sayılacak anlaşmazlıklardan söz etmektedir. ICSID Sözleşmesi ise ticari kavramını, yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar ile sınırlı tutmaktadır.

Uluslararası ticaret çevreleri, aralarında çıkan veya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları uluslararası ticari tahkim yoluyla çözmeyi tercih etmektedirler. Bunun sebepleri, işlemlerde esneklik, tarafsızlık, gizlilik, uzmanlık, sonuçlanmasındaki çabukluk, uygulanmasındaki kolaylık ve nihayet ucuzluktur. Bütün bu tercih sebepleriyle beraber tahkimin de dezavantajları mevcuttur.

Uluslararası ticari tahkimin hukuki niteliği konusunda beş teori ortaya atılmaktadır: Bunlar kazai, akdi, karma, bağımsız ve nihayet yapısı bakımından kazai, kuvveti bakımından akdi ve fonksiyonu açısından uluslararası sayan teorilerdir.

Tahkim konusunda uluslararası düzenlemelerin başlıcaları, 1958 tarihli yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York (NY) Sözleşmesi, 1961 tarihli Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan ve ülkelerin tahkime ilişkin düzenlemelerini belirlemede temel ve model oluşturabilecek esasları gösteren UNCITRAL Model Kanunu ve nihayet Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Washington (ICSID) Sözleşmesi gibi uluslararası nitelikli düzenlemelerdir.

Uluslararası tahkim konusunda Türkiye'deki düzenlemeler ise Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4051 sayılı Kanun ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunudur. Ayrıca istisnai bazı hallerde uygulanacak olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri sayılabilir. Bir de doğrudan uluslararası tahkimle ilgili olmamakla beraber bu Çalışmanın konusu olan yabancı yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili hüküm içeren ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu da ticari tahkimle ilgili ulusal düzenlemeler içinde yer almaktadır.

Bu bölümde son olarak şunu belirtelim: Uluslararası tahkim konusunda yapılacak düzenlemeler, ülkemizi ve ekonomiyi uluslararası alandan uzaklaştırmayacak nitelikte olmaması ve objektif bir yaklaşım sergilemesi gerekir. Bu yönde bir yaklaşım, yabancı yatırımcıların ülkemizde yatırıma yönelmesine olumlu bir katkı yapacağı gibi, Türk yatırımcıların da başka ülkelerde yatırım yapması halinde bu yargılama türüne ihtiyaç duyacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca bu durum, ülkemizin bir tahkim merkezi haline gelmesini sağlayacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM
KAMU YATIRIMLARININ YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ İLE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ VE ULUSLARARASI TAHKİM

I.GENEL OLARAK

Bu çalışmanın konusu, Türkiye'nin de taraf olduğu "Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Sözleşme" (ICSID Sözleşmesi) ve bu Sözleşme'nin kurduğu ICSID tahkimi ve kararları ile bu Sözleşme ve hakem veya tahkim heyetlerinin verdiği kararların uluslararası ticaretle ilgili olarak Türkiye bakımından ifade ettiği anlamın bilimsel temelleridir. ICSID tahkimine konu olan uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında, taraflardan biri devlettir ve devlet bu yatırımı yerli/yabancı özel hukuk tüzel kişilerine kamu imtiyazı ve imtiyaz usulünün en yaygın şekli olan yap-işlet-devret modeli ile vermektedir. Bu nedenle yabancı sermaye ve kamu imtiyazları ve imtiyazların YİD ve yap-işlet modelleri hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.

Kamu hizmetlerinin çeşitli adlar altında imtiyazlar verilerek özel hukuk kişilerine gördürülmesi, devletlerin eskiden beri başvurduğu bir yöntemdir. Zamanla yabancı sermaye ve yatırımların teşvik edilmesi ile kamu yatırımlarının da yabancı yatırımcılara yaptırılması gündeme gelmiştir. Aşağıda ele alınacağı üzere, diğer gelişmekte olan ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de özellikle enerji, altyapı, ulaşım, haberleşme ve hizmet sektörlerinde kamu yatırımlarında yabancı sermaye teşvik edilmiştir.

Diğer yandan uluslararası nitelikli yatırımların finansmanında, uluslararası kredi kuruluşlarının özel bir önemi vardır. Bir çok uluslararası kredi kuruluşu, kalkınmakta olan ülkelerin kalkınma projelerinin finansmanına destek sağlamaktadır.[196] Kalkınma projelerinin hayata geçirilmesi, genellikle o ülkeye yabancı yatırımcıların girmesiyle mümkün olmaktadır. İşte bu kalkınma projelerinin desteklenmesi amacıyla, birçok uluslararası kuruluş, bazı fonları bu ülkelere aktarmaktadır. Bu nedenle, yabancı bir yatırımı, onun finansmanından ayrı olarak düşünmek mümkün değildir. Özellikle, büyük çaplı alt yapı yatırımları, uluslararası kuruluşların sağladığı finansmanlarla

[196] Uluslararası finans kuruluşları, bu kredi desteğini asgari bazı önemli şartlar altında sağlamaktadır. Bunlardan ilki, yapılacak yatırımla ilgili yabancı yatırımcıların da katılabileceği uluslararası bir ihalenin açılmasıdır. İkincisi yatırımın gerçekleştirilmesinde kullanılan mal veya hizmetin belirli bir kısmının (%10 veya %15) sözleşmede belirtilen devletlerden temin edilmesidir. Üçüncüsü ve en önemlisi de yatırımcı ile devlet arasında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların uluslararası ticari tahkim yoluyla çözülmesidir. Bkz: SAYMAN, s.14-15.

gerçekleşmektedir.[197] Bu konuda Dünya Bankası bünyesinde üç önemli kuruluş vardır: Kalkınmakta olan ülkelerin yatırım projelerini desteklemek amacını taşıyan bu kuruluşlar Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası, Uluslararası Kalkınma Birliği ve Uluslararası Finans Şirketidir. Bu üç kuruluş, yabancı yatırımları mali olarak desteklemektedir. Bu kuruluşlardan başka yabancı yatırımları mali açıdan destekleyen bölgesel düzeyde oluşturulan bankalar[198] da vardır. Uluslararası finans kuruluşlarının yabancı yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili önemi şu noktada oluşmaktadır: Yatırım projelerinin finansmanı ile uluslararası hukuk arasında bir bağlantı kurulmakta ve uyuşmazlıkların, finans sektörünün özellikleri de göz önüne alınarak yine uluslararası hukuk içinde çözülmesi ve onun içinde yürütülmesi gerekmektedir.[199] Uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolları içinde en önemli yeri de uluslararası ticari tahkim oluşturmaktadır. ICSID tahkiminin konusunu da, devletlerle diğer devlet yatırımcıları arasındaki uyuşmazlıklar oluşturunca, kamu yatırımları ile ICSID tahkimi arasındaki ilişkinin önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

II.KAMU HİZMETİ VE KAMU İMTİYAZI KAVRAMLARI

Kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri olarak kabul edilen kamu imtiyazını açıklamadan önce kamu hizmeti hakkında kısaca bilgi vermek yerinde olacaktır. Ardından da kamu imtiyazı ve YİD ve yap-işlet modelleri ile bunlardan doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümüne ilişkin mevzuatta yaşanan gelişmeler üzerinde durulacaktır. Burada amaç, kamu hizmeti ve kamu imtiyazı kavramlarını geniş şekilde incelemek değil, sadece bu çalışmanın konusu açısından (yabancı kişiler eliyle gerçekleştirilebilecek) kamu yatırımlarına açıklık getirmektir. Çünkü bu tür kamu yatırımları, yabancı yatırımcıların tek başına veya yerli

---

[197] PAKSOY, Serdar, **"Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.161; SABUNCU, Faruk, **"Uluslararası Tahkim: Ekonomi Açısından Mali Mevzuatın Değerlendirilmesi",** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.169 vd.

[198] Afrika Kalkınma Bankası, Asya Kalkınma Bankası, Inter-Amerikan Kalkınma Bankası, İslam Ülkeleri Kalkınma Bankası - b.

[199] TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **"Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler"** Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.178 vd. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc

girişimcilerle birlikte gerçekleştirdikleri görülmektedir. Bu yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerlerinin başında ICSID tahkimi gelmektedir.

A.Kamu Hizmeti Kavramı

1.Genel Olarak

Kamu hizmeti kavramı İdare Hukukunun temel konularından biri olmasına rağmen, üzerinde anlaşılmış olan bir tanım bulunmamaktadır.[200] Kamu hizmeti kimi zaman, faaliyet, iş, uğraş anlamında, kimi zaman da kamu kuruluşları anlamında kullanılmaktadır.[201] Faaliyet, iş, uğraş anlamında bir kamu kurumunun, kendisi ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet, kamu hizmetidir.[202] İşlevsel olarak nitelenen başka bir tanıma göre kamu hizmeti, kamu yararının gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere yürütülen faaliyetlerdir.[203]

2.Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri

Kamu hizmetinin görülüş usullerini organik olarak kamu kesiminde yer alan tüzel kişiler ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Bir faaliyetin bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi örgüt, araç-gereç personel ve malvarlığı ile yürütülmesi olarak ifade edilen Emanet usulü, kamu

---

[200] GÜNDAY, Metin, **"Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler" (=Uluslararası Tahkim)**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.183-184. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc)

[201] Nitekim 1982 Anayasasının 70. maddesinde "Her Türk *kamu hizmetlerine* girme hakkına sahiptir." diyerek kamu hizmetini kamu kuruluşu anlamında kullanmıştır.

[202] GÖZÜBÜYÜK, Şeref/AKILLIOĞLU, Tekin, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 1993, s.219.

[203] ÖZAY, İlhan, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 1992, s.113.; Liberal devlet anlayışında bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu yönetim usullerine tabi tutulması gerekir. Sosyal devlet anlayışında bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için mutlaka kamu kuruluşlarınca yürütülmesi gerekmez. Kamu hizmeti tanımlarının üzerinde birleşilen husus, *kamu yararı* olan ve *toplumsal bir ihtiyacı karşılayan faaliyet* olmasıdır. Bkz: GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku Dersleri I**, Ankara, 1990, s.220.; Esas itibariyle niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet anlayışı günümüzde terkedilmiştir. Artık bir faaliyetin kamu hizmeti olması veya olmaması yer ve zamana, yasama organının veya yetki olması durumunda yönetimin takdirine bağlıdır. Bkz: GİRİTLİ İsmet/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.129.; Buna rağmen, 1999 Anayasa Değişikliği öncesinde, Anayasa Mahkemesi, objektivist bir kamu hizmeti anlayışı benimsemişti. Buna göre bazı faaliyetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti idi ve bu niteliği kanun koyucunun bile değiştirmesi mümkün değildi. Bkz: ULUSOY, Ali, **"Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY) Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.2.

kesiminde yer alan tüzel kişiler tarafından yerine getirilen bir kamu hizmeti görülüş usulüdür.[204]

Kamu hizmetinin bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi tarafından görülmesi usulleri imtiyaz, ruhsat, iltizam ve müşterek emanet usulleridir.[205] YİD bir imtiyaz usulü olarak ifade edilmektedir. Müşterek emanet usulü, bir kamu hizmetinin hasar veya zararı yönetime ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk tüzel kişisine gelir üzerinden pay verilmek suretiyle yürütülmesidir. Osmanlı dönemindeki sahil fenerleri işletmelerinin örnek olduğu bu yöntem bugün terkedilmiştir. İltizam, yönetimle özel hukuk arasında bir kamu hizmetine, özellikle yönetim için gerekli olan alt yapı tesisleri ile inşaatların yaptırılmasına ilişkin bir sözleşme türüdür. Bu da genellikle YİD yöntemi aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Osmanlı döneminde vergi toplama alanında kullanılmış olan bir yöntemdir. Ruhsat yani izin usulü ise bu konuda yasa ile yönetim lehine tekel oluşturulmayan ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikte etkinliklerin özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir. Toplu taşımacılıkta halk otobüsleri bunun en tipik örneğini oluşturmaktadır.[206]

Nihayet, kamu hizmetinin ilgili yönetim ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usulü adı verilmektedir.[207]

B.Kamu İmtiyazı Kavramı ve Türleri

Devlet, ekonomik veya sosyal nedenlerle yerine getiremediği veya bizzat yerine getirmekte fayda görmediği bir kısım kamu hizmetlerinin görülmesini özel hukuk

---

[204] *Emanet usulünün* ayırıcı özelliğinin, hizmetin bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilip yürütülmesi olduğu için bağlı olduğu rejimin kamusal veya özel olmasının fazla bir önemi yoktur. Bu bakımdan PTT, TRT, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının hizmetleri emanet usulü ile yürütülen kamu hizmetidir. Bkz: ÖZAY, s.128-129.

[205] TAN, Turgut, **"İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**", YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996, s.32. Kamu hizmetinin görülüş usulleri sadece bunlardan ibaret değildir. Fransız Hukukunda yerel idarelerin bazı hizmetleri özelleştirmeleri çerçevesinde yeni yöntem ve sözleşme türleri geliştirilmiştir. Yönetim sözleşmeleri, gelir garantili yönetim sözleşmeleri, götürü ücretle yönetim sözleşmesi gibi türler buna örnek gösterilebilir. Yine Türk Hukukunda da bu tür sözleşmeler çeşitlenmiştir. Örneğin görev sözleşmesi, işletme hakkı verilmesi sözleşmesi (3096 sayılı kanun), işletme hakkı sözleşmesi (2983 ve 4046 sayılı Kanunlar), kiralama (4046 sayılı Kanun) ve yönetim sözleşmesi bu çeşit sözleşmelerdendir. Doktrinde de özelleştirme ve YİD Modelinin uygulanmasına paralel olarak idari sözleşmelerin uygulama alanının genişlediği kabul edilmektedir. Bkz: **Aynı Eser**, s.32.

[206] ÖZAY, s.130 vd.

[207] ÖZAY, s.134 vd. Bu çalışmanın konusu uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıkları olduğu ve bu yatırımlar genellikle imtiyaz usulünün YİD Modeli ile yapıldığından dolayı aşağıda bu konuda ayrıntılı bilgi verilecektir.

kişilerine imtiyaz usulü ile devretmektedir. Kamu hizmetinin ilgili yönetim ile aralarında imzalanmış bulunan sözleşmeye dayalı olarak bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesine imtiyaz usulü adı verilmektedir. İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilir. Kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denmektedir. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır.[208]

Aşağıda ele alacağımız hukuki düzenlemeler yapılıncaya kadar, İdare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkındaki temel ilkeleri şöyle özetlemek mümkündür: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu kamu hizmetleri oluşturmaktadır. Kamu hizmeti, kamusal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik bir etkinlik/faaliyet olarak anlaşılmaktadır. Ancak her kamusal ihtiyacı karşılamaya yönelik etkinlik de kamu hizmeti değildir. Böyle bir etkinliği yani kamusal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik olan bir etkinliğin bir kamu hizmeti sayılabilmesi için bu etkinliğin, yasama organınca bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiş olması gerekir. Kamu hizmeti faaliyeti, özel kesim etkinliklerinden farklıdır. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin yürütülmesi, işletilmesi, bir sözleşme konusu olacaksa bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime tabi olması doğaldır. Çünkü özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf eşit konumdadır, iki taraftan hiçbirisinin iradesine bir ayrıcalık, bir üstünlük tanınamaz. Ancak konusu belli bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesi olan bir imtiyaz sözleşmesi söz konusu olduğunda, taraflardan biri idare, öteki taraf özel kişidir.[209]

İdare, kamu yararını temsil eder, kamu yararının sağlanması idarenin amacıdır. Sözleşmenin diğer tarafı olan özel kişi, şüphesiz, kendi menfaatleri doğrultusunda hareket edecektir. Kamu yararı, özel çıkar ve yararlara üstün sayılır, dolayısıyla bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden üstünlükler ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Örneğin, idare karşı tarafın muvafakati olmasa da sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmeyi tek yanlı olarak değiştirebilir ve karşı taraf da buna uymak zorundadır. Sözleşme süresi dolmadan imtiyazı geri alabilir.

[208] ÖZAY, s.134. vd.; GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.183.
[209] GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.183-184.

Çünkü hizmetin asli sahibi ve sorumlusu kendisidir.[210] İdarenin gözetim, denetim ve yaptırım yetkileri vardır. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi lehine de, özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden üstünlükler ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Örneğin idare, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapılabilir, imtiyaz sahibini bazı resim ve harçlardan muaf tutabilir, özel mülkiyette bulunan taşınmazlara el koyabilir, geçici olarak onları işgal edebilir. Veya kamu mülkiyetinde bulunan bir taşınmazı imtiyaz sahibine geçici olarak tahsis edebilir. [211]

Kamu gücüne özgü olan kolluk ve ulusal savunma faaliyetleri gibi hizmet ve faaliyetler sadece idare tarafından ve kamusal yönetim usullerine tabi tutularak gördürülmesi gerekir. Ancak iktisadi ve sınai nitelikteki kamu hizmetlerinin (ki bunlar büyük ölçüde özel yönetim usullerine tabidir) özel kişilere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri aracılığıyla gördürülmesi mümkündür. Batıda XIX. yüzyılda ortaya çıkan bu imtiyaz yöntemi aslında Osmanlı Devletinin son döneminde büyük bir uygulama alanı bulmuştur. Osmanlı Devletinin mali ve teknik yetersizliği nedeniyle, elektrik, su, telefon, hava gazı, demiryolları, rıhtımlar gibi pek çok kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini imtiyaz yöntemiyle yabancı girişimcilere bırakılmıştır. Ancak imtiyaz yöntemini ve sözleşmelerini düzenleyen bir kanun[212] da bulunmadığından yapılan imtiyaz sözleşmelerinde hep Osmanlı Devletinin aleyhine ve yabancı yatırımcıların lehine hükümler konulmuştur.[213]

Kamu hizmetlerinde, yabancı yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin tartışmalar YİD ve yap-işlet modeli ile ilgili olarak geliştiği için aşağıda bu iki tür hakkında bilgi verilecektir.

---

[210] SİRMEN, Lale, **"Sözleşme Hukuku Açısından YİD Modeli"**, YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996, s.13. Dolayısıyla imtiyaz sahibi, sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesinde ücretin artırılmasını, imtiyazın geri alınmasında ise zararının tazmin edilmesini isteyecektir. Bkz: **Aynı Eser**, s.13.; İmtiyaz sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin bir çok örnek vardır: Mesela, Fransa'da sokakları havagazı ile çalışan sokak lambalarıyla aydınlatan şirketin imtiyazı, elektriğin yaygınlaşmasından sonra idare tarafından tek taraflı olarak feshedilmiştir. Fransız Danıştay'ı da işlemi *değişkenlik* kuralından dolayı haklı bulmuştur. Aynı şekilde Haliç'te vapur işleten şirketin imtiyazı, idare tarafından tek taraflı olarak geri alınmış ve bu işlem, aynı gerekçe ile Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Bkz: AZRAK, Ali Ülkü, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, s.31.

[211] GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.184

[212] İmtiyaz yöntemini düzenleyen ilk kanun, 1910 yılında çıkartılan "Menafi-i Umumiye Müteallik İmtiyazlar Hakkındaki Kanun"dur.

[213] GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.184

III.YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ

A.Genel Olarak

1980'li yıllardan itibaren özellikle yabancı sermayeyi ülkemize çekebilmek konusunda YİD modelinden söz edilmeye başlandı. Büyük miktarda sermaye ile yeni teknoloji gerektiren, uzun vadeli yatırım yapılmasını amaçlayan bu model aslında idare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşmedir.[214] Ancak bu model, konusu ve usulü her ayrı olay ve durum için farklı bir biçimde gerçekleştirilebilecek bir imtiyaz usulüdür.[215]

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin a fıkrasında YİD modeli şu şekilde tanımlanmıştır: "İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal ve hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesidir."

Geniş anlamda YİD modeli, bir kamu alt yapı yatırım veya hizmetin finansmanının özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve Kamu tarafından belirlenen bir süre içinde, işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal veya hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi diye tanımlanabilir. Aslında bu modelin uygulaması bize çok yabancı değildir. Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde yabancı şirketlerle yapılmış olan çeşitli imtiyaz sözleşmeleri, bu model ile büyük benzerlik göstermektedir. O dönemde yapılan sözleşmelerle örneğin, İstanbul'da Tramvay, Tünel İşletmeleri, Elektrik, Gaz İdaresi, Haydarpaşa Liman İşletmesi ve İzmir'de Liman İşletmesi, Göztepe Tramvay İşletmesi yabancı şirketlere verilen imtiyazlardır.[216]

YİD modelinin temel bazı özellikleri şu şekilde sayılabilir: a.Bir kamu alt yapı yatırımının özel sektör eliyle yapılması ve işletilmesini amaçlamaktadır. b.Kamu alt

[214] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.85.
[215] ÖZAY, s.142.
[216] İMRE, Erol, **Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli, Yasal Çatısı ve Uygulaması**, Yüksek Denetleme Kurulu, 2001, s.5-6. Erişim için Bkz: http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t9

yapı yatırımlarının gereksinim duyduğu finansman sorununa çözüm getirmek, dolayısıyla yatırımın gerçekleşmesini sağlamaktadır. c.Bu tür projelerin yatırım aşamasında olduğu gibi işletme aşamasında da özel sektörün ileri teknoloji getirmesi, etkin işletme ve yönetim anlayışıyla projenin üretim, hizmet etkinliğinin arttırılmasıdır. d.Sadece yeni yatırımlar için değil, tamamlama ve yenileme yatırımları içinde bu modele başvurulabilir. e.YİD modeli çerçevesinde temin edilen ve kullanılan dış kredi Türk Hazinesinin borç hanesine yazılmamakta, dolayısıyla Türkiye'nin dış borçlanma yükümlülüğünü, portföyünü olumsuz yönde etkilememektedir. f.YİD modeli Türkiye'de taraflar arasında yapılan "uygulama anlaşmaları" çerçevesinde yürütülmektedir. Bu anlaşmalarda bir taraf kamu kurum veya kuruluşu diğer taraf ise projeyi gerçekleştirmekle yükümlü özel şirket olmaktadır.[217]

Kamu yatırımlarına finansman sağlaması, yabancı sermayeyi ve özelleştirmeyi olumlu etkilemesi ve teknoloji transferine ve etkinliğin sağlanmasına imkan tanıması YİD modelinin avantajları arasında yer alır. Diğer yandan model bazı dezavantajlar da taşımaktadır. Bunlar, ülkenin siyasi ve ekonomik istikrarına karşı duyarlı olması, yüksek maliyet unsurunu beraberinde getirmesi, yatırım konusu olan tesis ve/veya tesislerin işletme süresi sonunda kamuya devredilecek olmasıdır.[218]

B.Doktrinde YİD Modeli

YİD modelinin hem idare hukukunu hem de borçlar hukukunu ilgilendiren yönü vardır.[219] İdare hukuku anlamında yapılan bir tanıma göre bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belirli süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten

---

[217] İMRE, s.5-6.

[218] YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, **Türkiye'de YİD Modeli Ve Kamu Borçlanması,** Maliye Sempozyumu-Tebliğler, s.4. Bkz: http://www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebligler/5-3.doc (26.02.2004); İMRE, s.6. Bu son özellik, yani YİD modeli ile kurulan tesisin süre sonunda kamuya devredilecek olması, modelin en büyük çelişkisidir. Bu çelişki, süre bitiminde tesisin işletilmesi için özel hukuk kişilerine yeniden ihale edilmesi ile ortadan kaldırılabilir.

[219] GÜNDAY'a göre, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idare hukukuna tabi olup aslında karma nitelikli sözleşmelerdir. Kamu hukuku imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle belli bir kişiyi (kendisine imtiyaz tanınan) önceden hazırlanmış bulunan şartnamede belirlenmiş genel, soyut, objektif bir statüye sokar. Dolayısıyla idare hukuku deyimiyle imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle bir şart işlemdir. Diğer yandan bu sözleşmeler, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve dolayısıyla mali hükümleri düzenler. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.193-194.

sonra, tesisin bedelsiz olarak ilgili kamu idare ve ya kamu kurumuna devir ve teslimini sağlayan rejimdir.[220]

Devletin yatırım bütçesindeki yetersizlikler nedeniyle bir finansman modeli olarak düşünülen YİD sözleşmeleri özellikle altyapı hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde başvurulabilecek en önemli yöntemdir. YİD yönteminin bir finansman modeli olmasının yanında ihtiyaç duyulan bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine aracı olma fonksiyonu da vardır. [221]

Bu model çerçevesinde, idareye ait proje ve yatırımı üstlenen yatırımcı şirket, idareden önceden herhangi bir avans ya da sonradan ücret istemeksizin proje, şartname ve sözleşmede kararlaştırılan yatırımı yapmakta, tesisin kurulmasından sonra da idare tarafından yatırımcıya herhangi bir ücret ödenmemektedir. Yatırımcı, (elde edeceği kar dahil) ücretini, idare ile yaptığı uygulama sözleşmesinde öngörülen süre ve esaslar içerisinde, idareden aldığı yetkiye dayanarak tesisi işleterek, hizmet veya tesisten yararlananlardan elde edeceği yararlanma veya geçiş ücretinden karşılamakta, işletme süresi sonunda, tesisi idareye devretmektedir.[222]

Söz konusu yatırım ile ilgili bu sözleşme, genel olarak bir eser sözleşmesidir.[223] Ancak yatırımcı, ücretini, kamuya ait tamamlanmış ve işletilmesi için kendisine yetki verilmiş tesisten yararlananlardan ücret alarak veya hizmetleri idareye satarak elde etmesi, idareye ait bir yetkinin kullanılması olduğundan ve bu yetki de yatırımcıya

---

[220] DURAN, Lütfi, **"Yap-İşlet Devret"**, Muammer Aksoy'a ARMAĞAN (AÜSBFD), Sayı:1-2, 1991, s.150.

[221] EMEK, Uğur, **"Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim" (=Kamu Hizmeti)**, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık-1999, s.30.; Türkiye'de, son yıllarda gelişen sanayi ve hizmet sektörleri yanında hızlı bir düzensiz kentleşme olgusu yaşanmaktadır. Geçmiş yıllarda yapılan yatırımlar artan talepleri artık karşılayamamaktadır. Mevcut kamu kaynakları da değişimin gerekli kıldığı enerji, su arıtma tesisi, kanalizasyon, iletişim, köprü, demiryolu, otoyol , deniz ve hava limanları, marina vb. altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde yetersiz kalmaktadır. VARLIER, Oktay, **"YİD Modeli ve Uluslararası Tahkim"**, Görüş Dergisi, Eylül, 1999, s.50.

[222] KAPLAN, İbrahim, **"YİD ve Yap-İşlet Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri"**, BATİDER, Cilt:XIX, Sayı:4, Aralık-1998, s.9.; YERLİKAYA, **Türkiye'de YİD Modeli Ve Kamu Borçlanması,** s.3.; İMRE, s.5.

[223] Ancak bu sözleşme çatı niteliğimde başka sözleşme çeşitlerini de kapsamına alabilmektedir. Örnek olarak danışmanlık sözleşmesi (*consultant agreement*), *preliminary consortium agreement*, proje şirketi sözleşmesi (*project company agreements*), fiyat sözleşmesi ya da alım taahhüdü sözleşmesi şeklinde tanımlanan ve yatırımcı ile ilgili kamu idaresi arasında üretilen malın *"take or pay"* "ya al ya da öde" ilkesine bağlı olarak yapılan *"off-take agreement"* sözleşmeleri, inşaat sözleşmesi (*construction agreement*), ekipman tedariki sözleşmesi (*equipment supply contracts*), işletme sözleşmesi (*operation and maintenance contract*), sigorta sözleşmesi (*insurance contracts*), finansman sözleşmesi (*financing contracts*) sayılabilir. Bkz. YERLİKAYA, **Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli Ve Kamu Borçlanması,** s.5.

kanuna uygun olarak devredildiğinden dolayı, YİD modeli kapsamında ilgili idare ile yatırımcı arasındaki sözleşme, bir kamu imtiyazı sözleşmesi kabul edilmektedir.[224]

YİD modeli olarak adlandırılan bu kamu imtiyazının bir sözleşme tipi olmadığı, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin geçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli olduğu da belirtilmektedir. Bu model kapsamında yapılan yatırım ile yatırımcı, kaynak ihtiyacı olan kişiye ait arazi üzerinde tesis kuracak, belli bir süre bunu işletecek ve diğer tarafa devredecektir. Bu şekilde yatırım bedeli, tesisin işletilmesi ile elde edilen gelir üzerinden ödenmiş olacaktır. Dolayısıyla bu model sadece kamu kurum ve kuruluşlarını başvurabileceği bir finansman modeli değildir.[225]

C.YİD Modelinin Gelişiminde Yasal ve Yargısal Süreç

1.Yasal Düzenlemelerde YİD Modeli

YİD modelinin ilk yasal dayanağını 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Kanun[226] oluşturmuştur.[227] Kanun Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Söz konusu Kanun ve çıkarılan uygulama yönetmeliklerine[228] göre iki tür sözleşmeden bahsedilmektedir[229]:

---

[224] DURAN, 155 vd. YİD Modelinin imtiyaz sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı konusunda ayrıntılı bir inceleme için Bkz: TAN, Turgut, **"İdare Hukuku Açısından YİD Sözleşmesi"**, YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996. (23-40, özellikle 27-33 arası).; SİRMEN, Lale, **"Sözleşme Hukuku Açısından YİD Modeli",** YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996.

[225] SİRMEN, s.11.; Nitekim YİD Modeli çerçevesinde, yerel yönetimler bazı önemli projeleri hayata geçirmişlerdir. Ankara Büyükşehir Belediyesi, Ankara Metrosunu bu model ile yabancılara yaptırmıştır. Yine Ankara'da Atakule alışveriş merkezi de örnek olarak verilebilir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi de bu modelle doğal gaz şebekesi kurulması ve işletilmesini, hızlı tramvay yapımı, turistik otellerin yapımını ihale etmiştir. Yine İzmit Büyükşehir Belediyesi tarafından, içme suyu sorununun giderilmesi için, içme suyu projesi, işletme süresi 15 yıllığına olmak üzere yabancı ortaklara verilmiştir. Aynı şekilde, Serbest Bölgecilik alanında da YİD modeli kullanılmıştır. Mersin Serbest Bölgesi, Antalya Serbest Bölgesi, Ege Serbest Bölgesi, Adana ve Trabzon Serbest bölgeleri buna örnek verilebilir. Bkz: YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, **YİD Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.68.

[226] 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun metni için Bkz:R.G.19.12.1984, S.18610. (EMEK, **Mevzuat**, s.41-45.)

[227] 1980'li yılların başında bütün dünyada görülen özelleştirme akımı Türkiye'de de etkisini göstermiş ve bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamalarına girilmiştir. Başlangıçta yasal dayanaktan yoksun bu uygulamaların ilk yasal dayanağını 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Kanun oluşturmuştur. Bkz: TAN, s. 24.; GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.186.

[228] Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi Ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma Ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen

Görev sözleşmesi ve İşletme hakkı verilmesi sözleşmesi. Görev sözleşmesinin konusu elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme iznidir. İşletme hakkı verilmesi sözleşmesinin konusunu ise görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (KİT'ler dahil) yapılmış ve yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirkete verilmesi oluşturmaktadır.

YİD modelinin ikinci örneğini 1988 yılında çıkarılmış 3465 sayılı Kanun[230] oluşturmuştur. Söz konusu Kanun, otoyollarla, yapılmış veya yapılacak otoyollar üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin görevlendirilmesini düzenlemektedir. Bu kanunun uygulama Yönetmeliğinde[231], verilen görevin yerine getirilmesi şartlarını belirlemek üzere Karayolları Genel Müdürlüğü ile yatırımcı şirket arasında bir sözleşme yapılacağı öngörülmüştür.

22.2.1994 tarih ve 3974 sayılı Elektrik Hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun[232] ile "özel sektörün enerji, üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurması ile ilgili sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulacağı" hususu düzenlenmişti. Bu Kanunun bazı maddeleri AYM tarafından iptal edilmiştir.[233]

YİD modelinin en kapsamlı yasal dayanağı 08.06.1994 tarihinde kabul edilen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkındaki Kanundur.[234] Bu Kanun, 3096 sayılı Kanunun kapsamını genişletmek ve idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılmasından kaynaklanan güçlükleri ortadan kaldırmak

---

Yönetmelik için Bkz: R.G. 04.09.1985, S.18858. (EMEK, **Mevzuat**, s.47-56.) ; Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi Ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında **Yönetmelik** için Bkz: R.G. 23.02.1987, S.19381. (EMEK, **Mevzuat**, s.81-88.)

[229] 3096 sayılı kanuna göre idare ile görevli şirket arasında yapılacak olan sözleşmeler, klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bütün unsurlarını içermektedir. Dolayısıyla da uygulamada bu kanun uyarınca yapılmış olan sözleşmeler de imtiyaz sözleşmeleri ilkelerine tabii tutulmuştur. Örneğin Danıştay 10. Dairesi bu şekilde yapılan bir işletme hakkı devir sözleşmesini Danıştay incelemesinden geçmemiş olması nedeniyle hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.187.

[230] Kanun metni için Bkz. R.G. 02.06.1988, S.19830. (EMEK, **Mevzuat**, s.131-134.) Ancak bu Kanun çok fazla uygulama alanı bulamamıştır. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.186. Söz konusu Kanun'la verilecek görevin tüm tesisleri ile otoyolun veya yolculukla ilgili hizmet tesislerinin projelendirilerek ya da projesine göre, yapım, bakım ve işletilmesini kapsadığı ve sözleşmenin en fazla 49 yıl süreli olabileceği belirtilmiştir.

[231] Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollu Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği metni için Bkz: R.G. 14.04.1993, S.21552. (EMEK, **Mevzuat**, s.135-156.)

[232] Kanun Metni için Bkz:R.G.01.03.1994, S.21864.

[233] AYM, 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı Kararı için Bkz:R.G.24.01.1995, S.22181. (EMEK, **Mevzuat**, s.273-300.)

[234] Kanun Metni için Bkz: 13.06.1994, S.21959. (EMEK, **Mevzuat**, s.15 vd.)

amacıyla çıkarılmıştır.[235] Söz konusu Kanunun 24.11.1994 tarih ve 4047 sayılı Kanun[236] ile değişik 2. maddesinin birinci fıkrasına göre Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demir yolu, yer altı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında YİD modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır.[237] Aynı maddenin ikinci fıkrası "Birinci fıkrada öngörülen yatırım ve hizmetlerin bu Kanuna göre sermaye şirketleri ve yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesi, bu yatırım ve hizmetlerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları (KİT'ler dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder." denilmektedir.

3996 sayılı Kanun, idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağını ve sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörmekteydi (m. 5). Ancak Anayasa Mahkemesi idare ile yatırımcı şirket arasındaki sözleşmenin gerçekte bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirterek 5. maddenin "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcükleri ile "bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" şeklindeki ikinci cümlesini iptal etmiştir. AYM, 5. madde içeriğini, söz konusu sözleşmeyi Danıştay'ın öndenetiminden istisna tutmak ve idari yargının görev alanından çıkarmak gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.[238]

3996 sayılı Kanun'da yapılan bir diğer değişiklik de 30.08.1996 tarihinde kabul edilen 4180 sayılı Kanundur.[239] Adı geçen Kanun idarenin yatırım projelerini üstlenen şirketlere vereceği garantilerin kapsamını genişletmiştir.

Ve son olarak özelleştirme uygulamalarını düzenlemek amacıyla çıkarılmış olan ve Özelleştirme Kanunu olarak da anılan 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Kanun[240] ile,

---

[235] GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.187.
[236] Kanun metni için Bkz: 03.12.1994-22130.
[237] 4047 sayılı kanun, "enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı tesis ve yatırımları"nı da 3096 sayılı Kanunun kapsamından çıkarmıştır. Ayrıca YİD Modeline göre başlamış olan proje ve işlerin sonuçlandırılmasını yatırımcı şirketin talebi ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Yüksek Planlama Kurulu'nun kararına bağlamıştır.
[238] AYM, 28.06.1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı Kararı için Bkz:R.G. 20.03.1996, S.22586. (EMEK, **Mevzuat**, s.301-320.); Ülkemizde, kamuya ait taşınmazlar üzerinde bayındırlık işlerini konu alan sözleşmeler idari uygulamalar ve mahkeme içtihatları ile özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekte idi. Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile, hem 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan bütün faaliyetleri kamu hizmeti saymış, hem de gerçekte bayındırlık işi olan kamu hizmetinin kurdurulması aşamasını da kamu hizmeti imtiyazı olarak kabul etmiştir. Bkz: SİRMEN, s.14.
[239] Kanun metni için Bkz: R.G. 04.09.1996, S.22747.

genel ve katma bütçeli idarelerle, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar vs) ile varlıklarının, kamu kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin kullanma hakkının azami 49 yıllığına işletme hakkı verilmesi, kiralama ve diğer yöntemlerle özel kişilere devri düzenlenmektedir (m.15).

1999 tarihli Anayasa değişikliği öncesindeki özel sektör kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde kamu altyapı yatırımlarına katılımını düzenleyen bu girişimler aşağıda ele alınacak kararlarıyla AYM ve Danıştay'ın olumsuz tutumu yüzünden sonuçsuz kalmıştır. Dolayısıyla bu tür sözleşmeler sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, ICSID tahkimi de dahil uluslararası tahkim yoluyla çözüme ulaşmak imkanı kapatılmış bulunuyordu. Aşağıda yargı organlarının kararlarına değindikten sonra mevcut hukuki durum ele alınacaktır.

2.Yargısal Süreçte YİD Modeli

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine ve bu arada yabancı yatırımcılara gördürülmesine imkan sağlayan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul edilerek kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi tutulmasının iki temel sonucu ortaya çıkmıştır: Bunlardan biri bu sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayıldıklarında Anayasanın 1999 Değişikliği öncesindeki 155. maddesi ve Danıştay Kanunun ilgili maddelerine uyarınca Danıştay'ın ön denetimine, incelemesine tabi tutulacaktır.[241] Danıştay bu sözleşme tasarılarına son biçimini verecektir. İkincisi, bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıklar idari yargıda ve dolayısıyla Danıştay Kanununun 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da çözümlenecektir.[242] Yani bu imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde "Türk idari yargısı" yerine "uluslararası ticari tahkime" götürebilme imkanı bulunmamaktaydı.

Bu bağlamda YİD modeli ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin iki iptal kararından söz etmek gerekir. AYM, bu iptal kararlarında kamu hizmeti ve imtiyaz

---

[240] Kanun metni için Bkz: R.G. 27.11.1994, S.22124. (EMEK, **Mevzuat**, s.195-197.)

[241] Bu, *yargı birliğinin* bulunduğu Amerikan kökenli yabancı yatırımcılar açısından anlaşılması son derece güç bir durumdur. Çünkü Danıştay, bir yandan devlete danışmanlık yapacak, diğer taraftan devlet ile yatırımcı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm mercii olacaktır. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.188.

[242] GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.188.

kavramlarını da tanımlamış ve kamu imtiyazı sözleşmelerine ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur.

22.2.1994 tarih ve 3974 sayılı Elektrik Hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun'la "özel sektörün enerji, üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurması ile ilgili sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulacağı" hususu düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi 3974 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal ettiği Kararında[243]:

"...Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir.[244] Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir...

...İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine "imtiyaz" denir... Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır..." denilmektedir.[245]

3996 sayılı YİD Kanunun 5. Maddesinde "Yüksek Planlama Kurulu tarafından belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağı" ve "bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı" hükmü getirilmişti. Anayasa Mahkemesi, YİD modelini düzenleyen 3996 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal eden Kararında[246], kanunda özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin idari sözleşme olduğunun altını çizdikten sonra: "Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olacağını, yasal

---

[243] AYM, 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2. sayılı Karar için Bkz: R.G. 24.01.1995, S.22181. (EMEK, **Mevzuat**, s.273-300.)

[244] Esasında elektrik enerjisi üretimi alanının kanun koyucu tarafından, kamu hizmeti alanı dışında tutulması, Anayasa'ya aykırı sayılmaz. İdare Hukukunun beşiği olan Fransa'da bile ticari ve sınai kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir. BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.125 vd.

[245] Anayasa mahkemesinin iptal gerekçesine dayandırdığı temeller, 90-100 yıl öncesinin kamu hizmeti ve imtiyazları tanımları üzerine kurulmuştur. Bu hukuki yaklaşım, kamu yararının, idarenin faaliyetlerinin mutlaka kamu hizmeti biçiminde yürütülmesiyle sağlanabileceği sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu sonuç günümüzde geçerli değildir. Çünkü, kamu hizmeti olarak görülen, ancak kamu yararına olmayan yatırım ve hizmetler olabileceği gibi, gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilen ve kamu yararı bulunan yatırım ve hizmetler de vardır. Kamu hizmeti artık hukuki kategori olmaktan çok politik bir araç olarak görülmektedir. Bkz: VARLIER, s.53-54.

[246] AYM, 28.06.1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı Karar için Bkz:R.G. 20.03.1996, S.22586. (EMEK, **Mevzuat**, s.301-320.)

düzenlemelerin bu niteliği değiştiremeyeceğini" belirtmiştir.[247] Anayasa Mahkemesi bu kararları ile YİD modeli ile yapılacak enerji yatırımlarının kamu hizmeti imtiyazı, yapılan sözleşmelerin de imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir.

Enerji sektöründe yapılacak yatırımların uygulamasında karşılaşılabilecek anlaşmazlıkların çözümünü "Türk idari yargısı" yerine "uluslararası ticari tahkime" götürebilme imkanını getiren Kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi, ilgili çevrelerde, iki karşıt görüş ortaya çıkarmıştır: Birinci görüş sahipleri, Anayasa Mahkemesi kararları paralelinde olup, bu tür konularda idarenin üstün taraf olması gerekliliği nedeniyle (biraz da egemenlik hakkı endişesiyle), davaların "İdare Hukuku" kapsamında ve "Danıştay" tarafından sonuçlandırılması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş sahipleri ise, aşağıda daha detaylı olarak belirtileceği üzere, Türk hukukunun uluslararası ticari tahkime müsait olduğunu ve uluslararası tahkimin egemenlik hakkını zedelemeyeceğini ileri sürmüşledir.[248]

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiğimiz bu iki kararından başka Danıştay'ın da YİD modeli ile ilgili kararları vardır. Danıştay bu konudaki yaklaşımını ilk kez 3096 sayılı Kanun'un uygulanmasında yapılacak sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilme zorunluluğu bulunup bulunmadığı konusunda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının talebi üzerine bildirdiği görüşte ortaya koymuştur. Danıştay'a göre kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusudur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olduğunu ve bir kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini amaç edindiğini belirten Danıştay, "öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kar ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır. Ayrıca imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel veya ücret, esasları kanunla gösterilecek olan bir tarife üzerinden tahsil olunur. Ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun

[247] Bu kararın ayrıntılı biçimde eleştirildiği bir değerlendirme için Bkz: BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.120-128.; Anayasa Mahkemesi, bu iptal kararında Anayasa'nın Cumhuriyetin Niteliklerini düzenleyen 2. maddesini, Anayasanın bağlayıcılı ve Üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesini, kanuni hakim Güvencesini düzenleyen 37. maddesini, Yargı Yolunu düzenleyen 125. maddesini ve Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 155. maddesini dikkate almıştır. Mahkeme, buna karşılık Anayasanın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesini, Çalışma ve sözleşme Özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesini ve Milletlerarası anlaşmaları düzenleyen 90. maddesini dikkate almıştır. Bu Karar, *Silahların Eşitliği* ilkesine aykırı hareket ettiği için doktrinde eleştirilmiştir. Bkz: **Aynı Eser,** s.122.

[248] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, s.53-54.

bir devre için verilir ve bu özelliklerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli bir unsurdur.[249]

Danıştay, 1993 yılında, TEK ile AKTAŞ Elektrik A.Ş. arasında 3096 sayılı Kanun'a göre yapılmış olan işletme hakkının verilmesine ilişkin sözleşmeyi benzer gerekçelerle iptal etmiştir. Söz konusu iptal kararında Danıştay, mevzuatın ve dava konusu sözleşmelerdeki mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan işletme hakkının verilmesine ilişkin devir sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğunu ve bu sözleşmelerin kamu imtiyazı sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığını, bu nedenle dava konusu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir.[250]

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, söz konusu kararları ile YİD sözleşmeleri olarak adlandırılan bu sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve onun tabi olduğu hukuk rejimine bağlı tutmuşlardır. Dolaysıyla, YİD sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkim yoluna başvurma imkanı kapatılmış bulunmaktaydı.

3.YİD Uygulamalarının Tıkanması ve 1999 AY Değişikliği

1980'li yıllardan itibaren etkisini göstermeye başlayan özelleştirme girişimleri ile kamu hizmetlerinin yerli ve yabancı sermaye aracılığı ile yaptırılması hedeflenmişti. Bu amaçla yukarıda bahsi geçen 1984 tarihli 3096 sayılı Kanun, 1988 tarihli 3465 sayılı Kanun, 1994 tarihli 3974 sayılı Kanun, 1994 tarihli 3996 sayılı Kanun, 1994 tarihli 4046 sayılı Kanun, 1996 tarihli 4180 sayılı Kanun'lar çıkarılmıştır. Özellikle Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkındaki 3996 sayılı Kanun, idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağını ve sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörmekteydi (m. 5). Ancak Anayasa Mahkemesi idare ile yatırımcı şirket arasındaki sözleşmenin gerçekte bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu, bu sözleşmelerin idare hukuku hükümlerine tabi olacağını, dolayısıyla bu sözleşmelerin Danıştay'ın ön denetimine tabi olduğu ve idare ile yatırımcı arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğunu belirterek Kanunun ilgili maddelerini iptal etmiştir. Sonuç olarak idare ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerden

[249] Danıştay, 1.D. 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294. (Nakleden: TAN, s.25.)
[250] Danıştay, 10.D.29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752. (Nakleden: TAN, s.26.)

doğan uyuşmazlıklar sebebiyle uluslararası ticari tahkime gidilemeyecekti. Bu da yabancı yatırımları olumsuz etkilemekte ve yabancı yatırımcıyı son derece tedirgin eden bir durum ortaya çıkarmaktaydı. Çünkü yabancı şirketler ve ortaklar, yabancı banka ve diğer finans kuruluşları bu sözleşmelere tahkim şartının konulmasını istemekteydiler.[251]

Diğer yandan bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için tahkime gidilememesi, Türkiye'nin bugüne kadar imzalamış olduğu ve uluslararası ticari tahkimi öngören ve yabancı yatırımların korunmasını amaçlayan ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalara aykırı bir durum ortaya çıkarmıştı.

Anayasa mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarıyla, yukarıda sözü edilen gerekçelerle YİD modeline ilişkin kanuni düzenlemeleri etkisiz hale getirmesi sebebiyle Anayasal düzeyde yeni bir hukuki rejimin ihdası gereği ortaya çıkmıştı. Bu amaçla önce Anayasa değişikliği yapıldı. Daha sonra uluslararası ticari tahkim önündeki yasal engeller kaldırıldı. Bu sayede hem yabancı yatırımların teşviki ve korunması konusundaki tereddütler hem de uluslararası ve yürürlükteki mevzuat arasındaki çelişki giderilmiş oldu.

4.İmtiyaz Sözleşmelerinde Mevcut Hukuki Durum

Türkiye'nin yabancı sermaye ihtiyacının baskısı, öğretide ileri sürülen yabancı sermaye lehindeki görüşler ve uluslararası finans ve yatırım çevrelerinin tutumları sonucu, kamu imtiyazı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uluslararası ticari tahkim yolunu açacak hukuki düzenlemelerin yapılması süreci başlatıldı.[252] Esasında Türkiye, uluslararası ticari tahkimi öngören ve yabancı yatırımların korunmasını amaçlayan ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmaların tarafıdır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bulunan uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Uluslararası anlaşmalara öncelik verilse bile Anayasa'ya aykırılık çelişkisi sebebiyle hukuk birliği sağlayacak Anayasal düzenlemeye ihtiyaç vardı.[253]

[251] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 87.
[252] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.35.
[253] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.88.

a.1999 Anayasa Değişikliği

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun[254] ile Anayasanın 47., 125. ve 155. maddelerinde değişiklik yapılarak, kamu imtiyazı sözleşmelerinde, idare ile ulusal ve uluslararası yatırımcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümlenebilmesine imkan tanındı. Dolayısıyla kamu imtiyazları ister imtiyaz sözleşmesi ister özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk yerli veya yabancı gerçek ve tüzel kişilere yaptırılsın, bu sözleşmelerde tahkim şartı konulabilecektir.[255]

4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. maddesine iki yeni fıkra eklenerek yapılan değişiklikle hem özelleştirme uygulamaları anayasal dayanağa kavuşturuldu hem de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olması sağlandı.[256] Eklenen fıkralara göre "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." Ayrıca "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."[257] Bu hükümlerde, hangi türden faaliyetlerin kamu hizmeti sayılacağı, hangi faaliyetlerin idare tarafından üstlenileceği veya yürütüleceği ve bu faaliyetlerin hangi kritere göre belirleneceği konuları düzenlenmemiştir.[258] Esas

---

[254] Kanun metni için Bkz: R.G. 14.08.1999, S.23786.

[255] YEŞİLIRMAK, Ali, **"Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi",** BATİDER, Cilt:XX, Sayı:2, Aralık-1999, s.163.

[256] Ancak bu değişiklik, bütün kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulabileceği anlamına da gelmemelidir. İdare "tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin" özel hukuk rejimine tabi tutulup tutulmayacağı kanun koyucu tarafından belirlenecektir. Bkz: SARAÇ, s.5.; Ayrıca Bkz: ULUSOY, s.5.; EMEK, Uğur, **"İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine",** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.23-24.

[257] Burada şu soru akla gelebilir: *Kanun koyucunun, özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere kamu hizmeti gördürmesinin hukuksal sınırı var mı? Yani bütün kamu hizmetleri özel kişilere gördürülebilir mi?* Değişikliğin bu soruya olumlu cevap verdiğini söylemek mümkündür. En birincil kamu hizmeti sayılan ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetleri bile özel kişilere gördürülebilir. Hatta Anayasanın bazı hizmetlere ilişkin idari teşkilat kurulmasını öngörmüş olması buna engel olmaz. İdare, öngörülen bu teşkilat ile hizmeti düzenleyip denetlemekle yetinerek, hizmetin yürütülmesini özel kişilere bırakabilir. Akla gelen diğer bir soru da *özel kişilere gördürülen bütün kamu hizmetleri özel hukuk rejimine tabi tutulabilir mi?* Değişikliğin buna bir sınır getirdiği söylenebilir. Mesela egemenlikle doğrudan bağlantılı hizmetler kamu hukuku rejimine tabidir. Sonuç olarak Kanun koyucu, tek tek saymak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürebilir. Bkz: ULUSOY, s.10-12.

[258] Bu nedenle kanun koyucu hangi kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesi gerektiğini tayinde objektif bir ölçüt kullanması gerekir. Bu aşamada hukuktaki imtiyaz kavramı ile iktisattaki doğal tekel kavramının birbirini tamamladığı görülmektedir. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde, bir kamu kuruluşu, özel bir şirkete (imtiyazlı şirket/doğal tekel) altyapı hizmetlerini sağlaması için izin ve sorumluluk verir. Şirket de imtiyaz sözleşmesinde verilen bu izne göre, liman,

itibariyle bu hükümler, idarenin yürüteceği faaliyetlerin hangi hukuksal rejime tabi olacağına ilişkindir.[259]

4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 125. maddesine tahkimle ilgili bir fıkra eklenmiştir.[260] Eklenen son fıkra şöyledir: "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."[261]

Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklik ile, aslında Türkiye'nin kanunlarla onayladığı iki ve çok taraflı sözleşmelerde yer alan uluslararası tahkim, kamu yatırımları ile ilgili uyuşmazlıklarda, bir yargı yolu olarak kabul edilmiştir. Sonuç olarak uluslararası tahkim, Anayasa sistemimiz içindeki yargı yolları arasında yer almıştır. Değişen 125. madde anlamında uluslararası tahkim, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkimdir. Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve icrası, ancak tenfiz prosedürünün olumlu sonuç vermesiyle mümkündür. Artık Türk gerçek ve tüzel kişileri, kamu kurumları ve Devlet, yabancılık unsuru taşıyan ticari ve/veya yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için, Türkiye dışında yapılan bir uluslararası tahkimi, sözleşme sınırları içinde bir yargı yolu olarak serbestçe kararlaştırabilirler.[262]

Yine aynı Kanun ile Anayasanın 155. maddesinde yapılan değişiklikle ise, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın inceleme yaparak onay vereceği konular arasından çıkarılmış, sadece görüş bildireceği konular arasına alınmıştır. Böylece

---

havaalanı, demiryolu, boru hattı, gaz, enerji, içme suyu, sulama, ulaşım, iletişim gibi hizmetleri sunmaktadır. Bu noktada doğal tekel kavramı, bir şirket, iki ya da fazla şirketin varlığı ile karşılaştırıldığında daha düşük maliyette hizmet verebiliyorsa bu şirket doğal tekeldir. (natural monopoly) Doğal tekeller, diğer tekellerde olduğu gibi, yasal düzenlemeler veya rekabet dışı davranışlar sonucu, pazara girişin engellenmesi yolu ile ortaya çıkmaz. 3996 sayılı YİD Kanunu büyük ölçüde doğal tekel olan altyapı hizmetlerini düzenlemektedir. Bkz: EMEK, **İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine,** s.25-26.

[259] ULUSOY, s.5. Anayasa'ya eklenen bu 47/4 hükmü, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin, özel hukuk rejimine mi yoksa kamu hukuku rejimine mi tabi tutulacağı konusunda kanun koyucuya açık bir seçme hakkı vermektedir. Oysa, AYM, daha önceki içtihatlarında kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin ancak kamu hukuku rejiminin (imtiyaz) uygulanmasıyla mümkün olabileceğini belirtmekteydi. Bkz: **Aynı Eser**, s.9.

[260] Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklik hakkında geniş bir değerlendirme için Bkz: BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.113-139.

[261] Anayasa'nın 125. maddesindeki bu değişikliğin uygulama yöntemleri, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ve özellikle Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun ile gerçekleşmiştir.

[262] BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.131-133.

imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri imzalanınca, Danıştay'ın onayına gerek kalmadan geçerli olabilecektir.[263]

1999 tarihli Değişiklik[264] ile özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gördürme yöntemine ilişkin önemli sonuçlar doğmuştur. Öncelikle bu tür sözleşmeler idari sözleşmeler olmadığı için, artık idarenin diğer tarafa göre üstünlüğü kalmamıştır. Bu bağlamda sözleşmede bulunmadığı sürece, idarenin sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkı bulunmayacak ve idarenin kusurlu olması halleri düzenlenebilecektir. Değişiklik ile ortaya çıkan bir diğer sonuç da, bu tür sözleşmelerin artık tek yanlı idari bir işlem gibi görülerek iptal davasına konu edilemeyecek olmasıdır.[265] Ve nihayet konumuz açısından en önemli sonuç ise, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime gidilebilecektir.[266]

---

[263] 1924 Anayasasında imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında Danıştay'ın görüşünün alınacağı, daha sonra imtiyaz sözleşmelerinin TBMM'ce onaylanacağı ve ancak ondan sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştü. 1961 Anayasasında TBMM'nin, imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi kaldırılmış, buna karşılık, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak Danıştay'ın yetkisi artırılarak, salt görüş bildirme olan yetki ve görevi bu kez inceleme yetki ve görevine dönüştürülmüştür. Sözü geçen değişiklikten önce, 1982 Anayasasında da imtiyaz sözleşmeleri Danıştay inceleme ve onayına tabi tutulmuştur. 1980'li yıllardan itibaren ülkemizde uygulamaya konulan liberal ekonomi politikası sonucu imtiyaz yöntemi yeniden canlandırılmak istenmiştir. Bu yapılırken özellikle yabancı yatırımcılara da Türkiye'de belli bir kamu hizmetini kurmak ve işletme imkanını sağlamak amacıyla yasal düzenlemeler yoluna gidilmiştir. GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.185-186.

[264] 1999 Anayasa Değişikliğine yöneltilen eleştiriler şöyle özetlenebilir: "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri aslında idare hukukuna tabi sözleşmeler olup *karma nitelikli* sözleşmelerdir. Kamu hukuku imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle belli bir kişiyi önceden hazırlanmış bulunan şartnamede belirlenmiş bir genel, soyut ve objektif bir statüye sokar. Dolayısıyla idare hukuku deyimiyle imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle bir şart işlemdir. Belli bir kişinin şartnamede belirlenen hukuki statüye sokulmasında hukuka aykırılık iddiasıyla bir uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık tahkimle çözümlenemez. Bundan menfaati ihlal edilmiş olan kişi sözleşmenin iptali istemiyle idari yargıda dava açabilir. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi aynı zamanda sözleşmecinin hak ve yükümlülüklerini ve dolayısıyla mali hükümler içerir. Bu yönüyle de imtiyaz sözleşmesi aslında sübjektif nitelikli bir işlemdir. İşte imtiyaz sözleşmelerinin sözleşmeci ile idare arasında mali hükümlerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar için tahkim yolu mümkün kılınabilir. Anayasa değişiklikleri salt bu konu ile sınırlı olsa idi yerinde yeterli olacaktı Oysa yapılan Anayasa değişiklikleriyle daha sonra bu doğrultuda yapılan uyum düzenlemeleri ile kamu hizmeti niteliğinde kuşku bulunmayan pek çok etkinliğe ilişkin yapılacak olan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmak suretiyle kamu hizmetlerine egemen olan temel ilke ve kurallar hiçe sayılmıştır. Ayrıca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın inceleme yetkisinin kaldırılması da yerinde olmamıştır. Çünkü şikayetler daha ziyade Danıştay'ın ön denetiminin uzun sürmesi ve sözleşmenin yapılması sürecini uzatmasında toplanmıştır. Aslında Danıştay'ın bu konudaki uzman dairesinin imtiyaz sözleşme tasarılarını incelemesinde büyük yarar vardır. En azından uzman bir heyetin bir sözleşme tasarısına biçim vermesi, sözleşme taslağında ya da tasarısında açık olmayan hükümlere açıklık getirmesi ve dolayısıyla ileride çıkabilecek olan uyuşmazlıkların önceden önlenmesinde büyük yarar vardır. Danıştay'ın inceleme görevi örneğin belli bir süre ile sınırlandırılabilirdi." GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.194.

[265] ULUSOY, s.19-20. Artık bu sözleşmelerin hazırlanış aşaması daha da önemli hale gelmiştir. Diğer yandan özel kişilere gördürülen kamu hizmetinin nihai sorumlusu olarak idare, hizmeti yürüten özel kişiyi etkin bir şekilde denetlemesi gerekmektedir. Bkz: **Aynı Eser**, s.21.

[266] Gerçekten uluslararası tahkim, yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen karara göre önemli üstünlüklere sahiptir. Çünkü uluslararası tahkim anayasal teminat altındadır. Ayrıca, uyuşmazlığın bir tarafı olan Türk yatırımcı veya Türkiye, kendi hakemini seçme şansına sahiptir. Bunlardan başka, uluslararası tahkimde taraflar, tahkim heyetinin uygulayacağı yargılama kurallarını (Lex Arbitri:

Bu değişikliğin ardından, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanunun (3996 Sayılı Kanun) Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun[267], 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve nihayet 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu gibi uluslararası tahkim ile ilgili esaslı ulusal kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

b.Danıştay Kanunu ve İYUK'ta Değişiklik

18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun[268] ile Danıştay Kanununda ve İdari yargılama Usulü Kanununda (1999 Anayasa Değişikliği gereği) bazı değişiklikler yapılmıştır. Kanun'la Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeler hakkında, dosyanın kendisine geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sadece görüş bildireceği öngörülmüştür. Daha önce, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Danıştay'ın öndenetiminden geçmek zorundaydı. Ayrıca tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için idari yargıya başvuru yolu kapatılmıştır.

c.3996 sayılı YİD Kanunu'nda Değişiklik

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ele alınan iptal kararı[269] gereği etkisiz hale gelmiş olan 3996 sayılı YİD Kanunu, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Bazı Yatırım ve

---

Hakemlik prosedürü kuralları) tahkim yerinde uluslararası tahkime uygulanan kanunun emredici kurallarına (Lex Loci Arbitri) tabi olmak şartıyla serbestçe kararlaştırabilirler. Diğer yandan, yabancı devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmasında, davada maddi hukuk olarak Türk hukuku uygulansa bile, içinde bir Türk hukukçunun bulunacağı tahkim heyetinin maddi hukuk olarak Türk hukukunu uyguladığı kadar isabetli olmayacaktır. Bkz: BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.137.

[267] Hem 4493 hem de 4501 sayılı Kanunlar ile getirilen düzenlemeler, idari yargı ile adli yargı arasındaki farklılıklar yerine, ortak amaç olması gereken hukuk devleti ilkelerinin uygulanabilmesi için olumlu zemin oluşturmuşlardır. Bkz: **Enerji Yatırımları**, s.120.

[268] R.G. 21.12.1999, S.23913.

[269] Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile ortaya çıkan tablo şu idi: İmtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşme kabul edilecek ve Danıştay'ın öndenetimine tabi olacaktı. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden çıkabilecek uyuşmazlıkların tek çözüm yeri idari yargı olacak ve ulusal veya uluslararası tahkim yoluna başvurulmayacaktı. Bkz: EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, 52 vd.; İptal kararı ile ortaya çıkan diğer sonuçlar şunlar idi: Sözleşmelerde yalnızca şirket kusurundan bahsedilmekte, "idare kusuru" kabul edilmemektedir. Kusura ancak idare karar vermektedir. İdare bu anlaşmalarda tek başına fesih hakkına sahiptir. Kredi veren kuruluşların gerektiğinde müdahale hakkı yoktur. Yatırımcı ve işletmeci başarısız olursa, kredi sağlayan kuruluşlar başka bir yatırımcı-işletmeci öneremiyor. VARLIER, Oktay, "YİD Modeli ve Uluslararası Tahkim", **Görüş Dergisi**, Eylül, 1999, s.54.

Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun[270] ile tekrar devreye sokulmuştur.[271] Değişiklik ile 3096 sayılı Kanun kapsamında bulunan "elektrik, üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. 4493 sayılı Kanun ile yapılan en önemli değişiklik ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 3996 sayılı Kanunun 5. maddesini tekrar hayata geçirmesidir: Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olacağı, öngörülmüştür.[272]

YİD sözleşmeleri son derece önemli sözleşmelerdir. Devletin yatırım bütçesindeki yetersizlikler nedeniyle bir finansman modeli olarak düşünülen YİD mekanizması altyapı hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde en çok başvurulan yöntem olmaktadır. Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri denildiğinde akla gelen ilk ve tek yöntem finansman modeli olarak bilinen ve öyle de kullanılması gereken YİD sistemidir.[273] Ve bu modelin

---

[270] Kanun metni için Bkz: R.G. 22.12.1999, S.23914. 4493 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yatırım ve hizmetlerinin 3996 sayılı Kanun kapsamına alınması ve 3996 sayılı Kanunun da özel hukuk kapsamına alınması ile yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi Kararlarının işlerliği kalmamıştır. Söz konusu Kararlar bir taraftan Anayasa değişikliğine neden olması diğer taraftan da öğreti de çok tartışılması nedeniyle önemlidir.

[271] 3996 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrası Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce YİD modeline göre başlatılmış proje ve işlerin tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağını öngörmekteydi. Geçici 1. maddenin ikinci fıkrası da aşağıda ele alınacak olan 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (m. 7)'la değiştirilmiştir. Buna göre "birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir." Ancak bu hüküm, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun 17'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[272] Kamu imtiyazı yöntemiyle gördürülebilecek olan hizmet ve yatırımların şimdi özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesine imkan tanınması, aslında imtiyaz sözleşmelerine konu teşkil edebilecek olan hizmetlerin alanını alabildiğine daraltmıştır. GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.190. Bazı Yazarlar, bu kanuni değişiklik ile İdare hukukundaki *Değişkenlik* ilkesinin de ortadan kalktığını ileri sürmüşlerdir. Buna göre imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla sadece tabi oldukları hukuki rejim değil aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilke ve kuralların da ortadan kalktığını savunmuşlardır. Ayrıca bu değişiklik ile, idareye tanınan öteki üstün yetki ve ayrıcalıklar ile idarenin sözleşme süresi dolmadan dahi sözleşmeyi hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle feshedebilme yetkisi de ortadan kalkmıştır. İdarenin, sözleşme olmasa bile sahip olduğu kamu hizmet imtiyaz sözleşmelerindeki denetim, gözetim ve yaptırım uygulayabilme yetkisi, bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla ortadan kalkmış olmaktadır. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.191.

[273] Bu aşamada kamu imtiyazı ile, YİD, hatta yap-işlet sistemini özdeş tutmak doğru değildir. Dikey entegre olmuş sektörlerin parçalanarak, rekabete açılabilenlerin rekabete açılması, rekabete açılamayanların düzenleme kurumlarınca düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak YİD modelinde dikkat

uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için taraflar, uluslararası tahkime ve bu arada ICSID tahkimine başvurabilecektir.

d. 4501 Sayılı Kanun[274]

4501 sayılı Kanun, özellikle YİD ve Yap-işlet modelleri çerçevesinde yapılmış olan sözleşmelerin uygulamaya geçirilmesi ve yabancı sermayeli yatırımları ülkemize çekebilmek için hazırlanmıştır.[275] Bu Kanunun amacının, kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara tahkim yolunu açan Anayasa ve diğer mevzuatta yapılan değişikliğin ardından, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek olduğu ifade edilmiştir (m. 1). Kanun, sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları düzenlemektedir.[276]

Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun geçmişe etkili değildir.[277] Kanun, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işlerin, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağını belirtmektedir. Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceğini öngörmüştür.[278] (Geçici 1. madde)

Kanun, tahkim yolu, uluslararası tahkim sözleşmesi ve yabancılık unsuru kavramlarına açıklık getirmiştir. Buna göre Tahkim yolu, tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya tahkim heyetine

---

edilmesi gereken ve sistemi, finansman mekanizması olmaktan çıkaran hususlar aynı zamanda modeli imtiyaz olarak nitelendiren noktalardır. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.30-31.

[274] Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun Metni için Bkz: 22.01.2000-23951.

[275] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.34.

[276] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 89.

[277] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 89.

[278] Bu maddenin, kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz: GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.193. Çünkü bu madde, 3996 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi (4686 sayılı Kanunun 17. maddesi ile kaldırılmıştır) ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Bkz: SARAÇ, s.10.

götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti demektir. Uluslararası tahkim sözleşmesi, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı ifade eder. Sözleşme, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri anlamına gelir. Yabancılık unsuru ise sözleşmeye taraf 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.[279] (m.2)

Tahkim, esas sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde, tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da tahkim heyetinin seçimi ve sayısı, nitelikleri, tahkim heyetinin yetkisi, tahkim heyetinin 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, tahkim heyetinin delil toplama yetkisi ve usulü, hakemlik ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.[280] (m.4)

Kanuna göre taraflar, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları ad hoc veya kurumsal tahkime götürebilir.[281] (m. 2/a) Ayrıca taraflar tahkim yerini (Türkiye veya yabancı bir ülke) ve uygulanacak hukuku (Türk veya yabancı hukuk) serbestçe kararlaştırabilir. Veya kendi tahkim usulü bulunan uluslararası tahkim kuruluşunda çözülmesini kararlaştırabilir (m. 3).

---

[279] Kanun, yabancılık unsuru kavramını alabildiğine genişletmiştir. Bu nedenle yapılacak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılık unsuru bulunabilecek ve dolayısıyla uluslararası tahkime gidilebilecektir. GÜNDAY, **Uluslararası Tahkim,** s.193. Ancak, bir projenin yapılması için yabancı kredi veya teminat kullanılmasının tek başına, ilişkiye yabancılık unsuru katmayacağını ileri sürenler de vardır. Bkz: ÖZBİLGİÇ, 81-82. Biz bu son görüşe katılmıyoruz. Çünkü kredi veren kuruluş, yatırımcıdan bazı taahhütlerin yerine getirilmesini istemektedir. Bu taahhütler de hukuki ilişkiye yabancılık katacaktır. Bu nedenle Kanun, isabetli olarak bir yatırımın gerçekleştirilmesi için yabancı kaynaklı kredi veya teminat kullanılmasının ilişkiye yabancılık kazandıracağını belirtmektedir.

[280] Bu sayılan hususlar tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir. Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması,** s.223.

[281] 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesi imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizinin Yargıtay'da, tanıma ve tenfizinin ise asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğini öngörüyordu. Bu hüküm 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

e.4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Türkiye, yukarıda ele alındığı gibi, ticari tahkim ile ilgili olarak çok sayıda uluslararası sözleşmenin tarafı olmuştur. Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında New York Sözleşmesi, Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre Sözleşmesi ve ICSID Sözleşmesi olarak bilinen Washington Sözleşmesi bu sözleşmelerden sadece bir kaçıdır. Ayrıca, Türkiye birçok ülke ile yaptığı İTY anlaşmalarında tahkim konusunu da düzenlemektedir. Uluslararası ticari tahkim alanındaki bu gelişmeler ulusal hukukumuzda da yasal ve yargısal süreçte etkisini göstermiş ve yukarıda bahsi geçen tahkim lehine düzenlemeler yapılmıştır. Fakat bu tahkim rejimi çeşitli kanunlarda dağınık şekilde düzenlenmişti. Türk hukukunda uluslararası ticari tahkimin esas ve usullerini belirleyen derli toplu özel bir kanun mevcut değildi. İşte bu boşluğu doldurmak için 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu[282] kabul edilmiştir.[283]

Milletlerarası Tahkim Kanunu da, UNCITRAL Kanun Modeli (1985) ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinden yararlanılarak hazırlanmıştır.[284] Çünkü UNCITRAL Kanun Modeli (1985), uluslararası ticari tahkim alanında dünya çapında uyumlaştırılması için yapılan çalışmaların başarılı bir örneğini oluşturmuştur. Modelde ortaya konulan kurallar bir çok devletin bu alanda kendi iç hukukunda yaptığı düzenlemelere örnek teşkil etmiştir. [285]

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile ulaşılmak istenen iki amaç vardır: Bunlardan ilki, uluslararası alanda, tahkim kuralları arasında bütünlük ve uyum sağlamak ve tahkim yoluna başvuranlara, bir öngörülebilirlik temin etmek ve onların, kendilerinin yeterince bilemedikleri bir tahkim anlayışına terk edilme konusundaki endişelerini

---

[282] Kanun metni için Bkz: R.G. 05.07.2001, S.24453.

[283] Türkiye kültürel ve coğrafî açıdan, doğu ülkeleri için en yakın batılı ülke, batı ülkeleri için ise en yakın doğulu ülkedir. Türkiye'nin bu özelliği, Türkiye'yi uyuşmazlıkların çözümünde nötr ve cazip bir tahkim merkezi haline getirebilir. Bu sebeple, uluslararası nitelikli uyuşmazlıklara ilişkin tahkimlerin Türkiye'de yapılmasını cazip kılacak yeni ve uluslararası standartlara uygun bir Milletlerarası Tahkim Kanunu, Türkiye açısından faydalı bir gelişmedir. Ayrıca, yabancılık unsuru dolayısıyla iç uyuşmazlıklardan farklı nitelikli olan ilişkilerin, yerli hakem kararlarının tabi olduğu kurallar yerine, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olması, özellikle yabancı sermayenin Türkiye'ye bakışı açısından olumlu bir gelişme olacaktır. Yabancı hakem kararları ile ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da ve New York Sözleşmesi'nde hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Bu sebeple, yeni Milletlerarası Tahkim Kanunundan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabi olmaktaydı. Bkz: AKINCI, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı,** s.54-64.

[284] KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.203.

[285] BİRSEL/BUDAK, s.203.

bertaraf ederek, hukuki güveni vermektir. İkinci amaç ise, mahkemelerin uluslararası tahkim kararları üzerindeki etkilerini azaltarak, taraf iradelerini ön plana çıkarmak ve böylece daha liberal bir tahkim anlayışını oluşturmaktır.[286]

Konumuz Milletlerarası Tahkim Kanunu olmadığı için sadece fikir vermesi açısından, Kanun'un amacı, tahkim sözleşmesinin şekli, tahkim itirazı, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, tahkim süresi, kanun yolları ve kanunun uygulama alanı gibi temel esasları Birinci Bölümde genel hatları ile ele alınmıştı. Burada sadece konumuz açısından önemli olduğu için "yabancılık unsuru" üzerinde durulacaktır. Çünkü, 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi de MTK'ya tâbidir.[287]

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Türk Hukuku'nda bir kanun hükmü ile ilk defa yabancılık unsurunu tarif etmiştir. Bilindiği gibi, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un (MÖHUK) 1. maddesi "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" demektedir. Ancak MÖHUK, yabancılık unsurunu tanımlamamıştır. Bu düzenlemeden önce yabancılık unsuru kavramı için, devletler özel hukukçularınca çeşitli tanımlar getirilmiştir . Bu tanımların ortak noktası, yabancılık unsuru kavramının bir hukuki ilişki veya olayı, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur şeklinde ifade edilmesidir.[288]

MTK, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin "uluslararası nitelik" kazanacağını ifade etmektedir (m. 2). Kanun, bir tahkimin uluslararası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurları değil, uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurları dikkate alarak yabancılık unsurunun tespit edilmesini öngörmektedir. Bir tahkimde hangi durumlarda yabancılık unsurunun bulunduğu ise, Kanunun 2.

[286] NOMER/EKŞİ /GELGEL, s.15.; KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık,** s.203.
[287] 4501 sayılı Kanun İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizinin Yargıtay'da, tanıma ve tenfizinin ise asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğini öngörüyordu. (m. 5) Bu hüküm MTK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış oldu. Sadece MTK'nın 15. maddesinde sayılan sebeplerden dolayı Asliye Hukuk mahkemesinde *iptal davası* açılabilecektir. Dava öncelikle ve ivedilikle görülecektir. İptal kararına karşı ise temyiz yolu açık, karar düzeltme yolu kapalıdır.
[288] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.52.

maddesinde sayılmıştır. Buna göre, aşağıdaki durumlar tahkimi uluslararası nitelikli hale getirecek yabancı unsur olarak kabul edilecektir:

Tarafların İkametgâh ve Mutad Meskenleri: Kanuna göre "tahkim sözleşmesinin taraflarının yerleşim veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması" tahkime uluslararası nitelik kazandıracaktır (MTK, m. 2/1). Yabancılık unsuru için öngörülen bu ölçüt, Türk Hukuku bakımından eskiden beri kabul edilen bir kriterdir. Burada dikkat edilmesi gereken, tarafların milliyeti değil, yerleşim veya olağan oturma yerinin esas alındığıdır. Bu sebeple, yerleşim yeri Türkiye olan bir yabancının tahkim sözleşmesine taraf olduğu uyuşmazlıklar, aşağıda ele alınan diğer şartların bulunmaması durumunda yabancı unsurlu sayılmayacaktır. Yine aynı yaklaşımla, tahkim sözleşmesinin tarafı yurt dışında ikamet eden bir Türk vatandaşı olsa, uyuşmazlık yabancı unsur taşıdığı için, tahkim uluslararası nitelikli sayılacaktır.[289] Tahkim sözleşmesinin tarafı, genellikle şirketler olduğu için, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki ifadesiyle "işyerinin" bulunduğu yerin dikkate alınması gerekecektir. Bir şirketin nerede yerleşik olduğunu anlamak için, merkezinin bulunduğu, yani ana sözleşmesindeki veya statüsündeki idare merkezinin bulunduğu yerin dikkate alınması gerekecektir.

Tahkim Yeri: Kanun "tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim sözleşmesinde belirtilen (veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde) tahkim yerinden (…) başka bir devlette bulunması" durumunda yabancılık unsurunun bulunduğu ve tahkime uluslararası nitelik kazandıracağını ifade etmektedir (MTK, m. 2/2/a). Buna göre, örneğin bir Alman firması ile bir Azerbaycan firmasının tahkim yeri olarak Türkiye'yi kararlaştırması durumunda, tahkim uluslararası nitelikli sayılacak ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olacaktır. Kanun'un lafzı "tarafların" ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin tahkim yerinden farklı bir ülkede olmasını öngörse dahi, bu ifadeyi her iki tarafın ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin de tahkim yerinden farklı yerde olması gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. Her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa da, taraflardan birisinin ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin tahkim yerinden farklı yerde olmasının yabancılık unsuru için yeterli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Zira, kanun koyucu burada tahkimdeki yabancılık unsurunu tarif etmektedir. Öyleyse, yabancılık unsurunun varlığından bahsedebilmek

[289] TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s.14.; NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s.5.; ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2000, 420 vd.; AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.53.

için, her iki tarafın da ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin tahkim yerinden farklı bir ülkede bulunması şartını aramak, Kanun'un ruhu ile bağdaşmayan dar bir yorum olacaktır.[290]

İfa Yeri veya Sözleşmenin En Sıkı İrtibatlı Olduğu Yer: MTK'ya göre, ifa yeri de yabancılık unsurunun varlığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Kanun, "tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin (…) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması"nın tahkime uluslararası nitelik kazandıracağını belirtmektedir (MTK, m.2/2/b). Bu kriter, Türk Hukuku'nda önceden beri kabul edilen bir prensiptir. MTK, iki tarafa borç yükleyen borç ilişkilerinde birden fazla ifa yeri söz konusu olacağı için, ağırlıklı edimin ifa edildiği yerin dikkate alınacağını ifade etmiştir. Bu yaklaşım, uyuşmazlık konusu ile en çok bağlantılı olan yerin, yabancılık unsurunun belirlenmesinde dikkate alınacağını öngören MÖHUK'un 24/II. maddesi ile uyumlu bir düzenlemedir. Esasında, "ülkelerarası mal ve sermaye transferini" (MTK, m.2/4) yabancılık unsuru olarak kabul ettikten sonra, ifa yeri veya uyuşmazlıkla en sıkı bağlantılı yer ülkesinin, tarafların bulunduğu yerden farklı olup olmadığını, yabancılık unsurunun varlığı için ayrıca bir kriter olarak kabul etmek gereksizdir. Çünkü, zaten sözleşmenin ifa yeri veya ilişkinin en sıkı irtibatlı olduğu yer, tarafların ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin bulunduğu yerden farklı ise, bir ülkeden diğerine mal veya sermaye transferi söz konusu olacaktır ve bu durum da Kanun'un 2/4. maddesi uyarınca zaten yabancılık unsuru oluşturmaktadır. Bu nedenle, esas itibariyle 2/2/b. maddesinin düzenlenmesine hiç gerek yoktu.[291]

Yabancı Sermaye veya Yabancı Kredi: MTK'ya göre tahkim sözleşmesine taraf olan firma yabancı sermayeli ise veya uyuşmazlık ile ilgili olarak yurt dışından kredi

---

[290] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.54-55. Kanun'un lafzı açısından sorun doğurabilecek bir başka ifade tahkim yerinin seçimi ile ilgilidir. "tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim sözleşmesinda belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden (…) başka bir devlette bulunması" yabancılık unsuru olarak kabul edilmiştir. Buna göre, taraflar tahkim şartında tahkim yerini belirtmemişler ve yine tahkim şartında tahkim yerinin nasıl belirtileceğini düzenlememişler veya bunu düzenleyen kurallara atıf yapmamış olsalar da, tahkim yeri belirlenmesi mümkündür. Örneğin, taraflar tahkim şartında tahkim yerini belirlememişler ve ad hoc tahkim öngörmüşlerse, Türk Hukuku'nda kabul edildiği üzere, hakemler tahkim yerini kendileri belirleyebilirler. Ancak, bu durum Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinde ifade edilen "tahkim sözleşmesinda belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen haller"in dışında kalmaktadır. Ancak, kanun koyucunun böyle bir ayırım yapması için hiçbir sebep bulunmadığı gibi, böyle bir durumu da kastetmediği açıktır. Bu sebeple, "tahkim yerinin taraflardan birisinin ikametgâh, mutad mesken veya işyerinden farklı bir ülkede bulunması" gibi yalın bir ifade, Kanun'un ruhuna daha uygun bir ifade olurdu. Bkz: AKINCI, **Aynı Eser**, s. 55.

[291] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.56-57.

veya teminat sağlanmışsa, uyuşmazlık yabancı unsurlu sayılacaktır. Kanuna göre "tahkim sözleşmesinin 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" uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını göstermektedir (MTK, m.2/3).

Yabancı sermaye mevzuatına neler dahildir? Öncelikle yabancı sermaye yatırımları, 05.06.2000 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.[292] Buna göre, bir yatırımcı Türkiye'de şirket kurarak, mevcut bir şirketin hisselerini satın alarak, şube açarak, irtibat bürosu kurarak yabancı sermaye getirebilir.

Bir başka kanun olan, 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'da yabancı sermayeli şirketler ve yabancı sermaye[293] veya teminat, yabancılık unsuru olarak kabul edilmiştir.[294] (4501 sayılı Kanun, m. 2/c) Aynı maddede yer alan, sözleşme için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmesi yapılması durumunda da, ilişkide yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilecektir.[295] Günümüzde bir çok projenin gerçekleştirilmesinde Dünya Bankası veya Yatırım Bankaları gibi uluslararası finans kurumlarından ya da yabancı ülke bankalarından kredi veya teminat mektuplarının

[292] Söz konusu 4875 sayılı Kanun, 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

[293] Yabancı sermayenin alt limiti veya oranı belirtilmemiştir. Tahkim sözleşmesina taraf olan bir şirkette yabancı sermayeli ortağın payı çok düşük dahi olsa, tahkim yabancı unsurlu sayılacaktır. AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.58.

[294] Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Türk Devletler Özel Hukuku'nda, prensip olarak sözleşmeye taraf olan bir firmanın yabancı sermayeli olması, ilişkiye yabancılık unsuru kazandırmaz. Burada esas olan, söz konusu şirketin sermayesinin nereden geldiği değil, şirketin merkezinin nerede bulunduğudur. Bu sebeple, uyuşmazlığa taraf olan şirketin yabancı sermayeli olmasının yabancı unsur olarak kabul edilmesi, bu bakımdan bir *yeniliktir*. Belirtmek gerekir ki, esasında bu yaklaşım, ticari hayatın gereklerine uygundur. Zira, bir yabancı şirket, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na tabi olarak Türkiye'de bir ortaklık kurduğunda, her ne kadar sermayesi ve ortaklarının bir kısmı yabancı olsa dahi, yabancı sermayeli olarak kurulan şirketin merkezi Türkiye'de olduğu için, söz konusu şirket bir Türk şirketi olarak mütalaa edilecek ve ilişkiye yabancılık unsuru kazandıramayacaktır. Halbuki, ticarî uygulama düşünüldüğünde, yabancı sermayeli bu şirketin dahil olduğu ilişkilerin, diğer mahalli ilişkilerden farklı özellikler taşıdığı ve bir çok yönüyle milletlerarası özel hukuk alanına girdiği bir gerçektir. Bu sebeple, yabancı sermayeli bu şirketlerin dahil olduğu münasebetlerde yabancılık unsurunun bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Kaldı ki, bu şirketlerin taraf olduğu uyuşmazlıklarla ilgili tahkimin, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olması, yabancı sermayenin Türkiye'ye çekilmesi açısından da olumlu bir etken olacaktır. AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.57-58.

[295] Yabancı teminatın da alt limiti veya oranı belirtilmemiştir. Buna göre içinde hiçbir yabancılık unsuru bulunmayan bir projenin çok küçük bir oranı için yabancı kaynaklı kredi veya teminat bulunsa tahkim uluslararası sayılacaktır. AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.58.

alındığı düşünüldüğünde, uluslararası ticarî uygulamadaki bir çok ilişkinin sırf bu sebeple yabancılık unsuru kazanacağı görülmektedir.[296]

Ülkelerarası Mal ve Sermaye Girişi: MTK, "tahkim sözleşmesinin dayanağını oluşturan esas sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi" durumunun yabancılık unsuru oluşturacağı ve tahkime uluslararası nitelik kazandıracağını düzenlenmiştir (MTK, m.2/4). Bu ölçüt, bir hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını belirlemekte kullanılabilecek en geniş kriterdir. Çünkü, söz konusu sözleşme veya ilişkide sınırları aşan herhangi bir mal veya para transferi söz konusu ise, sözleşme veya ilişkinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilecektir.[297]

Sonuç olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu, uluslararası nitelikli uyuşmazlıklar için özel bir kanun niteliğindedir. Kanun, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen tahkimi, tamamen yerli nitelikli uyuşmazlıklar için öngörülen tahkimden farklı hükümlere tabi tutmaktadır. Burada Kanun, hangi tahkim kararlarının yeni kanuna tabi olacağını belirlerken, tahkimin unsurlarından ziyade, uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin unsurlarından hareket etmiştir. Ayrıca, Kanun'da, bir ülkeden diğerine mal ve sermaye hareketinin gerçekleşmesi, şirketin yabancı sermayeli olması gibi, daha liberal ve uluslararası ticaretin gereklerine uygun ölçüt ve yaklaşımlar esas alınmıştır.[298] Diğer yandan MTK, Türkiye'nin bir tahkim merkezi olmasının önünü açma amacını da taşımaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye'nin taşıdığı coğrafi ve kültürel özellikler, uluslararası tahkim için, Türkiye'yi cazip ve nötr bir devlet olarak ön plana çıkarabilir.

---

[296] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.58.
[297] AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s.58.
[298] Kanun'un, özellikle İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu, UNCITRAL Kanun Modeli dikkate alınarak yapılması, çağdaşlık ve ihtiyaçlara cevap verme açısından olumlu yanını oluşturmaktadır. Ancak, maddelerin çok uzun oluşu, farklı konuların aynı madde içerisinde düzenlenmesi sebebiyle, özellikle kanun yapma tekniği açısından eleştirilmektedir. Bkz: AKINCI, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı,** s.54-64.

f.Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[299]

05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[300], "doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek" amacıyla çıkarılmıştır (m. 1). Bu Kanun ile, 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 6224 sayılı Kanuna yapılan atıfların bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılacağını ve 6224 sayılı Kanun kapsamında kurulan şirketlerin, (kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla) bu Kanuna tabi olacaklarını hükme bağlamıştır (m.5).

Kanun'da yabancı yatırımcı ve doğrudan yabancı yatırım kavramları tanımlanmıştır. Buna göre Yabancı yatırımcı, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını veya yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşlarını ifade eder (m. 2/a). Doğrudan yabancı yatırım ise, yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen, nakit sermayeyi[301], şirket menkul kıymetleri[302], makine ve teçhizatı, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları ile yurt içinden sağlanan, yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer hakları ve doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin hakları gibi iktisadî kıymetleri ifade eder (m. 2/b). Yabancı yatırımcı, yeni şirket kurma,

---

[299] Kanunun kabul ediliş amacı ve adı ile ilgili olarak **Hazine Müsteşarlığı açıklaması** şu şekilde olmuştur: 18 Ocak 1954 tarihinde yürürlüğe giren 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, dönemin doğrudan yabancı yatırımları için gerekli yasal altyapıyı sağlayan oldukça liberal bir mevzuattı. Ancak yatırım ortamının geliştirilmesine yönelik olarak gösterilen reform çabalarına karşın, 6224 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana doğrudan yatırımlara ilişkin olarak ortaya çıkan kavram ve uygulama farklılıklarını karşılamadaki ve yatırımcıların haklarını uluslar arası standartlarda korumadaki eksikliği, yeni bir kanunun hazırlanması ihtiyacını doğurmuştur. Yasanının isminde "Teşvik" ibaresinin yer almasının nedeni, o yıllar için teşvik unsuru olarak kabul edilebilecek kar transferi, eşit muamele gibi hususları içermesi idi. Ancak yasanın yürürlükte kaldığı yaklaşık yarım asırlık zaman dilimi içerisinde, ekonomik hayatta yaşanan gelişmeler ve ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler, söz konusu hususların teşvik aracı yerine, genel kabul görmüş uluslararası yatırım ilkelerine dönüşmesine neden olmuştur. Bu nedenle uluslararası tanımlamalara da uygun olarak yeni yasanın ismi "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" olarak belirlenmiştir. Bkz: http://www.treasury.gov.tr/mevzuat/dyy_aciklama.htm (09.06.2004)

[300] Kanun metni için Bkz: R.G. 17.06.2003, S.24141.

[301] Nakit sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibıl para şeklinde olması gerekir. (m.2/b)

[302] Devlet tahvilleri hariç. (m.2/b)

şube açma, menkul kıymet borsaları dışında hisse edinme veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olma yöntemlerinden biri ile yatırım yapabilir (m.2/b). Yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin, Türkiye'de ticarî faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma iznini Hazine Müsteşarlığı verir (m.3/h).

Kanun, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esasları belirlemiştir. Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbest olacağını yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi tutulacağını belirmiştir (m.3/a). Doğrudan yabancı yatırımlar konusunda garanti veren Kanun, yürürlükteki mevzuat gereğince, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılamayacağını veya devletleştirilemeyeceğini ifade etmektedir[303] (m.3/b).

Sermaye transferi konusunda serbestliği benimseyen Kanun'a göre yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir (m.3/c).

Kanun, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerinin serbest olduğunu belirtmiştir (m.3/d).

Nakit dışındaki sermayenin değer tespitinin, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacağını, yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınacağını ifade etmektedir (m.3/f).

Yabancı personel istihdamı hususunda, Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verileceğini öngörmektedir. Bu konudaki Yönetmeliğin Hazine Müsteşarlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacağını belirtmiştir (m.3/g).

[303] Bu hüküm aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere, yabancı yatırımların kamulaştırılması konusunda, uluslararası hukukta genel kabul gören ilkelere uygundur.

Hazine Müsteşarlığının, doğrudan yabancı yatırımlar konusunda politika belirleme ve bilgi isteme yetkisinin çerçevesini çizmiştir. Buna göre Müsteşarlık, kalkınma plân ve yıllık program hedeflerini, ülkenin genel ekonomik durumunu, dünyadaki yatırım eğilimleri ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile özel kesim meslek kuruluşlarının görüşlerini dikkate alarak, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin politikaların genel çerçevesini belirlemeye, bu amaçla diğer kuruluşların faaliyetlerine katılmaya yetkilidir. Doğrudan yabancı yatırımları ilgilendiren mevzuatta yapılacak değişiklik ve yeni mevzuat taslakları hakkında Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Müsteşarlık, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin bilgi sistemini kurmak ve geliştirmek amacıyla, yatırımlar hakkındaki istatistiki bilgileri, her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özel kesim meslek kuruluşlarından istemeye yetkilidir. Yabancı yatırımcılar, yatırımları ile ilgili istatistiki bilgileri, Müsteşarlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Müsteşarlığa bildirirler. Söz konusu bilgiler istatistik amaçları dışında ispat aracı olarak kullanılamaz (m.4).

Konumuzla ilgili 3/e maddesinde "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan şartların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, ulusal veya uluslararası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği" belirtilmektedir.

Sonuç olarak Kanun, sermayenin serbest dolaşımını teşvik eden ve Türkiye'de doğrudan yabancı yatırımlarının önündeki engelleri kaldıran bir kanun niteliğindedir. Bu özelliği sebebiyle uluslararası çevreler Kanun'un çıkarılmasını olumlu bir gelişme olarak karşılamışlardır. Özellikle Türkiye'nin AB üyelik sürecinde önem taşıyan Avrupa Birliği İlerleme Raporu'nda, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 1954 tarihli Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yerine geçtiğini, Kanun'un çıkarılış amacının, yabancı yatırımcıların haklarını korumak, Türk vatandaşlarının hakları ile uyumlu biçimde yabancı tüzel kişilerce taşınmaz mal edinilmesini serbestleştirmek ve yabancı yatırımlar için bildirime dayalı bir sistem kabul ederek Türkiye'de doğrudan yabancı yatırımları teşvik etmek olduğu ifade edilmiştir.[304]

[304] **Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu**, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara, 2003, s.69. Raporda sermayenin serbest dolaşımı başlığı

IV.YAP-İŞLET MODELİ

Yİ modeli ile üretim şirketlerine elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santrallerin kurulması ve işletilmesine izin verilmesinin usul ve esasları, 16.07.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun[305] ile düzenlenmiştir.

4283 sayılı Kanun ve bu Kanuna istinaden (97/9853 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile) çıkarılan ve bu Kanunun uygulamasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Yönetmelik[306] hükümleri çerçevesinde Yİ modeli ruhsat kapsamında değerlendirilmiştir. Ruhsat, kamu hizmeti olarak kabul edilen bir faaliyetin, idare lehine tekel konusu yapılmadan, idarenin izniyle özel kişilere gördürülmesi yöntemidir. İmtiyazın aksine bu yöntemde idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Ruhsat yöntemi ile özel hukuk kişisine gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan, idarenin bu hizmeti gören özel hukuk kişisi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi vardır. Ayrıca, idarenin, hizmeti gören kişinin hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti belirleme yetkisi de bulunmaktadır.[307]

Yİ modelinde, üretim tesisi üretim şirketinin mülkiyetinde kurulmaktadır ve süre sonunda tesisin idareye devri söz konusu olmayacaktır. Ancak bu modelde de bir sözleşme süresi bulunmaktadır ve bu süre içinde bir kamu hizmeti olan elektrik üretimi bir özel kişiye sözleşme ile gördürülmektedir. 4283 sayılı Kanunda bulunmamasına rağmen, Kanuna göre çıkarılan Yönetmelik ile, idarenin, üretilen enerjinin bir kısmını ya da tamamını geri alım garantisi vermesi öngörülmektedir (Yİ Yönetmeliği, m.3) Bu ise devlete, finansman modelleri ile karşılaştırıldığında, ilave bir sorumluluk, yükümlülük ve maliyet getirmektedir.[308]

---

altında yabancı portföy yönetimine ilişkin Türkiye'deki gelişmelerden olumlu karşılandığı belirtilmektedir. Bkz: Aynı Rapor, s.69., Hizmetlerin serbest dolaşımı için Bkz: s.67 vd.

[305] Kanun metni için Bkz: R.G. 19.07.1997, S.23054. (EMEK, **Mevzuat**, s.159-160)

[306] Bkz: R.G. 29.8.1997, S.23095. (EMEK, **Mevzuat**, s.161-178.)

[307] ÖZAY, s.130 vd.

[308] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, s.71.; Ayrıca Yap-işlet modeli, rekabet açısından da yine olumsuz bir durum arz etmektedir. YİD modelinde olduğu gibi bu modelde de ayrıcalıklı şirketin varlığı söz konusudur. Nitekim bu model çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, şirketlere satın alma ve fiyat garantisi verileceği öngörülmüştür. Bkz: İMRE, s.14.

Adapazarı, Ankara, İzmir, Gebze Doğal Gaz Santralleri, İskenderun İthal Kömürüne Dayalı Termik Santralı, Antalya Havalimanı Tesisleri Yap-İşlet modeli çerçevesinde yürütülen işletmelerden bazılarıdır.[309]

Yİ modeli "imtiyaz" yerine "ruhsat" sistemi hedeflenerek düzenlendiğinden, Yİ uygulama sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime yer verilmektedir.[310] Bu durumda Yİ modeli çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine gidilebilecektir.

V.KAMU İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ VE ULUSLARARASI TAHKİM

A. İmtiyaz Sözleşmeleri ile Tahkim İlişkisi

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından idarenin denetimi altında yerine getirilmesi usulü, daha kaliteli, çabuk ve ucuz hizmet üretilebilmesi için öngörülmektedir. Bu sayede yeni teknoloji, uzmanlık ve büyük sermaye gerektiren faaliyetlerin, idareye personel istihdamı, teknoloji üretimi ve yatırım için mali kaynak ayırma külfeti olmadan gerçekleştirebileceği düşünülmektedir. Zaman içerisinde kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi usulleri gelişmiş ve yaygınlaşmıştır. İşte bu aşamada, kamu hizmetlerinin görülmesine özel kişilerin katılması noktasında, özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerine getireceği yatırım için her türlü güvence sağlama ihtiyacı ve talebi ortaya çıkmıştır. Bu durum kamu hizmetine talip olan yatırımcının yanında, yatırımı finanse edecek kredi kuruluşları için de önem arz etmektedir. Gerçi yatırımcının sözleşmeden kaynaklanan haklı ek mali talepleri *improvizyon* ve *fait du prince* gibi ilkelerle karşılanmaya çalışılsa da, uyuşmazlıkların uluslararası nitelik taşıması halinde, özellikle ulusal yargı organlarının yaklaşımlarının, yabancı yatırımcının haklarını korumayacağı düşüncesi oluşmuştur.[311] Bu da uluslararası ticari ilişkilerde ve yabancı yatırım uyuşmazlıklarında, tahkim seçeneği üzerinde durulması sonucunu doğurmuştur.

Tahkim, (kamu yatırımları da dahil olmak üzere) uluslararası ticari ihtiyaçlar üzerinde gelişmiştir. Uluslararası ticari çevrelerin baskıları ulusal ve uluslararası

---

[309] İMRE, s.15.
[310] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, s.70.
[311] GÜLAN, Aydın, **"Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.141-142.

kuruluşları harekete geçirmiş ve tahkimin gelişmesini sağlamışlardır. Bu da uluslararası ticari tahkimin, en yaygın bir uyuşmazlık çözme tekniği olması ve hukuki riskleri en aza indirilmesi amacına tahkim kurumunun uygun düşmesi ile açıklanabilir.[312]

İmtiyaz sözleşmeleri ile uluslararası ticarî tahkim arasındaki ilişki, Anayasa Mahkemesinin YİD mevzuatıyla ilgili bazı kanun hükümlerini iptal etmesiyle Türkiye'nin gündemine girmiştir. Anayasa Mahkemesi, altyapı yatırımlarının YİD modeli ile yaptırılmasına imkan veren 3974 ve 3996 sayılı Kanunların, kamu kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde üçüncü kişilerle yapacakları uygulama sözleşmelerinin imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasını öngören maddelerini iptal etmiştir.[313]

YİD uygulama sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tâbi olmasının pratik sonuçlarından birisi, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için, tarafların karşılıklı rızasıyla, uluslararası ticari tahkime gidebilmesidir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında yeni bir kamu hizmeti tanımı yaparak, YİD sözleşmelerini, kamu hizmeti imtiyazı olarak ifade etmişti. Bu şu anlama geliyordu: İdare hukuku ilkelerine tabi olan imtiyaz sözleşmelerine konan tahkim şartı geçersizdir. Dolayısıyla YİD uygulama sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır.

B.İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Tercih Sebepleri

Aslında Birinci Bölümde ele alınan uluslararası ticari tahkimin tercih sebepleri, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de geçerlidir. Ancak uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının bazı özellikleri, bu uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurma gerekçelerine yenilerini eklemektedir.

---

[312] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.236.

[313] AYM, 9/12/1994 E.1994/43 ve K.1994/42-2 ile 28/6/1995, E.1994/71 ve K.1995/23 sayılı Kararları. Anayasa Mahkemesi'nin, bu iptal kararları ile, Türkiye, uluslararası ticari tahkimle ilgili tarafı olduğu ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşmelerle çelişen bir tutum içerisine girmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini dikkate almadan verdiği bu kararlar sonucunda, Türkiye ya Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda imzaladığı uluslararası sözleşmeler karşısındaki pozisyonunu gözden geçirecek ya da uluslararası sözleşmeler doğrultusunda Anayasa'sında değişiklik yapacaktı. Türkiye bu çelişki karşısında, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla "kamu hizmeti imtiyazı" ve "uluslararası tahkim" konularında 1982 Anayasasında değişiklik yapmıştır. Aslında, uluslararası ticari tahkim, hem ulusal mevzuatta hem de Türkiye'nin tarafı olduğu ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalarda zaten vardı. Ayrıca, kamu kuruluşları özel hukuk hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için uluslararası ticarî tahkime zaten gidebilmekteydi. Anayasa ve ardından gelen kanuni değişiklikler uyumu sağlamış oldu. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti**, s.6.

Kamu imtiyazının özellikli bir usulü olarak görülen YİD modelinde etki ve sonuçları bakımından en önemli sorun, uyuşmazlıkların çözüm yeridir. Yabancı yatırımcıların Türkiye'de gerek kamu, gerekse özel kuruluşlarla yaptıkları sözleşmelerde, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceği kararlaştırılmaktadır. Bu şekilde tahkim şartı konulan veya ayrıca tahkim sözleşmesi yapılarak, kamu ve bayındırlık hizmetlerinin yabancı sermayeli yatırımcılara veya yerli-yabancı ortaklıklara imtiyaz sözleşmeleri ile verilmesi sağlanmaktadır. Böylece, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ad hoc veya kurumsal tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmektedir.[314]

Öncelikle yabancı yatırımcının tahkimi tercih etmesinin öncelikli sebebi, kendisini ve yatırımlarını, politik risklere karşı korumaktır. Bunlar genel olarak, ev sahibi ülke tarafından alınmış ve yatırımcının yatırım üzerindeki mülkiyet hakkının, tasarrufunun ve diğer haklarının kaybolması veya kısıtlanması sonucunu doğuran düzenlemeler (kamulaştırma) ve yatırım üzerinde kamulaştırma etkisi doğuracak ek yükümlülük getirilmesi, vergi ve/veya diğer kanunlarda yapılan değişiklikler ile yatırımcının yatırımından sağladığı kar payları ve diğer parasal kazançlarını ev sahibi ülke dışına transfer etmek üzere yerel para biriminden başka bir yabancı para birimine dönüştürmesini ve/veya bu parayı yurtdışına çıkarmasını engelleyen diğer düzenlemeler (transfer kısıtlamaları) ya da ev sahibi devletin verdiği bazı izin ve/veya garantileri geri alması gibi hususları kapsamaktadır.[315]

Yabancı yatırımcının tahkimi tercih etmesinin bir diğer sebebi de taraflar arasındaki eşitsizliktir. Tahkim mekanizmasında bir uyuşmazlığın tarafları arasında irade ve menfaat eşitliği vardır. Oysa İdare Hukuku alanındaki hukuki ilişkilerde tek yanlılık ve idarenin üstünlüğü söz konusudur. İdarenin menfaati, yani kamu yararı, kişilerin menfaatlerine üstün sayılır. İdare, tek yanlı olarak kendi iradesini karşı tarafa zorla kabul ettirme imkanına sahiptir. Bu kural ticaretin, ticari işlemlerin eşit taraf arasında yapılabileceği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu kurala istinaden, idare, kamu yararı adına, fiyat, satın alma veya girdi temini konularında verdiği garantilerin bir kısmını veya tamamını, zaman içerisinde geri alabilir. Halbuki kamu yararı sübjektif bir kavramdır. Faaliyetlerini kar maksimizasyonu üzerinde rasyonel kılan firmalar ise

[314] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 86.
[315] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.16.; YİD Modeli ile yatırım yapan yabancı sermayeli şirketlerin çoğu, enflasyon muhasebesi uygulanmaması yüzünden zarar etmiştir. Bkz: EMEK, Uğur, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, s.73.; ÖZİLHAN, Tuncay, **"Zorunlu İhtiyaç: Yabancı Sermaye"**, Görüş Dergisi, Temmuz-2003, s.7.

gerçekçi, şeffaf ve öngörülebilir kurallar ile ticaret yapmak istemektedir. Diğer bir deyişle, imtiyaz sözleşmeleri kapsamında idare tarafından yapılan sübjektif tanımlar ile ticaretin öngörülebilir kurallarla yönetilme arzusu birbiriyle bağdaşmamaktadır.[316]

Uluslararası nitelikli yatırımlarda tahkimin tercih edilmesinin bir diğer sebebi de yatırımcının üstlendiği yükümlülüklerdir. İdare Hukuku kapsamında imtiyaz sahibi, kamu hizmetini, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin hükümleri çerçevesinde ve kamu hizmetinin genel ilkeleri uyarınca yürütmekle yükümlüdür. Yatırımcı, idarenin kusurunu, maddi veya mali güçlükleri öne sürerek bu borcundan kurtulamaz. İmtiyaz sahibi, yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi yüklendiği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi, teknik bilgi, yetenek ve mali gücü nedeniyle seçilmiştir. Bu nedenle idarenin isteği dışında kamu hizmetlerini başkasına gördürmesi düşünülemez. Oysa yatırımı finanse eden kredi kuruluşları, nakit yönetiminde başarısız olan uygulayıcı firmanın yerine, başka bir firmanın işi sürdürmesini talep etmek hakkına sahip olmak istemektedir.[317] Bu durumda kredi kuruluşları, çıkan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü talep etmektedir.

Yabancı yatırımcıların tahkim konusunda ısrarının önemli bir nedeni de idari yargının, bu konuda yetersizliği ve tarafsız kalamayacağı düşüncesidir. Yatırımcılar, yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde İdare mahkemelerinin yeterince uzmanlaşmadığını ileri sürmektedirler. Ayrıca yabancı yatırımcılarda, idarenin, yatırım üzerinde devletleştirme[318], kamulaştırma ve/veya kamulaştırma bedeli, sermaye transferi gibi işlemlerinde idari yargı organlarının devlet tarafını haklı bulacağı endişesi söz konusudur.[319]

Kamu imtiyazları konusunda yatırımcıların tahkimi en önemli tercih sebebi garantilerdir. YİD sözleşmelerinde, idare yatırımcıya, uzun süreli olarak fiyat, alım,

---

[316] EMEK, **Kamu Hizmeti**, s.16-17.

[317] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.17. Mali güç teorisi, YİD projelerinde yerli/yabancı kredi kuruluşlarının finansman fonksiyonunu önemli ölçüde ihmal etmektedir. YİD projelerinin önemli bir kısmı (%80 lere kadar) kredi ile finanse edilmektedir. Kredi kuruluşları, nakit yönetiminde başarısız olan uygulayıcı firmanın yerine, başka bir firmanın işi sürdürmesini talep etmek hakkına sahip olmak istemektedir. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti ,** s.17.

[318] Yabancı yatırımcıların tahkim ısrarının önemli bir nedeni olarak *devletleştirme*yi gösterenler de vardır. Bu görüş sahipleri, Türkiye'nin, bölgesel ve uluslararası entegrasyon ilişkilerinin de etkisiyle ticaret ve yatırım politikalarında serbestleşmeye gittiğini ve devletin ekonomiye müdahalesinin işletmecilikten düzenleyiciliğe doğru dönüştüğünü, bu nedenle devletleştirmenin Anayasa'dan çıkarılması gerektiğini ileri sürmektedir. EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.17. Bu görüşe gelecek hakkında ve gelişmiş ülkeler hakkında fazla iyimserlik içermekte olduğu için katılmıyorum. Savaş veya savaş tehlikesi gibi uluslararası menfaat çatışmalarında devletin fiili gücünün yanında hukuki gücünü zayıflatmak doğru değildir.

[319] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.86.

hammadde temini konusunda garantiler vermektedir. Hükümetler, kendilerinden önce imzalanan yatırım sözleşmelerinde öngörülen miktar veya fiyat garantilerinin çok yüksek olduğunu, dolayısıyla bu fiyatı ödeyemeyeceğini ileri sürerek sözleşme gereklerini yerine getirmekten kaçınabilir.[320] Bu nedenle uluslararası nitelikli yatırımcılar tahkimi, bu garantilerin korunmasının asli teminatı olarak görmektedirler. Çünkü, hakemler iradelerini taraflar arasındaki sözleşmeden alır. Sözleşmede hakemlere ne kadar irade verilmişse, hakemler o irade dahilinde, verilen standartlar ve tarafların koymuş olduğu yaptırımlar çerçevesinde kararlarını verir. Hakemlerin kendilerine verilen usule uygun davranmamaları kararın bozulma gerekçesidir.

VI.İKİNCİ BÖLÜM ÖZETİ VE DEĞERLENDİRME

ICSID tahkimine konu olan uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında, taraflardan biri devlettir ve devlet bu yatırımı yerli/yabancı özel hukuk tüzel kişilerine kamu imtiyazı şeklinde ve imtiyaz usulünün en yaygın şekli olan YİD modeli ile vermektedir. YİD modeli, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarının, özel sektör ve yabancı sermaye imkanları ile gerçekleştirilmesine imkan veren bir yöntemdir. Bu model çerçevesinde yatırımcı, projenin gerçekleştirilmesi ve finansmanının karşılanmasından sorumlu olacak ve belirlenen süre içerisinde işlettikten sonra, yatırımı, bedelsiz olarak kamuya devredecektir. Devlet, yatırımın finansmanına, yatırımcı ile aralarında olan anlaşma gereği, garanti ve benzeri yöntemlerle destek verebilecektir. Tesisin işletilmesi için gerekli ürünlerin sağlanması, üretilen mal ve hizmetlerin satın alınması ve/veya bu konularda ödeme ve/veya kar garantisi verilmesi gibi dolaylı desteklerle, kamu, ihtiyacı olan alt yapı tesislerine, kavuşma imkanına sahip olmaktadır.

Durum bu şekilde iken Anayasa Mahkemesinin kamu hizmetine ilişkin tanım ve yorumları, 1999 Değişikliğine kadar Anayasanın uluslararası tahkime yer vermemesi ve kamu imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçmesi zorunluluğu gibi

[320] Nitekim, Pakistan ve Endonezya'da enerji sektörü yatırımlarında yatırımcılar ile devlet arasında verilen garantiler yüzünden uyuşmazlık çıkmıştır. Endonezya'da Suharto'dan sonra iktidara gelen Habibi hükümeti, Pakistan'da Benazir Butto'dan sonra gelen Nawaz Şerif hükümeti, kendilerinden önce imzalanan enerji sözleşmelerindeki verilen miktar ve fiyat garantilerinin çok yüksek olduğunu, ülkenin bu üretimi kaldıramayacağını ve bu fiyatı ödeyemeyeceğini, bu nedenle miktarın ve fiyatın düşürülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu ülkelerde yatırım yapan enerji firmaları bu uyuşmazlığı yıllarca çözememiştir ve alacaklarını da tahsil edememiştir. Uluslararası reyting kuruluşları enerji firmalarının kredi değerlilik notunu CCC'ye kadar düşürmüştür. Bu durum, doğal olarak, Türkiye'deki enerji şirketlerini de harekete geçirmiştir. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.17.

düzenlemeler, söz konusu yatırımların YİD modeli ile gerçekleştirilmesini engellemiştir. Özellikle enerji ve ulaşım gibi sektörlerde kamu tekelini ortadan kaldıran bazı düzenlemeler de AYM'ce Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. AYM, bu tür düzenlemeleri "sözleşmeleri özel hukuka tabi kılması" ve "imtiyaz teşkil etmemesi" bakımlarından Anayasaya aykırı bulmuştur. AYM, kararlarında, her ne ad altında olursa olsun idare ile üçüncü şahıslar arasında yapılan sözleşmelerin imtiyaz olduğunu, herhangi bir hizmetin imtiyaz olup olmadığına yasa ile karar verilemeyeceğini, hizmetin niteliğine göre imtiyaz sayılacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda çözüm yerinin adli yargı değil, idari yargı olacağına karar vermiştir.

Anayasanın mevcut hükümleri ve yukarıda ele alınan AYM kararları karşısında, söz konusu sorunların kanun ve KHK düzeyindeki düzenlemelerle giderilemeyeceğinin ortaya çıkması üzerine, 1999 yılında kabul edilen 4446 sayılı Kanun ile Anayasa değişikliğine gidilerek, devletleştirmeyle ilgili 47., idarenin eylem ve işlemelerine karşı yargı denetimine ilişkin 125. ve Danıştay'ın oluşum ve yetkilerini içeren 155. maddeleri yeniden düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler ile Anayasaya ilk kez özelleştirme kavramı girmiş, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebilmesine[321] ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların, uluslararası tahkim yoluyla çözülmesine imkan sağlanmış, Danıştay'ın görevleri arasında bulunan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki inceleme yetkisi, görüş bildirmeye dönüştürülmüştür.

Söz konusu Anayasa değişikliği ve diğer yasal düzenlemelerden önce, kamu hizmeti olarak nitelendirilen hizmetlerin, özel kuruluşlara yaptırılabilmesi, ancak idari sözleşmelerle mümkündü. 1999 Anayasa Değişikliği ile özel hukuk kişilerine, özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gördürme yöntemine ilişkin önemli sonuçlar doğmuştur: Bundan böyle bu tür sözleşmelerde idarenin sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkı bulunmayacak ve idarenin kusurlu olması halleri düzenlenebilecektir. Artık bu tür sözleşmeler (tek yanlı idari bir işlem gibi görülerek) iptal davasına konu olmayacaktır.

[321] Bu Anayasa Değişikliği *özel kişilere özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gördürme* olarak ifade edilen yeni bir kamu hizmeti görülüş usulü getirmiştir. Ancak, bu usul uyarınca gördürülen kamu hizmetlerine hiçbir durumda kamu hukuku rejimi uygulanmayacağı anlamına gelmez. Bu bağlamda, hem söz konusu özel hukuk sözleşmesinin yürürlüğe girinceye kadar ki aşamasında, yani ihale aşamasında, hem de özellikle doğal veya hukuksal tekel durumu söz konusu ise, hizmetin görülmesi esnasında kamu hukukunun uygulanması gerekecektir. Bkz: ULUSOY, s.15.

Ve nihayet konumuz açısından en önemli sonuç ise, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime gidilebilecektir.

Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren alt yapı yatırımlarının, yabancı sermaye katkısı ile gerçekleştirilmesinde, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan sorunların, yerel hukuk sistemiyle çözülmesi şeklindeki mevzuat, yabancı sermayenin çekingen davranmasına sebep oluyordu. Yapılan düzenlemelerle, büyük ölçekli alt yapı yatırımlarının, uluslararası piyasalar aracılığı ile finansmanındaki endişelerin giderilmesi, özelleştirme uygulamalarına yabancı sermayenin de katılımı, böylece kaynak yetersizliğine bağlı yatırım eksikliğinin giderilerek, kalkınma sürecinin hızlandırılması hedeflenmiştir.

Anayasa değişikliğine paralel olarak, 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak, Kanunun kapsamı "enerji, iletim, iletim, dağıtım ve ticareti" faaliyetleri de dahil edilerek genişletilmiştir. Ayrıca Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür. 4492 sayılı Kanun ile "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun bazı maddelerinde değişikliğe gidilerek, Danıştay'ın kamu hizmeti, imtiyaz sözleşmelerindeki inceleme yetkisi, tahkim yolu öngörülmeyen sözleşmelerle sınırlandırılmıştır.

Daha sonra, 22.01.2000 tarihli 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun" yürürlüğe konularak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi durumunda, taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu Kanun ayrıca, mevcut imtiyaz sözleşmelerinden özel hukuk statüsüne geçmek isteyenlerin veya imtiyaz statüsü ile devam edip uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu kabul etmek isteyenlerin bu taleplerinin Bakanlar Kurulunca değerlendirileceğini hükme bağlamıştır.

Yine uluslararası tahkimle ilgili olarak 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. MTK ile, uluslararası alanda yürürlükte olan tahkim kuralları arasında bütünlük ve uyum sağlamak ve tahkim yoluna başvuranlara, bir öngörülebilirlik temin etmek ve onların, kendilerinin yeterince bilemedikleri bir tahkim anlayışına terk edilme konusundaki endişelerini bertaraf ederek, hukuki güveni oluşturmak amaçları takip edilmiştir. Ayrıca, MTK ile, mahkemelerin uluslararası tahkim kararları üzerindeki etkilerini azaltarak, taraf

iradelerini ön plana çıkarmak ve böylece daha liberal bir tahkim anlayışını oluşturmak hedeflenmiştir.

Ve nihayet "doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulması ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılması amacıyla 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, çıkarılmıştır. DYY Kanunu ile "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan şartların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, ulusal veya uluslararası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği" belirtilmiştir. Böylece doğrudan yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine başvurulabilecektir.

Gelişmiş ülkelerin ve uluslararası sermayenin, diğer ülkelerdeki yatırımlarını güvence altına almak amacıyla geliştirilen tahkim sistemi[322], yabancı yatırımcı ile o ülkenin yönetimi ya da yerli ortakları arasında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde, yatırımın yapıldığı ülkenin yargı mekanizmaları ve sistemi yerine, ad hoc veya kurumsal bir tahkim mekanizmasının yargılama yetkisinin, sözleşme ile kabulünü öngören bir uygulama biçimidir. Tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümü için temel ölçü, taraflar arasında yapılmış olan yatırım anlaşmasında yer alan tahkim şartı veya ayrıca yapılmış olan tahkim sözleşmesidir. Hakem veya tahkim heyeti, uyuşmazlığın çözümünde tarafların aralarındaki sözleşme şartlarına uyup uymadıklarını inceleyecek ve kararını verecektir. Bu karar ulusal mahkeme kararı gibi uygulama kabiliyetine sahiptir.

Türkiye'nin sadece yabancı sermaye kabul eden ülke değil, aynı zamanda sermaye ihraç eden bir ülke olduğu artık gerçektir. Bundan böyle uluslararası tahkim, Türk şirket ve kurumlarının uluslararası nitelikli yatırım ve ticari işlerinden doğan uyuşmazlıklarının çözümünde başvurabilecekleri bir yargı yolu haline gelmiştir. Uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olduğu ICSID tahkimi de, YİD modeli ile

[322] Şüphesiz, uluslararası yatırım kararlarının verilmesinde tek belirleyici faktör, uluslararası tahkim değildir. Ancak bu imkanın varlığı uzun vadeli yatırım kararlarında son derece olumlu rol oynamaktadır. Bkz: ALTINTAŞ, M. Ayhan, **"Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları"** Hazine Dergisi, Sayı:10, Nisan-1998, s.37-38.

yabancı yatırımcılara yaptırılan uluslararası nitelikli yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için en uygun yargı yoludur. Gerçekten, ICSID tahkimi başta olmak üzere uluslararası tahkim, yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen karara göre önemli üstünlüklere sahiptir. Çünkü, uyuşmazlığın bir tarafı olan Türk yatırımcı veya Türkiye, kendi hakemini seçme şansına sahiptir. Ayrıca, uluslararası tahkimde taraflar, tahkim heyetinin uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler. Diğer yandan, yabancı devlet mahkemesinin maddi hukuk olarak Türk hukukunu uygulamasından, içinde bir Türk hukukçunun bulunacağı tahkim heyetinin Türk hukukunu uygulaması daha isabetli olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YABANCI YATIRIMLARIN ULUSLARARASI KORUNMASI VE İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARI

I.YABANCI SERMAYE

ICSID tahkiminin konusunu, Washington Sözleşmesinin tarafı bir devlet/devletlerin vatandaşının, diğer bir taraf devletin ülkesinde gerçekleştirdiği yatırım/yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Bu nedenle öncelikle Yabancı Sermaye konu başlığı altında, genel olarak yabancı sermaye/yatırım kavramları ele alınacak, daha sonra Türkiye'deki yabancı sermaye/yatırımların teşvik sürecine değinilecek ve nihayet yabancı yatırımların ulusal ve uluslararası planda korunması için gerçekleştirilen düzenleme ve girişimler üzerinde durulacaktır.

A.Yabancı Sermaye/Yatırım Kavramı

Doğrudan yabancı yatırımlar, yabancı sermayenin özellikli ve önemli bir bölümünü teşkil ettiği için öncelikle genel olarak yabancı sermaye, ardından da DYY hakkında bilgi verilecektir.

1. Genel Olarak Yabancı Sermaye Kavramı

Genel olarak yabancı sermaye, bir ülkenin karşılığını herhangi bir şekilde ileride ödemek üzere başka ülke ekonomilerinden aldığı ve kısa vadede kendi ekonomisine ekleyebileceği, ekonomik değeri olan maddi ve gayri maddi değerlerden oluşan kaynakların tümü olarak tanımlanmaktadır.[323]

Yabancı sermaye, II. Dünya savaşından sonra önemli ölçüde nitelik değiştirmiş ve gelişmekte olan ülkeler için ekonomik kalkınmanın vazgeçilmez bir aracı olarak görülmeye başlanmıştır. Ülkeler, yabancı sermayeyi kendilerine çekmek için yarış içine girmişlerdir. Buna karşılık, yabancı sermaye ise gideceği ülkelerde bir takım şartlar aramaktadır. Bir başka ülkeye mali ve teknolojik kaynak aktaran yatırımcının temel hedefi kar elde etmektir. Yabancı sermayeyi bir ülkede yatırıma sevk eden önemli

[323] ERTEN, Rıfat, **"ICSID Tahkimi"**, BATİDER, C.XIX, Sayı:4, Ankara, 1998, s.208.

ekonomik faktörler şöyle sıralanabilir: Maliyet düşüklüğü, çoklu kaynak ve beceri arayışı ve yurt içindeki müşterileri tutabilmektir. Gelen yabancı sermaye ise şu faydaları sağlar: Sermaye yetersizliğini giderme ve döviz girişini sağlama, yeni teknoloji ve yönetim becerisi getirme, üretim kapasitesinde artış, ihracatı artırma, istihdam sağlama, vergi geliri, rekabet ve dinamizmdir.[324]

Yabancı sermaye hareketleri genelde gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere gerçekleşmektedir.[325] Bu yatırımlar gelişmekte olan ülkelerin teknolojik olarak gelişmesine katkıda bulunmakta, gelişmiş ülkeler bakımından da yeni pazar ve ucuz işgücü sağlamaktadır.[326] Genel olarak yabancı sermaye yatırımları, ortaklık kurma, kurulmuş olan bir ortaklığa katılma, franchise, yönetim, acentalık, lisans, know-how ve joint-venture sözleşmeleri yapılması veya irtibat bürosu kurulması şeklinde yapılmaktadır.[327]

Uluslararası nitelikli özel sermaye hareketleri ikiye ayrılır[328]: Dolaylı (portföy) yatırımlar ve doğrudan yabancı yatırımlar. Dolaylı yatırımlar, hisse senedi, tahvil gibi

---

[324] EREN, Erol/SAMSUNLU, Ayşegül, **"Yabancı Sermaye ve Türkiye'de Elektronik, Kimya ve Toprak Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Yatırım Ortaklıklarının Performanslarının İncelenmesi"**, Doğuş Üniversitesi Dergisi, 4 (1), 2003, s.72.

[325] TİRYAKİOĞLU, s.166.; SABIR, Hasan, **"Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar"**, Dış Ticaret Dergisi, Ekim-2002. (http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/Ekim2002/sabir.htm); Bu tek yönlü yabancı yatırım akışının başlıca amacı, gelişmemiş ülkelerin özellikle hammadde kaynaklarını kullanmaktır. Maden, petrol, diğer yeraltı kaynakları ve doğal kaynaklar gibi. Yabancı yatırımın başlangıçtaki bu gelişim seyri, yani hem sektör olarak hammaddelere yönelmiş olması, hem gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkeleri sömürmesi, dünyada ve Türkiye'de yabancı yatırımlara karşı var olan olumsuz tutumun altyapısını oluşturmuştur. Bkz: TİRYAKİOĞLU, s.166.

[326] Bu yararlarına karşılık yabancı sermaye hareketleri yatırımcı ve yatırım yapılan ülke bakımından birçok riskler taşır. Özellikle siyasi bağımsızlıklarını yeni elde eden ülkeler, yabancı yatırımlar yoluyla ekonomik bağımsızlıklarını kaybetme endişesi yüzünden yabancı sermayeye soğuk bakmaktadır. Diğer yandan yatırımcı için de yatırım yapılacak ülkenin sosyal, ekonomik ve kültürel yapısı yapılacak yatırım için bazı riskler taşımaktadır. Yatırımcı için önemli olan, pazar büyüklüğü, yatırımın ihracata elverişli olması, vergi ve rekabet politikası, kar ve sermaye transferlerinde yeterli teminatın sağlanması, mülkiyet garantisi gibi ekonomik ve siyasi faktörlerdir. Bkz: ÖZTÜRK, Pınar, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Hukuki Boyutu"**, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2, 1998, s.358.

[327] ÖZTÜRK, s.358-359.

[328] Bu ayırımın çok önemli olduğunu vurgulayanlar olduğu gibi, gereksiz olduğunu savunanlar da vardır. Bkz: SEYİDOĞLU, Halil, **Uluslararası İktisat Teorisi: Politika ve Uygulamalar**, Güzem Yayınları, İstanbul, 1990, s.554.; EVANS, Kimberly, "Foreign Portfolio and Direct Investment" **OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development**, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/54/25/2764407.pdf) Diğer yandan Avrupa Birliği, mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi için, üye ve aday ülkelere direktifler vermiştir. (1988/361 sayılı Direktif) Bu direktiflerden sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili kısmında sermaye hareketlerini şu şekilde saymaktadır: Dolaysız yatırım (*direct investment),* taşınmaz mal yatırımları, normal olarak sermaye piyasasında işlem gören senetlere ilişkin transferler, kollektif yatırım şirketleri katılma belgelerine ilişkin transferler, normal olarak para piyasasında işlem gören senetler ve diğer araçlara ilişkin transferler, mali kurumlardaki cari ve mevduat hesaplarına ilişkin işlemler, Toplulukta oturan bir kişinin taraf olduğu ticari işlemlere veya hizmet edimine ilişkin krediler, ticari ikraz ve krediler, teminat mektupları, diğer garantiler ve rehinler, sigorta sözleşmelerinin ifasına ilişkin transferler, kişisel sermaye

menkul kıymetlere yapılan yatırımlardan oluşur. Bu girişim yabancı yatırımcıların, ya ülkemizdeki piyasalardan menkul kıymetler alması ya da ülkemizdeki bir şirketin uluslararası piyasalarda arz ettiği menkul kıymetleri satın almasıyla olur. Portföy yatırımcısını bu yatırıma yönelten sebep, temettü veya faiz gelirleridir.[329]

2.Doğrudan Yabancı Yatırımlar (DYY)

Uluslararası nitelikli doğrudan yabancı yatırımlar[330], sermaye hareketliliğinin[331] ikinci ve konumuz açısından asıl önemli kısmını oluşturmaktadır. Bu yatırımlar, o ülkenin hukuki, siyasi ve ekonomik sistemi ile yakından ilgilidir. Doğrudan yabancı yatırımlar, ev sahibi ülkenin (yatırımın yapıldığı ülkenin) ekonomik kalkınmasına, istihdamına, teknolojik gelişmesine, ihracata yönelik üretim yapmasına ve ithalat ihracat dengesinin kurulmasına çeşitli açılardan katkıda bulunmaktadır.[332]

---

hareketleri, mali kıymetlerin fiziki ithal ve ihracı ve diğer sermaye hareketleri. Aktaran: TÖRE, Nahit, "Dünyada Yabancı Sermaye Akımları", **Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel,** (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.75. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dunyayabsermaye.doc)

[329] UYGUR, Ercan, **"Türkiye'nin Yürürlüğe Koyduğu İstikrar Programlarının Başarısında Yabancı Sermaye Girişlerinin Yeri ve Önemi"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel**,** (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.18-19. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyururkoyd.doc) ; ERTEN, s. 209.; DYY ile portföy yatırımları arasındaki başlıca farklar şunlardır:a.DYY'lerin yönetim ve denetimi doğrudan ana firmaya aittir. Oysa portföy yatırımlarında amaç genelde kardır. b.DYY'lerde yabancı yatırımcı sermayeden başka üretim teknolojisi, yönetim bilgisi, marka vb. değerler getirmektedir. Oysa portföy yatırımında sadece sermeye getirilir. c.Portföy yatırımcısı hem gerçek hem tüzel kişiler olabilmektedir. Oysa DYY'lerde yatırımcı genellikle büyük şirketlerdir. d.DYY'lerde getiriler, kar payı, royalti, servis ücretleri, komisyonlar, transfer fiyatlandırması gibi değerlerdir. Oysa, portföy yatırımlarında, yatırım tahvil ise getirisi faiz ve ana paradır, yatırım, hisse senedi ise, getiri, kar payı ve değer artışıdır. Bkz: AYDIN, Nurhan, **Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Ortak Girişimler (Joint Ventures)**, Anadolu Üniversitesi, İİBF Yayınları, Eskişehir, 1997, s.7-8.

[330] Yabancı bir pazara girmeyi düşünen bir firmanın önünde üç seçenek bulunmaktadır: Birincisi, malları kendi ülkesinde üretip, yabancı bir ülkeye *ihraç etmek*, ikincisi, piyasasına girmek istediği ülkedeki bir firmaya kendi teknolojisini ve marka ismini kullanmasına izin vererek *lisans anlaşması yapmak* ve üçüncüsü ise, piyasaya *doğrudan sermaye yatırımı yapmak* kaydıyla girmektir. Yerel bir firmaya oranla, yabancı bir firma her zaman ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunların bazıları kültürel sorunlar, dil ve yerel piyasaya ait uygulamalardaki farklılıklardan oluşan sorunlardır. İşte bu gibi nedenlerle de firmalar, ihracat ve lisans yoluyla elde edemeyeceği bazı avantajlara sahip olmak için *doğrudan yabancı sermaye yatırımları* yapmaktadırlar. Bkz: AYDIN, s.9-11.; Ayrıca Bkz:OKSAY, Suna, **"Çokuluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde, Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek, Değerlendirilmesi"** Dış Ticaret Müsteşarlığı Dergisi, Ocak-1998, Sayı:8.

[331] Aslında *küreselleşme* olarak adlandırılan olgu, özünde sermayenin geçen yüzyıllardan farklı olarak savaş, ticaret ya da sömürgecilik olmaksızın dolaşımını ifade etmektedir. Her çok taraflı ilişkide olduğu gibi, uluslararası yatırımlar da, kişiler, şirketler, devletler, örgütler nezdinde uyuşmazlık potansiyelini içinde bulunduran bir girişimdir. Bkz: SARAÇ, Osman, **"Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar"**, **Maliye Dergisi**, Sayı:140, Mayıs-Ağustos, 2003, s.1.; *Küreselleşme*, mal ve hizmetlerin ülkeler arasında serbest dolaşımını ifade etmesinin yanında, sermayenin de engel olmaksızın hareketliliğini ifade eder. Bkz: TÖRE, s.73.

[332] MEESSEN, Karl M., **"International Investment and Dispute Settlement"** Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: Daniel FRIEDMANN/Ernst-Joachim MESTMACKER)

Diğer yandan bu tür bir yatırım yapacak olan yabancı yatırımcı çok büyük riskleri göze almak suretiyle ev sahibi ülkeye gelmektedir. Yabancı yatırımcının öncelikle ilgilendiği şey, mal sahipliğinden ziyade, yatırımın karlılığıdır. Çünkü doğrudan yabancı yatırımlarda, yatırımcı ev sahibi ülke ile yapılan yatırım sözleşmesine uysa bile, neticede ev sahibi devlet asıl rolü oynamaktadır.[333]

Günümüzde ev sahibi ülkeler doğrudan yatırım türlerini tercih etmektedir.[334] Çünkü, ev sahibi ülkenin beklentileri, ancak doğrudan yatırımlar vasıtasıyla gerçekleşmektedir. İşte bu nedenle ev sahibi ülkeler bu tür yatırımları çekmek istemektedirler. Dolayısıyla uluslararası düzeydeki çalışmalarda ve ulusal yatırım mevzuatında daha çok doğrudan yabancı yatırımları koruma ve onları teşvik etme amacı hakim olmuştur.[335] Bu tür yatırımlarda girişimci, ya kendi şirketinin şubesini açar veya doğrudan kendisi tesis kurar. Yabancı yatırımcılar, yatırım yaparken yerli piyasayı ve mevzuatı bilen yerli ortaklarla yatırıma gittikleri görülmektedir.[336]

Uluslararası nitelikli yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü de diğer alanlardaki sınır ötesi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünden farklıdır. Bu

---

Nomos Verlagsgeselschaft Baden-Baden, 1993, s.112.; TÖRE, s. 73. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Teşkilatının (UNCTAD) 1998 dünya yatırım raporunda, doğrudan yatırımlarının, bulunduğu ülke ekonomilerine olan etkileri beş ana grupta incelenmiştir: Birincisi mali kaynakların ve yatırımların arttırılması, ikincisi teknolojik imkanların geliştirilmesi, üçüncüsü ihraç imkanlarının artırılması, dördüncüsü istihdama katkısı ve iş gücü becerisinin geliştirilmesi, Beşinci olarak ise çevrenin korunması konusunda doğrudan yabancı yatırımların genelde gittikleri ülkelere pozitif katkıda bulunması. Aktaran: ARIMAN, Abdurrahman, **"Türkiye'ye Daha Fazla Yabancı Sermaye Çekebilmek İçin İzlenmesi Gereken Politikalar",** Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.128. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkdahafaz.doc); Ayrıca DYY'lerin ekonomik gelişmeye olan katkılarını, makroekonomik, ticari entegrasyon, teknoloji transferi, insan kaynaklarını geliştirme, rekabet ve girişimciliği artırma, çevre ve sosyal konular açısından değerlendiren ve ev sahibi ülke (host country), yatırımcının uyruğunda bulunduğu ülke (home country) ve yatırımcıların yapması gerekenlerle ilgili bir makale için Bkz:CHRISTIANSEN, Hans/ÖĞÜTÇÜ, Mehmet, **"Foreign Direct Investment For Development:Maximising Benefits, Minimising Costs"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/54/33/2764465.pdf)

[333] MEESSEN, s.111-112. İşte uluslararası ticaretin dünya çapında yaygınlaşması ve tahkim mekanizması, devletin bu fiziki tekel gücünü sınırlamaktadır. Bkz: **Aynı Eser**, s.113.

[334] Ancak bu durum her zaman için geçerli değildir. Devletler, bazı sektörleri doğrudan yabancı yatırımlara açmayabilir. Yabancı yatırımdan elde edilen karın tamamının başka bir ülkeye transfer edilerek ev sahibi ülkede yeni yatırımlara kaynak oluşturmaması, ulusal kaynakların boşa harcanması ve çevrenin bozulması gibi endişeler doğrudan yabancı yatırımlara karşı soğuk bakılmasına sebep olabilmektedir. Bkz: MEESSEN, s.112.

[335] TİRYAKİOĞLU, s.165 ve özellikle 167.; Doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcı, sermayenin yanında, yatırım yapılan ülkenin istediği işletmecilik, teknoloji bilgisi veya kalifiye eleman gibi unsurlar da getirmektedir. Bkz: ERTEN, s.209.

[336] ERTEN, s.209. Avrupa Birliği'nin 1988/361 sayılı Direktifinde, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleşebileceği çeşitlerin şunlar olduğu belirtilmiştir: Tümüyle sermaye sağlayan şahsa ait şubeler açılması, bunların genişletilmesi veya yeni firmalar kurulması ve mevcut firmaların bütünüyle satın alınması, kalıcı ekonomik bağlar oluşturmak veya sürdürmek amacıyla yeni veya mevcut bir firmaya iştirak etmek, kalıcı ekonomik bağlar oluşturmak veya sürdürmek amacıyla uzun vadeli kredi açmak. Bkz: TÖRE, s.76.

farklılık doğrudan yabancı yatırımların kendisine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Öncelikle doğrudan yabancı yatırımlar uzun dönemli perspektif taşır. Yatırımcı yatırımın neticelerini uzun bir süreçte elde edebilir. Doğrudan yabancı yatırımlar, ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasında asimetrik bir ilişki kurar. Yaygın bir özellik olmayan bu durum uluslararası ticari banka ve finans kuruluşlarını da ilgilendirmektedir. Ayrıca doğrudan yabancı yatırımlar bütün ticari faaliyetleri ve devletin ekonomik düzenlemeleri ile yakından ilişkilidir.[337]

Uyuşmazlıkların tarafları arasındaki davalarda silahların eşitliği (*parity of arms*) ilkesinin uygulanması gerekir. Ticaret politikaları da, (aktörlerin) hareket alanında (*level playing field*) eşitliğini gerektirir. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının bu standartlarda karşı karşıya gelmesi uygun olur. Oysa ev sahibi (*host state*) ülkenin mahkemesi kendi devleti lehinde, yatırımcının uyruğunda bulunduğu ülkenin (*home state*) mahkemesi de kendi vatandaşı lehinde karar vermesi ihtimali vardır. Ayrıca yatırımcının uyruğundaki devlet mahkemesi ev sahibi ülkenin politika ve düzenlemelerini anlamakta zorlanabilir. Çözüm mercii olarak üçüncü bir ülkenin seçilmesi halinde de verilen karar tarafları şüpheye sevk edebilir veya karar her iki taraf açısından uygunsuz olabilir. İşte bu noktada yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmalıkların çözümünde, çeşitli problemleri taşısa da, tahkim en iyi çözüm olmaktadır.[338]

Şu bir gerçek ki doğrudan yabancı yatırımlar dünyada hızla yaygınlaşmaktadır. Bu durum beraberinde uyuşmazlıkların sayısını ve türlerini artırmaktadır. Çok uluslu şirketlerin artık tek bir merkezi bulunmamakta (*decentralize*), uluslararası bir girişim haline dönüşmektedir. Müdahalecilik politikaları yavaş yavaş terk edilmektedir. Artık uyuşmazlıklara sadece ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı açısından bakılmaktadır. Yabancı yatırımcılara ulusal muamelenin (*national treatment*) ötesinde vatandaş muamelesi yapılmaktadır. Uyuşmazlıklar uluslararası özelliğini kaybetmekte, çok uluslu nitelik kazanmaktadır.[339] Bütün bu değişimler tahkim, arabuluculuk ve görüşme faaliyetlerinin gelişimi ile paralel olmaktadır.

[337] MEESSEN, s.111.
[338] MEESSEN, s.113-114.
[339] MEESSEN, s.123.

B.Türkiye'de Yabancı Sermaye ve Teşvik Politikaları

Dünyadaki diğer gelişmekte olan ülkeler gibi Türkiye'nin de yabancı sermaye girişine özellikle ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç, pek çok nedenler arasında, kendini iki noktada göstermektedir: İlki, büyüme konusudur. Türkiye, son yirmi yıldır potansiyel büyüme kapasitesinin[340] altında bir büyüme göstermiştir. İstihdam sorununun da çözümü olan büyümeyi sağlayacak en önemli araç, yabancı sermaye ve özellikle doğrudan yabancı yatırımlardır. Türkiye'nin yabancı sermaye ihtiyacının ikinci nedeni ise, yabancı sermaye girişi ile elde edilecek verimlilik artışıdır. Verimliliğin büyümeye katkısı Avrupa ülkelerinde %60 civarında iken, bu oran Türkiye'de %15'ler düzeyindedir.[341] İşte bu noktada Türkiye'de yabancı sermaye ve teşvik politikalarının tarihi gelişimine bakmak gerekir:

Doğrudan yabancı yatırımlar, uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerin önemli bir kısmını teşkil etmektedir.[342] 20. yüzyılın başından itibaren devletler, yabancı sermaye yatırımlarını, bir kalkınma aracı olarak görmüşler ve bunu özendirici, koruyucu ve teşvik edici kanunlar çıkarmışlardır.[343] Son döneminde Osmanlı Devleti ve Türkiye de yabancı sermaye yatırımlarını teşvik eden ülkeler arasında yer almıştır.[344]

Osmanlı'nın son döneminde ülkemizde faaliyet gösteren yabancı şirketler, genellikle demiryolu, liman işletmesi gibi ulaştırma, elektrik, havagazı gibi altyapı, banka ve sigortacılık gibi hizmet sektörlerinde yatırım yapmışlardır. Bunların yanında önemli ölçüde üretimde bulunmamakla beraber, ülkenin çeşitli bölgelerinde de maden

---

[340] Yabancı yatırımcı için arzu edilen ortamın hazırlanması ile, Türkiye'nin, 2005 yılında bugünün kriterleri ile 30 milyar dolar seviyesinde doğrudan yabancı yatırımı çekme potansiyeli mevcut bulunmaktadır. Bkz: "DEİK/Türk-Japon İş Konseyi Türkiye'nin Yabancı Sermaye Ortamının Değerlendirilmesi, Engeller - Öneriler" İstanbul, Aralık-2000 (Kasım-'2001 de gözden geçirilmiş), s.1.

[341] ÖZİLHAN, s.6.

[342] Doğrudan yabancı yatırımlar bağlamında, çokuluslu şirketlerin üretim değeri, dünya üretiminin bugün yaklaşık %25'idir. Çokuluslu şirketler arası ticaret, bugün dünya ticaretinin yaklaşık 2/3'ünü ve firma içi ticaret de, yani ana kuruluşla yavruları arasındaki ticaret de, yine uluslararası ticaretin 1/3'ünü oluşturmaktadır.Bkz: TÖRE, s.78-80.; Ayrıca Bkz: CHRISTIANSEN/ÖĞÜTÇÜ, s.2-5.

[343] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.381.

[344] Ancak yine de 1980'li yıllara kadar yabancı sermaye konusuna ideolojik açıdan yaklaşılıyordu. Aydınların çoğunluğu yabancı sermayenin, yerli sermayeyi istismar ettiği, milli egemenlik kavramını zedelediği, ülke ekonomisinden ziyade kendi çıkarlarını düşündüğü hatta yerli teşebbüslerin gelişmesine de engel olduğu, ekonomiye katkısının da sanıldığı kadar önemli boyutlara ulaşmadığı görüşünü ileri sürüyorlardı ve bu sebeple yabancı sermaye yatırımlarına, karşı çıkmışlardı. Türkiye, bu tür eğilimlerin etkisinde kalmıştır. Diğer taraftan zamanın şartları da bu tür düşüncelere bir ölçüde destek oluyordu. Bunun sonucu olarak, Türkiye'de yabancı sermayeye karşı temkinli, hatta çekingen bir politika izlenmekteydi. BOZER, Ali, **"Türkiye'deki Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-I"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.145.(Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermfirm.doc)

imtiyazı almışlardır. Bu dönemdeki yabancı sermaye girişimleri ülkemiz açısından olumsuz izlenimler bırakmıştır. Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan alanlarda faaliyet gösteren yabancı şirketler değerleri ödenerek devletleştirilmiştir. 1923 yılında yapılan İzmir İktisat Kongresinde yabancı sermayeye karşı olunmadığı, ancak ülke çıkarlarını gözetmek amacıyla temkinli davranıldığı vurgulanmıştır.[345]

Türkiye, 1950'li yıllara kadar dış ticaret ve yabancı sermaye konusunda içe dönük bir politika izlemiş ve kendi kendine yetebilme çabası içinde olmuştur. Bunda ekonomide izlenen devletçilik[346] politikasının önemli bir etkisi olmuştur. Bu tarihten itibaren özel sektörün ekonomide yer almaya başlaması sonucu ortaya çıkan ithalat ihtiyacının karşılanması gereği dış borçlanmayı artırmış ve yabancı sermayenin ülkeye girişine izin verilmiştir. İlk olarak, 01.08.1951 tarih ve 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu çıkarılmış, ardından daha liberal nitelikte 18.01.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu[347] kabul edilmiştir. 6224 sayılı Kanun özellikle doğrudan yabancı yatırımları özendirmek amacıyla çıkarılmıştır.[348] Ancak bu düzenlemeler kendilerinden beklenen faydayı verememişlerdir.[349] Bu sonucun, bürokratik engeller, tanıtım yetersizliği, ekonomik istikrarsızlıklar, yabancı sermayeye karşı geleneksel çekingenlik ve serbest rekabet eksikliği gibi nedenlerden

---

[345] EMİL, Dilek**, "Cumhuriyetin Kuruluşundan Günümüze İzlenen Yabancı Sermaye Politikaları"** Hazine Dergisi, 80.Yıl Özel Sayısı, Nisan-2004, s.113 vd.; Ayrıca Bkz: TWOMEY, Michael J., **Century of Foreign Investment in the Third World,** Florence, KY, USA: Routledge, 2000, s. 150-151.

[346] Şu anda yürürlükte olan 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun mimarı olan Ernst HIRSH'in 1959 yılında sunduğu bir Tebliğ'de geçen şu ifadeler son derece ilginçtir: "Devletçilik, planlı iktisat, müdahalecilik gibi…iktisadi tedbirler gerçekte İkinci Dünya harbini hazırlayan ve mümkün kılan amiller idi. Çünkü sözü geçen bu sistem ve planların ruhu…cihanşümul ve maşeri olmaktan ziyade yelken ve kervan zamanlarında olduğu gibi (bölgesel) ve bencil idi." Aktaran: BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.114.

[347] Bu kanunun, yürürlüğe girdiği dönemde, dünyanın en liberal kanunlarından biri olduğu hakkında Bkz: ÖZBİLGİÇ, Zergül, "Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Türkiye" **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti,** (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.68-69.

[348] TÖRE, s. 76. Bu Kanunun ana ilkelerini şu şekilde saymak mümkündür: Eşitlik, yerli-yabancı ortaklık oranının serbestçe belirlenebilmesi, yerli yatırımcılara serbest olan tüm sektörlerin yabancı yatırımlara serbest olması, yurtdışından gelen sermayenin Türk lirasına çevrilme zorunluluğunun bulunmaması. Bkz: ONANER, Mehmet, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.35-37. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabserm.doc)

[349] KARLUK, Rıdvan, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.104. (Erişim: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermyat.doc)

kaynaklandığı ifade edilmiştir.[350] Bunlardan başka, değişen şartlara ayak uydurabilen dinamik yönetimlerin olmayışı da önemli bir etkendir.[351]

Yabancı sermaye akışının hızlanması 1980'li yıllardan sonra olmuştur. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı[352], Hazine Müsteşarlığı'nca çıkarılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ[353] ve Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa Göre çıkarılan 32 sayılı Karar yabancı sermaye girişini teşvik için yapılmış başlıca düzenlemelerdir.[354] Yabancı sermayenin Türkiye'de yapmış olduğu fiziki yatırımları ifade eden, doğrudan yatırımların teşviki amacıyla 1980 sonrası yabancı sermaye mevzuatı tekrar düzenlenmiştir. 1986, 1992 ve 1995 yıllarında yabancı sermaye çerçeve kararlarında yapılan değişiklerle mevzuat daha liberal hale getirilmiştir. Ayrıca 1996 yılında AB ile imzalanan Gümrük Birliği Anlaşması ve uluslararası tahkim konusunda 1999 tarihli Anayasa Değişikliği ve buna paralel düzenlemeler, yabancı sermayeye yönelik başlıca gelişmeleri oluşturmuştur.

Ancak tüm bu çabalar beklenen olumlu sonucu verememiş ve yabancı sermaye yatırımları hep beklentilerin altında gerçekleşmiştir.[355] Bu nedenle 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[356] çıkarılmıştır. Bu Kanunla,

---

[350] ÖZTÜRK, s. 361 vd.; Bunlardan başka siyasi istikrarsızlık, mali mevzuat karmaşası ve standardizasyon eksikliği yabancı yatırımları etkileyen önemli faktörlerdir. Bkz: SABUNCU, s. 170.; Ayrıca Doğrudan yabancı yatırımları etkileyen faktörler ve detaylı değerlendirmesi için Bkz: GÖVDERE, Bekir, **"Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Belirleyicileri ve Günümüzdeki Geçerliliği"** Dış Ticaret Dergisi, Nisan-2003. (Erişim için:http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/nisan2003/yab.ser..htm)

[351] AKSOY, Nutki, **"Türkiye'de Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-II"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001, s.154. (Erişim için Bkz:http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermfirm2.doc)

[352] Karar metni için Bkz: R.G. 25.01.1980, S.16880; Daha sonra 7.6.1995 tarih ve 6990 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı 7.6.1995 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

[353] Tebliğ metni için Bkz: R.G. 24.08.1995, S.22384 ve değişiklik için Bkz: R.G. 27.06.1996, S.22679.

[354] Bunlardan başka belli alanlarda yabancı yatırımların teşvikine yönelik hukuki düzenlemeler de bulunmaktadır. Petrol Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Serbest Bölgeler Kanunu ve Bankalar Kanunu bu düzenlemelere örnek teşkil etmektedir.

[355] 1980 sonrası dönemde doğrudan yabancı sermaye yatırımlarında yıllar itibariyle artışlar olsa da bu artışlar sınırlı düzeyde kalmıştır. Türkiye'ye yönelik doğrudan yabancı sermaye girişlerinin özellikle 1980'li yılların ikinci yarısından 1990'lı yılların başına kadar bu yatırımların arttığı, daha sonra artışın durduğu görülmektedir. 1990'lı yıllardan itibaren doğrudan yabancı sermaye yatırımları özellikle Latin Amerika ülkeleri ile doğrudan yabancı sermayeyi özendirici politikalar izleyen Uzak Doğu Ülkeleri ve Çin'e yönelmiştir. Diğer yandan Sovyet bloğunun dağılmasından sonra Doğu Avrupa ülkeleri ile Bağımsız Devletler Topluluğu'nun serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecinde yaptıkları önemli özelleştirmeler, büyük miktarlı yabancı yatırımları söz konusu yerlere çekmiş ve Türkiye'nin yabancı yatırımcıların ilgi alanı dışında kalmasına neden olmuştur. Yabancı Sermaye hareketlerinin yönü ve sayısal büyüklükler konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için Bkz: KAR, Muhsin/KARA, M. Akif, **"Türkiye'ye Yönelik Sermaye Hareketleri ve Krizler"**, Dış Ticaret Dergisi, Temmuz-2003. (http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/temmuz2003/sermaye%20hareketleri.htm); YİD ve Yap-İşlet modelleri hakkındaki mevzuat eksikliğinin giderilmesine rağmen 2000 yılına kadar enerji sektöründe sadece dört (4) projeye yabancı sermaye finansmanı sağlanabilmiştir. Bkz: PAKSOY, s. 161.

[356] R.G. 17.06.2003, S.24141.

18.1.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun 1. maddesinde Kanunun amacının, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek olduğu ifade edilmiştir.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun çıkarılması iyi bir başlangıçtır ancak yeterli değildir. Doğrudan yabancı yatırımların ülkemize çekilebilmesi için yapılması gerekenler şu şekilde özetlenebilir [357]:

a.Siyasal ve sosyal istikrarın sağlanması, enflasyonun düşürülmesi ve en az onun kadar önemli olarak kayıt dışının önlenmesi. b.Hukuk ve adalet sisteminin yenileştirilmesi, kamu kesimi reformunun gerçekleştirilmesi, özelleştirme ve imtiyaz projelerinin hızla hayata geçirilmesi, devletin küçültülmesi ve fakat daha etkin hale getirilmesi (ki bu, bütçe açıklarının kapatılması ve kamunun borçlanma gereğinin düşürülmesi açısından da son derece önemlidir.) c.Aynı zamanda yabancı yatırımları da çekmek için önemli bir araç olan fikri mülkiyet haklarının ve rekabetin korunması ve fizibilite çalışmalarının yapılarak yabancı yatırımcılara arazi tahsislerinin gerçekleştirilmesi. d.Diğer yandan yabancı yatırımlar konusunda ideolojik kaygılardan vazgeçerek, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi ve vergi alanındaki düzenlemelerin hayata geçirilmesi.

C.Yabancı Yatırımların Korunması

Yabancı yatırımların korunması, üçlü bir sistem üzerine oturmaktadır. Bunlardan ilki, ev sahibi ülkenin yatırım mevzuatıdır. İkincisi, yabancı yatırımcının, devletle ya da devletin kurum ya da kuruluşlarıyla yaptığı yatırım anlaşmasıdır.[358] Bu anlaşma, yapılacak yatırımın hukuki çerçevesiyle ilgili olarak karşılıklı hakları ve yükümlülükleri tespit eder. Nihayet, ulusal yatırım mevzuatı ve yatırım anlaşmasının yanında,

[357] ARIMAN, s.138.; BOZER, s.149.

[358] Bu yatırım anlaşmasını uluslararası ikili ve çok taraflı Sözleşmelerle karıştırmamak gerekir. *Yatırım anlaşması*, yatırımcı özel hukuk kişisi ile devlet veya devletin herhangi bir kurum veya kuruluşu arasında imzalanan –mesela enerji, iletişim, ulaşım vb. alanında- bir yatırımın yapılmasına dair bir özel hukuk sözleşmesidir. Oysa *uluslararası ikili veya çok taraflı Sözleşmeler* konusu yatırımların korunmasına dair de olsalar uluslararası nitelikli ve tarafları devlet olan sözleşmelerdir.

yatırımların tabi olacağı üçüncü koruma mekanizması, uluslararası sözleşmelerdir. Çünkü, bir çok ülke yatırımların karşılıklı olarak korunması ve teşviki konusunda ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler yapmışlardır. Şu halde doğrudan yabancı yatırımların uluslararası hukukta korunmasını ele alırken bu üçlü sistem birlikte düşünülmelidir.

1. Yabancı Yatırımlar Hakkında Ulusal Mevzuat

Yabancı yatırımlara ideolojik olarak karşı çıkan ülkelerde bile yabancı yatırımlar hakkında ulusal düzenlemeler bulunmaktadır. Yabancı yatırımları ülkesine çekmek ve teşvik etmek veya kısıtlamak veya en azından denetlemek için, bu konuda ulusal düzenlemelere rastlanmaktadır. Bununla birlikte, hemen her ülkede adı veya izlenen prosedür değişik de olsa, yabancı yatırımcının ülkeye girmek için yerli makamlara başvurması[359] söz konusudur. Bu durum yabancı yatırımlar hakkındaki ulusal mevzuatın en temel özelliklerinden biridir.[360]

Ulusal yatırım mevzuatlarında görülen diğer bir önemli ilke de, yabancı yatırımlarla, yerli yatırımlar arasındaki eşitlik ilkesidir. Ülkemizde de 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu "Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler." diyerek söz konusu prensibi benimsemiştir (DYYK, m.3/a-2). Ancak bazı ülkelerin bu konuda daha ileriye gittiği görülmektedir.[361] Yabancı yatırımcılar, yatırım kararını vermeden önce ev sahibi ülkeden ek güvenceler ve menfaatler talep edebilmektedir. Ya da bazı ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımı çekebilmek için, yabancıya kendi ülkesinde yatırım yapabilmesi için daha elverişli imkanlar[362] sunma yolunu seçmektedirler. Örneğin, vergi indirimi, transfer kolaylığı vb. Bu tür uygulamalar, genellikle Polonya ve Romanya gibi eskiden sosyalist sistemlere sahip olan ülkelerde gözlenmektedir.[363]

---

[359] 4875 sayılı DYY Kanunu ile yabancı yatırımlar için izin ve onay sistemi kaldırılmıştır. (m.1, 3/a)
[360] TİRYAKİOĞLU, s.169.
[361] Bazı ülkeler, yabancı yatırımlar için eşitlik veya daha avantajlı konumu, sadece belirli sektörler veya belirli coğrafi bölgeler bakımından gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla ulusal yatırım mevzuatı sadece bu sektör veya bölgelerle sınırlı olarak uygulanmaktadır. Bkz: TİRYAKİOĞLU, s. 170.
[362] Günümüzde daha elverişli imkanlar sunan, liberal bir yabancı sermaye mevzuatı, yabancı yatırımcıyı özendirmek için bir avantaj olmaktan çıkmış ve kaçınılmaz bir gereklilik ve ön şart haline gelmiştir. Bkz: ÖZBİLGİÇ, s.70.
[363] TİRYAKİOĞLU, s. 169-170. Bu durum, söz konusu ülkelerin ekonomik sistemlerinin henüz geçiş dönemini tamamlayamaması, yerli yatırımcılarının eski sistemin alışkanlıklarından vazgeçememesi ile açıklanabilir. Bkz: **Aynı Eser**, s.170.

Uluslararası nitelikli yatırımların tabi olacağı hukuki statü ve korunmasına ilişkin ulusal mevzuatımızda yukarıda ele alındığı üzere köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir. YİD modeli ve kamu imtiyazı sözleşmelerine ilişkin Anayasal ve yasal değişiklikler yabancı yatırımların korunmasına ilişkin ilk girişimler olmuştur. Ardından 22.01.2000 tarihli 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun", 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve nihayet 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çıkarılmıştır. Böylece yabancı yatırımların önündeki hukuki engeller büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Özellikle uluslararası tahkim alanındaki değişiklikler, yabancı yatırımcıların öncelikleri arasında bulunmaktaydı.

2.Yatırım Anlaşması

Yabancı yatırımların tabi olduğu ikinci hukuki dayanak ev sahibi devlet (veya kurum veya kuruluşları) ile yabancı yatırımcı arasında yapılan yatırım anlaşmasıdır. Yatırım anlaşmasının taraflarından biri devlettir, diğeri ise yabancı yatırımcıdır. Devletle yatırım anlaşması yapan yabancı yatırımcı, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Söz konusu yatırım anlaşması, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki ilişkinin hukuki çerçevesini oluşturmaktadır. Hemen bütün yatırım anlaşmalarında iki önemli kayda rastlanmaktadır: İstikrar (*stabilization*) ve tahkim (*arbitration*)

Yatırım anlaşmalarına konulan istikrar kaydı ev sahibi devletin ulusal yatırım mevzuatında sonradan yapabileceği değişikliklere karşı yabancı yatırım ve yatırımcıyı korumak amacına yöneliktir. Örneğin yatırım anlaşması imzalanırken var olan kar ve ana sermaye transferiyle veya vergi indirimleri ile ilgili hukuki kolaylıklar veya kamulaştırmalara karşı var olan güvenceler, yatırım yapıldıktan sonra, ev sahibi devlet tarafından, egemenlik haklarına dayanarak değiştirilebilir. Bu durum genellikle ev sahibi ülkedeki rejim değişiklikleri ya da iktidarın zorunlu yollarla el değiştirmesi halinde ortaya çıkmakta ve devlet yatırımın geri dönüşünü tehlikeye sokabilecek bu tür değişiklikleri yapabilmektedir.[364] Bu durumda yabancı yatırımcının bu değişiklikler sonucunda haklarının ihlal edildiği de bir gerçektir. İşte bu noktada, devletle yatırımcı

[364] Esasında devletlerin kendi ülkesinde istediği kanunu çıkarma veya istediği değişiklikleri yapma yetkisi mevcuttur. Ancak uluslararası iki veya çok taraflı sözleşmelerle üstlenilen taahhütleri göz ardı etmemek gerekir.

arasında yapılan yatırım anlaşması önem taşımaktadır. İstikrar kaydı ile ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıya, yatırım anlaşmasındaki yükümlülükleri ihlal edecek mevzuat değişikliğini yapmamayı taahhüt etmektedir. Bir anlamda devlet koymuş olduğu bu kayıt ile yatırım anlaşmasının yapıldığı andaki yasal ve idari bütün şartları dondurmaktadır.[365]

Yatırım anlaşmalarına konulan diğer bir önemli husus tahkim kaydıdır. Uluslararası ticari ilişkiler, niteliği itibarıyla devlet yargısı yerine tahkimi gerekli kılmaktadır. Bu nedenle tahkim kaydı, yatırımcı ile devlet arasında yapılan yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Bunu, devlet yargısına güvensizlik olarak düşünmemek gerekir. Uluslararası ticari ilişkilerde, tahkimin tercih sebepleri yukarıda ele alındığı için burada ayrıca incelemeye gerek yoktur. Ticari tahkimin tercih sebepleri, yabancı yatırımlar için de aynen geçerlidir.

3.Yabancı Yatırımların Uluslararası Korunması

Yabancı sermaye bakımından yatırım yapılan ülkenin politik, ekonomik ve hukuki istikrarı büyük önem taşır.[366] Çünkü yatırımın geleceği, büyük ölçüde ülkedeki istikrara bağlıdır. Yabancı yatırımların önemli bir kısmı sanayi alanında, uzun süreli ve kalıcı yatırımlardır.[367] Bu yatırımların önünde, kamulaştırma, devletleştirme veya el koyma

---

[365] TİRYAKİOĞLU, s.171-172. Bu kayıt, devletin bu konuda artık yasama tasarrufunda bulunmayacağı ve dolayısıyla ev sahibi devletin egemenlik haklarının çiğnenmesi anlamına gelmez. Çünkü devlet yatırım anlaşmasını yaparken, anlaşmaya konulan istikrar kaydı ile o anda yürürlükte olan kendi ülkesinin mevzuatını dondurmaktadır. Yani devlet, yabancı yatırımcı ile yatırım anlaşmasını yaptıktan sonra yatırım mevzuatında değişiklik yapsa bile, bu değişiklikten halihazırdaki yatırım anlaşması değil, gelecekte yapılacak olan yatırımlar etkilenecektir. O halde, burada devletlerin egemenliğini ihlal eden bir durum söz konusu değildir; aksine, egemen olduğu için devlet böyle bir kayda yatırım anlaşmasında yer verebilmektedir. Bunu da ancak bir egemen bir güç, yani bir devlet yapabilir. Bu nedenle doğrudan yabancı yatırım anlaşmalarına konulan istikrar kaydı uluslararası hukuka ve devletin egemenlik hakkına aykırı değildir. Çünkü, bir yandan egemen bir devletin verdiği taahhütle bağlı kalması, öte yandan o taahhüdünü etkilemeyecek şekilde geleceğe yönelik olarak mevzuat çıkarması, yine söz konusu devletin egemenliğinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz: TİRYAKİOĞLU, s.171-172.

[366] Yabancı yatırımların artırılması için, hukuki, ekonomik ve siyasi istikrarla birlikte iki altın kuraldan bahsedilmektedir: Bunlardan ilki ekonomi ile ilgili kanunların beklenmedik zamanlarda ve sık sık değiştirilmemesidir. Diğeri ise, kararlar ve kanunlar değiştirilmese bile, hükümetler bu kanun ve kararlar etrafında dolanmamalıdır. Bu iki kural dikkate alındığında Türkiye'ye neden yeterli yabancı sermayenin gelmediği ve neden bizden siyasi açıdan daha istikrarsız olan Latin Amerika ülkelerine yabancı sermayenin yatırım yaptığı anlaşılabilir. Demek ki ekonomik ve siyasi istikrar yabancı yatırımcı için gerekli şarttır, ancak tek başına yeterli değildir. Bkz: ALKİN, Erdoğan, **"Büyüme, İstikrar, Yabancı Sermaye"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), Ankara, Şubat-2001, s.15. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/buyumeistikrar_yabser.doc)

[367] Doğrudan yabancı yatırımlar, ev sahibi ülkenin (yatırımın yapıldığı ülkenin) ekonomik kalkınmasına, istihdamına, teknolojik gelişmesine ve ihracata yönelik üretim yapmasına çeşitli açılardan katkıda

sonucunu doğuran bazı riskler bulunmaktadır.[368] Yabancı yatırımlara yönelik ticari veya ticari olmayan bu risklere karşı ulusal mevzuat ve yatırım anlaşmalarının yanında, uluslararası tedbirler alınması ihtiyacı doğmuştur. Özellikle kendi vatandaşı yatırımcısını korumak isteyen devletler ile Dünya Bankası gibi uluslararası bazı kuruluşlar bu konuda öncülük etmişlerdir. Yabancı yatırımların uluslararası korunmasına yönelik bu tedbirleri ele almadan önce, uluslararası ticaret ve tahkim konusunda bazı kurum ve anlaşmaların tarihsel gelişim sürecine bakmak gerekir:

a.Tarihsel Gelişim (Uluslararası Kurumlar)

Uluslararası nitelikli yatırımların korunması WTO gibi önemli bazı uluslararası kurumların oluşum süreci ile paralel gelişmiştir. Bu nedenle yabancı yatırımların korunmasını hedefleyen, GATT[369] (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması) ve WTO[370] (Dünya Ticaret Örgütü), OECD[371] (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı), Dünya Bankası[372] ve IMF[373] (Uluslararası Para Fonu) gibi uluslararası kuruluş veya anlaşmaların tarihi gelişimlerine kısaca bakmak gerekir.

GATT (*The General Agreement on Tariffs and Trade*=Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması), Birleşmiş Milletler Genel Kurulundaki sert eleştiriler yüzünden onaylanmayan 1948'de hazırlanan Havana Şartı'nın yerine geçmek üzere oluşturulmuş bir yapıdır. Dünya ticaretine öncülük eden en önemli uluslararası yapıdır. II. Dünya savaşında yaşanan sıkıntıların etkilerini yok etmek ve ülkeler arasında serbest dış ticareti teşvik etmek ve dış ticaret politikalarını düzenlemek amacıyla kabul edilen

---

bulunmaktadır. Bu tür bir yatırım yapacak olan yabancı yatırımcı çok büyük riskleri göze almak suretiyle ev sahibi ülkeye gelmektedir. Aslında, bugün ev sahibi ülkeler doğrudan yatırım türlerini tercih etmektedir. Çünkü, ev sahibi ülkenin beklentileri, ancak doğrudan yatırımlar vasıtasıyla gerçekleşmektedir. İşte bu nedenle ev sahibi ülkeler bu tür yatırımları çekmek için, onlara hukuki himaye sağlayan düzenlemeler yapmaktadırlar. Yine bu nedenledir ki, ulusal planda olsun uluslararası planda olsun korunmayı hak eden yatırım türleri doğrudan yabancı yatırımlardır. Dolayısıyla uluslararası düzeydeki çalışmalarda ve ulusal yatırım mevzuatında daha çok doğrudan yabancı yatırımları koruma ve onları teşvik etme amacı hakim olmuştur. Bkz: TİRYAKİOĞLU, s.167.

[368] Kamulaştırma veya devletleştirme gibi işlemler karşısında yatırımcı adeta *tutsak* (captivity risk) durumuna düşmektedir. Yabancı yatırımlara yapılan bu işlemlere karşı, yatırımcının kendi devletinden istediği diplomatik himaye veya askeri tedbirler uzun vadede gerçekçi ve etkili bir cevap olmamaktadır. Bkz: SASSOON, David M., **"International Investment and Dispute Settlement"** Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: Daniel FRİEDMANN/Ernst-Joachim MESTMACKER) Nomos Verlagsgeselschaft Baden-Baden, 1993, s.100.

[369] *The General Agreement on Tariffs and Trade.*

[370] *World Trade Organization.*

[371] *Organization for Economic Cooperation and Development.*

[372] *World Bank.*

[373] *International Monetary Fund.*

bu sözleşme, uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli rol oynamıştır. GATT'ın özel amaç ve temel ilkeleri şunlardır: Gümrük tarife ve ticaretin önündeki engelleri azaltmak, mal fiyatlarında denge sağlamak ve sınai ürünlerin pazarlanmasına katkıda bulunmak, en çok gözetilen ulus kaydı sayesinde bütün üyeleri arasında aynı gümrük tarife oranının uygulanmasını sağlamak, üyelerinin ulusal sanayisini sadece gümrük tarifeleri yoluyla korumasını temin etmek, üyeler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk etmek.[374]

GATT, Uruguay Turu sonucunda imzalanan Nihai senet ile değişikliğe uğramış ve Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization*=WTO)'ne dönüşmüştür. GATT ile WTO arasında önemli bazı farklar vardır: Öncelikle GATT'ın arkasında belli bir kurum yoktu, oysa WTO bir örgüt olarak faaliyet göstermektedir. İkincisi, GATT mal ticaretini konu alırken, WTO hizmet ve fikri mülkiyetin ticari yönünü de kapsamaktadır. Üçüncüsü, GATT, anlaşmazlıkların çözümünde daha az etkili olmasına rağmen, WTO daha çabuk ve etkin uyuşmazlık çözüm sistemi öngörmektedir. WTO, gelişmekte olan ekonomileri ve serbest pazara geçiş programlarını desteklemekte, ihracatın teşviki için özel yardım yapmakta, bölgesel ticaret düzenlemelerini teşvik etmektedir. WTO, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası gibi ekonomik bir çok kurum ile birlikte ulusal ve uluslararası ticaret ve ekonomi politikalarını takip etmektedir.[375]

Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund*=IMF), dünya ticaretini geliştirmek, ülkeler arasında kambiyo ilişkilerini düzenlemek, ülkelerin ödemeler dengesinde ortaya çıkan açıklarını gidermek için fon sağlamak, ekonomik krizleri önlemek amacıyla fon kullandırmak amacıyla kurulmuştur. Bu kapsamda IMF, uluslararası mali piyasalara likidite sağlamakta ve gözetimini yapmaktadır.[376] Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (*International Bank for Reconstruction and Development*), daha çok Dünya Bankası (*World Bank*) adıyla tanınmaktadır. İkinci

---

[374] KURTZ, Jürgen, **A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment,** Jean Monnet Working Paper 6/02, New York University School of Law, New York, 2002, (Erişim için Bkz: www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020601.pdf), s.5-7.; BİLGİÇ, Mete, **GATT Kuralları ve Uruguay Roundu Kapsamında Uygulanan Devlet Yardımları ve Sübvansiyonlar**, KOSGEB, Ankara, Ocak-1999, s.15-20.; **Para ve Finans Ansiklopedisi-II**, (ÖZKAN, Ahmet C., GATT-**Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması**) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996, s.693-695.

[375] KURTZ, s.7-10.; **Para ve Finans Ansiklopedisi-I**, (SÖNMEZ, Ali, **Dünya Ticaret Örgütü**) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996, s.471-476.; Ayrıca WTO'nun yabancı yatırımların gelişmesine olan ve olması gereken katkıları için Bkz: MADELIN, Robert, **"An Investment Framework For Development Needs: The WTO Contributıon",** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/10/24/2764689.pdf)

[376] **Para ve Finans Ansiklopedisi-III**, (ÖZKAN, Ahmet C., **Uluslararası Para Fonu**) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996, s.1937-1941.

dünya savaşı sonrası, zarar görmüş ülkelerin yeniden inşa edilmesi için sermaye akışını kolaylaştırmak amacıyla 1944'te kurulan Banka, daha sonra az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin kalkınmalarının finansmana kredi açmak yoluyla katkıda bulunmaktadır.[377] ICSID tahkim sistemi ve MIGA Sözleşmeleri Dünya Bankası bünyesinde kurulmuştur.

OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*-Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı) de üye ülkelerde ekonomik büyümeyi sağlamak, istihdamı artırmak ve fakat finansal dengeleri sağlayarak dünya ekonomisine katkıda bulunmak amacıyla kurulmuş olan ekonomik nitelikli bir örgüttür. Uluslararası yükümlülüklere uygun olarak dünya ticaretinin çok taraflı ve ayırımcılık yapmama temelinde gelişmesini sağlamak için politikalar geliştirmek Teşkilat'ın temel hedefidir.[378] Aşağıda ele alınacak Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (*Multilateral Agreement of Investment-MAI*) görüşmeleri Teşkilat bünyesinde yürütülmüştür

b.ICSID ve MIGA Sözleşmeleri

Uluslararası nitelikli yatırım yapan girişimciler yaptıkları yatırım sebebiyle ticari veya ticari olmayan bazı risklerle karşı karşıyadır. Ticari nitelikteki riskler her girişimcinin katlanması gereken risklerdir. Ancak ticari olmayan riskler önceden öngörülemeyen ve ticari faaliyetle ilgili olmayan risklerdir. Kamulaştırma[379], devletleştirme, savaş ve karışıklıklar, kar, tasfiye payı ve satış bedellerinin transferine izin verilmemesi, yatırım yapılan ülkenin sözleşmeden doğan talepleri yerine getirmemesi gibi sebepler[380] yabancı yatırımcıların önündeki başlıca risklerdir. Taraflar

---

[377] **Para ve Finans Ansiklopedisi-I**, (ÜÇER, Erol, **Dünya Bankası**) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996, s.467-468.

[378] THIEL, Eva, **"OECD Member Experience Wıth The Liberalisation Of Capital Movements"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/55/43/2764604.pdf); SCHUIJER, Jan, **"OECD Members' Experience With Capital Account Liberalisation And Its Relevance To Other Countries"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/10/18/2764647.pdf); **Para ve Finans Ansiklopedisi-I**, (SÜMER, Mehmet, **Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü**) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996, s.483-484.

[379] Doğrudan yatırımlar için hala mevcut olan en büyük tehdit, bu yatırımların ev sahibi ülke tarafından kamulaştırılması ve onların mülkiyet haklarının ihlal edilmesidir. Ayrıca kamulaştırma sonucunu doğuran, etkili birtakım işlemlerle de benzer sonuçlara ulaşılabilmektedir. O halde, yabancı doğrudan yatırımlar için hukuki koruma dendiği zaman ilk akla gelen, mülkiyet haklarının bu şekilde ihlal edilmesine engel olmaktır. TİRYAKİOĞLU, s.167.

[380] Daha çok *politik risk* olarak adlandırılan bu haller, söz konusu ülkenin politik sisteminin istikrarına işaret etmektedir. Bu kavram politik ve ekonomik çevreyi etkileyen bütün faktörleri kapsamaktadır.

arasında sayılan sebeplerden dolayı uyuşmazlık çıkması durumunda çözüm için ya devlet yargısına ya da tahkime başvurulacaktır. Devlet yargısı ya yatırımcının devlet mahkemesi ya da yatırım yapılan ülkenin mahkemesi olacaktır. Her iki halde de birinde verilen mahkeme kararının taşıdığı ulusal karakter sebebiyle diğer ülkede icrasının mümkün olmaması ihtimali vardır. Bu nedenle taraflar devlet yargısına sıcak bakmamaktadır. Diğer yandan öteki yol olan tahkime karşı da devletler egemenlik düşüncesinden dolayı temkinli durmaktadır. Her iki durum da yabancı sermaye yatırımlarını olumsuz etkilemektedir.[381]

Sözü edilen olumsuzlukları ortadan kaldırmak için çok taraflı iki önemli uluslararası sözleşme imzalanmıştır.[382] Bunlardan ilki Çok Taraflı Yatırım Garanti Sözleşmesi (*Multilateral Investment Guarantee Agency*-MIGA)'dır.[383] MIGA Sözleşmesi gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye ve teknoloji girişinin özendirilmesini hedeflemektedir. Çünkü gelişmekte olan ülkelerde siyasi ve sosyal istikrarsızlık riski söz konusudur. Bu ülkelerde örneğin sık hükümet değişiklikleri yüzünden önceden verilen yatırım izinlerinin sonradan iptal edilmesi ihtimali vardır. Bu amaçla Sözleşme, yatırımcıların bu tür ticari olmayan risklere karşı korunması için bir garanti fonu oluşturmaktadır.[384] Garanti Fonu, transfer sınırlaması (*transfer restriction-currency incorvertibility*), kamulaştırma (*expropriation*), politik şiddet (*political violence-war and civil disturbance*) ve sözleşmenin ihlal edilmesi (*breach of contract*) risklerini kapsamaktadır. Transfer sınırlaması, yatırımcının ev sahibi ülkeden başka bir ülkeye kar ve sermaye transfer ederken kur farkı veya ev sahibi devletin çeşitli şekillerde koyduğu engeller yüzünden uğradığı zararları ifade etmektedir. Kamulaştırma, yatırımcının yatırım sahipliğinin veya kontrolünün sürüngen kamulaştırmalar da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde sınırlandırılmasıdır. Politik

---

Yabancı yatırımın amaçları ile yakından ilgili olan, mesela, yasal çerçeve, yasalara uyum, sosyal ve siyasi faktörler, istikrarı bozan dil, ırk ve etnik farklılıklar, aşırı milliyetçilik veya yabancı düşmanlığı, sosyal kutuplaşma, şiddet ve gerilla hareketleri, radikal grupların varlığı, dış borçlar, uluslararası korumacılık, ekonomik gelişme ve ihracat gibi sebepler politik risk kavramına dahil unsurlardır. Bkz: DE CASSIO, s.228.

[381] ERTEN, s. 210.; Ayrıca Bkz: DE CASSIO, s.227-228.

[382] TİRYAKİOĞLU, s.174.

[383] Türkiye MIGA Sözleşmesi'ni 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur. R.G. 02.06.1988, S.19830. (Sözleşmenin Türkçe metni için Bkz: R.G. 06.12.1988, S.20011)

[384] ÖZTÜRK, s.362 vd.; Ayrıca Bkz: WEST, Gerald T. **Investment Insurance & Developmental Impact : Evaluating MIGA's Experience**, Herndon, VA, USA: World Bank, The Office of the Publisher, 2001, s.19.; World Bank Staff (CB), **Guide to The World Bank,** Herndon, VA, USA: World Bank Publications, 2003, s. 20-21.

şiddet, savaş, sivil müdahale, ihtilal, isyan, sabotaj ve terör hareketlerini kapsamaktadır.[385]

Uluslararası nitelikli yabancı yatırımların korunması için yapılan ve bu Çalışma'nın konusunu da oluşturan diğer uluslararası sözleşme ise Dünya Bankası öncülüğünde hazırlanan Washington Sözleşmesi (ICSID Sözleşmesi)'dir.[386] Sözleşme, ileride ele alınacağı üzere uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk ve tahkim yolları öngörmektedir.

c.İki Taraflı Yatırım (İTY) Anlaşmaları

Yatırımların korunmasına ilişkin diğer bir girişim de Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Konusundaki İkili Anlaşmalardır.[387] İki taraflı yatırım anlaşmalarının tarafları devlettir. Bir tarafta yatırımın yapıldığı devlet, yani ev sahibi devlet (*host country*), öteki tarafta yatırımcının geldiği kaynak devlet (*home country*-yatırımcının mensup olduğu devlet) vardır. Bu anlaşmalarda esas olarak, yatırımcı, yatırım, gelirler ve ülke terimlerinin tanımları, milli ve en çok gözetilen ulus kayıtları, kamulaştırma, kayıpların tazmini, transferler, halefiyet, bir taraf ile diğer tarafın yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, ikili anlaşmanın tarafı olan devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, diğer kuralların uygulanması ve özel taahhütler,

---

[385] COMEAUX, Paul E./KINSELLA, N. Stephan, **"Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance"** Dıgest Of Commercıal Laws Of The World, C.2, 1994, s.31-32.; Ayrıca başlıca bu dört risk hakkında Bkz: http://www.miga.org/screens/services/guarant/risks/risks.htm#expropriation (26.09.2004)

[386] Türkiye Washington Sözleşmesini, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun'la onaylamıştır. R.G. 02.06.1988, S.19830. (Sözleşmenin Türkçe metni için Bkz: R.G. 06.12.1988, S.20011)

[387] Türkiye, A.B.D., Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bangladeş, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Endonezya, Estonya, Etyopya, Fas, Filipinler, Finlandiya, Güney Afrika Cumhuriyeti (GAC), Güney Kore, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İran, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Katar, Kazakistan, Kırgızistan, Kuveyt, Küba, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malezya, Mısır, Moğolistan, Moldova, Nijerya, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Sudan, Şili, Tacikistan, Tunus, Türkmenistan, Ukrayna, Ürdün, Yemen, Yugoslav Federal Cumhuriyeti (YFC) ve Yunanistan ile yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları imzalamıştır. Bu ülkelerden Cezayir, Etyopya, Fas, Filipinler, Finlandiya, GAC, Hindistan, İran, İtalya, Katar, Nijerya, Portekiz, Slovakya, Sudan, Şili, Ürdün, Yemen ve YFC ile imzalanan anlaşmalar henüz onaylanıp yürürlüğe girmemiştir. Bahreyn, Malta, Mauritius, Oman, Singapur, Slovenya, Tayland ve Vietnam ile yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları imzalanması için başlayan müzakereler halen devam etmektedir. Avustralya, Birleşik Arap Emirlikleri, Fransa, Norveç ve Uruguay ile bu anlaşmaların müzakereleri tamamlanmış olup nihai metin üzerinde mutabakat sağlanmış ve imza aşamasına gelinmiştir. Bkz: GÜÇLÜ, Yücel, **Yabancı Sermaye Çekimi Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Anlaşmaları,** Erişim için Bkz: http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupe/ues-8/yabancisermaye.htm (28.05.2004)

anlaşmanın uygulanabilirliği ve yürürlüğe girme, süre, yürürlükten kalkma konuları ile ilgili hükümler yer almaktadır. [388]

[388] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.65.; ONANER, s.37-38. İTY Anlaşmaları ve İçeriği konusunu, Çalışmamız açısından öneminden dolayı, aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıca ele alınmıştır.

d.Bölgesel Anlaşmalar

Uluslar arası nitelikli yatırımlar 1980'li yıllardan itibaren dünyada hızla yayılmış ve deyim yerindeyse ticaret alanında globalleşme yaşanmıştır. Bunda hiç şüphesiz yabancı yatırımların korunmasına yönelik yukarıda saydığımız girişimlerin yanında bölgesel nitelikli ve etkin uluslararası sistemlerin etkisi görmezlikten gelinemez.[389] Bu bölgesel nitelikli sistemlerin başında Avrupa Birliği (AB) ve NAFTA gelmektedir.

AB, ekonomik ve siyasal hedefleri olan bir bölgesel bütünleşme projesidir. Ekonomik entegrasyon biçimlerini kabaca Serbest Ticaret Alanı, Gümrük Birliği, Ortak Pazar, Parasal Birlik ve Ekonomik Birlik olarak beş kategoride toplamak mümkündür. Bunlardan Serbest Ticaret Alanı ile üye ülkeler arasında mal ve hizmet dolaşımının önündeki gümrük engelleri kaldırılmıştır. Gümrük Birliği ise üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifeleri öngörmektedir. Ortak Pazarda mal ve hizmetlerin yanı sıra işgücünün dolaşımını serbest hale getirmiştir. Parasal Birlik ile ortak bir para birimi amaçlanmıştır. Nihayet sonuncusunda ise siyasi ve ekonomik birlik hedeflenmiştir. AB, şu anda dünya çapında, bölgesel nitelikli en büyük üç ticaret blokundan biridir (diğerleri APEC ve NAFTA). ve dünya toplam üretiminin üçte birinden fazlasını, dünya ticaretinin de %38-40'lık bir bölümünü gerçekleştirmektedir.[390]

---

[389] Esasında uluslararası yatırımların korunması ve teşvik edilmesine yönelik bölgesel nitelikli anlaşma ve kuruluşların ortaya çıkmasının sebebi global düzeyde bir anlaşmanın yapılamayışıdır. 1990'lı yıllara kadar bu konuda yapılan çalışmalardan sadece İTY anlaşmaları etkili bir şekilde sonuçlandırılmıştır. Bu nedenle bazı ülkeler global düzeyde gerçekleşmeyen bu nihai hedefi bölgesel olarak hayata geçirmişlerdir. GATT, AB, NAFTA, Enerji Şartı Anlaşması ve FTAAA (Free Trade Area of Americas Agreement) bu alandaki başarılı örneklerdir. Bkz:SALACUSE, Jeswald W., **Toward A Global Treaty on Foreign Investment, The Search A Grand Bargain**, 2003, s.33-34. (Erişim için Bkz: http://fletcher.tufts.edu/salacuse/pdf/globaltreaty.pdf 10.06.2004)

[390] ACAR, Mustafa, **"Sihirli Anahtar Terminatöre Karşı: Avrupa Birliği Nedir, Ne Değildir?",** Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Bilimler Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 1995, s.114-115. Ayrıca AB'nin tarihsel gelişim süreci hakkında geniş bilgi için Bkz: **Değişim ve Gelişim Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye**, (Hazırlayan:Arı Toplumsal Düşünce ve Gelişim Derneği), Ekim-2001, s.6-26. (Erişim için Bkz: http://www.gencnet.org/images/yayinlar/AB_kitapcik.pdf); 957'de Federal Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ile Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kuran antlaşma olan Roma Antlaşmasını imzaladılar. Özü itibariyle Roma Antlaşması üye ülkeler arasında gümrük tarifelerinin kaldırılmasını, üçüncü ülkelere karşı ortak tarifeler uygulanmasını, ortak bir tarım politikası oluşturulmasını, ortak ulaştırma politikası benimsenmesini, ve zaman içinde mal, hizmet ve kişilerin serbest dolaşımının önündeki tüm engellerin kaldırılmasını öngörmüştür. Bu hedefler aşamalı bir şekilde gerçekleştirilmiş, örneğin 1968'de AET'yi kuran 6 ülke arasında Gümrük Birliği sağlanmıştır. 1991'de yapılan Maastricht zirvesi ile Avrupa Birliği'ne (AB) vücut verilmiştir. Maastricht Antlaşmasıyla ekonomik ve parasal birlik sağlanması, üye ülkeler arasında tek bir para biriminin benimsenmesi gibi ekonomik hedeflere, Avrupa vatandaşlığı, ortak güvenlik ve dış politika, ortak sağlık ve kültür politikaları oluşturulması gibi sosyal hedefler de ilave edilmiş, böylece proje ekonomik olmasının yanında siyasi bir bütünleşme projesi haline gelmiştir. Yine üye ülkeler arasında mallar, hizmetler ve işgücünün serbestçe dolaşabilmesine imkan tanıyan "Tek Avrupa Pazar" süreci 1993 yılında başlatılmıştır. Tek Pazar, serbest ticaret alanı ve gümrük birliğinden sonra ekonomik bütünleşme aşamalarının üçüncü aşamasını teşkil etmekte ve kısaca malların, hizmetlerin, kişilerin ve

NAFTA (*North America Free Trade Agreement*)[391], ABD, Kanada ve Meksika tarafından büyük tartışmalardan sonra 1992 yılında imzalanan bir sözleşmedir.[392] Başlığında yatırım kelimesi bulunmamasına rağmen, Sözleşme, üye ülkeler arasındaki yatırım ve ticareti kapsamaktadır.[393] Yatırım başlığını taşıyan NAFTA'nın 11. Bölümü (*Chapter Eleven*) yatırımlarla ilgilidir. Bu Bölüm, üye ülkelerde kapital akışını kolaylaştırmak için, şunları öngörmektedir: a.Diğer bir üye ülkenin yatırımcısının ev sahibi ülkede yatırım yapmasının önündeki engellerin kaldırılması veya düşürülmesi. b.Yatırımcılar için güvenli bir yatırım ikliminin oluşturulması. c.NAFTA yatırımcısı ile ev sahibi ülke arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için uygun araçların sağlanması. 11. Bölümün A Kısmı (A Section), yatırım anlaşmasının kurulmasını, B Kısmı (B Section) ise uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenlemektedir. Birçok İTY anlaşması gibi, NAFTA da, zarar gören yatırımcıya Sözleşme şartlarının ihlalinden dolayı devletler aleyhine dava açma hakkı tanımaktadır.[394] Ayrıca NAFTA, uyuşmazlıkların çözümü için karşılaşılan ve ihtiyaç duyulan pek çok tahkim uygulaması öngörmektedir. Bunlardan en önemlisi (NAFTA'nın 11. Bölümünde düzenlenen) yabancı yatırımcı ile devlet arasında işleyen bir tahkim sistemidir.[395]

---

sermayenin serbest dolaşımı önündeki tüm engellerin ortadan kalktığı, tam anlamı ile ortak bir pazar anlamına gelmektedir. Tek Pazar esasında Topluluğun kurucu antlaşması olan Roma Antlaşmasının en temel hedeflerinden birisidir. Bkz:ACAR, s.115-116.

[391] Amerika kıtasında, yabancı yatırımların korunmasına ilişkin bu anlaşmadan başka iki önemli bölgesel anlaşma daha vardır: CUSFTA (Canada-United States Free trade Agreement) ve MERCOSUR. CUSFTA, Amerika ile Kanada arasında yapılan ve doğrudan yabancı yatırımların korunması ve geliştirilmesini amaçlayan bir anlaşmadır. NAFTA, CUSFTA'nın genişletilmiş versiyonudur. MERCOSUR ise Arjantin ile Brezilya arasında 1986 yılında imzalanan ve belirlenen zaman içinde iki ülke arasında bütün ticari engelleri kaldırma şartlarını belirleyen anlaşmadır. Daha sonra Paraguay ve Uruguay'ın da katılması ile şartlar yeniden düzenlenmiştir. MERCOSUR, yaşanan bütün tartışmalara rağmen, uluslararası ticaretin liberalleştirilmesine ilişkin başarılı bir örnektir. BLOMSTRÖM, Magnus/GLOBERMAN, Steven/KOKKO, Ari "Regional Integration and Foreign Direct Investment" Regions, Globalization, and the Knowledge-Based Economy, (Editor: Dunning, John H.) Oxford University Press, ISBN 0199250014, 2002, s.120-121.; Ayrıca MERCOSUR hakkında Bkz: TAWIL, Guido Santiago, **The Role of Arbitration and International, Regional, Subregional and Bilateral Treaties in Latin America, (=The Role of Arbitration)** 2002**,** s.11 vd. (Erişim için Bkz: http://www.ag-internet.com); MERCOSUR'un yapısı ve tarihi gelişimi hakkında geniş bilgi için Bkz: DYPSKI, Michael Cornell, **"An Examination of Investor-State Dispute Resolution under the MERCOSUR and NAFTA Regimes"**, Law and Business Review of the Americas, Winter/Spring 2002, s.217-235. (özellikle s.226-229.)

[392] NAFTA anlaşması 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[393] NAFTA gibi uluslararası ticaret anlaşmaları, ekonominin temel unsurları olan, mal, hizmet, kişi ve yatırımların serbest dolaşımına imkan vermektedir. Bkz: BISHOP, Doak R./RUSSELL, William W., **"Survey of Arbitration Awards Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement"** Journal of International Arbitration**,** 19(6), 2002, s.505.

[394] SALACUSE, s.35-36.; BISHOP/RUSSELL, s.505.; NAFTA'nın 11. Bölümü dört önemli konuyu düzenlemektedir:a.Uygulamanın kapsamı (yatırım ve yatırımcı) b.yatırımların serbestleştirilmesi, c.yatırımların korunması, d.uyuşmazlıkların çözümü. Bkz:KURTZ, s.20.

[395] MCLAREN, s.482.; Ayrıca Bkz: KURTZ, s.25-26.

e.MAI Sözleşme Taslağı

Yatırımların korunmasını hedefleyen bir diğer girişim ise Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (*Multilateral Agreement of Investment*-MAI)'dır. Görüşmeler, 1995 yılında Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı (OECD) bünyesinde gizli olarak başlanmıştır.[396] 1997 yılında OECD tarafından yatırımların etkin bir uyuşmazlık çözüm prosedürü ile birlikte en üst düzeyde korunması ve serbestleştirilmesine yönelik geniş çok taraflı bir çerçeve Taslak ilan edilmiştir. 1998 yılı sonunda dünyada oluşan büyük tepki[397] üzerine görüşmeler durdurulmuştur. Çok taraflı yatırım anlaşması bazı kesimler tarafından son derece tehlikeli bulunmuştur.[398] MAI Taslağında ulaşılmak istenen temel hedefin, yabancı yatırımların bütün boyutlarıyla ve tüm aşamalarında korunması, yabancı sermaye önündeki tüm engellerin kaldırılarak kaynakların daha etkin dağılımının sağlanması ve etkin bir uyuşmazlık çözme mekanizmasının oluşturulması olarak ortaya koyulmaktadır.[399]

---

[396] Türkiye de, Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) müzakerelerine katılmıştır. Bkz: BOZER, s.151.; Konu ile ilgili çalışmaları Hazine Müsteşarlığı yürütmüştür. Türkiye ortaya çıkan Taslak Metin üzerinde 8 farklı alanda 30 adet çekince ileri sürmüştür. Müzakereye katılan devletlerin en çok çekince koydukları alanlar şunlar olmuştur: Taşınmazlar, basın-yayın, doğal kaynakların kullanımı, kültürel hizmetler, çevre politikaları, işgücü, anlaşmanın uygulanacağı coğrafi alan gibi önemli konulardır. Bkz: ARAL, Erol/KARABULUT, Erol, **"MAI-Oyuna Yeni Kurallar"** Power Ekonomi Dergisi, Mayıs-1998, s.64 ve 68.

[397] *Küreselleşme* karşıtlarının ileri sürdüğü gerekçeleri de göz ardı etmemek gerekir. Öncelikle küreselleşme, nihai bir hedef değildir. Dünya ekonomisi yavaş gelişmektedir, bunun sonucunda da dünyada işsizlik artmakta ve fakirlik yaygınlaşmaktadır. Gelişmiş ülkelerle, gelişmekte olan ülkeler arasındaki mesafe açılmaktadır. Mali sektör yatırımları sınai sektörün önüne geçmektedir. Milli gelir içinde sermaye payı artmakta, buna karşılık ücretin payı da düşmekte, iş ve gelir güvencesi azalmakta, sendikalaşma hareketleri gerilemektedir. İşte yaşanan bu olumsuz gelişmelerin sebebi olarak globalleşme gösterilmektedir. Bu düşünce mübalağalı olabilir, ama globalleşmenin de kendine özgü sakıncaları olabilir. Türkiye de, küreselleşmenin söz konusu sakıncalarını göz önünde tutmak ve gereken tedbirleri almak zorundadır. BOZER, s.152.

[398] AKYOL, s.66-67.; Müzakereye katılan devletlerin çoğu da MAI'yi, NAFTA ve İTY anlaşmalarından daha ağır bulmuştur. Hindistan gibi bazı gelişmekte olan ülkeler, MAI şartlarını ulusal egemenlik ve ekonomik bağımsızlığa yönelik bir tehdit olarak gördüler. Ayrıca bazı hükümet dışı kuruluşların (nongovernmental organization) görüşmelerdeki etkinliği ve ABD ile Avrupa ülkeleri arasındaki çıkar çatışmaları da MAI hakkında tedirginlik doğurmuştur. Bkz: SALACUSE, s.44-45.

[399] SALACUSE, s.44-45.; TİRYAKİOĞLU, s.173.; Uluslararası yatırımların korunması ve teşviki konusunda, uluslararası standart kuralların hayata geçirilmesi konusunda en istekli devlet ABD olmuştur. Bu isteğini, GATT'ın Uruguay Turu görüşmelerinde gerçekleştirmeye çalışmışsa da, görüşmeci devletlerin sayısının fazla olması (100'den fazla) nedeniyle bunu başaramamıştır. Bu sebeple üye sayısı daha az olan OECD bünyesinde yürütülen MAI görüşmelerinde bu girişimini sürdürmüştür. ABD, yatırımlar konusunda uluslararası bir rejimi MAI ile kurmayı, daha sonra da diğer devletlerin bu anlaşmaya katılmasını sağlamayı hedeflemişti. Ancak sonunda bu da başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bkz: SALACUSE, s.42.

Taslak metinde öne çıkan unsurlar şunlar olmuştur[400]: İlki, uluslararası sermaye hareketlerine yönelik tüm sınırlamaların kaldırılması ve tüm sektörlerin uluslararası yatırımlara açılarak kar transferlerinin, yatırım miktar ve alanlarının tamamen serbest bırakılması, ikincisi, yabancı yatırımcıların ürettiği ürünlerin pazarlanmasına, üretilme biçimine ilişkin bütün olası sınırlandırmaların kaldırılması, üçüncüsü, ülkelerin kalkınma stratejileri gerektirse bile kendi yatırımcılarını özendirecek ve kısmen kayıracak herhangi bir uygulamaya gitmelerinin önlenmesi, ve dördüncüsü ise uluslararası yatırımcıların yatırım yaptıkları ülke hükümetlerini dava ve gerektiğinde tazminat talep edebilmelerini sağlamak amacıyla bir uluslararası tahkim sisteminin kurulması.[401]

Taslağın temel amacı yabancı yatırımları korumak olunca, yabancı yatırımın maruz kalabileceği en büyük tehlike kamulaştırmadır. MAI Taslağı, NAFTA gibi kamulaştırmanın tanımını yapmamıştır. Ancak görüşmelerde yapılan yorumlardan, yabancı yatırımların, kamulaştırma ile eş sonuç doğuracak işlemlere karşı korunması amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Taslak sürüngen kamulaştırmaları da kapsamına almaktadır.[402]

Bunlardan başka Taslakta, yatırım kavramı mümkün olabilecek en geniş anlamı ile ele alınmaktadır.[403] İmtiyazın tanımı yapılmakta ve veriliş prosedürüne yönelik öneriler bulunmaktadır. Anlaşmaya taraf olacak hiçbir devlet, hiçbir şekilde, yabancı yatırım ve yatırımcıyı uluslararası hukukun gerektirdiği daha düşük standartta bir muameleye tabi tutamayacaktır.[404] Yabancı sermayeli şirketler, tabiiyetinde bulundukları devlet ile olan uyuşmazlıklarının çözümü ile sınırlı olarak, başka bir devletin yatırımcısı olarak kabul edilecektir. Anlaşmaya taraf olan devletler, yatırımcılar ile olan uyuşmazlıklarının uluslararası tahkime götürülebilmesi hususunda peşinen rıza

---

[400] Müzakereler esnasında yatırımların korunması ile doğrudan veya dolaylı bağlantılı çok öneri yapılmıştır: Performans şartları, belli sayıda işçi istihdamı, ihracat hedefi, kamu hisselerinin özelleştirilmesinde uyulacak yöntemler, devlet tekellerinin işletilmesi, imtiyazın tanımı ve verilişi, yatırım teşvikleri, finansal hizmetler ve bankalarla ilgili düzenlemeler yapılan önerilere örnek olarak sayılabilir. Bkz: ALTINTAŞ, s.28.

[401] DİNÇER, Oğuzhan Cevat, **"Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement of Investment) Üzerine Bir Değerlendirme"**, Dış Ticaret Dergisi, Temmuz-1998. Makaleye ulaşmak için Bkz: (http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/tem98/coktrf.htm-16.05.2004)

[402] WAGNER, J. Martin, **"International Investment, Expropration and Environmental Protection"**, Golden Gate University Law Rewiev, Volume:29, Issue:465, 1999, s.480-481.

[403] MAI Taslağı, yatırım kavramını NAFTA'dan daha geniş ele almıştır. Hatta MAI tarafı olmayan devletin tabiiyetindeki bir şirket tarafından kontrol edilen şirketlerin yatırımlarını bile MAI kapsamına dahil etmektedir. Bkz: WAGNER, s.481.

[404] MAI Sözleşme Taslağı, birkaç istisna dışında genel olarak, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA)'nın temel öngörüleri ile aynı hususları düzenlemektedir. Bunlar genel olarak milli muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi, transfer sınırlamalarının yasaklanmasıdır. Bkz: WAGNER, s.480.

vermektedirler. Tahkim kararlarının dayandırılacağı hukuk kurallarına dair düzenleme ve farklılaştırmaya gidilmektedir. Yatırımcılara, Anlaşmaya taraf olan devletler ile olan uyuşmazlıklarının çözümü konusundaki tahkimde kullanabilecekleri birden fazla seçenek sunulmaktadır. Devletler ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar ile ilgili verilen tahkim kararlarının icrasında, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi geçerli olacaktır.[405] Ancak Taslak kabul edilmemiştir.

MAI karşıtı çevreler, Taslağı, çok uluslu şirketleri, devletlerin de üzerinde bir güç sahibi yapacak bir metin olarak görmüşlerdir. Bu çevrelere göre MAI ile siyasi ve iktisadi gücün devletlerden çok uluslu şirketlere transferi ortaya çıkacak ve bu güç transferi ile bir anlamda bireysel hakların çok uluslu şirketlere devri söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle, seçimle işbaşına gelmiş hükümetlerin kararlarında bağımsız davranması artık söz konusu olmayacaktır. Taslakta getirilen ve ülkelerin beş yıl içinde ayrılma kararı veremeyecekleri, beş yıl sonra ayrılma kararı verseler de Anlaşma kurallarına on beş yıl süre ile tabi olacakları hükmü ise muhalif çevrelerde oluşan tepkiyi artırmıştır.[406]

MAI görüşmelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasının sebeplerini şu şekilde saymak mümkündür: Öncelikle Taslak çok geniş kapsamlı ve OECD üyesi olmayan ülkeleri de potansiyel olarak önemli ölçüde etkileyecek nitelikte idi. Bu nedenle dünyada büyük tepkilerin oluşmasına sebep olmuştur. İkincisi, gizlilik sürdürülememiş ve hükümet dışı bazı kuruluşlar bu görüşmeleri ustalıkla istismar etmişlerdir. Üçüncüsü, görüşmelerde zamanlama hatası yapılmıştır. Çünkü, devletler WTO, NAFTA, Avrupa Tek Pazarı gibi ekonomik görüşmelerden henüz çıkmışlardır. Henüz bu anlaşmalarla ilgili uyum sorunu yaşanırken, MAI görüşmelerine gereken önem verilememiştir. Mesela ABD, görüşmelere alt seviyeden resmi bir görevli ile katılmış ve Başkan Clinton, şahsi politik ağırlığını ve çabasını koymamıştır. Dördüncüsü, görüşmeciler, MAI'nin yerel sanayi üzerindeki maliyetini yüksek bulduklarından sıkı pazarlıklara girişmemişlerdir. Ve nihayet, görüşmelerin teknik yönü eksik kalmıştır.[407]

---

[405] SARAÇ, s.4.; ALTINTAŞ, s.28-31.

[406] Bu Taslağa karşı çıkanların oluşturmuş olduğu çalışma grupları ve gerekçeleri için bkz: www.antimai.org (Bu internet sayfasında MAI son Taslak Metin ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Özellikle Birleşik-Metal İş Sendikası tarafından 1999 yılında yayınlanan *28 Nisan 1998 Tarihli MAI Anlaşma Taslağının Özeti ve Yorumu* başlıklı makaleye bakılabilir.) (http://www.antimai.org/kitapindex.htm); Ayrıca leh ve aleyhteki görüşler için Bkz: ARAL, Erol/KARABULUT, Erol, **"MAI-Oyuna Yeni Kurallar"** Power Ekonomi Dergisi, Mayıs-1998, s.62-70.

[407] SALACUSE, s.46-47. MAI'deki başarısızlığa rağmen, devletler yabancı yatırımlar hakkında global bir anlaşma isteğinden vazgeçmemişlerdir. Bu konuda WTO bünyesinde Doha Development Agenda adı

MAI Sözleşme Taslağı, devletleri endişeye sevk edecek hükümler içermesine rağmen yabancı yatırımların korunması açısından önemli bir girişimdir. Aslında devletler yabancı yatırımların korunması için İTY anlaşmaları yapmaktadırlar. Bu İTY anlaşmaları ile ulaşılmak istenen hedef, asgari müştereklerde uzlaşma sağlanarak, MAI benzeri çok taraflı bir anlaşma ile gerçekleştirilebilir.

II.İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARI

A.Genel Olarak

Yabancı sermayeli yatırımların korunmasına ilişkin olarak yapılan uluslararası çok taraflı anlaşmaların ve ulusal mevzuattaki düzenlemelerin yanında, önemli bir mekanizma da Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Konusundaki İkili Anlaşmalardır. Yabancı yatırımların korunmasında son 30-40 yıl içinde büyük gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmelerin sebebi büyük ölçüde geleneksel hukuk kurallarının yabancı yatırımların korunması konusunda çeşitli açılardan yetersiz kalmasıdır. Öncelikle bu kurallar (mesela sermaye transferinde yabancı yatırımcının hakları gibi) çağdaş yatırım uygulamalarını dikkate almamaktaydı. Ayrıca bu geleneksel kurallar karışık nitelikte ve farklı yorumlara imkan vermekte idi. Diğer yandan gelişmiş ülkelerin vatandaşlarının, ekonomik ve siyasi bağımsızlıklarını yeni kazanmış ülkelerdeki malvarlığının kamulaştırılması sürecindeki menfaat çatışmalarında bu kurallar yetersiz kalmakta idi. Ve nihayet yabancı yatırımcıya, ev sahibi devlete karşı etkili bir hak arama mekanizması temin etmemekte idi. İşte yabancı yatırımcının korunması konusunda bu olumsuzlukların giderilmesi için, yatırımcıların kendi ülkelerine uluslararası yeni düzenlemelerin yapılması yönündeki baskılarının da etkisiyle, ikili ve çok taraflı anlaşmalar yapılmış ve yürürlüğe konulmuştur.[408] Özellikle İTY anlaşmaları yoluyla, yabancı yatırımları koruma amacını güden devletlerin sayısı hızla artmaktadır.

Bu anlaşmalarda esas olarak, kimlerin yatırımcı sayılacağı, hangi değerlerin yatırım kabul edileceği, yabancı yatırımların nasıl korunacağı ve teşvik edileceği,

---

altında çalışmalar sürmektedir. Bkz: http://www.wto.org/ ; *WTO Yatırım Anlaşması* için yapılan öneriler için Bkz:KURTZ, s.63-72. Yazar, uyuşmazlıkların çözümü prosedürünün WTO üye devletleri ile sınırlandırılmasını teklif etmektedir. Bkz:**Aynı Eser**, s.70.

[408] SALACUSE, s.1-5. Başlangıçta sınır ötesi ticaretin gelişmesi amacıyla yapılan bu anlaşmalar, daha sonra yabancı yatırım hukukunun temellerini oluşturmuştur. İTY anlaşmalarının tarihi seyri için Bkz: **Aynı Eser**, s.5-10.

yatırımcının ev sahibi ülkede elde ettiği gelirleri kendi ülkesine transferi, yatırımın kamulaştırılması halinde yargı yolu ve tazminat ve yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolları düzenlenmektedir.[409] Yabancı yatırımlar hakkında ev sahibi devletin yaptığı kamulaştırma, hukuka aykırı müsadere veya ayırımcı işlemler gibi davranışlar yüzünden, bu anlaşmalara konulan tahkim şartı önem kazanmaktadır.[410]

İTY Anlaşmaları, yabancı yatırımcılar açısından son derece önemlidir. Bu anlaşmalar yapılmadan, yatırımcıların başka bir ülkede yatırıma girişmesi son derece zordur. Yabancı yatırımcı ile devlet arasında bir uyuşmazlık çıktığı zaman, ikili anlaşmalar yatırımcı açısından adeta can simidi haline gelmektedir. Bu anlaşmaların verdiği güven sayesinde (mesela) ülkemize yabancı yatırımcı gelebilmekte ve Türk yatırımcı başka bir ülkede yatırım yapabilmektedir.[411]

B.İTY'lerin Yapılış Amaçları

Ülkeleri, bu anlaşmaları imzalamaya sevk eden nedenler, yabancı sermayeyi teşvik etmek, sermaye ihraç eden devletlerin başka ülkelerde yatırıma yönelen kendi vatandaşı girişimcilerini korumak[412] bir taraf yatırımcının, diğer tarafın ülkesinde yapacakları yatırımlarla ilgili ekonomik işbirliğini artırmak, bu ikili anlaşmalar sayesinde gerçekleşen sermaye ve teknoloji akımı ile tarafların ekonomik gelişimini teşvik etmek, istikrarlı bir yatırım ortamı meydana getirmek ve ekonomik kaynakların en etkin biçimde kullanılmalarını sağlamak ve yatırımların adil ve hakkaniyete uygun işlemlere tâbi tutulmasını sağlamak olarak sayılabilir.[413]

İki taraflı yatırım anlaşmalarının yapılmasının amaçlarını genel olarak üç ana başlıkta toplamak mümkündür: Yabancı yatırımları korumak[414] (*protection*), yabancı

---

[409] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 65.; ONANER, s.37-38.
[410] MCLAREN, s.481.
[411] ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** s.13.
[412] ÖZBİLGİÇ, s.71.
[413] Yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair iki taraflı anlaşmalar, devletler açısından önemli yükümlülükler getirmektedir. Çünkü yabancı yatırımcı ile yaptığı yatırım anlaşmasını ihlal eden ev sahibi devlet, ayrıca uluslararası hukuka göre sorumlu tutulacaktır. Diğer yandan bu anlaşmalar, karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenlemektedir. Yani anlaşmanın tarafı olan devletler her zaman ev sahibi devlet haline gelebilir. Bu bakımdan yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı anlaşmaları özellikle ülkemiz açısından *esaret sözleşmeleri* olarak değerlendirmek doğru değildir. Bkz: TİRYAKİOĞLU, s.174-175. Burada önemli bir noktayı belirtmek gerekir: Türkiye'de yatırım yapmak isteyen yabancılar gibi, yurtdışında yatırım yapmak isteyen Türk yatırımcılar da bu ikili anlaşmaların varlığını aramaktadır. Bkz: ONANER, s.37.; SAYMAN, s.20.
[414] Neredeyse bütün İkili anlaşmalar (*Bilateral Investment Treaty*=BIT) kamulaştırmaya karşı yatırımları korumak için yapılmaktadır. Bu anlaşmaların çoğunda "dolaylı kamulaştırma" konuları da

yatırımları geliştirmek ve artırmak (*promote*) ve nihayet yabancı yatırımları serbestleştirmek (*liberalization*).[415]

Yabancı yatırımların korunmasında geleneksel uluslararası hukuk kurallarının yetersiz kalması, yabancı yatırımcının önünde belirsizlik meydana getirmekte idi. Bu nedenle, ev sahibi ülkenin yatırımlar hakkında yapacağı olumsuz kanun ve düzenleme tehdidine karşı güvence sağlamak için açık (öngörülebilir) kurallar getirmek ve etkili bir uluslararası yargılama mekanizması tesis etmek yoluyla bu belirsizliği ortadan kaldırmak ve sonuçta yatırımları korumak (*protection*), İTY'lerin yapılmasının en temel amacı olmuştur. Burada akla şöyle bir soru gelmektedir:Gelişmiş ülkeler başka bir ülkede (karşı taraf) yatırım yapan kendi vatandaşını ve yatırımını korumak amacıyla İTY anlaşmaları yapmaktadırlar. Peki yoksul ve gelişmekte olan ülkeler niçin İTY anlaşmaları imzalamaktadırlar? Bu sorunun cevabı İTY anlaşmalarının ikinci amacı olan yabancı yatırımları geliştirmek ve artırmak (*promote*)[416] cümlesinde bulunmaktadır. O da, gelişmekte olan ülkelerin kendi ülkesine gelen yabancı yatırımları, sermayenin artması ve teknolojinin kurulması aracı olarak görmesidir. Bu amacı gerçekleştirmek[417] için İTY anlaşmaları, taraflar açısından açık ve öngörülebilir kurallar temin etmekte, yabancı yatırımları kolaylaştırmakta, yatırımcının karşılaşabileceği riskleri asgariye indirmekte ve neticede yabancı yatırımları teşvik etmektedir. Özellikle uluslararası ticari bankalar ve yardım kuruluşları 1980'den sonra, yabancı yatırımları, gelişmekte olan ülkeler için, ekonomik gelişmenin hızlandırılmasının yegane aracı olarak takdim etmişlerdir. Ve nihayet İTY anlaşmalarının üçüncü amacı yatırımların serbestleştirilmesidir (*liberalization*). Bu kavram, yabancı yatırımın ev sahibi ülkeye girişini kolaylaştırmayı ve işlemleri önündeki yasal ve fiili engelleri kaldırmayı ifade etmektedir. Bu kavram yabancı yatırımların geliştirilmesi ve artırılmasından farklı amaçlara hizmet etmektedir. Çünkü, *promote*, ev sahibi ülkenin yabancı yatırımları

---

düzenlenmektedir. El koyma, dolaylı kamulaştırma ve sürüngen kamulaştırmaların kamulaştırma ile aynı sonucu doğuracağı kabul edilmektedir. İkili anlaşmalar kamulaştırmayı nadir de olsa ayrıntılı tanımladığından, uluslararası hukuk kurallarına göre bu kavramın yorumlanması gerekir. WAGNER, s.471-472.

[415] SALACUSE, s.14 vd.

[416] İTY anlaşmaları, akit devletler ile kendi vatandaş ve şirketleri arasında, diğer akit devletin ülkesinde yatırım yapmasını sağlamakla simetrik bir ilişki kurmaktadır. İTY anlaşmaları, gelişmiş ülkeler açısından kendi vatandaş ve şirketlerine yeni bir yatırım alanı imkanı doğururken, gelişmekte olan ülkeler açısından yabancı yatırımları teşvik ve artırılması girişimidir. Diğer taraftan bu ikili anlaşmalar açık ve uygulanabilir kuralları öngörmekle yabancı yatırımları korumak ve riski azaltmakla yabancı yatırımları teşvik etmektedir. Ve nihayet bu ikili anlaşmalar, sermaye ihraç eden ülke vatandaş ve şirketlerine yurt dışında yatırım yapma zorunluluğu getirmez. Bkz:SALACUSE, s.27.

[417] İTY anlaşmalarının, bu amacı büyük ölçüde gerçekleştirdiğini söylemek mümkündür. Bu anlaşmaların sayısının hızla artması (dünya genelinde ikibin civarında), ülkelerde yabancı yatırımlar lehindeki politikaları etkilediğinde şüphe yoktur.

çekebilmek amacını taşırken, *liberalization*, sermaye ihraç eden ülkeler açısından yeni yatırım iklimleri keşfetme hedefine yöneliktir.[418]

C.Yatırımcı ve Kontrol Esası Kavramları

Ulusal ve uluslararası mevzuatta çok yönlü veya geniş kapsamlı bir yatırımcı tanımına yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle yatırımcı kavramını tüm yönleriyle ve herkesi kapsayan şekilde açıklayan bir düzenleme yoktur. Tanım ve açıklamalar ülkeden ülkeye ve uluslararası birliklerin düzenlemelerinde değişkenlik göstermektedir.[419]

Türkiye'nin yaptığı İTY anlaşmalarında yatırımcı terimi, a. taraflardan birinin yürürlükteki hukukuna göre vatandaşı sayılan gerçek kişiyi ve b. taraflardan her birinin hukukuna göre kurulmuş ve idare merkezleri burada bulunan şirketleri, firmaları ya da iş ortaklıklarını ifade etmektedir.[420]

İki taraflı yatırım anlaşmalarının bazılarında kontrol esası yer almaktadır.[421] Bu esasa göre, anlaşmanın tarafı olan devletlerden birinin vatandaşı olan şirketler, aslında diğer taraf devletin vatandaşları veya şirketleri tarafından kontrol ediliyorsa yatırım uyuşmazlığı açısından yabancı olarak muamele görecektir. Aslında bu esas, ICSID Sözleşmesi'nde de bulunmaktadır. Ancak, ICSID Sözleşmesi, bu esasın uygulanmasını, yatırım sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olmasına bağlamaktadır.[422] (ICSID Sözleşmesi, m.25/2/b) Oysa, iki taraflı anlaşmalarda, kontrol esası anlaşmanın bizzat kendisinde düzenlenmektedir.

Yabancı kontrolü sebebiyle, diğer bir devletin vatandaşı gibi muamele görme esasının ICSID Sözleşmesi'ne konmasının önemli bir gerekçesi vardır: Türkiye de dahil olmak üzere pek çok devlet, yabancı sermaye ile ülkelerinde kurulmuş olan şirketleri kendi vatandaşı olarak kabul etmektedir. Bu durumda, devlet kendi vatandaşı olan bir

---

[418] SALACUSE, s.11-14.

[419] AYTAÇ, Zühtü, **"Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?"**, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ocak-2001, s. 5.

[420] SARAÇ, s.3.; FREYER, Dana H./GARFINKEL, Barry H./GHARAVI, Hamid G., **"Bilateral Investment Treaties and Arbitration"**, Dıspute Resolutıon Journal, May-1998, s.76-77.; Örnek olarak Bkz: Türkiye/Etiyopya, (29.04.2004 tarih ve 5156 sayılı Kanun'la onaylanmıştır.) R.G. 07.05.2004, S.25455.

[421] Örnekler: Türkiye/Japonya, (R.G.16.01.1993, S.21467), (m.11/3); Türkiye/İngiltere, (R.G.09.05.1996, S.22631.

[422] *Fas Cumhuriyeti* ile yabancı yatırımcı şirketler olan *Holiday Inns/Occidental Petroleum Corporation* arasındaki uyuşmazlıkta tahkim heyeti, tarafların açıkça kararlaştırmış olması halinde *kontrol esası* ilkesinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Bkz: ERTEN, s.217.

kişiye (şirket) karşı, kişi de (şirket) vatandaşı oldukları ülkeye karşı, ICSID tahkimine gidemeyecekleri için, yatırım uyuşmazlıkları Merkez'in yetkisi dışında kalmış olacaktı. Buna engel olmak için kontrol esasına göre yabancı muamele görme esası öngörülmüştür. Ancak ICSID Sözleşmesi'ne göre, bu esasın uygulanabilmesi için tarafların, bu konuda anlaşma yapmış olması (yani taraf ülke ile bu ülkede kurulan şirket arasında yabancı kontrolü sebebiyle, diğer bir devletin vatandaşı gibi muamele görme esasının taraflarca benimsenmesi) gerekir.[423]

D.Yatırım Kavramı

Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında yatırım kavramı, ev sahibi[424] taraf devletin hukukuna uygun olarak her türlü malvarlığını kapsayacak şekilde geniş ele alınmaktadır.[425] Bununla beraber, yatırım olarak kabul edilecek değerler kısıtlı (sayılı) olmamak şartıyla sayılmıştır.[426] Buna göre,

(a) hisse senetleri, sermaye hisseleri ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri,

(b) yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar,

(c) taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda ülkesinde söz konusu malın bulunduğu Tarafın kanun ve nizamlarına uygun olarak tanımlandığı şekilde ipotek, tedbir, rehin ve diğer benzer haklar gibi diğer haklar,

(d) patentler, sınai tasarımlar, teknik prosesler gibi sınai ve fikri hakların yanında ticari markalar, peştemaliye, know-how ve diğer benzer haklar,

(e) doğal kaynaklarla ilgili imtiyazları da içerecek şekilde, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları, yatırım olarak kabul edilen değerlerdir.

Ayrıca, yatırım kavramı, yatırımın yapıldığı ülke hukukuna uygun olarak yapılmış anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra yapılmış bütün doğrudan yatırımları

[423] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.66.
[424] Ev sahibi Ülke terimi, her bir tarafın toprakları ve ülke karasuları ile yargılama ve egemenlik haklarına sahip olduğu kıta sahanlığını ifade eder. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 67.
[425] NAFTA (m.1139), *yatırım* kavramını oldukça geniş tutan bir tanım yapmaktadır. Buna göre, güvenlik, borç, malvarlığı veya kar faizi, maddi veya gayri maddi mallar, ekonomik değer taşıyan varlılar, ekonomik faaliyetler ve kaynaklardan doğan yükümlüklerle ilgili her türlü girişim yatırım kavramına dahildir. Bkz: WAGNER, s.472-473.; KURTZ, s.20 vd. Ancak ICSID Sözleşmesi bir yatırım tanımı yapmamıştır.
[426] SARAÇ, s.3.

kapsamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu Anlaşma, yürürlüğe girmesinden önce vuku bulan uyuşmazlıklardan kaynaklanan taleplere uygulanmayacaktır.[427]

Yatırım uyuşmazlıkları çeşitli sebeplerle ortaya çıkabilir: Yatırımlara uygulanacak muamele, kamulaştırma ve tazminat, yatırımlarla ilgili iade ve transferler, sigorta ve halefiyet, sözleşmede üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi yatırımın bizzat kendisinden kaynaklanan sebepler ile yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında yapılmış yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili sorunlar yatırım uyuşmazlıklarının başlıca sebepleridir.[428]

E.İki Taraflı Anlaşmaların İçeriği

Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları, esasen, yatırım yapılması halinde, ev sahibi ülkede yatırımın tabi olacağı hukuki statüyü göstermektedir. Yatırım anlaşmaları bu hususta genellikle aynı tür hükümleri içermektedir.[429] Taraf devletler, kendi sınırları, dahilinde, kendi kanun ve nizamlarına uygun olarak diğer tarafın yatırımcılarının yatırımlarını koruyacaktır. Ayrıca ev sahibi devlet söz konusu yatırımın, işletilmesi, kullanılması, faydalanılması, geliştirilmesi, satışı veya olası tasfiyesini hukuka aykırı veya ayrımcı tedbirlerle engelleyemeyecektir.[430]

Bu anlaşmalar genel olarak, yabancı bir yatırımcının başka bir ülkede yatırım yapma aşamasında endişe duymasına sebep olan bazı hususlarda gerekli güvenceleri temin etmektedir. Kimlerin yatırımcı sayılacağı, hangi değerlerin yatırım kabul edileceği, yabancı yatırımın ülkeye giriş şartları, yatırımcıya getirilen ev sahibi ülkenin ulusal mevzuatına uygun davranma yükümlülüğü, yatırımın işlevselliği, transfer, eşit işlem, en çok gözetilen ulus kaydı, yatırımın kamulaştırılması halinde yargı yolu ve tazminat, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolları ve daha hızlı ve objektif işlediği gerekçesiyle uluslararası tahkim, İTY anlaşmalarının düzenlediği başlıca konulardır.[431]

İTY Anlaşmaları, hangi yatırımların[432] korunacağını, örnek olarak saymak suretiyle konu bakımından uygulama alanlarını çok geniş bir şekilde belirlemektedir.[433]

---

[427] Örnek olarak Bkz: Türkiye/İspanya, R.G. 01.12.1997, S.23187.
[428] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 67.
[429] SARAÇ, s.3.; TİRYAKİOĞLU, s.176.
[430] SARAÇ, s.3.
[431] ÖZBİLGİÇ, s.72.; SALACUSE, s.15.
[432] Şu dört unsur yatırım kavramına dahildir: Yatırımın şekli, Yatırımın ekonomik faaliyet alanı, Yatırımın süresi, Yatırımcının diğer devletlerle ilişkisi. Bkz: SALACUSE, s.16.
[433] Bu geniş tanımlamaya rağmen İTY anlaşmalarına atıf yapan bazı uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Örnek olarak Bkz: *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2, p.28-33, 52-54, ve 61-62.*

Örneğin, bu anlaşmalar, nakit sermayeden, makine-teçhizata, yönetim, lisans sözleşmeleri, hisse senedi, tahvil yatırımlarından iş ortaklıklarına ve know how'a kadar her türlü yatırımı kapsamına dahil etmiştir. Hangi yabancı yatırımın korunacağı sayılmış olmakla beraber, bu sayma tahdidi değildir, İTY anlaşmasında belirtilenlerin dışında kalan yatırım türleri de anlaşma kapsamına girebilecektir.[434] Diğer yandan İTY anlaşmaları kimlerin yatırımcı sayılacağını da tespit etmektedir. Genellikle İTY anlaşmaları, İTY anlaşmasının tarafı devlet ülkesinde yatırım yapan diğer bir taraf devletin gerçek ve tüzel kişisini yatırımcı kabul etmektedir. Ancak bu ve benzer tanımlar her zaman yatırımcıyı tanımlamaya yetmediği gibi bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Yatırımcının gerçek veya tüzel kişi olması, yatırımcının tespitinde, yer, milliyet veya vatandaşlık esasının benimsenmesi ve şirket ortaklarının farklı ülke vatandaşı olması gibi çok karmaşık sorunlar uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaktadır.[435] Burada yatırımcı tanımının geniş tutulmasının, İTY anlaşmalarının yapılış amacına daha uygun düşeceği kanaatindeyim. Ancak uyuşmazlık halinde verilecek tahkim veya mahkeme kararlarının uygulanabilirliği unsurunun da göz ardı edilmemesi gerekir.

Yabancı yatırımların ülkeye giriş şartları[436] konusunda İTY anlaşmaları, çoğu kez, yatırımcılar tarafından yapılacak olan yatırım tekliflerinin ev sahibi devlet makamlarınca (iyi niyetle) incelenmesi, sonra da söz konusu yatırıma izin verilmesi sürecine yer vermektedir. Yani ev sahibi ülkeler, yatırımcının ülkeye girişini denetlemek imkanına sahiptirler. Bu yatırım anlaşmalarının ortak özelliği, ev sahibi devlette sınırsız bir yatırım özgürlüğünü kabul etmemiş olmalarıdır.[437]

Yatırım anlaşmalarının çoğu**,** yatırımcıya ev sahibi ülkenin ulusal mevzuatına uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Mesela yatırımcı, fon transferi, yabancı personel çalıştırma, uyuşmazlıkların çözüm yolları hakkında getirilmiş şartlara uygun

---

[434] FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.75-76.; TİRYAKİOĞLU, s. 176.; ALTINTAŞ, s.25.

[435] FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.76-77.; SALACUSE, s.17. Mesela bir şirket İTY anlaşmasının tarafı ülke kanunlarına göre kurulmuş olmasına rağmen ortakları akit ülke vatandaşı olmayabilir. Ortakları akit ülke vatandaşı olmasına rağmen yatırımcı şirket akit ülke kanunlarına göre kurulmuş olmayabilir. Ya da şirket akit ülke kanunlarına göre kurulmuş olmasına rağmen ortaklarının çoğunluğu akit olmayan ülke vatandaşı olabilir. Bkz: SALACUSE, s.18. Bu halde kontrol esası ilkesinin önemi ortaya çıkmaktadır.

[436] Bu şart, yabancı yatırımların geliştirilmesi, artırılması ve serbestleştirilmesi ile ilgilidir. Aslında İTY anlaşmalarında bulunan en çok gözetilen ulus kaydı gereği yatırımların ülkeye giriş şartları açısından teoride bütün yatırımcılar için eşit ortam doğurduğu söylenebilir. Ancak uygulamada ülkelerin yabancı yatırımlar konusunda ulusal mevzuat vazettikleri ve İTY anlaşmalarının bu ulusal mevzuata atıf yaptıkları görülmektedir. Sonuç olarak İTY anlaşmaları uygulamasında hiçbir yabancı yatırımcıya, diğer bir akit devlet vatandaşına sağlanan kolaylığı vermemektedir. SALACUSE, s.30-31.

[437] TİRYAKİOĞLU, s.176.

davranacaktır.[438] Bazı İTY anlaşmaları ise, daha da ileri giderek, ulusal mevzuata uygun olmanın dışında, yatırımın ev sahibi ülkenin ulusal çıkarlarına da uygun olması şartını aramaktadır. Bazı yatırım anlaşmalarının da, yatırımın, ev sahibi ülkenin onaylanmış kalkınma planının bir parçası olması gerektiği yönünde şartlar belirledikleri de olmaktadır. Özellikle eski doğu bloku ülkelerinin yatırımlarla ilgili yaptığı anlaşmalarda bu tür şartlar öngörülmektedir.[439]

Yatırım anlaşmalarının diğer bir ortak özelliği, yatırımlara her ne kadar ev sahibi ülkenin mevzuatı uygulanacaksa da, bu uygulamanın yatırımcıya yapılacak hukuki muamele bakımından uygun ve adil (*fair and equetable*) olması gerektiğini belirlemesidir. Yani yatırımcının mülkiyet ve yargı yoluna başvurma haklarına riayet edilecektir.[440] Bu ilke, devlet uygulamaları ve farklı yorumları sınırlandıran uluslararası hukukun klasik ilkelerinden biridir. Bununla beraber, tam olarak anlamı belirlenmediği için çeşitli yorumlara açıktır.[441] Çünkü uygun ve adil davranma yükümlülüğünün asgari standartlarının içeriği tartışmalıdır. Ev sahibi devletin uygun ve adil davranma yükümlülüğünün asgari standartları konusunda literatürde ve tahkim kararlarında şu somut unsurlara dikkat çekilmektedir: a-Devletin yabancı yatırım üzerindeki işlemlerinde şeffaflık, b-Yatırımcının hukuki beklentilerine saygı gösterilmesi, c-İyiniyet.[442]

İTY anlaşmalarında devletin yabancı yatırımı şiddet olaylarından da koruyacağına ve güvenliği sağlayacağına dair hükümler konulmaktadır (*full protection and security*).[443] Bu ilke yabancı yatırımın maruz kaldığı her türlü şiddet olaylarından ev

---

[438] SALACUSE, s.18.
[439] TİRYAKİOĞLU, s.176.
[440] TİRYAKİOĞLU, s. 176.; Buna örnek teşkil edecek bir iddia *Genin - Estonia* olayında ele alınmıştır. Davacı Genin, Estonya makamlarının kendisini bezdirecek davranışlar (harassment) sergilediğini ileri sürmüşse de Heyet, bu iddiayı kabul etmemiştir. Bkz: Genin - Estonia, Award, ICSID Case No:99/2, p.374-375. *Yargılama konusu olayların özeti şu şekildedir*: ABD vatandaşı Genin ve Diğerlerinin mülkiyetinde bulunan şirketlerin, pay sahibi olduğu Estonya Innovation Bank, Estonya Merkez Bankasının açmış olduğu (başka bir devlet bankasının yerel hizmetleri ile) ilgili bir ihaleyi kazanmış ve anlaşma imzalamıştır. Ancak bir süre sonra Estonya hükümeti bu lisans anlaşmasını iptal etmiştir. Davacı bu iptalin uluslararası hukuk kuralları ve ABD ile Estonya arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini ileri sürmüşse de heyet yargılamada Estonya hükümetini haklı bulmuş ve davayı reddetmiştir. Bkz: p.30-61, 348-373 ve 385.; ICSID uygulamasından başka bir örnek için Bkz: TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:00/2, p.152-174.
[441] SALACUSE, s.19. Bunun yanında bir çok İTY anlaşmalarının asgari davranış standardı olarak uluslararası hukuk kurallarına da atıf yaptığı görülmektedir. Bkz: SALACUSE, s.20.
[442] YANNACA-SMALL, Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law" **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.118 vd.
[443] NAFTA, tam koruma ve güvenlik ilkesinin uygun ve adil davranma prensibi ile birlikte uygulanacağını öngörmektedir. (including fair and equitable treatment and full protection and security.) Bkz: TRAKMAN, Leon E., **"Arbitrating Investment Dispute Under the NAFTA**", Journal of International Arbitration, 18(4), 2001, s.386.

sahibi devletin sorumlu olacağı anlamına gelmez. Ancak ICSID uygulamasında devletin yatırımcının zarardan korunması için gayret göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu gayretin somut ölçütü ise "benzer durumda ev sahibi devlet makamlarından beklenen makul tedbirleri uygulaması" olarak ifade edilmiştir.[444]

Yatırım anlaşmalarının hemen hepsinde ortak olan bir diğer husus da eşit işlem (*national treatment*-ulusal muamele) pensibidir.[445] Bu ilke ICSID yargılamalarına da konu olmuş ve ev sahibi devletin (iki taraflı yatırım anlaşmaları ile taahhüt ettiği) yabancı yatırımcıya ulusal muamele yapıp yapmadığı araştırılmıştır.[446] Zaten eşit işlem ilkesi çoğu ülkenin yatırım mevzuatında da yer almaktadır. Örneğin, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcının eşit işlem göreceğini kabul etmiş bulunmaktadır (DYY Kanunu, m. 3/a/2)

"En çok gözetilen ulus" (*most favored nation*) kaydı da, yatırım anlaşmalarının tamamında yer alan ortak özelliklerden biridir.[447] Yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydı, bu anlaşmaların tarafı olan devletlerden birinin, başka bir devlet ile yapacağı anlaşma ile yatırımlara daha elverişli muamele sağlaması halinde, aynı elverişli muameleyi şu andaki sözleşmenin tarafı olan devletin yatırımcısına sağlamasını mümkün kılmaktadır. Yani, İTY anlaşmasının taraflarından birinin yatırımcısının tabi olduğu muamele, en çok gözetilen ülkenin yatırımcısının tabi olduğu işlemle aynı olacaktır. Böylece yatırımcılar sadece kendi ülkeleriyle ev sahibi ülke arasında yapılan İTY anlaşmasına dayanmakla kalmayacaklar, aynı zamanda yine ev sahibi ülke ile bir üçüncü ülke arasında yapılmış olan herhangi bir İTY yatırım anlaşmasına da dayanabileceklerdir. Zira, ev sahibi devlet yabancı yatırımcılar arasında ayrımcı olmayan bir işlem yapmayı taahhüt etmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu kayıt, aynı

---

[444] SALACUSE, s.19-20. Bir çok İTY anlaşması askeri karışıklık ve iç düzensizlik hallerinde yatırımcının bu yüzden uğradığı zararların ev sahibi devlet tarafından karşılanacağını belirtmektedir. Bununla ilgili ICSID yargılamasına intikal eden *Asian Agricultural Products - Sri Lanka* olayında heyet, davacıya iç karışıklık yüzünden uğradığı zararın tazminat olarak ödenmesine karar vermiştir. Bkz: SALACUSE, s.23.

[445] NAFTA'nın yatırımlarla ilgili bölümü, yabancı yatırımlar açısından iki özellik getirmektedir. Birincisi, her bir taraf ülke yabancı yatırımcı ve yatırıma kendi ulusal yatırımcısına uyguladığı muameleyi uygulayacaktır. Bu, yabancı yatırımcıya, milli muamele (m.1102:national treatment) ve en çok gözetilen ulus muamalesi (m.1103:most favored nation treatment) uygulanması sonucunu doğurmaktadır. İkincisi, anlaşma devletlere yabancı yatırımlar üzerine bazı şartlar yüklenmesine yasak getirmektedir. Mesela, devletin, yabancı yatırımcıya bazı mal ve hizmetleri belirli bölgesel veya dünya pazarlarından temin etme, belli miktarda mal ve hizmet ihracı, belirli oranda yerli mal kullanımı, ülkeye teknoloji veya mal transferi gibi şartları ileri sürmesini yasaklamaktadır. Bu iki ilke kuruluşta, birleşmelerde, sigortada, yönetimde, yürütmede, yatırımların satış veya elden çıkarılmasında da uygulanacaktır. WAGNER, s.473. (Birinci özellik olan) ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkeleri için ayrıca Bkz: TRAKMAN, s.386.

[446] Bkz:TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case No:00/2, p.152-174.

[447] BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.530.; İki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hepsinde bulunan bu ilke "daha az elverişli olmayan yatırımcı", "daha fazla müsaadeye mahzar devlet kaydı" olarak da adlandırılmaktadır.

zamanda yabancı yatırımcılar arasında eşitliği sağlamaya yöneliktir.[448] *TECMED - United Mexican States* olayında, İspanya uyruklu TECMED firması, Meksika'da yatırım yapmıştır. Çıkan uyuşmazlıkta davacı Meksika'nın diğer ülkelerle yaptığı ikili yatırım anlaşmalarındaki daha lehte hükümlerin kendisi hakkında uygulanmasını talep etmiştir. Heyet, İspanya ile Meksika arasında yapılan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydından yatırımcının yararlanacağını belirtmiştir.[449]

Yine, iki taraflı yatırım anlaşmaları "transfer" başlığı altında, başta kar ve ana sermaye olmak üzere transfer edilebilir değerleri belirleyerek, bunların transferi ile ilgili güvenceler[450] getirmektedir. Gelirler, yatırımın tamamının veya bir kısmının satışı veya tasfiyesinden elde edilen meblağlar, tazminatlar, yatırımlarla ilgili kredilerden kaynaklanan ana para ve faiz ödemeleri, diğer tarafın ülkesinde, bir yatırımla ilgili uygun çalışma izinlerini almış olan bir tarafın vatandaşlarının aldıkları maaş, ücret ve diğer gelirler ve yatırım uyuşmazlığından kaynaklanan ödemeler transfer edilebilir değerlere örnek teşkil eder.[451]

Transfer konusunda getirilen güvenceler sermaye ihraç eden ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasında menfaat çatışmasına neden olmaktadır. Çünkü sermaye ihraç eden ülkeler kendi vatandaşı olan yatırımcının elde ettiği kar, anapara vb. değerlerin kendi ülkesine dönmesini isterken, gelişmekte ve yatırımın yapıldığı ev sahibi ülke ise, yabancı yatırımcının elde ettiği kazancın yine bu ülkede başka bir yatırıma dönüşmesini istemektedir. Bu nedenle ev sahibi ülkenin fon transferi ile ilgili yasal düzenlemelerinin İTY anlaşmaları ile uyumsuzluğu yüzünden sorunlar çıkmaktadır.[452]

Yatırım anlaşmalarının ortak özelliklerinden bir diğeri de, yatırım anlaşmalarında riayet etme (*observance*) ve istikrar kayıtlarına yer verilmesidir. Yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletlerin yatırımın yapılmasından sonra ulusal mevzuatında yatırımın geri dönüşünü tehlikeye sokacak, onu hiçe sayacak birtakım değişiklikleri yapmamasını güvence altına almak için istikrar kaydına yer verilmektedir.[453] Bu

---

[448] TİRYAKİOĞLU, s. 176.; Ayrıca Bkz: ÖZBİLGİÇ, s.76.; SALACUSE, s.21. Bazı gelişmekte olan ülkelerin bazı ulusal sektörleri bu kayıttan istisna tuttukları görülmektedir. Bkz:SALACUSE, s.21.

[449] Örnek olarak Bkz: TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case No:00/2, p.180-181.

[450] NAFTA, taraf devletlerin, ulusal menfaatleri gerekçe göstererek, yabancı girişimin yatırımla ilgili yapacağı transferlere sınırlama getirmesini yasaklamaktadır. Bu transferler, ücret, kar, pay ve satış bedellerini de içermektedir. WAGNER, s.473.

[451] TİRYAKİOĞLU, s. 176.

[452] SALACUSE, s.21-22.

[453] Çoğu İTY anlaşması, yürürlük tarihinden önceki yatırımları da kapsamaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın ne zaman çıktığı bir sorundur. Ardından, iki sorun daha vardır: Devam eden uyuşmazlıklar nasıl çözümlenecek ve yatırım uyuşmalık çıktıktan sonra el değiştirmişse durum ne olacak? TAWIL,

durumda ev sahibi devlet, kendi yatırım mevzuatını bir yatırım ülkeye girdikten sonra o yatırımı tehlikeye atacak ve geriye dönüşünü zorlaştıracak şekilde değiştirirse, istikrar kaydına dayanan taraf bakımından bu değişiklik hiçbir hüküm ifade etmeyecektir. Yatırım anlaşmalarındaki riayet etme kaydı ise, ev sahibi devletin yatırımcıyla yaptığı yatırım anlaşmasından kaynaklanan bütün yükümlülüklere riayet edeceğini taahhüt etmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda ev sahibi devlet, uluslararası hukuktan doğan bir borç altına girmiş demektir. Uyuşmazlık çıktığında, sorun, tahkim veya mahkeme önüne götürüldüğünde yatırımcı bu kayıtlara dayanacaktır.[454]

Bütün İTY anlaşmaları mutlaka kamulaştırma bakımından güvenceler getirmektedir. İTY anlaşmalarındaki bu güvenceler daha sonra ICSID yargılamalarında esasa uygulanacak hukuk kuralı olarak kullanılmaktadır.[455] Burada kamulaştırma geniş anlamda kullanılmaktadır. Devletleştirme, el koymalar veya doğrudan/dolaylı olarak benzeri etkileri doğuran uygulamalar kamulaştırma gibi kabul edilmektedir. Kamulaştırmanın yürürlükteki hukuk çerçevesinde kamu yararı gerekçesiyle yapılması, ayırımcı olmaması ve mutlaka bir tazminat ödenmesi, tazminatın kamulaştırılan varlıkların tam değerini karşılaması, ödemenin zamanında ve geçerli bir para birimi üzerinden yapılması kamulaştırma konusunda genel kabul gören ilkelerdir.[456]

Burada devletleştirme, el koyma ve kamulaştırma benzeri etki doğuran uygulamalardan da söz etmek gerekir. Devletleştirme, teknik anlamdaki kamulaştırmadan farklı olup, ekonominin bir sektörünü bir bütün olarak hedef almakta ve ekonomik ve politik tercihler belirleyici olmaktadır. Ancak, bu kavram, kamulaştırmadan farklı olmasına rağmen, uluslararası yatırım hukukunda kamulaştırma başlığı altında değerlendirilmektedir. Ayrıca yabancı yatırımların kamulaştırılması başlığı altında el koyma (müsadere) denilen fiili bir durum vardır. Uluslararası yatırım

---

Guido Santiago, **"Commentary: ICSID Jurisdiction and the Request For Arbitration",** Arbitration International, Vol:18, No:3, s.278.

[454] TİRYAKİOĞLU, s. 176.

[455] Örnek olarak Bkz: TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case No:00/2, p.95-151.

[456] ALTINTAŞ, s.25.; SALACUSE, s.23-24.; Ayrıca NAFTA açısından Bkz: TRAKMAN, s.398-400.; Uluslararası yatırım hukukunda kamulaştırma hususunda öngörülen ilkeler, gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımların ev sahibi ülkelerce kamulaştırılmasında, gelişmiş ülkelerin kendi menfaatlerini esas tutan kriterlerdi. Yabancı yatırımların kamulaştırılmasında, bu gün artık, modern görüşler de ortaya çıkmaya başlamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda, gelişmiş olan ve sermaye ihraç eden ülkelerin baskısıyla kabul edilen 1962 tarih ve 1803 sayılı karar, her ülkenin kendi doğal kaynakları üzerinde sürekli egemenliği ilkesini kabul etmektedir. Bu ilkenin de etkisiyle, ortaya çıkan görüşe göre, sürekli egemenlik kavramı, devletin kendi doğal kaynaklarını kamulaştırma hakkına sahip olduğu anlamını da taşımaktadır. Devletin, kendi ülkesindeki ekonomik faaliyetler üzerinde de sürekli egemenliği vardır. Kamulaştırma kamu yararı gerekçesiyle yapılabilir, kamulaştırma yapıldığı zaman devlet herhangi bir hakkı ihlal etmiş olmaz, ancak tazminat ödemek zorundadır. Tazminatın da yatırımın değerini karşılayacak miktarda olması ve zamanında ödenmesi gerekir. Bkz: ALTINTAŞ, s.6-7.; SARAÇ, s. 2-3.; TİRYAKİOĞLU, s. 180.

hukuku terminolojisinde el koyma da, kamulaştırma genel başlığı altında ele alınmakta ve uluslararası hukuka kesinlikle aykırı olan bir kamulaştırma biçimi olarak kabul edilmektedir. Devletler bazı hallerde yatırıma, yaptırım uygulamak amacıyla tazminat ödemeksizin el koymaktadır. Bu durum da yine uluslararası yatırım hukukuna aykırı kabul edilmektedir. Bunlardan başka uluslararası yatırım hukuku terminolojisinde sürüngen kamulaştırma (*creeping expropriation*) olarak bilinen uygulamalar da görülmektedir. Devletler bu halde teknik anlamda kamulaştırma, devletleştirme veya el koyma değil ama, kamulaştırma ile aynı sonuçları doğuran işlemler yapmaktadır. Örneğin, ev sahibi devletin, yatırımcıya ağır vergi yükümlülüğü getirmesi kar ve ana para transferine hakkaniyete uygun olmayan kısıtlamalar öngörmesi kamulaştırma ile aynı sonuçları doğurmaktadır.[457]

Nihayet, uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak "tahkim", İTY anlaşmalarının vazgeçilmez ortak özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır.[458] Uyuşmazlık İTY anlaşmasının tarafı olan devletler arasında çıkabileceği gibi yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında da çıkabilir.[459] Taraf devletler arasında uyuşmazlık çıktığında, önce uyuşmazlığın uzlaşma yoluyla, eğer bu başarılamamışsa tahkim yoluyla çözüleceğine dair hükümler bulunmaktadır.[460]

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yatırım uyuşmazlığı çıkması halinde, İTY anlaşmalarının, başvurulacak kurumsal tahkim mekanizmaları konusunda başta ICSID tahkimi olmak üzere en çok ICC ve UNCITRAL tahkimini öngördüğünü, bunun dışında diğer kurumsal tahkim imkanlarına da yer verdiğini görmekteyiz. Yatırım

---

[457] TİRYAKİOĞLU, s. 179-180. ; NAFTA (m.1110) yabancı yatırımları kamulaştırmaya karşı korumaktadır. (Ancak kamulaştırmanın tanımını yapmamıştır) Buna göre, hiçbir taraf devlet kendi ülkesindeki yabancı yatırımları doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırmayacak veya devletleştirmeyecektir. Eğer devlet bu yönde bir işlem yapacaksa a.kamusal amaçla, b.ayrımcılık yapmama temelinde, c.öngörülen hukuka uygun olarak, d.uygun tazminat ödeyerek yapabilir. WAGNER, s.474.

[458] Yine NAFTA'ya göre, yatırımcı, yatırımla ilgili malvarlığını kamulaştıran ülkenin hükümetini, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için, şikayet edebilir. (ICSID sözleşmesi de aynı ilkeyi benimsemiştir.) Tahkim heyeti bu durumda NAFTA'nın ilgili hükümleri ile uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına göre karar verecektir. Eğer heyet, devletin işlemini kamulaştırma veya devletleştirme olarak görürse, zarar ve karın parasal değerini, malın iadesini, ve/veya yargılama giderlerini karara bağlayacaktır. WAGNER, s.475.

[459] Mesela Türkiye/Litvanya arasındaki İTY anlaşmasının VII. maddesi yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenlerken, VIII. maddesi akit devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü ele almıştır. Bkz:Türkiye/Litvanya, R.G.05.07.1997, S.23040. Başka örnekler için Bkz:Türkiye/ABD, m.VI ve VII. (R.G.13.08.1989, S.20251); Türkiye/Hollanda, m.8,9,10. (R.G.08.09.1989, S.20276)

[460] Tahkim ile ilgili hükümler içeren ikili anlaşmalar sadece İTY anlaşmaları değildir. Bunun yanında medeni ve ticari konularda iki taraflı *adli yardım* anlaşmalarında da hakem kararlarının tanınma ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bkz: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri,** s.524, 526.

anlaşmalarının bazen birden çok kurumsal tahkimi alternatif olarak bir arada, bazen de bunlardan sadece birini tercih ettiği gözlenmektedir.[461]

Sonuç olarak, İTY anlaşmalarındaki en önemli hususları şu şekilde toparlamak mümkündür: Yabancı yatırımın teşvik edilmesi amacına uygun olarak, yatırım ve yatırımcı kavramlarını genellikle geniş tutmaktadır. Yatırımcı tarafından yapılacak yatırım tekliflerinin ev sahibi devlet tarafından iyi niyetle değerlendirilmesini öngörmekte, buna karşılık yatırımcıya, ev sahibi ülkenin yabancı yatırım mevzuatına uygun davranması yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca İTY anlaşmaları ile, ev sahibi devlete, yabancı yatırımcıya uygun ve adil davranma, ulusal muamelede bulunma, transfer, kamulaştırma ve tazminatlarda güvence, yatırımı şiddet olaylarından koruma, yükümlülükleri öngörmektedir. En çok gözetilen ulus kaydı ile uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, İTY anlaşmalarında görülen vazgeçilmez unsurlar arasındadır.

F.Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair ikili anlaşmalarda, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yatırımın bizzat kendisinden kaynaklanan veya taraf devletler arasında çıkan İTY anlaşmasının yorumu ve/veya uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yolları da öngörülmektedir. İki taraflı anlaşmaların çoğu uyuşmazlıkların çözümü konusunda aynı içeriğe sahiptir.[462]

İTY anlaşmalarının bazılarında "yatırım uyuşmazlığı" tanımı, genel ifadelerle yer alırken[463] bazılarında ayrıntılı tanımlanmıştır.[464] Ev sahibi devlet ile diğer tarafın bir

---

[461] FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.77.; İki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hepsinde "daha az elverişli olmayan ulus" kaydı yer almaktadır. Bu kayıtlar, Türkiye ile İki taraflı yatırım anlaşması imzalamış ve yürürlüğe koymuş devletlerin yatırımcıları açısından, yabancı yatırımcı ile Türkiye arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, hemen hepsinin ICSID, ICC, veya UNCITRAL hükümlerinden birinin uygulanarak tahkim yoluyla çözümlenmesine imkan veren bir sonuç doğurmaktadır. Bkz: BİRSEL, **Enerji Yatırımları,** s.113-139.

[462] Öngörülen uyuşmazlık çözüm şekillerine göre iki taraflı anlaşmaları üç grupta değerlendirmek mümkündür: Birinci gruptaki anlaşmalar, uyuşmazlığın ICSID Sözleşmesi usul ve kurallarına göre çözülmesini öngörmektedir. İkinci grupta uyuşmazlığın, devlet yargısı veya belirtilen tahkim mahkemelerine götürülmesini düzenleyen anlaşmalardır. Üçüncü grupta ise, çözüm yöntemi olarak herhangi bir usul öngörmemiş veya özel bir usule yer vermiş olan anlaşmalar bulunmaktadır. Bkz: ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.396 vd.; Hatta bazı İTY anlaşmaları, yatırım uyuşmazlığını, kamulaştırmalardan kaynaklanması ile sınırlamaktadır. Mesela, Çin ile Gana arasındaki İTY anlaşmasında kamulaştırma bedeli olan tazminat miktarından dolayı tahkime gidileceği kararlaştırılmıştır. Çin ile Singapur arasındaki İTY ise, kamulaştırma ve devletleştirme (ve aynı sonucu doğuran işlemler) karşılığı olan tazminat miktarından doğan yatırım uyuşmazlıkları için tahkim öngörmektedir. FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.76.

[463] Mesela Türkiye/İsviçre arasında yapılan İTY anlaşmasında "işbu anlaşma ile verilen bir hakkın veya yükümlülüğün çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ortaya çıkan uyuşmazlık" olarak tanımlanmıştır. Bkz:Türkiye/İsviçre, m.8/1. (R.G.06.10.1989, S.20304)

yatırımcısı arasında, yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar, yatırımcı tarafından ev sahibi tarafa ayrıntılı bilgi içerecek şekilde yazılı olarak bildirilecektir. Yatırımcı ve ilgili taraf, uyuşmazlıkları, mümkün olduğunca iyi niyetle, karşılıklı görüşme ve müzakereler yoluyla çözümlemeye çalışacaklardır.[465] Eğer uyuşmazlıklar, yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay[466] içinde, bu yolla çözümlenemezse, uyuşmazlık, yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mercilere sunulabilir[467]:

Ülkesinde yatırım yapılmış bulunan Tarafın Yetkili Mahkemesi veya Tahkim Heyeti, veya,

Her iki Tarafın da imzacı olmaları halinde, Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi ile kurulmuş olan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID),

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir tahkim heyeti (UNCITRAL).

Eğer uyuşmazlık tahkime götürülür ise verilen tahkim kararı, uyuşmazlığın tarafları için kesin ve bağlayıcı niteliktedir. Her bir taraf, verilen kararı, ulusal hukuku çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü tutulmaktadır.

İTY anlaşmaları, söz konusu bizzat İTY anlaşmasının yorumu veya uygulaması ile ilgili her türlü uyuşmazlığa[468] tarafların iyi niyet ve işbirliği ruhu içinde, çabuk ve adil çözüm arayacaklarını öngörmektedir. Bunun için taraflar, çözüme ulaşmak için doğrudan ve anlamlı görüşme yapacaklardır. Eğer taraflar, (aralarında uyuşmazlığın

---

[464] Bir akit tarafın yabancı yatırım makamlarınca diğer akit tarafın yatırımcısına verilen yatırım izninin yorumlanması veya uygulanması ilgili uyuşmazlıklar ve bir yatırımla ilgili işbu anlaşmada verilen veya onaylanan herhangi bir hakkın ihlali (iddiaları) yatırım uyuşmazlığıdır. Örnek olarak Bkz: Türkiye/Avusturya, m.9/1. (R.G.10.02.1991, S.20782); Türkiye/Danimarka, m.8/1. (R.G.27.05.1992, S.21240)

[465] FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.75-76.; *Azurix - Argentine* olayında, heyet, Arjantin ile ABD arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasındaki iyi niyetli bir şekilde karşılıklı görüşme ve müzakereler yoluyla çözüm arayışına girilip girilmediğini araştırmıştır. Sonuçta, davacı Azurix şirketinin, uyuşmazlığın çözümü için görüşme ve müzakere girişiminde bulunduğunu ancak çözümün sağlanamadığını tespit etmiştir. Bkz: *Azurix - Argentine, Decision,* ICSID Case No:01/12, p.55. (*Dava konusu olaylar özetle şu şekildedir*: ABD uyruklu Azurix şirketi, Arjantin kanunlarına göre kurulmuş iki yavru şirketi aracılığı ile, Arjantin'de özelleştirilen içme suyu ve kanalizyon hizmetleri konusunda imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır. Daha sonra ödeme konusunda uyuşmazlık çıkmış ve Azurix, ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır. p.19-22, Heyet, Arjantin'in itirazlarını reddederek, kendisinin yargılama konusunda yetkili olduğunu, şirketin kötü niyetli işlem yapmadığını ve ICSID yargılamasının Arjantin ile ABD arasında yapılan BIT hükümlerine ve uluslararası hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. p.102.)

[466] Buradaki altı aylık süre ve tahkim mercileri çoğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında bulunmaktadır. Örnek olarak Bkz: Türkiye/Kazakistan, m.7/2 (R.G.11.02.1995, S.22199); Türkiye/Türkmenistan, m.7/2 (R.G.15.01.1995, S.22172); Bazılarında bu süre üç aydır. Mesela, Türkiye/Romanya, m.6/2 ve 3 (R.G.16.07.1994, S.21992). Bazı Anlaşmalarda ise süre bulunmamaktadır. Mesela, Türkiye/Kore, m.10 (R.G.16.07.1994, S.21992).

[467] FREYER/GARFINKEL/GHARAVI, s.77.; TAWIL, **The Role of Arbitration,** s.10.

[468] Yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlık değil.

başladığı tarihten itibaren altı ay[469] içinde) bu yöntemle uzlaşmaya varamazlarsa, uyuşmazlık herhangi bir tarafın talebi üzerine, üç üyeli bir tahkim heyetine[470] götürülebilecektir. Söz konusu hakemlerin tespiti konusunu da düzenleyen ikili anlaşmalar genellikle her bir tarafın, birer hakem tayin edeceğini, bu iki hakemin de üçüncü ve tarafsız bir başkan seçeceğini, seçemezlerse, bu seçimin yapılması için Uluslararası Adalet Divanı'nın Başkanından bu tayini yapmasının talep edilebileceğini öngörmektedirler.[471]

G.İTY Anlaşmalarının Değerlendirilmesi

Uluslararası nitelikli yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair İTY anlaşmalarında öne çıkan noktaları şu şekilde özetlemek mümkündür: Öncelikle bu anlaşmalar yabancı yatırımların korunmasını ve teşvik edilmesini hedeflemektedir. Çünkü, ev sahibi devletin güçlü konumda bulunmasına karşı, yatırımcının menfaatlerini korumak için yatırımın yapılacağı/yapıldığı ülkeye yükümlülükler öngörmektedir. Diğer yandan yatırımcıya sağlanan bu himaye sayesinde, yabancı yatırımların artması amaçlanmaktadır.

İTY anlaşmalarında öne çıkan bir diğer nokta, bu anlaşmalarda yatırımlara uygulanacak muamele, kamulaştırma ve tazminat, yatırımlarla ilgili iade ve transferler, sigorta ve halefiyetlerle ilgili olarak yatırımı ve yatırımcıyı koruyan güvenceler yer almaktadır. Ayrıca yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile yatırım anlaşmasının yorumu ve/veya uygulanması ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi hususları bulunmaktadır.[472]

İkili anlaşmalarda, genellikle, devlet yargısı yolu tahkim yargısının yanında alternatif bir seçenek olarak öngörülmektedir. Ancak yatırımcılar, devlet yargısında

---

[469] Bu süre bütün İTY anlaşmalarında aynı değildir. Mesela Türkiye/İsviçre arasındaki İTY anlaşmasında bu süre on iki aydır. Bkz:Türkiye/İsviçre, m.9 (R.G.06.10.1989, S.20304)

[470] Bu tahkim heyeti ad hoc niteliktedir. Bkz:SALACUSE, s.24.

[471] Örnek olarak Bkz:Türkiye/Avusturya, m.10. (R.G.10.02.1991, S.20782)

[472] Türkiye ile Almanya arasında 1962'de imzalanan İki Taraflı yatırım anlaşmasında, anlaşmanın yorumu ve uygulanmasından çıkan ve Devletler Genel hukuku alanına giren uyuşmazlıklar hariç, yatırımdan doğan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime başvuru yolu öngörülmemiştir. Ancak Anlaşmada bulunan "daha az elverişli olmayan yatırımcı" kaydı, taraflardan biri ile diğer tarafın yatırımcısı arasında çıkacak yatırım uyuşmazlıklarının, ICSID Sözleşmesi, ICC veya UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanarak tahkim yoluyla çözümlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bkz: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.529.

yargılama sürecinin uzun sürmesi sebebiyle uluslararası tahkimi tercih etmektedir.[473] Ayrıca tahkimde seçilen hakemlerin bu alandaki uzmanlığı özel bir tercih sebebi olmaktadır.

Türkiye yatırımların korunması ve teşviki konusunda çok sayıda devletle anlaşma imzalamış ve bunları onaylamıştır. Bu çerçevede, Türkiye'de yatırım yapan yabancı bir yatırımcı, devlet ile aralarında çıkabilecek yatırım uyuşmazlığı için uluslararası tahkime gidebilecektir. Mesela *PSEG/NACC/Ilgın* girişiminin Türkiye'ye karşı başlatmış olduğu ICSID tahkim yargılamasının hukuki dayanağını, Türkiye ile ABD arasında imzalanan İTY anlaşması (ve yatırım sözleşmesi) oluşturmuştur. Yargılama için başvurulabilecek tahkim mercileri ise, ICSID, UNCITRAL veya ICC Tahkim Kuralları gereği oluşturulacak tahkim kurullarıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu bazı İTY anlaşmalarında, tahkim, zorunlu ve otomatik bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak kabul edilmiştir. Bu anlaşmalara göre taraflar arasında bir yatırım uyuşmazlığı çıktığı zaman, yatırımcı tahkim kurumuna başvurursa, yatırım yapılan devlet, bu tahkim kurumunun yetkisini kabul edecektir. Çünkü devlet, bu söz konusu tahkim kurumunun yargılama yetkisini, İTY anlaşması ile peşinen kabul etmiş bulunmaktadır.[474]

Türkiye'nin imzalamış olduğu İTY anlaşmalarında tahkimle ilgili olarak düzenlenen önemli konulardan biri de uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur. Bu anlaşmalarda yabancı yatırımcı ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıkta ev sahibi ülkenin hukuku uygulanacaktır. Hatta bunun öngörülmediği anlaşmalarda dahi, devletler bu uygulamanın varlığını zımni olarak kabul etmektedir.[475] Aslında ICSID hükümleri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği durumlarda (uluslararası hukukun uygulanabilir ilkeleri ile birlikte) ev sahibi ülkenin hukukunun uygulanacağını öngörmektedir (ICSID, m.42).

[473] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 80.; ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması,** s. 400.; ÖZBİLGİÇ, s.72.
[474] Bu hükümler Türk iç hukukunda emredici niteliktedir. Bkz: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri,** s.525.
[475] ÖZBİLGİÇ, s.74.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMALIKLARININ ICSID TAHKİMİ YOLUYLA ÇÖZÜMÜ VE TÜRKİYE

I.GENEL OLARAK ICSID TAHKİMİ

Uluslararası ticari ilişkilerin pürüzsüz işleyebilmesi için etkili bir çözüm mekanizması hayati önem taşımaktadır. Aslında uluslararası nitelikli bir çok kuruluşun, anlaşmazlıkların çözümünde kullandığı diplomatik bir çok araç vardır. Ancak bu araçlar çoğu kez, devletler arasındaki güç dengesizliği sebebiyle, anlaşmazlıkların çözümünde güvensiz veya uygunsuz olmaktadır. Dünyada yeknesak ve çok taraflı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının olmaması yüzünden bu durum, özellikle küçük devletler için özellikle önem arz etmektedir.[476]

Bu olumsuzlukların giderilmesi ve özel mülkiyetin gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere akışını artırmak için Dünya Bankası öncülüğünde bir sözleşme hazırlanmıştır.[477] ICSID Sözleşmesi olarak da anılan bu Sözleşme, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının çözümü için bir Merkez (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*-ICSID) kurmaktadır. Washington Sözleşmesi 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[478] ICSID Sözleşmesi, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi araç[479] ve tehdit unsuru olmaktan çıkararak uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini dengeleyen bir platformda çözüm sağlamayı hedeflemektedir.[480] Bunun için Sözleşme tarafların karşılıklı anlaşmasını sağlamak üzere arabuluculuk (*conciliation*) ve uyuşmazlığın çözümü için tahkim (*arbitration*) öngörmektedir.

Yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine olan güvensizliği ve tereddüdü, ICSID tahkim sistemi ile giderilmiş ve yatırımcıya, devlete karşı hukuki

---

[476] HOEKMAN, Bernard M./KOSTECKİ, Michel M., **The Political Economy of the World Trading System**, Oxford University Press, (ISBN 019829431X), 2001, s.74.

[477] SASSOON, s.101-102.; ICSID tahkim sisteminin hazırlık aşamalarının tarihi gelişimi hakkında için Bkz: REISMAN, W. Michael, **Systems of Control in International Adjuction and Arbitratıon-Breakdown and Repair,** Duke University Press, Durhaim and London, 1992, s.46-47.

[478] Türkiye Sözleşme'yi 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun'la onaylamıştır. R.G. 02.06.1988, S.19830. Sözleşmenin Türkçe metni için Bkz: R.G.06.12.1988, S.20011. Türkiye Onay Belgesini 03.03.1989 tarihinde Merkez'e bildirmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 02.04.1989 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. Bkz:GÜNUĞUR, s.337.

[479] Kapitülasyonlar, diplomatik korumacılık, Calvo Şartı, Drago ve Monroe doktrinleri yatırım uyuşmazlıklarını politik araç haline getiren yaklaşımlardır. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.13.

[480] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, s. 27.; NOMER/EKŞİ /GELGEL, s. 52.

eşitlik sağlayan bir ortam sunulmuştur. Aynı şekilde ev sahibi devlete de hem yabancı sermayeyi çekmek hem de kendi menfaatlerinden[481] taviz vermeyeceği bir mekanizma imkanı verilmiştir. Taraflar arasındaki bu menfaat eşitliği, tahkime başvuru, tahkim heyetinin oluşumu, kararın icrası gibi tahkim yargılamasının bütün aşamalarında temin edilmiştir.[482]

ICSID Sözleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde, yatırımcının, kendi devletinden diplomatik koruma talep etmeden, uluslararası platformda, tahkim yargılamasına doğrudan katılımını sağlamaktadır.[483] Örneğin Türkiye, dışarıdan gelen bir yatırımcıyla uyuşmazlığa düşerse, yabancı yatırımcı Türkiye ile olan anlaşmazlığında kendi devletini taraf olarak uyuşmazlığın çözümüne davet edip diplomatik koruma[484] talebinde bulunamayacaktır.[485]

Merkezin tahkim hizmetlerinden yararlanmak tamamen tarafların rızasına bağlıdır. ICSID tahkimine gitme iradesi Sözleşme tarafı devlet[486] ile diğer Sözleşme tarafı devlet yatırımcısı arasında imzalanan yatırım sözleşmesinde yer alabileceği gibi, devletler arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmalarında da önceden kararlaştırılabilir. Son zamanlarda, NAFTA ve MERCOSUR gibi çok taraflı bölgesel yatırım ve ticaret anlaşmalarında, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde ICSID önemli bir mekanizma olarak yer almaktadır.[487] ICSID arabuluculuk veya tahkim yargılama sürecini hem devlet hem de yatırımcı başlatabilir. Ancak uyuşmazlık konusu olaylarda genellikle bu süreci yatırımcının başlattığı görülmektedir.[488]

---

[481] ICSID Sözleşmesi, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, devletlerin egemenlik endişelerini de göz önünde bulundurmuştur. ICSID'e gitmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi (ICSID, m. 26/2), anlaşmazlığa uygulanacak hukukun serbestçe belirlenmesi (ICSID, m. 42) ve diplomatik korumacılık (ICSID, m. 27/1) gibi maddeleri yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü politik bir araç olmaktan çıkararak, yabancı yatırımcı ve gelişmekte olan ülkelere, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde dengeli bir mekanizma sağlamaktadır. EMEK, **Kamu Hizmeti**, s.14.

[482] NOMER/EKŞİ /GELGEL, s.53.

[483] REISMAN, s.47.

[484] ICSID tahkim sistemi bünyesinde alınabilecek herhangi bir kararın, karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, Sözleşme çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir taraf devlet, anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına *diplomatik koruma* uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz. Uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırma amacına yönelik gayri resmi diplomatik girişimler diplomatik koruma sayılmaz. (ICSID, m.27)

[485] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.14. Diplomatik koruma bazen savaş sebebi olabiliyordu. Bunun tipik bir örneği "Jecker" davasıdır. Meksika Devleti bir İsviçre-Fransız Bankasıyla kredi sözleşmesi imzalamış ve bu kredinin belirli bir kısmını kullanmıştır. Fransa, Meksika'nın bu krediyi geri ödememesini bahane ederek, 1861-1862 yıllarında Meksika'ya askeri müdahalede bulunmuştur. Bkz: **Aynı Eser**, s.14.

[486] ICSID üyeliği bütün ülkelere açıktır. Dünya Bankası bünyesindeki diğer kuruluşlarda olduğu gibi IMF veya Dünya Bankası üyesi olmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Bkz: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.51.

[487] EMEK, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, s.27.

[488] NOMER/EKŞİ /GELGEL, s.53.

ICSID, her ne kadar uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tesis edilmişse de Sözleşme'de yatırım ve yatırım uyuşmazlığı tanımı yapılmamıştır. Ancak, yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair yapılan İTY anlaşmalarında hangi yatırımların anlaşma kapsamına girdiği ve hangi uyuşmazlıkların yatırım uyuşmazlığı olacağı belirtilmektedir.[489]

Bugüne kadar, 165 başvuru kayda alınmıştır**.** Bunlardan 86'sı sonuçlanmış[490] ve 79'unun yargılaması devam etmektedir.[491] Yapılan başvurularda başlıca uyuşmazlıkların tarım, bankacılık, inşaat, enerji, sağlık, sanayi, madencilik ve turizm gibi konularda olduğu görülmektedir.[492]

Sonuç olarak, Dünya Bankası bünyesinde kurulan ICSID (Merkez), doğrudan yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız ve güvenilir bir tahkim uygulaması öngörmektedir. Ayrıca Merkez, yabancı yatırımcıların (söz konusu) endişelerini gidermek ve onları başka ülkelerde yatırıma teşvik etmek ve aynı zamanda ev sahibi devletin yatırıma yönelik olumsuz girişimlerini (kamulaştırma vb.) azaltmayı hedeflemektedir.

II.ICSID TAHKİMİNİN AYIRICI ÖZELLİKLERİ

Uluslararası ticari tahkimler genellikle şu üç özelliği bünyesinde barındırır: Tahkim prosedürünü yöneten kuralların varlığı, verilen tahkim kararlarının ulusal hukuk sistemleri tarafından gözden geçirilmesi ve nihayet tanıma ve tenfiz için uluslararası sözleşme kurallarının dikkate alınması. Ancak ICSID Sözleşmesi tahkim sistemi, kendi kendine yeten (*self-contained*) ve ulusal hukuklardan bağımsız (*autonomous*) bir mekanizma kurmuştur.[493]

ICSID, aşağıda belirtilen özellikleriyle diğer tahkim kurumlarından farklılıklar taşımaktadır.[494] Öncelikle, ICSID, uluslararası bir sözleşmeyle kurulmuştur. İkincisi, ICSID, uyuşmazlıkları çözen bir örgüt olarak faaliyet göstermenin yanında, Dünya

---

[489] GİRAY, F. KEREM, **"Türkiye'nin Taraf Olduğu İki taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarında Öngörülen İhtilafların çözüm Yolları"**, Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, MHB, Sayı:1-2, İstanbul, 2000, s. 224.
[490] Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm (26.09.2004)
[491] Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm (26.09.2004)
[492] Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/ (26.09.2004)
[493] GIARDINA, Andrea, **"ICSID: A Self-contained Non-National Review System"**, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization and Uniformity" (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors:R.Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993, s.200.
[494] BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s. 531.

Bankası bünyesinde uluslararası düzeyde ekonomik yapılanmayı teşvik eden, uluslararası bir kuruluştur.[495] Üçüncüsü, ICSID Tahkim Kuralları, ICSID Sözleşmesinde yer alan uluslararası hukuk kurallarının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. İç hukuk ve mahkemelerin etkisinden hiç bir zaman soyutlanmayacak ticari tahkimden farklı olarak, ICSID, iç hukuktan bağımsız ve kendi kendini yöneten bir sistemdir.[496] ICSID Sözleşmesiyle, önsözünde de belirtildiği gibi, "tahkim kararına uymayı gerektiren bağlayıcı bir anlaşma tesis edilmiştir. Bu nedenle ulusal mahkemelerin görevi, ICSID tahkim kararlarının tanınması ve icrasını sağlamaktır.[497] Dördüncüsü, ICSID Tahkimi mecburi bir tahkim yoludur. Taraflar ICSID Tahkimini seçme konusunda iradelerini ortaya koydukları andan itibaren tek taraflı olarak bu tahkim yolundan vazgeçme imkanı da sona erer. Yani Sözleşme, uyuşmazlığın tarafı olan devletin de, ICSID'e gitme konusunda rızasını beyan ettikten sonra, yargılamanın seyrini olumsuz etkilemesine mani olmaktadır. Beşincisi, ICSID Sözleşmesine göre verilen tahkim kararları, icrası istenilen ülkelerin mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınacak ve uygulanacaktır.[498] (ICSID, m. 54/1)

ICSID sisteminin ayırıcı bir diğer özelliği de Merkez'in bizzat kendisinin arabulucu ve hakem olarak hareket etmemesidir. Merkez, uyuşmazlığın taraflarına hakemlerini veya arabulucularını belirleme imkanı sağlayan özel nitelikli kişilerden oluşan bir panele sahiptir.[499]

Ve nihayet ICSID tahkim sisteminin en temel özelliği, özel yatırımcının menfaatleri ile ev sahibi taraf devletin menfaatleri arasında hassas bir denge (*delicate*

---

[495] REISMAN, s.46.; Merkez'in faaliyetleri tamamen gönüllülük esasına dayanır. Merkez sadece taraflara ararlarındaki uyuşmazlığın çözümü için bir zemin hazırlamaktadır. Diğer yandan Dünya Bankası, kendi üyelerine ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmaları için hiçbir zaman baskı yapmamış ve üyeleri ile olan ilişkilerini Sözleşme'ye taraf olma ile ilişkilendirmemiştir. Bkz: SASSOON, s.103.

[496] ICSID Tahkim sisteminin, kendi mevzuatı ve kendi içtihatları vardır. ICSID hakem kararlarının alınması, tanınması ve tenfizi ile hakemlerin atanması yöntemleri tamamıyla ICSID mevzuatı içerisinde mütalâa edilmesi gerekmektedir. Yani iç hukuk içtihatları ile ICSID kuralları yorumlanamaz. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.13.; Ayrıca Bkz: DE CASSIO, s.231.

[497] Dünyada, iç hukuk bakımından doğrudan bağlayıcılığı olan tek tahkim sistemi, ICSID Tahkim sistemidir. Bkz: ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, s.10-11.

[498] Uluslararası ticari tahkim kararlarının tanınması ve tenfizinde bazı karmaşıklıklar ve zorluklar yaşandığı herkes tarafından bilinmektedir. Her ne kadar NY Sözleşmesi tanıma ve tenfiz konusunda iyi bir sistem getirmişse de uygulamada bir bütünlüğün sağlandığı söylenemez. Çünkü, tenfizin istendiği ülkenin genellikle uyuşmazlığın esası ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Böylece verilen karara, ulusal inceleme prosedürü, istenen sonuca götürmemektedir. İşte bu noktada ICSID tahkim sistemi kararların tanıma ve tenfizinde diğer tahkim mekanizmalarından farklılık göstermektedir. Bkz: GIARDINA, s.201.; Ayrıca Bkz: CHUKWUMERİJE, Okezie, **Choice of Law in International Commercial Arbitration,** Westport, CT, USA: Greenwood Publishing Group, Incorporated, 1994, s 18.

[499] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 53.; ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.352.

balance) kurmuştur.[500] Sözleşme bu yönü ile yabancı yatırımlara iyi muamelenin kurallarını belirleyecek olan çok taraflı düzenleme çabaları açısından son derece ilginçtir.[501]

Sonuç olarak, ICSID, devletlerle diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için özel bir tahkim sistemi getirmiştir. Bu sistem, yukarıda sayılan özellikleriyle diğer tahkim sistemlerinden farklılıklar taşımaktadır.[502] Bununla beraber tahkimin temel özelliği olan tahkim heyetinin taraf iradesine göre oluşması prensibi ICSID tahkimi için de geçerlidir.[503]

III.ICSID TAHKİM SİSTEMİ

A.Organlar

ICSID Sözleşmesi ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir Uluslararası Merkez kurulmaktadır. Merkezin amacı, ICSID Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak Sözleşme'nin tarafı devletlerle, diğer sözleşmeci devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümü için kolaylıklar sağlamaktır (ICSID, m.1). Merkez Dünya Bankası bünyesinde kurulmuştur. Merkez'in bu yerleşim yeri, İdari Konsey'in 2/3'lük çoğunluk kararı ile değiştirilebilir (ICSID, m.2). Merkez'in organ yapısı, bir İdari Konsey, bir Sekreter, bir Arabulucular ve bir Hakemler Paneli'nden oluşmaktadır (ICSID, m.3).

1.İdari Konsey

---

[500] Yatırımcı ile devlet arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü, uluslararası ticari tahkim sisteminden farklılıklar arzetmektedir. Çünkü yatırım uyuşmazlıklarının özünü genellikle, devletin kamu yararı gerekçesiyle aldığı tedbirler oluşturmaktadır. Bu nedenle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün daha fazla şeffaflaştırılmasına yönelik uluslararası alanda çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Bu konudaki çalışma ve öneriler için bkz: YANNACA-SMALL, Katia, "Transparency and Third Party Participation in Investor-state Dispute Settlement Procedures", **International Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.9-42

[501] SASSOON, s.102.

[502] LEGUM, Barton, **"Trends and Challenges in Investor-State Arbitration"**, Arbitration International, LCIA,Vol. 19, No. 2, 2003, s.143 vd., ICSID Tahkim sistemi NAFTA ile beraber, devletler ile diğer devlet vatandaşları (yatırımcı) arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olan farklı bir sistemdir. Bkz: Aynı Eser, s. 144.

[503] CHATTERJEE, C., **"The Reality of The Party Autonomy Rule In International Arbitration"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(6), 2003, s.553.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 53.

İdari Konsey, ICSID Sözleşmesinin tarafı olan her devletten gelen birer temsilciden oluşmaktadır. Temsilcinin bu görevi yerine getiremediği veya toplantılara katılamadığı durumlarda yardımcısı temsilci olarak hareket eder. Sözleşmeci devlet, idari konsey için özel bir atama yapmadığı takdirde, her bir devlet tarafından Dünya Bankası için atanmış olan guvernör (managing director) veya guvernör yardımcısı, konsey'de temsilci veya temsilci yardımcısı olacaktır (ICSID, m.4). Dünya Bankasının başkanı otomatik olarak İdari Konseyin de Başkanlığını yürütmekte, fakat oy hakkı bulunmamaktadır (ICSID, m.5).

İdari Konsey'in olağan toplantısı yılda bir defa yapılır. Bu toplantının dışında Konsey, Konsey'in veya Konsey'in beşte birinin (1/5) teklifi ile Başkan veya Genel Sekreter tarafından da toplanabilir. Konsey'in toplantı yeter sayısı üyelerin salt çoğunluğudur. Her bir üyenin bir oy hakkı vardır. Kararlar istisnalar dışında oy çokluğu ile alınır (ICSID, m.7). Konsey üyeleri ve Başkan, bu iş için Merkez'den herhangi bir karşılık almazlar (ICSID, m.8).

Sözleşme'de İdari Konsey'in görevleri şu şekilde sayılmıştır: Merkez'in idari ve mali tüzüklerini kabul etmek, arabuluculuk ve tahkim prosedür ve kurallarını belirlemek[504], Dünya Bankası ile yapılacak düzenlemeleri onaylamak, Merkez'in bütçesini kabul etmek, yıllık faaliyet raporunu onaylamak, Genel sekreter ve yardımcısını seçmek ve gerekli gördüğü hallerde Komiteler kurmak (ICSID, m.6).

2.Sekreterlik

Sekreterlik, bir Genel Sekreter, bir veya birden fazla Yardımcı Sekreter ve personelden oluşmaktadır (ICSID, m.9). Genel Sekreter ve yardımcıları Başkan'ın gösterdiği adaylara arasından İdari Konsey'in üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Tekrar seçilmek mümkündür. Genel Sekreter ve yardımcıları tarafsız davranması ve Konsey'in onayı olmaksızın başka bir iş ile uğraşmaması gerekmektedir (ICSID, m.10).

[504] İdari Konsey, 10 Nisan 2006 ten itibaren geçerli olmak üzere, Yeni Düzenlemeler ve Kurallar benimsemiştir. Administrative and Financial Regulations, Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules), Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules), and Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules). Bkz: **ICSID Convention, Regulations and Rules**, ICSID/15, Washington, April-2006. (Erişim için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf); Ayrıca 10 Nisan 2006 dan itibaren yürürlüğe giren Ek İmkan Kuralları (Additional Facility Rules) için Bkz: ICSID/15, Washington, April-2006. Erişim için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm)

Genel Sekreter, ICSID'in yasal temsilcisi ve asli memurudur. Sözleşmenin hükümleri ve İdari Konseyin kabul ettiği kurallara uygun olarak ICSID'in idaresinden ve personel atamasından sorumlu bulunmaktadır. Ayrıca Genel Sekreter sicil memurluğu görevini yerine getirecek ve Sözleşme'ye uygun olarak verilen tahkim kararlarının yerine getirilmesini sağlayacaktır (ICSID, m.11). Diğer yandan Genel Sekreter, bu görevlerinden başka arabuluculuk ve/veya tahkim için yapılan başvuruları Merkez'in yargı yetkisi içinde görmemesi halinde reddetme yetkisine sahiptir (ICSID, m.36/3). Sekreterin bu görevine eleme yetkisi denmektedir. Esasında Merkez'in yargılama yetkisi konu ve taraflar bakımından sınırlandırılmıştır. Böylece zaman ve masraf kaybının önüne geçilmek istenmektedir.[505]

3.Panel

Merkez'in arabulucular ve hakemler paneli olmak üzere iki paneli vardır. Her bir taraf devlet, kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından, her bir panel için dört kişi atayacaktır.[506] Başkan da her bir panele her biri farklı ülke vatandaşı olmak şartıyla on kişi atayabilir (ICSID, m.13). Bir kişi her iki panelde görev yapabileceği gibi, birden fazla ülke veya başkan tarafından panele atanabilir (ICSID, m.16).

Panellerde hizmet vermek üzere atanacaklar, yüksek ahlak sahibi, hukuk[507], ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı faaliyetinde bulunacağına güvenilen kişilerden oluşması gerekir (ICSID, m.14). Aslında uluslararası ticari tahkimde, hakemlerde aranan şartları şu şekilde saymak mümkündür: Bağımsızlık, tarafsızlık, uygunluk ve yeterlilik.[508]

---

[505] ERTEN, s.214.; Ayrıca Bkz: SASSOON, s.102. Yazar buradaki yetki genişliğine dikkat çekmektedir. Bkz: **Aynı Eser**, s.102.

[506] Türkiye'nin Hakem ve Arabulucu Paneline 9 Ocak 2011 tarihine kadar atadığı isimler şunlardır: Cemal ŞANLI, Yusuf ÇALIŞKAN, Mehmet KÖMÜRCÜ, İlhan YILMAZ (Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-10/icsid-10ii-5.htm#turkey)

[507] ICSID Sözleşmesi, hakem veya hakemlerin mutlaka *hukukçu* olmasını aramamıştır. Bkz: MILES, Wendy, **"Practical Issues for Appointment of Arbitrators"** Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(3), 2003, s.223.

[508] KOCH, Christopher, **"Standards and Procedures fof Disqualifying Arbitrators"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(4), 2003, s. 327 vd. *Bağımsızlık*, hakemin taraflardan biri ile herhangi bir ilişkisinin bulunmaması anlamına gelir. Mesela taraflardan birinin şirket hisselerine sahip olmak veya taraflardan biri ile duygusal bir yakınlığının bulunması hakemin bağımsızlığına gölge düşürecektir. *Tarafsızlık* ise hakemin taraflara olan zihni yakınlığını ifade eder. İkisinin arasındaki fark, bağımsızlık objektif, tarafsızlık ise sübjektif bir kriterdir. Bkz: KOCH, s. 327, 328 ve 332.

Bu şekilde bir panel oluşturulmasının sebebi, tarafların hakem seçimi konusunda kararsız kalmalarını önlemek içindir.[509] Yoksa taraflar panel içinden veya dışından hakem atamaları mümkündür. Ancak, taraflar, tahkim talep kaydının genel sekreterlikçe diğer tarafa tebliğinden itibaren 90 gün içinde veya anlaştıkları süre içinde hakem atayamazlar ise Başkan sadece Panelden hakem seçebilir. Bu seçilen hakemlerin çoğunluğu, anlaşmazlığa taraf devletin ve vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülke vatandaşı olmayacaktır (ICSID, m.38, 40).

4.Merkez'in Finansmanı

Merkezin harcamaları, sağladığı hizmetler karşılığı elde edilen gelir veya diğer gelirler ile karşılanamıyorsa, geri kalan kısım, Bankaya üye olan ülkelerden onların Banka sermayesine katkı payları oranında, Bankaya üye olmayan ülkelerden ise İdari Konseyin belirleyeceği kurallar içinde sağlanmaktadır (ICSID, m.17).

5.Merkez'in Statüsü ve İmtiyazları

Sözleşme'ye göre, Merkez, uluslararası tüzel kişiliğe sahiptir. Bu kapsamda, Merkez, sözleşmeler yapmak, taşınır ve taşınmaz mal edinmek ve satmak ve hukuk davaları açmak yetkilerine sahiptir (ICSID, m.18). Merkez, görevlerini yerine getirebilmek için sözleşmeci ülke sınırları içinde, taşınır ve taşınmazlar hakkında da dahil olmak üzere, aşağıda sayılacak dokunulmazlık ve imtiyazlardan yararlanacaktır (ICSID, m.19).

Başkan, İdari Konsey üyeleri, arabulucular, hakemler, komite üyeleri ve Sekreterlik çalışanları dokunulmazlık haklarına sahiptir. Ayrıca Sözleşme'de gösterilen bazı ulusal yükümlülüklerden muaf tutulacak ve kolaylıklardan yararlanabileceklerdir (ICSID, m.21). Bu muafiyet ve kolaylıklar, sözleşme çerçevesinde davaya katılan taraf ve temsilcilerine, avukatlara, şahitlere, uzmanlara da uygulanacaktır (ICSID, m.22).

Merkez arşivleri, gerekli olduğu yerde dokunulmazlığı ve gizliliği esas olacaktır. Resmi yazışmalarla ilgili olarak Merkez, daha az müsaadeye mahzar sayılmayacaktır (ICSID, m.23). Merkezin malları, gelirleri, işlemleri ve faaliyetleri vergi ve

[509] ERTEN, s.214.

gümrüklerden muaf olacak ve Merkez tarafından ödenen yolluk, ödenek ve maaşlardan vergi kesilmeyecektir (ICSID, m.24).

B.Merkezin Yargılama Yetkisi

Merkezin yargılama yetkisi[510] ICSID Sözleşmesinin tarafı devletler ile uyuşmazlıkla ilgili yazılı rızasını Genel Sekreterliğe sunmuş diğer taraf devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Hiç bir taraf rızasını beyan ettikten sonra, bu olurunu tek taraflı olarak geri alamaz (ICSID, m.25). ICSID Tahkim Merkezi'nin yargılama yetkisi üç faktöre dayanmaktadır: Birincisi, uyuşmazlığın taraflarını rızasıdır. İkincisi, Sözleşme'de öngörülen kapsamda hukuki bir menfaat uyuşmazlığının varlığıdır. Üçüncüsü ise uyuşmalığın doğrudan yatırımdan kaynaklanmasıdır.[511] Bu açıdan Merkezin yargılama yetkisini, yargılamanın konusu, uyuşmazlığın tarafları ve tarafların tahkime gitme konusundaki yazılı tahkim sözleşmesi (rıza) açısından ele almak mümkündür[512]:

1.Yargılama Konusu

Merkezin yargılama yetkisinin varlığı için, öncelikle, yatırımlardan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması gerekir. Ayrıca bu uyuşmazlık taraflar arasında yapılmış olan sözleşme konusu yatırımla ilgili olmalıdır.[513] ICSID Sözleşmesi'nin hazırlanması sırasında en çok tartışılan konulardan biri de ICSID yargılamasının yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları (legal dispute) kapsamasıdır. Bu nedenle politik, ekonomik, finansal veya ticari özellikteki uyuşmazlıklar ICSID yargılaması kapsamı

[510] Aslında bu ifade, özü itibariyle, kendiliğinden bir yetki değildir. Herhangi bir uyuşmazlığın Genel Sekreterliğin elemesinden geçebilmesi için konu, taraflar ve tarafların rızası bakımından bazı şartları taşıması gerekir. ERTEN, s.215.
[511] SASSOON, s.102-103.
[512] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.54.
[513] DE CASSIO, s.230-231.; AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, **Jurisdiction of International Tribunals,** Leiden, NLD: Brill, N.H.E.J., N.V. Koninklijke, Boekhandel en Drukkerij, 2002, s. 636 vd.; *Mihaly - Sri Lanka* olayında Heyet şu tespiti yapmıştır: Konu şartının gerçekleşmesi için dört unsurun bulunması gerekir: a.bir uyuşmazlığın varlığı b.uyuşmazlığın hukuki niteliği c.yatırımdan doğrudan kaynaklanması (dolaylı değil), d.hukuki bir uyuşmazlığın çıktığı bir yatırımın varlığı. Eğer ortada ICSID 25. madde anlamında bir yatırım yoksa, uyuşmazlığın hukuki olmasının veya doğrudan veya dolaylı kaynaklanmasının bir önemi yoktur. ICSID yargılama yetkisinin dışındadır. Bkz: *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2, p.32.*

dışında tutulmuştur. Dolayısıyla, ticari riskler ile menfaat çatışmaları ICSID yargılaması kapsamının dışındadır.[514]

ICSID yargılaması için konu şartının gerçekleşebilmesi için, uyuşmazlığın yatırımla (doğrudan) ilgili olması gerekir.[515] Washington Sözleşmesi, yatırımı tanımlayan[516] bir hüküm içermemektedir.[517] Bu durumda tarafların iradelerine bakmak gerekir. Tarafların yatırımı belirleyen iradesi, ya tarafların yapmış olduğu yatırım sözleşmelerinde, ya da devletler arasında yapılan yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair İTY anlaşmalarında ortaya çıkmaktadır. Bu anlaşmalarda yatırım terimi, her türlü varlığı ve özellikle de sınırlayıcı olmamak kaydıyla, taraf ülkelerden birisinin sınırları içerisinde o tarafın hukukuna uygun olarak yapılmış bütün doğrudan yatırımları, doğal kaynaklarla ilgili olanlar dahil olmak üzere kanunla veya bir sözleşme ile belirlenmiş iş imtiyazlarını, hisse senetleri veya şirketlere katılımın diğer şekillerini, taşınır ve taşınmaz mallar ile bunlar üzerindeki ipotek, rehin ve benzeri hakları, sınai ve mülkiyet haklarını ve patent, marka ve know how gibi benzeri hakları içermektedir.[518] Böylece, bilgi transferi ve hizmet sözleşmeleri de yatırım kabul edilerek, bunlarla ilgili uyuşmazlıklarda ICSID tahkiminden yararlanılabilecektir.[519]

ICSID tahkim uygulamasında, konu sınırlamasına (*subject matter jurisdiction*) ilişkin sorun nadiren yaşanmaktadır.[520] Yukarıda ele alındığı gibi (genellikle) yatırımla ilgili her türlü uyuşmazlık ICSID tahkim sisteminde yargılama konusu olabilmektedir. Bununla ilgili *Mihaly - Sri Lanka* olayında, uyuşmazlık ICSID kapsamında görüldüğü için kaydedilmiştir. Heyet, öncelikle uyuşmazlığı ele almak konusunda (kendinin)

---

[514] DE CASSIO, s.230-231.

[515] AMERASINGHE, s. 636.

[516] En azından şu sözleşmeler için tahkim yoluna başvurulabilecektir: YİD Sözleşmeleri, Eser Sözleşmeleri, Lisans sözleşmeleri, Know-How Sözleşmeleri ve Management Sözleşmeleri. Bkz: AZRAK, Ali Ülkü, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999, s.27. Yazar Fransız Danıştay'ından ilginç bir örnek vermektedir. Paris yakınlarında bir eğlence merkezinin yapımını üstlenen yabancı şirket ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıkta Fransız Danıştay'ı, söz konusu yatırımın, ICSID Sözleşmesi kapsamında bir yatırım olmadığı ve dolayısıyla ICSID Sözleşmesi'nin uygulanamayacağına karar vermiştir. Bkz: **Aynı Eser**, s.28.

[517] Oysa NAFTA (m.1139), *yatırım* kavramını oldukça geniş tutan bir tanım yapmaktadır. Buna göre, güvenlik, borç, malvarlığı veya kar faizi, maddi veya gayri maddi mallar, ekonomik değer taşıyan varlıkar, ekonomik faaliyetler ve kaynaklardan doğan yükümlüklerle ilgili her türlü girişim yatırım kavramına dahildir. Bkz: WAGNER, s.472-473.; KURTZ, s.20 vd.

[518] Örnek olarak Bkz: Türkiye/Litvanya, m.I/2 (R.G.05.07.1997, S.23040); Türkiye/Etyopya, m.I/2 (R.G. 07.05.2004, S.25455).

[519] ERTEN, s.215-216.

[520] PARK/BJORKLUND/COE, s.453.; HORNICK, Robert N., **"The Mihaly Arbitration Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction"** Journal of International Arbitration, 20(2), 2003, s.189-192.; ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Mihaly International Corporation - Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)" ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:1, 2002, s.140-141.

yetkili olduğuna karar vermiştir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi, yatırımın tanımını yapmadan, yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların ICSID tahkim yargılamasının konusu olabileceğini düzenlemektedir. Bu durumda, devletin tarafı olduğu uluslararası ikili veya çok taraflı sözleşmelere ve ulusal hukuktaki yatırım tanımına bakmak gerekir. Davacı, Sri Lanka ile ABD arasında yapılan İTY yatırım anlaşmasında düzenlenen her türlü yatırımın yargılama konusu yapılabileceğine ve çıkabilecek uyuşmazlıklarda her iki ülkenin rızasının peşinen verildiğine dair hüküm bulunduğunu iddia etmiştir. Ancak davacının yaptığı yatırım öncesi masraflar, Heyet tarafından ICSID m.25 anlamında yatırım olarak kabul edilmemiştir. Sonuç olarak, dava konusu uyuşmazlığın, mevcut ulusal ve uluslararası kaynaklara göre ICSID kapsamına giren bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olmadığına karar verilmiştir.[521] *Aguas and Generale - Argentine* olayında ise heyet, Arjantin ile Fransa arasındaki İTY anlaşmasında yer alan yatırım tanımından dolayı uyuşmazlığın ICSID kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olduğu sonucuna ulaşmıştır.[522]

Sonuç olarak, Merkezin yargılama yetkisi açısından aranan konu şartının varlığı için, öncelikle, yatırımla (doğrudan) ilgili hukuki bir uyuşmazlık olması gerekir. Sözleşme, yatırımı tanımlamadığı için tarafların iradelerine bakmak gerekir. ICSID tahkim uygulamasında, konu sınırlamasına ilişkin nadiren sorun yaşanmaktadır. Genellikle yatırımla ilgili her türlü uyuşmazlık ICSID tahkim sisteminde yargılama konusu olabilmektedir. Ancak davacının yaptığı yatırım öncesi masraflar, ICSID m.25 anlamında yatırım olarak kabul edilmemiştir.

2.Uyuşmazlığın Tarafları

ICSID Sözleşmesine göre uyuşmazlığın tarafları, Sözleşme'ye taraf bir devlet ile diğer bir taraf devletin vatandaşıdır[523] (ICSID, m.25). Şu halde tarafları gerçek ve/veya

---

[521] *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2, p.28-33, 52-54, ve 61-62.* Heyet üyelerinden David SURATGAR, karşı oy yazısında ABD ile Sri Lanka arasındaki BIT'in *ekonomik değer* ölçütüne dayandığını dolayısıyla, uyuşmazlığın ICSID anlamında bir yatırım uyuşmazlığı olduğunu belirtmiştir. Bkz: *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2,* Indıvıdual Concurrıng Opınıon By Mr. Davıd SURATGAR**,** ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:1, 2002, s.161-165.

[522] Aguas and Generale - Argentine, Award, ICSID Case No:ARB/97/3, *p.40-55.* Olayda uyuşmazlık, Fransız uyruklu Aquas şirketinin Arjantin ile yaptığı su ve kanalizasyon imtiyazının, şirketin gereği gibi çalışmaması gerekçesi ile iptal edilmesi ile ortaya çıkmıştır. Heyet, uyuşmazlığın ICSID kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olduğuna karar vermiş ancak imtiyazın iptali konusunda Arjantin hükümetini haklı bulmuştur. Bkz: p.24-39, 62-92 ve karar (*Award*) cümlesi.

[523] "Vatandaş" kelimesi tanımlanmış değildir. Bunun içeriği geleneksel uluslararası hukuk kurallarına göre belirlenmesi gerekir. Bkz: AMERASINGHE, s. 646.

özel hukuk tüzel kişileri ya da devletler olan uyuşmazlıklar, ICSID'ın yargı yetkisi dışındadır.

Uyuşmazlığın bir tarafını, kendi sınırları içinde yatırım yapılan ev sahibi devlet oluşturur. Ev sahibi devletin uyuşmazlığa taraf olabilmesi için hem Washington Sözleşmesi'nin tarafı olması, hem de rızası gerekir. Ayrıca, herhangi bir ülkeyi oluşturan alt birimlerin veya Merkeze temsilcisini atamış olan devletin de uyuşmazlığın tarafı olmasına imkan verilmiştir (ICSID, m.25/1). ICSID Sözleşmesinin tarafı ülkenin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar için, bu devletin ayrıca onayının gerekmediğini bildirmediği durumlarda, devletin onayı gerekir (ICSID, m.25/3). Alt birim ifadesi, belediye, yerel idare organları, yarı özerk bölgeler, vilayetler ve federe devletleri de içine alacak şekilde geniş olarak yorumlanmaktadır. Temsilci ibaresi ise, devlet veya devletin alt birimi adına işlem yapmaya yetkili olarak Merkeze atanmış olan kişileri ifade eder.[524]

Uyuşmazlığın diğer tarafını ise, ICSID Sözleşmesinin tarafı olan diğer bir devlet vatandaşı oluşturur.[525] Bu ibare, uyuşmazlığın tahkim veya arabuluculuk yoluyla çözümü için Merkeze başvurunun kaydedildiği tarihte uyuşmazlığa taraf olan ev sahibi devletin dışındaki diğer bir taraf devletin tabiiyetini taşıyan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (ICSID, m.25/2-a). Çifte vatandaşlık durumunda yatırımcı, vatandaşı olduğu ülkeler ICSID Sözleşmesinin tarafı iseler ICSID tahkimine başvurulabilir.[526]

---

[524] ERTEN, s.216.; Bu durumda, federal devlet ile eyalet arasında sorumluluk paylaşımı sorunu çıkabilir. Ayrıca ICSID yargılamasında vergi ve ceza konusunda farklı yapılanmalara dikkat etmek gerekir. Diğer yandan kıta Avrupa hukukunda yönetim hukuku, adli hukukun dışında kabul edilmektedir. Bkz: TAWIL, Guido Santiago, "Commentary:ICSID Jurisdiction and the Request For Arbitration" **Arbitration International**, Vol:18, No:3, s.278.

[525] Bu ibare, bünyesinde biri olumlu diğeri olumsuz iki şart barındırmaktadır: Olumlu şart, yatırımcı ICSID Sözleşmesi'nin tarafı olan diğer bir devlet vatandaşı olması gerekir. Olumsuz şart ise, yatırımcının uyuşmazlığın karşı tarafı olan devletin (ev sahibi devlet) vatandaşı olmaması lazımdır. Bkz: DE CASSIO, s.230. Yazar, bu şartı şaşırtıcı bulmaktadır. Çünkü, özel bir kişinin bir devlete karşı uluslararası işlem yapabilmesi için kendi devletinin girişimine gerek yoktur. Daha da ötesi, ICSID Sözleşmesi, yatırımcı veya devletin aralarındaki uyuşmazlığı Merkez'e sunduktan sonra, yatırımcının uyruğunda bulunduğu devletin kendi vatandaşına, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak, (tahkim kararı yerine getirilmemesi hali hariç) diplomatik koruma sağlamayacağını veya uluslararası bir girişimde bulunmayacağını öngörmektedir. Bkz: DE CASSIO, s.230.

[526] NOMER/EKŞİ /GELGEL, s.55-56.; Buna örnek teşkil eden *Olguin - Paraguay* olayında davacı, hem Peru hem de ABD vatandaşıdır ve ABD'de ikamet etmektedir. Davasını ise Peru ile Paraguay arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşması gereklerinin ihlaline dayandırmıştır. Paraguay, davacının ABD vatandaşlığının esas alınması gerektiğini, çünkü orada ikamet ettiğini ve ABD vatandaşlığının sağladığı hak ve yükümlülüklere tabi olduğunu ileri sürmüştür. Heyet, olayda, davacının Peru vatandaşı olup olmadığını ve varsa bu vatandaşlığın iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanan ICSID yargılaması kapsamına girip girmediğini araştırmıştır. Heyet, davacının çifte vatandaşlığa sahip olduğunu ve Peru vatandaşlığının da etkinliğinde şüphe bulunmadığını, davacının ABD vatandaşlığının hak ve yükümlülüklerine tabi olmasının, diğerinin etkinliğini düşürmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla davacının Peru ile Paraguay arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasına istinaden ICSID yargılamasında taraf olabileceğini belirtmiştir. Bkz: *Olguin - Paraguay, Award, ICSID Case No:98/5, p.60-61.*

ICSID Sözleşmesi, önceden anlaşmış olmaları şartıyla, yabancı kontrolündeki şirketlerin de, yatırım yapılan ülkede, Sözleşmenin tarafı diğer bir devlet vatandaşı gibi muamele görebileceğini kabul etmiştir (ICSID, m.25/2-b). Aslında bu şirketler yatırım yapılan ülke kanunlarına göre kurulmuş olan ve dolayısıyla o ülkenin vatandaşlığını taşıyan şirketlerdir. Ancak bu şirketler, yabancı sermayeli ve/veya yönetim bakımından yabancı kontrolünde olabilir. Veya bu şirketler, yabancı şirketin yavru şirketi durumunda olması mümkündür. İşte bu gibi durumlarda, tarafların önceden anlaşmış olması kaydıyla, bu şirketler, ev sahibi ülkede diğer bir taraf devlet vatandaşı muamelesi görmesi söz konusudur.[527]

Yabancı kontrolü ilkesi ile ilgili bir olayda ICSID tahkim heyeti, sözleşmedeki söz konusu prensibin uygulanacağına karar vermiştir: *Holiday Inns ve Occidental Petroleum Corporation* şirketleri Fas'ta dört tane otel inşası için bir yavru şirket kurmuşlardır. Çıkan uyuşmazlıkta ana şirketlerle beraber yavru şirket de ICSID tahkimine başvurmuştur. Tahkim heyeti, Fas devletinin, aralarındaki tahkim kaydında, yabancı kontrolü yüzünden yabancı diğer bir taraf devlet vatandaşı gibi muamele görme kaydının bulunmadığı yönündeki itirazını kabul etmiştir. Kararda, ev sahibi ülke tabiiyetindeki bir şirketin, yabancı kontrolü sebebiyle yabancı muamele görebilmesi için açıkça kararlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.[528]

Yabancı kontrolü ile ilgili diğer bir uyuşmazlıkta tahkim heyeti farklı bir gerekçe ile farklı bir sonuca ulaşmıştır: Olayda *Amco-Asia* Endonezya kanunlarına göre kurulmuş olan ve merkezi orada bulunan ve fakat *Pan American Development* adlı bir Amerikan şirketi ile ortak olan bir şirkettir. Çıkan uyuşmazlıkta Endonezya devleti, Amco-Asia'nın bir Endonezya şirketi olduğunu, yatırım anlaşmasında yabancı kontrolü yüzünden bu şirketin yabancı sayılacağına dair açık bir hükmün bulunmadığını, dolayısıyla ICSID'ın yargı yetkisinin olmadığını ileri sürerek itiraz etmiştir. Tahkim heyeti, tarafların, bu girişimin yabancı kontrolünde olduğunu bildiklerinden dolayı yabancı kontrolü ilkesini kabul ettiklerine karar vermiştir. Anlaşmanın şekline ilişkin bir şart da bulunmadığından Endonezya'nın itirazları reddedilmiştir.[529]

---

[527] SASSOON, s.102-103. Hatta (genel ilke olmasa da) ICSID bünyesindeki bazı tahkim yargılamalarında (Barcelona Traction gibi) şirket merkezinin ICSID tarafı olmayan bir ülkede bulunması veya şirketi kontrol eden ortakların milliyetinin kendisi olması halini bile kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bkz: **Aynı Eser**, s.103.; Arjantin'deki bir Şili yatırımı ile ilgili diğer bir uyuşmazlıkta, heyet, kontrol kavramına sadece payların çoğunluğunu elinde tutmanın değil, teknik destek anlaşması yapılmasını, finansal destek ve para transferini dahi dahil etmiştir. Bkz: TAWIL, **Commentary: ICSID Jurisdiction and the Request For Arbitration**, s.277.

[528] Aktaran:ERTEN, s.217.

[529] Aktaran:ERTEN, s.218.

Sonuç olarak, ICSID Sözleşmesine göre uyuşmazlığın tarafları, Sözleşmenin tarafı bir devlet ile diğer bir taraf devletin vatandaşıdır. Uyuşmazlığın bir tarafını, kendi sınırları içinde yatırım yapılan ev sahibi devlet oluşturur. Ev sahibi devletin uyuşmazlığa taraf olabilmesi için hem Washington Sözleşmesi'nin tarafı olması, hem de rızası gerekir. Ayrıca, Sözleşme herhangi bir ülkeyi oluşturan alt birimlerin de uyuşmazlığın tarafı olmasına imkan tanımıştır. Uyuşmazlığın diğer tarafını ise, diğer bir taraf devlet vatandaşı oluşturur. Bu ibare, Merkeze başvurunun kaydedildiği tarihte uyuşmazlığa taraf olan ev sahibi devletin dışındaki diğer bir taraf devletin tabiiyetini taşıyan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. Çifte vatandaşlık durumunda yatırımcı, vatandaşı olduğu ülkeler ICSID Sözleşmesinin tarafı iseler ICSID tahkimine başvurulabilir. Sözleşme, önceden anlaşmış olmaları şartıyla, yabancı kontrolündeki şirketlerin de, yatırım yapılan ülkede, diğer bir taraf devlet vatandaşı gibi muamele görebileceğini kabul etmiştir.

3.Yazılı Tahkim Sözleşmesi

Uluslararası nitelikli bir yatırım uyuşmazlığının ICSID tahkimi yoluyla çözülebilmesi için taraflar arasında bu konuda yapılmış yazılı bir tahkim sözleşmesi bulunması gerekir. Bu şart, ICSID tahkim prosedürünün başlayabilmesi için zorunlu şarttır (*sine qua non condition*). Geçerli bir tahkim sözleşmesi, tahkim için rıza anlamına gelir. Bu rıza ilişkisi, tahkim şartı veya bağımsız bir tahkim sözleşmesi ile sağlanabilir.[530] Taraflar bu rızayı uyuşmazlıktan önce veya sonra verebilirler.[531] Uygulamada çıkan uyuşmazlıkların çoğunda bu rızanın, yatırım anlaşmasına konulan tahkim şartı ile verildiği görülmektedir.[532] Ayrıca bu rıza devletler arasında yapılan İTY anlaşmalarında da verilmektedir.

Devletlerin ICSID Sözleşmesi'ni imzalamış olmaları, devletlerin rızası anlamına gelmez.[533] Bu durum devletlerin ICSID tahkim sistemine gitme isteğini gösterir. Yoksa

[530] DE CASSIO, s.229.
[531] GÜNUĞUR, s.339.
[532] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.54.
[533] AMERASINGHE, s. 631.; ICSID Sözleşmesi'nin bu yönü, yani Sözleşme'nin imza koyan devletler bakımından otomatik olarak uygulama kabiliyeti kazanmaması ve ayrıca tahkime gitme rızasını araması, sınırlı sayıda yatırım uyuşmazlığının ICSID Sözleşmesi kapsamında çözülmesi sonucunu doğurmuştur. ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, s.9. Ancak gittikçe artan başvuru sayısı (Eylül-2004 itibariyle devam eden ve sonuçlanmış toplam 165) ICSID yargılamasının geleceğe dair önemini ortaya koymaktadır.

bir zorunluluk oluşturmaz.[534] Tahkim için rıza bildirimi, belirli bir uyuşmazlık için verilmelidir. Bununla beraber, ICSID Sözleşmesi'nin tarafı olmak, Sözleşme kapsamına giren bir uyuşmazlığın çözümü için ICSID tahkimine gitme konusunda, taraflara rıza bildiriminde bulunma zorunluluğu yüklemez.[535] Diğer yandan bazı rıza bildirimleri Merkez'in yargılama yetkisi için Sözleşme'nin aradığı gerekli rızayı (*required consent*) içermeyebilir.[536] Ancak taraflar gerekli rızalarını Merkez'e sunduktan sonra tek taraflı olarak geri almaları mümkün değildir.[537] (ICSID, m.25)

Ayrıca Sözleşme çerçevesinde tarafların tahkim için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, Sözleşme dışı herhangi bir çözümü reddetmiş sayılmaları anlamına gelir.[538] Ancak devletler, bu rızaların ön şartı olarak yerel idari ve adli yolların tüketilmiş olmasını isteyebilir. (ICSID, m.26)

Diğer yandan Sözleşme devletlere, herhangi bir zamanda, ICSID tahkimine tabi tutmak istemedikleri uyuşmazlık türleri için bildirim yapma imkanı tanımaktadır. (ICSID, m25/4) Bu durum, devletlerin gerekli bildirimi yaptıkları sürece Merkez'e üyeliklerini istedikleri kadar sınırlamaları anlamına gelir. Dolayısıyla yabancı yatırımcıların, yatırım planladığı ülkenin Sözleşmeye koyduğu çekinceleri dikkatli bir şekilde incelemeleri ve takip etmeleri gerekir. Çünkü, bazı hallerde ICSID Sözleşmesinin imzalanması reklam mahiyetinde olabilir.[539]

Sonuç olarak, uluslararası nitelikli bir yatırım uyuşmazlığının ICSID tahkimi yoluyla çözülebilmesi için taraflar arasında bu konuda yapılmış yazılı bir tahkim

---

[534] ERTEN, s.218.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.54; Ancak yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair iki taraflı anlaşmalarda yer alan rıza, ICSID tahkimi için geçerli bir rızadır. BİRSEL, devletin ICSID tahkimine gitme iradesini belirtmesi ve yatırımcının yatırım uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümü için ICSID Merkezine başvurmasını, uyuşmazlığın ICSID Sözleşmesi kapsamında çözümü için yeterli kabul etmektedir. Yazar'a göre, Türkiye İki taraflı Yatırım Anlaşmalarında ICSID Tahkimini benimsediği ve bu tahkim yolundan tek taraflı olarak vazgeçmeyeceğini taahhüt ettiği için, Türkiye'deki bir yabancı yatırımcı, ayrıca bir hakem sözleşmesi veya şartı olmaksızın ICSID Merkezine başvurarak uyuşmazlığın çözümü için tahkim davası açabilir. Bkz: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.53-531.; Bu görüşü destekler nitelikte bir uygulama, *CSOB - Slovak Republic* yargılamasında görülmektedir. Heyet, ev sahibi devletin ICSID yargılamasına devletin rızasının bulunduğu üç belgeye atıf yapmıştır. Bunlar, iki taraflı yatırım anlaşması, Dış İşleri Bakanlığı'nın Resmi Gazete'deki bildirimi ve taraflar arasında yapılan konsolide anlaşması. Bkz: CSOB - Slovak Republic, Decision, ICSID Case No:97/4, p.36.; İkili yatırım anlaşmalarından başka, devletler Yabancı Yatırım Mevzuatı ile de uyuşmazlığın ICSID tahkimi yoluyla çözülmesi konusunda *peşin rıza* vermiş olabilirler. Mesela, *SPP - Egypt* olayında heyet ICSID yargılaması için rızanın 1974 tarihli Yabancı Yatırım Kanunu ile verildiği temeline dayanmıştır. Bkz: DE CASSIO, s.230.

[535] DE CASSIO, s.229.

[536] SASSOON, s.103.

[537] Bu *geriye dönüş yasağı*, Alcao, Kaiser and Reynolds - The Government of Jamaica gibi tahkim yargılama kararlarında vurgulanmıştır. Bkz. SASSOON, s.103.

[538] Bu durumda yerel mahkeme ICSID tahkim sözleşmesi/şartı ile karşılaşırsa davayı derhal durdurması gerekir.

[539] ALTINTAŞ, s.19.

sözleşmesi bulunması gerekir. Bu rıza, tahkim şartı veya bağımsız bir tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlıktan önce veya sonra verilebilir. Devletlerin ICSID Sözleşmesi'ni imzalamış olmaları, devletlerin rızası anlamına gelmediği gibi, devletlere bir zorunluluk da yüklemez. Ayrıca Sözleşme çerçevesinde tarafların tahkim için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, Sözleşme dışı herhangi bir çözümü reddetmiş sayılmaları anlamına gelir. Diğer yandan bazı rıza Sözleşme'nin aradığı gerekli rızayı oluşturmayabilir. Ve nihayet devlet, gerekli bildirimi yaptıkları sürece Merkez'e üyeliklerini istedikleri kadar sınırlayabilirler. Bu bakımdan yatırımcıların dikkatli olmaları gerekir.

C.Yargılamanın Başlaması

1.Tahkim Heyetinin Oluşması ve Yargılamanın Başlaması

Tahkim yargılamasının başlaması için uyuşmazlığın tarafı olan, taraf devlet veya diğer bir taraf devlet vatandaşı konuyu yazılı olarak Genel Sekreterliğe bildirir. Genel Sekreterlik talebin bir örneğini karşı tarafa iletir.[540] Talep, uyuşmazlık konuları ile tarafları tanıtan ve arabuluculuk veya tahkime ilişkin rızalarını içeren belgelerden oluşur. Genel Sekreter, talepte bulunan bilgilere dayanarak, uyuşmalığın Merkez'in yargı yetkisi içinde olup olmadığını araştırır. Uyuşmazlığın Merkez'in yargı yetkisi içinde bulunduğunu tespit ederse kayıt, aksi takdirde reddedecek ve durumu taraflara bildirecektir (ICSID, m.36/3). Sekreterin bu görevine eleme yetkisi denmektedir. Çünkü Merkez'in yargılama yetkisi konu ve taraflar bakımından sınırlandırılmıştır. Böylece zaman ve masraf kaybının önüne geçilmek istenmektedir.[541] Eğer talebin Merkez'in yetkisi içine girip girmediği hususunda tereddüt varsa talep kaydedilir ve bu sorun tahkim heyetine bırakılır.[542] Çünkü Heyetin uyuşmazlığın çözümünde yetkili olup olmadığına karar verme yetkisi mevcuttur (ICSID, m.41/1).

Talebin kaydedilmesinden itibaren, en kısa zamanda taraflarca tahkim heyeti oluşturulacaktır. Bu durum, hakem seçimi konusunda taraf özerkliğini ifade

---

[540] Bu aşamada tarafların bir araya gelerek uyuşmazlık konusunda müzakere etmeleri son derece önemlidir. Merkez'in bu konudaki politikası da aynı yöndedir. Daha da ötesi Merkez taraflara dava konusunda tavsiyelerde de bulunmaktadır. Bkz:TAWIL, **Commentary: ICSID Jurisdiction and the Request For Arbitration**, s.277.

[541] ERTEN, s.214.; Ayrıca Bkz: SASSOON, s.102. Yazar buradaki yetki genişliğine dikkat çekmektedir. Bkz: **Aynı Eser**, s.102.

[542] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.58.

etmektedir.[543] Heyet bir veya tek sayıda kişiden oluşur.[544] Tarafların atama konusunda anlaşmazlığı halinde taraflar birer kişi atayacaklardır. Bunlar da heyetin başkanlığını da yapacak olan üçüncü kişiyi belirleyecektir. Bu hakemler Panel içinden veya dışından olabilir. Ancak, taraflar, tahkim talep kaydının genel sekreterlikçe diğer tarafa tebliğinden itibaren 90 gün içinde veya anlaştıkları süre içinde hakem atayamazlar ise Başkan sadece Panelden hakem seçebilir. Bu seçilen hakemlerin çoğunluğu, anlaşmazlığa taraf devletin ve vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülke vatandaşı olmayacaktır (ICSID, m.37-40).

ICSID tahkim heyeti ulusal gereklilikten dolayı *ad hoc* nitelikte oluşmaktadır. Bu da farklı tahkim kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Farklı tahkim heyetlerinin verdiği kararlar arasında güven sağlamak ve yeknesak bir uygulama hukuku (*case law*) tesis etmek amacıyla, Merkez, hakemlerin atanmasında tutarlılık (*consistency*) geliştirmeye çalışmaktadır. Şüphesiz bu çaba, homojenliğin ve tahmin edilebilir sonuçların üretilmesi açısından iyi bir politikadır.[545]

Yargılama istisnalar dışında Merkez'de görülür.[546] Bu istisnalar ise, Merkez'in bu amaçla düzenleme yapacağı resmi veya özel herhangi uygun bir kuruluş veya Daimi Adalet Divanı, veya, genel Sekretere danıştıktan sonra Komisyon veya Heyetin uygun göreceği bir yer olabilir.[547] (ICSID, m.62-63)

2.Arabuluculuk (*Conciliation*)

---

[543] CHATTERJEE, s. 553.

[544] Diğer kurumsal veya ad hoc tahkim sistemlerindeki hakem sayısı ve atama yöntemleri konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için Bkz: MILES, Wendy, **"Practical Issues for Appointment of Arbitrators"** Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(3), 2003. s.219–232.

[545] GIARDINA, s.205.

[546] *Waste - Meksika* olayında taraflardan birinin, yargılamanın başka yerde yapılmasına ilişkin talebi heyet tarafından reddedilmiştir. Bkz: *Waste - Meksika, Venue Decision, ICSID Case AF No:00/3*.; Oysa *Metalclad - United Mexicn States* olayında heyet, NAFTA'nın 1130. maddesine göre taraflar başka bir şekilde kararlaştırmadıkları sürece, yargılama yerinin NAFTA tarafı ülkelerden birinde olacağından bahisle, Kanada olmasına karar vermiştir. Bkz: ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note- Metalclad Corporation - United Mexicon States", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:16, No:1, 2001, s.3.

[547] *ADF Group Inc. - USA* olayında Heyet, tahkim yerinin kural olarak Washington olacağını tespit etmiş ancak, iki tarafın talebi üzerine, gerekli ve uygun olduğu takdirde, tanık dinlemek veya delil toplamak için, Montreal veya başka bir yerde heyetin toplanabileceğine karar vermiştir. Bkz: *ADF Group Inc. - USA, Procedural Order No:2 (Concerning Place of Arbitration), ICSID Case AF No:00/1, p.22.; ADF Group Inc. - USA, Award, ICSID Case AF No:00/1, p.8-26.;* Ayrıca Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.524-527.

Arabuluculuk veya arabuluculuk komisyonunun oluşturulması, aynen tahkim heyetinin teşkili gibidir.[548] (ICSID, m.28-31) Arabulucu komisyon, yetkili olup olmadığına karar verecektir. Uyuşmazlığın, Merkez'in yargı yetkisi içinde olmadığı veya Komisyonun yetki sınırı konusunda itirazları bir ön sorun olarak değerlendirebilir (ICSID, m.32). Heyet bu incelemeyi re'sen de yapabilir.

Arabuluculuk yargılaması, ICSID Sözleşmesi'nin ilgili bölümleri ve başvuru tarihinde yürürlükte olan Merkez'in Arabuluculuk Kurallarına (*Conciliation Rules*) göre yürütülecektir. Yargılamanın, tarafların anlaştığı kurallar veya Arabuluculuk Kuralları veya Sözleşme hükümlerindeki hususları kapsamadığı itirazı yapılırsa, komisyon bu soruna kendisi çözüm bulacaktır (ICSID, m.33).

Komisyon, taraflar arasındaki uyuşmazlığa açıklık getirecek ve her iki tarafça da kabul edilebilecek çözüm getirmeğe çalışacaktır. Yargılamanın her aşamasında taraflara anlaşma şartları tavsiye edebilir. Taraflar, komisyon ile işbirliği içinde olacaklar ve tavsiyelerini dikkatli bir şekilde değerlendireceklerdir. Taraflar anlaşmaya varırlarsa, Komisyon bir rapor hazırlar (ICSID, m.34). ICSID Arabuluculuk Kurallarına göre arabuluculuk başarılı olur ve taraflar arasında bir anlaşma sağlandığında, Komisyon Raporuna bağlanan bu nihai metin bir tahkim veya mahkeme kararı değildir, sadece bir anlaşmadan ibarettir. Bu nedenle ICSID Tahkim kararları gibi taraf ülkelerde icrası mümkün değildir. Hiç şüphe yok ki tarafların aralarında vardıkları anlaşmaya sonradan uymaması ticari ve ahlaki kurallara açıkça aykırılıktır. Ancak bu aykırılığın yaptırımı arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın bir tahkim kararı gibi uygulanması değildir. Şu var ki anlaşmaya uyulmaması yüzünden, uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye

[548] Arabuluculuk yargılaması isteyen herhangi bir akit ülke veya akit ülke vatandaşı isteminin bir örneğini Genel Sekreterliğe yazılı olarak iletir. Sekreter, dilekçeyi diğer tarafa da gönderir. Bu istem, anlaşmazlık konusu ile ilgili bilgileri, tarafların tanıtımını, arabuluculuk ve hakemlik işlemleri için yöntem ve kurallara uygun olarak arabuluculuğa *rızalarını* içerecektir. Genel Sekreter söz konusu talebi, dilekçede yer alan bilgiler ışığında, Merkezin yargı yetkisi dışında bulmadığı takdirde kaydedecektir. Sonradan taraflara kayıt yapıldığını veya reddedildiğini bildirecektir. (ICSID, m.28) 28. maddeye uygun bir istem kaydedildiğinde, hemen Arabuluculuk Komisyonu oluşturulacaktır. Komisyon bir arabulucudan veya tarafların anlaşarak tayin edecekleri tek sayıda arabuluculardan oluşacaktır. Taraflar, arabulucuların sayısında ve atama yönteminde anlaşmazlarsa, Komisyon, ikisi her bir tarafça ayrı ayrı atanacak ve bir de -ki aynı zamanda komisyon Başkanı olacaktır -tarafların anlaşması ile atanacak üç arabulucudan oluşacaktır. (ICSID, m.29) Eğer Komisyon 28. Maddenin 3. paragrafına göre istem kaydının Genel Sekreterlikçe tebliğini izleyen 90 gün içinde veya tarafların daha önce üzerinde anlaştığı bir sürede oluşturulamazsa, Başkan, taraflardan birinin istemi üzerine, her iki tarafa da mümkün olduğunca danışarak atanamayan arabulucu veya arabulucuları atayacaktır. (ICSID, m.30) Arabulucular, Arabulucular Paneli dışından da atanabilir. Ancak, Başkanca 30. maddeye uygun olarak yapılan atamaları yalnızca Arabulucular Panelinden yapılacaktır. Arabulucular Paneli dışından atanan arabulucular 14. maddenin 1. paragrafında dercedilen özellikleri taşımalıdırlar. (ICSID, m.31)

götürülmesi durumunda, tahkim heyeti veya mahkeme bu arabuluculuk anlaşmasını dikkate alacaktır.[549]

Eğer anlaşma sağlanamaz veya Komisyon bu kanaate varırsa veya taraflardan biri yargılamaya katılmazsa durum yine raporda belirtilir (ICSID, m.34). Arabuluculuğun başarısız olması halinde taraflar, ICSID tahkim kurallarına göre buradaki Merkez'in hakemliğine veya bir başka tahkime gidebilirler veya genel hükümlere göre ulusal yargı organlarına götürebilirler.[550]

Taraflar başka bir şekilde anlaşamadığı takdirde, arabuluculuk yargılamasındaki komisyonun tavsiye veya raporuna ya da diğer tarafın öneri, yöntem, açıklama veya görüşlerine dayanarak dava açmaya hak kazanamaz (ICSID, m.35)

Şüphesiz arabuluculuk (ADR veya amiable compositeur) uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde devlet yargısına ve tahkime alternatif teşkil etmektedir. Ancak basitliği ve pratikliğine rağmen, tahkim kararları gibi taraf ülkelerde icrası mümkün olmadığından, arabuluculuk yöntemine nadiren başvurulduğu görülmektedir. ICSID Sözleşme sistemi de bu hizmeti vermesine rağmen arabuluculuk uygulamasına az rastlanmaktadır.[551]

D.Heyet İncelemesi Ve Uygulanacak Hukuk (Esas-Usul)

1.Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim heyeti, uyuşmazlığın çözümünde yetkili olup olmadığına karar verecektir. Uyuşmazlığın, Merkez'in yargı yetkisi içinde olmadığı veya Heyetin yetki sınırı konusunda itirazları bir ön sorun olarak değerlendirebilir (ICSID, m.41). Heyet bu incelemeyi re'sen de yapabilir.[552] Nitekim *Tradex - Albania* (Arnavutluk) olayında tahkim heyeti, Arnavutluk'un, heyetin yetkisi konusundaki itirazını bir ön sorun olarak ele almış ve heyetin söz konusu uyuşmazlığın çözümünde yetkili olduğuna karar vermiş, daha sonra da uyuşmazlığın esasını karara bağlamıştır.[553]

Esasa uygulanacak hukuk, yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin tahkimde, tarafların hak ve borçlarını tespit zımnında, yargılamanın en kritik noktasını oluşturur.

[549] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.354.
[550] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.354.
[551] MEESSEN, s.119-120.
[552] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.59.
[553] *Tradex - Albania, Decision, ICSID Case No:94/2.* (Dava konusu olaylar için Bkz. *Kamulaştırma* konu başlığı)

Çünkü taraflar arasındaki uyuşmazlık, esasa uygulanacak hukuk temelinde sonuçlandırılacaktır.[554] Sözleşme, esasa uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi ilkesini benimsemiştir.[555] Buna göre tahkim heyeti, uyuşmazlığı, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kurallarına göre çözecektir.[556] Taraflar, esasa uygulanacak hukuk konusunda anlaşamazlarsa, uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku ve uluslararası hukuk kuralları uygulanarak, uyuşmazlık çözülecektir. Uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku uygulanacak ise, ilgili devletin kanunlar ihtilafında başvurulan bağlama kuralları da dikkate alınacaktır.[557] (ICSID, m.42/1)

Washington Sözleşmesi'nde, (herhangi bir hukuk seçiminin yokluğunda) taraflardan birini, devletin oluşturduğu uyuşmazlıklarda, taraf devletin hukukunun uygulanacağı yönündeki klasik anlayış korunmuştur. Bu Sözleşme'nin düzenlemeyi amaçladığı yatırım uyuşmazlıklarına konu teşkil eden uluslararası anlaşmalar, genellikle taraf devletin bağımsızlığı, milli kalkınması, yer altı ve üstü zenginlikleri ile yakından ilgili olduğu için, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, kamu menfaatleri mülahazasıyla, taraf devlet hukukunun uyuşmazlığa uygulanması öngörülmüştür. Bu durum yabancı yatırımcılar açısından bir güvensizlik teşkil edeceği için, taraf devletin hukukunun uygulanması, Sözleşme'de, uluslararası hukuk kuralları ile sınırlandırılmıştır. [558]

Tahkim heyeti, esasa uygulanacak hukuk seçiminin yokluğunda, uyuşmazlığın çözümü için taraf ülkenin maddi hukuku ile uluslararası hukuku birlikte dikkate alacaktır (ICSID, m.42/1). Bunun anlamı şudur: Esasa uygulanacak olan taraf ülkenin

---

[554] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.386.

[555] DE CASSIO, s.231.; CHATTERJEE, s. 553.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.59.; Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirli bir ulusal hukuk sistemine tabi tutmak zorunda olmadıkları hususu, 1965 tarihli Washington Sözleşmesi'nin 42(1).maddesinde ifade edilmiştir. Bu hüküm gereği, hakemler, uyuşmazlığı, tarafların kararlaştırmış olduğu kurallara göre çözeceklerdir. Bu hükümden anlaşılan, taraflara tanınan bu seçim hakkının, ulusal hukukların dışında başka hukukun seçimini de kapsadığı yolundadır. Bkz: AKINCI, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, s.84.

[556] Hatta bu tespiti, uyuşmazlığın Merkez'e tevdiinden önce veya sonra yapabilirler. Bununla ilgili bir olay için Bkz: ERTEN, s.220.

[557] Bununla ilgili olarak, bir İtalyan şirketi olan *Kleckner Industries* ile Kamerun Cumhuriyeti arasında çıkan bir yatırım uyuşmazlığında Heyet, Kamerun'un Fransız Hukuku'nun uygulanmasını gösteren bağlama kurallarını dikkate alarak karar vermiştir.Bkz:GIARDINA, s.207-208.; ERTEN, s.219.

[558] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.284. Ev sahibi devlet hukukundaki uluslararası hukuka aykırı gelişmelerin önüne geçmek için yapılan bu düzenleme amacına ulaşabilir mi? Yani taraf devlet uluslararası hukuka aykırı bir işlem yaparsa yabancı yatırımcının haklarının korunması için sözleşmenin yapıldığı andaki mi yoksa dava tarihindeki hukuk mu dikkate alınacaktır. Bu ŞANLI'nın belirttiği gibi zamanla benimsenecek metoda bağlıdır. Ancak burada şu husus özellikle vurgulanmalıdır: Esasa uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde, uyuşmazlığa uygulanacak olan ev sahibi taraf ülkenin hukuku, uluslararası hukuk kuralları ile sınırlandırılmıştır. Bkz: **Aynı Eser**, s.286.; ayrıca Bkz: SASSOON, s.106 vd.

hukuku, uluslararası hukukun minimum standartlarını çiğniyor veya karşılamıyorsa Heyet, yerel hukuku dikkate almayacaktır. Diğer bir ifade ile uluslararası hukuk yerel hukuk üzerinde düzeltici (*corrective*) bir rol oynayacaktır.[559] Tarafların esasa uygulanacak hukuku seçmediği *Santa Elena - Costa Rika* olayında heyet, Kostarika hukukunu, uluslararası hukukun genel kabul gören ilkelerine uyduğu oranda uygulanmasına karar vermiştir.[560]

Burada sözleşmenin yapıldığı andaki hukukun mu yoksa dava tarihindeki hukukun mu dikkate alınacağı belirlenmemiştir. *Kanaatimize göre* sözleşmenin yapıldığı tarihteki hukukun dikkate alınması, yatırımların geleceği hakkında belirlilik ve öngörülebilirlik açılarından uygun düşecektir.[561] Bu nedenle tarafların, esasa uygulanacak hukuku önceden tespit etmelerinde fayda vardır.

Esasa uygulanacak hukuk seçiminin yokluğunda, uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak olan ev sahibi taraf devletin hukukunu sınırlayacak olan uluslararası hukuk kurallarının tespitinde ise BM Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan prensipler dikkate alınmalıdır. Özellikle iyi niyet (*bono fides*), ahde vefa (*pacta sund servanda*), kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, verilen zararların tazmini gibi ilkeler ile uluslararası ticaretin maddi kuralları olan örf adet ve teamüller uygulanacaktır.[562]

Heyet hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getirmeyebilir. Ancak heyet, tarafların anlaşması halinde (taraf devlet veya uluslararası hukuk kurallarına başvurulmadan) hakkaniyet kuralları çerçevesinde uyuşmazlığın çözümüne karar verebilir.[563] (ICSID, m.42/2-3)

Sonuç olarak, tahkim heyeti, uyuşmazlığı, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kurallarına göre çözecektir. Tarafların, esasa uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir seçimi yoksa, uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku (kanunlar ihtilafı kuralları da dahil) ve uluslararası hukuk kuralları uygulanacaktır. Taraf ülkenin hukuku ile uluslararası hukuk çelişiyorsa, uluslararası hukuk kuralları dikkate alınarak karar

---

[559] DE CASSIO, s.232.
[560] *Santa Elena - Costa Rika, **Award***, ICSID Case No:96/1, p.64-65.
[561] Dava tarihindeki hukuk görüşü için Bkz: ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.286.
[562] ŞANLI, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.286.
[563] Taraflar uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını aralarında serbestçe kararlaştırabilir. Böyle bir anlaşma yoksa hakemler uluslararası kuralları ile uygulanacak hukuk sistemini tayin eder. İç tahkimde hakemler, kural olarak hakkaniyet kurallarına göre karar verebilir. Oysa, uluslararası ticarî tahkimde hakemler, kural olarak hakkaniyet kurallarına göre karar veremezler. Ancak, taraflar anlaşmışlarsa, hakemlere hakkaniyet kurallarına göre karar verme yetkisi verebilir. Bu aynı zamanda uluslararası ticari tahkimin, iç tahkime göre objektif olduğu yönünde bir gösterge olarak da ileri sürülmektedir. Bkz: EMEK, **Kamu Hizmeti,** s. 9.

verilecektir. Tarafların bir hukuk seçiminin bulunmadığında öngörülen bu yaklaşımın belirsizlik taşıdığını da belirtmek gerekir. Çünkü günümüzde henüz evrensel düzeyde belirlenmiş ve kabul edilmiş uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları[564] mevcut değildir.[565]

2.Usul Kuralları

Tahkim yargılamasına uygulanacak usul kuralları da taraflarca belirlenebilir. Taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, tarafların tahkime gittikleri tarihteki Merkez'in Tahkim Kuralları ve Sözleşme'nin usul hükümleri uygulanacaktır. Heyet tarafların anlaştığı kurallar veya ICSID Tahkim Kuralları veya Sözleşme hükümlerinde yer almayan bir usul sorunu ile karşılaşırsa, bu soruna kendisi çözüm bulacaktır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Heyet, tarafları belge ve delil göstermeğe çağırabilir, uyuşmazlık mekanını ziyaret edebilir ve uygun gördüğü soruşturmayı yapabilir (ICSID, m.43-44).

Taraflardan birinin yargılamaya katılamaması veya taleplerini sunamaması, diğer tarafın bir hak elde etmesi anlamına gelmez. Bu durumda diğer taraf uyuşmazlığın incelenerek karar verilmesini, heyetten isteyebilir. Heyet, yargılamaya katılmayan veya taleplerini sunmayan tarafa, bunu kasıtlı olarak yapmamışsa, ek bir süre vererek uyarır. Ayrıca heyet, taraflar başka türlü anlaşmadığı takdirde, Merkez'in yargılama yetkisi içinde olmak kaydıyla, ek iddia ve karşı iddiaları değerlendirebilir (ICSID, m.45-46).

Tahkim heyeti, şartların gerektirdiğini düşünüyorsa, her iki tarafın karşılıklı hak ve menfaatlerini korumak için, re'sen veya tarafların isteği üzerine, ihtiyati tedbir tavsiye edebilir (ICSID, m.47). *Marvin Feldman - United Mexican States* olayında heyet geçici tedbir kararı vermiştir.[566] ICSID Tahkim Kuralları, tahkim sözleşmesinde

---

[564] Uluslararası ticaret hukukuna ilişkin maddi hukuk kurallarını yeknesak hale getirmeyi amaçlayan bazı özel çalışmalar olmuştur. Bunlardan birisi de UNIDROIT Enstitüsü tarafından, uluslararası nitelikli bir çok metinden yararlanılarak hazırlanmış olan ve uyuşmazlıkların uluslararası ticari tahkim yoluyla çözülmesini öngören UNIDROIT İlkeleridir. İlkeler, uyuşmazlıkların çözümünde, sözleşme özgürlüğünü, yürürlükte olan teamül ve uygulamaları, taraf iradelerini ve dürüstlük ve iyiniyeti esas almıştır. Ancak çalışma sonunda hazırlanan taslak, özel bir girişim olması ve devletlerin bu konuda destek vermemesi sebebiyle, bugün için hiçbir geçerliliği ve bağlayıcılığı bulunmayan bir metin olarak kalmıştır. Uluslararası ticari tahkim bakımından UNIDROIT İlkeleri hakkında geniş bilgi için Bkz: ORAK, Cem Çağatay, **Milletlerarası Ticari Tahkim Bakımından UNIDROIT İlkeleri**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:3, 2004, s.85-106.

[565] Özellikle geleneksel uluslararası hukuk kurallarının yabancı yatırımcıyı koruma konusundaki yetersizliği (mesela sermaye transferi konusunda yabancı yatırımcının hakları hususundaki belirsizlik) ve bu boşluğun uluslararası sözleşmelerle doldurulduğu görüşü için Bkz:SALACUSE, s.1-4.

[566] *Marvin Feldman - United Mexican States, Decision (Interim), ICSID Case AF No:99/1.*

öngörülmüş olmak şartıyla, tarafların, tahkimin başlamasından önce veya yargılama sırasında, tarafların yargı yerlerinden veya resmi makamlardan geçici tedbir alabileceklerini belirtmektedir.[567]

E.Karar

1.Kararın Alınması

Tahkim heyeti çözüm kararını üye çoğunluğu ile verir.[568] Karar yazılı olur ve oy veren bütün üyeler tarafından imzalanır. Kararda, taraflarca sunulan her sorun ve çözüme ilişkin gerekçeler bulunacaktır. Heyetin herhangi bir üyesi, çoğunluğa katılsa da katılmasa da, karara kendi fikrini veya muhalefet şerhini, ekleyebilir. Merkez, tarafların rızası olmadan kararı kendiliğinden yayınlayamaz (ICSID, m.48). Böylece, tahkim yolunun seçilmesindeki sebeplerden biri olan gizlilik ilkesi burada kendisini göstermektedir.[569]

ICSID tahkim sisteminde kararlar, yeterli (*sufficient*), uygun ve yerinde (*pertinent*) bir muhakeme sonucunda verilmiş olması gerekir. *Kleckner - Camerun*[570] ve *Amco - Endonasia* olayları için verilen tahkim kararlarında, tarafların sunduğu bazı sorunlara (olaylarda esasa uygulanacak hukuk ve tazminatın hesaplanması talepleri söz konusu idi) yeterli, uygun ve yerinde gerekçelerlerle cevap verilmediği vurgulanmış ve

---

[567] Bkz: **ICSID Arbitration Rules**, m.39/5. (http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm); Ayrıca Bkz: ÖZSUNAY, Ergun, **"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle ilgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler"** İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2, Haziran-2003, s.274.

[568] Örneğin *Waste - United Mexican States* kararı oy çokluğu ile verilmiştir. Bkz: *Waste - United Mexican States, Award, ICSID Case No:98/2.*

[569] ERTEN, s.220.; Kural olarak yargılamalar halka kapalıdır. Ancak *UPS - Kanada* davasında tahkim heyeti uyuşmazlığın taraflarının rızası ile duruşmanın sınırlı şekilde canlı yayınlanmasına izin vermiştir. Bkz: PARK/BJORKLUND/COE, s.453.

[570] *Dava konusu olaylar şu şekilde gelişmiştir:* Çok uluslu bir Alman şirketi olan Klöckner ile Kamerun arasında modern teknoloji ve mühendislik kullanılarak Kamerun'da bir gübre fabrikası yapılmasına ilişkin bir yatırım sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmeye göre SOCAME adlı bir joint venture oluşturulmuştur. SOCAME'nin teknik ve ticari yönetimi Klöckner'in sorumluluğuna verilmiştir. Klöckner girişimin %51'ine Kamerun ise %49'una sahip olacaktır. Klöckner, Kamereun'un tarım ekonomisine katkıda bulunacak olan bu fabrikanın bütün fizibilite ve teknik çalışmalarını yapmıştır. Projenin gerçekleştirilmesi uzun dönemli bir finansmana dayalı olarak planlanmıştır. Sözleşme'ye göre Kamerun sadece fabrika için bir yer sağlayacak ve sözleşme bedelini ödemeyi garanti edecektir. Bu sözleşmenin ardından farklı aralıklarla, ilk sözleşmeye atıfta bulunan ve onu yeniden düzenleyen üç sözleşme daha imzalanmıştır. Yapılan bu sözleşmelerin hepsinde, uyuşmazlık halinde ICSID tahkim şartı bulunmaktadır. Garanti edilen bedelin ödenmemesi üzerine çıkan uyuşmazlık üzerine Klöckner, ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır. Bkz: REISMAN, s.51 vd.

bu kararlar (başka sebepler de dikkate alınarak), daha sonra kurulan tahkim heyetleri tarafından iptal edilmiştir.[571]

Tahkim heyeti tarafından verilen karar genel sekreterliğe tevdi edilir. Genel Sekreter, kararın tasdik edilmiş örneklerini taraflara tebliğ eder. Karar tebliğ tarihinde yürürlüğe girer. Kararın verilmesinden itibaren 45 gün içinde, taraflardan birinin başvurusu üzerine, diğer tarafı da haberdar ederek, gözden kaçan bir sorun hakkında ek karar (*supplementary decision*) verebilir veya yazım veya hesap hataları düzeltilebilir. Bu şekilde verilen ek karar veya düzeltilen karar asıl kararın bir parçası olup asıl karar gibi tebliğ edilir.[572] (ICSID, m.49)

2.Kararın Yorumu, Düzeltilmesi ve Geçersiz Kılınması

ICSID tahkim sisteminde, kararın gecikmeden uygulanmasını temin etmek için, kararın ertelenmesi veya geciktirilmesi sonucunu doğuracak hukuki yol öngörülmemiştir. Tabiatında karmaşıklık bulunan uyuşmazlıların acilen çözümü ihtiyacı, ICSID Sözleşmesinin esasını oluşturmuştur. Çünkü kararın gecikmesi veya ertelenmesi, zaman, para veya uyuşmazlıkla ilgili diğer değerli kaynakları tüketmektedir.[573] Ancak buna rağmen, ICSID Sözleşmesi, tahkim heyetinin verdiği kararlara karşı üç çeşit müracaat yolu öngörmektedir. Bunlar kararın yorumu (*interpretion*), düzeltilmesi (*revision*) ve kararın geçersiz kılınması (*annulment* =iptal) talepleridir[574]:

a.Kararın Yorumu

Kararın anlam veya kapsamı hakkında taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkarsa, taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumunu isteyebilir. *Marvin Feldman - United Mexican States* olayında bu imkan kullanılmış ve

[571] GIARDINA, s.212-213.
[572] *Genin - Estonya* olayında, davacının talebi üzerine heyet ek bir karar vermiştir. Ek kararda, esas kararda gözden kaçmış olan İki taraflı yatırım anlaşmasının kamulaştırmaya ilişkin hükümleri tekrar ele alınmıştır. Bkz: *Genin - Estonya, SupplementaryDecision, ICSID Case No:99/2*.
[573] SASSOON, s.107-108.
[574] ICSID Tahkim kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır. Bkz: **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II**, (BİRSEL, Mahmut Tevfik) Sempozyum II. Toplantı Tutanağı, BTHAE, 1999, s.291.

kararın yorumu istenmiştir.[575] Yorum, mümkün ise kararı veren heyet tarafından yapılır. Bu mümkün değilse yeni bir heyet oluşturulur. Yeni heyet gerek görürse eski kararın uygulanmasını durdurabilir (ICSID, m.50).

b.Kararın Düzeltilmesi

Taraflardan biri, kararı etkileyecek yeni maddi vakıaların ortaya çıkması halinde, Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın düzeltilmesini isteyebilir.[576] *Marvin Feldman - United Mexican States* olayında bu imkan kullanılmış ve kararın düzeltilmesi istenmiştir.[577] Ancak bu maddi vakıa, karar verildiği anda heyetçe veya taraflarca bilinmeyen ve başvuruda bulunan tarafın ihmalinden kaynaklanmayan bir gerçek olmalıdır. Başvuru, bu gerçeğin ortaya çıkmasından itibaren 90 gün içinde ve her halde 3 yıl içinde yapılmalıdır. Düzeltme, mümkünse kararı veren heyet tarafından yapılır. Bu mümkün değilse yeni bir heyet oluşturulur. Yeni heyet gerek görürse eski kararın uygulanmasını durdurabilir. Kararın uygulanması, başvuruda durdurma talebi varsa heyetin düzeltme kararına kadar kendiliğinden durur (ICSID, m.51).

c. Kararın Geçersiz Kılınması (İptali)

Taraflardan biri, aşağıda belirtilen sebeplerin varlığı halinde Genel Sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir: a.Tahkim heyetinin uygun bir şekilde oluşturulmadığı, b.heyetin yetkisini aştığı, c.üyelerden birinin rüşvet aldığı, d.yargılamanın temel kurallarının çiğnendiği[578] ve e.kararın dayandığı gerçekleri içermediği sebepleri, kararın geçersiz kılınmasını gerektirecek sebeplerdir. Kararın geçersiz kılınması talebi üzerine hakem panelinden bir *ad hoc* komite oluşturulur. Komiteye atanacak kişilerin daha önce dava ile bir ilgilerinin bulunmaması ve

[575] *Marvin Feldman - United Mexican States, Correction and Interpretation Decision, ICSID Case AF No:99/1.*
[576] *Santa Elena - Costa Rika* olayında, karar düzeltilmesi istenmiştir. Heyet kararı kısmen düzeltmiştir. Bkz: *Santa Elena - Costa Rika,* ***Rectification Award,*** ICSID Case No:96/1.
[577] *Marvin Feldman - United Mexican States, Correction and Interpretation Decision, ICSID Case AF No:99/1*
[578] Nitekim *Waste - United Mexican States* olayında Waste (davacı), Meksika hükümetinin kendisini yargılama işlemlerini yapmaktan engellediğini, dolayısıyla yargılamanın temel kurallarının çiğnendiğini ileri sürmüştür. Ad hoc Komite bu iddiayı incelemiş ve reddetmiştir. Bkz: *Waste Management, Inc. - United Mexican States,* ***Decision,*** ICSID Case No:00/3,

taraflardan birinin vatandaşı olmaması gerekir.[579] Komite kararın yürütülmesini erteleyebilir. Kararın uygulanması, başvuruda durdurma talebi varsa komitenin kararına kadar kendiliğinden durur. Karar komite tarafından geçersiz kılınırsa[580] yeni bir tahkim heyeti oluşturularak yeni bir yargılama yapılır (ICSID, m.52). Her ne kadar ifade edilmese de, komite ve sonuçta yeni heyet, kararı veren heyetin çizdiği sınırdan daha fazla hareket alanı olmasına rağmen, Sözleşme'de öngörülen prosedürü takip ederek karar verecektir.[581] Yeni heyetin vereceği kararın da geçersiz kılınması istenebilir. Bu durum, sınırsız bir döngü doğuracağı için eleştirilmektedir.[582]

ICSID siteminde öngörülen kararın geçersiz kılınması yolunun avantajları olduğu gibi ve dezavantajları da vardır: Aynı veya benzer olaylara dayanan diğer tahkim kararlarıyla tutarlılık (uyum) oluşturmak, hukuki bir hatanın düzeltilmesini sağlamak, kararın tarafsız bir heyet tarafından tekrar gözeden geçirilmesini temin etmek ve kararın etkinliğini gerçekleştirmek sebepleri, kararın iptali yolunun avantajları olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan uygulanabilir nihai karara bir türlü ulaşılamaması, ek zaman kaybı ve masraf doğurması, yeni olayların ortaya çıkması ve sistemin politize olması ise kararın iptali yolunun dezavantajlarını teşkil etmektedir.[583]

Kleckner - Camerun kararı, heyetin esasa uygulanacak hukuku tespit ederek uygulamadığı sebebine dayanarak iptal edilmiştir. İptal kararında Komite "otomatik teknik uyumsuzluk standardı" olarak adlandırılan bir değerlendirme kriteri benimsemiştir. ICSID Sözleşmesinin 42. maddesine göre taraflar esasa uygulanacak hukuku kararlaştırmamışlarsa, heyet ev sahibi devletin hukukunu (bağlama kurallarını

---

[579] Bu komite üyelerinden hiçbirisi kararı veren heyetin üyesi, bu Heyet üyelerinden hiçbirisi ile aynı ülke vatandaşı, anlaşmazlığa taraf olan ülke vatandaşı ve vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı veya aynı anlaşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmış olamazlar. (ICSID, m.52/3)

[580] Karar veya kararın bir parçası geçersiz kılınırsa, tarafları bağlayıcı hukuki sonuç ortadan kalkar. Bu durumda aynı uyuşmazlık hakkında yeni bir karar kurulması gerekir. *Bu bir kaziye-i muhkeme (res judicata) sorunudur.* Hukuka uygun olmayan hakem kararının iptali ile, tarafların hak ve borçları yeniden ele alınmaktadır. Ancak bu yeni yargılama ile iki taraf arasındaki uyuşmazlıkta, her şeyin yerli yerine oturacağı anlamına gelmez. Mesela ilk yargılamada ileri sürülmesi mümkün olmayan deliller, sonraki yargılamada da ileri sürülemez. Ya da, taraflardan birinin ilk yargılamadaki bizzat yaptığı bazı fiiller (iddia, ret, itiraz, inkar, kabul, ikrar vb), ikinci yargılamada bir talep veya iddianın kabulü için engel teşkil edebilir. (estoppel etkisi) Bkz: GIARDINA, s.214-215.; Ayrıca estoppel savunmasının uluslararası hukukta kabul gören unsurları için Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.573.

[581] REISMAN, s.50. Yani ad hoc Komite sözleşme standartlarında bir veya daha fazla ihlal görürse, kararı kısmen veya tamamen iptal edecektir. Bkz: **Aynı Eser**, s.50.

[582] ERTEN, s.222.; Bu durum bir kaziye-i muhkeme sorunudur ve taraflar arasındaki yargılamanın kapsamındaki *tutarlılığı* (coherently) küçültecektir. Bkz: GIARDINA, 216.; Özellikle kararın geçersiz kılınması uygulaması, yatırımcıların güven duygusuna ve mükemmel işleyen ICSID tahkim mekanizmasına olan güvene zarar verecektir. Bu da sistemin geleceği açısından telafisi zor sonuçlar doğuracaktır. Bkz: SASSOON, s.108.

[583] YANNACA-SMALL, Katia, **Improving the System of Investor-State Dispute Settlement,** OECD Working Papers on International Investment, 2006/1, OECD Publishing, 2006, s.11-13.

da dahil olmak üzere), uluslar arası hukuk kurallarını dikkate alarak uygulayacaktır. İşte iptal kararının gerekçesine göre heyet, Kamerun hukukunun bağlama kurallarının, uyuşmazlığın esasına, Fransız hukukunun uygulanması gerektiğine işaret ettiğini, oysa heyetin bunu dikkate almayarak yetkisini aştığını belirtmiştir. Ayrıca çözümün, esasa uygulanacak hukuka göre oluşturulmadığı için fiili olarak yanlış olduğu ve dolayısıyla kararda, kararın dayandığı gerçeklerin bulunmadığı iptal sebebinin varlığı sonucuna ulaşılmıştır. [584]

Diğer bir iptal kararında kurulan ad hoc Komite, "materyal ihlal standardı" (*material violation standard*) olarak adlandırılan bir alternatif temel bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre, heyet esasa uygulanacak hukuku yanlış tatbik etmişse, bu durum bir iptal sebebidir. *Amco - Endonasia* olayında, heyet Endonezya hukukunu uygulayarak karar vermiştir. Olayda, Endonezya makamları yabancı yatırımcının lisansını iptal etmiştir. İptal talebini inceleyen Komite iptal kararında, lisansın iptal prosedüründe ihlallerin olduğunu, yetkili bir makam tarafından lisans iptal uyarısının yapılmadığını ve yatırımcının uygun bir şekilde savunmasının alınmadığını, oysa bu ihlallerin tahkim heyeti tarafından dikkate alınarak karar verilmediğini belirtmiş ve kararı iptal etmiştir.[585]

Sonuç olarak, kararın geçersiz kılınması talebi için öngörülen sebeplerden özellikle, hakemlerin yetkisini aştığı (*excess of power*) ve kararın dayandığı gerçeklerin kararda bulunmaması (*lack of reasoning*) sebepleri, uyuşmazlığın ve kararın yeniden yorum ve uygulanmasında çok büyük zorluklar çıkarmaktadır. Bu halde yeni oluşturulan tahkim heyeti, yapısal ve kapsayıcı yeni bir karar tesis etmek zorunda kalmaktadır. Bu çözüm de değişik sebepler için olsa bile, çok sayıda ve geniş eleştirel yorumları doğurmaktadır. *Amco* ve *Kleckner* olaylarında olduğu gibi ortaya birden fazla tahkim kararı çıkmaktadır. Her iki karara da referansta bulunulmaktadır. Yorumcular bu durumda iptal kararını ayrıntılı analiz etmekte ve uyuşmazlığın esaslı çözümüne ulaşmak için şiddetli yorumlar yapılmaktadır.[586] Bu şekilde, ad hoc komitenin bireysel kararlarının eleştirel argümanlarla tekrar incelenmesi, ICSID tahkim sisteminin fonksiyonel özelliğini kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır.[587] Sonuç olarak

[584] GIARDINA, s.207-208.
[585] GIARDINA, s.209-210. Her iki iptal kararının benimsediği ortak yaklaşım şudur: Esasa uygulanacak hukuk doğru olarak belirlenmeli ve adil ve tarafsız bir şekilde uygulanmalıdır. Daha da ötesi, tahkim kararı, adil ve tarafsız ilkeler ve kriterler temelinde sonuçlanmalıdır. Bkz: Aynı Eser, s.211.
[586] Söz konusu durum, uyuşmazlığa getirilen çözümün esasından bir sapma olarak değerlendirilebilir.
[587] YANNACA-SMALL, Katia, **Improving the System of Investor-State Dispute Settlement,** OECD Working Papers on International Investment, 2006/1, OECD Publishing, 2006, s.4-6.

Sözleşmenin 52/1. maddesinde sayılan iptal sebeplerinin, değerlendirme ve uygulamada somutluk temelinde bir yaklaşımla ele alınması gerekir.[588]

F.Kararın Uygulanması

Bir karar, uygulanamadığı sürece anlamsızdır. Yargılama sonucunun etkinliği, onun uygulanabilirliği ile mümkündür. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (*NY Sözleşmesi*), yabancı hakem kararlarının dünya çapında etkinliğini büyük ölçüde sağlamıştır. Ancak NY Sözleşmesinin V/2-b maddesine göre ülkesinde yabancı bir tahkim kararının tenfizi istenen devlet, kamu politikalarını gerekçe göstererek tenfizden kaçınabilecektir. Ayrıca ev sahibi ülke ile yatırımcının uyruğunda bulunduğu ülke arasındaki ilişkiler ve her iki ülkede karşılıklı malvarlığının bulunması gibi sebepler tenfize engel olabilmektedir. İşte bu nedenlerle ICSID sisteminde, tahkim kararlarının uygulanabilirliği geliştirilmiştir.[589]

ICSID Sözleşmesine göre, **t**ahkim heyetinin verdiği karar taraflar açısından bağlayıcı olacak ve üst bir makama (temyiz) götürülemeyecektir. Taraflar, Sözleşme'de öngörülmüş olan yorum, düzeltme ve geçersiz kılma talepleri üzerine verilen kararlar da dahil olmak üzere, kararın yürütülmesi durdurulmadıkça, kararı uygulamak ve hükümlerini yerine getirmekle yükümlü olacaklardır[590] (ICSID, m.53).

Heyetin verdiği karar, Sözleşme'ye taraf olan bütün ülkeler bakımından bağlayıcıdır.[591] Her üye devlet, kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi mahkemesinin vermiş olduğu karar gibi yerine getirecektir (ICSID, m.54/1). Diğer bir ifade ile, ICSID hükümleri çerçevesinde alınan bir tahkim kararının tenfizi konusunda ulusal mahkemelerin her hangi bir müdahale yetkisi bulunmamaktadır. Tahkim kararları üzerindeki ulusal kontrolü bertaraf eden ICSID'ın

---

[588] GIARDINA, s.205-206.
[589] MEESSEN, s.114-115.
[590] ICSID tarafı devletler kararı, iki sebep dışında mutlaka uygulayacaktır: İlki ICSID m.27'de öngörülen, uyuşmazlığın çözümüne yönelik gayrı resmi girişim hali. İkincisi de ICSID m.64'de öngörülen ICSID Sözleşmesi'nin yorumu. Bkz: DE CASSIO, s.233. (ICSID, m.27:Alınan herhangi bir kararın karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir akit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz. Ancak uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırma amacına yönelik gayri resmi girişimler diplomatik koruma sayılmaz. ICSID, m.64:Bu sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulamayan Akit Devletler arasındaki anlaşmazlıklar Devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde Uluslararası Adalet Divanına götürülür.)
[591] Bu özellik NY Sözleşmesinde bulunmamaktadır. Ev sahibi devlet kamu politikalarını gerekçe göstererek tenfizden kaçınabilir. Bkz:MEESSEN, s.115. Ayrıca Bkz: CHUKWUMERİJE, s 18.

kendisine has bir tanıma ve tenfiz mekanizması vardır. ICSID tahkim sisteminin en temel özelliği olan bağımsızlığı, etkisini, tanıma ve tenfiz mekanizmasında göstermekte ve ulusal mahkemelere bu konuda herhangi bir yetki ve görev bırakmamaktadır.[592] ICSID Sözleşmesinin 54. maddesine göre, üye devletler Sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirmekle yükümlüdür.[593] ICSID Sözleşmesi'nin bu çok önemli özelliğinin diğer bir anlamı da şudur: ICSID Genel Sekreterliği, üye devletten herhangi birine, tahkim kararının tenfizi için doğrudan başvurabilmesidir. Diğer bir ifade ile bir üye devlet, kararı uygulamazsa Genel Sekreterlik bu devletin diğer bir ülkede bulunan malvarlığı için o ülke devletine başvurabilir. Örneğin, Türkiye'nin ödemesi gereken bir meblağ, Türkiye'nin direnmesi halinde, üye devletlerden herhangi birindeki mal varlığıyla tahsil edilebilir.[594] Hiçbir devlet bu yükümlülüğü kendi kanunları ile çeliştiğinden bahisle kararları uygulamaktan kaçınamaz.[595]

Heyet kararının üye ülkede tanınması ve tenfizi için, Genel sekreter tarafından onaylanmış örneğinin, o ülkenin tanıma ve tenfizle yetkili mahkeme veya makamına verilmesi yeterli olacaktır (ICSID, m.54/2). Bu usul, iç hukuklarda ve uluslararası sözleşmelerde yer alan tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili itirazlarını engellemektedir. Böylece tanıma ve tenfiz sırasında, ICSID tahkim kararının niteliği, taraflar arasındaki esas ilişki ve kamu düzenine aykırılık gibi itirazlar ileri sürülemeyecektir.[596] ICSID Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'nden sonra tenfizi en çok teşvik eden ve kolaylaştıran bir niteliğe sahiptir.[597] Kararın icrası, icranın talep edildiği ülke hukukuna göre yapılacaktır.[598] (ICSID, m.54/3)

---

[592] GIARDINA, s.203. Sistemin bağımsızlığının diğer bir sonucu da ICSID tarafı devletler hakemlere ve vatandaşlarına diplomatik himaye uygulayamazlar. (ICSID, m.27) Bkz:**Aynı Eser**, s.203 ve 204.

[593] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.9-10.; Ayrıca Bkz: BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri,** s.532. ve 533.; SASSOON, s.105-106.

[594] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.24.; ICSID, devletlere karşı esas gücünü Dünya Bankası bünyesinde olmasından almaktadır. Dünya Bankasının yaptırım gücünün en önemli yönü, gelişmekte olan ülkelerin Dünya Bankasına borçlu bulunmasıdır. Banka, borçlu devlete açacağı kredilerden kaynakta kesinti yaparak tahsilâtını yapmaktadır. ICSID Sözleşmesi'nin önemini ortaya koyan unsur, Dünya Bankasının gelişmekte olan ülkelere sağladığı bu krediler nedeniyle sahip olduğu yaptırım gücüdür. Bkz: **Aynı Eser**, s.33.

[595] ALTINTAŞ, s.21.

[596] NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.61.; Ancak ICSID sistemi içerisinde verilen tahkim kararının geçersiz kılınması (iptal=annulment) prosedürü, kararların tenfizini geciktirmektedir. Uygulamada ICSID tahkim kararlarının uygulanmasının, NY Sözleşmesi kriterlerine göre tenfizden daha uzun sürdüğü görülmektedir. Bkz: MEESSEN, s.115.

[597] KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, s.82.

[598] Kararın icrası ulusal hukuktaki bağlama kurallarına göre mi yoksa sadece cebri icra kurallarına göre mi uygulanacağı konusu açık değildir. Bu hüküm bazı yazarlar tarafından farklı yorumlanmıştır: Tahkim yargılaması sonunda verilen kararın doğrudan icra gücüne sahip olduğunu, ancak bunun icrasının ulusal

G.Ek İmkan Kuralları

ICSID Merkezi, bir uyuşmazlığın arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümü yollarından başka, bir de Ek İmkan Kuralları (*Additional Facility Rules*) hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. Ek İmkan Kuralları, ICSID Sözleşmesi kapsamı dışında kalan uyuşmazlıkların, ICSID Merkezinin yönetimi altında çözümlenmesi imkanını vermektedir. Bu Kurallara göre, ICSID Sözleşmesi kapsamına girmeyen üç grup uyuşmazlık, Ek İmkan Kuralları çerçevesinde çözümlenebilir[599]:

(a)Taraf şartını yerine getirmeyen uyuşmazlıklar: ICSID Sözleşmesine taraf olmayan bir devlet ile ve/veya ICSID Sözleşmesine taraf olmayan bir devletin yatırımcısı ile ilgili doğrudan bir yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar.

(b) Konu şartını yerine getirmeyen uyuşmazlıklar: ICSID Sözleşmesine taraf olan bir devlet ile yine ICSID Sözleşmesine taraf olan bir devletin uyruğunda olan bir kişi arasında (fakat) yatırım sözleşmesinden doğmayan uyuşmazlıklar.

(c) Bir gerçeğin tespitine dair işlemler: Tarafların bir uyuşmazlığın çözümü için değil, sadece bir gerçeğin tespitine ilişkin talepler (*fact-finding proceedings*). Bu üçüncü grup işlemlerin Ek İmkan Kuralları içinde sayılması bir ihtiyacı karşılamaya yöneliktir. Çünkü, Ek İmkan Kuralları, özel ve kamu sektörlerinde çıkan bu tür tartışmalı durumlarda, hukuki bir uyuşmazlığa düşmeden önce, tarafların farklı algılamalarını önleyerek, gerçeğin tarafsız bir analizine imkan vermektedir. Bu da ICSID Sözleşmesinin mümkün olduğunca kullanışlılığını (*useful*) geliştirmektedir.[600]

Ek İmkan Kurallarına göre verilmiş tahkim kararları, ICSID Sözleşmesine göre verilmiş bir tahkim kararı niteliğinde olmadığı için, ICSID Sözleşmesi kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün değildir.[601] Ancak ICSID Tahkim sistemi Dünya bankası

---

hukuktaki cebri icraya ilişkin kurallara göre yerine getirileceği anlamına geldiği ifade edilmektedir. Bkz: ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** s.9.

[599] DE CASSIO, 233-234.; ICSID Additional Facility Rules, m.2.; (Daha önce yürürlükte olan Ocak 2003 tarihli Additional Facility Rules değiştirilmiştir. Yeni Ek İmkan Kuralları 10 Nisan 2006'da yürürlüğe girmiştir. Yeni Ek İmkan Kurallarının İngilizce metni için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm)

[600] DE CASSIO, s.234.

[601] DE CASSIO, s.234.; *Metalclad - United Mexican States, (Award, ICSID Case AF No:97/1)* olayında karar, ICSID Ek İmkan kuralları çerçevesinde verilmiştir. Bu nedenle kararın tanınması ve tenfizi ICSID kapsamında değil, NY Sözleşmesi kapsamında söz konusudur. Bkz: ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Metalclad Corporation - United Mexican States", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:16, No:1, 2001, s.3.; Böyle bir karar Türkiye'de, New York Sözleşmesine (veya New York Sözleşmesine göre Karşılıklılık Esası yoksa MÖHUK hükümlerine) göre tenfiz edilecektir. BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.533.

bünyesinde teşkilatlandığı için, uyuşmazlık Ek İmkan Kurallarına göre çözülmüş olsa bile, hiçbir devlet bu kararları uygulamaktan kaçınmayı göze alamaz. Çünkü, bu şekilde bir tahkim kararını uygulamaktan kaçınan devlette, lehte tahkim kararı almış olan yatırımcının kendi devletinden koruma talep etmesi ve devletlerin Dünya bankası ve diğer uluslararası kuruluşlar nezdinde kredi kaybetme endişesi söz konusudur.[602]

IV.ICSID TAHKİMİNDEKİ TEMEL UYUŞMAZLIKLAR

ICSID tahkim yargılamasında, genellikle, devletin yabancı yatırım üzerindeki kamulaştırma ve benzeri tasarrufları, tazminat miktarı ve hesaplanması, devletin yabancı yatırım üzerinde uygun ve adil davranma yükümlülüğü, en çok gözetilen ulus kaydı ile ilgili sorunlar, yatırımcının tabiiyetinin tespiti, uyuşmazlığın ulusal hukukla sınırlanmaya çalışılması, ana para, kar veya personel ücretlerinin transferi, yabancı kontrolündeki ulusal yatırımcının ev sahibi devlet ile olan uyuşmazlıkları, ICSID'ın yargılama yetkisi ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konularında, anlaşmazlık çıktığı görülmektedir.

A.Kamulaştırma ve Benzeri Tasarruflar

1.Genel Olarak

Uluslararası hukukta mülkiyet hakkının zorunlu transferi olarak bilinen kamulaştırma kavramı, dolaylı kamulaştırma, gizli kamulaştırma ve sürüngen kamulaştırma kavramlarını da ifade etmektedir. Her ne kadar devletler kamulaştırma halinde tazminat öngören düzenlemelere sahip olsalar da, elinde bulundurdukları kamu gücüne dayanarak, bu konuda iyi niyetli davranmadıkları genellikle kabul edilmektedir. Devletler, antitröst, tüketicinin korunması, güvenlik, çevrenin korunması, arazi planlaması ile ilgili düzenlemeleri gerekçe göstererek telafi edilemez kamulaştırmalar yapabilmektedir.[603]

---

[602] SASSOON, s.108-109.

[603] WAGNER, s.509; YANNACA-SMALL, Katia, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, **Internatıonal Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.45-47.

Mülkiyeti yabancılara ait olan maddi veya gayri maddi malların devlet tarafından kamulaştırılması (*expropriation*) veya kamulaştırma sonucunu doğuran işlemlere[604] (devletleştirme, el koyma vb. tasarruflar) tabi tutulması, uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının başında gelmektedir.[605] Şüphesiz başkalarına ait olan haklara tecavüz veya onlara karşı olan hukuki yükümlülüklerin çiğnenmesi, hukuki sorumluluk gerektirir. İşte bu noktada akla gelen ilk soru, uluslararası hukuka göre devletlerin, yabancılara ait olan malları kamulaştırma ve benzeri tasarruflarla ellerinden alma hakkına sahip olup olmadığı ve eğer böyle bir hak varsa bu hakkın kaynağı ve el koyma işleminin şartlarının ne olduğudur.[606]

Bu sorulara büyük ölçüde cevap veren ilk uluslararası belge Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Devletlerin Doğal Kaynaklar Üzerindeki Haklarına Dair 1962 tarih ve 1803 sayılı Kararı'dır. Kararda kamulaştırma, devletleştirme ve el koyma sonucunu doğuran diğer tasarruflar devletin egemenlik hakları arasında sayılmış ve fakat bazı şartlara tabi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, kamulaştırma, kamu yararı, güvenliği veya ulusal çıkarlar amacıyla ve uygun miktarda tazminat [607] ödenerek yapılabilecektir (m.4). Aynı kararda tazminatın ulusal ve uluslararası hukukun kuralları dikkate alınarak hesaplanacağı, uyuşmazlık halinde ulusal kanun yollarının sonuna kadar kullanılacağı ve karşılıklı anlaşma üzerine uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülebileceği belirtilmiştir. Kamulaştırma ve benzeri nitelikteki tasarruflarla ilgili üçüncü bir şart da, özellikle belli devletlerin vatandaşlarına yöneltilmiş bir "ayrımcılık" içermemesidir.[608] Bu şartlardan herhangi birinin yokluğu kamulaştırma ve benzeri sonuçlar doğuran

---

[604] NAFTA, bu işlemlerin (measures) herhangi bir kanun, düzenleme, prosedür veya uygulama ile yapılabileceğini düzenlemektedir. Bkz: BEAUVAIS, Joel C., **"Regulatory Expropriations Under Nafta: Emergıng Prıncıples & Lingering Doubts"** N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:10, 2002, s.249.; TRAKMAN, s.396.

[605] SARAÇ, s.2.; ALTINTAŞ, s.6.

[606] ALTINTAŞ, s.6.

[607] TİRYAKİOĞLU, s.180.; Uluslararası hukukta kamulaştırma ve devletleştirme işleminde devletlerin uyacağı kurallara ilişkin ilk gelişmeler 19. yüzyılda başlamıştır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika ülkeleri ve Avrupa ülkeleri ile kolonileri arasındaki ilişkilerden çıkmış olan gelenek kurallarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi çabaları 1938'de sonuç vermiştir. ABD Dışişleri Bakanı Cordell HULL tarafından ilk defa ifade edildiği için HULL FORMULA olarak adlandırılan ve aşağıda detaylı ele alınacak olan metod, devletlerin yabancı yatırımları kamulaştırma da, ödenecek tazminatı hesaplarken kullandıkları bir yöntem olmuştur. Bkz: SORNARAJAH, M., **The International Law on Foreign Investment,** Cambridge University Press, Cambridge, 1994, s. 229-230.

[608] SARAÇ, s.2.; ALTINTAŞ, s.7. Aynı şartlar Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nda (NAFTA) da bulunmaktadır. Anlaşma'nın 1110 ve 1105. maddelerinde bir yatırımın kamulaştırılması veya devletleştirilmesinin kamusal amaçlarla ve ayırımcılık yapmama temelinde ve uygun, etkin ve adil bir tazminat karşılığında yapılabileceği belirtilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için Bkz: BEAUVAIS, Joel C., **"Regulatory Expropriations Under Nafta: Emerging Principles & Lingering Doubts"** N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:10, 2002, s. 245-296, özellikle, s. 248 vd.; KURTZ, s.23-25.; Ayrıca Bkz: TRAKMAN, s.398-402.

devlet tasarruflarını hukuki temelden yoksun bırakabilir.[609] Söz konusu şartlardan kamulaştırma ve tazminatın hesaplanması ICSID tahkim yargılamalarında da dava konusu olmuştur. Bu uyuşmazlıklar aşağıda ele alınacaktır.

Diğer yandan (özellikle) dolaylı kamulaştırmalarda işlemin uluslararası hukuka uygun olması için makul (*reasonable*) gerekçe ile yapılması gerekir.[610] Uluslararası yargıya intikal etmiş bazı davalarda (case), mesela devletin makul vergi koyması, şarap üretimini düzenlemek için yeni üzüm yetiştiriciliğini yasaklaması, alkol üretimini düzenlemek için lisans ücreti tespit etmesi makul (*reasonable*) bulunmuştur.[611]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, gelişmiş ülkelerin lehine olan söz konusu kararını etkisiz hale getirmek için gelişmekte olan ülkeler tarafından bir çok girişimde bulunulmuş ve çabalar 1974 yılında sonuç vermiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1974 tarih ve 3281 sayılı kararı, mülkiyeti yabancılara ait malvarlığının tazminat ödenerek kamulaştırılabileceğini, ancak tazminatın hesabında sadece ulusal hukukun dikkate alınacağını, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça her türlü uyuşmazlığın kamulaştırmayı yapan ülkenin yargısı tarafından çözüleceğini belirtmiştir. Ayrıca kamulaştırmanın ancak kamu yararı, güvenliği ve ulusal çıkarlar için yapılmasını öngören yükümlülüğe de yer vermemiştir. Sonuçta sermaye ihraç eden gelişmiş ülkelerin karşı çıktığı bu karar, uluslararası ticari ilişkiler ve yatırımlarda uygulama alanı bulamamıştır.[612]

Burada uluslararası yatırım[613] ve kamulaştırma kavramlarını geniş anlamak gerektiğini belirtmek gerekir. Yatırım kavramı, doğrudan yapılan her türlü fiziki yatırımın yanında, taşınır ve taşınmaz malları, bu mallar üzerindeki ipotek ve rehin haklarını, hisse senetleri veya şirketlere katılımın diğer şekillerini, sınai ve fikri hakları, kanunla veya bir sözleşme ile belirlenmiş imtiyazları ve yatırımla ilgili ekonomik değeri olan diğer hakları da içermektedir.[614] Bu durum yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkin ikili anlaşmalarda özellikle vurgulanmıştır.

---

[609] Devlet, bu hukuki temelden yoksun el koyma işlemi için *ayrıca* tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Bkz: ALTINTAŞ, s.7.

[610] NAFTA (m.1105), yabancı yatırımcıya olan davranışın minimum standardını belirlemiştir:Yatırımcıya uygulanan uygun ve adil muamele ve tam koruma ve güvenlik uluslararası hukuka uygun olması gerekir. Bir başka ifade ile bir NAFTA üyesi ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcıya aynı davransa bile, uluslararası hukuk kuralları dikkate alındığında, NAFTA m.1105'i ihlal etmiş olabilir. Bkz: KURTZ, s.24-25.

[611] WAGNER, s.512.

[612] SARAÇ, s.2.; ALTINTAŞ, s. 8.

[613] NAFTA'nın yatırım kavramını oldukça geniş tuttuğu hakkında Bkz: TRAKMAN, s.395-396.

[614] ALTINTAŞ, s. 8.

Benzer şekilde kamulaştırma kavramı da sadece yabancı yatırımların mülkiyetinin hak sahiplerinin elinden alınması ile sınırlı değildir. Bunun yanında mülkiyete dokunmaksızın işletme yönetimine el konulması, mal ve hizmet satışını engellemeye yönelik ayrımcı veya cezai mahiyette vergilendirmeye gidilmesi, mal veya hizmet sunumunun geçici veya sürekli yasaklanması, kar veya tasfiye bedelleri üzerine cezai mahiyette vergi konulması veya imtiyaz sözleşmesinin iptal edilmesi veya devletin üstlendiği taahhütleri yerine getirmemesi[615] gibi tasarruflar da kamulaştırma benzeri sonuçlar doğurabilir.[616] Ancak bu işlemlerin kamulaştırma benzeri kabul edilebilmesi için ortaya çıkan zararla işlem arasında sebep-sonuç ilişkisinin kurulması gerekir.[617] Ayrıca kamulaştırmadan daha ağır sonuçlar doğuran devletleştirme işlemini de burada saymak gerekir.

2.ICSID Yargılamasından Olaylar

a.Tradex - Albania

Bu olay, kamulaştırmanın ulusal ve özellikle uluslararası unsurlarının gerçekleşmemesi sebebiyle davalının haklı bulunduğu bir yargılamadır. Olayların özeti şu şekildedir: Yunan uyruklu Tradex firması, mühendislik, endüstri ve tarımsal yatırımlar gerçekleştirmek üzere Arnavutluk hükümetinin görevlendirdiği devletin sahipliğindeki T.B.Torovitsa şirketi ile bir joint venture kurulması için anlaşma sağlamıştır (Oran: %67 devlet, %33 Tradex). Arazi, T.B.Torovitsa tarafından tahsis edilecektir. Join venture bu araziyi, tarımsal mühendislik, tarımsal bitki ve ürün yetiştirme, sebze ve meyve yetiştiriciliği, potansiyel hayvan üretimini artırmak, et, süt ve diğer ürünlerin içte ve dışta pazarlanması ile bağlantılı ticari ve tarımsal faaliyetlerde kullanacaktır. Anlaşma 10 yıl sürecek ve süre bitiminde anlaşma tarafların rızasıyla 10 yıl daha uzatılabilecektir. Prosedür işlemlerinin bitmesiyle arazinin kullanımı

---

[615] Mesela PSEG/NACC/Ilgın - Türkiye olayı, YİD Modeli çerçevesinde termik santral yapım ve işletilmesi imtiyaz sözleşmesindeki hazine garantilerinin sağlanmaması, enerji alım ve fon anlaşmaları yapılmaması ile ilgilidir. Bkz: PSEG/NACC/Ilgın - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5.

[616] YANNACA-SMALL, Katia, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, **Internatıonal Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.45-47.

[617] ALTINTAŞ, s. 9. Kamulaştırma ve benzeri işlemler için ayrıca Bkz: BEAUVAIS, s. 257 vd. APPLETON, Barry, **"Regulatory Takings: The International Law Perspective"**, N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:11, 2002, s.35-48, Özellikle ICSID açısından s. 41-42.; DOLZER, Rudolf, **"Indirect Expropriations: New Developments?"** N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:11, 2002, s.64-68.

başlamıştır. Ancak bir süre sonra Tradex ile joint venture arasında anlaşmazlık çıkmış ve joint venture tasfiye edilmiştir. Tradex, tasfiye gerekçesi olarak, arazinin %15'nin Arnavutluk hükümeti tarafından kamulaştırılarak köylülere verildiğini, toplam ürünün %15'nin köylüler tarafından çalındığını ve joint venturenin tehditlerden dolayı çalışmasının imkansız olduğunu, köylülerin çalışanları çeşitli şekillerde meşgul etmesi yüzünden çalışamadığını ve nihayet Arnavutluk hükümetinin Tradex'in elindeki arazinin bir kısmını üzerindeki sığır ve ürünlerle birlikte teslim etmeye zorladığını iddia etmiştir.[618]

Tahkim heyeti yargılamada, ispat yükü ve delil kurallarının usul, yatırım kavramı, kamulaştırma ve tazminatın da esas olarak başlıca tartışmalı konular olduğunu belirtmiştir: Heyet ispat yükünün uluslararası kurallara göre Tradex'e ait olduğuna karar vermiştir. Çünkü kim iddia ediyorsa iddiasına delil göstermekle ve heyeti ikna etmekle yükümlüdür. Delil kuralları konusunda ise ICSID Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre tanık ve bilirkişi ifadelerini delil olarak kabul etmiştir.[619]

Heyet yabancı yatırım kavramının, geniş olarak yorumlanması gerektiğini, Arnavutluk ile Yunanistan arasında yapılan İTY anlaşmasında yatırım kavramının geniş tutulduğunu, Arnavutluk'un yabancı yatırım mevzuatının Tradex'in yatırımını kapsamına aldığını, sonuç olarak uyuşmazlığın ICSID bünyesinde ele alınabilecek nitelikte bir yabancı yatırım uyuşmazlığı olduğuna karar vermiştir.[620]

Heyet, tarafların aralarındaki yatırım anlaşmasına göre esasa uygulanacak hukuk olan Arnavutluk ulusal düzenlemelerine göre kamulaştırma konusunu ele almıştır. Buna göre, kamulaştırma, kanunda gösterilen kamusal amaçlarla, ayrımcılık yapmadan ve kanunda ön görülen prosedüre uygun olarak yapıldığı takdirde hukuka uygundur. Tradex, Arnavutluk hükümetinin yatırım hakkındaki işlemlerinde, söz konusu unsurları ihlal ettiğini ileri sürmemiştir. Sadece, kamulaştırma bedeli olarak uygun, yeterli ve etkin tazminatın ödenmediğini iddia etmiştir. Ancak Tradex, Arnavutluk hükümetinin yaptığı işlemlerin ulusal düzenlemeler anlamında bir kamulaştırma olduğunu ispatlayamamıştır.[621] Bu nedenle yargılama, kamulaştırma işleminin gerçekleşmediğine, dolayısıyla yabancı yatırımcıya, herhangi bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar verilerek sona ermiştir.[622]

---

[618] *Tradex - Albania, Award, ICSID Case No:94/2, p.52-60.*
[619] *Tradex - Albania, Award, ICSID Case No:94/2, p.73-84.*
[620] *Tradex - Albania, Award, ICSID Case No:94/2, p.86-90.*
[621] *Tradex - Albania, Award, ICSID Case No:94/2, p.91-100.*
[622] *Tradex - Albania, Award, ICSID Case No:94/2, p.204-205.*

Tradex - Albania yargılamasında heyet, uyuşmazlığın ICSID kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olduğunu, bir kamulaştırmanın, kanunda gösterilen kamusal amaçlarla, ayrımcılık yapmadan ve kanunda ön görülen prosedüre uygun olarak yapıldığı takdirde hukuka uygun olacağını, somut olayda ise, bu unsurların gerçekleşmediğini belirterek, Arnavutluk makamlarının işlemlerinin kamulaştırma niteliğinde olmadığına karar vermiştir.

b.Metalclad - United Mexican States

Metalclad - United Mexican States olayı, kamulaştırma ile benzer sonuçlar doğuran tasarruflar sebebiyle ev sahibi devletin sorumlu tutulduğu örnek davalardan biridir. Yargılama konusu olaylar şu şekilde gelişmiştir: Meksika Federal hükümeti, ABD uyruklu Metalclad şirketi tarafından kontrol edilen bir ulusal şirkete (COTERİN) 1992 yılında, zararlı atıkların dönüşümü istasyonu kurma ve işletme izni vermiştir. İstasyonun yapımı, yerel yönetimin, çeşitli resmi veya gayri resmi engelleme girişimlerine rağmen 1995 yılında tamamlanmıştır. Ancak bölge vatandaşları ve çevreciler, yerel yönetimin şirkete istasyonu işletme izni vermemesini sağlamışlardır. Bunun üzerine Metalclad, Ulusal Ekoloji Enstitüsünden federal nitelikli ek bir izin almıştır. Buna rağmen, 1996 sonunda yerel yönetim, istasyonu, bir üniversiteden aldığı rapora istinaden, yerel su kaynaklarını kirlettiği ve çevreye zarar verdiği gerekçesiyle, istasyonu tamamen kapatmıştır. 1997 yılında söz konusu alan Devlet bakanlığı tarafından seyrek bulunan bir kaktüs türünün korunması için "doğal alan" olarak ilan edilmiştir. Metalclad, işlemin kamulaştırma sonucunu doğuran bir işlem olduğunu, girişimin zarar olarak ortaya çıkan adil piyasa değerinin kendilerine ödenmesi talebi ile ICSID tahkim yargılamasına başvurmuşlardır.[623]

Tahkim heyeti, Meksika makamlarının, esasa uygulanacak olan NAFTA hükümlerini, iki açıdan ihlal ettiğini belirtmiştir: Birincisi, devlet makamları uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yatırımcı ile yaptıkları sözleşmeye göre, uygun ve adil (*fair and equitable*) davranma yükümlülüğünü[624] (minimum davranış standardı)

[623] *Metalclad - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No: 97/1, p.28-69.*; Kararın değerlendirmesi ayrıca Bkz: WAGNER, s.484-486.; BEAUVAIS, s.268 vd.

[624] Ev sahibi devletin yabancı yatırım hakkında uygun ve adil davranma yükümlülüğünün asgari standardı konusu aslında ICSID yargılamasında ortaya çıkan önemli sorunlardan biridir. Ancak bu yükümlülük genellikle devletlerin yatırımcının mülkiyet hakkına müdahalesi içinde karşımıza çıktığından ayrı bir başlık halinde ele alınmamıştır.

çiğnemişlerdir. İkincisi, Meksika makamları, kesin gerekli olmamasına rağmen, Metalclad'ın yatırımını dolaylı olarak kamulaştırılmıştır.

Heyet, birinci ihlalde, Meksika makamlarının uluslararası hukuk çerçevesinde yatırımcı ile yapılan sözleşmeye uymadıklarını, uygun ve adil davranmadıklarını tespit etmiştir (NAFTA, m.1105). Bu sonuca iki durumdan ulaşmıştır: İlki, Meksika mevzuatının, istasyonun inşa ve işletilmesi için yerel yönetimden izin alınacağına dair açık bir düzenleme içermemesidir. Diğeri ise, işlemlerdeki düzensizliktir ki bu durumda Metalclad, NAFTA'ya göre, devlet makamlarından uygun ve adil davranmalarını bekleyecektir.[625] Bu durumda şeffaflıktan yoksunluk (*lack of transparency*) söz konusudur. Heyet, bu olayda Meksika makamlarının, Metalclad'ın yatırımı için şeffaf ve tahmin edilebilir bir çerçeve çizerek koruma görevine uymadığı sonucuna varmıştır.[626]

İkinci ihlal olarak belirlenen, dolaylı kamulaştırmada heyet, NAFTA'nın doğrudan veya dolaylı kamulaştırma ve benzeri sonuçlar doğuran işlemler hakkında öngördüğü şartlara (NAFTA, m.1110) atıf yaparak, Meksika Hükümetinin işleminin dolaylı kamulaştırma olduğuna karar vermiştir. Çünkü malvarlığının tamamına veya bir kısmına devlet lehine resmi veya gayrı resmi el konulması, (yatırımcının) malın ekonomik yararından önemli biçimde mahrum bırakılması kamulaştırma sonucunu doğurmaktadır. Hatta devletin bunda menfaati olmasa bile sonuç değişmez. Oysa NAFTA, kamulaştırmanın, a.kamusal amaçlarla, b.ayırımcılık yapmama temelinde, c.NAFTA ve ulusal hukukta öngörülen prosedüre uygun olarak ve d.adil piyasa değerinde tazminat ödeyerek yapılabileceğini öngörmektedir.[627]

Metalclad - United Mexican States olayında heyet, yatırımcı hakkında uygulanacak olan işlem ve düzenlemelerin açıklığı (belirlilik) ve şeffaflığı ile uygun ve adil davranma arasındaki bağlantıya işaret etmiştir. Yani, mevzuatta karmaşa ve belirsizlik ev sahibi devletin yatırımcıya uygun ve adil davranmasını engelleyecektir. Ayrıca, heyet, devletin menfaati bulunmasa bile (yatırımcının) malın ekonomik yararından önemli biçimde mahrum bırakılmasını kamulaştırma olarak değerlendirmiştir.

c.Robert Azinian - United Mexican States

[625] *Metalclad - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No: 97/1, p.74-101.*
[626] DE CASSIO, s.236.; KURTZ, s.30; BISHOP/RUSSELL, s.544-547.
[627] *Metalclad - United Mexican States, Award, ICSID Case No: 97/1, p.102-112.;* Ayrıca Bkz: APPLETON, s.43-44.; KURTZ, s.30-31; BISHOP/RUSSELL, s.559.

Bu olay, ICSID Ek İmkan Kuralları çerçevesinde NAFTA'ya göre karara bağlanmış olan ve çok taraflı uluslararası enstrümanların yönettiği yatırım öngörüleri kapsamında çıkmış bir yatırım uyuşmazlığıdır.[628] Davacı Robert Azinian ve diğerleri, DESONA adlı bir Meksika şirketinin ortaklarıdır. DESONA, Meksiko City yakınlarında bir şehirde, yerel yönetim ile katı atıkların toplanması ve imha edilmesi konusunda bir imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır. Kısa bir süre sonra, şehir meclisi, imtiyaz sözleşmesinin yerine getirilmesinde düzensizlikler tespit edildiği gerekçesiyle imtiyazı iptal etmiştir. DESONA, bu karara karşı dava açmışsa da, şehir meclisinin tespit ettiği 27 hukuka aykırı durumdan dokuz tanesi ispatlandığı için, dava reddedilmiştir. Anayasal zorunluluktan dolayı başvurulan Federal mahkeme de DESONA'nın imtiyaz sözleşmesini bile bile yerine getirmediği için haksız olduğu sonucuna varmıştır. Bunun üzerine DESONA, NAFTA'ya dayanarak ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır.[629]

Davacı DESONA, yargılamada, Meksika makamlarının NAFTA'nın kamulaştırma ve tazminatı düzenleyen 1110. ve devletin uygun ve adil davranma yükümlülüğünü düzenleyen 1105. maddelerini çiğnediğini iddia etmiştir. Meksika hükümeti ise, dava konusu imtiyazın iptali işleminin kamulaştırma ve benzer sonuç doğuran bir işlem olmadığını, çünkü DESONA'nın kendi yükümlülüklerini yerine getirmediğini, Meksika makamlarının NAFTA'da öngörülen devletin yabancı yatırımlara karşı davranışlarının asgari standardını (*minimum standart of treatment*) belirleyen hükümlerini ihlal etmediğini savunmuştur.[630] Sonuçta, Meksika, bütün iddialarda haklı bulunmuştur. Ayrıca, şehir meclisinin ve ulusal mahkemelerin verdiği kararların uluslararası hukuka uygun olduğu belirtilmiştir.[631]

Robert Azinian - United Mexican States yargılamasında en önemli husus, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen yabancı yatırımcının, yatırım faaliyetine son verilmesi kamulaştırma benzeri tasarruf olarak görülmemesidir. Diğer yandan devletin, ikili veya çok taraflı sözleşmelerde (olayda NAFTA) düzenlenen ve uluslararası hukuk tarafından kabul gören asgari davranış standartları (uygun ve adil) içinde hareket etmesi gerektiğinin vurgulanmasıdır.

---

[628] ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Robert Azinian - United Mexican States Award" ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:14, No:2, 1999, s.538.

[629] Robert Azinian - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:97/2, p.4-24.

[630] *Robert Azinian - United Mexican States, Award, ICSID Case No:97/2, p.85-124.;* Meksika, DESONA'nın ortaklarından birinin Arjantin vatandaşı olması ve Arjantin'in de NAFTA'nın üyesi olmaması sebebiyle davanın reddini istemişse de Heyet, kontrol esasına dayanarak yargılamayı sürdürmüştür. Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.522-523

[631] DE CASSIO, s.234-235.; BISHOP/RUSSELL, s.557-559, 565-567.

d.Waste - United Mexican States

Waste - United Mexican States olayı, ICSID Ek İmkan Kuralları çerçevesinde karara bağlanmış bulunan ve dava konusu kamulaştırma olan ve üzerinde çok tartışılan ICSID tahkim kararlarından birisidir. Hatta heyet üyelerinden birisi, karşı görüş bildirmiştir.[632] Dolayısıyla karar oy çokluğu ile verilmiştir. Dava konusu olaylar şu şekilde özetlenebilir: ABD uyruklu Waste Management Inc., (Meksika'da ve Meksika kanunlarına göre kurulmuş olan yavru şirketi -Acaverde- vasıtasıyla) yerel yönetim ile, konusu kamu atıklarının yönetim hizmeti olan bir imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır. İmtiyaz sözleşmesinin yerel yönetim tarafından iptal edilmesi üzerine davacı WASTE ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır.[633]

Bu olayda, davanın esası olan kamulaştırmadan ziyade, NAFTA'nın 1121/2-b maddesinde öngörülen davacının yerel çarelere başvurma veya devam etme hakkından vazgeçme şartlarını yerine getirip getirmediği sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır.[634] Sonuç olarak heyet, davacının yerel çareleri başlatma hakkından vazgeçmediğini, dolayısıyla NAFTA gereklerini yerine getirmediğini, bu yüzden heyetin bu uyuşmazlığı yargılama yetkisinin bulunmadığını ve Meksika hükümetinin haklı olduğuna karar vermiştir. Kararda, davacı tarafından atanan hakem karşı görüş bildirmiştir.[635]

Olayda ICSID tahkim heyeti, yatırım anlaşmasında veya ikili veya çok taraflı sözleşmelerde öngörülen, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle yerel makamlara başvuru ve (veya bu haktan vazgeçme/anlaşarak bu yolu bertaraf etme halinde) bundan sonuç alınamadığı takdirde ICSID tahkim yargılaması yapılabileceğine dair önemli bir karar vermiştir.

e.S.D. Myers Inc. - Canada

---

[632] FLORES, Gonzalo, "Intoductory Note-Waste - United mexican States, Award-ICSID Case AF No:98/2", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:15, No:1, 2000, s.211-213.
[633] *Waste - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:98/2, p.4-7.*
[634] DE CASSIO, s.238.
[635] Waste - United Mexican States, Award, ICSID Case No:98/2.; Ayrıca Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.514-519.

S.D. Myers Inc. - Canada olayı, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcıya "ayırımcılık yaptığı ve makul davranmadığı" iddiasının[636] ele alındığı ilginç bir yargılamadır. Yargılama, NAFTA ve UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde ele alınmıştır: S.D. Myers, PCB adlı kimyasal maddenin üretimi, işlenmesi ve dağıtımı ile uğraşan ve Kanada'da faaliyet gösteren bir ABD şirketidir. Kanada, çevrenin korunması gerekçesi ile PCB atıklarının ABD'ye ihracını onbeş ay boyunca yasaklamıştır. Şirketin iddiasına göre, 10 milyon dolar ve artı ücret, bedel ve kardan mahrumiyet söz konusudur. Tahkim heyeti, öncelikle yatırım ve yatırımcı kavramlarını ele almış, daha sonra bu yasaklamanın çevrenin korunması amacı ile yapılıp yapılmadığını incelemiştir. Yargılama sonunda Heyet, yasaklama tedbirini, geçici olmasından ve devletin mal veya menfaatlere doğrudan veya dolaylı olarak el koymasına ilişkin yeterli delil olmaması sebebiyle, kamulaştırma veya benzer sonuç doğuran işlem (NAFTA m.1110'a aykırılık) olarak görmemiştir. Ancak heyet, incelemesinde, fiili ayırımcılık argümanını kullanmış ve bu yasaklamanın, ABD şirketlerini hedef alan (NAFTA m.1102'yi ihlal eden) gizli ticari ve ayırımcı bir tedbir olduğu sonucuna varmıştır. NAFTA m.1105'e (minimum davranış standardı) aykırılık incelemesinde ise, Heyet, Kanada hükümetinin işlemini haksız ve uluslararası hukuk kurallarına göre kabul edilemez nitelikte bulmuştur. Sonuç olarak, Heyet, Kanada'nın, yabancı yatırımcıya ayırımcı davrandığı ve adil ve makul davranma yükümlülüğünü ihlal ettiğine ve S.D.Myers'a tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. [637]

f.Ethyl - Canada

Ethyl - Canada olayı da, yabancı yatırımcıya "ayırımcılık yapıldığı ve yatırımın dolaylı olarak kamulaştırıldığı" iddiasının incelendiği davalardan biridir. Dava konusu olayların özeti şu şekildedir: Kanada, Nisan 1997'de MMT adlı kimyasal maddenin ithalatını ve eyaletler arasında ticaretini suç sayan bir düzenleme (MMT Act) yapmıştır. Otomobil üreticileri, MMT maddesinin otomobillerin diagnostic sistemine ve atıklarının da çevreye zarar verdiğini ileri sürmüştür. Kanada Çevre Sağlık Yönetimi de, MMT

[636] Tahkim yargılamasında, NAFTA m.1102 (National Treatment), m.1105 (Minimum Standard of Treatment), m.1106 (Performance Requirements) ve m.1110 (Expropriation) ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Heyet bu iddialardan ilk ikisini kabul etmiş, diğerlerini reddetmiştir. Bkz:KURTZ, s.31.

[637] KURTZ, s.31-34.; APPLETON, s.44.; Ayrıca Bkz: WAGNER, s.491-495.; BEAUVAIS, s.272-273.; BISHOP/RUSSELL, s.538-541, 549-550, 553-554, 560-561 ve 570. Ayrıca kararın yatırım ve yatırımcı kavramları, esasa uygulanacak hukuk, deliller açısından değerlendirilmesi hakkında Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.510, 528, 530.

bileşenlerinin insanda nörolojik etkisinin olduğunu belirtmiştir. Kanun'un yapılmasından beş gün sonra ve fakat yürürlüğünden on bir gün önce, ABD uyruklu Ethyl şirketi, Kanada'daki MMT maddesinin tek ithalatçı, üretici ve pazarlamacısı olan yavru şirketi ile birlikte NAFTA uyarınca tahkim prosedürünü başlatmıştır. Ethyl, bu düzenlemenin dolaylı kamulaştırma olduğunu, kendisine tazminat ödenmesi gerektiğini iddia etmiştir. Ethyl, MMT maddesinin Kanada'da satış ve karının durduğunu, maddenin Kanada'da değer kaybettiğini, bu düzenleme yüzünden dünya piyasalarındaki fiyatın düştüğünü, sürdürülen lobi faaliyeti sebebiyle zarara uğradığını ve nihayet itibar kaybettiğini ileri sürmüş ve tazminatın bu sebeplerden doğan kayıplara dayandığını ifade etmiştir. Davacı, bu düzenlemenin asıl amacının, çevre ve sağlığın korunmasından ziyade ulusal endüstriyi korumaya yönelik ayırımcı bir teşebbüs olduğunu iddia etmiştir. Ethyl'e göre, bu yasaklama çevre ve sağlık için olsa idi, Kanada bu işlemi Kanada çevre Koruma Kanunu'na göre yapması gerekirdi, oysa Kanada hükümetinin elinde yasaklamayı destekleyecek herhangi bir bilimsel sonuç yoktur. Ethyl firmasına göre bu durumda Kanada yasaklamanın insan hayatı ve sağlığı için gerekliliğini ispat etmek zorundadır.[638]

Tahkim heyeti düzenlemenin NAFTA m.1101 anlamında yatırımcıya yönelmiş bir işlem (*measure*) olarak kabul etmiş ve yargılamanın devamına karar vermiştir.[639] Kanada, NAFTA'nın aradığı rıza şartının yerine gelmediğini iddia etmişse de Heyet, NAFTA'nın bu rıza şartını bir önşart olarak belirlediğini ancak tanımlamadığını ifade ederek, yargılamada bunun yerine geldiğine karar vermiştir.[640] Uyuşmazlığın çözümünde NAFTA Anlaşması ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının uygulanacağını ve NAFTA'nın (sınırlayıcı değil) geniş ve liberal olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ve nihayet işlem yüzünden, Ethyl şirketinin, hem Kanada'da hem de ABD'de zarara uğradığını kabul etmiştir.[641] Ancak Heyet, Ethyl'in MMT maddesinin yasaklanmasına ilişkin kanunun yürürlüğe girmesinden önce tahkim yargılamasını başlattığı için, yargılama masraflarının Ethyl tarafından ödenmesine karar vermiştir.[642]

---

[638] WAGNER, s.486-491.; BISHOP/RUSSELL, s.506.
[639] BISHOP/RUSSELL, s.508 ve 511.
[640] BISHOP/RUSSELL, s.513-514. Kanada bu davada, davacı Ethyl'in tahkim bildirisinde, MMT düzenlemesi önerisinden bahsettiğini, ancak tahkim yargılamasında MMT düzenlemesine dayandığını, böylece ifade değiştirdiği gibi ilginç bir itirazda bulunmuştur. Heyet burada bir önyargı olmadığını kabul etmiş ve Kanada'nın itirazını reddetmiştir. Bkz: **Aynı Eser**, s.519-520.
[641] BISHOP/RUSSELL, s.527-528 ve 563.
[642] BISHOP/RUSSELL, s.571-572.

Ethyl - Canada olayında heyetin, uyuşmazlığın çözümünde devletler arasındaki NAFTA Anlaşması ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına işaret etmesi dikkat çekicidir. Olayda NAFTA'nın (sınırlayıcı değil) geniş ve liberal olarak yorumlanması gerektiğini belirtmesi yabancı yatırımların teşvik edilmesi amacına uygun bir yorumdur. Diğer yandan kararda, henüz yürürlüğe girmemiş bir kanuna dayanarak tahkim yargılamasını başlatmanın kabul edilemezliğini belirtmesi ve yargılama masraflarını davacıya yüklemesi isabetlidir.

g.Marvin Feldman - United Mexican States

Marvin Feldman - United Mexican States olayı, ev sahibi devletin ek vergiler yoluyla yabancı yatırıma karşı ulusal muamele ve minimum davranış standardı prensiplerini ihlal etmesi ve dolaylı kamulaştırma işlemi yapması ile ilgili önemli bir ICSID yargılamasıdır. ABD uyruklu Marvin Feldman'ın kontrolünde bulunan CEMSA adlı Meksika şirketi tütün üretimi, ithalatı ve ihracatı ile iştigal etmektedir. Meksika hükümetinin tütün ürünlerinin ihracatına bazı ek vergileri uygulamasıyla uyuşmazlık çıkmış ve Feldman tarafından ICSID tahkim prosedürü başlatılmıştır. Feldman, Meksika hükümetinin NAFTA'da öngörülen, yabancı yatırıma karşı ulusal muamele, asgari standartta davranışta bulunma yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve ek vergilerle dolaylı kamulaştırma yaptığını ileri sürmüştür. Meksika hükümeti bu iddiaları reddetmiştir.[643]

Tahkim heyeti, dolaylı kamulaştırma iddiasını kabul etmemiştir. Çünkü verginin, tütün ihracatı yapan bütün şirketler hakkında uygulandığını, aslında hükümetin bütün tasarruflarının şirketleri olumsuz etkileme potansiyeli bulunduğunu, dolayısıyla doğrudan veya dolaylı bir kamulaştırma olmadığını tespit etmiştir. Heyet kararında *Robert Azinian - United Mexican States* kararına atıf yapmış ve yabancı yatırımcının kendi yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğine işaret etmiştir. Ancak, Meksika hükümetinin, *S.D. Myers - Canada* kararına atıfta bulunarak, yabancı yatırımcıya uygun ve adil davranmadığını ve ayırımcılık yaptığına karar vermiştir.[644]

Marvin Feldman - United Mexican States olayında da heyet, kamulaştırma unsurlarının oluşmadığı sebebiyle bu iddiayı kabul etmemekle beraber, devlet makamlarının uygun ve adil davranmadığına ve ayırımcılık yaptığına karar vermiştir.

[643] *Marvin Feldman - United Mexican States, ICSID Case AF No:99/1, p. 6-23.*
[644] *Marvin Feldman - United Mexican States, ICSID Case AF No:99/1, p. 135-137.*

Çünkü, yatırımcının sektörün büyük bir bölümünü elinde bulundurması halinde, bütün şirketlere sınırlama getirilmiş gözükse de aslında hedef yabancı yatırımcıdır. Olayda da heyet bu durumu tespit ettiği için bu yönde bir karar vermiştir.

h.Cement Shipping - Egypt

Ev sahibi devletin, "yabancı yatırımcının iştigal konusu olan malın ithalini yasaklaması yoluyla kamulaştırma benzeri tasarrufta bulunması ve bu yüzden tazminat ödemeye mahkum edilmesi" konusunun ele alındığı bir dava da *Cement Shipping - Egypt* olayıdır. Olayda Yunan uyruklu Meadle East Cement Shipping (Cement) şirketi, Mısır'da çimento ithali ile uğraşmaktadır. Bir süre sonra ilgili bakanlık, Gri Portland çimentosunun ülkeye ithalini yasaklamıştır. Cement şirketi bu yüzden zarara uğramış ve zararın tazmini için ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır.[645]

Heyet, Mısır makamlarının işlemini, Mısır Çimento Ofisi'nin bağlantılarını istisna tutması ve böylece Mısır ile Yunanistan arasında yapılan İTY anlaşmasına aykırı davranıldığı ve Mısır'ın Cement şirketine yeterli (*adequate*), anında (*prompt*) ve etkili (*effective*) tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir.[646]

ı.Goetz - Burundi

Cement Shipping - Egypt olayına benzer bir olay da *Goetz - Burundi* yargılamasına konu olmuştur. Belçika vatandaşı Goetz ve beş ortağı, 1995 yılında aldıkları Serbest Bölge Sertifikası ile değerli madenlerin işletilmesi ve ticareti ile uğraşmaktadır. Burundi Serbest Bölge rejimi, yatırımcılara gümrük ve vergi istisnası sağlamaktadır. Ancak Sertifikanın verilmesinden iki yıl sonra, Burundi, maden çıkarılması ile uğraşan şirketler hakkında serbest bölge hükümlerinin bundan sonra uygulanmayacağını açıklamış ve Sertifikayı iptal etmiştir. İptal, Belçika'lı ortakları zarara uğratmıştır. Bu nedenle, Goetz ve arkadaşları, Belçika/Lüksemburg Ekonomik Birliği ile Burundi arasında yapılan İTY anlaşmasında yer alan ICSID tahkim rızasına istinaden, ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır. Heyet, İTY anlaşmasındaki hükümlere aykırılıktan dolayı Burundi'nin Goetz'e tazminat ödemesi gerektiğine karar

[645] *Cement Shipping - Egypt, Award, ICSID Case No:99/6, p.81-85.*
[646] *Cement Shipping - Egypt, Award, ICSID Case No:99/6, p.178.*

vermiştir. Kararın verilmesinden sonra Burundi, tazminatı ödemeyi kabul etmiş ve yeni bir serbest bölge rejimi uygulamaya başlamıştır.[647]

i.Tanzania ESC - Independent Power TL

Tanzania ESC - Independent Power TL olayı, devletin garanti ettiği elektrik alım tarifesini yerine getirmemesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya karşı başlattığı prosedür üzerine görülen bir yargılamadır. Davacı (*Claiment*) Tanzania ESC, devletin sahibi olduğu ve elektrik üretimi, tedariki ve iletiminden sorumlu bir kamu girişimidir. Davalı (*Respondent*) Independent Power TL, aynı konuda faaliyet gösteren, üç şirketin sahipliğinde Tanzanya kanunlarına göre kurulmuş bir Joint Venture'dir ve hisselerinin %70'i Malezya uyruklu şirketlerin kontrolündedir. Hem Tanzanya hem de Malezya ICSID Sözleşmesi'nin tarafıdır. Tanzania ESC ile Independent TL arasında, bir elektrik santralının inşası, işletilmesi ve iletimi projesinin gerçekleştirilmesi ve elektrik alımı konusunda bir anlaşma (*power purchase agreement*) yapılmıştır. Anlaşmaya göre Tanzania ESC, üretilen enerjinin tarifede belirlenen miktarını gösterilen bedel üzerinden satın almayı garanti etmektedir. Ardından Tanzanya hükümeti ile Independent TL arasında yatırım anlaşmasının uygulanması ve garantisini konu alan bir esas sözleşme yapılmış ve yürürlüğe girmiştir. Independent TL, projenin gerçekleştirilmesi ve bazı dönüşümler için bazı yabancı şirketlerle bir dizi anlaşma yapmıştır. Tanzania ESC, bu gelişmeleri gerekçe göstererek tarifeleri yerine getirmemiş ve bu gelişmelere paralel olarak tarifelerde değişiklik yapılması gerektiğinden bahisle ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır. Heyet bu olayda, Tanzania ESC ile Independent TL arasında yapılan enerji alım anlaşmasının ve daha sonra Independent TL ile hükümet arasında imzalanan uygulama ve garanti sözleşmelerinin geçerli olduğunu ve ev sahibi devletin bu anlaşmalarla üstlendiği taahhütleri yerine getirmesi gerektiğine karar vermiştir.[648]

Tanzania ESC - Independent Power TL olayı, PSEG/NACC/Ilgın girişiminin Türkiye aleyhine başlatmış olduğu ICSID tahkim yargılamasına benzemektedir. Kararda ev sahibi devletin imtiyaz sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle kanuni düzenleme ve uygulamaları

[647] OBADIA, Eloise, Introductory Note-Goetz - Burundi, Award, ICSID Case No:95/3, ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:15, No:2, 2000, s.454-456. (Karar, Fransızca olarak verilmiş ve yayınlanmıştır.)
[648] Tanzania ESC - Independent Power TL, Award, ICSID Case No:98/8. (Karar özetlenerek alınmıştır.)

sözleşme kapsamındaki yükümlülükler yönünde yapması gerekir. Bu arada yabancı yatırımcının da yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği heyet tarafından ifade edilmiştir.

3.Kamulaştırma ile İlgili Değerlendirme

Yabancı yatırımların korunması ile ile ilgili çoğu uluslararası belgede, ev sahibi devletin yabancı yatırımları kamulaştırma ve benzeri işlemlere tabi tutabilmesi için, işlemin kamusal amaçlar için yapılması, hukuk tarafından öngörülen prosedürlere uyulması, ayırımcılık yapılmaması ve uygun tazminatın ödenmesi şartlarının gerçekleştirilmesi öngörülmektedir.[649]

Bununla birlikte tahkim uygulamasında somut olaylarla ilgili diğer bazı ölçütlere yer verilmektedir: Mesela, kamulaştırma işleminin telafi edilebilir veya telafi edilemez nitelikte olmasına, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının mülkiyet hakkına müdahalesinde, müdahalenin derecesine, dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda, somut olaylarda kamulaştırma işleminin yatırımcı üzerindeki şiddetli ekonomik etkisi ve işlemin süresi önem taşımaktadır. Yine aynı şekilde kamulaştırma işleminin niteliği ve içeriği, makul olması ve müdahalenin kaldırılması beklentisi işlemin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken unsurlardır. Ve nihayet ev sahibi devletin yabancı yatırımlar üzerindeki uygulamalarına da bakmak gerekir.[650]

Kamulaştırma ve benzeri tasarruflar konusunda özetle şunları söylemek münkündür: a-Kamulaştırma ister doğrudan ister dolaylı olsun, uluslararası hukuka göre yeterli, zamanında ve uygun tazminatın verilmesi gerekir. b-Devletin yabancı yatırımcının mülkiyet hakkına müdahalesinde, müdahalenin derecesi, içeriği, makul olması ve müdahalenin kaldırılması beklentisi ve devlşetin uygulamaları somut olaylarda dikkate alınması gerekir. c-Müdahalenin sadece yatırımcıya olan etkisine değil, çevreye, insan sağlığı ve güvenliğinin korunmasına, ayırımcılık yapılmaması esasına, pazar bütünlüğü ve sosyal politikalara olan etkilerine de bakmak lazımdır.

---

[649] Bu belgelerden önemli bazıları: World Bank Guidelines (1992) Section IV, Energy Charter Treaty (1994) m.13, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Birinci Protokolü m.1, OECD Anlaşması (1967) m.3, MAI Taslağı m.5, NAFTA m.1110, Bkz: YANNACA-SMALL, Katia, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, **Internatıonal Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.48 vd.

[650] YANNACA-SMALL, Katia, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, **Internatıonal Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.43-72.

B.Tazminatın Hesaplanması

1.Genel Olarak

ABD Dışişleri Bakanı Cordell HULL tarafından ilk defa tanıtımı yapıldığı için HULL FORMULA olarak adlandırılan yöntem, mülkiyeti yabancılara ait malvarlığının kamulaştırma ve benzeri tasarruflara tabi tutulması halinde, kamulaştırmayı yapan devlet tarafından ödenecek tazminata ilişkin şartları içermektedir. Bu yönteme göre ödenecek tazminat, yeterli (*adequate*), anında (*prompt*) ve etkili (*effective*) olmalıdır. Yani tazminat, kamulaştırılan malvarlığının adil piyasa değerini temsil etmelidir, makul bir süre içinde nakit ve peşin olarak ödenmeli, gecikme varsa faiz içermelidir. Uluslararası geçerliliği olan konvertibıl bir para birimi ile ödenmelidir.[651] Gelişmekte olan ülkelerin karşı çıkmasına rağmen bu yöntem, tazminat ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınan bir kural haline gelmiştir.[652] Aşağıda ele alınacağı gibi, ICSID yargılamalarında da bu yönteme başvurulmaktadır.[653]

Tazminatın hesaplanması kamulaştırılacak malvarlığının türüne göre değişiklik göstermektedir. Mesela, kurulu tesislerin ve uzun süreli kamu imtiyazlarının, kamulaştırılmasında yatırımın piyasa değerinin yanında beklenen kazançlar da dikkate alınabilmektedir. Yine sürüncemede bırakılan kamulaştırmalarda, tazminatın belirlenmesi daha da zorlaşmakta, dolayısıyla uyuşmazlığı çözecek olan hakemlerin uzmanlığı daha da önem kazanmaktadır.[654]

2.ICSID Yargılamasından Olaylar

a.Metalclad - United Mexican States

Metalclad firması, tazminatın (zararın) hesaplanması için iki yöntem teklif etmiştir: Biricisi, yatırımın adil piyasa değerini tespit için gelecek (beklenen) karın nakit akışı analizinden indirim yapılması (*discounted cash flow analysis of future profits*). İkincisi, Metalclad'ın arazideki gerçek yatırımının değeri (*actual investment*). Meksika

[651] APPLETON, s.39.; SALACUSE, s.24.; SORNARAJAH, s.229-230.; ALTINTAŞ, s.9-10.; Ayrıca Bkz:GIARDINA, s.212-214.
[652] ALTINTAŞ, s. 9-10.
[653] Örnek olarak Bkz: Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. - Costa Rica
[654] ALTINTAŞ, s.10.

ise, üçüncü bir yöntem olarak, COTERİN'in yatırımının ana mala çevrilmesi (*market capitalization*) yöntemini önermiştir. Heyet bu yöntemlerden Metalclad'ın arazideki gerçek yatırım değerinin dikkate alınarak, yatırımın adil piyasa değerinin tespit edilmesine karar vermiştir. Heyete göre, nakit akışı analizi yöntemi için, şirketin daha önceki elde ettiği kar ve bildirdiği vergi oranı gibi unsurların[655] göz önünde bulundurulması gerekir. Oysa COTERİN, istasyonu neredeyse hiç işletmemiştir. Bu nedenle yatırımın gerçek değeri yöntemini (*actual investment*) uygulamıştır. Ayrıca Heyet, faizin tazminatın bir parçası olduğunu ve devletin uluslararası sorumluluğunun başladığı tarihten itibaren uygulanması gerektiğini belirtmiştir.[656]

b.Santa Elena, S.A. - Costa Rica

Compania del Desarello de Santa Elena S.A., ortaklarının çoğunluğu ABD vatandaşı olan Costa Rika uyruklu bir şirkettir. Kostarika makamlarının şirkete ait malvarlığını kamulaştırması ile ortaya çıkan uyuşmazlık üzerine, Santa Elena tarafından ICSID tahkim prosedürü başlatılmıştır: Santa Elena, deniz kenarında bir eğlence, eğitim ve turizm merkezi inşası için Kostarika makamları ile sözleşme imzalamıştır. Ancak muhafazakar bölge halkı bu yapılaşmaya karşı çıkmıştır. Bu arada Kostarika makamları, inşaatın yanındaki Santa Rosa Parkının genişletilmesini gerekçe göstererek inşaatı durdurmuş ve şirketin malvarlığının bir kısmını kamulaştırmıştır. Kamulaştırma bedeli olarak da belli bir miktar teklif etmiştir. Buna karşılık Santa Elena tazminatın hesaplanmasında bazı kriterlerin dikkate alınmadığını bu nedenle daha yüksek bir tazminat verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Olayda uyuşmazlığın temelinde devletin kamulaştırma hakkı veya amaçları değil, tazminatın miktarı ve kamulaştırmanın sınırları olmuştur.[657]

Heyet bu olayda tazminatın[658] belirlenmesi ile ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur: Birincisi, uluslararası hukuk, devletlerin, kendi ülkesindeki yabancılara ait malları, kamusal amaçlarla ve yeterli (*adequate*), anında (*prompt*) ve etkili (*effective*)

---

[655] NAFTA (m.1110/2-c), tazminatın hesaplanması için adil piyasa değerinin tespitinde, kamulaştırma tarihinden hemen önceki durumunun dikkate alınacağını, bunun da bildirdiği vergi oranı gibi unsurlarla tespit edilebileceğini öngörmektedir. Yani NAFTA devletin kamusal amaçla kamu gücünü kullanarak kamulaştırma yetkisini sınırlandırmamıştır. Ancak devlet iyi niyetli (bono fide) uygulama ile kamulaştırma yapması halinde yatırımcıya tazminat ödeyecektir. Bkz:DE CASSIO, s.42-43.

[656] *Metalclad - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No: 97/1, p.113-129.;* Ayrıca Bkz: BISHOP/RUSSELL, s.568-570.

[657] *Santa Elena - Costa Rika, **Award***, ICSID Case No:96/1, p.15-22.

[658] Ödenmesi gereken tazminat, tam (*full*), yeterli (*adequate*), uygun (*approprite*), adil (*fair*), makul (*reasonable*) ve bazan da piyasa değeri (*market value*) kelimeleri ile ifade edilmektedir.

tazminat ödeyerek kamulaştırmasını meşru görmektedir. İkincisi, hangi sebeple olursa olsun[659] kamulaştırma yapılmışsa ödenmesi gereken tazminatı etkilemeyecektir. Yani, kamulaştırma, çevrenin korunması - b. gibi övgüye değer ve hayırlı bir gerekçe için olsa bile yeterli tazminat ödenecektir. Diğer yandan kamulaştırılan malın hangi tarihteki değerinin dikkate alınacağı da karara bağlanmıştır. Buna göre davacı, dava tarihindeki değerin, davalı devlet ise, kamulaştırma kararının verildiği tarihin göz önünde tutulması gerektiğini iddia etmişlerdir. Heyet, Kararda, devletin kamulaştırma yoluyla, malvarlığının sahipliğini, zilyetliğini, menfaat veya ekonomik kullanımını sınırlandırma konusunda geniş bir yetkisinin bulunduğunu belirtmiş ve kamulaştırma kararının verildiği tarihin dikkate alınacağını ifade etmiştir. Bu tarihte kamulaştırma yapılan bölgedeki ekonomik durum ve gelişmeler dikkate alınarak tazminat belirlenmiştir.[660] Ayrıca heyet tahkim kararının verildiği tarihten itibaren faizin ödenmesine de karar vermiştir.[661]

C.Yatırımcının Uyruğu Ve Yabancı Kontrolü

1.Genel Olarak

Uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerine göre, şirketler, kanunları gereği kuruldukları ve tüzel kişilik kazandıkları devletin uyruğunda değerlendirilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1970 tarihli bir kararında bu durum açıkça dile getirilmiştir.[662]

Uluslararası nitelikli yabancı yatırım uyuşmazlıklarında öncelikle bakılması gereken husus, yatırımın yapıldığı ülkede şube açma, adi iş ortaklığı ve benzeri suretle ayrı bir tüzel kişilik bulunmadan yatırım gerçekleştirilmişse, işlemi yapan devletin muhatabı, merkezi yurt dışında bulunan şirkettir.[663] Bu durumda ICSID yargılaması

---

[659] NAFTA'ya göre devletin polis gücü kullanarak kamulaştırma yapması halinde iyiniyeti olsa bile tazminat ödemesi gerektiğini kapsamına almaktadır. APPLETON, s.42-43.
[660] *Santa Elena - Costa Rika, Award,* ICSID Case No:96/1, p.68-95. Özellikle 68-74, 75, 77, 85-92.
[661] *Santa Elena - Costa Rica, Award,* ICSID Case No:96/1, p.107.
[662] Kanada kanunlarına göre kurulmuş olan ve fakat hisselerinin çoğunluğu Belçika vatandaşlarına ait olan Barcelona Traction Company, İspanya devletinin haksız işlemleri sonucu zarar görmüştür. Olayda vatandaşlarının zararlarının telafisini isteyen Belçika'nın başvurusu Divan tarafından reddedilmiştir. Kararda şirketin gördüğü zararları talep hakkının, uyruğunda bulunduğu Kanada devletine ait olduğu belirtilmiştir. Bkz: ALTINTAŞ, s.10-11.
[663] ALTINTAŞ, s. 11.Veya Devletler Genel Hukuku anlamında uyruğunda bulunulan devlettir.

açısından herhangi bir problem yoktur. Çünkü Washington Sözleşmesi, devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını konu almıştır.

Buna karşılık yatırım, ev sahibi ülke kanunlarına göre tüzel kişilik kurmak veya kurulmuş olan bir tüzel kişiliğe ortak olmak suretiyle gerçekleştirilmişse, sermayesi ve ortakları yabancı olmasına rağmen ICSID tahkiminden yararlanamayacaktır. Çünkü yabancı yatırımcılar genelde yatırımlarını yerli ortaklarla birlikte yapmakta ve yatırım amacıyla kurulan (veya daha önce kurulmuş olan ve ortak olunan) şirket, ev sahibi ülkenin uyrukluğunu taşımaktadır. Halbuki bu şirketlerin sermayesinin çoğunluğu veya şirketin yönetimi yabancıların elinde bulunabilir. Veya yabancı şirketin yavru şirketi şeklinde de olabilir. Bu durumda ICSID Sözleşmesi gereği tahkimde taraf olmak için aranan, diğer taraf devlet vatandaşı olma şartı gerçekleşmemekte ve Sözleşme'nin uygulama alanı daralmaktadır. İşte Sözleşme, bunu engellemek için yabancı kontrolü esasını getirmektedir (ICSID, m.25/2-b) Bu esasa göre ev sahibi ülke kanunlarına göre kurulmuş olan ve fakat yabancı kontrolündeki şirketler de, yatırım yaptıkları ülkede, diğer bir taraf devlet vatandaşı gibi muamele görebilirler. Ancak bu esasın uygulanabilmesi için tarafların bu esas konusunda anlaşmış olmaları gerekir.[664]

2. ICSID Yargılamasından Olaylar

a.Autopista - Venezuela

Autopista - Venezuela olayı yabancı kontrolünün el değiştirmesi ile diğer devlet vatandaşı muamelesi ve yabancı kontrolü ilkesine ev sahibi devletin rızası ve diplomatik koruma konularının ele alındığı bir uyuşmazlıktır: Autopista, ABD uyruklu ICATECH şirketi tarafından kontrol edilen bir Venezuella firmasıdır. Autopista, Venezuella Bayındırlık Bakanlığı ile, iki tane anayolun yapım, bakım ve onarımı konusunda imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır (1996). Sözleşmede ICSID tahkim kaydı da bulunmaktadır.[665]

Tahkim heyetinin teşkilinden sonra Venezuella, ICSID sözleşmesinin iki hükmüne aykırılıktan dolayı ICSID'ın yargı yetkisine itiraz etmiştir: Birinci itiraz, ICSID 25/2-b maddesine göre Autopista'nın kontrolünün el değiştirmesi ile diğer devlet vatandaşı gibi kabul edilmediği ve yabancı kontrolü konseptine Venezuella'nın razı

[664] ERTEN, s.217.
[665] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.5-14.

olmadığıdır. Çünkü imtiyaz sözleşmesi yapıldığı sırada Autopista, Meksika uyruklu ICA Holdingin ICA adlı Meksika uyruklu yavru şirketi tarafından kontrol edilmektedir. 1998 yılında, Autopista'nın paylarının %75'i Autopista'nın müracaatı üzerine Bakanlığın izni ile, ABD uyruklu ICATECH şirketine devredilmiştir. Bakanlık, bu izni, ICA Holdingin, imtiyaz sözleşmesindeki finansal garantileri yerine getireceğini kabul etmesinden sonra onaylamıştır. Bu teze göre, Autopista, Meksika kanunlarına göre kurulmuş ICA Holding tarafından kontrol edilmekte olduğu ve Meksika'nın da ICSID Sözleşmesi'nin tarafı olmadığından dolayı heyetin yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Diğer yandan Venezüella, ICSID yargılamasına rıza vermesinin, Autopista'yı ABD vatandaşı (diğer bir taraf devlet vatandaşı) olarak kabul etmesi anlamına gelmeyeceğini ileri sürmüştür. Venezüella'nın ikinci itirazı, Meksika hükümetinin ICA Holding tarafından doğrulanan diplomatik koruma girişimidir ki bu durum heyetin yargılama yetkisini ortadan kaldırmaktadır. [666]

Heyet, tarafların kabul edebileceği makul bir yabancı kontrol tanımı araştırmıştır. Heyet önce tarafların yaptığı tahkim şartının geçerli olduğunu tespit etmiştir. Daha sonra, diğer taraf devlet vatandaşı gereklerini ele almıştır. Heyete göre, vatandaşlığın tayininde uluslararası hukukta ve uygulamada farklı kriterlerin uygulandığını, ancak genelde şirket merkezi (*place of incorporation*) veya tescil yeri (*register*) esasının yaygın olduğunu belirtmiştir.[667]

Heyet daha sonra, yabancı kontrolü konseptini belirlemeye çalışmıştır. ICSID Sözleşmesi'nde yabancı kontrolü tanımlanmamıştır. Bu yüzden, bu kavramın esnek ve geniş yorumlanması gerektiğini, olayda da ve pay sahipliği, oy hakkı gibi unsurların dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Heyet etkili kontrol unsurunu uygulamamıştır.[668]

Heyet, Autopista'nın paylarının %75'inin devredilmesi durumunun, ICSID tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceğini, yatırımcıyı (Autopista) kontrol eden ICATECH firmasının, ICSID 25/2. maddesi anlamında diğer taraf devlet vatandaşı niteliğini taşıdığını belirtmiştir. Çünkü ICATECH bir ABD firmasıdır ve ABD, ICSID Sözleşmesinin tarafıdır.[669] Meksika'nın diplomatik koruma girişimi ise, Meksika'nın ICSID sözleşmesi tarafı olmadığı, dolayısıyla girişimin, ICSID 27. maddesi anlamında

[666] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.38-56.
[667] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.105-109.
[668] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.110-116..
[669] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.133-134. Heyet, bu olayın Banro American - Congo olayından farklı olduğunu, çünkü o olayda payların transferinin hükümet onayına tabi tutulmadığını ve tarafların yabancı kontrolünü akdi olarak belirlemediklerini ifade etmiştir. Bkz: p.143., Diğer bir fark da Banro American - Congo olayında paylar, aynı grupta yer alan şirketler arasında el değiştirmiştir. Bkz: Banro American - Congo, (Excerpts) Award, ICSID Case No: 98/7, p.14.

devletlerin kendi vatandaşlarına diplomatik himaye sağlama yasağını ihlal eden bir durum olmadığına karar vermiştir.[670] Nihai kararında ise heyet, Venezuella'nın imtiyaz sözleşmesini ihlal ettiğine ve tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.[671]

Sonuç olarak heyete göre, bir şirketin paylarının, ICSID Sözleşmesi gereği diğer taraf devlet vatandaşı niteliği taşıyan bir kişiye, ev sahibi devletin rızasıyla devredilmesi durumunda, payları devralan, ICSID tahkim yargılamasında taraf olabilecektir. Olayda payların devrine Bakanlık onay vermiştir. Diğer yandan heyet isabetli olarak, ICSID üyesi olmayan bir devletin diplomatik koruma girişiminin, yargılama sürecine etkili olmayacağına karar vermiştir.

b.Banro American - Congo

Yabancı kontrolündeki şirketlerle ilgili diğer bir olay da *Banro American - Congo* uyuşmazlığıdır. Tarafların rızası olmadıkça ICSID kararları yayınlanamaz. Bu olayda taraflar kararın sadece belirli kısımlarının yayınlanmasına izin vermişlerdir. Takdim notunda belirtilenlere göre olaylar şu şekilde gelişmiştir: Kanada uyruklu Banro R.C. şirketi, Banro American adlı ABD firmasının sahibidir. Banro American firmasının Sakima adlı, Banro R.C. şirketinin ise Sominki isimli (Kongo'da madencilik ile uğraşan) yavru şirketleri vardır. Sominki şirketi madencilik arama ve geliştirme konusunda Kongo ile bir imtiyaz sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşmenin süresi bitince Sominki ve Banro R.C., Kongo ile yeni bir imtiyaz sözleşmesi imzalamışlardır. Sözleşme, imtiyaz hakkını, Sakima'ya devretmekte ve ICSID tahkim şartı içermektedir. Bir süre sonra, Kongo hükümeti madencilik imtiyaz sözleşmesinin ihlal edildiğini ileri sürerek imtiyazı iptal etmiş ve Sakima'nın malvarlığını kamulaştırmıştır. Bunun üzerine Banro R.C. elinde bulundurduğu Sakima hisselerini Banro American firmasına devretmiştir. Banro American ise, imtiyaz sözleşmesindeki tahkim kaydına dayanarak ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır.[672]

c.Diğer Örnekler

[670] Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5, p.135-140.
[671] Autopista - Venezuela, Award, ICSID Case No:00/5.
[672] ……., Introductory Note-Banro American - Congo, (Excerpts) Award, ICSID Case No: 98/7, ICSID Revıew-Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:2, 2002, s.1-2.; Tarafların yayınlanmasına izin verdikleri kısmi karar metni için Bkz: Banro - Congo, (Excerpts) Award, ICSID Case No: 98/7.

Yabancı kontrolü ilkesi ile ilgili bir olayda ICSID tahkim heyeti, sözleşmedeki söz konusu prensibin uygulanacağına karar vermiştir: *Holiday Inns ve Occidental Petroleum Corporation* şirketleri Fas'ta dört tane otel inşası için bir yavru şirket kurmuşlardır. Çıkan uyuşmazlıkta ana şirketlerle beraber yavru şirket de ICSID tahkimine başvurmuştur. Tahkim heyeti, Fas devletinin, aralarındaki tahkim kaydında, yabancı kontrolü yüzünden yabancı diğer bir taraf devlet vatandaşı gibi muamele görme kaydının bulunmadığı yönündeki itirazını kabul etmiştir. Kararda, ev sahibi ülke tabiiyetindeki bir şirketin, yabancı kontrolü sebebiyle yabancı muamele görebilmesi için açıkça kararlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.[673]

Yabancı kontrolü ile ilgili diğer bir uyuşmazlıkta tahkim heyeti farklı bir gerekçe ile farklı bir sonuca ulaşmıştır: Olayda *Amco-Asia* Endonezya kanunlarına göre kurulmuş olan ve merkezi orada bulunan ve fakat *Pan American Development* adlı bir amerikan şirketi ile ortak olan bir şirkettir. Çıkan uyuşmazlıkta Endonezya devleti, Amco-Asia'nın bir Endonezya şirketi olduğunu, yatırım anlaşmasında yabancı kontrolü yüzünden bu şirketin yabancı sayılacağına dair açık bir hükmün bulunmadığını, dolayısıyla ICSID'ın yargı yetkisinin olmadığını ileri sürerek itiraz etmiştir. Tahkim heyeti, tarafların, bu girişimin yabancı kontrolünde olduğunu bildiklerinden dolayı yabancı kontrolü ilkesini kabul ettiklerine karar vermiştir. Anlaşmanın şekline ilişkin bir şart da bulunmadığından Endonezya'nın itirazları reddedilmiştir.[674]

Bir başka olayda Amerikan *AMT* firması, Zaire kanunlarına göre kurduğu bir yavru şirket aracılığı ile Zaire'de bir yatırım gerçekleştirmiştir. Ancak bu yatırım bir ayaklanma neticesinde yağmalanmıştır. Yavru şirket, ABD ile Zaire arasındaki İTY anlaşmasına dayanarak, Zaire'den zararını tazmin etmesini istemiştir. Zaire bu talebi kabul etmeyince Amerikan firması, "*parent company*" olarak ICSID'e gitmiş ve zararını tazmin ettirmiştir.[675]

3.Kararların Değerlendirilmesi

ICSID Sözleşmesi, devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını konu almıştır. Buna göre, ICSID üyesi bir devlet vatandaşı, ICSID üyesi ev sahibi devlete karşı dava açabilecektir. Ayrıca ev sahibi ülke kanunlarına göre kurulmuş olan ve fakat yabancı kontrolündeki şirketler de, yatırım yaptıkları ülkede,

[673] ERTEN, s.217.
[674] ERTEN, s.218.
[675] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.34.

diğer bir taraf devlet vatandaşı gibi muamele görebilirler. Ancak bu esasın uygulanabilmesi için tarafların bu esas konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Yabancı kontrolü ilkesi, uluslararası nitelikli uyuşmazlıklar için yatırım yapılan ev sahibi devlete karşı ICSID yargılaması başlatabilmek için öngörülmüştür. Bu prensibi geniş yorumlamak uluslararası yatırımların teşviki amacına uygun olacaktır. Esasında günümüzde pay sahipliği çok kolay el değiştirebildiğinden, bunu tespit kolay değildir. Bu nedenle, devlet yatırımları için, süreç bakımından diğer tahkim yargılamalarına göre daha güvenli olan ICSID tahkimine gitmek daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

D.Uyuşmazlığın Ulusal Hukukla Sınırlı Tutulması

Calvo Şartı, yabancı yatırımcının ev sahibi devlet ile aralarında çıkan uyuşmazlıkta uyruğunda bulunduğu devletin diplomatik korumasından kendi rızası ile vazgeçtiğine dair bir anlaşma maddesidir.[676] Arjantin'li hukukçu ve diplomat Carlos CALVO[677] tarafından geliştirildiği için O'nun adıyla anılan bu şart, belli bir dönem Latin Amerika ülkeleri ile yabancı şirketler arasında imzalanan imtiyaz ve yatırım anlaşmalarının hemen hemen tamamında yer almıştır.[678] Buna göre, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlığa, ev sahibi ülkenin (*host state*) mahkemeleri bakacak ve uyuşmazlığa ev sahibi ülkenin hukuku uygulanacaktır.[679] Ancak bu şart günümüzde yatırım anlaşmalarında genellikle yer almamaktadır. Ancak yukarıda Esasa Uygulanacak Hukuk konusunda ele alındığı gibi tarafların kararlaştırması halinde, uyuşmazlığa ev sahibi ülkenin hukuku uygulanabilecektir.

Calvo Şartı dört unsurdan oluşmaktadır: Bunlar, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcıların eşitliği, ev sahibi devletin kanun veya yargı yoluyla yatırımcının iş veya yatırımına sınırlama getirebilmesi[680], ev sahibi devletin iç savaş veya karışıklık yüzünden zarar gören yabancı yatırımcıya tazminat ödeme yükümlülüğünün

---

[676] A clause in an agreement between a host state and a foreign investor that says that the investor will not seek the diplomatic assistance of its home state in resolving disputes with the host state. Bkz: http://www.legamedia.net

[677] Bkz: http://www.encyclopedia.com (Calvo Clause maddesi)

[678] Latin Amerika ülkelerinde, Calvo Şartı ve diğer ticari kuralların gelişim süreci için Bkz: TAWIL, **The Role of Arbitration,** s.1-17. Özellikle s.5 vd. Erişim için Bkz: http://www.ag-internet.com ; SCHRIJVER, Nicolaas Jan, **Sovereignty Over Natural Resources:Balancing Rights And Duties in An Interdependent World,** Rijksuniversiteit Groningen, 1995, s.165 vd. (Erişim için Bkz: http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/)

[679] MEESSEN, s.116.

[680] Calvo doktrini ilkelerine göre, ulusal olmayan hiçbir yargılama kararı, devletin egemenlik gücünü sınırlandıramaz. Bkz: SASSOON, s.101.

bulunmaması ve nihayet yatırımcının uyruğunda bulunduğu devletin yatırım ilişkisine müdahalede bulunmaması.[681] Bunlardan sonuncusuna göre, yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devlet arasında imzalanacak yatırım, iş ve imtiyaz sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıklar, sadece taraf devletin hukuk sistemi içerisinde çözümlenebilecek, sözleşmenin diğer tarafı olan yabancı yatırımcı, uyruğunda bulunduğu devletin diplomatik korumasından yararlanamayacaktır. Bu şart ile uyuşmazlığın çözümü yerel hukuk ile sınırlandırılmakta ve yabancı yatırımcı, uluslararası hukuk kurallarının kendisine tanıdığı imkanlardan ve uyruğunda bulunduğu devletin diplomatik himayesinden kendi isteği ile vazgeçmektedir.[682]

Yabancı yatırımcının kendi devletinin diplomatik himayesinden vazgeçtiğini, herhangi bir yatırım anlaşmasına koysa bile, devletleri gerektiği zaman, uyuşmazlığa müdahaleden alıkoyamayacağı genelde kabul edilmektedir. Ancak yabancı yatırımcıya, kendi ülkesi, diplomatik himaye sağlarsa, er geç ev sahibi ülke buna misilleme (*retaliatory action*) ile karşılık verebilir. Bu diplomatik koruma veya misillemelerin başarısı ise devletlerin politik veya ekonomik gücüne bağlıdır. Bazen küçük devletler bile ekonomik sıkıntılarına dayanmak istiyorlarsa, tazminat ödemekten bile kaçınabilmektedirler. Bazen de ekonomisi sağlam devletler, tazminat için savaşmaktansa, daha az tepkili bir davranış sergileyerek, ticari ilişkilerin devamını tercih edebilmektedir.[683]

Ancak uyuşmazlığın yerel yargı ile sınırlanmasını öngören sözleşme hükümleri taraflar açısından hukuken geçerlidir.[684] Ayrıca, uyuşmazlıklar için yerel yargıya başvuru şartı bazı İTY anlaşmalarında da bulunmaktadır.[685]

Sonuç olarak, Calvo Şartı, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcıların eşitliğini ifade ederken, ev sahibi devletin de hukuki yollardan yabancı yatırım sınırlama getirebilmesini öngörmektedir. Eşitlik ilkesi, bugün ülkemiz de dahil yabancı yatırımı

---

[681] SCHRIJVER, s.165-166.; Şüphesiz ki bu şartlar, kamulaştırma ile ilgili uluslararası standartlar açısından kabul edilemez. Yukarıda ele alındığı gibi bu standartlar, kamulaştırmanın kamusal amaçlarla gerçekleştirilmesi, ayrımcılık yapılmaması ve uygun tazminat ödenmesi idi. Bu durum, geçen yıllarda Latin Amerika ülkelerinde Calvo Şartına karşı tavır değişikliğine sebep oldu. Bunda özellikle ICSID ve MIGA Sözleşmelerinin yaygın bir şekilde kabule mahzar olması ve İkili yatırım anlaşmalarının artışı etkili olmuştur. Bkz: SCHRIJVER, s.166 ve 171.; Ayrıca Bkz: MEESSEN, s.118-119.

[682] ALTINTAŞ, s.12.

[683] MEESSEN, s.117-118.

[684] ALTINTAŞ, s.13. Yazar, Calvo Şartı'nın özellikle uyuşmazlığın yerel hukuk ile sınırlanmasına ilişkin bölümünün, uluslararası hukukta uygulamasına ilişkin 1920'li yıllardan iki örnek vermektedir. North-American Dredging Company Case ve El Oro Mining Company Case, Bkz: s.13. Bu olaylardan American Dredging Company Case hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için Bkz: SCHRIJVER, s.166-167.

[685] TAWIL, **The Role of Arbitration,** s.10.

artırmak isteyen ülkelerin mevzuatında yer almaktadır. Buna karşılık ev sahibi devletin yatırım hakkındaki işlemleri uluslararası hukuk kuralları ile sınırlı tutulmaktadır. Diğer yandan, ev sahibi devletin iç savaş veya karışıklık yüzünden zarar gören yabancı yatırımcıya tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmaması ise geçerliliğini yitirmiş bir unsur olarak gözükmektedir. Çünkü MIGA Anlaşması bu tür riskleri kapsamına almaktadır. Ve nihayet Calvo Şartının son unsuru olan yatırımcının uyruğunda bulunduğu devletin yatırım ilişkisine müdahalede bulunmaması, diplomatik koruma bakımından geçerliliğini korumaktadır.

E.En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

ICSID tahkim yargılamalarında karşılaşılan diğer bir sorun da "En çok gözetilen ulus" (*most favoured nation*) kaydı ile ilgilidir. Bu kayıt, uluslararası ekonomik ilişkilerin en eski standartlarından biridir. Yabancı yatırımların yayılmasında daha lehte bir muamale görme sonucunu doğuran bu kayıt, ekonomik liberalizasyonun önemli araçlarından biridir. Ancak bu kaydın içeriği çeşitlilik arzetmekte olup, yorum ve uygulamada dikkatli bir analiz yapılmasını gerekli kılmaktadır.[686]

"En çok gözetilen ulus" kaydı hem bölgesel hem de İTY anlaşmalarının tamamında yer alan ortak özelliklerden biridir.[687] Bu kayıt, İTY anlaşmasının tarafı olan devletlerden birinin, başka bir devlet ile yapacağı anlaşma ile yatırımlara daha elverişli muamele sağlaması halinde, aynı elverişli muameleyi şu andaki sözleşmenin tarafı olan devletin yatırımcısına sağlamasını mümkün kılmaktadır. Yani, İTY anlaşmasının taraflarından birinin yatırımcısının tabi olduğu muamele, en çok gözetilen ülkenin yatırımcısının tabi olduğu işlemle aynı olacaktır. Böylece yatırımcılar sadece kendi ülkeleriyle ev sahibi ülke arasında yapılan İTY anlaşmasına dayanmakla kalmayacaklar, aynı zamanda yine ev sahibi ülke ile bir üçüncü ülke arasında yapılmış olan herhangi bir İTY yatırım anlaşmasına da dayanabileceklerdir. Ev sahibi devlet yatırım anlaşmalarına bu kaydı koymakla, yabancı yatırımcılar arasında ayrımcı olmayan bir işlem yapmayı

---

[686] HOUDE, Marie-Franke, "Most Favoured Nation Treatment in International Invesetment Law", **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, OECD Publishing, 2005, s.127 vd.

[687] BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.530.; İki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hepsinde bulunan bu ilke "daha az elverişli olmayan yatırımcı", "daha fazla müsaadeye mahzar devlet kaydı" olarak da adlandırılmaktadır.

taahhüt etmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu kayıt, aynı zamanda yabancı yatırımcılar arasında eşitliği sağlamaya yöneliktir.[688]

ICSID tahkiminde "En çok gözetilen ulus" kaydı ile ilgili sorunların ele alındığı yargılamalarda vardır. Bunlardan biri, *TECMED - United Mexican States* davasıdır. Olayda, İspanya uyruklu TECMED firması, Meksika'da yatırım yapmıştır. Meksika ile İspanya arasında 1996 yılında İTY anlaşmasında "en çok gözetilen ulus" kaydı bulunmaktadır. Çıkan uyuşmazlıkta davacı Meksika'nın Avusturya ile 1998 yılında yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki daha lehte hükümlerin kendisi hakkında uygulanmasını talep etmiştir. Heyet, İspanya ile Meksika arasında yapılan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydından, davacı yatırımcının yararlanacağını belirtmiştir.[689]

Mafezzini – Kingdom of Spain tahkim davasında da "en çok gözetilen ulus" kaydı iddiası ele alınmıştır. Olayda, Arjantin uyruklu Emilio Agustin Mafezzini, İspanya'da kimyasal madde üretim ve dağıtımı yapan bir yatırımcıdır. İspanya ile Arjantin arasında yatırımların karşılıklı korunmasına yönelik İTY anlaşmasında, uyuşmazlık çıkması halinde ICSID yargılamasına gidileceğine dair bir kayıt yoktur. Ancak Mafezzini, anlaşmada yeralan "en çok gözetilen ulus" kaydına dayanarak İspanya ile Şili arasında yapılmış olan İTY anlaşmasının yabancı yatırımcıya daha fazla haklar sağladığından bahisle, İspanya aleyhine ICSID yargılamasını başlatmıştır. Heyet, İspanya'nın, İspanya ile Arjantin arsındaki İTY anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydının, yatırımın esası ile ilgili olduğunu ve "prosedür ve yargılamayı" kapsamadığına dair savunmasını reddetmiş ve ICSID tahkim heyetinin yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.[690]

F.Sorumluluğun Sermaye İle Sınırlı Tutulması

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yapılan yatırım anlaşmasında, şirketin sorumluluğunun, mal varlığıyla sınırlı olduğu, belirtilmişse bu durumda, ev sahibi devlet, ICSID Sözleşmesi gereği "*Parent Company*"lere gidebilir mi? Bu

[688] TİRYAKİOĞLU, s. 176.; Ayrıca Bkz: ÖZBİLGİÇ, s.76.; SALACUSE, s.21. Bazı gelişmekte olan ülkelerin bazı ulusal sektörleri bu kayıttan istisna tuttukları görülmektedir. Bkz:SALACUSE, s.21.

[689] Örnek olarak Bkz: TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case No:00/2, p.180-181. Ayrıca Kararın değerlendirmesi için Bkz: HOUDE, s.151-152.

[690] Emilio Agustin Maffezini - Kingdom of Spain, Decision, ICSID No. Apr/97/7, (Karar için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf) Ayrıca Kararın değerlendirmesi için Bkz: HOUDE, s.147-150

durumda devlet ile yatırımcı arasında yapılan anlaşma önem arz edecektir. Eğer sözleşmede devlet, şirketin sermayesi kadar sorumlu olacağını kabul etmişse yapacak bir şey yoktur. Ayrıca iki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımı, yatırımcının kendi ülkesindeki şirketi de kapsayacak şekilde geniş tutulmaktadır. Şu halde, devletin yatırımcıyla yaptığı yatırım anlaşmasındaki iradesi sorunun çözümünde rol oynayacaktır.[691] Bu konu ile ilgili olarak, ICSID tahkim uygulamasına intikal etmiş bir uyuşmazlık henüz mevcut değildir. Ancak burada ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yapılacak olan anlaşmanın (mesela imtiyaz sözleşmesi) hazırlık aşamasının önemi kendini göstermektedir.

G.Esasa Uygulanacak Hukuk

Yukarıda uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında, ICSID yargılamasında esasa uygulanacak hukuk hakkında bilgi verilmişti. Buna göre, tahkim heyeti, uyuşmazlığın esasına, tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kurallarını uygulayarak karar verecektir. Esasa uygulanacak hukuk seçimi yoksa, uyuşmazlığa, Sözleşme'nin tarafı olan ev sahibi ülkenin (kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere) hukukunu ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır (ICSID, m.42/1).

Burada iki nokta üzerinde durulacaktır. Birincisi, esasa uygulanacak hukukun doğru tespit edilmesidir. İkincisi ise, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta (hukuk seçiminin yokluğunda) uygulanacak olan ev sahibi devletin hukukunu sınırlayacak olan uluslararası hukuk kurallarının önemidir.

Öncelikle, uluslararası yatırımla ilgili bir uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukuk, doğru tespit edilmesi gerekir. Kararın geçersiz kılınması konusunda ele alınan *Kleckner - Camerun* olayında tahkim kararı, esasa uygulanacak hukukun doğru tespit edilmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir.[692] Sözleşme, taraflar arasında bir hukuk seçimi yoksa, ev sahibi devletin hukuk kurallarının uygulanacağını belirtirken, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınacağını ifade etmektedir. Bu atıf, uluslararası borç ilişkilerinin mahiyetine uygun düşmediği ve ev sahibi devletin hukukunda ülkenin kalkınması ve kamu yararı gibi konularda yabancı bir hukuk sistemine atıf yapma ihtimalinin bulunmaması sebebiyle eleştirilmektedir.[693]

---

[691] EMEK, **Kamu Hizmeti,** s.35.
[692] GIARDINA, s.207-212.; REISMAN, s.51 vd.
[693] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s.389 vd.

İkinci nokta olan uluslararası hukuk kurallarının önemi ise, tarafların bir hukuk seçimi olmaması halinde etkisini göstermektedir. Uluslararası tahkim uygulamasında, özellikle yabancı yatırımcıların malvarlıklarının ev sahibi devlet tarafından herhangi bir tazminat ödenmeksizin veya makul bir tazminat verilmeksizin kamulaştırılması veya aynı etkiyi doğuracak işlemlere tabi tutulmasında uluslararası hukuk kuralları büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu gibi durumlarda ev sahibi devletler, yabancı yatırımcılarla yaptıkları sözleşmenin hukuki durumunu değiştiren düzenlemeleri, uyuşmazlıkların çözümü için yapılan tahkim yargılamalarında ileri sürmektedir. İşte bu noktada uluslararası hukuk kuralları, uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan ev sahibi devletin hukukunu sınırlayan tek argüman olmaktadır.[694]

Diğer yandan tarafların hukuk seçiminin yokluğunda atıf yapılan genel ilkeler ve varolan ve/veya var olduğu iddia edilen uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kurallarının uygulanmasında da bazı risklerin olduğunu unutmamak gerekir. Uluslararası ticari tahkimde yeteri kadar referans gösterilen bu ilke ve kuralların, ICSID tahkim sisteminde uygulanması bazı hallerde, eşitlik ve uygulanması gereken hukukun aşılması temelinde, iptal sebebi olarak dikkate alınabilmektedir.[695]

Sonuç olarak, uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında, ICSID yargılamasında esasa uygulanacak, öncelikle tarafların üzerinde anlaştıkları hukuktur. Esasa uygulanacak hukuk seçimi yoksa, uyuşmazlığa, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere, ICSID üyesi olan ev sahibi ülkenin hukuku, uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte dikkate alınacaktır. Burada iki nokta önemlidir: Birincisi, esasa uygulanacak hukukun doğru tespit edilmesidir. İkincisi ise, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta (hukuk seçiminin yokluğunda) uygulanacak olan ev sahibi devletin hukukunu sınırlayacak olan uluslararası hukuk kurallarının önemidir. Ancak yeknesak bir uluslararası hukuk sisteminin ve uygulanabilir kuralların bulunmaması, teoride var olan bu güvenceyi zayıflatmaktadır.

V.ICSID VE TÜRKİYE

1.Genel Olarak

[694] ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması,** s.389.
[695] GIARDINA, s.212.

Türkiye, bugün ekonomik problemlerini çözmek için yatırım ve istihdamı artırmak ve ihracata elverişli üretim yapmak durumunda olan bir ülkedir. Bunun için de büyük miktarda sermaye ihtiyacı vardır. Bu sermayeyi sadece yerli finans kaynaklarından temin etmek mümkün değildir. Bunun için Türkiye'nin dışarıdan sermaye çekmesi gereklidir. Bütün dünya ülkeleri, yabancı sermayeyi çekmek ve ülkelerin refahına katma değer üretmek için yoğun bir çaba göstermekte, hatta birbirleriyle rekabete girmektedir. Yabancı sermayeyi, kendisini güvende hissedeceği bir hukuki ortam sağlayarak çekmek, özellikle gelişmekte olan ülkelerin öncelikleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle gelişmekte olan ülkelerde, ana sermaye ve özellikle kar transferi, eşit işlem ve uluslararası ticari tahkim gibi kolaylıklarla, yabancı yatırımcıya güvence sağlayan düzenlemeler yapılmaktadır.[696]

Bugün, uluslararası hukuk ve uluslararası ekonomideki gelişmeler göstermektedir ki, yabancı yatırımcılar diğer bir ülkeye gitmek için aradığı hukuki güven ortamına, tahkime başvurma imkanı ile kavuşmakta ve tahkimi bu güven ortamının en önemli unsurlarından biri olarak kabul etmektedir.[697] Bu amaçla çok taraflı uluslararası sözleşmeler yapılmıştır. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Sözleşme (ICSID Sözleşmesi) bunlardan biridir.

Türkiye bu Sözleşme'yi 24.6.1987 tarihinde imzalayarak 27.5.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Türkiye Sözleşme'yi, bazı çekinceler (rezerv) koyarak onaylamıştır: Bunlardan ilki yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID'e götürülebilmesi, ikincisi, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısıyla Türkiye'de mevcut gayrimenkullar üzerindeki mülkiyet ve ayni hak uyuşmazlıklarının ICSID'e götürülmemesi, üçüncüsü de, Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına" ilişkin münferit ikili antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin Sözleşmesinin 64 üncü maddesi.

---

[696] TİRYAKİOĞLU, s.218. Özellikle enerji alanındaki projelerin gerçekleştirilmesinde yabancı sermayeli yatırımlara Türkiye'nin ihtiyacı vardır. Çünkü bu projelerin devlet bütçesi ile gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Sayısal veriler için Bkz: VARLIER, Oktay, "YİD Modeli ve Uluslararası Tahkim", **Görüş Dergisi**, Eylül, 1999, s.51-52.

[697] Artık uluslararası ticari tahkim, uluslararası ticari ve ekonomik ilişkilerin olmazsa olmaz kuralı haline gelmiştir. Bundan böyle yatırım sözleşmesinin hazırlanması, konulacak tahkim şartı ve ticari tahkim yargılaması sürecine hakim olmak konuları üzerinde durulmalıdır. Bkz: ŞANLI, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** s.13-14.

Bu çekincelerden ilk ikisi makul görülmekle birlikte, üçüncü çekincenin yoruma muhtaç olduğu ifade edilmektedir.[698] Sözleşme'nin 64. maddesi, bizzat ICSID Sözleşmesinin yorum ve uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözülemeyen, üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların (devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde) Uluslararası Lahey Adalet Divanına götürülmesine ilişkindir. Oysa ikili yatırım anlaşmalarından doğan ve başka bir yöntemle giderilemeyen uyuşmazlıkların çözüm mercii, hem ICSID Sözleşmesinde hem de Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında, uluslararası tahkim kurulları olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, 64. maddeye konulan çekince, Türkiye'nin ICSID üyeliğini etkisizleştirmeyecektir.

Yatırım uyuşmazlıkları, genellikle idarenin işlemlerinden kaynaklanmaktadır.[699] Uyuşmazlıklar genellikle, kamulaştırma, ana sermaye ve/veya elde edilen karın veya tasfiye bedellerinin, personel ücretlerinin transferi ya da ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya vaat edilen bir takım teşvik ve kolaylıklar hususunda çıkmaktadır.[700] ICSID tahkim uygulamasına bakılınca bazı hallerde de yatırımcının da yükümlülüklerini yerine getirmememsinden uyuşmazlıkların çıktığı görülmektedir. Bu nedenle Türkiye, yatırım anlaşması imzalarken bu konulara dikkat etmesi gerekir.

Bir yatırım uyuşmazlığının çözümü hususunda ICSID yargılaması için yazılı rıza verildikten sonra tek taraflı olarak bu rızadan geri dönülemez. Ayrıca, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde oluşturulmuş tahkim yargılaması sonucu verilmiş kararlar, bütün üye devletler açısından bağlayıcıdır. Söz konusu karar, üye devletin kendi ulusal mahkemesi tarafından verilmiş bir karar gibi uygulama kabiliyetine sahiptir. Bu bakımdan, hem ICSID tahkim yargılaması rızası verilmesi hem de verilen tahkim

---

[698] ALTINTAŞ, s.23. Ancak bu çekincenin o günün şartlarına uygun olarak ve ileride yapılacak iki taraflı yatırım anlaşmalarına benzer çekincenin konulmasına zemin hazırlamaya yönelik olarak konulmuş bir çekince olarak değerlendirmek gerekir. Zira, Sözleşme'nin onaylandığı tarihte yürürlükte olan bir tane ikili anlaşma vardır. Diğer yandan 64. maddeye konulan çekincenin, Türkiye'nin ICSID üyeliğini etkisizleştirmeyeceği belirtilmektedir. Bkz: **Aynı Eser**, s.24.

[699] Türk hukukunda, İdarenin eylem ve işlemleri idari yargının denetimine tabidir. Bu arada yabancı sermayeyi yakından ilgilendiren YİD Modeliyle yapılacak yatırımlara ilişkin imtiyaz sözleşmeleri de idari yargının içinde kabul ediliyordu. Bu yüzden konu ile ilgili sözleşmeler Danıştay ön denetiminden geçiyordu. Hatta idari yargının görev alanına giren bir konunun, kanunla dahi olsa adli yargının görev alanına sokulmayacağı savunuluyordu. ICSID'ın yargılama yetkisi de konu bakımından özel hukuk ve dolayısıyla adli yargının görev alanı içindeki uyuşmazlıklar olunca, ICSID Sözleşmesi'nin uygulama alanının oldukça sınırlı olduğu sonucu ortaya çıkıyordu. Tüm bu çelişki ve olumsuzluklar, 1999 Anayasa Değişikliği ve ardından yapılan kanuni düzenlemeler sayesinde ortadan kalkmıştır. Bkz: ERTEN, s.224-225.

[700] ERTEN, s.224.

kararının uygulanmasında dikkatli olunması gerekmektedir.[701] BİRSEL'in belirttiği gibi, uluslararası ticari iş ve yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesinin ve uluslararası tahkim kararlarının uluslararası sözleşmelerle kabul edilmiş standart hukuk kurallarına uygun olarak tenfiz edilmesinin Türkiye'nin uluslararası itibarına olumlu katkı yapacağı şüphesizdir. Ayrıca, Türk girişimcilerin de yabancı ülkelerde yatırım sözleşmesi yapacağı unutulmamalıdır.[702]

2.PSEG/NACC/Ilgın - Türkiye

Türkiye ile ilgili olarak ICSID'a, yapılan başvurulardan ilki, PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketinden oluşan bir girişimin (*enterprise*), Türkiye aleyhine başlatmış olduğu ve elektrik santrali projesinden doğan uyuşmazlık için tahkim yargılamasıdır. Bu uyuşmazlıkla ilgili nihai karar (*award*) verilmemiş olup, henüz dava devam etmektedir. Ancak heyet, yargılama yetkisine ilişkin olarak Türkiye tarafından yapılan itirazlar hakkında bir karar (*decision*) vermiştir.

a.Dava Konusu Olaylar

Konya Ilgın Termik Santralinin YİD (*Build-Operate-Transfer=BOT*) modeli kapsamında yapımı ve işletilmesi için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Nisan 1994'te görüşmelere başlayan PSEG/Ilgın Elektrik girişiminin hazırlamış olduğu Proje Fizibilite Raporu 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar ve ilgili Yönetmelik hükümlerine uygun olarak Kasım 1995 tarihinde onaylanmıştır. Rapor, 425 MW üretim gücünde, ortalama tarifesi 4,98 cent/kWh ve 38 yıllığına bir termik santrali öngörmektedir. Mart 1996'da AYM, YİD modeli kapsamında yapılan enerji projelerinin özel hukukun konusu olamayacağı ve Danıştay onayından geçmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun üzerine DPT onayı alınan proje için, taraflar, Ağustos 1995'te aynı unsurları içeren bir Uygulama Sözleşmesi başlatmışlardır. Bu Sözleşme daha sonra inceleme ve onay için Danıştay'a sunulmuştur.[703]

---

[701] Şimdiye kadar Türkiye ile ilgili olarak elektrik santrali projesinden doğan bir uyuşmazlık için ICSID'a bir başvuru yapılmıştır. *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi - Republic of Turkey*, Decision, ICSID Case No:02/5. (02.06.2004)Yargılama yetkisine ilişkin verilen karar için Bkz: http://www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf

[702] BİRSEL, **Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri**, s.533

[703] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.19-21.

Uygulama Sözleşmesi, yatırımcıya Gözden Geçirilmiş Maden Planı (*Revised Mine Plan*) sunma imkanı vermektedir. Sözleşme ayrıca, Yatırımcı ile TEAŞ arasında Uzun Dönemli Enerji Alım Anlaşmasının ve Elektrik Enerji Fonu ile Fon Anlaşmasının yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Diğer yandan Proje, 3996 sayılı Kanunun 11. maddesindeki hazine garantilerinden yararlanacaktır. Ancak enerji ve fon anlaşması üzerinde uzlaşma sağlanamamıştır. Aralık 1997'de PSEG bir Revize Raporu sunmuştur. Toplam Yatırım Tutarı 804.800.000 USD Doları iken, söz konusu revize çalışmaları yapıldığı gerekçesi ile 1.166.400.000 USD Doları olmuştur. Bu artışın tarifeyi değiştirmemesi amacıyla santralin kurulu gücünün 425 MW'dan 500 MW'a çıkarılması hususunda Haziran 1998'de Bakanlıktan Olur alınmıştır. (Ancak, Türkiye daha sonra, bu Olur'a şirketin riayet etmediğini iddia etmiştir.) İmtiyaz Sözleşmesi 30.3.1998 tarihinde Danıştay'ca onaylanmıştır. Bu arada NACC şirketi sadece madencilik açısından Projeye yardımda bulunmaktadır.[704]

Şirket, 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun"a göre özel hukuk hükümlerine tabi olmak istemiş, ancak projede iyileştirmeyi kabul etmeyen şirket ile özel hukuka tabi sözleşme görüşmelerine başlanamamıştır. İmtiyaz Sözleşmesine göre yürürlüğe girmesini müteakip, 18 ay içerisinde diğer anlaşmaları tamamlanamadığından şirketin isteği üzerine 6 ay süre uzatımı verilmiştir. Bu arada 4628 sayılı Elektrik Piyasası Düzenleme Kanununun Geçici 8. maddesinde yer alan Hazine Garantisi verilebilecek projeler arasında yer almadığı için işlemler yürütülememiştir. Şirket 2. bir süre uzatımı istemişse de verilememiştir. 8.9.2001 tarihi itibari ile sözleşmede Şirkete tanınan tüm süreler sona ermiştir. Ayrıca, kati teminat mektubu süresi de 23 Şubat 2001 de sona ermiştir ve Şirket tarafından yenilenmemiştir.[705]

Konya Ilgın Termik Santrali projesine ilişkin olarak "*PSEG Global Inc., The North American Coal Corparation ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi*" Türkiye Cumhuriyeti ile aralarındaki uyuşmazlık konusunda 22.3.2002 tarihinde "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Merkez (ICSID)'e tahkim başvurusunda bulunmuşlardır.[706]

[704] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.22-41.
[705] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.42-46.
[706] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.47.

b.Tarafların İddiaları

Davacı girişim, Türkiye'nin gerçekleştirdiği düzenlemeler ve uygulamaları ile enerji alım ve fon anlaşmalarının sonuçlandırılmasına engel olduğunu, yaptığı fizibilite çalışmalarının yatırım maliyetini artırdığını, 4686 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Sözleşme'de yer alan hazine garantisini yerine getirmediğini ve dolayısıyla zarara uğradığını iddia etmiştir.[707]

Türkiye ise, fizibilite çalışmalarının yatırım kavramına dahil olmadığını, Danıştay'ın onayladığı İmtiyaz Sözleşmesi'nde görüşmelerin başındaki ticari terimlerin değişikliğe uğradığını, bu nedenle yatırım kavramına bu fizibilite çalışmalarının dahil olmadığını, Santralin üretim kapasitesinin 500 MW'a çıkarılmasına ilişkin Bakanlık olurunun Danıştay onayından geçmediğini (zaten yatırımcının da bu Olur'a riayet etmediğini), AYM'nin 4686 sayılı Elektrik Piyasası Kanunundaki hazine garantilerini Anayasa'ya aykırı bulduğunu, ayrıca girişimcinin, 4501 sayılı Kanun gereklerini yerine getirmediğini savunmuştur.[708]

c.Türkiye'nin Yargılama Yetkisine Dair İtirazları

Türkiye, bu olayda yargılama yetkisine ilişkin olarak dört itiraz sunmuştur: a.ICSID Sözleşmesi veya ABD ile Türkiye arasında yapılmış olan İTY Anlaşması kapsamında bir yatırım veya yatırım uyuşmazlığının bulunmadığını, b.bu anlamda bir yatırım olsa bile, Türkiye'nin yargılama rızasının olmadığını, c.Türkiye ile ABD arasındaki İTY Anlaşmasında herhangi bir uyuşmazlık çözüm prosedürü öngörülmediğini, d.Ve nihayet NACC şirketinin bu davada taraf özelliğini taşımadığını iddia etmiştir.[709]

Tahkim heyeti, olaydaki imtiyaz sözleşmelerinin ICSID Sözleşmesi ve İTY anlaşması kapsamında bir yatırım ve uyuşmazlığın bir yatırım uyuşmazlığı niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mevcut düzenlemelerin ve İTY anlaşmasının Türkiye'nin ICSID yargılamasına rızasının olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Yine Heyet, Türkiye'nin İTY Anlaşmasında herhangi bir uyuşmazlık çözüm prosedürü

[707] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.49-53.
[708] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. p.54-60.
[709] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5, p.61.

öngörülmediğine dair itirazını reddetmiştir. Buna karşılık, NACC firmasının yargılamada taraf ehliyetinin bulunmadığına karar vermiştir.[710]

d.Kararın Değerlendirilmesi

ICSID tahkim yargılamasındaki ilk deneyimi olan bu dava tipik bir yatırım uyuşmazlığıdır. Bu nedenle Heyetin uyuşmazlığın yargılama yetkisine dahil olarak görmesi yerindedir. Türkiye ile ABD arasındaki İTY Anlaşması hem ICSID yargılamasına tarafların rızasını hem de uyuşmazlık halinde ICSID tahkimine gitme iradesini ortaya koymaktadır. Diğer yandan NACC'ın davanın tarafı olmadığına dair kararı da, İmtiyaz Sözleşmesinde yer almaması sebebiyle isabetlidir.

Ancak uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak yatırımcının ileri sürdüğü bazı tezler hukuki dayanaktan yoksundur. Sözleşme'nin hazırlık safhasına ilişkin masraflarının, yatırım kavramına dahil olmadığı yolunda *Mihaly - Sri Lanka* kararı bulunmaktadır.[711] Ayrıca yatırımcı, 4501 sayılı kanunun gereklerini yerine getirmemiştir. Bu nedenle talep edilen tazminat miktarının çok yüksek olduğu ve İmtiyaz sözleşmesinin ilk halinde bulunan miktar kadar bir tazminata hükmedilebileceği kanaatindeyiz.

3.Libananco-Türkiye

Türkiye ile ilgili olarak ICSID'a, yapılan başvurulardan diğer bir başvuru da, Libananco şirketinin Türkiye hakkındaki başvurusudur. Enerji Bakanlığı tarafından imtiyaz sözleşmesindeki taahütlerini yerine getirmediği gerekçesiyle aktiflerine el konulan Çukurova Elektirik ve Kepez Elektirik'in hisselerinin % 66'sını elinde bulunduran gizli ortak Kıbrıs Rum Kesimi uyruklu Libananco şirketi, Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurmuş ve bu başvuru Merkez tarafından kayda alınmıştır.[712] Dava konusu, elektrik üretimi ve dağıtımı imtiyazı ile igilidir. Olayda "yatırımcının uyruğu" ve "yabancı kontrolü" sorunları vardır. Ayrıca Kıbrıs Rum Kesimi Türkiye tarafından tanınmadığı için olayda "ICSID Sözleşmesi tarafı olma" sorunu mevcuttur. Dolayısıyla ICSID tahkim sürecinde önce bu sorunun çözülmesi gerekmektedir.

---

[710] PSEG/NACC/Ilgın Elektrik - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5, p.106-194.
[711] *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2, p.28-33, 52-54, ve 61-62.*
[712] Libananco Holdings Co. Limited-Republic of Turkey, Case No: ARB/06/8. ICSID web sitesinde 12.05.2006 tarihi itibari ile dava konusu ve kayıt tarihi hariç dava ile ilgili başka bir bilgi bulunmamaktadır. http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm (12.05.2006) Ayrıca bu haber için Bkz: Sabah Gazetesi, 21 Nisan 2006.

4.Türk Uyruklu Şirketlerin Davaları

Türkiye artık sadece yabancı sermaye ve yatırım kabul eden bir ülke değil, aynı zamanda vatandaşları yabancı ülkede yatırım yapan ülke konumuna gelmiştir. Bu nedenle ICSID Sözleşmesinin tarafı olan yabancı ülkelerde yatırım yapan Türk uyruklu şirketler de ev sahibi ülke ile aralarında çıkan ve yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine başvurabilmektedirler. Bu durum, ICSID tahkimini ve diğer tahkim sistemlerini Türkiye'nin yargı bağımsızlığı ve daha da ötesi milli bağımsızlığa karşı tehdit olarak görenlerin görüşlerinin yersiz olduğunu da göstermektedir. Bugün itibariyle Türk uyruklu üç şirketin başvurusu vardır.[713] Bundan böyle Türk şirketlerinin yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklarının ICSID tahkiminde çözüldüğü görülecektir.

[713] 1-Bayındır Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Case No. ARB/03/29. Konusu, otoyol inşaatı sözleşmesinden kaynaklanan ve 1 Aralık 2003 tarihinde kayda alınan uyuşmazlık için Tahkim heyeti teşkil edilmiş ve yargılama ile ilgili ilk karar (Decision) verilmiştir. 2-Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, Case No: ARB/05/16. Dava konusu, telekominikasyon girişimi ile ilgilidir ve 30 Ağustos 2006 tarihinde Merkez tarafından kayda alınmıştır. Uyuşmazlık ile ilgili tahkim heyeti oluşturulmuş ve dava devam etmektedir. 3-Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S.-Kyrgyz Republic, Case No: ARB (AF) /06/1. Dava konusu, otel inşaatı projesinden kaynaklanmış ve başvuru 12 Nisan 2006 tarihinde Merkez tarafından kayda alınmıştır. Uyuşmazlık ile ilgili henüz tahkim heyeti teşkil edilmemiştir. Başvurularla ilgili olarak Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm (12.05.2006)

SONUÇ

Son yıllarda taşımacılık ve haberleşme teknolojilerinde yaşanan gelişmeler, uluslararası ticaret ve yatırım ilişkilerinin artmasına ve üretim faktörlerinin dünya üzerinde hızla yer değiştirebilmesine imkan vermektedir. Böylece dünya, giderek global bir köy haline dönüşme süreci yaşamaktadır. Bu süreçte uluslararası hukuki ilişkiler, daha da karmaşık bir hal almaktadır. Bu nedenle uluslararası ticaret ve yatırım ilişkisinin tarafları, daha uyuşmazlık çıkmadan, ilişkinin kurulması aşamasında, çıkması muhtemel uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir sistem arayışına girmektedirler. Buna karşılık Türkiye de dahil bir çok ülkede ağır işleyen bir hukuk ve yargılama sistemi mevcuttur. Oysa günümüzde uyuşmazlıkların çözümünde zaman son derece önem arz etmektedir.

Diğer yandan İkinci Dünya Savaşından sonra, yabancı sermaye hakkındaki olumsuz bakış açısı önemli ölçüde değişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için ekonomik kalkınmanın vazgeçilmez bir aracı olarak görülmeye başlanmıştır. Ülkeler, yabancı sermaye çekebilmek için yarış içine girmişlerdir. Yabancı sermaye ise günümüzde, ülkeler arasında çok hızlı yer değiştirebilmektedir. Bu sermaye hareketliliğinin önemli bir kısmını, genellikle gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere gerçekleşen uluslararası nitelikli doğrudan yabancı yatırımlar oluşturmaktadır. Bu yatırımların büyük bir bölümü de devletlerin imtiyaz sözleşmeleri ile özellikle enerji, ulaşım, haberleşme ve hizmet gibi alanlarda yabancı yatırımcılara verdiği kamu yatırımlarıdır.

Kamu yatırımlarında ise en önemli sorun, uyuşmazlıkların çözümündeki taraf eşitsizliğidir. Çünkü uyuşmazlığın bir tarafında yabancı yatırımcı, diğer tarafında ise yatırımın gerçekleştirildiği ev sahibi devlet söz konusudur. İşte bu noktada yabancı yatırımcılar çeşitli sebeplerle, ev sahibi devlet ile aralarında çıkan uyuşmazlıkların, devlet yargısı yerine uluslararası ticari tahkim yoluyla çözümlenmesini istemektedir. Çünkü tahkim mekanizmasında uyuşmazlığın tarafları arasında irade ve menfaat eşitliği vardır. Oysa idare hukuku alanındaki hukuki ilişkilerde tek yanlılık ve idarenin üstünlüğü söz konusudur. İdarenin menfaati, yani kamu yararı, kişilerin menfaatlerine üstün sayılır. Ayrıca yabancı yatırımcılarda, yatırım uyuşmazlığına bakan yargı organlarının devlet tarafını haklı bulacağı endişesi bulunmaktadır.

Yabancı yatırımcılar bakımından yatırım yapılan ülkenin politik, ekonomik ve hukuki istikrarı büyük önem taşır. Çünkü yatırımın geleceği, büyük ölçüde ülkedeki istikrara bağlıdır. Yabancı yatırımların önemli bir kısmı sanayi alanında, uzun süreli ve

kalıcı yatırımlardır. Diğer yandan yabancı yatırımcı kendisini ve yatırımlarını, politik risklere karşı korumayı hedeflemekte ve kendisine hükümetler tarafından verilen garantilerin ve özellikle mülkiyet hakkının elinden alınması veya sınırlanması sonucunu doğuran işlemlere karşı güvenceler talep etmektedir. Ayrıca uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün, uzmanlık gerektiren özellikler taşıması ve bu yatırımlara finansman sağlayan kredi kuruluşlarının baskısı, yabancı yatırımcıların uluslararası tahkimi tercih etmesine ve bu güvencelerin korunması ve sağlanmasının asli teminatı olarak görmesine yol açmaktadır.

Aslında yabancı yatırımların ticari veya ticari olmayan risklere karşı korunması için, genellikle, yatırımın yapıldığı ev sahibi ülkenin *ulusal mevzuatı* ve yatırıma ilişkin olarak yapılan *esas sözleşme* güvenceler içermektedir. Bununla birlikte yabancı yatırımların uluslararası korunması bağlamında, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için *uluslararası sözleşmeler* de yapılmıştır.

Yabancı yatırımların korunması konusunda uygulamaya konulmuş olan ve bu çalışmanın konusunu da oluşturan en önemli uluslararası sözleşme ise Dünya Bankası öncülüğünde hazırlanan ICSID Sözleşmesidir. Sözleşme, yatırım yapılan ev sahibi taraf devlet ile diğer taraf devlet vatandaşı olan yatırımcı arasında, kamulaştırma, devletleştirme, tazminat, yatırımcının uyruğunun tespiti, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, yatırım yapılan ülkenin esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi gibi sebeplerden doğan uyuşmazlıkların, tahkim yoluyla çözümü için Uluslararası bir Merkez kurmaktadır.

Uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin olarak yapılan bu çalışmada, yabancı yatırımların uluslararası korunması girişimleri, iki taraflı yatırım anlaşmaları, ICSID tahkim sistemi ve ICSID tahkiminde genellikle ortaya çıkan temel uyuşmazlıklarla ilgili ulaşılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1-ICSID tahkim sisteminin konusunu oluşturan kamu yatırımlarında en önemli sorun, uyuşmazlığın tarafları arasındaki eşitsizliktir. Çünkü uyuşmazlığın bir yanında yabancı yatırımcı, diğer yanında ise yatırımın gerçekleştirildiği ev sahibi devlet söz konusudur. Uyuşmazlık ise ya ev sahibi devletin yargısında veya uluslararası ticari tahkim yoluyla çözülecektir. İşte bu noktada uyuşmazlığın tarafları arasında irade ve menfaat eşitliği temin eden uluslararası ticari tahkim ve özellikle ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesi her iki tarafın menfaatleri açısından amaca uygun düşmektedir. Ülkemizdeki bir çok kamu yatırımı da artık yabancı yatırımcılar eliyle

gerçekleştirilmektedir. Bu yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için de en uygun çözüm yolu ICSID tahkimidir.

2-Uluslararası nitelikli yatırımların korunması ve teşviki amacıyla devletler arasında yapılan İTY anlaşmaları, yabancılar eliyle gerçekleştirilen kamu yatırımları hakkında öncelikle geçerlidir. Çünkü, İTY anlaşmaları, güçlü konumda bulunan ev sahibi devletin yatırım üzerindeki işlemlerine karşı yatırımcının menfaatlerini korumak için, ev sahibi devlete yükümlülükler, yabancı yatırımcıya da bazı güvenceler sağlamaktadır. Bu anlaşmalarda, genellikle, devlet yargısı yolu tahkim yargısının yanında alternatif bir seçenek olarak öngörülmekle birlikte, yabancı yatırımcılar, uluslararası ticari tahkimi tercih etmektedir. Bu kapsamda Türkiye'de özellikle, yabancılar eliyle gerçekleştirilecek kamu yatırımlarına ilişkin esas sözleşmelerde, uyuşmazlıkların çözümü için genellikle ICSID tahkimi tercih edilmektedir. Bu tercih, yabancı yatırımların geliştirilmesi ve artırılması bakımından yerindedir.

Türkiye yatırımların korunması ve teşviki konusunda çok sayıda devletle İTY anlaşması imzalamış ve bunları onaylamıştır. Bu çerçevede, Türkiye'de yatırım yapan yabancı bir yatırımcı, devlet ile aralarında çıkabilecek yatırım uyuşmazlığı için uluslararası tahkime gidebilecektir. Mesela PSEG/NACC/Ilgın girişiminin Türkiye'ye karşı başlatmış olduğu ICSID tahkim yargılamasının hukuki dayanağını, Türkiye ile ABD arasında imzalanan İTY anlaşması oluşturmuştur. Yine aynı şekilde, ICSID Sözleşmesi tarafı olan başka ülkelerde yatırım yapan Türk uyruklu şirketlerin, ev sahibi ülke ile aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkimine başvurmalarının hukuki dayanağını da sözkonusu ülkelerle yapılan İTY anlaşmaları oluşturmaktadır.

3-ICSID Sözleşmesi, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi bir araç ve tehdit unsuru olmaktan çıkararak, uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini dengeleyen bir platformda çözmeyi hedeflemektedir. Sözleşme, taraf devletlerle diğer taraf devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için özel bir tahkim sistemi getirmiştir. Merkez, uyuşmazlığın taraflarına hakemlerini veya arabulucularını belirleme imkanı sağlayan özel nitelikli kişilerden oluşan bir panele sahiptir. ICSID tahkim sistemi, özellikle, bütün taraf devletlerde otomatik tanıma ve tenfiz gücüne sahip olması ve devletleri, başka ülkede yatırımcı olan kendi vatandaşına, ev sahibi devlete karşı diplomatik himaye uygulamaktan yasaklaması yönlerinden kendine has bir yapı kurmuştur. Sözleşmenin bu özellikleri, uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için ICSID tahkiminin tercih edilmesi, Türkiye'nin yabancı yatırımları artırmak amacına uygun düşmektedir.

4-ICSID Sözleşmesi, yatırımı tanımlamamıştır. Bu nedenle hangi değerlerin yatırım olduğunu anlamak için tarafların iradelerine bakmak gerekir. ICSID tahkim uygulamasında, yatırım kavramı geniş anlaşılmakta ve konu sınırlamasına ilişkin sorun nadiren yaşanmaktadır. Genellikle yatırımla ilgili her türlü uyuşmazlık ICSID tahkim sisteminde yargılama konusu olabilmektedir. Bu nedenle, yapılacak olan İTY anlaşmalarında ve özellikle yatırıma ilişkin esas sözleşmelerde hangi değerlerin yatırım olarak kabul edileceği belirlenmelidir. Mesela, ICSID tahkim kararlarında yatırım öncesi yapılan fizibilite çalışmaları yatırım olarak görülmemiştir.

5-*Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk,* tahkim yargılamasının en kritik noktasını oluşturur. Çünkü taraflar arasındaki uyuşmazlık, esasa uygulanacak hukuk temelinde sonuçlandırılacaktır. ICSID Sözleşmesi, esasa uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi ilkesini benimsemiştir. Tahkim heyeti, uyuşmazlığı, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kurallarına göre çözecektir. Tarafların, esasa uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir seçimi yoksa, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku ve uluslararası hukuk kuralları uygulanacaktır. Taraf ülkenin hukuku ile uluslararası hukuk çelişiyorsa, uluslararası hukuk kuralları dikkate alınarak karar verilecektir. *Tarafların bir hukuk seçiminin bulunmadığında öngörülen bu yaklaşımın belirsizlik taşıdığını belirtmek gerekir. Çünkü günümüzde henüz evrensel düzeyde belirlenmiş ve kabul edilmiş uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları mevcut değildir.*

6-Tahkim heyeti, şartların gerektirdiğini düşünüyorsa, her iki tarafın karşılıklı hak ve menfaatlerini korumak için, re'sen veya tarafların isteği üzerine, *ihtiyati tedbir* tavsiye edebilir. ICSID Tahkim Kuralları, tahkim anlaşmasında öngörülmüş olmak şartıyla, tarafların, tahkimin başlamasından önce veya yargılama sırasında, tarafların yargı yerlerinden veya resmi makamlardan ihtiyati tedbir alabileceklerini belirtmektedir. *ICSID tahkim sisteminde hakemler doğrudan ihtiyati tedbir kararı verememektedir. Tahkim heyetinin verdiği ihtiyati tedbir tavsiyesine hukuki sonuç bağlanması, uyuşmazlığın tek bir yargılama prosedürüne tabi olması bakımından yerinde olacaktır. Ayrıca uyuşmazlığın esasını çözmeye yetkili bir tahkim heyeti, ihtiyati tedbir kararı verme konusunda da yetkili olması gerekir.*

7-Taraflardan biri, Sözleşmede sayılan sebeplerin varlığı halinde kararın *iptalini* isteyebilir. Kararın iptali talebi için öngörülen sebeplerden özellikle, hakemlerin yetkisini aştığı (excess of power) ve kararın dayandığı gerçeklerin kararda bulunmaması (lack of reasoning) sebepleri, uyuşmazlığın ve kararın yeniden yorum ve

uygulanmasında çok büyük zorluklar çıkarmaktadır. Bu halde oluşturulan yeni tahkim heyeti, yapısal ve kapsayıcı yeni bir karar tesis etmek zorunda kalmaktadır. Sonuç olarak Sözleşmede sayılan iptal sebeplerinin, değerlendirme ve uygulamada somutluk temelinde bir yaklaşımla ele alınması gerekir. Çalışmamızda ele alındığı gibi, karar verme mekanizması maksimum fayda temelinde ve ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olmalı ve özellikle kararların iptali sebepleri *dar yorumlanmalıdır*. İptal prosedürü, her ne kadar kararların bütün sistem içinde geçerliliğini ve doğruluğunu kontrol etmeye vesile olsa da, değişik yorum ve değerlendirmelere yol açmaktadır. Bu nedenle ICSID tahkim mekanizmasına olan güveni güçlendirmek için kaziye-i muhkeme (res judicata) etkisi sağlanmaya çalışılmalıdır.

8- ICSID Sözleşmesine göre, tahkim heyetinin verdiği karar taraflar açısından bağlayıcıdır ve üst bir makama (temyiz) götürülemez. Taraflar, Sözleşme'de öngörülmüş olan yorum, düzeltme ve kararın iptali talepleri üzerine verilen kararlar da dahil olmak üzere, kararın yürütülmesi durdurulmadıkça, kararı uygulamak ve hükümlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Heyetin verdiği karar, Sözleşme'ye taraf olan bütün ülkeler bakımından bağlayıcıdır. Her üye devlet, kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi mahkemesinin vermiş olduğu karar gibi yerine getirecektir. ICSID tahkim kararlarının taraf ülkelerde otomatik uygulama gücüne sahip olması, Sözleşmenin önemini ortaya koymaktadır.

9-ICSID tahkim yargılamasında genellikle ortaya çıkan *temel uyuşmazlıkların* devletin yatırım üzerindeki kamulaştırma ve benzeri sonuç doğuran işlemleri, tazminat miktarı ve hesaplanması, yatırımcının uyruğunun tespiti, yabancı kontrolündeki ulusal yatırımcının ev sahibi devlet ile olan uyuşmazlıkları[714], uyuşmazlığın ulusal hukukla sınırlanmaya çalışılması, ana para, kar veya personel ücretlerinin transferi, ICSID'ın yargılama yetkisi ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konularında çıktığı görülmektedir.

Aslında ICSID tahkim sisteminde, her bir uyuşmazlık için farklı bir tahkim heyetinin kurulması ve farklı ülkelerin ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerine ilişkin tahkim kararlarının verilmesi sebebiyle, bütün uyuşmazlıklar hakkında geçerli

[714] Kıbrıs Rum Kesimi uyruklu Libananco şirketinin Türkiye aleyhine başlattığı ICSID tahkiminde "yatırımcının uyruğu" ve "yabancı kontrolü" sorunları vardır. Olayda Libananco, yerli yatırımcı Çukurova Elektirik ve Kepez Elektrik hisselerinin % 66'sını elinde bulundurduğundan hareketle, Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurduğu ve bu başvurunun Merkez tarafından kayda alındığı Sabah gazetesinin, 21 Nisan 2006 tarihli nüshasında duyurulmuştur. Ancak bu Çalışmanın basıma verildiği tarihte ICSID'ın resmi web sitesinde buna dair bir kayda rastlanmamıştır.

yeknesak içtihatların oluştuğunu söylemek zordur. Bunun için dünya ölçeğinde veya en azından bölgesel düzeyde uluslararası yatırım anlaşmalarının varlığına ihtiyaç vardır. Ancak yine de verilen tahkim kararlarında, uluslararası yatırımlar hakkında uygulanabilecek ilkeler bulunmaktadır.

10-Mülkiyeti yabancılara ait olan yatırımların devlet tarafından *kamulaştırılması* veya kamulaştırma sonucunu doğuran işlemlere tabi tutulması ile ilgili olarak ICSID tahkim yargılamalarında genellikle kabul edilen prensipler şu şekildedir:

ICSID tahkim kararlarına göre kamulaştırma, kanunda gösterilen makul (reasonable) kamusal amaçlarla, belli devletlerin vatandaşlarına yöneltilmiş bir ayrımcılık içermeden ve kanunda ön görülen prosedüre uygun olarak yapıldığı ve yeterli miktarda, anında ve etkili tazminat ödendiği takdirde hukuka uygun olacaktır. Kararlarda, yatırımcı hakkında yapılacak olan işlem ve uygulanacak hukuki düzenlemelerin belirliliği ve şeffaflığı ile devletin yabancı yatırımcıya karşı uygun ve adil davranma yükümlülüğü arasındaki bağlantıya işaret edilmektedir. Ayrıca, devletin menfaati bulunmasa bile, yatırımcının malın ekonomik yararından önemli ölçüde mahrum bırakılması kamulaştırma olarak değerlendirilmektedir.

ICSID tahkim kararlarında, yatırıma ilişkin esas sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen yabancı yatırımcının, yatırım faaliyetine son verilmesi kamulaştırma ve benzeri tasarruf olarak görülmezken, daha önce verilen bir yatırım sertifikasının makul bir gerekçe olmaksızın iptal edilmesi, yatırımcıyı zarara uğratan bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Ancak ev sahibi devletin, garanti ettiği mal alım tarifesini yerine getirmemesi durumunda, yabancı yatırımcı haklı bulunmuştur. Ev sahibi devletin, kendi resmi kurumunu istisna tutarak, yabancı yatırım hakkında yaptığı işlem, yabancı yatırımcıya karşı ayırımcılık olarak görülmüştür. Aynı şekilde yabancı yatırımcı, sektörün büyük bir bölümünü elinde bulundurması halinde, bütün şirketlere getirilmiş gibi gözüken ek vergilerin aslında yabancı yatırımcıyı hedeflediği sonucuna varılmıştır.

Yatırım anlaşmasında veya ikili veya çok taraflı sözleşmelerde, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle yerel makamlara başvuru öngörülmüşse, bundan sonuç alınamadığı takdirde ICSID tahkim yargılaması yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca henüz yürürlüğe girmemiş bir kanuna dayanarak tahkim yargılamasını başlatmanın kabul edilemezliği vurgulanmıştır.

11-ICSID tahkim kararlarına göre devletin herhangi bir işlemi ile yatırımcıya verdiği zarar karşılığı *tazminat*, yeterli (adequate), anında (prompt) ve etkili (effective)

olmalıdır. Yani tazminat, kamulaştırılan malvarlığının adil piyasa değerini temsil etmelidir, makul bir süre içinde nakit ve peşin olarak ödenmeli, gecikme varsa faiz içermeli ve uluslararası geçerliliği olan bir para birimi ile ödenmelidir. Kararlarda tazminatın hesaplanması, kamulaştırılacak malvarlığının türüne göre değişiklik göstermektedir. Mesela, kurulu tesislerin ve uzun süreli kamu imtiyazlarının, kamulaştırılmasında yatırımın piyasa değerinin yanında beklenen kazançlar da dikkate alınabilmektedir. Yine sürüncemede bırakılan kamulaştırmalarda, tazminatın belirlenmesi daha da zorlaşmakta, bu durumda uyuşmazlığı çözecek olan hakemlerin uzmanlığı daha da önem kazanmaktadır.

12-ICSID tahkim uygulamalarında ortaya çıkan diğer bir uyuşmazlık da *yabancı kontrolüdür*. Bu esasa göre ev sahibi ülke kanunlarına göre kurulmuş olan ve fakat yabancı kontrolündeki şirketler de, yatırım yaptıkları ülkede, diğer bir akit devlet vatandaşı gibi muamele görebilmektedir. Ancak ICSID tahkiminde bu ilkenin uygulanabilmesi için tarafların bu esas konusunda anlaşmış olmaları gerekir.[715]

ICSID tahkim kararlarına göre, Sözleşmenin tarafı bir devletin vatandaşı sayılan bir şirketin paylarının, ICSID Sözleşmesinin tarafı diğer bir devletin vatandaşı olan kişiye, ev sahibi devletin rızasıyla devredilmesi durumunda, payları devralan, ICSID tahkim yargılamasında taraf olabilecektir. Diğer yandan isabetli olarak, ICSID üyesi olmayan bir devletin diplomatik koruma girişiminin, yargılama sürecine etkili olmayacağı kabul edilmektedir.

Yabancı kontrolü ilkesi, ev sahibi ülke kanunlarına göre kurulmuş olan ve fakat yabancı kontrolündeki şirketlerin, önceden bu hususta anlaşmış olmak şartıyla, yatırım yaptıkları ülkede, diğer bir akit devlet vatandaşı gibi muamele görmesi ve yatırım yapılan ev sahibi devlete karşı ICSID yargılaması başlatabilmesi için öngörülmüştür. Aslında günümüzde pay sahipliği çok kolay el değiştirebildiğinden, yatırımcının uyruğunu tespit etmek kolay değildir. Bu nedenle yabancı kontrolü ilkesini *geniş yorumlamak* uluslararası nitelikli yatırımların teşviki amacına daha uygun olacaktır.

13-Ev sahibi devlet ile yabancı kontrolündeki yatırımcı şirket arasında yapılan yatırıma ilişkin sözleşmede, *şirketin sorumluluğunun mal varlığıyla sınırlı* olduğu belirtilmişse, bu durumda ev sahibi devlet, ICSID Sözleşmesi gereği, ana şirketler hakkında hukuki süreç başlatabilir mi? Bu durumda devlet ile yabancı kontrolündeki

[715] Bu bağlamda, Kıbrıs Rum Kesimi uyruklu Libananco şirketinin Türkiye aleyhine başlattığı ICSID tahkiminde "yatırımcının uyruğu" ve "yabancı kontrolü" sorunları vardır. Bu nedenle Türkiye aleyhine ICSID tahkim başvurusunun Merkez tarafından kayda alınması yerinde değildir.

yatırımcı arasında yapılan, yatırıma ilişkin esas sözleşme önem arz edecektir. Eğer sözleşmede devlet, şirketin sermayesi kadar sorumlu olacağını kabul etmişse yapacak bir şey yoktur. Ayrıca İTY anlaşmalarında yatırımcı tanımı, yatırımcının kontrolünde bulunduğu ana şirketi de kapsayacak şekilde geniş tutulmaktadır. Şu halde, devletin yatırımcıyla yaptığı yatırım anlaşmasındaki iradesi, sorunun çözümünde rol oynayacaktır. Bu konu ile ilgili olarak, ICSID tahkim uygulamasına intikal etmiş bir uyuşmazlık henüz mevcut değildir. Ancak burada ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yapılacak olan yatırıma ilişkin esas sözleşmenin hazırlık aşamasının önemi kendini göstermektedir.

14-Uluslararası nitelikli yatırımları korumak, geliştirmek, artırmak için, mevcut ulusal ve uluslararası düzenlemelerin yanında, geniş katılımlı uluslararası bir yatırım sözleşmesine ihtiyaç vardır. Bu konuda yatırımların uluslararası korunması ile ilgili olan ve fakat anlaşmayla sonuçlanamayan Çok Taraflı Yatırım Sözleşmesi (MAI) Taslağı, devletleri endişeye sevk edecek hükümler içermesine rağmen yabancı yatırımların korunması açısından önemli bir girişimdi. Aslında devletler, yabancı yatırımların korunması için İTY anlaşmaları yapmaktadırlar. Bu İTY anlaşmaları ile ulaşılmak istenen hedef, asgari müştereklerde uzlaşma sağlanarak, MAI benzeri çok taraflı bir uluslararası bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Bu sözleşmede, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolu olarak ICSID tahkimi öngörülebilir.

Yukarıda ele alınanlar ışığında ICSID Sözleşmesi ve Türkiye hakkındaki değerlendirme ve önerilerimiz şunlardır:

1-Türkiye, bugün ekonomik problemlerini çözmek ve istihdamı sağlamak için uluslararası ticaret ve yatırımı artırmak ve ihracata yönelik üretim yapmak durumunda olan bir ülkedir. Bunun için de büyük miktarda sermaye ihtiyacı vardır. Bu sermayeyi sadece yerli finans kaynaklarından temin etmek mümkün değildir. Bunun için Türkiye'nin dışarıdan sermaye çekmesi gereklidir. Bütün dünya ülkeleri, yabancı sermayeyi çekmek ve vatandaşlarının refah seviyesini yükseltmek için yoğun bir çaba göstermekte, hatta birbirleriyle rekabete girmektedir. Yabancı sermaye ve yatırımları, hem yabancı yatırımcı hem de ülkemiz açısından yararlı bir hukuki ortam sağlayarak çekmek, bütün gelişmekte olan ülkeler gibi Türkiye'nin de öncelikleri arasında yer almalıdır.

2-Bugün, uluslararası ticaret ve yatırım alanındaki gelişmeler göstermektedir ki, yabancı yatırımcılar, uluslararası ticari tahkimi, diğer bir ülkeye gitmek için aradığı hukuki güven ortamının en önemli unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Artık

uluslararası ticari tahkim, uluslararası ticaret ve yatırım ilişkilerinin olmazsa olmaz kuralı haline gelmiştir. Bu nedenle, ülkemizdeki uluslararası tahkimin varlığı ile ilgili tartışmaları bırakmalı ve artık, uluslararası tahkime ve bu arada ICSID tahkimine konu olabilecek yatırım sözleşmelerinin hazırlanması, konulacak tahkim şartı ve ticari tahkim yargılaması sürecine hakim olmak konuları üzerinde durulmalıdır.

3-ICSID Sözleşmesi çerçevesinde verilmiş tahkim kararları, bütün üye devletler açısından bağlayıcıdır. Söz konusu karar, üye devletin kendi ulusal mahkemesi tarafından verilmiş bir karar gibi uygulama kabiliyetine sahiptir. Bu bakımdan, hem ICSID tahkim yargılaması rızasının verilmesi, hem de verilen tahkim kararının uygulanmasında dikkatli olunması gerekmektedir. Uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi ve tahkim kararlarının uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak tenfiz edilmesinin Türkiye'nin uluslararası itibarına olumlu katkı yapacağı şüphesizdir. Ayrıca, aynı ICSID tahkim sisteminin, Türk girişimcilerin yabancı ülkelerde gerçekleştireceği yatırımların da güvencesi olduğu unutulmamalıdır.

4-Şimdiye kadar Türkiye ile ilgili resmi olarak iki uyuşmazlık için bir ICSID tahkim başvurusu kayda alınmıştır. İlki, PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketinden oluşan bir girişimin (enterprise), Türkiye aleyhine başlatmış olduğu ve elektrik santrali projesinden kaynaklanan tahkim yargılamasıdır. Bu başvuru ile ilgili olarak nihai karar (award) verilmemiş olup, henüz dava devam etmektedir. Ancak heyet, yargılama yetkisine ilişkin olarak Türkiye tarafından yapılan itirazlar hakkında bir karar (decision) vermiştir.

İlgili bölümde, dava konusu olayların, tarafların iddiaları ile savunma ve itirazlarının ele alındığı bu olayla ilgili yargılamada tahkim heyeti, olaydaki imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığı, ICSID Sözleşmesi ve İTY anlaşması kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olarak görmüştür. Heyet, mevcut düzenlemelerin ve İTY anlaşmasının, Türkiye'nin ICSID yargılamasına rızasının olduğunu gösterdiğini belirtmiş ve bu nedenle Türkiye'nin, İTY anlaşmasında herhangi bir uyuşmazlık çözüm prosedürü öngörülmediğine dair itirazını reddetmiştir.

İkinci başvuru ise, Kıbrıs Rum Kesimi uyruklu Libananco şirketinin, Türkiye ahkkındaki başvurusudur. Libananco, Enerji Bakanlığı tarafından el konulan Çukurova Elektrik ve Kepez Elektrik hisselerinin %66'sını elinde bulunduran gizli ortağı olarak başvurmuştur. Henüz tahkim heyeti teşkil edilmemiştir.

5-*Söz konusu bu karar hakkında şunları söylemek mümkündür:* ICSID tahkim yargılamasındaki ilk deneyimi olan bu dava tipik bir yatırım uyuşmazlığıdır. Bu nedenle heyetin uyuşmazlığı, yargılama yetkisine dahil olarak görmesi yerindedir. Türkiye ile ABD arasındaki İTY anlaşması, hem ICSID yargılamasına tarafların rızasını hem de uyuşmazlık halinde ICSID tahkimine gitme iradesini ortaya koymaktadır. Diğer yandan NACC'ın davanın tarafı olmadığına dair kararı da, imtiyaz sözleşmesinde yer almaması sebebiyle isabetlidir.

6-Ancak uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak yatırımcının ileri sürdüğü bazı iddialar hukuki dayanaktan yoksundur. Sözleşme'nin hazırlık safhasına ilişkin masrafların, yatırım kavramına dahil olmadığı yolunda, başka bir başvuru üzerine verilmiş bir ICSID tahkim kararı bulunmaktadır. Ayrıca yatırımcı, 4501 sayılı kanunun gereklerini yerine getirmemiştir. Bu nedenle talep edilen tazminat miktarının çok yüksek olduğu ve imtiyaz sözleşmesinin ilk halinde bulunan miktar kadar bir tazminata hükmedilebileceği kanaatindeyiz.

8-*Son olarak şunları belirtmek gerekir*: Türkiye'nin sadece yabancı sermaye kabul eden ülke değil, aynı zamanda sermaye ihraç eden bir ülke olduğu gerçeğidir. Bundan böyle uluslararası tahkim, Türk girişimcilerin uluslararası nitelikli ticari iş ve yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurabilecekleri bir yargı yolu haline gelmiştir.[716] Uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olduğu ICSID tahkimi de, yabancı yatırımcılara yaptırılan uluslararası nitelikli yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için en uygun yargı yoludur. Gerçekten, ICSID tahkimi başta olmak üzere uluslararası ticari tahkim, yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen kararlara göre önemli üstünlüklere sahiptir. Çünkü, uyuşmazlığın bir tarafı olan Türk yatırımcı veya Türkiye, kendi hakemini seçme şansına sahiptir. Ayrıca, uluslararası tahkimde taraflar, tahkim yargılamasında uygulayacağı usul ve esas kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler. Diğer yandan, yabancı devlet mahkemesinin maddi hukuk olarak Türk hukukunu uygulamasındansa, içinde bir Türk hukukçunun bulunacağı tahkim heyetinin uyuşmazlığı çözmesi daha isabetli olacaktır.

[716] Türk uyruklu …….şirketinin ……aleyhine ve ……. Şirketinin …… alyhine yapmış oldukları ICSID tahkim başvuruları Merkez tarfından kayda alınmıştır ve tahkim prosedürü devam etmektedir. Bkz: www.worldbank/icsid.org Bu Türk uyruklu şirketler açısından konunun önemini ortaya koymaktadır.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR VE MAKALELER

ACAR, Mustafa, "Sihirli Anahtar Terminatöre Karşı: Avrupa Birliği Nedir, Ne Değildir?", **Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Bilimler Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1, 1995. (Erişim için Bkz: http://www.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/95.pdf)

AKINCI, Ziya, **"Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu Ve Uygulama Alanı"** İzmir Barosu Dergisi, Sayı:4, 2001.

AKINCI, Ziya, **"Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi"** Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 2000. (Bildiri'ye erişim için ayrıca Bkz: http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/ziya_akinci.htm 22.02.2004)

AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1994.

AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

AKSOY, Nutki, **"Türkiye'de Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-II"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz:http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermfirm2.doc)

AKYOL, Şener, **"Milletlerarası Tahkim (Sorunlar-Çözümler-Öneriler)"**, M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000,

ALKİN, Erdoğan, **"Büyüme, İstikrar, Yabancı Sermaye",** Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (İnternet Erişimi için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/buyumeistikrar_yabser.doc)

ALTINTAŞ, M. Ayhan, **"Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları"** Hazine Dergisi, Sayı:10, Nisan-1998.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, **Jurisdiction of International Tribunals,** Leiden, NLD: Brill, N.H.E.J., N.V. Koninklijke, Boekhandel en Drukkerij, 2002.

APPLETON, Barry, **"Regulatory Takings: The International Law Perspective",** N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:11, 2002.

ARAL, Erol/KARABULUT, Erol, **"MAI-Oyuna Yeni Kurallar"** Power Ekonomi Dergisi, Mayıs-1998.

ARAT, Tuğrul, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999.

ARIMAN, Abdurrahman, **"Türkiye'ye Daha Fazla Yabancı Sermaye Çekebilmek İçin İzlenmesi Gereken Politikalar"** Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkdahafaz.doc)

AYBAY, Rona, **"Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur"**, Mülkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos-1999.

AYDIN, Nurhan, **Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Ortak Girişimler (Joint Ventures)**, Anadolu Üniversitesi, İİBF Yayınları, Eskişehir, 1997.

AYDOĞAN, Metin, **Bitmeyen Oyun**, Kum Saati Yayınları, 10. Baskı, Haziran-2002.

AYTAÇ, Zühtü, **"Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?",** Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ocak-2001.

AZRAK, Ali Ülkü, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999.

BALCI, Muharrem, **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim,** Danışman Yay., İstanbul, 1999.

BEAUVAIS, Joel C., **"Regulatory Expropriatıons Under Nafta: Emergıng Prıncıples & Lingering Doubts"** N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume:10, 2002.

BERBER, Leyla KESER, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu,** Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.

BERNINI, Giorgio, **"Is there a Growing International Arbitration Culture?"**, International Dispute Resolution: Towards An International arbitration Culture, (Editor: Albert Jan Van Den Berg) Kluwer Law International, 1998.

BERNSTEIN, Ronald/TACKABERRY, John/MARRIOT, Arthur L./WOOD, Derek, **Handbook of Arbitration Practice,** London, 1998.

BISHOP, Doak R./RUSSELL, William W., **"Survey of Arbitration Awards Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement"** Journal of International Arbitration, 19(6), 505–579, 2002.

BİLGİÇ, Mete, **GATT Kuralları ve Uruguay Roundu Kapsamında Uygulanan Devlet Yardımları ve Sübvansiyonlar**, KOSGEB, Ankara, Ocak-1999.

BİRSEL, Mahmut Tevfik / BUDAK, Ali Cem, **"Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği",** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997.

BİRSEL, Mahmut Tevfik, **"Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. maddesinde yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri" (=Enerji Yatırımları),** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

BİRSEL, Mahmut, Tevfik, **"Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Convention) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri" (=Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri)**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, 1998.

BLOMSTRÖM, Magnus/ GLOBERMAN, Steven/ KOKKO, Ari **"Regional Integration and Foreign Direct Investment"** Regions, Globalization, and the Knowledge-Based Economy, (Editor: DUNNING, John H.) Oxford University Pres, ISBN 0199250014, 2002.

BOZER, Ali, **"Türkiye'deki Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-I**", Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermfirm.doc)

CHATTERJEE, C., **"The Reality of The Party Autonomy Rule In International Arbitration"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(6), (539-560), 2003.

CHRISTIANSEN, Hans/ÖĞÜTÇÜ, Mehmet, **"Foreign Direct Investment For Development:Maximising Benefits, Minimising Costs"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/54/33/2764465.pdf)

CHUKWUMERİJE, Okezie, **Choice of Law in International Commercial Arbitration,** Westport, CT, USA: Greenwood Publishing Group, Incorporated, 1994.

COMEAUX, Paul E./KINSELLA, N. Stephan, **"Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance"** Dıgest Of Commercıal Laws Of The World, C.2, 1994.

ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2000.

DE CASSIO, Fransisco Gonzales, **"The International Center for Settlement of Investment Dispute-The Mexican Experience"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 19(3): 227–244, 2002.

DİNÇER, Oğuzhan Cevat, **"Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement of Investment) Üzerine Bir Değerlendirme"**, Dış Ticaret Dergisi, Temmuz-1998. Makaleye ulaşmak için Bkz: (http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/tem98/coktrf.htm-16.05.2004)

DOLZER, Rudolf, **"Indırect Expropnatıons: New Developments?"** N.Y.U. Envıronmental Law Journal, Volume:11, 2002. Erişim için Bkz: http://www.law.nyu.edu/journals/envtllaw/issues/vol11/1/dolzer.pdf

DOLZER, Rudolf / STEVENS, Margrete, **Bilateral Investment Treaties**, Kluwer Law International Publications, Netherlands, 1995.

DURAN, Lütfi, **"Yap-İşlet Devret"**, Muammer Aksoy'a ARMAĞAN (AÜSBFD), Sayı:1-2, 1991.

DYPSKI, Michael Cornell, **"An Examination of Investor-State Dispute Resolution under the MERCOSUR and NAFTA Regimes"**, Law and Business Review of the Americas, Winter/Spring, 2002.

EKŞİ, Nuray, **"Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı"**, MHB, Sayı:2, 1992.

EMEK, Uğur, **"İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

EMEK, Uğur, **"Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim" (=Kamu Hizmeti)**, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık-1999.

EMEK, Uğur, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999.

EMEK, Uğur, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü,** DPT, 1999.

EMİL, Dilek, **"Cumhuriyetin Kuruluşundan Günümüze İzlenen Yabancı Sermaye Politikaları"** Hazine Dergisi, 80.Yıl Özel Sayısı, Nisan-2004.

EREN, Erol/SAMSUNLU, Ayşegül, **"Yabancı Sermaye ve Türkiye'de Elektronik, Kimya ve Toprak Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Yatırım Ortaklıklarının Performanslarının İncelenmesi",** Doğuş Üniversitesi Dergisi, 4 (1) 2003.
Erişim için Bkz: http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t9

ERTEN, Rıfat, **"ICSID Tahkimi"**, BATİDER, C.XIX, Sayı:4, Ankara, 1998.

FREYER, Dana H. / GARFINKEL, Barry H. / GHARAVI, Hamid G., **"Bilateral Investment Treaties and Arbitration"**, Dıspute Resolutıon Journal, May-1998.

GELINAS, Fabien, **"Arbitration and the Challenge of Globalization"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 17(4), 117-122, 2000.

GIARDINA, Andrea, **"ICSID: A Self-contained Non-National Review System"**, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization and Uniformity" (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors:R.Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993.

GİRAY, F. KEREM, **"Türkiye'nin Taraf Olduğu İki taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarında Öngörülen İhtilafların çözüm Yolları"**, Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, MHB, Sayı:1-2, İstanbul, 2000.

GİRİTLİ, İsmet/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

GÖVDERE, Bekir, **"Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Belirleyicileri ve Günümüzdeki Geçerliliği"** Dış Ticaret Dergisi, Nisan-2003. (Erişim için: http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/nisan2003/yab.ser..htm)

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / AKILLIOĞLU, Tekin, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 1993.

GROOT, T. Diederik De, **"The Impact of The Benetton Decision on International Commercial Arbitration"** Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(4), (365-373), 2003.

GÜÇLÜ, Yücel, **Yabancı Sermaye Çekimi Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Anlaşmaları,** Erişim için Bkz: http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupe/ues-8/yabancisermaye.htm (28.05.2004)

GÜLAN, Aydın, **"Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

GÜNDAY, Metin, **"Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler" (=Uluslararası Tahkim)** , Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc)

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku Dersleri I**, Ankara, 1990.

GÜNUĞUR, Haluk, **"Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu, Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü"** Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999.

HOEKMAN, Bernard M./KOSTECKİ, Michel M., **The Political Economy of the World Trading System**, Oxford University Press, (ISBN 019829431X), 2001.

HORN, Norbert, **"The Development of Arbitration in International Financial Transactions"**, Arbitration International, LCIA, Vol:16, No:3, 2000.

HORNICK, Robert N., **"The Mihaly Arbitration Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction"** Journal of International Arbitration, 20(2): 189–197, 2003.

HOUDE, Marie-Franke, "Most Favoured Nation Treatment in International Invesetment Law", **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, OECD Publishing, 2005.

IDE, R. William III, **"ADR: A Giant Step Toward to Future"**, Dispute Resolution Journal, Vol: 48, Issue:4, December-1993.

İMRE, Erol, **Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli, Yasal Çatısı ve Uygulaması**, Yüksek Denetleme Kurulu, 2001. Erişim için Bkz: http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t9

KALPSÜZ, Turgut, **"İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim"**, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997.

KAPLAN, İbrahim, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, Cilt:XIX, Sayı: 4, Aralık-1998.

KAPLAN, Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Seçkin Yay., Ankara, 2002.

KAPLAN, Yavuz, **"Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi"**, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:3, 2003.

KAR, Muhsin / KARA, M. Akif, **"Türkiye'ye Yönelik Sermaye Hareketleri ve Krizler"**, Dış Ticaret Dergisi, Temmuz-2003. (Erişim için Bkz: http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/temmuz2003/sermaye%20hareketleri.htm)

KARLUK, Rıdvan, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermyat.doc)

KOCH, Christopher, **"Standards and Procedures fof Disqualifying Arbitrators"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(4), (325–353), 2003.

KURTZ, Jürgen, **A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment,** Jean Monnet Working Paper 6/02, New York University School of Law, New York, 2002. (Erişim için Bkz: www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020601.pdf).

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, B.6, C.VI, İstanbul, 2001.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 1994.

LEGUM, Barton, **"Trends and Challenges in Investor-State Arbitration"**, Arbitration International, LCIA,Vol. 19, No. 2, 2003.

MACLEAN, Roberto G., **"The Growing Importance of Arbitration in International Finance"**, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Winter, 2000.

MADELIN, Robert, **"An Investment Framework For Development Needs: The WTO Contributıon"**, OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002.

MCLAREN, Earl, **"Effective use of International Commercial Arbitration"**, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 19(5): 473–490, 2002.

MEESSEN, Karl M., **"International Investment and Dispute Settlement"** Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: Daniel FRIEDMANN / Ernst-Joachim MESTMACKER) Nomos Verlagsgeselschaft Baden-Baden, 1993.

MILES, Wendy, **"Practical Issues for Appointment of Arbitrators"** Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 20(3): 219–232, 2003.

MURPHY, Betty Southard, **"ADR's Impact of On International Commercial"**, Dispute Resolution Journal, Vol: 48, Issue.4, December, 1993.

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/GELGEL, Günseli, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul 2000.

NOMER, Ergin **"Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi"**, Mahmut Belik'e Armağan, İstanbul, 1993.

NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 1998.

OKSAY, Suna, **"Çokuluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde, Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek, Değerlendirilmesi"** Dış Ticaret Müsteşarlığı Dergisi, Ocak-1998, Sayı: 8. (Makaleye erişim için Bkz: http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/ocak98/cokulus.htm)

ONANER, Mehmet, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabserm.doc)

ORAK, Cem Çağatay, **Milletlerarası Ticari Tahkim Bakımından UNIDROIT İlkeleri**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:3, 2004. (s.85-106)

ÖZAY, İlhan, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 1992.

ÖZBAY, İbrahim, **Hakem Kararlarına Karşı Olağan Kanun Yolu (Hakem Kararlarının Temyizi),** Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2003.

ÖZBİLGİÇ, Zergül, **"Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Türkiye"** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

ÖZİLHAN, Tuncay, **"Zorunlu İhtiyaç: Yabancı Sermaye"**, Görüş Dergisi, Temmuz-2003.

ÖZSUNAY, Ergun, **"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle ilgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler"** İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2, Haziran-2003.

ÖZTÜRK, Pınar, **"Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Hukuki Boyutu",** İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2, 1998.

PAKSOY, Serdar, **"Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

PARK, William W./BJORKLUND, Andrea K./COE, Jack J., **"International Commercial Dispute Resolution"** The International Lawyer, Volume:37, No:2.

REISMAN, W. Michael, **Systems of Control in International Adjuction and Arbitratıon-Breakdown and Repair,** Duke University Press, Durhaim and London, 1992.

SABIR, Hasan, **"Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar"**, Dış Ticaret Dergisi, Ekim-2002. (http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/Ekim2002/sabir.htm)

SABUNCU, Faruk, **"Uluslararası Tahkim: Ekonomi Açısından Mali Mevzuatın Değerlendirilmesi"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör:Ali ULUSOY), Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

SALACUSE, Jeswald W., **Toward A Global Treaty on Foreign Investment, The Search A Grand Bargain**, 2003, s.44-45. (Erişim için Bkz: http://fletcher.tufts.edu/salacuse/pdf/globaltreaty.pdf 10.06.2004)

SARAÇ, Osman, **"Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar"**, Maliye Dergisi, Sayı:140, Mayıs-Ağustos, 2003.

SASSOON, David M., **"International Investment and Dispute Settlement"** Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: Daniel FRİEDMANN/Ernst-Joachim MESTMACKER) Nomos Verlagsgeselschaft Baden-Baden, 1993.

SAYMAN, Yücel, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999.

SCHRIJVER, Nicolaas Jan, **Sovereıgnty Over Natural Resources:Balancıng Rıghts And Dutıes In An Interdependent World,** Rijksuniversiteit Groningen, 1995. (Erişim için Bkz: http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/)

SCHUIJER, Jan, **"OECD Members' Experience With Capital Account Liberalisation And Its Relevance To Other Countries"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/10/18/2764647.pdf)

SEYİDOĞLU, Halil, **Uluslararası İktisat Teorisi: Politika ve Uygulamalar**, Güzem Yayınları, İstanbul, 1990.

SİRMEN, Lale, **"Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli"**, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996.

SORNARAJAH, M., **The International Law on Foreign Investment,** Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

SOYSAL, Mümtaz/ERTUĞRUL, İlter, **"Kamu Hizmeti ve Tahkim"** Mülkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos-1999.

ŞANLI, Cemal, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim-Panel,** Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999.

ŞANLI, Cemal; **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (=Esasa Uygulanacak Hukuk),** Ankara, 1986.

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (=Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması)**, İstanbul, 1996.

ŞANLI, Cemal; **"Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlenmesi ve MTO'nun ADR Kuralları" (=ADR Kuralları),** MHB, Yıl:22, Sayı:1, 2002.

TAN, Turgut, **"İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi"**, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996.

TAWIL, Guido Santiago, **The Role of Arbitration and International, Regional, Subregional and Bilateral Treaties in Latin America, (=The Role of Arbitration),** 2002. (Erişim için Bkz: http://www.ag-internet.com/bullet_iln_one_four/ArbitrationBilateralTreaties20021.pdf)

TAWIL, Guido Santiago, **"Commentary: ICSID Jurisdiction and the Request For Arbitration"** Arbitration International, Vol:18, No:3.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.

THIEL, Eva, **"OECD Member Experience With The Liberalisation Of Capital Movements"** OECD Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development, Shanghai, 5-6 December 2002. (Erişim için Bkz: http://www.oecd.org/dataoecd/55/43/2764604.pdf)

THOMSON, Claude R./FINN, Annie M.K., **International Commercial Arbitration A Canadian Perspective,** s.1-6. Makaleye erişim için Bkz: http://www.fasken.com/web/fmdwebsite.nsf (31.07.2004) This paper is published at *International Commercial Arbitration in the New Millennium*, Canadian Bar Association 2001, ISBN 1-894015-48-7 and is reproduced with permission of the Canadian Bar Association.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **"Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler"** Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc)

TÖRE, Nahit, **"Dünyada Yabancı Sermaye Akımları"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dunyayabsermaye.doc)

TRAKMAN, Leon E., **"Arbitrating Investment Dispute Under the NAFTA"**, Journal of International Arbitration, 18(4), (385–415), 2001.

TURAN, Çetin, **"Tahkim"**, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:4, Ekim-1999.

TURHAN, Turgut, **"Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim",** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997.

TWOMEY, Michael J., **Century of Foreign Investment in the Third World,** Florence, KY, USA: Routledge, 2000.

ULUSOY, Ali, **"Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları"**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, (Editör: Ali ULUSOY) Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

UYGUR, Ercan, **"Türkiye'nin Yürürlüğe Koyduğu İstikrar Programlarının Başarısında Yabancı Sermaye Girişlerinin Yeri ve Önemi"**, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel, (Yayına Hazırlayan:Ali TARHAN), TCMB, Ankara, Şubat-2001. (Erişim için Bkz: http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyururkoyd.doc)

ÜNAL, Şeref, **"Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Avrupa New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku"**, BTHAE Sempozyum, Ankara, 1990.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **"Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim"**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000.

VARLIER, Oktay, **"Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim"**, Görüş Dergisi, Eylül, 1999.

WAGNER, J. Martin, **"International Investment, Expropration and Environmental Protection"**, Golden Gate University Law Rewiev, Volume:29, Issue:465, 1999.

WEST, Gerald T. **Investment Insurance & Developmental Impact : Evaluating MIGA's Experience**, Herndon, VA, USA: World Bank, The Office of the Publisher, 2001.

World Bank Staff (CB), **Guide to The World Bank,** Herndon, VA, USA: World Bank Publications, 2003.

YANNACA-SMALL, Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, (ISBN: 92-64-01164-1), OECD Publishing, 2005.

YANNACA-SMALL, Katia, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, (ISBN: 92-64-01164-1), OECD Publishing, 2005.

YANNACA-SMALL, Katia, **Improving the System of Investor-State Dispute Settlement,** OECD Working Papers on International Investment, 2006/1, OECD Publishing, 2006.

YANNACA-SMALL, Katia, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", **Internatıonal Investment Law: A Changıng Landscape**, (ISBN: 92-64-01164-1), OECD Publishing, 2005.

YANNACA-SMALL, Katia, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", **International Investment Law: A Changing Landscape**, (ISBN: 92-64-01164-1), OECD Publishing, 2005.

YEĞENGİL, Rasih, **Tahkim (L'arbitrage),** İstanbul, 1974.

YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, **Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, **Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli Ve Kamu Borçlanması,** Maliye Sempozyumu-Tebliğler. (Erişim için Bkz: http://www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebligler/5-3.doc (26.02.2004)

YEŞİLIRMAK, Ali, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi", **BATİDER**, Cilt:XX, Sayı:2, Aralık-1999.

YEŞİN, Erdoğan, **"İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim"** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997.

YILMAZ, Ejder, **"Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim",** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar), BTHAE, 1997.

ICSID TAHKİM KARARLARI

Aguas and Generale - Argentine, Award, ICSID Case No:ARB/97/3. ICSID Revıew-Foreıgn Investment Law Journal, Volume:16, No:2, 2001. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf

ADF Group Inc. - USA, Award, ICSID Case AF No:00/1. ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:18, No:1, 2003. (s.195-289) Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf

ADF Group Inc. - USA, Procedural Order No:2 (Concerning Place of Arbitration), ICSID Case AF No:00/1. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-order.pdf

Autopista - Venezuela, Award, ICSID Case No:00/5.Karar metni için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf

Autopista - Venezuela, Decision, ICSID Case No:00/5. ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:16, No:2, 2001. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/decjuris.pdf

Azurix - Argentine, Decision, ICSID Case No:01/12. Erişim için Bkz:http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf

Banro - Congo, (Excerpts) Award, ICSID Case No: 98/7. ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:17, No:2, 2002. Ayrıca Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/banro-excerpts.pdf

Cement Shipping - Egypt, Award, ICSID Case No:99/6. ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:18, No:2, 2003. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf

CSOB - Slovak Republic, Decision, ICSID Case No:97/4, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:14, No:1, 1999. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf

Emilio Agustin Maffezini - Kingdom of Spain, Decision, ICSID No: Apr/97/7. Karar için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf

Marvin Feldman - United Mexican States, Decision (Interim), ICSID Case AF No:99/1. ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:18, No:2, 2003. Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-en.PDF

Marvin Feldman - United Mexican States, Correction and Interpretation Decision, ICSID Case AF No:99/1. ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:18, No:2, 2003. (Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman-mexico-correction-en.pdf)

Genin - Estonia, Award, ICSID Case No:99/2. ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:2, 2002. (s.1-96) Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf

Genin - Estonya, Supplementary Decision, ICSID Case No:99/2. ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:2, 2002. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin-sp.pdf

Goetz - Burundi, Award, ICSID Case No:95/3. Fransızca Karar metni için Bkz:ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:15, No:2, 2000. Ayrıca: http://www.worldbank.org/icsid/cases/goetz.pdf

Metalclad - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No: 97/1. ICSID Rewiev-Foreign Investment Law Journal, Volume:16, No:1, 2001. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf

Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2. ICSID Rewiev-Foreign Investment Law Journal, Volume:17, No:1, 2002. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf

Olguin - Paraguay, Award, ICSID Case No:98/5. ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Volume:18, No:1, 2003. (s.169-192), Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/Olgun-award-en.pdf

PSEG/NACC/Ilgın - Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5. (04.06.2004) Bkz: http://www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf

Robert Azinian - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:97/2, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume:14, No:2, 1999. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf

Santa Elena - Costa Rika, Award, ICSID Case No:96/1. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume:15, No:1, 2000. (s.169-204) Ayrıca Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/santaelena_award.pdf

Santa Elena - Costa Rika, Rectification Award, ICSID Case No:96/1. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal Volume:15, No:1, 2000, Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/santaelena_rec.pdf

Tanzania ESC - Independent Power TL, Award, ICSID Case No:98/8. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/tanesco-full.pdf

TECMED - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:00/2. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf

Tradex - Albania, Decision, ICSID Case No:94/2. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume:14, No:1, 1999. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_award.pdf

Tradex - Albania, Decision, ICSID Case No:94/2. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume:14, No:1, 1999. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf

Waste - United Mexican States, Venue Decision, ICSID Case AF No:00/3. Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/venue-e.pdf

Waste - United Mexican States, Preliminary Objection Decision, ICSID Case AF No:00/3. Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_united_eng.PDF

Waste - United Mexican States, Award, ICSID Case AF No:98/2. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume:15, No:1, 2000. (s.211-240) Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf

TAHKİM KARARLARINDA TAKDİM VE KARŞI OY YAZILARI

ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Metalclad Corporation - United Mexicon States", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:16, No:1, 2001. Ayrıca Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-intro.pdf

ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Mihaly International Corporation - Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)" ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal. Volume:17, No:1, 2002. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-intro.pdf

ESCOBAR, Alejandro A., "Introductory Note-Robert Azinian - United Mexican States Award" ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:14, No:2, 1999. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_intronote.pdf

FLORES, Gonzalo, "Intoductory Note-Waste - United mexican States, Award-ICSID Case AF No:98/2", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:15, No:1, 2000. Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_intronote.pdf

OBADIA, Eloise, "Introductory Note-Goetz - Burundi Award, ICSID Case No:95/3", ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal Volume:15, No:2, 2000. Erişim için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/in-goetz.pdf

SURATGAR**,** Davıd, Indıvıdual Concurrıng Opınıon *Mihaly - Sri Lanka, Award, ICSID Case No:00/2,* ICSID Revıew—Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:1, 2002. (Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-op.pdf).

……., Introductory Note-Banro American - Congo, (Excerpts) Award, ICSID Case No: 98/7, ICSID Revıew-Foreıgn Investment Law Journal, Volume:17, No:2, 2002. Bkz:http://www.worldbank.org/icsid/cases/banro-intro.pdf

RAPORLAR-ANSİKLOPEDİLER-SEMPOZYUM TOPLANTI TUTANAKLARI

"DEİK / Türk-Japon İş Konseyi Türkiye'nin Yabancı Sermaye Ortamının Değerlendirilmesi, Engeller - Öneriler" İstanbul, Aralık-2000 (Kasım-'2001 de gözden geçirilmiş), Erişim için Bkz: www.deik.org.tr/bultenler/ 200252122041krapor-tr-kasim2001.pdf –

Değişim ve Gelişim Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye, (Hazırlayan:Arı Toplumsal Düşünce ve Gelişim Derneği), Ekim-2001. (Erişim için Bkz: http://www.gencnet.org/images/yayinlar/AB_kitapcik.pdf)

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara, 2003.

Para ve Finans Ansiklopedisi-I, II, III. (3 Cilt) Creative Yayıncılık ve Ziraat Bankası, 1996. (Atıf yapılan konu başlığı ve yazar adı ilgili dipnotta gösterilmiştir.)

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Sempozyum II. Toplantı Tutanağı, (Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler), BTHAE, 1999. (Atıf yapılan yazar adı ilgili dipnotta gösterilmiştir.)

KONU İLE İLGİLİ MEVZUATIN BULUNDUĞU YAYINLAR

EMEK, Uğur, **Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) Ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı (Mevzuat)**, DPT Yayınları, Kasım-2002.

NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / GELGEL, Günseli, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul 2000.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum (Bildiriler–Tartışmalar), I, BTHAE, Ankara, 1997. (UNCITRAL Tahkim Kanun Modeli için)

ICSID Convention, Regulations and Rules, ICSID/15, Washington, April-2006. (Erişim için Bkz: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf)

İNTERNET ADRESLERİ[717]

hhttp://www.iccwbo.org/court/english/rules/rules.asp[718]
http://www.uncitral.org/en-index.htm[719]
http://www.legamedia.net[720]
http://www.encyclopedia.com[721]
http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?Newsletters__Ref=3844[722]
http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?Newsletters__Ref=4537[723]
http://www.treasury.gov.tr/mevzuat/dyy_aciklama.htm[724] (09.06.2004)
http://www.miga.org/screens/services/guarant/risks/risks.htm#expropriation[725] (26.09.2004)

[717] Yararlanılan diğer adresler dipnotta ve kaynakçada gösterilmiştir. Burada sadece doğrudan başvurulan adreslere yer verilmiştir.
[718] MTO/ICC Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları için.
[719] UNCITRAL Uzlaştırma Model Kanunu (2002) için.
[720] Calvo Şartı tanımı için.
[721] Carlos CALVO ve Calvo Şartı hakkında bilgi için.
[722] ABD Tahkim Hukuku hakkında genel bilgi için.
[723] Alman Tahkim Hukuku hakkında genel bilgi için.
[724] DYY Kanunu hakkında Hazine Açıklaması için.
[725] MIGA Sözleşmesi kapsamındaki riskler ve açıklaması için.