

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİM ile YATIRIM TAHKİMİ ARASINDAKİ FARKLAR

Yard. Doç. Dr. İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE*

Özet

Yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki temel farklardan birincisi, ticarî tahkime kıyasla yatırım tahkimi alanında “devletler hukukunun” çok daha yoğun bir uygulama alanına sahip oluşudur. Bunun başlıca sebebi, yatırım tahkimi davalarının çoğu kez “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerine” aykırılık iddiası ile yine bu Sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarına istinaden açılıyor olmalarıdır. Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri “devletler” arasında akdedilmiş andlaşmalar olduklarından, bu Sözleşmelerin hükümlerinin yorumlanmasında ve Sözleşme hükümlerinin ihlali iddialarının değerlendirilmesinde “Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi” de dahil olmak üzere devletler hukuku prensiplerinin dikkate alınması gerekir. Yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki bir diğer önemli fark, ticarî tahkimde görülmeyen bir gelişim hızıyla yatırım tahkiminin “şeffaflaşmakta” oluşu, bunun sonucu olarak dava tarafı olmayan üçüncü kişilerin yatırım tahkimi davalarına müdahale yolunun açılmış olmasıdır. Bu şeffaflaşmanın bir diğer sonucu olarak, yatırım tahkimi alanında verilmiş kararların büyük bölümü yayınlanmakta, kararların doktrin tarafından ele alınmasına da fırsat verilmektedir. Kararların yayınlanması konusu ile de bağlantılı bir diğer fark da, yatırım tahkimi alanında neredeyse istisnasız biçimde önceki ilgili kararlara atıf yapılıyor olması, yani ticarî tahkim davalarından farklı olarak, “içtihadın” yatırım tahkimi alanında önemli bir rolünün oluşudur.

Anahtar kelimeler: ABD'nin Model Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi (2004), Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi, devletler hukuku, dolaylı kamulaştırma, en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydı, ev sahibi devlet, gizlilik, ICC Tahkimi (Dünya Ticaret Odası Tahkimi), ICSID Konvan-

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, inci.af@doruk.net.tr

siyonu, içtihadın etkisi, imtiyaz sözleşmesi, kamulaştırma, kamulaştırmada tazminat, kararların yayınlanması, lex arbitri, milletlerarasılaştırma teorisi, NAFTA, şeffaflık, UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kuralları, Yatırım Teşvik ve Korumaya Sözleşmesi.

DIFFERENCES BETWEEN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND INVESTMENT ARBITRATION

Abstract

One major difference between commercial arbitration and investment arbitration is that, in investment arbitration public international law plays a central role, whereas in most commercial arbitration cases international law does not even apply. This is mainly due to the fact that investment arbitration cases are mostly brought under Investment Treaties concluded between sovereign states; commercial arbitration cases, on the other hand, are brought under commercial contracts between private parties (or, at least parties acting as private parties). Since treaties between states are governed by international law, the assessment of whether a violation of an Investment Treaty occurred requires an international law analysis in which the “Vienna Convention on The Law of Treaties” has also to be considered. One other striking difference between commercial arbitration and investment arbitration is related to the principle of confidentiality of arbitration. It may sound strange, but investment arbitration proceedings can be characterized as being intensively transparent. Investment awards are systematically published and commented on, commercial awards, on the other hand, are only rarely published. This also leads to the difference between the attitudes of commercial arbitrators and investment arbitrators towards past awards. Whereas investment tribunals always take arbitral precedent into consideration, commercial arbitrators rarely refer to previous awards.

Keywords: *BIT (Bilateral Investment Treaty), compensation against expropriation, concession contract, confidentiality, creeping expropriation, expropriation, foreign investment treaties, host state, ICC Arbitration, ICSID Convention, internationalization theory, precedent, lex arbitri, most favored nation clause, NAFTA, public international law, publicity of decisions, transparency, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration Rules, US Model BIT (2004), Vienna Convention on the Law of Treaties*

Giriş

A-Genel Olarak

Milletlerarası iktisadî ilişkiler farklı şekillerle karşımıza çıkar. Dört ana başlık altında ele alınabilecek bu farklı şekiller şöyle sıralanır: “*Mal*

ticareti”, “*Hizmet ticareti*”, “*Doğrudan yabancı yatırım*” ve nihayet dördüncü olarak da “*Bilgi, teknoloji transferi*”. Bu iktisadî ilişkilerin esas taraflarını teşkil eden oyuncularını ise sadece -tâcir veya yatırımcı sıfatıyla karşımıza çıkan- **özel hukuk kişilerinden** ibaret değildir; bilakis, pek çok milletlerarası iktisadî ilişkinin en önemli oyuncularından biri olarak bir “**devlet veya devlet kuruluşu**” karşımıza çıkar. Milletlerarası iktisadî ilişkilerin bu oyuncuları, farklı kombinasyonlarla bir araya gelebilmektedirler. Kimi milletlerarası iktisadî ilişkinin oyuncuları “sadece özel hukuk kişileri” olabilirken, kimi ilişkide tarafları şekillendiren oyuncularından “her ikisi de devlet” olabilmekte ve hatta kimi ilişkide oyuncularından “biri bir devlet diğeri de bir özel hukuk kişisi” olabilmektedir. İşte, oyuncularının farklı kombinasyonlarla bir araya gelebilmesi nedeniyle, milletlerarası iktisadî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, ilişkinin oyuncularının niteliğine göre üçlü bir ayırım yapılarak ele alınabilir. İktisadî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, ilgili ilişkide rol alan oyuncularının niteliği kıstasına göre gruplandırıldığında, birinci grupta, taraflarından her ikisinin de özel hukuk kişisi olduğu uyuşmazlıklar, ikinci grupta taraflarından birinin devlet, diğeri ise özel hukuk kişisi olduğu uyuşmazlıklar ve nihayet üçüncü grupta her iki tarafı da devlet olan uyuşmazlıklar yer alır.

Taraflarının niteliğine göre üç farklı grup altında ele alınan bu uyuşmazlıkların giderilmesi için başvurulacak tahkim de, üç ana kol altında gelişmiştir. Bu üç farklı koldan birincisi, mal veya hizmet ticareti işine girişen tacirler (veya tacir gibi hareket eden devlet /devlet kuruluşları) arasındaki uyuşmazlıkların çözümü işini gören, “**ticarî tahkim**”dir. İkinci gruba ait tahkimde ise, uyuşmazlıkların taraflarından biri özel hukuk kişisiyken, diğeri bir devlettir (buradaki devlet tâcir gibi hareket etmez). Bu tahkim türü, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım ihtilaflarının giderilmesi için başvurulacak tahkim olup, “**yatırım tahkimi**” olarak adlandırılan tahkimdir. Bu noktada olası tereddütleri bertaraf etmek amacıyla hemen belirtelim ki, hukuk dilimizde, “milletlerarası ticarî tahkim kavramı” genellikle geniş anlamda, yatırım ihtilaflarının çözümü için başvurulacak yatırım tahkimini de kapsayacak kadar geniş bir anlamda kullanılır; bu çalışmada ise “ticaret” kelimesinin sözlük anlamına da daha uygun düşecek biçimde, “**ticarî tahkim**” terimini milletlerarası mal ve hizmet alım satımından (ticaretinden) doğan ihtilafların çözümü için başvurulacak tahkimi, “**yatırım tahkimi**” terimini ise, yabancı sermayeli yatırımlardan kaynaklanan ihtilafların çözümü için başvurulacak tahkimi ifade edebilmek için kullanacağız.

Milletlerarası iktisadî ilişkilerden çıkan uyuşmalıkların çözümü için başvurulabilecek üçüncü tahkim kolunda ise, yargılanan taraflardan hiç biri özel hukuk kişisi olmayıp, davanın her iki tarafını da devletler oluşturmaktadır. Bu tahkim, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) üyesi Devletler arasında, DTÖ kurallarının ihlâl edildiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıkların halli için başvurulabilecek olan **“Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesindeki tahkim”**dir. Uygulamada DTÖ tahkimine sık başvurulmasa da, DTÖ'nün öngördüğü diğer bir yargılama usulü olan ve bir çok özelliği ile tahkime benzeyen bir yapıya sahip olan **panel yargılaması** usulüne devletler sık sık başvurmaktadır¹.

Bu makalede, sözünü ettiğimiz bu üç farklı tahkim yargılaması biçimlerinden sadece ikisini, *“yatırım tahkimi”* ile *“ticarî tahkimi”* kıyaslayacağız. Esasen, özellikle son iki yıl içinde İngilizce kaleme alınmış birçok yabancı yayında tam da bu makalenin konusu olan *“yatırım tahkimi”* ile *“ticarî tahkimin”* farklarını ele alan yazıların çokluğu, konunun, tahkim alanının güncel konularından birini oluşturduğuna işaret etmektedir. Üstelik bu konu güncelliğini sadece doktrinde değil; pratik hayatta da sürdürmektedir. Örnek olarak, Birleşmiş Milletler bünyesindeki “Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)” tarafından yakın bir tarihte, Ekim 2010 tarihinde düzenlenen toplantıda, UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının (bu kurallar ticarî tahkim dikkate alınarak düzenlenmiştir) *“yatırım tahkiminin”* kendine has ihtiyaçlarını karşılayabilir hale getirilmesi için neler yapılması gerektiği konularını içeren bir rapor², tartışmaya açılmıştır³. UNCITRAL bünyesinde tartışmaya açılan bu raporda, ele alınan başlıca konular arasında, yatırım tahkiminin kendine has özellikleri nedeniyle ticarî tahkim gibi gizli yürütülmesinin sakıncaları, yatırım tahkiminde gizlilik yerine şeffaflığın hâkim olması gerekliliği ve yine ticarî tahkimden farklı olarak yatırım tahkiminde *“amicus curiae yazılarının”* kabulü konuları yer almıştır.

¹ Panel yargılaması neticesinde hükmedilen yaptırımın nasıl uygulanacağı noktasında çıkan ihtilafların giderilmesi için, ilgili devletlerin DTÖ bünyesindeki tahkime başvurumaları gerekmektedir (*Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Mutabakat Metni*, md. 21.3, 22.6).

² Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 53rd session (Vienna, 4-8 October) «http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html». (*UNCITRAL REPORT of the WORKING GROUP*)

³ UNCITRAL REPORT of the WORKING GROUP, s. 6, 13, paragraf 15.

B-İncelemenin Kapsamı: Hangi Ticarî Tahkim - Hangi Yatırım Tahkimi ?

Gerek yatırım tahkimi gerekse de ticarî tahkim birbirinden farklı şekillerde tezahür edebilen yargılama usulleridir. Bu farktan söz ederken sadece yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farktan bahsetmiyoruz, bizatihi ticarî tahkim olarak adlandırılan tahkim kolu altında yer alan çeşitli tahkim usullerinin birbiri arasındaki farklar ile yatırım tahkimi olarak adlandırılan tahkim kolu altında yer alan çeşitli tahkim usulleri arasında farkların olduğunu vurgulamak istiyoruz.

Gerçekten de gerek ticarî tahkim gerekse de yatırım tahkimi kolu- na ait tahkim yargılamalarının birbirinden farklı tahkim kurallarına tâbi olarak, birbirinden bağımsız, farklı tahkim merkezlerinde veyahut “ad hoc” olarak yürütülmesi mümkündür. Meselâ bir “yatırım ihtilafı” ICSID’de görülebileceği gibi, “UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kurallarıyla⁴” veyahut da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurallarına⁵ (SCC) tâbi kılınarak hatta “ticarî ihtilafların” (yatırım ihtilafları değil) görüldüğü tipik tahkim merkezi olan ICC tahkiminde⁶ (Milletlerarası Ticaret Odası Tahkiminde)⁷ de görülebilir⁸.

⁴ Ad hoc tahkime ilişkin UNCITRAL Kuralları hakkında Türkçe bilgi için bkz. KALPSÜZ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu* s. 1 vd. DAYINLARLI, s. 1 vd. *UNCITRAL*; ALANGOYA, s. 1-23.

⁵ Stockholm Ticaret Odası Tahkimi hakkında Türkçe bilgi için bkz. ŞANLI, *Ticari Akitlerin* s. 270-273; TAN DEHMEN, s. 713-750.

⁶ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi (ICC tahkimi) hakkında bilgi için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 78 vd.; Cemal ŞANLI, *Ticari Akitler* s. 259 vd., KALPSÜZ, *Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli*; BİRSEL, s. 147 vd.; KESER BERBER, s. 1 vd.; KAPLAN, s. 83-87.

⁷ Milletlerarası Ticaret Odası’nın (**ICC’nin**) **2009 yılı istatistiklerine göre, açılan 817 adet davanın %9.5’unun taraflarından biri devlettir**; bkz. «www.iccwbo.org/court/arbitration». ICC nezdinde açılan ve taraflarından birinin devlet olduğu davalardan büyük çoğunluğu ticarî uyuşmazlıklara ilişkindir, bunlardan ancak çok azı yatırım ihtilaflarına ilişkindir. Nitekim, UNCTAD verilerine göre, 2009 yılında 5 adet yatırım davası ICC nezdinde açılmıştır. UNCTAD verileri için bkz. aşağıda dpn.12.

⁸ Yatırımcı, ev sahibi devlet ile arasındaki yatırım uyuşmazlığının giderilmesi için başvurabileceği yargı yollarını çoğunlukla, tâbi olduğu devlet ile ev sahibi Devlet arasındaki iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” hükümleri çerçevesinde belirler. Türkiye’nin taraf olduğu bazı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler hakkında açıklama için bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 124-150.

Bu birbirinden farklı tahkim merkezlerinde veya bir tahkim merkezine bağlı olmadan ad-hoc olarak yürütülen tahkimlerde izlenecek usuller arasında farkların bulunması da çok doğaldır. Söz gelimi, ihtiyatî tedbir kararlarının verilme koşulları bakımından ICSID tahkim kuralları ile UNCITRAL ad hoc tahkim kuralları arasında farklar⁹ bulunmaktadır¹⁰. Aynı şekilde, bir ticarî uyuşmazlığın ICC tahkiminde yargılanması ile aynı ticarî uyuşmazlığın Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)¹¹ tahkimi ile yargılanması arasında da izlenecek usul bakımından önemli farklarla karşılaşılacaktır. Netice itibariyle

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla giderilmesi imkânını veren devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin hemen hepsi, anlaşmazlık halinde ICSID tahkimine gidilebilmesine imkân tanımaktadır; bu Sözleşmelerin çoğu ICSID dışındaki diğer yargılama usullerine de başvurulmasını olanaklı kılarlar. Örnek olarak, İngiltere’nin akdettiği iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin neredeyse tamamı, yatırım ihtilaflarının giderilmesi için sadece ICSID tahkimini yetkili görürken, ABD’nin akdettiği iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde ICSID’in yanında UNCITRAL ad hoc tahkim kuralları uyarınca da yatırım ihtilaflarının giderilebileceği öngörülmektedir. ABD’nin taraf olduğu iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerindeki hükümlere benzer şekilde genellikle birbirine alternatif yargı yolları öngören “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”leri, yatırımcıya, bir uyuşmazlık çıktığında başvurabileceği tahkim yargılaması konusunda seçim hakkı tanırlar. Çok taraflı bir Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi olan “Enerji Şartı Anlaşması” da, yatırım ihtilaflarının halli için başvurulabilecek alternatifleri sıralayan sözleşmelerdendir. Enerji Şartı Anlaşması’nın öngördüğü alternatifler; ICSID, ad hoc yargılamaya ilişkin UNCITRAL kuralları veyahut da Stockholm Ticaret Odası Tahkimidir (Enerji Şartı Sözleşmesi md. 26/2).

⁹ ICSID Konvansiyonunun 39. maddesi uyarınca, dava tarafları aksi yönde mutabakata varmadıkça, bir ihtiyatî tedbirin alınması konusunda sadece ICSID hakem heyeti karar verebilir. Bu hükmün bir sonucu da, ICSID tahkimine başvurulması ile hakem heyetinin teşekkül etmesine kadar geçen süre zarfında ihtiyatî tedbir kararının alınmamasıdır. Hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilmesi gereken durumların gerektirdiği sürat ile ICSID yargılamasını gerçekleştirecek bir tahkim heyetinin oluşturulmasının aldığı uzun vakit göz önünde bulundurulduğunda, ICSID’deki bu düzenlemenin pek elverişli olmadığı görülür. Halbuki UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının 26(3) maddesi uyarınca, tahkim anlaşmasıyla bağdaşmadığı aşikar olan durumlar haricinde, ihtiyatî tedbir kararı vermesi için devlet mahkemelerine başvurulması mümkündür.

¹⁰ Farklı tahkim düzenlemelerinde “ihtiyatî tedbirlerin alınması” konusuna ilişkin farklı yaklaşımlar hakkında genel bilgi için bkz. ERTEN, *Geçici Koruma Önlemleri*, s. 56 vd..

¹¹ LCIA hakkında Türkçe bilgi için bkz. ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 264-266.

gerek “yatırım uyuşmazlıklarının” çözümü için başvurulabilecek tipik tahkim yollarından biri olan ICSID tahkimi ile yine “yatırım uyuşmazlıkları” nedeniyle başvuru olan bir diğer tipik yol olan UNCITRAL ad hoc tahkim yargılaması arasındaki farkların açıklanması gerekse de ticarî tahkime ilişkin tipik tahkim merkezi olan ICC tahkimi ile yine ticarî tahkime ilişkin bir başka tahkim yolu olan LCIA tahkimi arasındaki farkların açıklanması dahi onlarca sayfa alacak makalelerin konusunu teşkil eder.

Kıyaslanacak olan iki ayrı tahkim kolundan (ticarî tahkim-yatırım tahkimi) her birinin kendi kapsamı içindeki yargılama usulleri arasında dahi böylesine önemli farklar olunca (mesela ICSID tahkimi ile UNCITRAL ad hoc tahkim arasındaki farklar), başlı başına ayrı iki tahkim kolu olan yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farkları ortaya koymaya girişmeden önce, “yatırım tahkiminden” veya “ticarî tahkimden” söz ederken neyi, hangi tahkimi kast ettiğimizi açıklamalıyız.

1-Hangi Yatırım Tahkimi?

Her ne kadar doktrinde yazarların, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile giderilmesi konusunu ele alırken sadece ICSID tahkimini ele almalarına sık rastlasak da, yatırım tahkimini ele alırken sadece ICSID tahkimini ele almak kanaatimizce yanlış olmayan ancak eksik kalan bir yaklaşımdır. Nitekim, UNCTAD’ın (Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu’nun) 2009 yılı sonu verilerine¹² göre, 357 adet yatırım davasından (bunların 32 tanesi 2009 yılında açılmış davalardır), 225 tanesi ICSID’de açılmış, 91 tanesi “Ad Hoc Tahkime ilişkin UNCITRAL Kuralları” çerçevesinde açılmış, 19 tanesi Stockholm Ticaret Odası (SCC) kuralları çerçevesinde açılmış, 5 tanesi ise ICC tahkiminde görülmek üzere açılmıştır¹³ . Şu halde, *yatırım ihtilaflarından kaynaklanan*

¹² UNCTAD’ın (United Nations Conference on Trade and Development) verileri için bkz. «www.unctad.org/en/docs»

¹³ UNCTAD’ın bu verileri ile ICSID Genel Sekreter’inin beyan ettiği veriler arasında çelişki bulunduğunu görmekteyiz. Zira, ICSID Genel Sekreterinin 20 Kasım 2009 tarihi itibarıyla geçerli olduğunu ifade ettiği veriler uyarınca, 20 Kasım 2009 tarihinden bir hafta önce, ICSID personeli, **ICSID’de açılan 300. davanın** kutlamasını yapmışlardı. Yine Genel Sekreter’in ifadesine göre, söz konusu tarihten geriye doğru son beş yıl içinde her yıl ortalama 27 adet dava ICSID huzurunda açılmıştır; MEG, s. 18.

davaların ancak % 63'ü ICSID tahkiminde görülmektedir. Diğer tahkim usulleriyle görülmekte olan yatırım ihtilaflarının oranı olan %37 rakamı ise, henüz görmezden gelinebilecek kadar düşük bir rakam değildir. Bu nedenle, aşağıda yapacağımız açıklamalarda, yatırım tahkiminden söz ederken sadece ICSID tahkimini esas almayıp, diğer yatırım tahkimi yollarını, özellikle de ICSID'in ardından yatırım ihtilaflarının taraflarınca en sık tercih edilen tahkim yargılması kuralları olan UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarını da göz önünde bulunduracağız.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, **ICSID tahkimi, kuruluş yapısı itibarıyla devletler arasında akdedilmiş bir Konvansiyona dayandığı için** öylesine ayırt edici bazı özellikler taşımaktadır ki, ICSID **dışındaki** diğer yatırım tahkimlerinin bu özelliklere sahip olmaları olanak dışıdır. Özel olarak **ICSID tahkimine has farkların** başında, bir ICSID tahkim kararının icra edileceği ülke mahkemesince tenfiz edilmesi gerekmeksizin ICSID'e taraf olan her devlette icra edilebilmesi gelir. Bu çok önemli fark dışında, ICSID kararlarının herhangi bir devlet mahkemesince iptalinin söz konusu olmaması¹⁴ ve ICSID Komitesi tarafından verilen bir yürütmeyi durdurma kararının, ilgili ICSID kararının yürütülmesini bütün âkit devletlerde durdurması¹⁵

¹⁴ Günümüzde Türkiye'nin de dahil olduğu bir çok ülkenin milletlerarası tahkim mevzuatı, milletlerarası tahkim yargulamaları neticesinde verilen kararlara karşı, iptal davası açma imkânı tanımaktadır. Buna göre, tahkim yargılaması hangi devlette yürütülmüşse o devlet mahkemelerinin, tahkim kararı üzerinde iptal davası yoluyla bir kontrol yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Üstelik devlet mahkemelerinin iptal davası yoluyla sahip oldukları bu kontrol yetkisi sadece ticarî tahkim davaları ile sınırlı olmayıp, yatırım tahkimini de kapsamaktadır. Bunun tek istisnası ise ICSID tahkimidir! ICSID tahkimi yargılaması, âkit devletlerin taraf olduğu ICSID Konvansiyonu yargılaması olup, bir devletler hukuku yargılaması olduğu için, ICSID tahkiminin yargılama usulü hiç bir devletin millî hukukuna tâbi olmaz. Öyle ki, tahkim yargılamasının gerçekleştirildiği ülke hukukunun kamu düzeninden olan hükümleri dahi yargılama usulü hakkında tatbik alanı bulmaz.

¹⁵ ICSID Konvansiyonu'nun 52/5. maddesi uyarınca, ICSID tahkim heyeti tarafından verilen bir kararın iptali için bu kararın yürütmesinin durdurulması istemi ile birlikte başvurulduğunda, kararın yürütülmesi, Ad Hoc Komite tarafından talep karara bağlanana kadar durdurulabilir (ICSID kararlarının yürütmesinin durdurulması hakkında bilgi için bkz. EKŞİ, *ICSID*, s. 78 vd. Gerçi 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 15. maddesi uyarınca da iptal başvurusu yürütmeyi kendiliğinden durdurur (genellikle diğer ülkelerin tahkim mevzuatı iptal başvurusunun kendiliğinden yürütmeyi durduracağına ilişkin düzenleme içermezler; Bu durumun gerekçesi için bkz.

gibi özellikleri, ICSID tahkimini dünya üzerinde yürütülebilecek tüm diğer yatırım tahkimi davalarından farklı kılmaktadır. ICSID tahkiminin bu kendine özgü farkları hakkında Türk doktrininde yazılmış olan eserlerin sayısı bir hayli fazladır. Bu çalışmada ICSID tahkimine has farklar üzerinde durmak, hem Türk doktrininde bugüne kadar yazılmış olan bilgilerin tekrarı olmak ötesine geçemeyip bunların sadece birer özeti olmakla kalacağı, hem de bu çalışmanın kapsamını gereksiz yere genişleteceği için, ICSID tahkimine ilişkin ayırt edici özellikler üzerinde bu çalışmada gerekmedikçe ayrıca durmayacak olup, hemen bu başlık altında vermiş olduğumuz dipnotlarla yetineceğiz.

2-Hangi Ticari Tahkim?

Ticarî tahkim bakımından yöneltilebilecek “*hangi ticarî tahkim?*” sorusunun cevaplanması ise, “*hangi yatırım tahkimi?*” sorusunun cevaplanmasına kıyasla daha kolaydır. Kuşkusuz, ticarî ihtilafların halli için başvurulabilecek çeşitli kurumsal tahkim merkezleri bulunduğu gibi, ticarî ihtilafların ad hoc tahkimle giderilmesi de mümkündür. Yine de hangi ad altında, hangi merkez nezdinde yürütülmüş olursa olsun, tüm milletlerarası ticarî tahkim türlerinin ortak özelliği, bir devlet hukukuna dayanıyor olmalarıdır. Nitekim, bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tahkime havale edilebilmesi dahi, tahkim

KAPLAN, s. 51, dpn. 111); ancak yürütmenin durdurulması kararının etki alanı açısından ICSID Konvansiyonu ile 4686 sayılı Kanun arasında önemli bir fark vardır. ICSID Konvansiyonu anlamında yürütmenin durdurulması bütün dünyada geçerliken, 4686 sayılı Kanunun (veya tahkime ilişkin başka bir ülke mevzuatı) uyarınca yürütmenin durdurulmasının Türkiye (veya iptal davasının görüldüğü ülke) dışında etki doğurmaması durumu ile karşılaştırılabilir. Zira, ICSID dışında verilmiş tahkim kararlarının tenfizinde tatbik edilecek New-York Konvansiyonu’nun VI. maddesi, tenfizi talep edilen hakem kararının, iptali veya yürütmesinin durdurulması talebiyle verildiği ülke mahkemelerine başvurulmuş olunması halinde, söz konusu hakem kararının tenfizinin ertelenmesinin talep edilebileceğini düzenlemektedir. Böyle bir taleple karşılaşan tenfiz hâkimi, hakem kararının tenfizi konusunda karar vermeyi, iptal veya yürütmenin durdurulması davasının sonlanmasına kadar bekletebilir. Burada, önemli nokta şudur ki, hakem kararının yürütülmesinin durdurulması veya iptali istemiyle verildiği ülke mahkemelerine başvurulmuş olunması durumunda, tenfiz hâkimi tenfiz konusunda vereceği kararı bekletmek zorunda değildir; hâkime tanınan bir takdir yetkisi vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI, Tahkim, s. 283; EKŞİ, *New York*, s. 49 vd; ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 343.

yargılamasının dayandığı devlet hukukunun buna izin vermesi halinde mümkün olur¹⁶. Şu halde ticarî tahkim dayandığı devlet hukukuna (çoğunlukla tahkimin yürütüldüğü yer hukukuna) âdeta “demir atmış” gibidir. Buna mukabil “yatırım ihtilaflarının” %65'lere¹⁷ ulaşan bir bölümünün görüldüğü ICSID tahkimi ise varlığını hiçbir devletin hukukuna dayandırmaz, hiçbir devletin hukukuna demir atmaz.

Yakın zamana kadar, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacak usulün, hiç değilse dünya üzerinde var olan devletlerin sayısı kadar çeşitli olabileceği, milletlerarası ticarî tahkimin birbirinden farklı çeşit çeşit görünümünün olduğu söylenebilirdi. Ancak bugün aynı şeyi söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zira, “*Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkında New York Konvansiyonu*” ile başlatılan ve daha sonra Milletlerarası Tahkime ilişkin **UNCITRAL Model Kanunu** ile devam ettirilen çalışmalar neticesinde bugün dünya üzerindeki birçok ülkenin milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerinin yeknesaklaşması sağlanmıştır. Gerçekten de bu Model Kanunu aynen kendi hukuk sistemelerine iktibas eden veyahut da Türkiye’de olduğu üzere milletlerarası tahkim mevzuatını bu Model Kanundan esinlenerek düzenleyen ülkelerin sayısının¹⁸ artması neticesinde bugün, birçok devletin milletlerarası tahkim mevzuatı hükümlerinin birebir aynı olması veyahut da bu hükümlerin sadece küçük farklarla birbirinden ayrılması sağlanmıştır. Neticede, milletlerarası ticarî tahkimin zorunlu olarak demir attığı devlet hukuklarının giderek yeknesaklaşması sayesinde, farklı tahkim merkezlerinin farklı usullerinin çatısı altında veyahut da ad hoc kurullarla yürütülen ticarî tahkim yargılamalarının her biri, hiç değilse bu yargılamaların dayandığı devlet hukukunun müdahalesine tâbi temel meseleler bakımından giderek yeknesaklaşmaktadır¹⁹.

¹⁶ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 224.

¹⁷ ICSID tahkiminde görülen yatırım davalarının yüzdesi hakkında istatistik veriler için bkz. yukarıda dpn. 12 ve dpn. 13 civarı.

¹⁸ UNCITRAL’in web sayfasındaki listeden görüldüğü üzere, Nisan 2011 tarihi itibarıyla **UNCITRAL Model Kanununu aynen iktibas etmiş olan ülkelerin sayısı 57’dir**. Bunun haricinde, Türkiye’nin de dahil olduğu 12 ülke, UNCITRAL Model Kanunu’nu aynen iktibas etmiş olmasalar da, milletlerarası tahkime ait düzenlemelerini bu Model Kanundan esinlenerek düzenlemişlerdir. Bkz. «uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html».

¹⁹ CAMPBELL, s. 102.

1.Devletler Hukukunun Uygulama Alanı Bulması Kıstası Bakımından Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Fark

A-Genel Olarak

Yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki en önemli farklardan biri, yatırım tahkiminde, devletler hukukunun, yoğun bir uygulama alanına sahip olmasıdır. Gerçi bazen *ticarî tahkimde* de hakemler devletler hukukunu dikkate almak zorunda kalırlar, özellikle ticarî tahkime konu ihtilafın taraflarından birinin devlet olup, yargı muafiyetini²⁰ ileri sürmesi hali, ticarî tahkimde hakemlerin devletler hukukunu dikkate almak zorunda kaldıkları durumların başında gelir²¹. Ancak istisnâî durumlarda devlet-

²⁰ Bir tahkim davasının tarafı olan devletin “*yargı muafiyeti itirazı*”nı ileri sürmesi durumunda, genel eğilim, bu itirazı yerinde görmemek şeklindedir. Bu eğilimin dayandığı düşünce, devletin tahkim anlaşması yapmak suretiyle çıkacak ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenmesine rıza göstermiş ve tahkim yargılaması bakımından yargı muafiyetinden feragat etmiş olması nedeniyle, sonradan yargı muafiyetini ileri sürmesinin yerinde olmadığı düşüncesidir. Konu hakkında Türk doktrinindeki görüşler için bkz. NOMER /ŞANLI, s. 414.

²¹ Devletin taraf olduğu bir ticarî tahkim davasında hakemlerin devletler hukukunu tatbik etmek zorunda kalabilecekleri bir diğer durum da, bir devlet birimi veya teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim kaydının söz konusu devlete teşmil edilip edilemeyeceğinin belirlenmesinde karşımıza çıkabilir. Bu sorunun tahkim kaydını akdeden birim veya teşebbüsün tâbi olduğu hukuka göre, yani bir mahallî hukuka göre çözümlenmesi gerektiği anlayışı bulunmaktadır; bkz. ESEN, s.259, 274). Türkmenistan Devleti aleyhine ICC nezdinde görülen bir yatırım davasında, davalı Türkmenistan’ın aynı yöndeki itirazı üzerine konuyu ele alan İsveç mahkemelerinin, sorun hakkında tahkim yeri hukuku olan İsveç hukuku uyarınca karar vermiş oldukları hakkındaki bilgi için bkz., ÇAL, *Eleştiriler*, s. 169. Konu hakkında İsviçre ve Fransa’daki yaklaşım ile ICC kararları için bkz. SILVA-ROMERO, s. 38-41; parag. 15-31 (2002 tarihli bu makale, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni’nde (MHB) Türkçe’ye tercüme edilerek yayımlanmıştır; bkz. MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler, MHB (2007), *Tercüme: EMRE ESEN*, s. 120-123, parag. 15-31). Ancak doktrinde ileri sürülen farklı görüşlerden, bu sorunun Birleşmiş Milletler’in öngördüğü prensiplerle halli yoluna başvurulması gerektiği yönündeki anlayışın kuvvet kazandığı, yani devletler hukukunun burada da artan bir öneme sahip olacağı anlaşılmaktadır. Örnek olarak doktrinde, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Milletlerarası Hukuk Komisyonunun 2001 yılındaki 53. toplantısında kabul edilen “Devletlerin Milletlerarası Haksız Fiillerden Sorumlulukları” Kurallarının (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, bkz. «www.untrety.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft») 4. maddesinde öngörülen, devlet organlarının hareketlerinin devlete teşmil edileceği kuralının, devletin taraf olduğu tahkim davalarında da tatbik edilmesi gerektiği ileri sü-

ler hukukunun dikkate alınması, devletler hukukunun tatbikinin ticarî tahkimin karakteristik vasıflarından biri olduğu anlamını taşımaz. Buna mukabil “yatırım tahkiminin” öyle bazı özellikleri bulunmaktadır ki, sadece tahkim davasının tarafı olan devletin yargı muafiyetinin değerlendirilmesinde değil, yatırım tahkimi davasının neredeyse tüm aşamalarında “devletler hukuku” uygulama alanı bulur. ***Bu nedenle, ticarî tahkimden farklı olarak yatırım tahkiminin karakteristik vasıflarından birinin, devletler hukukunun yoğun tatbiki olduğu rahatlıkla söylenebilir.***

B-Yatırım Tahkiminde Devletler Hukukunun Tatbikini Gerekli Kılan Sebep

Yabancı yatırımcı, bir tâcirden farklı olarak sadece ticarî risklerle karşılaşmaz; yatırımcı, ev sahibi devlette yatırımının hayatiyetini sürdürdüğü zaman zarfında ortaya çıkabilecek, önceden bilinebilme imkânı olmayan, sosyo-ekonomik şartlardaki değişikliklerin, istikrarsızlıkların veya ev sahibi devletin hükümet politikalarındaki farklılaşmaların ürünü olan siyasi risklerle²² de karşılaşabilmektedir²³. Hatta belirtmek gerekir ki, yatırımcının karşılaşabileceği bir risk de, doktrininde Prof. GÜLAN²⁴’ın

rülmektedir (HOBER, s. 671- 675). Nitekim halihazırda bazı davalarda bu kullara dayanılmış olduğu da bilinmektedir, (Compagnie Noga D’Importation et D’Exportation S.A. v. Russian Federation, Judgment of the United States Court of Appeals for the Second Circuit 2004 (Docket Nos. 02-9237 (L)-9272 (CoN). Diğer yandan, Birleşmiş Milletlerin kabul etmiş olduğu bir sözleşme olan 2004 tarihli “Devletlerin ve Maliki Oldukları Malların Yargı Bağımsızlığına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin” (*UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, bkz.«www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf») öngördüğü prensiplerin de, devlet birim veya teşebbüslerinin akdettikleri tahkim kayıtlarının devlete teşmili sorununun halinde başvurulabilecek bir devletler hukuku kaynağı olduğu belirtilmektedir; HUYSAL; s. 18, dpn. 50.

²² Siyasî risk (politik risk) türleri için bkz. KIRLI AYDEMİR, s. 50 vd.

²³ Bkz. KIRLI AYDEMİR, s. 50 vd.; ÇAL, *Eleştiriler*, s. 151.

²⁴ “Kimi zaman kamu hizmetlerinin gerekleri öngörülemez şekilde değişebilir, bu yüzden de kamu hizmetinin uyarılma ilkesi aracılığıyla sürmekte olan sözleşmelere tek taraflı müdahale zorunluluğu ortaya çıkabilirse de, çoğu zaman bu durum sonradan ortaya çıkan öngörülemez hizmet gerekleri olmaktan çok, idare açısından fazla düşünülmeden, özensiz hazırlanmış bir sözleşmede, üstün yetkisine güvenen idare yetkililerinin kendileri için bir hak olarak gördükleri sözleşmeyi ihlâl etmek “mızıkçılık” yapmak biçimindeki tutumları ile doğan sorunlar da olabilmektedir”, GÜLAN, s. 152.

ifade ettiği gibi, ev sahibi devletin şartlarında öylesine önemli değişiklikler olmasa da, bu devlet organlarının, devletin egemenlik gücüne dayanarak, özensizce hatta âdeta “mızıkçılık” yapma hakkı varmış da bu hakkını kullanıyormuşçasına, yabancı yatırımın işletilmesine ilişkin şartlarda değişiklik yapmasından kaynaklanan risktir.

İşte, yatırımcının ev sahibi devletin müdahalelerinden korunabilmesi için devletler hukukunun tatbikine ihtiyaç duyulur. Zira, devletler hukuku, devletlerin ulusal hukuklarından ayrı bir hukuk sistemi olup, devletlerin egemenliklerinin üstünde yer alan farklı bir boyuttur. Bu nedendir ki, devletler hukuku, devletlerin egemenlik haklarına ilişkin olarak, tüm devletlerce kabul edilen sınırlamaları öngörebilmektedir. Devletler hukukunun devletlerin egemenlik gücüne getirdiği sınırlamalar bulunmasa, ev sahibi devletler sahip oldukları “en üstün emretme kudretini”²⁵- bazen adetâ mızıkçılık yapma hakları varmışçasına- kullanarak, karşılığında herhangi bir bedel ödemediği yatırımları bütünüyle kamulaştırabilir veya hiç değilse yatırımları kâr edemez²⁶ duruma getirebilirlerdi. Yatırım tahkiminde devletler hukukunun tatbiki, egemenlik gücünü elinde bulunduran ev sahibi devletin müdahalelerine karşı yatırımın korunmasını sağlar²⁷.

Ticarî ihtilaflarda ise durum farklıdır. Ticarî ihtilaflar bakımından devletler hukukunun müdahalesine ihtiyaç duyulmaz. Ticarî ihtilaflar prensip olarak bir devletin egemenlik hakkını kullanması nedeniyle oluşmazlar, bu nedenle de devletin egemenlik hakkının üstünde yer alan bir boyut olan devletler hukukuna başvurmaya da gerek kalmaz. Ticarî ihtilafların giderilmesi için hangi çözüm yolunun benimseneceğini millî hukuklar zaten gösterirler²⁸; bu nedenle ticarî ihtilâfların giderilebilmesi için millî hukukların tatbiki yeterlidir.

C-Yatırım Tahkiminde Devletler Hukukunun Tatbik Alanı Bulduğu Konular

Yatırım tahkiminde devletler hukukunun tatbik edildiği alanları şu üç başlık altında ele almak mümkündür:

²⁵ Kullanılan ifade, TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, s. 1’den alınmıştır.

²⁶ Mülkiyet hakkının resmî transferi olmaksızın yatırımın kâr edemez duruma getirildiği “dolaylı kamulaştırma” hakkında bilgi için bkz. BAKLACI, s. 1-25.

²⁷ Konu hakkında bilgi için Türk doktrininde bkz. ÇAL, *Eleştiriler*, s. 151.

²⁸ GUIDITTA, s. 785.

i-Tahkim Sözleşmesi (veya Tahkim Şartının) Yorumlanmasında Devletler Hukuku

ii-Tahkim Yargılamasında İzlenen Usulde Devletler Hukuku

iii-İhtilafın Esasına Uygulanacak Hukukta Devletler Hukuku

İşte bu üç başlık altında, devletler hukukunun tatbik alanı bulması bakımından yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farkları, aşağıda ele alacağız.

2-Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartının Yorumlanmasında Devletler Hukukunun Tatbiki

a.Genel Olarak

Davalılar bir *yatırım tahkimi* davasında, neredeyse istisnasız bir şekilde, tahkim heyetinin ihtilafı çözüme konusunda yetkili olmadığı itirazını (tahkim itirazı) ileri sürerler. Öyle ki, 2008 yılında **ICSID’de hak-kında hükme varılmış 16 ihtilafın 15’i için tahkim itirazının yapılmış olduğu** belirtilmektedir²⁹. Yatırım tahkiminde olduğu kadar sık olmasa da, ticarî tahkimde de tahkim itirazı davalılar tarafından ileri sürülür. Ne var ki, tahkim itirazının değerlendirilmesi işi, “yatırım tahkiminde” ticarî tahkime kıyasla çok daha zor ve devletler hukukunun da tatbikini gerektiren bir iştir. Bilhassa ICSID tahkiminde, hakemlerin ihtilafı görmeye yetkili olup olmadıklarının belirlenmesinde, çeşitli hususların bir arada değerlendirilmesi gerekir. Bu meyanda ICSID tahkiminde; yatırım, yatırımcı, yatırımcının vatandaşlığı, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitten kaynaklanan ihtilafların devletler arasındaki iki (veya çok) tarafı “Yatırım Teşvik Sözleşmesinden” kaynaklanan ihtilaflardan ayrı tutulması gibi başlı başına birer iş olan süreçler dışında kuşkusuz, tarafların ihtilaflarının tahkim yoluyla halli konusundaki irade beyanlarının varlığının ve bu beyanların kapsamının belirlenmesi işinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

İşte, ticarî tahkimden farklı olarak yatırım tahkiminde (özellikle ICSID tahkiminde) aranan şartlar olan, bir yatırımın varlığı, yatırımcının yabancı olması gibi ek şartların varlığının belirlenmesi gerekliliği dışında, ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki önemli farklardan biri de, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla halli

²⁹ THOMAS, s. 477.

konusundaki irade beyanlarının varlığının ve kapsamının belirlenmesinde izlenecek yöntemin de farklı olmasından kaynaklanır.

Öncelikle şu farkın altını çizmekle başlayalım: Ticarî uyuşmazlıklar ticarî ilişkinin taraflarının kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeden kaynaklanır; hâlbuki yatırım uyuşmazlıkları çoğunlukla yatırımcı ile ev sahibi devletin kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeden kaynaklanmaz; zira ev sahibi devlet ile tahkim şartı içeren bir sözleşme akdedebilmiş yatırımcı³⁰ sayısı azdır³¹. *Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartı içeren bir sözleşmenin bulunduğu ve yatırımcının bu sözleşme hükümlerine istinaden tahkime başvurduğu istisnâ haller*³² dışında, yatırım ihtilaflarında özel hukuk kişileri olan yatırımcıların ev sahibi devlete karşı tahkime başvurabilmelerini mümkün kılan unsur, devletlerin kendi aralarında akdettikleri iki veya çok taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleridir.

b.Tahkim Şartının Dava Tarafları Arasındaki Sözleşmede Değil, Devletler Arasında Akdedilmiş Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinde Yer Almasının Yarattığı Farklar

i- Dönüm Noktası Olan Dava:

“(AAPL) v. Republic of Sri Lanka Davası

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartını da içeren bir sözleşmenin (mesela imtiyaz sözleşmesi) bulunduğu istisnâ haller dışında, yatırım uyuşmazlıkları nedeniyle tahkime başvurabilme imkânını, “yatırımcının taraf olmadığı bir sözleşme olan -ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki- “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi sağlar³³. Esasen bu durum, bir tahkim anlaşmasının

³⁰ “... kimi zaman –ve özellikle kimi nitelikleriyle ön plana çıkarak diğer yatırımlardan ayrıcalıklı konum içerdiği savlanabilecek- yatırımlarda idareden alınacak ruhsat yerine idare ile yabancı yatırımcı arasında bir sözleşme imzalanması söz konusu olabilmektedir. ... Bu meyanda... ya yatırım tutarının büyüklüğü (milyar dolarlık otomotiv yatırımı gibi) veya yatırımın özgün niteliği gibi nedenlerden dolayı sözleşme olanağına kavuşturuluyor denilebilir.. (bu) türe örnek olarak BTC (Bakü Tiflis Ceyhan Boru Hattı) Projesi gösterilebilir” ÇAL, Yatırım Tahkimi, s. 138.

³¹ McLACHLAN, s. 98.

³² Bkz. örnek olarak, World Duty Free Company Ltd. v. Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7 (Award 4 October 2006).

³³ Nitekim, Türkçe’de kullandığımız “yatırım tahkimi” ifadesinin karşılığı olarak

“sadece bu anlaşmaya taraf olanlar” bakımından bağlayıcı olacağı, bu nedenle bir ihtilafa düşen tarafların kendi aralarında tahkim anlaşması yapmadıkça, söz konusu ihtilafın çözümü için tahkime başvuramayacakları yolundaki prensibe aykırılık teşkil eder. Hatta, ICSID Konvansiyonu’nun hazırlanması aşamasına göz atıldığında da, bir tahkim şartının tahkime konu ihtilafın tarafları arasında akdedilmesi gerektiği esasına uygun olarak bu Konvansiyonun ev sahibi devlet ile *yatırımcının kendisi* arasında akdedilecek tahkim şartları çerçevesinde yürütülecek tahkim yargılamaları için düzenlenmiş olduğu görülür. Gerçekten de ICSID Konvansiyonu’nu düzenleyenlerin, ileride devletlerin kendi aralarında sayısı binlerle ifade edilen Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri³⁴ akdedecekleri ve bu sözleşmelere koyacakları tahkim şartlarının bir gün yatırımcılara ICSID tahkimine başvurma yolunu açabileceği ihtimalini tasavvur dahi etmemiş oldukları görülür³⁵. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinin”, yatırımcıya ICSID tahkimine başvurma yolunu açması, ICSID Konvansiyonunun akdinden uzun zaman sonra, 1987 yılında *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*³⁶ davasında verilen karar ile sağlanmıştı. Bu karardan sonra verilen tüm kararlarda, ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının, yatırımcıların tahkime başvurmalarını

İngilizce’de genellikle “Investment Treaty Arbitration” ifadesi kullanılır. Bu İngilizce ifade tam da burada anlatmak istediğimiz özelliğe işaret etmektedir. İngilizce bu terimin karşılığı, “Yatırım **Andlaşması** Tahkimi”dir. Burada sözü edilen yatırım andlaşması, ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki iki veya çok taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” dir.

³⁴ UNCTAD verilerine göre 2005 yılı sonu itibarıyla dünya üzerinde akdedilmiş iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” sayısı **2595**’dir. Bu bilgi için bkz. The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties, UNCTAD Nations Conference On Trade and Development, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9 «www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf» Bir başka makalede yer alan veriye göre 2007 yılı sonu itibarıyla dünya üzerinde akdedilmiş iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” sayısı **2608**’dir. Bu makale için bkz. MALİK.

³⁵ Bkz. SCHREUER / MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, §25 para. 383, s. 192.

³⁶ Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3), «<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>».

olanaklı kılabileceği kabul edilmiştir³⁷. Bugün artık, ev sahibi devletin yatırımcının tâbi olduğu devlet ile akdetmiş olduğu “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nde yer alan tahkim şartı, ev sahibi devletin yatırımcıya yaptığı bir icap, yatırımcının tahkime başvurması ise, icabın kabulü olarak yorumlanmaktadır³⁸.

ii- Tahkim Rızasının Hangi Yatırım için Kime Verildiğinin Belirsizliği

Ticarî sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarından istifade edecek olan taraflar belli olduğu gibi, hakkında ihtilaf çıkması muhtemel ilişkinin kapsamı da bellidir. Dolayısıyla, bir tahkim şartı içeren ticarî bir sözleşmenin taraflarından biri bir devletse, bu devlet tahkime rızasını hangi ticarî ilişki için verdiğini, kime verdiğini öngörebilir. Hâlbuki, aynı devlet başka bir devletle akdettiği bir “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinde*” verdiği tahkim rızasında aynı bilgilere sahip olmadığı için, tahkim rızasını hangi yatırım için hangi yatırımcıya verdiğini bilemez³⁹.

Şu halde ticarî nitelikteki sözleşmelerde yer alan tahkim şartları ile “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nde yer alan tahkim şartları arasındaki farklılardan biri, bu tahkim şartlarının yer aldığı sözleşmelere taraf olan devletin, kendisine karşı açılması muhtemel tahkim davalarının hangi uyumsuzluk nedeniyle, kimler tarafından açılabileceğini öngörebilmesi konusu ile yakından ilişkilidir. Ticarî sözleşmelerde yer alan tahkim şartından istifade edebilecek olanın kim olacağı (prensip itibarıyla) baştan beri belli olduğu gibi; hangi ticarî ilişki için tahkime başvurulabileceği de bellidir. Halbuki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim şartından istifade etmesi olası yatırımcının kim olduğu belli değildir; belli olan sadece yatırımcının tâbiyetidir. Zira Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinde yer alan tahkim şartından istifade edebilecek yatırımcılar, bu Sözleşmenin tarafı olan devletlerin tâbiyetinde olan yatırımcılardır.

³⁷ Yatırım anlaşmalarında yer alan çeşitli tahkim kayıtlarından hangilerinin yatırımcıya doğrudan tahkime başvurma imkânı sağlayacağı konusunda bir sınıflandırma yapan ve bu sınıflandırmasına doktrinde daima atıf yapılan yazar ve eseri için bkz; BROCHES, s. 63. Konu hakkında Türk doktrininde bilgi için bkz. YILMAZ, s. 59 vd.

³⁸ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. CREMADES, s. 158; van HARTEN, s. 68 vd.

³⁹ van HARTEN, s. 63.

iii- En Ziyade Müsaadeyi Mazhar Millet Kaydının Etkisi

Devletler arasında akdedilmiş bir “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”nde yer alan tahkim şartı, aynı sözleşmede yer alan “**en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydı**” nedeniyle başta tahmin edilenden çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olabilir de. Gerçekten de, yatırımcının tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”nde yer alan “*en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydı*” ev sahibi devletin bir başka **üçüncü devletle** akdetmiş olduğu “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”nde yer alan ve yatırımcının tâbi olduğu devletin taraf olduğu “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”sinin içerdiği tahkim şartından daha elverişli koşullar içeren tahkim şartının kendisi hakkında tatbikini isteyen yatırımcıya bu imkânı tanıyıp, ev sahibi devlete karşı daha elverişli koşullarda tahkim davası açmasına neden olabilir.

Yaptığımız araştırmalar sonucunda tespit edebildiğimiz kadarıyla, bugüne dek, herhangi bir ICSID yargılamasında, davaya dayanak teşkil eden “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”sinde yer alan en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydı, içinde yer aldığı Sözleşme uyarınca kapalı olan ICSID tahkimine başvurma yolunu açmayı sağlamak için kullanılmış değildir. Başka bir deyişle ICSID hakemleri henüz, davada esas alınması gereken ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”nin ilgili ihtilaf hakkında ICSID tahkimine başvurma imkânı tanımayan hükümlerini dolanmak için, bu Sözleşme’de yer alan en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydına istinaden yatırımcının tâbi olduğu devletin taraf olmaması nedeniyle ilgili ihtilaf hakkında esasen uygulama alanı olmayan başka bir Sözleşmede (ev sahibi devletin diğer bir devletle akdetmiş olduğu Sözleşmede) yer alan ve ilgili ihtilaf hakkında ICSID tahkimine başvurulmasını mümkün kılan daha elverişli bir hükmü ithal etmek suretiyle tatbik edip, ICSID tahkimi yolunun açılmasını sağlamış değildirler. Prensip olarak ICSID yargılamasında “en ziyade müsaadeyi mazhar millet” kayıtları bugüne dek sadece içinde yer aldıkları “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri*”nin öngördüğü **“bekleme sürelerinin”** geçmesini beklemelerine gerek olmaksızın yatırımcıların tahkime başvurabilmelerine imkân tanınması amacıyla tatbik edilmiştir. Başka bir deyişle, ICSID yargılamasında “en ziyade müsaadeyi mazhar millet” kayıtları henüz sadece, içinde yer aldıkları “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”nin içerdiği tahkim şartının, tahkime başvurulabilmesi

için evvela belirli bir bekleme süresinin geçirilmiş olmasını araması halinde yargılmaya ilişkin konular hakkında kullanılmış olup, sadece bekleme süresine ilişkin kuralı dolanıp, bunun yerine üçüncü bir devletle akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nde yer alan ve tahkim başvurusu için bir bekleme süresinin geçmesini şart koşmayan hükmün tatbikini sağlamak için uygulanmıştır⁴⁰. “*En ziyade müsaadeyi mazhar millet kayıtlarının*” yargılama konusunda uygulanmasının en çarpıcı örneği ise ICSID yargılamasında değil, SCC (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü) yargılamasında görülmüştür. **RosInvestCo v. Russia**⁴¹ davası olarak anılan bu davada uygulama alanı bulan ilgili “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”, Sovyetler Birliği ile İngiltere (Birleşik Krallık) arasında akdedilmiş olan Sözleşme idi. Bu Sözleşme, Sovyetler Birliği’nin henüz dağılmamış olduğu tarihlerde akdedilmiş olup, o zamanlar Sovyetler Birliği’nin akdettiği sözleşmeler bakımından mutata olduğu üzere, tahkime başvurma imkânı ev sahibi devletin bir ihlâlinin bulunup bulunmadığı konusundaki ihtilafın hallini kapsamamaktaydı. Bu Sözleşmede tahkime başvurma imkânı sadece tazminat miktarının ne olacağı konusunda çıkan ihtilaflar bakımından tanınmıştı. Buna göre, ev sahibi devletin bir ihlâlinin bulunup bulunmadığı konusu tahkim yoluyla değil, mahkemelerce belirlenmeliydi. Ancak İngiliz yatırımcı, Sovyetler Birliği ile İngiltere arasındaki bu Sözleşmede yer alan “en ziyade müsaadeyi mazhar millet” kaydına istinaden, Sovyetler Birliği ile *Danimarka* arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nde yer alan tahkim şartından (bu tahkim şartı, tahkime başvurma imkânını tazminat miktarının belirlenmesi ile sınırlamıyor) yararlanarak, ev sahibi devlet olan Rusya Federasyonu aleyhine Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü’nde (SCC’de), ev sahibi devletin bir ihlâlinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi işini de kapsayan bir tahkim davası açabilmiştir. Bu karar, en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydının tahkim konusunda böylesine geniş kullanılıp, normal koşullar altında tahkim yoluyla görülmesi mümkün olmayan ihtilaflar bakımından da tahkime başvurma yolunu açtığını bildiğimiz ilk karardır (ICSID’de en

⁴⁰ ICSID davaları bakımından “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim kayıtlarının etkisi konusunda Türk doktrininde bilgi için bkz. AY-DOĞMUŞ, s. 20 vd..

⁴¹ RosInvestCo U.K. v. Russia SCC Case No. Arb. V079/2005, Award on Jurisdiction, Oct.2007.

ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydından yararlanarak görülen davalarda ise, yatırımcıların tahkime başvurma imkânı zaten vardı, ancak tahkime başvurabilmeleri belirli bir bekleme süresinin geçmesine bağlı idi). Bu bakımdan, SCC tarafından *RosInvestCo v. Russia* davasında verilen bu karar, fevkalade dikkat çekicidir!

iv-Tahkim Şartının Yorumunda Viyana Sözleşmesi Hükümlerinin Tatbiki

Devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim şartlarına ilişkin bir diğer özellik de, devletler arasında akdedilmiş tüm diğer sözleşme hükümleri gibi, bu hükümlerin de devletler hukuku kuralları çerçevesinde yorumlanmasının zorunlu olmasıdır. Bu nedendir ki, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim şartları, devletler arasındaki sözleşmelerin yorumlanması konusunda örf âdet niteliği taşıdığı artık kabul edilen 1969 tarihli ***Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi*** hükümleri çerçevesinde yorumlanmalıdır⁴².

İşte bu noktada, tahkim şartının yorumlanmasında izlenecek yöntem bakımından da *ticarî uyumsuzluklara* ilişkin tahkim şartlarının yatırım uyumsuzluklarına ilişkin tahkim şartlarından farklı oldukları gerçeği karşımıza çıkar. *Ticarî uyumsuzluklar hakkında tahkime başvurulabileceğini öngören hükümler* devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde değil, *ticarî ilişkinin tarafları arasındaki bir sözleşmede yer alan tahkim kaydında (veya tahkim sözleşmesinde) bulunur*. Dolayısıyla bu kayıtların yorumlanması işi, tâbi oldukları milli hukukun öngördüğü yorum kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir⁴³. Bu hukuk genellikle tarafların akdi kurarken sahip

⁴² Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. McLACHLAN, s. 139; DENE-LIUS, s. 107.

⁴³ Ticarî ihtilaflara ilişkin “(t)ahkim sözleşmesinin yorumunda hangi hukuk uygulanacaktır sorusunun cevabında iki yaklaşım kendini göstermektedir. Bunlardan biri tahkim sözleşmesinin esasına uygulanan hukuk diğeri ise otonom bir bakış açıdır. ... Türk hukukunda ... (t)araf iradelerinin mevcudiyeti, örtüşmesi ve sözleşmenin kapsamı konusundaki yorum meselesi sözleşmenin esastan geçerliliği ile ilgilidir. Bu itibarla tahkim sözleşmesinin yorumu sözleşmenin esasına uygulanan hukuka göre yapılmalıdır”; ÖZEL, s. 87,89.

oldukları ortak gerçek niyetlerini -hatta Türk hukukunda olduğu gibi gerçek niyetin tespit edilemediği hallerde **farazî ortak niyetlerini**-dikkate alacaktır.

Hâlbuki, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim kayıtları, Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi hükmü çerçevesinde yorumlanacaktır. “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan tahkim kayıtlarının Viyana Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yorumlanacak olmasının ticarî sözleşmelerdeki tahkim kayıtlarının yorumlanmasına kıyasla farkı, Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde yer alan tahkim kayıtlarının **taraf devletlerin sözleşmeyi hazırlarken sahip oldukları ortak niyetten ziyade sözleşmede geçen sözcüklerin mutat anlamlarının dikkate alınarak yorumlanacak** olmasında yatar. Viyana Sözleşmesi uyarınca, tahkim kaydını içeren metnin genel bağlamı içinde açık seçik anlaşılan konular hakkında başka yoruma gidilmeyip, doğrudan metinden çıkan sonuç ele alınmalıdır; tarafların sözleşmeyi kurarken sahip olmuş oldukları ortak niyete Viyana Sözleşmesi çok hafif bir değer atfetmiş olduğu için, tarafların ortak niyetleri müstakil varlık kazanmış olan Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi karşısında geri plânda kalır (Viyana Sözleşmesi md. 31 /1 ve 31 /3). Başka bir deyişle, taraf devletlerin “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”ni kurarken sahip olmuş oldukları gerçek niyet, Sözleşmede geçen ifadenin içerdiği anlamdan farklı dahi olsa, bu durum, Sözleşmenin ilgili hükmünün tatbikinde Sözleşme metninin içerdiği kelimelerden çıkan anlamın esas alınmasına engel olamayacaktır⁴⁴.

2- Tahkim Yargılaması Usulüne Devletler Hukukunun Tatbiki

Geçmiş yıllarda savunulmuş olan görüş, tıpkı her iki tarafı da birer Devlet olan ihtilaflarda olduğu gibi, taraflardan sadece birinin Devlet, diğerinin ise özel hukuk kişisi olduğu tahkim davalarında da, tahkim usulü hakkında başka bir devletin hukukunun uygulama alanı bulamayacağı, bu davaların devletler hukuku kurallarının öngördüğü usul

⁴⁴ Devletler arasında akdedilmiş Sözleşmelerin Viyana Sözleşmesi çerçevesinde nasıl yorumlanacağı konusunda bilgi için *diğer müellifler yanında örnek olarak* bkz. SUR, s. 63 vd..

çerçevesinde yürütülmesinin zorunlu olduğu yönünde idi. Bilhassa Suudi Arabistan'ın taraf olduğu **Aramco davasında**⁴⁵ ileri sürülen bu görüş, bir devletin sahip olduğu egemenlik gücünün gerektirdiği saygı nedeniyle, taraflarından birinin bir Devlet olduğu tahkim davalarında izlenecek usulün bir başka devletin hukukuna tâbi kılınamayacağı, bu davalarda devletler hukukunun öngördüğü usul kurallarının tatbik edilmesinin zorunlu olduğu düşüncesini içermekteydi.

Bu düşüncenin yansıması, ICSID Konvansiyonu'nun 44. maddesinde de karşımıza çıkmaktadır. ICSID Konvansiyonu'nun 44. maddesinin ayrıntısına girmeden önce hemen şunu belirtelim ki, ICSID Konvansiyon'un 44. maddesinin Resmi Gazetede⁴⁶ yer alan **Türkçe tercümesi hatalıdır**⁴⁷. Âdeta dava taraflarının ICSID tahkim yargılamasını ICSID Konvansiyonu hükümleri dışında başka bir yargılama usulüne tâbi tutma yetkileri varmış gibi bir düşünce uyandıran bu yanlış tercüme nedeniyle, yer yer Türk doktrinindeki bazı yazarların da madde

⁴⁵ Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO), 23.08.1958, ILR 27 (1963) s. 117 vd.. Bu davada uygulanacak usul hakkında incelemekte olduğumuz konu bakımından en önemli cümlenin İngilizce metni şu şekildedir: "Considering the jurisdictional immunity of foreign States, recognized by international law in a spirit of respect of the essential dignity of sovereign power, the Tribunal is unable to hold that arbitral proceedings to which a sovereign State is a party could be subject to the law of another Party. It follows that the arbitration, as such, can only be powered by international law" ILR 27 (1963), s. 155-156.

⁴⁶ RG. 6.12.1988/20011.

⁴⁷ Resmî Gazetede yer alan ICSID Konvansiyonu'nun tercümesi şu şekildedir: "Hakemlik davası, taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde, bu bölüm hükümlerine ve tarafların Hakeme gittikleri tarihteki Hakemlik Kurallarına göre yürütülür". Bu tercümenin içerdiği en önemli hata, "**taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde**" ibaresini ICSID Konvansiyonunun ilgili bölüm hükümlerini de kapsar biçimde kullanmasıdır. Böylece bu tercüme âdeta tahkim yargılamasını ICSID Konvansiyonu hükümleri dışında başka hükümlere tâbi tutma olanağının taraflara tanınmış olduğu düşüncesini uyandırmaktadır. Hâlbuki, Konvansiyonun İngilizce metninde "**taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde**" ibaresi sadece ICSID Konvansiyonunun eki olan Tahkim Kuralları'nı kapsar biçimde kullanılmıştır. Bu nedenle Konvansiyonun İngilizce metninden, ICSID tahkimine başvuran tarafların, tahkim yargılaması hakkında ICSID Konvansiyonu haricinde başka bir usulün uygulanmasını kararlaştıramayacakları, tarafların iradelerinin sadece ICSID Konvansiyonu'nun eki olan Tahkim Kuralları'nın tahkime uygulanıp uygulanmayacağı'nın belirlenmesinde önem taşıdığı anlaşılır.

hükümünü ele alırken ellerinde olmadan hataya düştükleri görülmektedir. ICSID Konvansiyonu'nun 44. madde hükmünün doğru tercümesi şu şekilde olmalıydı:

“Tahkim yargılaması, bu bölüm hükümleri (ICSID Konvansiyonu'nun 3. Kısımının 4. Bölümü) ve taraflar aksi yönde anlaşmadıkları takdirde tarafların tahkim iradelerini beyan ettikleri tarihte yürürlükte bulunan Tahkim Kuralları **uyarınca yürütülür**. Bu bölüm hükümleri veya Tahkim Kuralları veyahut da tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları kuralların kapsamadığı usule ilişkin bir sorunun çıkması halinde, tahkim heyeti sorun hakkında karar verir”.

Madde hükmü uyarınca, ICSID tahkimine konu olan bir dava mutlak surette, ICSID Konvansiyonu hükümleri uyarınca yürütülür. Taraflar ICSID Konvansiyonu'nun öngördüğü hükümlerin uygulanmaması veya bir kısmının değiştirilerek uygulanması yolunda anlaşma yapamazlar⁴⁸. Hiç kuşkusuz, ICSID Konvansiyonunun tatbik edilmek istenen hükmünün kendisi taraflara seçim yapma hakkı tanıyorsa (mesela, ICSID Konvansiyonu'nun 43, 45, 47, 26, 37, 38, 60, 62, 63 maddelerinde olduğu üzere), bu seçim hakkını taraflar kullanabilirler. Taraflara seçim yapma hakkı tanıyan bu istisnaî hükümler dışında ICSID Konvansiyonu'nun tahkim yargılamasında izlenecek usul konusunda taraf iradelerine değer atfettiği tek alan ise, ICSID **“Tahkim Kuralları”**nın (ICSID Konvansiyonunun hükümleri değil) uygulanıp uygulanmayacağını belirleme konusundadır. Sözü geçen, “Tahkim Kuralları” yine ICSID tarafından hazırlanmış kurallar olup, ICSID Konvansiyonu'nun eklerinden birini teşkil etmektedir.

Taraflar sadece menfi yöndeki irade beyanları ile, ICSID Konvansiyonu kurallarının eki olan “Tahkim Kuralları'nın” tahkim yargılaması hakkında tatbik edilmemesini sağlayabilirler. Taraflar, “Tahkim Kuralları'nın” (ICSID Konvansiyonu'nun değil) hükümlerinin hiç uygulanmaması veyahut da değiştirilmesi konusunda anlaşmaya varabilirler. Taraflar ister kendi aralarında anlaşarak tahkim yargılaması hakkında “Tahkim Kuralları'nın” tatbik edilmemesini kararlaştırmış olsunlar, isterse de bu kuralların aralarındaki tahkim yargılaması

⁴⁸ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. SCHREUER / MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, Article 44, Nr.1, s. 674 vd..

hakkında tatbikine izin vermiş olsunlar, **ICSID yargılaması hiç bir devletin tahkim mevzuatının sınırlamaları ile karşılaşmaz.** IC-SID tahkiminde, tahkim yeri devletinin usul hukuku uygulanmadığı gibi, tahkim yargılaması hakkında tarafların kararlaştırdıkları bir usulün tahkim yerinin emredici hükümlerine aykırı olması durumunda da, tahkim yeri hukuku tarafların iradesine herhangi bir sınırlama getiremez. Tahkime uygulanacak usul konusunda taraf iradelerinin sınırını belirleyen tek metin, ICSID Konvansiyonu'dur⁴⁹.

Şu halde, ICSID tahkimi mutlak surette Konvansiyon hükümlerinin öngördüğü usul kuralları çerçevesinde yürütülür; ICSID Konvansiyonu, devletler arasında akdedilmiş bir Konvansiyon olduğu için, bu Konvansiyon devletler hukukunun aslı kaynaklarından birisini teşkil eder; dolayısıyla ICSID tahkimine konu bir yatırım ihtilafında Konvansiyonun içerdiği usul kurallarının tatbiki, devletler hukukunun tatbiki anlamına gelir. Bu meyanda, bir ICSID kararının iptali veya gözden geçirilmesi talebiyle herhangi bir devlet mahkemesi önüne gelmesi de söz konusu olmaz. ICSID hakem kararlarına karşı yine sadece ICSID bünyesindeki kurullara başvurulabilir; devlet mahkemelerine ise başvurulamaz. ICSID tahkimi hiçbir devletin kontrolü altında yürütülmeyen, hiç bir devlet hukukuna demir atmayan, hiçbir devlet bakımından yerel sayılmayan, "**milliyetsiz (anasyonel)**" olmuş kararlardır. Söz gelimi, bir ICSID kararının gözden geçirilmesi (md.51) ICSID Genel Sekreteri'ne yapılacak başvuru ile sağlanır, aynı şekilde bir ICSID kararının iptali (md. 52) ancak yine ICSID bünyesinde kurulacak, iptali istenen kararı veren tahkim heyetinin hakemleri olmayan kişilerden oluşan üç kişilik bir ad hoc komisyon tarafından gerçekleştirilebilir⁵⁰. Görülüyor ki, ICSID kararlarına karşı başvurulabilecek, ICSID dışında yetkili bir makam (bir devlet mahkemesi) bulunmamaktadır. Tüm bu sonuçlara ICSID Konvansiyonunun kendinden varılabilmekte olup, ICSID'e taraf olan ülkelerin kendi mahallî düzenlemelerinde buna ayrıca değinmelerine gerek bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, bir ICSID tahkim yargılaması Türkiye'de yürütülecek olsa dahi, dava tarafları 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 15. maddesine dayanarak bu ICSID tahkimi neticesinde verilen hükmün iptalini Türk mahkemelerinden talep edemezler.

⁴⁹ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. SCHREUER / MALINTOPPI / REINISCH/ SINCLAIR, s. 679.

⁵⁰ ICSID Kararlarının düzeltilmesi ve iptali hakkında Türk doktrininde bilgi için bkz. DOST, s. 173-175; EKŞİ, *ICSID*, s. 67-81.

Hemen yukarıdaki paragrafta yapmış olduğumuz açıklamalar, **sadece ICSID tahkimine** ilişkin açıklamalardı. Halbuki, yatırım ihtilaflarının tümü ICSID tahkiminde değil, mesela Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Tahkimi (SCC) veya Ad Hoc tahkime ilişkin 1976 tarihli UNCITRAL tahkim kurallarına tâbi olarak da yürütülebilmektedir. Yatırım ihtilaflarının ICSID tahkimi dışındaki tahkim merkezlerince veya ad hoc olarak yürütülmeleri halinde, bu tahkimlerin de yine ICSID tahkiminde olduğu üzere, hiçbir devlet mahkemesinin müdahalesine tâbi olmadan yürütülmeleri mümkün olur mu? Başka bir deyişle, ICSID haricinde yürütülen bir yatırım tahkiminin de ICSID tahkimi gibi, milliyetsiz (anasyonel) olduğundan bahsedilebilir mi? Bu soruyu bugün için henüz olumlu cevaplamak pek mümkün görünmemektedir.

Durumu açıklamak için uygulamada yatırım ihtilaflarının halli için ICSID'den sonra en çok tercih edilen 1976 tarihli UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarını örnek olarak ele alalım. Esasen, UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının 15. maddesi, hakemlere, söz konusu kurallar (UNCITRAL kuralları) saklı kalmak kaydıyla tahkimi uygun gördükleri bir millî hukukun öngördüğü usule tâbi olarak yürütüme, hatta tahkim usulünü hiçbir millî hukuka tâbi tutmama hakkını dahi tanımaktadır⁵¹. Bu madde uyarınca, hakemler, UNCITRAL kurallarının düzenlemediği, açıkta kalan konular hakkında hiçbir millî hukuku dikkate almadan, kendi uygun gördükleri biçimde tahkimi yürütme hakkına sahiptirler⁵². Ancak diğer yandan yine aynı UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının 1. maddesi, tarafların, aralarındaki ihtilafları UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarına tâbi kılarak tahkim yoluyla çözme konusunda yazılı anlaşmaya varmaları halinde (md.1/1), tahkimin bu kurallara (UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarına) tâbi olacağını, ancak **tahkim hakkında yetkili hukukun** taraflarca değiştirilemeyecek kurallarının bundan istisna edileceğini, böyle bir istisnâî durumda – UNCITRAL ad hoc tahkim kuralları yerine- **öncelikle tahkim hakkında yetkili hukukun ilgili kurallarının tatbik**

⁵¹ CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, s. 31. UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kuralları'nın 15. maddesi hükmünün İngilizce metni şu şekildedir: "Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case".

⁵² BÖCKSTIEGEL, s. 228.

edileceğini öngörmektedir (md.1/2). UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının 1. maddesi, tarafların tahkimin **sadece** UNCITRAL ad hoc tahkim kuralları uyarınca yürütülmesi konusunda anlaşmaya varmış olmaları durumunda dahi, bir millî hukukun tahkim yargılaması hakkında yetkili olacağını; UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının tahkim yargılaması hakkında tatbikinin, bu yargılamanın bir millî hukuk ile olan bağlantısını kesmeyeceğini ortaya koymaktadır⁵³. UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarının 1. ile 15. madde hükümleri birlikte ele alındığında, bir ad hoc tahkimin UNCITRAL kuralları çerçevesinde yürütülmesinin kararlaştırılması halinde, bu tahkimde izlenecek usul hakkında prensip olarak herhangi bir millî hukuk hükmünün tatbikine gerek olmadığı, tahkimde izlenecek yargılama yöntemini UNCITRAL hükümlerinin zaten göstereceği, ancak yine de tahkimde izlenen usulün (UNCITRAL kurallarının öngördüğü usulün), **tahkim hakkında yetkili hukukun** emredici hükümlerine aykırı olmaması gerektiği⁵⁴; UNCITRAL kurallarının, ancak “tahkim hakkında yetkili hukuka” aykırı olmadıkları ölçüde tatbik edilebilecekleri sonucu çıkar⁵⁵.

ICSID dışında yürütülen tüm diğer yatırım tahkimlerinde (tıpkı örnek olarak yukarıda ele aldığımız UNCITRAL tahkiminde olduğu üzere) **“tahkimde izlenecek usul hakkında yetkili hukuk” ile karşılaşılacaktır.** Bu da **“tahkim yargılaması usulü hakkında yetkili hukuk, hangi devletin hukukudur?”** sorusunu karşımıza çıkarır. Milletlerarası tahkim konusunda geliştirilmiş doktrin ve mahkeme kararları, tahkim hakkında yetkili hukukun, tarafların bu konuda bir seçimi varsa, taraflarca belirlenmiş hukuk olduğuna işaret etmektedir. Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir ki, tarafların tahkim yerinin hukuku dışında başka bir devlet hukukunu yetkili kılabilmeleri de esasında, **tahkim yeri**⁵⁶ hukukunun buna izin vermesi

⁵³ BÖCKSTIEGEL, s. 230. UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kuralları'nın 1. maddesi hükmünün İngilizce metni şu şekildedir: “(1)Where the parties to a contract have agreed in writing that disputes in relation to that contract shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing. (2)These Rules shall govern the arbitration **except that where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties can not derogate**, that provision shall prevail.

⁵⁴ BÖCKSTIEGEL, s. 230.

⁵⁵ Bkz. ALANGOYA, s. 8; KAPLAN, s. 77.

⁵⁶ Tahkim yeri hakkında bilgi için bkz. ÖZEL, s. 59 vd..

halinde mümkün olur. Şu halde, ICSID dışında yürütülen tüm diğer yatırım tahkimleri **tahkim yeri** mahkemelerinin ve hukukunun kontrolü altındadır⁵⁷. Tahkim yeri hukuku şayet izin veriyorsa, taraflar tahkimin hiçbir devletin hukukuna tâbi olmayacağı (milliyetsiz (anasyonel) olacağı) konusunda da anlaşmaya varabilirler⁵⁸. Ancak belirtilmelidir ki, pek çok devlet hukuku, kendi ülkesinde yürütülen tahkimin milliyetsiz (anasyonel) olmasına izin vermez; bu devletler, tahkimde aranan -tarafsızlık gibi- minimum standartlara uyulmuş olup olmadığının kontrol yetkisini muhafaza etmek ister⁵⁹.

Netice itibarıyla, yatırım tahkiminin usulüne uygulanacak hukuk hakkında özetle şunu söyleyebiliriz: ICSID tahkim usulünün herhangi bir millî hukuka tâbi olması mümkün değildir, ICSID tahkimi milliyetsizdir (anasyoneldir). Buna mukabil, ICSID dışında yürütülen yatırım tahkimleri bakımından aynı durum söz konusu değildir. **ICSID dışında yürütülen tahkimler hakkında yetkili bir hukuk bulunur, bu hukuk tahkim yeri hukukudur.** ICSID dışında yürütülen bir tahkimin milliyetsiz (anasyonel) olması, ancak tahkim yeri hukukunun buna izin vermesi halinde mümkün olur ki; tahkim yeri hukukunun iznine bağlı bu istisnâ “milliyetsizlik halinin”, ICSID tahkiminin “milliyetsizliğinden” farklı olduğu ortadadır. Yatırım ihtilaflarının çoğu ICSID tahkiminde görüldüğünden⁶⁰, bugün artık yatırım tahkiminden söz edildiğinde akla ilk gelenin ICSID tahkimi olduğu, ICSID tahkiminin yatırım tahkiminde hâkim role sahip olduğu yadsınamaz. Bu nedenle, **ICSID dışında yürütülen yatırım tahkimi davalarındaki durumun farklı olduğu gerçeği gözden kaçırılmamak kaydıyla, yatırım tahkiminin büyük bölümünün (ICSID’de yürütülen bölümünün) herhangi bir devletin millî hukukuna tâbi olmadan, herhangi bir devlet mahkemesinin kontrolü altında bulunmadan yürütülmekte olduğunu belirtmek gerekir.**

⁵⁷ CARON / CAPLAN / PELONPÄÄ, s. 31; McLACHLAN, s. 129; BRODALY/ SMITH, s.161;BLACKABY, s. 230.

⁵⁸ Bilgi için bkz. ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 226-227; AKINCI, *Tenfiz*, s. 62 vd.; ÖZEL, s. 60.

⁵⁹ Esasen devletler tahkim üzerinde sahip olmak istedikleri kontrolü de sadece tahkim kararına karşı iptal talebiyle başvurulması halinde gerçekleştirirler; zira tahkim neticesinde verilen karara karşı iptal talebiyle devlet mahkemelerine başvurulmadığı sürece, kendi ülkesinde böyle bir tahkim yargılamasının yürütülmüş olduğundan ilgili devletin normal koşullar altında haberi dahi olmaz.

⁶⁰ ICSID’de görülen yatırım ihtilafı davalarının sayısı hakkında bilgi için bkz. yukarıda dpn. 12-13 civarı.

Yatırım tahkiminin tâbi olacağı usulü böylece belirledikten sonra, kıyas yapabilmek amacıyla bir de **ticarî tahkimdeki** durumu ele alalım. Ticarî tahkim yargılaması usulüne tatbik edilecek hukuk bakımından durum, ICSID dışında yürütülen yatırım tahkimlerindeki durumun aynısıdır. Kısaca tekrar etmek gerekirse, ticarî tahkim bakımından esas olan, bu tahkim yargılamasının usul bakımından tâbi olacağı kurallarının taraflarca belirlenmiş olması halinde dahi, bu kuralların (*mesela ICC kuralları gibi*) ancak, tahkim hakkında yetkili hukukun emredici kurallarına aykırı olmadıkları sürece tatbik edilebilecekleridir. Ticarî tahkimde de, -tıpkı ICSID dışındaki yatırım tahkiminde olduğu gibi- **tahkim yerinin yetkili millî mahkemeleri** tahkim yargılaması neticesinde verilmiş olan kararı, iptal aşamasında, asgari yargılama güvenceleri (taraflara savunma hakkının eşit şekilde tanınmış olması vbg.) bakımından kontrol edebilirler.

Ancak belirtmek gerekir ki, iptal aşamasında asgarî yargılama güvenceleri bakımından tahkim kararlarını kontrol yetkisine sahip tahkim yeri mahkemelerinin hakkında karar vermek zorunda oldukları meseleler kıyaslandığında, bu mahkemelerin ticarî tahkim kararları karşısındaki durumlarının, yatırım tahkimi kararları karşısındaki durumlarından çok daha farklı olduğu görülür. Gerçekten de, **yatırım tahkimi neticesinde verilen bir kararın iptali istemiyle başvuru devlet mahkemeleri, ticarî tahkim kararlarının iptali istemiyle başvuru devlet mahkemelerine kıyasla çok daha hassas ve zor bir konu hakkında karar vermek durumunda kalırlar**; zira böyle bir durumda, yatırım tahkimi davasının davalısı konumundaki bir yabancı devletin hassasiyetlerini içeren konular hakkında karar verilmektedir; devlet mahkemelerine yatırım ihtilaflarına ilişkin hakem kararlarının iptali için başvurulduğunda, devlet mahkemeleri bu hakem kararını gerçi sadece iptal sebepleri yönünden incelemelidir; ancak diğer yandan ilgili devlet mahkemesi hâkimi bilir ki, iptali talebiyle önüne gelmiş hakem kararı hakkında vereceği iptal veya iptalin reddi doğrultusundaki karar, ev sahibi yabancı devletin malî yapısını, hatta kendi devleti ile hakem kararının aleyhine verilmiş olduğu yabancı devlet arasındaki siyasî ilişkileri dahi etkileyebilecek niteliktedir. Örnek olarak Arjantin devleti aleyhine SCC Kuralları'na tâbi olarak Stockholm'de açılmış bir yatırım ihtilafı davasının var olduğunu ve bu davada Arjantin aleyhine karar verilmiş olduğunu farz edelim; işte bu kararın iptali talebiyle İsveç mahkemelerine başvurulduğunda, İsveç mahkemeleri Arjantin açısından çok hassas bir konu hakkında karar vermek zorunda kalacaklardır. Kuşkusuz, yabancı bir devletin hassasiyetlerini içeren bir konu hak-

kinda verilmiş hakem kararının iptali hakkında karar vermek, iki tacir arasında görülmüş bir tahkim davası neticesinde verilen kararın iptali hakkında karar vermekten daha zordur⁶¹.

Devlet mahkemelerine yatırım tahkimi neticesinde verilmiş kararın *iptali* talebiyle başvurulduğunda, bu mahkemelerin üstlenecekleri işin ticarî tahkim kararlarının iptaline kıyasla daha hassas ve zor olduğunu belirttiğimiz bu noktada, aynı durumun, devlet mahkemelerine ICSID dışında verilmiş yatırım tahkimi kararlarının *tenfizi* talebiyle başvurulduğunda da geçerli olduğunu belirtelim. Gerçekten de, bir yabancı devlet aleyhine verilmiş bir yatırım tahkimi kararının tenfizi hakkında karar vermek durumunda olan mahkemeler, bir anlamda söz konusu yabancı devletin hassasiyetlerini içeren konular hakkında da karar vermek durumunda kalırlar⁶². Ancak, yabancı devlet aleyhine verilmiş tahkim kararını tenfiz etmek durumunda kalan mahkemeler, bu tenfiz işlemini New-York Konvansiyonu⁶³ hükümleri çerçevesinde gerçekleştirmek zorunda olduklarını, devletler arasında akdedilmiş bir andlaşma olması itibarıyla devletler hukukunun asli kaynakları arasında yer alan New-York Konvansiyonu'nun öngördüğü kurallar çerçevesinde hakem kararını yabancı devlet aleyhine de olsa tenfiz etmelerinin devletler hukukundan kaynaklanan yükümlülük olduğu gerçeğini de gözden uzak tutmamalıdır.

3- Tahkime Konu Uyuşmazlığın Esasına Devletler Hukukunun Tatbiki

a. Yatırım Tahkime Konu Uyuşmazlıkların Çözümünde Devletler Hukuku

i. İstatistik Veriler Işığında Yatırım Uyuşmazlıklarının Esasını Teşkil Eden Meselelerin Genel Niteliğine Bakış

Yatırım ihtilaflarında davacı yatırımcı genel olarak şu üç ana başlık altında sınıflandırılabilir: iddiada bulunur:

i-Yatırımının *kamulaştırılmış* olduğu iddiası. (Bu iddianın ileri sürülebilmesi için, ilgili devletler arasında bir “Yatırım Teşvik ve

⁶¹ BLACKABY, s. 230.

⁶² BLACKABY, s. 231.

⁶³ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi; RG. 25.9.1991-21002

Koruma Sözleşmesi” veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında “imtiyaz sözleşmesi” gibi bir akdin bulunmasına gerek yoktur)

ii-Devletler arasındaki “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme*”lerinin -kamulaştırmaya ilişkin hükümleri dışındaki diğer hükümlerine aykırılık iddiası.

iii-Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki **akde** (mesela imtiyaz sözleşmesine) aykırılık iddiası.

ICSID Genel Sekreteri'nin bir tebliğde⁶⁴ 20 Kasım 2009 tarihi itibarı ile geçerli olduğunu belirterek sunduğu istatistik veriler⁶⁵ uyarınca, **ICSID 'de görülmekte olan davaların % 80 ilâ %85'i devletler arasındaki çok taraflı veya iki taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerine aykırılık iddiası** ile açılan davalardır.

Yine ICSID Genel Sekreteri'nin ifadesine göre, devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerine aykırılık iddiası ile açılan bu davaların büyük çoğunluğu, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan hükümlerden:

i-Kamulaştırma konusunu düzenleyen hükümlere aykırılık;

ii-Âdil ve eşit muameleyi öngören hükümlere aykırılık;

iii-Millî muameleyi öngören hükümlere aykırılık

iddiası ile açılmaktadır.

Aynı tebliğinde, ICSID Genel Sekreteri, önceki yıllarda, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitlere (mesela imtiyaz sözleşmelerine) veya ev sahibi Devletin yatırım mevzuatına aykırılık iddiası ile açılan davaların çok daha fazla olmuş olduğunu, günümüzde bu oranın epey gerilediğini, bugün davaların ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki akde aykırılık iddiası yerine daha ziyade devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerine aykırılık iddiasıyla açıldığını, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”ne aykırılık iddiasına dayandırılan davaların artık %85'ler gibi yüksek bir oranı bulunduğunu belirtmiştir⁶⁶.

⁶⁴ Tebliğ, ICC/ ICSID ve AAA (American Association for Arbitration) ortaklığında düzenlenen toplantıda (26th AAA/ICC/ICSID Joint Colloquium on International Arbitration held in Washington, D.C. on November 20, 2009) sunulmuş olup, bu tebliğ yayınlanmıştır. Bkz. KINNEAR, s. 17-22.

⁶⁵ KINNEAR, s. 19.

⁶⁶ KINNEAR, s. 19.

aa-Kamulaştırma⁶⁷ İddiası

Bir devletin, kendi ülkesinde bulunan yabancıların mallarını kamulaştırması halinde, bu fiili nedeniyle bu devletin bir yaptırıma tâbi tutulacak olup olunmadığının belirlenmesi konusu, devletler hukukunun ilgi alanına giren bir konudur. Devletler hukuku, bir devletin kendi ülkesinde bulunan yabancıların mallarını kamulaştırmasını prensip olarak bu devletin sorumluluğunu gerektirebilecek bir fiil olarak kabul etmektedir. Ne var ki, devletler hukuku prensip olarak varlığını kabul ettiği bu sorumluluğu doğuracak şartların neler olduğu ve bu sorumluluk hakkında uygulanacak yaptırımının ne olacağı konusunda genel bir kural geliştirmiş değildir⁶⁸.

Klasik anlayış⁶⁹; ülkesinde bulunan bir **“yabancıya kötü muamele”** eden devletin, dolaylı olarak o yabancıнын tâbi olup diplomatik himayesinden yararlandığı diğer bir devleti rencide etmiş olacağı⁷⁰, bu nedenle de **“yabancıya kötü muamele”** eden devletin, devletler hukukuna aykırı hareket etmiş sayılacağı yönündedir. Yabancıнын diplomatik himayesinden yararlandığı diğer devleti rencide eden **“kötü muamele”** kapsamına, söz konusu yabancıнын doğrudan şahsına yapılan müda-

⁶⁷ Burada **“kamulaştırma”** terimiyle ifade edeceğimiz durumlar, sadece klasik anlamdaki kamulaştırmalardan ibaret değildir. Özellikle son yıllarda **“dolaylı kamulaştırma”** adı altında tarif edilen müdahaleler de burada **“kamulaştırma”** başlığı altında ele aldığımız konuların kapsamına dahil olduğu gibi, günümüzde artık pek rastlanılmayan millileştirme ve el koyma fiilleri de burada genel olarak kamulaştırma adı altında ele alınacaktır. Dolaylı kamulaştırma hakkında bilgi için Türk doktrinde bilgi için, bkz. yukarıda dpn.26. Genel olarak kamulaştırma adı altında ele alınan konular hakkında bilgi için diğer müelliflerin yanında örnek olarak bkz. SORNARAJAH, Second Edition, s. 344 vd.

⁶⁸ Türk doktrininde bu konu hakkında bkz. TOLUNER, *Millileştirme*, s. 1 vd.

⁶⁹ 1758 tarihli olup, devletler hukukunun klasikleri arasında sayılan, VATTEL tarafından kaleme alınmış kitapta şu ifade yer almaktadır: *“Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l’Etat qui doit proteger le Citoyen”* VATTEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Reproduction of Edition of Edition of 1758, Ed. James Brown Scott, Washington, 1916, Liv. II, Chap. VI, s. 309. Aynı cümle, İngilizce’ye şu şekilde tercüme edilmiştir: *“Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen”* E. de VATTEL, s. 136.

⁷⁰ “Milletlerarası hukuk, devlete kendi ülkesinde bulunan yabancıya muayyen bir şekilde muamele etmek vecibesini yüklemektedir. Bu vecibeye uygun hareket etmeyi istemek, ferdin yani yabancıнын değil, yabancıнын vatandaşı olduğu devletin hakkıdır”; TOLUNER, *Yabancı Sermaye*, s. 345.

halelerin dahil olduğu konusunda şüphe yoktur. Buna mukabil yabancıların “**malları**” üzerindeki haklarının bu malların bulunduğu devlet tarafından ihlâlinin de bu anlamda “*kötü muamele*” kapsamına dahil olup olmadığı konusunda, I. Dünya Savaşı “öncesi” dönem ile I. Dünya Savaşı “sonrası” dönem arasında bir anlayış değişikliği gerçekleşmiştir. I. Dünya Savaşı -özellikle 1917- “öncesi” dönemdeki devletler hukuku⁷¹, bir yabancıнын malvarlığı haklarının bu malvarlığının bulunduğu devlet tarafından ihlâli durumunda, ihlâli yapan devletin bu yabancıya; **derhal** (*prompt*), **uğradığı zararı karşılayan** (*adequate*) **ve etkili** (*effective*) bir tazminat ödemesi gerektiği; hatta bu devletin bu kıstaslara uygun tazminatı ödememesi halinde, malvarlığı hakkı ihlâl edilen yabancıya diplomatik himaye sağlayan diğer bir devletin, tazminat ödemeyen devlete karşı silahlı kuvvet dahi kullanabileceği yönünde idi⁷². Devletler hukukunun I. Dünya Savaşı öncesindeki bu anlayışına örnek teşkil etmesi amacıyla, kendi yakın tarihimizde -Osmanlı Mâliyesi'nin İstanbul'daki iki Fransız'dan belirli süre için borç alıp, sürenin dolmasına rağmen bu borcu geri ödememiş olması nedeniyle- Midilli'de yaşanmış bir vakiya burada kısaca değinmemiz faydalı olur. Osmanlı Maliye'sinin iki Fransız vatandaşına olan borcunu geri ödeyememiş olması nedeniyle, 1901 yılında, Fransız donanması o zamanlar bir Osmanlı nahiyesi olan Midilli adasına yanaşmış, Fransız askerleri, Osmanlı Maliyesinin iki Fransız'a olan borcuna karşılık, Midilli gümrüğünde bulunan mallara el koyup, bu malları kendi donanma gemilerine yükleyip uzaklaşmışlardır⁷³.

I. Dünya Savaşı'nın patlak vermesi ile birlikte yaşanan gelişmeler⁷⁴, bilhassa Sovyetler Birliği'nde yaşananlar⁷⁵, bir yabancıнын malvarlığı-

⁷¹ Esasen, I. Dünya Savaşı öncesi dönemde, Dünya adeta sömürge devletler ve sömürge sahibi batılı devletler olmak üzere iki devlet grubundan ibaretti. Sömürge konumundaki devletlerin ise, batılı devletlerin yaratıp dayattığı devletler hukuku kurallarına karşı çıkabilmeleri pek beklenemezdi.

⁷² Diğer müelliflerin yanında örnek olarak bkz. SORNARAJAH, s. 188; LOWENFELD, s. 470.

⁷³ Yaşanmış bu olay için bkz. VERSAN, s. 48-49.

⁷⁴ I. Dünya Savaşının patlak vermesi ile büyük bir değişiklik yaşandı. Türkiye bakımından, Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra yabancılarla tanınan imtiyazlarla kamu hizmeti gören demiryolları, limanlar, ve diğer bazı tesisler 16 yıl içinde millileştirildi. Türkiye, millileştirmeler neticesinde yabancı şirketlere tazminat olarak 236.5 milyon İsviçre Fransı, 204.5 milyon Fransız Fransı, 34.8 milyon İngiliz Sterlini ve 10.7 milyon Türk Lirası ödemiştir; bkz. SELİK, ULUDAĞ, s. 45'den naklen)

⁷⁵ Sovyetler Birliği'nde, 26 Ekim 1917 tarihli Kararname ile toprak üzerinde özel

nın bulunduğu devlet tarafından kamulaştırılması halinde, kamulaştırmayı gerçekleştiren devletin, yabancıya, “*derhal, zararı karşılayan ve etkili*” tazminat ödemesi gerektiğini öngören geçmiş günlerin devletler hukuku prensibini, geçerli bir prensip olmaktan çıkarmış, ev sahibi devleti de koruyan bir anlayış getirmiştir. I. Dünya Savaşı sonrası dönemde, bilhassa II. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan vakıaların bir çoğunda mallarına el konulan yabancılara bir tazminat ödenmişse de, bu tazminat hem çok geç hem de uğranılan zararı karşılamaktan uzak, düşük meblağlar olmuştur⁷⁶.

Her ne kadar, içinde bulunduğumuz son yıllarda devletler arasında akdedilen iki ve çok taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin de çoğu âkit devlet tâbiyetindeki yatırımcıların yatırımlarının

mülkiyet kaldırdı. Mülklerine el konulan hak sahiplerine ise, tazminat ödenmedi. Bir kaç ay sonra da, Sovyetler Birliği’nde bulunan tüm bankaların, madenlerin, fabrikaların, petrol tesislerinin üzerinde yabancı ve yerli tüm özel hukuk kişilerinin sahip oldukları mülkiyet haklarına, devlet tarafından hak sahiplerine herhangi bir ödeme yapılmaksızın el konuldu. Batılı ülkeler buna karşı çıkıp, tazminat talep ettilerse de, herhangi bir sonuç alamadılar; LOWENFELD, s. 471.

⁷⁶ Millileştirme dalgası, II. Dünya Savaşını takip eden yıllarda daha da büyüdü. II. Dünya Savaşını takip eden 25 yıl içinde, Doğu Avrupa ülkeleri, eski koloniler ile Latin Amerika Devletlerinde kamulaştırmalar ve millileştirmeler gerçekleştirildi. Doğu Avrupa ülkeleri Yunanistan dışında artık Komünist rejimle yönetilmekte olduklarından, Doğu Avrupa ülkelerinde, Çin’de ve Küba’da gayrimenkuller, özel şahıslara ait sınai tesisler millileştirildi. Latin Amerika Devletlerinden özellikle Bolivya, Brezilya, Arjantin, Peru ve Guatemala’da tesisler, madenler ve işletmelere devlet tarafından el konuldu. Endonezya’da Hollanda’lılara ait mallara el konulurken (1958-1959), İran petrolünün millileştirilmesi ile 20. yüzyılın başından beri İran petrolünü işleten Anglo-Iranian Oil Company isimli şirket de millileştirildi (1951), Mısır ise Süveyş Kanalı Şirketini millileştirdi (1956). Cezayir’den Suudi Arabistan’a kadarki coğrafyada iş yapan tüm batılı petrol şirketleri millileştirildi veya bu şirketlere tanınmış olan ayrıcalıklar kaldırıldı. Bu millileştirmelerin bir kısmında hak sahiplerine ödenecek tazminata ilişkin görüşmeler, millileştirmeyi gerçekleştiren Devlet ile mülkü millileştirilen hak sahiplerine diplomatik himaye sağlayan Devletler arasında veyahut da Dünya Bankası ile millileştirmeyi gerçekleştiren Devlet arasında gerçekleştirildi. Bu millileştirmelerin çoğunda (Küba’da gerçekleştirilen millileştirmede ABD vatandaşı olan hak sahipleri dışındaki diğer hak sahiplerine bir miktar tazminat ödendiye de, ABD vatandaşları halen tazmin edilmiş değildirlen) hak sahiplerine bir miktar tazminat ödendiye de, bu tazminatın miktarı, millileştirilen mülklerin gerçek değerinden düşüktü, ayrıca tazminat, millileştirmeden çok daha geç bir tarihte hak sahiplerinin eline geçebilmişti; LOWENFELD, s. 483- 485.

kamulaştırması halinde “*derhal, zararı karşılayan ve etkili*” tazminat ödenmesini zorunlu kılsa ve bu “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin ihlâl edildiği iddiasına dayandırılan davalarda tazminatın bu kıstaslar çerçevesinde ödenmesine karar veriliyor olsa da, bir yabancı yatırımcının mallarının kamulaştırılması durumunda ödenecek tazminat miktarının bu kıstaslar (derhal, zararı karşılayan ve etkili) çerçevesinde belirlenmesi kuralını, devletler arasında akdedilmiş sözleşmelerin bulunmadığı hallerde de tatbik alanı bulan bir uluslararası örf adet kuralı haline getirecek düzeyde genel, yaygın ve temsil edici çoğunlukta bir evrensel destek henüz oluşmamıştır. Başka bir deyişle, ev sahibi devletin uymak zorunda olduğu bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin bulunmadığı durumlarda, tazminat bu kıstaslar (derhal, zararı karşılayan, ve etkili) çerçevesinde belirlenmez. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında kamulaştırma halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin hüküm içeren bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin yokluğu halinde ödenecek tazminat miktarının ne olması gerektiği sorusuna gelişmiş ülkelerin verdikleri cevap, bu tazminatın “*derhal, zararı karşılayan ve etkili*” olma kıstaslarını karşılayan bir tazminat olması gerektiği yönündedir. Buna mukabil gelişmekte olan ülkeler, bu kıstaslara tâbi bir tazminat yerine “*duruma uygun* (appropriate)” tazminat ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁷⁷.

Bugünkü devletler hukuku anlayışı bakımından söylenebilecek olan, bir yabancıнын malının ev sahibi devlet tarafından kamulaştırılması halinde bu devlet tarafından yabancıya bir tazminatın ödenmesi gerektiği anlayışının, bir devletler hukuku örf adeti olarak kabul gördüğü⁷⁸; ancak bu tazminatın eski anlayıştan farklı olarak “derhal, zararı karşılayan ve etkili” tazminat olma kıstaslarını karşılayan bir tazminat olmasının zorunlu olmadığı, daha düşük meblağlı bir tazminat da olabileceğidir⁷⁹. Tazminat miktarının ne olması gerektiği konusunda bir genel

⁷⁷ Türk doktrininde bkz. ERTEN, *Yabancı Yatırımlar*, s. 169.

⁷⁸ Diğer yazarlar yanında örnek olarak bkz. SUR, s. 78.

⁷⁹ 1968 tarihli kitabında Hocamız Prof. Dr. Sevin **Toluner**’in görüşü, el koyma halinde tazminat verme şartının bir milletlerarası hukuk kuralı olduğuna dair genel bir inancın bulunmadığı yönündedir; bkz. TOLUNER, *Millileştirme*, s. 134-137.

prensip henüz belirlenmiş olmasa da⁸⁰, ***kamulaştırmanın hukuka uygun gerçekleştirilmiş olup olmadığı, tazminat miktarını belirleyici bir kıstas olarak kabul edilmektedir.*** Bugün genel olarak kabul edilen anlayış, kamu yararı olmaksızın ve vatandaşlarla eşit muameleye tâbi tutulmaksızın gerçekleştirilen kamulaştırmaların “hukuka aykırı kamulaştırmalar” olduğu⁸¹ yönündedir. İşte böyle bir “hukuka aykırı kamulaştırmanın” varlığı halinde, belirlenecek tazminat miktarının, hukuka uygun kamulaştırmalara kıyasla daha yüksek olması gerektiği düşüncesinin de devletler örf adet hukukunda yerleşmiş olduğu görülmektedir.

Kuşkusuz, hemen yukarıda yaptığımız tüm bu açıklamalar, ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında, kamulaştırma halinde ödenecek tazminat miktarını hüküm altına alan iki veya çok taraflı bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin var olmadığı hallerle ilişkindir. Devletler arasında bir anlaşmanın bulunduğu hallerde örf ve adet ikinci planda kalmaktadır⁸². Bu nedenle, ***ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin var olduğu haller bakımından, daha farklı sonuçlara varılacaktır.*** Esasen, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin varlıklarının altında yatan temel nedenlerden biri de, ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilecek kamulaştırma hallerinde yatırımcıya ödenecek tazminat miktarını, önceden belirlenmiş kıstaslarla (genellikle de derhal, zararı karşılayayan ve etkili bir tazminat şeklinde) tespit etmek olmuştur⁸³. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında iki veya çok taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin bulunması halinde, hemen yukarıdaki paragrafta bahsetmiş olduğumuz “hukuka uygun kamulaştırma” ve “hukuka aykırı kamulaştırma” ayırımının da silikleştiği görülür; zira bu sözleşmelerde, genellikle devletler hukuku uyarınca hukuka uygun sayılan kamulaştırmalar bakımından ev sahibi devletten talep edilecek tazminat miktarı ile devletler hukuku uyarınca hukuka aykırı sayılan kamulaştırmalarda talep edilebilecek tazminat miktarı arasında pek fark gözetilmez; bu Sözleşmelerde, hukuka uygun sayılan

⁸⁰ Konu hakkında bilgi için Türk doktrinde bkz. ERTEN, *Yabancı Yatırımlar*, s. 168.

⁸¹ Konu hakkında bilgi için Türk doktrinde bkz. ERTEN, *Yabancı Yatırımlar*, s. 167.

⁸² SUR, s. 75.

⁸³ SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 332.

kamulaştırmalarda ödenecek tazminat miktarı, hukuka aykırı sayılan kamulaştırmalarda ödenecek tazminat miktarı ile aynı olacak şekilde öngörülmesi olabilir⁸⁴. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin içerdiği kamulaştırma halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin hükümlerin yorumlanması konusu ise, yine devletler hukukunun ilgi alanına giren bir mesele olarak *Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi* hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Zira, burada da yorumu söz konusu olan metin, devletler arasındaki bir andlaşmadır⁸⁵.

ii-Devletler Arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” Hükümlerinin İhlâli

Devletler hukuku, bir devletin kendi ülkesine girecek yabancı sermayeye izin verme konusunda düzenleme yapmasına, yabancı sermayenin girişini belirli kurallara tâbi tutmasına, hatta yabancı sermayenin girişini bütünüyle yasaklamasına izin vermektedir; tüm bu hususlar ilgili devletin takdirine bırakılmış konular olup, ilgili devlet bu konular hakkında kendi iç hukukunda istediği gibi düzenleme yapma hakkına sahiptir⁸⁶. Yine devletler hukuku, devletlerin başka devletlerle sözleşmeler yaparak (iki taraflı veya çok taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”) ülkelerine girecek belirli devlet vatandaşlarına ait yabancı sermayenin giriş koşullarını, yabancı sermayeye tanınacak hakları ve koruma tedbirlerini belirlemelerine de imkân vermektedir. Nitekim, ev sahibi devletler ile yatırımcıların tâbi oldukları devletler arasındaki iki veya çok taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”leri devletler hukukunun tanıdığı bu imkân çerçevesinde akdedilmektedirler.

Bu sözleşmelerin yatırımların ev sahibi devlet tarafından kamulaştırılması halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin hükümler içerdiklerini, devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin varlık nedenlerinden birinin de zaten kamulaştırma halinde ödenecek tazminat miktarının önceden belirlenmiş kıstaslara tâbi tutulması olduğunu hemen yukarıdaki başlık altında ele almıştık. Bu başlık altında “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan sırf kamu-

⁸⁴ RIPINSKY / WILLIAMS, s. 86-88.

⁸⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için hemen aşağıdaki başlık altındaki açıklamalarımıza bakınız.

⁸⁶ TOLUNER, *Yabancı Sermaye*, s. 361.

laştırmaya ilişkin olan hükümleri değil, kamulaştırma dışında kalan konularda da yatırımcıların tâbi olacakları muamelelerin standartlarını belirleyen hükümleri ele alacağız. Bu standartları belirleyen hükümlere örnek olarak, “*en ziyade müsaadeyi mazhar millet*” kaydı, “*milli muamele*” kaydı, “*âdil ve hakkaniyetli muamele*” kaydı gibi kayıtlar içeren hükümler gösterilebilir.

Her ne kadar bilhassa gelişmiş devletler kamulaştırma konusu dışında kalan diğer konular hakkında muamele standartları öngören sözleşme hükümlerini (mesela milli muamele kaydını) devletler hukukunun bir kuralı haline getirmek için çaba harcıyor olsalar da, bu konudaki çabalar bugüne dek sonuçsuz kalmış (mesela, kısaca MAI olarak anılan Çok Tarafı Yatırım Sözleşmesi hazırlama çalışmaları kamudan gelen yoğun eleştiriler neticesinde sonuçsuz kalmıştır); bu hükümlerin, yatırımcının tâbi tutulacağı muameleyle ilişkin öngördükleri standartlar, henüz devletler hukukunca genel kabul gören standartlar halini almamıştır. Gerçi, bu standartların devletler hukuku prensibi haline getirilmesi çabalarının bir sonucu olarak, bazı yatırım sözleşmelerine “*devletler hukuku örf ve adetinde geliştirilmiş standartlar*” gibi ifadeler eklenip böylece adeta kamulaştırma dışındaki diğer konular hakkında da yatırımcının tâbi olacağı muamele konusunda devletler hukuku örf adeti varmış gibi bir intiba yaratılmaya çalışılmaktaysa da, henüz bu standartların gerçekten de devletler hukukunun bir parçası olduğunu gösterecek genel, yaygın ve temsil edici çoğunlukta bir anlayış yoktur⁸⁷. Bu nedenle, *önceki başlık altında ele aldığımız “kamulaştırma” durumundan farklı olarak, “milli muamele” standardı veya “en ziyade müsaadeyi mazhar millet” standardı gibi muamele standartlarının ihlâli iddiası, ancak ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında bu standartların yatırımcı hakkında tatbik edilecek geçerli muamele standartları olduklarını öngören bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” varsa, dikkate alınır*. Başka bir deyişle, henüz bu standartlar devletler hukukunun bir prensibi haline gelmiş olmadıkları için, ilgili devletler arasında akdedilmiş ve bu standartların geçerli muamele standartları olacağını öngören bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” bulunmadığı sürece, devletler hukuku, yabancı yatırımcıya yerli yatırımcı ile eşit muamele yapılmasını veya yabancı yatırımcı hakkında diğer standartların uygulanmasını mecbur kılmaz⁸⁸.

⁸⁷ SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 335.

⁸⁸ Konu hakkında bilgi için Türk doktrininde bkz. TOLUNER, *Yabancı Sermaye*, s. 366. Yabancı doktrinde diğer müellifler yanında örnek olarak bkz., M.

İki devlet arasındaki bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinin” içerdiği bir muamele standardının (örnek olarak en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydının) ihlâl edilmiş olduğu iddiası ile bir yatırımcı, ev sahibi devlet aleyhine tahkime başvurduğunda⁸⁹, hakemler, ilgili yatırım sözleşmesini inceleyerek, içerdiği hükmün ev sahibi devlet tarafından ihlâl edilmiş olup olmadığını belirlemelidirler. *Yatırımcının ihlâl edilmiş olduğunu iddia ettiği “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”, iki devlet arasında akdedilmiş bir sözleşme olduğundan, hakemler, bu Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesini bir millî hukuk çerçevesinde değil, devletler hukukunun öngördüğü şekilde yorumlamalıdır. Bu da sözleşmenin başta, Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesinin 31. maddesi çerçevesinde yorumlanmasını⁹⁰ ve tüm diğer tespitlerin de devletler hukuku çerçevesinde yapılmasını, bu nedenle konu hakkındaki “devletler hukuku içtihadının” da dikkate alınmasını gerektirir.*

Yatırım ihtilaflarında dikkate alınan devletler hukuku içtihadı geniş bir yelpazede yer alır; Uluslararası Sürekli Adalet Divanı içtihatlarından başlayarak (mesela Sürekli Adalet Divanı’nın vermiş olduğu 1928 tarihli Chorzow Factory Kararı⁹¹), Uluslararası Adalet Divanının içtihadına,

SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 334.

⁸⁹ Bazı iki taraflı yatırım sözleşmeleri, “sadece” kamulaştırmadan doğan ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenebileceği kaydı içerirler; böyle bir durumda yatırım sözleşmesinde yer alan millî muamele veya en ziyade müsaadeyi mazhar millet kaydı gibi standartların ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözümlenemez; SCHREUER, s. 3.

⁹⁰ Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi çerçevesinde yapılacak yorumun özellikleri hakkında açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn.42-44 civarı.

⁹¹ Yatırım tahkiminde Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’nın dahi kararlarının dikkate alındığı gösteren tipik örnek, 1928 tarihli **Chorzow Factory** kararına yapılan atıflardır. Karar için bkz. Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland), Judgment on the Merits (September 13, 1928), Collection of Judgments, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17 (1928), s. 47. Dava hakkında Türkçe bilgi için bkz. TOLUNER, *Millileştirme*, s. 111 vd.. Chorzow Factory kararının sık sık atıf yapılan hükmü uyarınca; *tazminat, bir devletin hukuka aykırı davranışının sonuçlarını ortadan kaldıracak ve böyle bir hukuka aykırılık gerçekleştirilmemiş olsa idi var olacak olan durumu yeniden tesis edecek nitelikte olmalıdır. Bu karara atıf yapan kararlara örnek olarak şunlar gösterilebilir: ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/16); S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Final Report on the Merits, November 13, 2000 (2001) 40 I.L.M. s. 1408; Metaclad Corporation v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB*

İran-Amerika Uyuşmazlık Giderme Organının Kararlarına, ICSID ve diğer tahkim mahkemelerinin yatırım ihtilafları hakkında verdikleri kararlara kadar uzanan kararlar, bu geniş yelpazede yer alırlar⁹².

Devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinde yer alan muamele standartlarının ihlâl edilmiş olup olmadıklarının devletler hukuku çerçevesinde ele alındığını vurgulamaya çalıştığımız bu başlık altında, olası tereddütleri bertaraf etmek amacıyla bir başka noktaya daha dikkat çekmek isteriz. Tereddütlerin oluşmasına neden olabileceği düşünülen⁹³ bu diğer nokta, ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesi hükmüdür. Bu madde hükmü uyarınca:

*“Heyet anlaşmazlığa **taraf larca** üzerinde anlaşılacak Hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. **Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun** (kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere) ve Uluslararası Hukukun⁹⁴ uygulanabilir kurallarını uygulayabilecektir”.*

Konvansiyonun bu maddesinin yorumlanması, ICSID’de görülen bir davanın, yatırımcı ile ev sahibi Devlet arasındaki “**akdin**” (mesela imtiyaz sözleşmesinin) ihlâl edilmiş olduğu iddiası ile açılmış olması halinde kolaydır. Zira, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitler, en sıkı irtibatlı hukuk olması nedeniyle klasik olarak ev sahibi devletin hukukuna tâbi tutulurlar⁹⁵. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitlerin hukuk seçimine ilişkin bir hüküm içermeleri de mümkündür (genellikle bu hukuk ev sahibi devletin hukukudur). Böyle bir akitte yer alan hukuk seçimine ilişkin hükmün tarafları bağlayacağı konusunda tereddüt bulunmaz.

ICSID’de açılan davanın yatırımcı ile ev sahibi Devlet arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine) aykırılık iddiası ile değil de, yatırımcının tâbi olduğu Devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş “**Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi**”ne aykırılık iddiası ile açılmış olması

(AF)/97/1) Award, August 25, 2000, (2001) 40 I.L.M., s. 36 ve nihayet Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB (AF) /97/7), Award, November 13, 2000, 16 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2001).

⁹² BLACKBAY, s. 223; RIPINSKY / WILLIAMS, s. 79.

⁹³ BLACKBAY, s. 223.

⁹⁴ ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesinde geçen “Uluslararası Hukuk” terimi ile neyin kast edildiğine dair yapılmış tartışmalar hakkında bilgi için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 286, dpn. 647.

⁹⁵ Bu konu hakkında bilgi için bkz. aşağıda dpn. 109 civarı.

halinde ise, 42. maddenin nasıl tatbik edileceğinin tespiti zor olur. Evvela, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin, ender olarak rastlanacak bir durum da olsa, hukuk seçimine ilişkin bir hüküm içermesi halinde, bu hükmün, ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesi anlamında “*taraf larca* üzerinde anlaşılmış” bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu karşımıza çıkar. Zira, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin “*taraf ları*” ile, Konvansiyonun 42. maddesinde söz edilen “*taraf lar*” (burada kast edilen taraf lar davacı yatırımcı ile davalı ev sahibi Devlettir) aynı değildir.

ICSID Konvansiyonu’nun lafzından kaynaklanan bu sorun, ICSID Konvansiyonu’nun kaleme alındığı tarihlerdeki koşulların bugünkünden çok farklı olmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; ICSID Konvansiyonu hakkında yazılmış en önemli şerhlerden sayılan *SHREUER* tarafından kaleme alınmış olan şerhte, ICSID Konvansiyon’unu hazırlayanların, bir gün gelip de devletler arasında akdedilmiş iki taraflı “Yatırım Teşvik Sözleşmeleri”nin bugün olduğu üzere sayısının binlerle⁹⁶ ifade edilebilecek düzeyde çoğalabileceğini, dahası bu Sözleşmeler’de geçen tahkim şartlarına dayanılarak, yine bu Sözleşmeler’in ihlâl edildiği gerekçesi ile ICSID’de dava açılabilceğini tahayyül dahi etmemiş oldukları; bu nedenle *ICSID Konvansiyon’unun “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin değil, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitlerin (mesela imtiyaz sözleşmeleri) dikkate alınarak düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir*⁹⁷. Gerçekten de, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin ancak son yirmi yıl içinde böylesine çoğalmış oldukları dikkate alındığında, ICSID Konvansiyonu’nun, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin ihlâl edildiği iddiası ile açılan davalar için değil, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin (mesela imtiyaz sözleşmesinin) ihlâl edildiği iddiası ile açılan davaların görülebileceği bir tahkim merkezi oluşturmak gayesi ile hazırlanmış olduğu hemen anlaşılır⁹⁸. Bugün ICSID’de görülen davaların çoğunun, ICSID Konvansiyonu’nu hazırlayanların, Konvansiyon’u kaleme aldıkları tarihlerde ileride taşıyacağı önemi öngörememiş oldukları “Yatırım Teşvik ve Koruma Söz-

⁹⁶ Devletler arasında akdedilmiş iki taraflı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin sayısı hakkında bilgi için bkz. yukarıda dpn. 34.

⁹⁷ SCHREUER/ MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, §25, para 427.

⁹⁸ Bu yönde, BLACKABY, s. 223.

leşmeleri”nin (yatırımcı ile ev sahibi arasındaki akitlerin değil) ihlâl edildiği iddiası ile yine bu Sözleşme'lere dayanarak açılıyor olması, Konvansiyon'un kaleme alınış biçiminden kaynaklanan bazı sorunlarla karşılaşılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

ICSID Konvansiyonu'nun hazırlanışı aşamasında hâkim olan şartlar hakkında yaptığımız bu kısa açıklamadan sonra, hemen yukarıda karışımıza çıkmış olan, devletler arasında akdedilmiş bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nde yer alan hukuk seçimi klozunun yatırımcıyı bağlayıp bağlamayacağı sorusuna geri dönecek olursak, konu hakkında şunu söyleyebiliriz: Bugün, ICSID uygulamasında⁹⁹, devletler arasında akdedilmiş bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin hukuk seçimine ilişkin bir hüküm içermesi halinde, bu Sözleşmenin ihlâli iddiası ile dava açan yatırımcının da kendisinin taraf olmadığı bu “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nde yer alan hukuk seçimi klozu ile bağlı sayılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Yatırım Teşvik Sözleşmelerinin ihlâli iddiası ile açılan davalar bakımından ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesinin tatbikinin ortaya çıkardığı bir diğer sorun da, bu Sözleşmelerin büyük çoğunluğunun hukuk seçimine ilişkin herhangi bir hüküm içermiyor olmasından kaynaklanır. Bu durum, “hukuk seçimi klozu içermeyen bir “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin ihlâli iddiasıyla açılmış bir davada, ICSID hakemleri hangi hukuku uygulamalıdır?” sorusunu karşımıza çıkarır. Bu soruya ilk anda cevap olarak, ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesinin öngördüğü, “(A)nlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunu.... uygulayabilecektir” kuralı gereğince, ev sahibi Devletin hukukunun uygulanması gerektiği söylenebilecek olsa da, bu cevap yerinde değildir. Zira, bir çok ICSID kararında¹⁰¹ da belirtilmiş olduğu üzere, “Yatırım Teşvik Sözleşmeleri” devletler arasında akdedilmiş andlaşmalar olduklarından, tatbik edilecek hukuk hakkında bir hüküm içermemeleri halinde, bu Sözleşmelerin yorumu ve ihlâl edilmiş olup olmadıkları konusu devletler hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmek zorunda olacaktır¹⁰².

⁹⁹ Özellikle bkz. *Goetz v. Burundi*, Award, 10 February 1999, para. 94.

¹⁰⁰ SCHREUER/ MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, §42, para. 80 vd.

¹⁰¹ Bkz., *ADC v Hungary*, Award, 2 October 2006, para 290; *CSOB v. Slovakia*, Award, 29 December 2004, para 61; *MTD v. Chile*, Award 25 May 2004, para 112.

¹⁰² SCHREUER/ MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, §42, para. 89-96.

iii-Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Akde Aykırılık İddiası

Günümüzde yatırım ihtilaflarının % 85'lere kadar varan büyük çoğunluğu¹⁰³ ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”ne aykırılık iddiasıyla açılıyorsa da, halâ yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine) aykırılık iddiasıyla da açılan davalar¹⁰⁴ görülmekte olup¹⁰⁵, bazı davaların¹⁰⁶ da hem iki tarafı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”ne aykırılık hem de yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde aykırılık iddiasıyla açıldığı görülmektedir¹⁰⁷.

Bir ICSID kararında¹⁰⁸ da belirtilmiş olduğu üzere, bir davanın devletler arasındaki “*Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi*”ne aykırılık iddiası ile açılması ile “*yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine)*” aykırılık iddiası ile açılması iki farklı konudur. ***Davanın devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin ihlâl edilmiş olduğu iddiası ile açılması halinde, uyuşmazlığın çözümünde devletler hukuku tatbik edi-***

¹⁰³ Bu istatistik veri için bkz. yukarıda dpn. 65 civarı.

¹⁰⁴ Örnek olarak, World Duty Free Company Ltd. v. Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7. Ayrıca bkz. SORNAJARAH, *Third Edition*, s. 300, dpn. 72.

¹⁰⁵ Özellikle bazı Latin Amerika ülkelerinin ICSID Konvansiyonu'na taraf olma konumlarını sona erdirmiş oldukları (mesela Bolivya ve Ekvador), diğer bazılarının (mesela Kolombiya) ise taraf oldukları iki tarafı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerini fesh etme tehdidini ileri sürdükleri dikkate alındığında, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin ihlali iddiasına değil, ama bunun yerine yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine) aykırılık iddiası ile açılan - bilhassa ICSID dışında görülecek- davaların sayısında önemli bir artışın beklenmesi gerektiği öngörülebilir; SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 301.

¹⁰⁶ Misal olarak bkz. Compania de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3; SPP v. Egypt, 3 ICSID Reports 101: (1983) 22 ILM 752; Fraport v. Philippines (ICSID 2007). Ayrıca bkz. SORNAJARAH, *Third Edition*, s. 300, dpn. 73.

¹⁰⁷ Hem devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin hem de yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin ihlali iddiası ile tahkime başvurulması haline ilişkin bilgi için bkz. ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 438-439.

¹⁰⁸ Compania de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para. 96-113.

lir; hâlbuki davanın yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde aykırılık iddiası ile açılması halinde, uyuşmazlığın çözümü için tatbik edilecek hukuk, bu akdin tâbi olduğu hukuktur.

Klasik anlayışa göre, yatırımcı ile ev sahibi devlet veya devlet kuruluşu arasındaki akitte (mesela imtiyaz sözleşmesinde) bu akdin tâbi olacağı hukuka ilişkin bir kayıt bulunmuyorsa, bu akit en yakın ilişki içinde bulunduğu hukuk olması itibarıyla, ev sahibi devletin hukukuna tâbi olmalıdır¹⁰⁹. Esasen yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki imtiyaz sözleşmesinde akdin tâbi olacağı hukuk belirlenmişse, bu hukuk da zaten genellikle “ev sahibi devletin hukuku” olarak belirlenmiş olur¹¹⁰. Ne var ki, ***uygulamada yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin ihlâli iddiası ile açılan davalarda da, akdin tâbi olduğu hukuk yerine, giderek daha sık bir biçimde devletler hukukunun uygulandığı görülmektedir.*** Bu uygulamanın ilk örnekleri 1950’li yıllarda görülmüş olan ve yabancı yatırımlara tanınmış petrol imtiyazlarının ihlâl edilmiş olduğu iddiasına dayanan üç ayrı davada karşımıza çıkmaktadır¹¹¹. Her üç davada ihlâl edilmiş olduğu ileri sürülen yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki petrol imtiyazı sözleşmelerinin hiç biri, tâbi oldukları hukuku belirleyen bir hüküm içermiyordu. Yine de, hakemler, bu üç imtiyaz sözleşmesinin de en sıkı irtibatlı oldukları hukuk olması itibarıyla ev sahibi devlet hukukuna tâbi olmaları gerektiği, yani birinin Katar hukukuna, diğerinin Abu Dabi hukukuna üçüncüsünün ise Suudi Arabistan hukukuna tâbi olması gerektiği sonucuna varmışlardı¹¹². Hakemler bu sonuca varmakla birlikte, neticede kendi buluşları olan

¹⁰⁹ Bu klasik anlayışı teyit eden bir hükmü, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’nın 1929 tarihli bir kararında bulmaktayız. Bu karar uyarınca, Milletlerarası hukukun sükreleri olan Devletler arasında akdedilmiş bir sözleşme olmadıkça, her sözleşme bir millî hukuka tâbidir. Bir devletin, kendi millî hukuku dışında başka bir devlet hukukuna tâbi olacak bir sözleşmeyi akdetmeleri ise düşünülemez; PICJ, Judgment of 12 July 1929, Se. A, No. 20/21, 41. Bu klasik anlayışa karşı çıkan görüşler hakkında bilgi için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*.

¹¹⁰ ESA PAASIVIRTA, s. 57.

¹¹¹ SORNARAJAH, *Second Edition*, s. 417.

¹¹² Abu Dabi ile ilgili dava için bkz. (1951) 18 ILR 144; Katar ile ilgili dava için bkz.(1953) 20 ILR 534; Suudi Arabistan ile ilgili ARAMCO davası için bkz. 23.08.1958 ILR 27 (1963)117 vd., ayrıca ARAMCO kararına konu teşkil eden ihtilaf ve ihtilafın esası bakımından uygulanan hukuk hakkında Türk doktrininde bilgi için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 346.

gerekçelerle bu imtiyaz sözleşmeleri hakkında ev sahibi ülke hukukları olan Katar, Abu Dabi ve Suudi Arabistan hukuklarını tatbik etmediler. Hakemler, İslam hukukunun petrol arama konusunda hüküm içermediğini gerekçe göstererek, ilgili ihtilaflar hakkında “hukukun genel prensiplerinin”¹¹³ tatbiki gerektiği sonucuna vardılar. Esasen bu kararların verildiği tarihlerde Avrupa ülkelerinin hukuklarının dahi petrol arama konusunda henüz yeterli düzenlemeleri bulunmamaktaydı. *Sornarajah*¹¹⁴’ın belirttiği üzere, esasında nasıl ki hukukun genel prensipleri olarak adlandırılan bir takım kurallardan yola çıkarak petrol arama konusunda hükümler yaratıldıysa, İslam hukukundan yola çıkılarak da petrol aramaya ilişkin hükümler yaratılabilirdi.

1950’li yıllardan bu yana yaşanan gelişmeler, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin (mesela imtiyaz sözleşmesinin) ihlâl edildiği iddiası ile açılan davalarda akdin tâbi olacağı hukuk yerine, milletlerarası hukuk kaidelerinin tatbiki yönündeki uygulamanın giderek yaygınlaştığını göstermektedir. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitten (mesela imtiyaz sözleşmesinden) kaynaklanan ihtilaflar hakkında da devletler hukukunun uygulanması gerektiği yolundaki görüşler, “*milletlerarasılaştırma teorisi*” (*internationalization theory*) olarak adlandırılmaktadır. Bu teorinin savunucularına göre, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin milletlerarasılaştırılması gerekir; zira aksi halde ev sahibi devlet sahip olduğu üstün emretme gücünü kullanarak mevzuatında değişiklik yapmak suretiyle tek taraflı olarak yatırımcı ile arasındaki akdin şartlarını değiştirebilir. Akdin (imtiyaz sözleşmesinin) milletlerarasılaştırılması suretiyle, akit mahallî hukukun etki alanından uzaklaştırılmış olur¹¹⁵. Böylece, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akit, ev sahibi devletin millî hukukuna değil, harici bir hukuka yani milletlerarası hukuka tâbi olur.

ICSID yargılaması bakımından, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki akitlerin (mesela imtiyaz sözleşmelerinin) milletlerarasılaştırıl-

¹¹³ “*Hukukun genel prensipleri*” deyiminin neyi ifade ettiği, bunun devletler hukukunu mu ifade ettiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Ancak şu da bir gerçektir ki, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38 (c) maddesi, medenî uluslarca kabul edilmiş hukukun genel prensiplerini, devletler hukukunun kaynakları arasında göstermektedir. Hukukun genel prensipleri deyiminin, devletler hukukunu ifade edip etmediği konusundaki tartışmalar için diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. PAASIVIRTA, s. 84-93.

¹¹⁴ SORNARAJAH, *Second Edition*, s. 419.

¹¹⁵ Bu yönde ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 287; yabancı doktrinde diğerleri yanında örnek olarak bkz. IGBOKWE, s. 268, 270.

masına, yani bu akitler hakkında da devletler hukukunun tatbik edilmesine ICSID Konvansiyonunun 42. maddesi izin vermektedir.

ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesi hükmü uyarınca:

*“Heyet anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak Hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. **Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun (kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayabilecektir**”.*

Madde hükmünün lafzından görüleceği üzere, ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesi hükmü uyarınca, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine) uygulanmak üzere taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmış olması halinde, devletler hukuku uygulanmaz; devletler hukuku sadece taraflarca açık bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ev sahibi ülkenin hukuku ile birlikte tatbik edilir.

ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesi hükmünün ilginç bir özelliği de, yatırım ihtilaflarının çözümü için başvurulmuş ICSID dışındaki diğer tahkim merkezlerince (mesela ICC) ve ad hoc tahkim heyetlerince de tatbik ediliyor olmasıdır¹¹⁶. Oysa ki, ICSID Konvansiyonu ile milletlerarası tahkime ilişkin diğer düzenlemelerde yer alan ‘uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin *“hükümler arasındaki en önemli farklılık, ICSID Konvansiyonda uluslararası hukukun açıkça uygulanabileceğinin belirtilmiş olmasıdır*¹¹⁷’. Devletler hukukunun tatbikine açıkça izin veriyor olması ICSID Konvansiyonu'nun kendisine has bir özelliği olmasına rağmen, Konvansiyon'un bu hükmünün diğer tahkim merkezlerince de tatbik ediliyor olması ilgi çekicidir. Bir devletlerarası Konvansiyonla devletler tarafından ICSID hakemelerine tanınan milletlerarası hukuku uygulama yetkisinin mesela merkezi Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) hakemlerince de kullanılmasının yerindeliği tartışmaya açık bir konu olmakla birlikte¹¹⁸, bu tartışma bu makalenin konusunu teşkil etmemektedir¹¹⁹. Zira, bu ma-

¹¹⁶ SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 299.

¹¹⁷ ÇALIŞKAN, s. 369.

¹¹⁸ Bu durumun eleştirisi için bkz. SORNARAJAH, *Third Edition*, s. 299.

¹¹⁹ Milletlerarası hukukun ICSID tahkimi dışında görülen davalarda ihlâl edildiği iddia edilen akitler (yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akitler) hakkında da uygulanmasını yerinde gören bir ifadeyle Hocamız Cemal Şanlı'nın

kale bakımından önem taşıyan husus, devletler hukukunun tatbik alanı bulması bakımından ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki farkları gösterebilmekten ibarettir.

Bu başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalarla, yatırım ihtilaflarına ilişkin bir davanın sadece ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesinin zorunlu olarak uygulanacağı ICSID'de değil, mesela ICC nezdinde görülmesi ve bu davanın yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akdin (mesela imtiyaz sözleşmesinin) ihlâli iddiasıyla açılmış olması halinde dahi, esasında ev sahibi devletin hukukuna tâbi olması gereken bu akit hakkında da devletler hukukunun tatbik alanı bulabildiğini göstermeye çalıştık. Hemen aşağıda ele alacağımız üzere, böyle bir durum ticarî tahkimde söz konusu değildir.

b.Ticarî Tahkime Konu Uyuşmazlıkların Esası Hakkında Devletler Hukuku Uygulama Alanı Bulur mu?

Yatırım ihtilaflarından farklı olarak ticarî tahkime konu olan ticarî uyuşmazlıklarda, devletin üstün emretme gücünü kullanmasından kaynaklanan bir ihtilaf bulunmaz. Ticarî tahkime konu olan uyuşmazlıklar, özel hukuk kişilerinin (bazen de özel hukuk kişisi gibi hareket eden devlet veya devlet kuruluşlarının) birbirine karşı yerine getirmeyi taahhüt ettikleri özel hukuktan kaynaklanan borçlarını gereği gibi ifa etmemelerinden kaynaklanır. Yatırım ihtilaflarından farklı olarak, ticarî uyuşmazlıklar prensip olarak devletin egemenlik gücünü kullanmasından kaynaklanmadıklarından, ticarî tahkimde devletin egemenliğine, üstün emretme gücüne sınırlama getiren devletler hukukunun tatbikine de prensip olarak ihtiyaç yoktur¹²⁰.

Ticarî tahkime konu uyuşmazlıkların çözümünde meselenin esası hakkında (genellikle taraflarca kararlaştırılmış) bir millî hukuk tatbik edilir; ancak ticarî tahkim davalarında ticarî uyuşmazlıkların bir millî hukukun hükümlerinin tatbikine dahi gerek kalmadan giderildiği du-

kitabında karşılaşmaktayız. Bu ifade şöyledir: "Söz konusu Konvansiyon'un (ICSID Konvansiyonu) 80'den fazla devlet tarafından onaylandığı da düşünülecek olursa, artık Milletlerarası Hukuk'un tarafları devlet olmayan özel ticarî ve ekonomik ilişkilere uygulanamayacağı yönündeki tezlerin pratik önemini yitirdiği rahatlıkla söylenebilir", ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 302.

¹²⁰ Bu yönde bkz. MOSS, s. 784.

rumlarla da sık karşılaşılmaktadır¹²¹. Gerçekten de, ticarî ilişkinin taraflarının bu ilişkinin tâbi olacağı rejimi ayrıntılı olarak aralarındaki sözleşmede düzenlemiş olmaları halinde, ticarî uyuşmazlık -taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın- bir millî hukukun hükümlerinin tatbikine dahi gerek kalmadan sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde giderilir; zira ayrıntılı biçimde hazırlanmış olan sözleşmeler, ticarî uyuşmazlık hakkında ne şekilde karar verilmesi gerektiği sorusunun cevabını da içerirler. Taraflar arasında ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış sözleşmelerin bulunduğu durumlarda, bu sözleşmelerin hükümlerinin yorumlanması işi hakemlerin esas işi olur¹²². Üstelik, "...tahkimin tarafların iradesine istinat eden özel bir yargı müessesisi olması, onların (hakemlerin) millî hâkimlere nispetle taraf anlaşmalarına daha fazla bağlı kalmalarını gerektirmektedir"¹²³. Taraflar arasında ticarî ilişkinin tâbi olacağı rejimi ayrıntılı olarak düzenleyen bir sözleşmenin varlığı halinde, millî hukukların işlevi, sözleşmedeki boşlukları doldurmaktan ibaret kalan ikincil bir işlev olarak karşımıza çıkar¹²⁴

Netice itibarıyla, ticarî tahkimde tarafların arasındaki ticarî ilişkiyi ayrıntılı olarak düzenleyen bir sözleşmenin varlığı halinde, millî hukuklar dahi taraflar arasındaki sözleşme karşısında ikinci sıraya itilebilmekte, devletler hukukunun uygulama alanı bulması ise dava taraflarından birinin bir devlet olup yargı muafiyeti itirazının ileri sürmesi gibi ender karşılaşılabilecek durumlar¹²⁵ haricinde hiç söz konusu olmamaktadır.

Gerçi denilebilir ki, taraflar, bir millî hukuku yetkili kılmayıp, aralarındaki ticarî ilişki hakkında "**lex mercatoria**'nın" uygulanacağı konusunda anlaşmaya varabilirler; böyle bir durumda tıpkı yatırım ihtilaflarında olduğu gibi, ilgili ticarî uyuşmazlığın esası hakkında da hakemler bir millî hukuku tatbik etmezler, bu nedenle ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasında esasa uygulanacak hukuk bakımından fark azalır. Ancak böyle bir iddianın yerinde görülmesi mümkün değil-

¹²¹ ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 363.

¹²² Hakemlerin ticarî sözleşmeyi nasıl yorumlayacakları konusunda bilgi için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 364 vd.

¹²³ ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 363.

¹²⁴ Bu yönde, bkz. HANOTIAU, s. 147.

¹²⁵ Bilgi için bkz. yukarıda dpn. 21 civarı.

dir¹²⁶. Zira, evvela, *lex mercatoria*'nın ticarî tahkim alanında uygulama alanı bulması ender rastlanılan bir durum olup¹²⁷, gerek ihtilafın taraflarının gerekse de hakemlerin büyük çoğunluğunun tercih ettiği, meselenin esası hakkında millî bir hukukun tatbikidir. Nitekim, 2007 yılında ICC tahkimine götürülen ihtilafların sadece % 0.5'inde¹²⁸, ihlâl edilmiş olduğu ileri sürülen ticarî sözleşme hakkında bir millî hukukun değil de *lex mercatoria*'nın tatbikinin kararlaştırılmış olduğu görülmektedir.¹²⁹ *Lex mercatoria*'nın fevkalade sınırlı bir tatbik alanının olmasının dışında, göz önünde bulundurulması gereken daha da önemli nokta, *lex mercatoria*'nın devletler hukukunun bir parçası olmadığıdır¹³⁰. Her ne kadar *lex mercatoria* millî bir hukuk olmasa da, devletler arasındaki ilişkilere düzen getiren ve devletin egemenliğinden kaynaklanan yetkilerine sınır getiren bir hukuk dalı olan devletler hukukunun bir parçası da değildir. *Lex mercatoria* nihayetinde özel hukuk kişilerinin, özel hukuka ait konular hakkında çıkan ihtilaflarına ilişkin kuralları içermektedir, bu bakımdan devletler hukuku olarak nitelendirilemez.

Netice itibarıyla, yatırım ihtilaflarının esası hakkında devletler hukuku neredeyse istisnasız biçimde yoğun bir tatbik alanı bulurken, ticarî ihtilafların esası hakkında devletler hukukunun tatbiki ise prensip olarak söz konusu olmayıp ancak istisnaî hallerde karşılaşılan bir durumdur.

¹²⁶ Bu yönde, MOSS, s. 784.

¹²⁷ *Lex mercatoria*'nın uygulama alanının darlığı göz önünde bulundurulduğunda, "lex mercatoria hakkında yazılan yazıların miktarı ile *lex mercatoria*'nın pratik hayatta tatbik alanı bulduğu durumların sayısının örtüşmediği" ileri sürülmektedir; DRAHOZAL, s.103 katılmamak mümkün görünmemektedir.

¹²⁸ 2007 yılında ICC tahkimine götürülen sözleşmelerin %79.3'ünde, meselenin esası hakkında bir millî hukukun uygulanması öngörülmüşken, %20.2'sinin esası hakkında hangi hukukun tatbik edileceği konusunda bir hüküm getirilmemiştir; bkz. DRAHOZAL, s. 104-105.

¹²⁹ DRAHOZAL, s. 104-105.

¹³⁰ Bu noktada şunu da ifade etmek gerekir ki, *lex mercatoria*'nın kurallarını kodifiye etme konusunda bilhassa Köln Üniversitesine bağlı Uluslararası Hukuk Merkezi'nce yürütülen çalışmalarda, devletler hukuku prensiplerinden ve henüz devletler hukuku prensibi olma niteliğini kazanmamış ancak gelişmiş devletlerce devletler hukuku prensibi haline getirilmeye çalışılan ilkelerden önemli ölçüde yararlanılmaktadır. *Lex mercatoria* kurallarının devletler hukuku prensibi olarak geliştirilmeye çalışılan ilkelerle kodifiye edilmesinin yerindeliliği ise, bu maddenin konusu olmayıp, konu hakkında ayrı bir incelemeyi gerekli kılar.

III. Gizlilik İlkesinin Davanın Yürütülmesi Sırasında Tatbiki Kıstası Bakımından Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Fark

Ticarî tahkimin tipik özelliklerinden biri, gizlilik içinde yürütülmesi, böylece tacirlerin ticarî sırlarının ortaya çıkmasına engel olmasıdır. Gizlilik, tahkimin, tacirler arasında mahkemelere kıyasla daha çok tercih edilen bir uyuşmazlık giderme yolu olmasını sağlamaktadır. Bakışımızı ticarî tahkimden, yatırım tahkimine yönelttiğimizde ise, aynı gizliliğin, yatırım tahkimine yönelik eleştirilerin odağı haline gelmiş olduğunu görürüz.

Gizlilik prensibinin yatırım tahkiminde uygulanmasına yönelik eleştirilerin altında yatan esas sebep, yatırım uyuşmazlıklarının yakından ilgili olduğu konular arasında, ev sahibi devletin millî kalkınması, yer altı ve yer üstü kaynakları, temel kamu düzeni, kamu sağlığı ile ilgili konuların bulunuyor olmasıdır. Gerçekten de ev sahibi devletin öngördüğü ve fakat yatırımcının tâbi olmak istemediği düzenlemelerin pek çoğu ev sahibi devletin kamu menfaatini koruma amacını taşımaktadırlar. Bu tür düzenlemelere örnek olarak, devletin çevreyi korumak adına yaptığı düzenlemeler gösterilebilir. Devletin, çevreyi ve böylelikle kamu sağlığını korumak için yaptığı bir düzenlemeye yabancı yatırımcı itiraz edebilmekte ve bu nedenle bu düzenleme yatırım tahkimine konu olabilmektedir. İşte kamu menfaati açısından böylesine önemli konuların yatırım tahkimi yoluyla kapalı kapılar ardında ele alınmasının yanlış olduğu ileri sürülerek gizlilik prensibinin yatırım tahkiminde de tıpkı ticarî tahkimde olduğu gibi uygulanıyor olması sadece doktrin tarafından değil, kalabalık halk kitleleri tarafından da şiddetle eleştirilmiştir.

Bu eleştiriler sonucunda, bugün yatırım tahkiminde gizlilik prensibinin esnetilmekte olduğunu görmekteyiz. Aslında yatırım tahkimini sadece ICSID tahkimini dikkate alarak incelediğimizde, ICSID tahkiminde gizlilik prensibinin öteden beri ICSID dışındaki diğer tahkim merkezlerinde olduğu kadar katı bir şekilde tatbik edilmemiş olduğunu, ICSID’de daha esnek bir gizlilik anlayışının var olmuş olduğunu görürüz. Gerçekten de ICSID’e kayıtlı davalar hakkında sınırlı da olsa bilgiye¹³¹ ulaşılması ICSID’in web sayfası üzerinden internet yoluyla

¹³¹ ICSID’e kayıtlı davaların hiç değilse “sayısı, tarihi, genel içeriği, ihtilafın tarafları, ICSID’e başvuru ve kayıt tarihleri” hakkında bilgiye ulaşılması mümkündür; ÇAL, *Eleştiriler*, s. 146-149.

mümkündür. ICSID’de gizlilik prensibinin uygulanış şeklini, daha da esnetecek yeni düzenlemelerin geçtiğimiz yakın tarihlerde yürürlüğe konmuş olduğunu görmekteyiz. Gerçekten de, ICSID Konvansiyonunun 44. maddesinin atıfta bulunduğu ICSID Tahkim Kuralları¹³², 2006 yılında tadil edilmiş ve mesela bu Tahkim Kurallarınının 37. maddesine, ikinci bir paragraf daha eklenmiştir. ICSID Tahkim Kurallarınının 37. maddesine eklenen bu yeni paragraf, dava tarafı olmayan gerçek veya tüzel kişilerin hakem heyetine dava ile ilgili amicus curiare yazıları sunabilmeleri konusunda bir hüküm içermektedir. Bu hüküm uyarınca, ICSID hakem heyeti, dava tarafı olmayan kişilerin de dava ile ilgili yazı sunmalarına izin verebilir. ICSID Genel Sekreteri *Meg Kinnear* 2009 yılında sunduğu tebliğinde¹³³, ICSID Tahkim Kurallarında yapılan sözünü ettiğimiz bu değişikliğe de değinmiş ve bu değişikliğe istinaden¹³⁴ dava tarafı olmayan üçüncü kişilerin, birçok ICSID tahkim heyetine görmekte oldukları dava ile ilgili görüş ve bilgilerini içeren yazılar yollamış olduklarını belirtmiştir. ICSID Genel Sekreteri’nin tebliğinde aktardığı daha da ilgi çekici bilgi, dava taraflarının ICSID’de görülmekte olan davaya ilişkin dilekçelerinin kamunun görebileceği şekilde yayınlanmasına izin vermedikleri kimi davada, dava tarafı olmayan üçüncü kişilerin hazırlayacakları amicus curiare yazılarını dava taraflarının dilekçelerine cevap niteliği taşıyacak şekilde kaleme alabilmelerini sağlamak amacıyla, ICSID hakemlerinin, dava taraflarından dilekçelerinin kamuya gösterilecek bir özetini hazırlamalarını talep etmiş oldukları bilgisidir. ICSID Genel Sekreteri, yine aynı tebliğinde, bazı tahkim heyetlerinin de, üçüncü kişilerin yazı vermek dışında, duruşmalarda sözlü biçimde görüş bildirmelerinin mümkün olup olmadığını ICSID’in yetkili organlarına danışmış olduklarını, ancak şimdiye dek ICSID organlarınca buna izin verilmemiş olduğunu, dava tarafı olmayan üçüncü kişilerden sadece yazılı görüş alınmış olduğunu belirtmiştir¹³⁵.

¹³² ICSID Tahkim Kuralları hakkında kısa açıklamamız için bkz .yukarıda dpn. 48 civarı.

¹³³ Bkz. yukarıda dpn. 64

¹³⁴ Gerçi uygulamada, ICSID nezdinde 2006 yılından önce görülen, bazı davalarda da (Agua del Tunari, SA v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB /02/3; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/19) tahkim heyetlerinin sivil toplum kuruluşlarının davaya katılmaları konusunu ele aldıkları, bir davada da, sivil toplum kuruluşlarının “amicus curiae” mektuplarını tahkim davasına dahil etmelerine izin vermiş oldukları görülmektedir (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/19).

¹³⁵ KINNEAR, s. 19.

ICSID Genel Sekreteri sözünü ettiğimiz tebliğinde ayrıca, tahkim heyetlerinin verdiği kararların yayınlanması konusunda yapılan değişikliğe de değinip, bu konuda da tecrübelendiklerini, hakem kararlarının yayınlanmasına izin vermeleri için dava taraflarına ICSID organlarıncı düzenli biçimde başvurulduğunu, yakın zamanda ulaşmak istedikleri hedefin, tümünün yayınlanması konusunda dava taraflarının iznini almayı başaramadıkları hakem kararlarının hiç değilse özetlerinin çıkarılmasını sağlayıp, bu özetleri herkes tarafından ulaşılabilir kılmak olduğunu belirtmiştir¹³⁶.

ICSID Tahkim Kurallarının 2006 yılında değiştirilen ve konumuzla ilgili olan bir diğer maddesi de, 32. maddesidir. Bu madde, dava tarafı olmayan üçüncü kişilerin duruşmalara katılmaları konusu ile ilgilidir. Değiştirilen 32. madde hükmü uyarınca tahkim heyeti, dava taraflarının “açık itirazlarının” olmaması kaydıyla, dava tarafı olmayan üçüncü kişilerin duruşmalara katılmasına izin verebilir. Söz konusu 32. maddenin tadil edilmeden önceki şekli ise, tahkim heyetinin ancak dava taraflarının “açık onayını” aldıktan sonra, üçüncü kişilerin davaya katılmalarına izin verebileceği yönünde idi. İlk bakışta ICSID Tahkim Kurallarının 32. maddesinin tadil edilmiş şekli, eski şekline kıyasla pek de önemli bir fark içermiyor gibi görünmektedir; ancak bu değişikliğin getirdiği küçük esneme dahi, üçüncü kişilerin tahkim duruşmalarına katılamayacakları yönündeki prensibin, ICSID tahkiminde giderek yumuşatılacağına kayda değer habercisidir.

Ticarî tahkime kıyasla yatırım tahkiminin şeffaf bir yargılama usulü içermeye yolunda evrildiğini ve bu yöndeki uygulamanın giderek yaygınlaştığını açıklamaya çalıştığımız bu başlık altında değinilmesini zaruri gördüğümüz önemli bir diğer yenilik de ABD tarafından hazırlanmış olan “**Model Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi**”nde yer alan şeffaflık konusunu düzenleyen hükümde yer almaktadır. ABD’nin 2004 tarihi itibarıyla imzalayacağı Yatırım Teşvik Sözleşme’lerine örnek teşkil etmesi amacıyla ABD yetkililerince kaleme alınmış olan Model Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi¹³⁷ nin, “**Tahkim Yargılamasının Şeffaflığı**” başlığını taşıyan 29/1. maddesi uyarınca, kendisine karşı tahkim davası açılmış olan davalı (ev sahibi devlet), böyle bir *dava*

¹³⁶ KINNEAR, s. 19.

¹³⁷ US 2004 Model BIT. Bu Yatırım Teşvik Sözleşmesi örnek metni için bkz: <[www.state.gov/ documents/ organization/117601.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf)>

açıldığını beyan eden ihtara, dava dilekçelerine ve hatta tahkim heyetinin kararına, kamunun ulaşmasını mümkün kılacaktır. Yine aynı 29. maddenin ikinci fıkrası hükmü uyarınca ise, tahkim yargılaması kamuya açık bir biçimde yürütülecektir; ancak dava taraflarından biri bir duruşma sırasında gizli bir bilgiyi kullanmak arzusundaysa, durumu hakemlere bildirmeli, hakemler de bu bilginin gizliliğini sağlamak için gereğini yerine getirmelidirler.

Yatırım tahkimi bakımından son 7-8 yıl içinde yaşanan tüm bu gelişmeler, tahkimin “gizli yürütülmesi prensibi” ile ilgili olarak, yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasında giderek daha da derinleşecek bir ayrışmanın yaşanacağına, yatırım tahkiminin, ticarî tahkimden çok daha farklı bir yönde, “gizlilik” yerine “şeffaflık” yönünde gelişeceğine işaret etmektedir

IV. İctihadın Etkisi Kıstası Bakımından Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Fark

Tipik olarak “ticarî tahkim” davalarının görüldüğü bir tahkim merkezi olan Milletlerarası Ticaret Odasının (ICC) istatistiklerine¹³⁸ göre, ICC tahkimi çerçevesinde verilen kararlar arasında benzer ihtilaflar hakkında verilmiş önceki kararlara atıf yapan kararların yüzdesi, %15’i dahi bulmamaktadır; üstelik önceki kararlara yapılan bu sınırlı sayıdaki atıf daha ziyade davanın esası ile ilgili konulara değil, yargılama usulü ile ilgili konulara ilişkin olarak yapılmaktadır.

Buna mukabil “yatırım tahkimi” alanında verilen hemen her kararda, hakemlerin, benzer konular hakkında verilmiş önceki kararlara atıf yaptıkları görülmektedir. Esasen, yatırım tahkimine ilişkin mevzuata göz attığımızda, mevzuatın, icthada bağlayıcı değer atfetmediğini görürüz. Örnek olarak, ICSID Konvansiyonunun 53. maddesi uyarınca: “**Karar taraflar arasında bağlayıcı olacaktır...**”. Bazı yazarlar¹³⁹, bu hükümde geçen “**taraflar arasında**” ifadesinden yola çıkarak, ICSID Konvansiyonunun ICSID tahkimi yoluyla verilen kararların sonraki tahkim heyetleri üzerinde bağlayıcı bir etki yaratmaması için kararın sadece “**taraflar arasında**” bağlayıcı olacağından bilhassa bahsetmiş olduğunu, böylelikle Konvansiyonun önceki kararlara bağlayıcı değer

¹³⁸ HANOTIAU, s. 148.

¹³⁹ SCHREUER / MALINTOPPI / REINISCH / SINCLAIR, s. 1001-1002, Nr. 16.

atfetmediğini ifade ettiğini ileri sürmektedirler. ICSID Konvansiyonunun üstü örtülü biçimde beyan ettiğini, NAFTA Sözleşmesi¹⁴⁰'nin yatırım uyuşmazlıklarının çözümü hakkında hüküm içeren 1136. maddesi, çok daha açık bir biçimde beyan etmektedir. Bu madde hükmü uyarınca: “Bir Tahkim heyeti tarafından verilen kararın, uyuşmazlığın tarafları ve ilgili uyuşmazlık dışında başka hiçbir bağlayıcı etkisi yoktur”.

İçtihadada değer vermez görünen tüm bu hükümlere rağmen, yatırım ihtilaflarını ele alan tahkim heyetleri, ticarî ihtilafları ele alan tahkim heyetlerine kıyasla¹⁴¹ çok daha yoğun biçimde, hatta tespit edebildiğimiz kadarıyla, şaşmaz biçimde hemen her davada önceki kararlara atıfta bulunmaktadır. Öyle ki, bir yandan doktrinde yatırım ihtilafları hakkında verilen hakem kararlarının Ululararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi anlamında devletler hukukunun yardımcı kaynaklarından birini teşkil edip etmediği sorusu doktrinde halâ tartışmalıyken, diğer yandan yine doktrinde kimi yazar, yatırım tahkimi kararlarının usulca oluşmakta olan milletlerarası yatırım hukukuna kaynaklık ettiklerini belirtmektedir¹⁴².

Hemen belirtelim ki, yatırım tahkiminde önceki kararların dikkate alınması, yatırım tahkimi alanında birbiriyle çelişen kararlarla karşılaşılması anlamına gelmez. Bilakis, diğer tahkim merkezlerinden çıkan yatırım tahkimi kararlarını göz ardı ederek sadece ICSID tahkimi yoluyla verilen yatırım tahkimi kararlarını dikkate aldığımızda dahi, ICSID kararlarının birbiri ile çeliştikleri durumlarla sık karşılaşırız. Öyle ki, ICSID kararlarının birbiriyle çelişiyor olması doktrinde eleştirilmekte, hatta bu çelişkilerin giderilmesi, kararların yeknesaklaştırılabilmesi amacıyla, bu kararları kontrol edecek daimi bir üst başvuru merciinin oluşturulması gerekliliği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir¹⁴³.

Yatırım tahkimi alanında hakemlerin kararlarını önceki kararlara dayandırdıkları bir gerçektir. Esasen yatırım ihtilaflarının kendine

¹⁴⁰ North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Andlaşması).

¹⁴¹ ICC huzurunda giderilen itilaflarda önceki kararlara yapılan atıf yoğunluğu hakkında bilgi için bkz. yukarıda dpn. 138 civarı.

¹⁴² DALY /SMITH, s. 152, dpn. 3.

¹⁴³ ICSID'in kararların iptali için başvurulacağını öngördüğü komisyon, daimi bir komisyon olmayıp, ad hoc bir komisyondur. ICSID hakem kararlarının iptali hakkında bilgi için bkz. yukarıda dpn. 50.

has özelliği de buna imkân tanımaktadır. Zira, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, yatırım ihtilaflarının çoğu (%80 ilâ 85'i)¹⁴⁴, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin ihlâl edilmiş olduğu iddiasından kaynaklanıyor olup, davacılar tarafından varlığı iddia edilen ihlâl sebepleri sınırlı olduğundan pek çok yatırım ihtilafı davası aynı sebeplere dayandırılmaktadır. Şöyle ki: dünya üzerindeki Devletlerin birbiri ile akdetmiş oldukları ve 2007 yılı sonu itibarıyla sayısı¹⁴⁵ 2608'i bulan “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin hükümleri birbiri ile büyük benzerlik taşımaktadır. Üstelik, bu “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin çoğunun içerdiği “*en ziyade müsaadeyi mazhar millet*” kayıtları, bu Sözleşmelerin sağladıkları hukukî rejimlerin sadece birbirine benzemekle kalmayıp, yeknesaklaşmasına da katkıda bulunmaktadır. Durum böyle olunca, yatırım ihtilafları davalarında varlığı iddia edilen hak ihlâlleri (“Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin bahsettiği hakların ihlâlleri), davaların çoğunda benzerlik taşırlar. Mesela davacılar genellikle yatırımlarının kamulaştırılmış olduğu veyahut da ilgili “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi”nin öngördüğü “millî muamele” kaydının ihlâl edilmiş olduğunu iddia ederler. Dava sebeplerinin böylesine benzerlik taşımasının, hakemleri önceki yatırım tahkimi kararlarını da dikkate alma kolaylığından yararlanmaya teşvik ettiği kuşkusuzdur¹⁴⁶.

Yatırım tahkimine konu olan uyuşmazlıkların genellikle devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin ihlâlinden kaynaklanıyor olmasının bir diğer sonucu da, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, bu Sözleşmelerin ihlâl edilmiş olup olmadıklarının yorumlanması işinin de devletler hukuku çerçevesinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olmasıdır. Bu durum, devletler hukuku içtihadının da dikkate alınmasını gerektirir¹⁴⁷.

Ticarî tahkime konu olan uyuşmazlıkların çoğunda, uyuşmazlığın taraflarının daha ticarî ilişkiye girerken, aralarında akdettikleri ayrıntılı bir sözleşme ile ilişkilerinin hukukî rejimini düzenledikleri görülür. Bu sebeple, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, ticarî tahkim hakemlerinin işi daha ziyade, taraflar arasındaki ticarî sözleşmenin

¹⁴⁴ İstatistik veriler için bkz. yukarıda dpn. 65 civarı.

¹⁴⁵ Bkz. yukarıda dpn. 34.

¹⁴⁶ Bu yönde, HANOTIAU, s. 148.

¹⁴⁷ Bkz. yukarıda dpn. 90-92 civarı.

hükümlerini yorumlamaktan ibaret olur¹⁴⁸. İki farklı “ticarî sözleşme” kıyaslandığında, hükümlerinin birbirinden önemli farklarla ayrıldığı görülür; oysa ki, iki farklı “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” kıyaslandığında hükümlerinin büyük ölçüde benzerlik taşıdığı görülür. Bu nedenle, bir ticarî uyumsuzluk hakkında verilmiş önceki bir tahkim kararının, sonraki başka bir ticarî uyumsuzluğun çözümünde dikkate alınması ancak sınırlı durumlarda kolaylık sağlar¹⁴⁹.

Uygulamada, yatırım tahkimine ilişkin kararların çoğu sistematik biçimde hemen yayınlanmakta, yayımlandıktan sonra da, doktrinde ayrıntılı olarak ele alınmaktadırlar. Buna mukabil, ticarî tahkim yargılaması neticesinde verilen kararların ancak çok küçük bir bölümü yayınlanmaktadır. Yatırım tahkimi neticesinde verilen kararların yayınlanması konusunda önemli bir kamu oyu baskısı da görülmektedir. Nitekim, önceki başlık altında da sözünü etmiş olduğumuz üzere, IC-SID Genel Sekreteri, hedeflerinin, tüm ICSID yargılaması kararlarının (dava taraflarınca kararın yayınlanmasına izin verilmemiş kararlar da dahil olmak üzere) hiç değilse, özetlerinin kamu tarafından kolayca ulaşılır hale getirilmesinin sağlanması olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Yatırım tahkimi neticesinde verilen kararların yayınlanması neticesinde kolay ulaşılabilir olması da kuşkusuz, yatırım tahkiminde önceki içtihatların dikkate alınmasını kolaylaştıran ve teşvik eden bir unsurdur.

Sonuç

Yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farkların temel sebebi, dava taraflarının niteliğinin farklı oluşudur. Yatırım tahkimi davalarının tümünde dava taraflarından biri bir devlettir. Ticarî tahkim davalarında da dava taraflarından birinin bir devlet olması mümkünse de, bu hem ender rastlanan bir durumdur, hem de ticarî tahkim davalarına taraf olan devletler, genellikle yatırım tahkimi davalarına taraf olan devletlerden farklı bir şekilde hareket ederler. Şöyle ki, ticarî tahkim davasının tarafı olan bir devlet, ihtilaf konusu olayda prensip olarak üstün emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla değil, özel hukuk kişisi gibi hareket eder. Hâlbuki, istisnasız bir biçimde yatırım tahkiminin dava taraflarından biri olan devlet, özel hukuk kişisi gibi hare-

¹⁴⁸ Bkz. yukarıda dpn. 122 civarı.

¹⁴⁹ HANOTIAU, s. 147.

¹⁵⁰ Bkz. yukarıda dpn. 136 civarı.

ket etmemekte, üstün emretme gücüne sahip, egemen devlet sıfatıyla hareket etmektedir. İşte, yatırım ihtilaflarının tarafı olan egemen devletin bazen özensizlik boyutuna dahi varabilen müdahalelerine karşı yabancı yatırımcıları koruyabilecek hukuk dalı, devletler hukukudur.

Nitekim, yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki en önemli farklardan biri, yatırım tahkiminde devletler hukukunun yoğun bir uygulama alanına sahip oluşudur. Devletler hukukunun yoğun tatbik alanı bulmasının altında, imtiyaz sözleşmelerinin “milletlerarasılaştırılması teorisi”nin etkisi gibi çeşitli sebepler bulunsa da, devletler hukukunun tatbikinin tereddütsüz en başta gelen sebebi, günümüzde yatırım ihtilaflarından kaynaklanan davaların %85'lere kadar varan büyük bir çoğunluğunun, devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin ihlâli iddiasıyla açılıyor olmasıdır. Bu Sözleşmeler birer devletler hukuku metni olduklarından, bunların yorumu işi, devletler hukuku kuralları uyarınca gerçekleştirilmek zorundadır. Bu sebeple, bu “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerinin içerdikleri “tahkim kayıtlarının” yorumlanması işinden başlayarak, hükümlerinin ihlâl edilmiş olup olmadıklarının belirlenmesine kadar tüm hususlar, millî hukuk kuralları çerçevesinde değil, 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşme'sinin 31. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Hâlbuki, ticarî tahkim davalarında ihlâl edildiği iddia edilen sözleşmeler, tâbi oldukları “millî hukuklar” çerçevesinde yorumlanırlar. Şu halde, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin yorumu işi Viyana Sözleşme'sinin 31. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilirken, ticarî ihtilaflarda ihlâl edildiği iddia edilen sözleşmelerin yorumu işi bir “millî” hukuk çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Yorumda izlenecek kurallar arasındaki bu fark, mesela “farazî ortak niyetlerin” dikkate alınıp alınamayacağını belirlenmesi noktasında, farklı sonuçlara varılmasına neden olacaktır.

Ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki bir fark da, yatırım ihtilaflarının çoğu kez, ev sahibi devletlerin millî kalkınması, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi meseleleriyle de yakından ilintili olmasından kaynaklanır. Kamuyu böylesine yakından ilgilendiren meseleler hakkında görülen tahkim davalarının, kapalı kapılar ardında yürütülmesinin yoğun biçimde eleştirilmesi neticesinde, bugün artık yatırım tahkimi yargulamalarının -ticarî tahkim yargulamalarından farklı olarak- giderek şeffaflaştığı görülmektedir.

Yatırım tahkimini ticarî tahkimden ayıran bir diğer özelliği de, yatırım tahkimi kararlarının neredeyse tümünün, önceki yatırım tahkimi kararlarına atıfta bulunmalarıdır. Kuşkusuz yatırım tahkimi alanında önceki kararlara atıfta bulunabiliyor olunmasını sağlayan unsurlardan biri de, yatırım tahkiminin giderek şeffaflaşmakta olup, çoğu yatırım tahkimi kararının yayınlanıyor olmasıdır. İlk bakışta olumlu bir gelişme gibi görünen bu durum esasen, yatırım tahkimi hakemini sınırlamakta, hakemi yaratılmış yatırım tahkimi içtihadından ayrılmayarak bu içtihadın bir parçası olacak şekilde karar vermeye zorlamaktadır. Şu halde hakemin konumu açısından kıyaslandığında, ticarî tahkim hakemi, yatırım tahkimi hakemine kıyasla daha serbest hareket edebildiğinden, daha yaratıcı kararlar verebilme imkânına sahiptir.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farkları ortaya koymaya çalışıp bu farkların önemini vurgulamaya çalıştıysak da, gözden kaçırmamız gereken nokta, ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki farklara rağmen, temelde bu iki tahkim kolunun birbiriyle büyük benzerlikler taşıdıklarıdır. Zaten aksinin olması da pek mümkün olamazdı; zira yatırım tahkimi, ticarî tahkimden esinlenerek oluşturulmuş bir tahkim koludur. Bunun da ötesinde, yatırım tahkimi davalarında hakemlik ve avukatlık yapan kişiler, çoğunlukla ticarî tahkim davalarında da hakemlik ve avukatlık yapmakta olan kişiler olup, bu kişilerin tahkime ilişkin olarak sahip oldukları bilgi birikimi, ticarî tahkime ilişkin bir birikimdir; yatırım tahkimi davası hakem ve avukatlarının ticarî tahkimden edindikleri bu bilgi birikimlerini, görmekte oldukları yatırım tahkimi davalarına aksettirmeme ihtimali ise neredeyse yok gibidir. İşte bu sebeplerledir ki, bu çalışmada varlığını ortaya koymaya çalıştığımız tüm farklara rağmen, ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasında birbirine benzer öylesine çok özellik bulunmaktadır ki, bir tahkim yargılaması konuşulanların anlaşılmasına imkân vermeyecek kadar uzak bir mesafeden seyredildiğinde, görülenler, bu yargılamanın bir “yatırım” tahkimi yargılaması mı yoksa bir “ticarî” tahkim yargılaması mı olduğunun anlaşılmasına izin vermez.

Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003, (Tahkim).
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, (Tenfiz).
- ALANGOYA, Yavuz; *UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında*, yeri: Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1990.
- AYDOĞMUŞ, Yasemin; *İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı*, MHB (2009), Sayı 1-2, s. 21-84.
- BAKLACI, Pınar; *Milletlerarası Yatırımlarda "Dolaylı Kamulaştırma"*, MHB (2008), Sayı 1-2.
- BİRSEL, Mahmut T.; *Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarınının 2675 sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Tenfizi, II. Tahkim Haftası (Yabancı Hakem Kararlarınının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bidiriler, Tartışmalar)*, Ankara 1984.
- BLACKABY, Nigel; *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (Or the Tale of the Dolphin and the Shark)*, Pervasive Problems in International Arbitration, Edited by: Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-heinz; *The Relevance of National Arbitration Law for Arbitrations under the UNCITRAL Rules*, *Journal of International Arbitration*, Volume 1 (1984).
- BROCHES, Aaron; *Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, yeri: The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders, edited by: J. Shultsz & A.J. van den Berg, Deventer 1982.
- CARON/CAPLAN /PELLONPÄÄ; *The UNCITRAL Arbitration Rules A Commentary*, Oxford, 2006.
- CERMADES, Bernardo; *Arbitration in Investment Treaties; Public Offer of Arbitration in Investment –Protection Treaties*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl Heinz Böckstiegel, edited by: Robert Briner & L. Yves Fortier & Klaus Peter Berger & Jens Bredow, Köln 2001.

- ÇAL, Sedat; *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2008), Sayı 4, (Eleştiriler).
- ÇAL, Sedat; *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Ankara 2009.
- ÇALIŞKAN, Yusuf; *Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2004 (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan).
- DALY, Brooks W. / Fedelma Claire SMITH; *Comment on Differing Legal Frameworks of Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration as Seen Through Precedent, Annulment, and Procedural Rules*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series no: 14, (Edited by: Albert Jan den Berg), The Hague 2009.
- DAYINLARLI, Kemal; *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000.
- DENELIUS, Hans; *ICSID, UNCITRAL and SCC As Investment Fora*, yeri: Between East and West, Esasys in Honour of Ulf Franke, 2010, New-York, USA.
- DOST, Süleyman; *Yabancı Yatırım Uyuşmazlık ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006.
- DRAHOZAL, Christopher R.; *Private Ordering and International Commercial Arbitration*, in: Building the Civilization of Arbitration. Edited by: Thomas E. Carbonneau / Angelica M. Sinopole, England 2010.
- EKŞİ, Nuray; *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası*, İstanbul 2009, (ICSID).
- EKŞİ, Nuray; *New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Kararların Tenfizi*, İstanbul 2009.
- ERTEN, Rıfat; *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi içindeki Yeri ve Rolü*, Ankara 2006, (Yabancı Yatırımlar).
- ERTEN, Rıfat; *Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri*, Ankara 2010, (Geçici Koruma Önlemleri).
- ESEN, Emre; *Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, İstanbul 2008.
- GÜLAN, Aydın; *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, yeri: Hukuk –Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör:Ali Ulusoy, Ankara 2001.

- HANOTIAU, Bernard; *Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration: Are They Different Ball Games?*, International Council for Commercial Arbitration Congress series no: 14, (2009).
- HOBBER, Kaj; *Arbitration Involving States*, in: The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration, Editors: Lawrence W. Newman / Richard D. Hill, Second Edition, USA 2008.
- HUYSAL, Burak; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010.
- IGBOKWE, Virtus Chitoo; *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, 2006 Journal of International Arbitration, Vol. 23.
- KALPSÜZ, Turgut; *Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli*, Ankara 1989, (*Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli*).
- KALPSÜZ, Turgut; *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, Ankara 1990.
- KAPLAN, Yavuz; *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 2002.
- KESER BERBER, Leyla; *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması*, Ankara 1999.
- KINNERAR, Meg; *Institutional Developments at ICSID*, ICSID Review Vol. 29 (2009).
- KIRLI AYDEMİR, Deniz; *Yabancı Yatırımların Korunması*, Ankara 2005.
- LOWENFELD, Andreas; F., *International Economic Law*, 2nd Edition, New York 2008.
- MALİK, Mahnaz; *Recent Developments in Regional and Bilateral Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators, 3-4 November 2008 «www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev_bits.pdf».
- MCLACHLAN, Campbell; *Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework*, yeri: International Council for Commercial Arbitration Congress Series No: 14, Netherlands 2009.
- MOSS GUIDITTA, Cordero; *Commercial Arbitration and Investment Arbitration: Fertile Soil or False Friends?* : International Investment Law For The 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer.
- NOMER, Ergin / Nuray EKŞİ / Günseli ÖZTEKİN GELGEL; *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 3. Bası, 2008 İstanbul.
- NOMER, Ergin / Cemal ŞANLI; *Nomer Devletler Hususî Hukuku*, 18. Bası, İstanbul 2010.

- ÖZEL, Sibel; *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul 2008.
- PAASIVIRTA, Esa; *Participation of States in International Contracts*, Helsinki 1990, s. 57.
- RIPINSKY, Sergey / Kevin WILLIAMS; *Damages in International Investment Law*, London 2008.
- SCHREUER, Christoph H./ Loretta MALINTOPPI / August REINISCH / Anthony SINCLAIR; *The ICSID Convention A Commentary*, Second Edition, Cambridge 2009.
- SCHREUER, Christoph; *Interrelationship of Standards, yeri: Investment Protection*, Edited by: August Reinisch, Oxford 2008.
- SELİK; Mehmet; *Türkiye’de Özel Yabancı Sermaye 1923-1960 Türkiye İktisadi Geliştirmesini Araştırma Projesi 1961*, SBF. Yayını No.
- SILVA-ROMERO, Eduardo; *ICC Arbitration and State Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin (2002), (Tercüme : Emre ESEN).
- SORNARAJAH, M.; *The International Law on Foreign Investment, Third Edition*, Cambridge 2010, (Third Edition).
- SORNARAJAH, M.; *The Pursuit of Nationalized Property*, Dodrecht (1986).
- SUR, Melda; *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul 2010.
- ŞANLI, Cemal; *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s.78 vd. (*Esasa Uygulanacak Hukuk*).
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 270-273 (*Ticari Akitler*).
- TAN DEHMEN, Mine; *Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü’nde Tahkim*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB (2003).
- TOLUNER, Sevin; *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, 4. Bası, İstanbul 1988.
- TOLUNER, Sevin; *Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk*, İstanbul 1968 (*Millileştirme*).
- TOLUNER, Sevin; *Yabancı Sermaye ve Milletlerarası Hukuk, yeri: Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları*, 2. Bası, İstanbul 2004, (*Yabancı Sermaye*).
- VAN HARTEN, Gus; *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New-York 2007.
- VATTEL, E.; de, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Translation of the Edition of 1758 by Charles G. FENWICK, Washington 1916, Volume II, Chapter VI

VERSAN, Rauf; *Gündemdeki Irak (6 Mart 2003)*, Güncel Olaylarda Milletlerarası Hukuk Söyleşiler, İ.Ü. Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2003.

WEBSTER, Thomas H.; *Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Cost Issues*, Arbitration International (2009), Vol. 25.

YILMAZ, İlhan; *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul 2004.