

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar

İlyas Gölcüklü*

Öz

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları veya çok taraflı uluslararası sözleşmelerle sağlanmaktadır. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda genel kabul görmüş olan 14 Ekim 1966 tarihli ICSID Sözleşmesi, bu alanda günümüzün en önemli düzenlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Günümüz itibarıyla 159 ülke bu Sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Sözleşmesi 151 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. ICSID Sözleşmesi'nin pek çok ülkede kabul görmesi ve sıklıkla uygulanması, beraberinde uygulamaya dönük bazı tartışmaları da getirmiştir. Yetkiden kaynaklanan sorunlar bu tartışmaların başında gelmektedir. Bu çalışmamızda ICSID tahkiminin devlet veya yatırımcı tarafından sıklıkla kullanılmasıyla, günümüzde ICSID yetkisi konusunda beliren başlıca problemleri ele alacağız.

Anahtar Kelimeler

Yetki • ICSID • Yatırım • Çok vatandaşlık • Şemsiye klozlar, ICSID ek mekanizma kuralları, Tüzel kişinin vatandaşlığı

“Analysis of Some Problems Arising from ICSID’s Jurisdiction”

Abstract

In international investment law, both the investments and the rights of investors are usually protected by either Bilateral Investment Treaties or Multilateral International Treaties. As a multilateral international treaty protecting investors and their rights, The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention has become widely recognized and applied by states and investors for the settlement of investment claims. The ICSID Convention is a treaty signed on October 14, 1966, by 159 signatory states and later ratified by 151 state parties. Its frequent application and wide acceptance, however, has given rise to a number of serious issues for both courts and practitioners, specifically the controversial issue of jurisdiction. In this article, some of the major problems arising from the application of the ICSID jurisdiction provisions are discussed and analyzed.

Keywords

Jurisdiction • ICSID • Investment • Multiple citizenship • Umbrella clauses • ICSID additional facility rules • Citizenship of legal entities

1 Sorumlu Yazar: İlyas Gölcüklü (Dr. Öğr. Üyesi/Asst. Prof.), Altınbaş Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul/Türkiye. Eposta: ilyas.golcuklu@altinbas.edu.tr

Atf: İlyas Gölcüklü, “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, (2018) 38 PPIL 285, 309 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0151>

Extended Summary

In international investment law, the investments and rights of investors are usually protected by either bilateral investment treaties (BITs) or multilateral international treaties (MITs). As a multilateral international treaty protecting investors and their rights, the ICSID Convention has become widely recognized and applied by states and investors for purposes of settling investment claims. The ICSID is a treaty signed on October 14, 1966, by 159 countries and ratified to date by 151 states. Its frequent application and wide acceptance, however, have given rise to a number of serious issues for both courts and practitioners, specifically the controversial issue of ICSID's jurisdiction. In this article, some of the major problems arising from the application of ICSID's jurisdiction provisions are discussed and analyzed.

This paper will focus on recent cases and problems encountered in practice in its exploration of the issues of consent of parties and withdrawal of the consent; denunciation of the ICSID Convention by state parties and its effects on investments; determination of investor citizenship for investment purposes, particularly when multiple nationalities are involved; and delineating the precise scope of "investment" and ICSID's jurisdiction under the Additional Facility Rules. While the aforementioned issues are nothing new in the field of international investments, they have assumed a much greater role in ICSID arbitration.

Consent of parties and withdrawal of the consent are very important concepts because ICSID jurisdiction on an investor–state dispute settlement case is contingent on consent to arbitration by both parties. Determination of the presence of bilateral consent can be problematic when the home state party fails to provide an explicit declaration of its consent during the ratification process and when the concerned BIT does not refer to ICSID's jurisdiction. This article therefore suggests that the autonomy of the parties who are involved in explicitly or implicitly deciding on the issue of jurisdiction should be considered. Another important issue is the suitability of umbrella clauses that are designed to facilitate the elevation of contractual claims to investment claims, with the latter being protected by the ICSID regime. A party's desire to withdraw its consent to arbitration by the ICSID can be a contentious issue when the arbitration process has already proceeded far, particularly when considering the need to uphold the rights and duties of both parties.

A situation that is more problematic arises when a state party denounces the ICSID. This would deeply impact investors with long-term projects in the state party. In the article, most recent cases of vilification of the ICSID are analyzed in light of Article 71 of the said Convention, citing Bolivia, Republic of Ecuador, and Venezuela as major examples. Herein, survival clauses provide investors with a limited guarantee by protecting investments for a certain period of time even after

unexpected denunciations by state parties.

Determining the citizenship of investors, particularly in cases of multiple nationalities, is another major problem in ICSID arbitration practice as it also plays a role in allowing BITs to serve as the basis for ICSID's jurisdiction. Because an investor needs to be a citizen of a state *party*, ascertaining the nationality of investors in real and legal terms is crucial. This article also elaborates on the category "investment disputes" because while disputes involving international investments are within the scope of ICSID's jurisdiction, those involving pure contractual claims are not.

The final issue discussed in the article is about arbitration cases taking place under the ICSID Additional Facility Rules, which must be carefully distinguished from cases of ICSID arbitration. This is because Article 3 of the ICSID Additional Facility Rules clearly excludes all provisions of the ICSID Convention. The Additional Facility Rules have actually served to broaden the jurisdiction of ICSID, albeit controversially. All the aforementioned issues continue to draw heated discussions, and it appears that there is yet no end in sight for their resolution.

ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar

Giriş

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları (kısaca *BIT*) veya çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla sağlanmaktadır. 1961-1965 yılları arasında Dünya Bankası öncülüğünde başlatılan çalışmalar neticesinde *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme*¹ (kısaca “ICSID Sözleşmesi”) hazırlanmış ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüz itibarıyla 159 ülke bu Sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Sözleşmesi 151 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır². Sözleşme Türkiye için ise 2 Nisan 1989 tarihinden beri yürürlüktedir³. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda bu kadar genel kabul görmüş olan ICSID Sözleşmesi günümüzün “en önemli düzenlemelerinden biri” olarak kabul edilmektedir⁴.

ICSID Sözleşmesi’nin farklı hukuk sistemlerine tabi birçok ülkede uygulanması, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda ICSID⁵ tahkiminin ev sahibi devlet veya yatırımcı tarafından sıklıkla kullanılmasıyla birlikte ICSID’in yargılama yetkisi konusunda ortaya çıkan *başlıca* problemleri ele alacağız. Bu sorunların başında yatırımcının vatandaşlığının tespitinden kaynaklanan sorunlar yer almaktadır. Özellikle gerçek kişi yatırımcılar açısından “çok vatandaşlık halinde hangi vatandaşlığın esas alınacağı” bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüzel kişilerde ise vatandaşlığın tespitinde uygulanacak ölçütün tespitinde hukuk sistemlerindeki farklı yaklaşımlar, uygulamada ICSID yargılama yetkisinin doğup doğmadığına dair tereddütlere yol açmaktadır. ICSID yargılama yetkisine dair bir diğer önemli mesele de, bu tür bir yargılama yetkisinin doğması için esas şartlardan olan rızanın taraflarca verilip verilmediğinin tespitidir. Rızanın taraflarca geri alınması durumunda, ICSID yargılama yetkisinin sona erip ermeyeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Rıza şartı açısından irdelenmesi gereken bir diğer önemli mesele de, ICSID Sözleşmesi’ne taraf olan devletin sonradan bu sözleşmeyi yürürlükten kaldırmasının ICSID yargılama yetkisi ve yatırım sözleşmeleri üzerindeki etkileridir. Bu çalışmamızda ele

1 Sözleşmenin orijinal adı *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* şeklindedir. Metin için bkz. https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archiv/ICSID_English.pdf (E.T. 10.11.2018).

2 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> (E.T. 09.11.2018).

3 06.12.1988/19830

4 Ziya Akıncı, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 277; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016) 531 ff.; ICSID tahkiminin, yatırım uyuşmazlıklarında en çok başvurulan yargılama biçimi olduğu konusunda bkz. Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013) 60–62; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) 148–152; Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009) 62–70; İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ 31 Public and Private International Law Bulletin 91, 139–142.

5 *The International Centre for Settlement of Investment Disputes*. ICSID kavramı, tek başına, bu çalışmamızda ICSID Sözleşmesi ile kurulmuş olan uzman bir uluslararası tahkim ve uzlaşma kurumu anlamında kullanılmaktadır.

alacağımız bir diğer önemli husus da *yatırım* şartının kapsamından kaynaklanan sorunlardır. ICSID yargılama yetkisinin doğması için bir şart olarak düzenlenen *yatırım* şartından tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin ICSID Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmemesi, uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Son olarak inceleyeceğimiz husus ise ICSID Ek Mekanizma Kuralları'ndan (*Additional Facility Rules*) kaynaklanan sorunlardır. Ek Mekanizma Kuralları çevresinde yürütülen bir tahkim yargılamasında, gerçek manada ICSID yetkisinin olup olmadığı ve de verilecek kararın ICSID kararı olup olmadığı oldukça önem taşımaktadır.

Bu sorunlar çalışmamızın özünü oluşturmakla beraber öncelikle ICSID tahkimini diğer tahkim türlerinden ayıran genel özelliklerinden kısaca bahsetmek, sonrasında da ICSID'in yargılama yetkisine dair Sözleşme'nin 25. maddesini irdelemek yerinde olacaktır. Bu genel hususları kısaca açıkladıktan sonra, bahsettiğimiz her sorunu ilgili ICSID yargılama yetkisi şartı başlığı altında detaylı bir biçimde inceleyeceğiz.

I. Genel Olarak ICSID Tahkimi

ICSID tahkiminin en önemli avantajlarından birisi, ticari tahkimin aksine, verilen kararların ulusal düzeyde yerel mahkemelerin kontrolünden muaf olması yani iptale konu olmamasıdır⁶. Yerel mahkemeler ancak ICSID tarafından verilen bir kararın “tanınmasını kolaylaştıracak şekilde” hukuki yardımda bulunabilecektir⁷. Bunun dışında taraf devlet mahkemesinin, ICSID tahkimi sonucu verilen ve usulünce iptal edilmemiş bir kararı tanımama veya icra etmeme imkânı yoktur.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi (kısaca “New York Sözleşmesi”) anlamında ise ICSID hakem kararlarının özellikli bir yeri vardır. ICSID Sözleşmesi madde 54/f.1 uyarınca ICSID hakem kararı, yatırımcı ile yatırım yapılan devleti değil aynı zamanda tüm taraf devletleri de *sanki kendi mahkemelerince verilen bir kesin karar*miş gibi bağlayacaktır. ICSID Sözleşmesi madde 54/f.2 uyarınca da ICSID tahkim kararının her bir tarafı herhangi bir taraf devletinden kararın onaylanmış bir kopyasını talep edebilmektedir. Bu özellik sayesinde örneğin ICSID tahkimi yoluyla lehine hükmedilen devlet, New York Sözleşmesi'ndeki prosedürlere ve şartlara uymaksızın doğrudan yatırımcıya ve malvarlığına karşı icra yoluna gidebilmektedir. Benzer şekilde yatırımcı da lehine olan bir ICSID kararına dayanmak suretiyle yatırım yaptığı devlete karşı herhangi bir tanıma-tenfiz prosedürüne bağlı olmaksızın bu kararı icraya koyabilecektir.

ICSID tahkimi açısından ICSID'in yargılama yetkisi gerek *konu* gerek uyuşmazlığın tarafları açısından sınırlandırılmıştır. Her uyuşmazlık ICSID yetkisi kapsamına girmeye-

6 Çal (n 4) 67–68; Tiryakioğlu (n 4) 154; Giray (n 4) 61–62; Şanlı (n 4) 548–551; Ataman Fıganmeşe (n 4) 98–99.

7 Julian DM Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration* (Centre for Commercial Law Studies, The Eastern Press Ltd 1986) 24.

ceği gibi, isteyen her davacı da uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürememektedir. Öğreti-
de bu tür sınırlamalar, yetki sınırlamaları (“*jurisdictional limitations*”) olarak adlandırıl-
maktadır⁸. ICSID Sözleşmesi madde 25’te bu yetkinin kapsamı ve sınırları belirlenmiştir.

II. ICSID’in Yargılama Yetkisi

A. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi’nde merkezin yargılama yetkisini belirleyen madde 25/f.1 hük-
mü⁹ şöyledir:

Merkezin yargılama yetkisi, *taraf* ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş *diğer taraf devlet vatandaşları* arasında *doğrudan yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları* kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını *tek taraflı* olarak geri alamaz.

Bu madde hükmü dikkatlice analiz edildiğinde, ICSID yetkisinin doğması için bazı şartların arandığı görülür. Bu şartların bazıları *usule*, bazıları *uyuşmazlık ko-
nusuna* ve bazı şartlar da *tarafların niteliğine* ilişkindir. Bu hükme göre öncelikle, taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda anlaşmış ve bu konudaki rızalarını ICSID merkezine usulünce bildirmiş olmalıdır. İkinci şart ise, tarafların kendileri ile alakalıdır. Uyuşmazlığın tarafları ICSID Sözleşmesi’ne taraf olan bir devlet veya onun alt birimi veya taraf devlet tarafından ICSID merkezine bildirilmiş olan temsilcisi (*agency*) ile *diğer bir taraf devletin vatandaşı* olmalıdır¹⁰. ICSID yetkisine dair üçüncü şart ise, uyuşmazlık konusu hakkındadır. Buna göre taraflar, ancak bir *yatırımdan doğrudan* kaynaklanan *hukukî uyuşmazlıkları* ICSID tahkimine götürebilirler. Bu şartlardan herhangi birinin eksikliği, yetkisizlik kararı vermeyi gerektirecektir.

B. ICSID’in Yargılama Yetkisine İlişkin Şartlar ve Karşılaşılan Sorunlar

1. ICSID Tahkimi Konusunda Tarafların Anlaşması (Rıza Şartı – *Consent*)

a. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1, açıkça rızanın *yazılı* olması şartını düzenlemiştir. Ancak ICSID Sözleşmesi’nde rızanın verilme biçimleri ile yazılılık kavramından

8 Gary Born, *International Arbitration – Cases and Materials* (Wolters Kluwer 2011) 104.

9 *Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*”

10 Victor Essien, ‘Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law’ (1995) 19 *Fordham International Law Journal* 823.

“*In other words, private versus private and state versus state disputes are excluded from the jurisdiction of the ICSID. Furthermore, the non-state party must be a “national of another Contracting State.”*”

tam olarak ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Uygulamada ICSID tahkim şartı, genellikle iki devlet arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmalarında (*BIT*) yer aldığından bu yazılılık şartı da gerçekleşmiş olmaktadır. Yatırımcının BIT olmaksızın söz konusu devletle ayrı bir yatırım sözleşmesi yapması halinde ise, ICSID tahkimi için yazılı bir rıza beyanında bulunması ve bunu madde 25/f.1 uyarınca merkeze bildirmesi gereklidir.

ICSID tahkimine ilişkin tarafların irade beyanlarının *yazılı* bir şekilde kesin olarak anlaşılması oldukça önemlidir çünkü bir taraf devletin sadece ICSID Sözleşmesi'ne taraf olması, bu devlete yatırım yapan her yatırımcının doğrudan ICSID tahkimine gidebileceği anlamına gelmemektedir¹¹. Burada şu hususu vurgulamakta yarar vardır: Devletin alt birimleri, merkeze yazılı rızalarını madde 25/f.1 uyarınca usulüne uygun şekilde önceden bildirmişlerse uyuşmazlık çıktığında yatırımcı doğrudan ICSID tahkim yargılamasına başvuru yaptığında artık ayrıca davalı devlet alt biriminin yazılı rızasını aramaya da gerek kalmayacaktır. Eğer söz konusu davalı veya davacı devlet alt birimi yazılı rızasını önceden merkeze bildirmişse, mevcut veya doğacak tüm yatırım uyuşmazlıkları için ICSID yargılama yetkisini de kabul etmiş demektir. Bu aşamada henüz bir yatırımcının veyahut yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir hukuki uyuşmazlığın mevcut olmaması da doğrudan rızanın geçersizliğine neden olmayacaktır.

BIT veya diğer yatırım sözleşmelerinde ICSID tahkimine ilişkin bir şart yer almadığında, bu şart sonradan eklenebilir mi sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1'de de bu konuda açık bir düzenleme olmadığından ev sahibi taraf devle ile başka taraf devlet vatandaşı yatırımcı, ortaya çıkan *uyuşmazlıktan sonra da* tahkim anlaşması yapabilirler. BIT ve ilgili devlet biriminin önceden yazılı olarak merkeze bildirilmiş rızası yoksa bile, yatırımcı ile yatırım yapılan devlet (veya bu devletin alt birimleri) her zaman anlaşma yapmak suretiyle ICSID yargılama yetkisini kabul edebilirler. Tüm tahkimler gibi, ICSID yatırım tahkimi de taraf iradeleriyle şekillenecek bir yargılama faaliyeti olup taraflar pekâlâ uyuşmazlıktan sonra da uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda uzlaşabilirler. Bir tarafın tek başına uyuşmazlıktan sonra yazılı rızasını bildirerek ICSID bünyesinde tahkim yargılamasını başlatmak istemesi yeterli olmayacaktır çünkü karşı tarafın da rızasının var olup olmadığı, eğer yok ise bu tahkim yargılamasına yazılı rıza ile onay verip vermeyeceği önem taşıyacaktır.

Bu yazılılık ve ICSID tahkim yargılamasının kabulüne dönük irade beyanlarının varlığını, ICSID hakemleri her somut uyuşmazlıkta değerlendirmek suretiyle kendilerinin yetkili olup olmadığına karar vereceklerdir.

11 Lew (n 7) 26; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitapevi 2014) 53 ff.; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013) 113–116; Tiryakioğlu (n 4) 148–150; Giray (n 4) 60–61.

b. Rıza Şartının Gerçekleşip Gerçekleşmediğine İlişkin Sorunlar

Yazılı rıza şartı ICSID yargılama yetkisinin doğması için gereken şartlardan biri olarak düzenlenmesine rağmen, uygulamada bu rızanın var olup olmadığına ilişkin problemlere rastlanılmaktadır. Öğretide bir görüş, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim anlaşması olmazsa bile yatırımının *doğrudan* özellikli ICSID tahkimine başvurabileceğini ileri sürmüştür¹². Yalnız bununla kastedilen esasında şudur: Yatırımcı, kendisi ile yatırım yaptığı devlet arasında ayrıca bir tahkim sözleşmesi yapmaksızın, yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devlet ile yatırım yapılan devlet arasındaki BIT'e dayanarak ICSID tahkimine doğrudan gidebilmektedir. Uygulamada yatırımcılar yatırım sözleşmelerine koydukları şemsiye klozlarla (*umbrella clause*) devletin bir alt birimi ile yapılmış olan yatırım anlaşmasına aykırılığı, doğrudan BIT'e aykırılık kapsamına almak sureti ile yatırım yapılan devlet aleyhine ICSID tahkimine gidebilmektedirler¹³. Dikkat edilirse bu halde, gerçek anlamda *yatırımcı* ile *yatırım yapılan devlet* arasında açıkça ve yazılı şekilde bir ICSID tahkim sözleşmesi mevcut değildir. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmak, devletin bu mekanizmayı kullanabileceğine dair bir gösterge ve önceden verilmiş bir rıza olabilir ancak taraf olma, başlı başına devlete bu mekanizmayı kullanma zorunluluğu getirmeyeceği gibi yatırımcıya da aksine sözleşme yoksa ICSID tahkimine doğrudan gitme hakkı vermez¹⁴. Şemsiye klozlarına dair temel sorun, aslında bir özel hukuk sözleşmesi olan salt bir yatırım sözleşmesine aykırılığın aynı zamanda bir uluslararası sözleşme niteliğinde olan BIT'e de aykırılık anlamına gelip gelmeyeceği sorunudur. Bu nedenle yukarıda rıza şartında bahsettiğimiz gibi, bir devletin BIT'e taraf olması, aslında ICSID'in yargılama yetkisinin kabulünü içeren tek taraflı olarak önceden verilmiş rıza anlamındadır. BIT'in *yatırım yapılan devlet* tarafından ihlali halinde yatırımcının da ICSID tahkim yargılamasına başvurması, bu önceden verilmiş rızanın kabulü anlamına gelir. Oysaki şemsiye klozlarında, "BIT'e taraf bir devletin, yatırımcının yatırımdan kaynaklanan küçük çaptakiler dâhil her türlü uyuşmazlık" konusunda ICSID yargılama yetkisini kabul edip etmediğine ilişkin bir sorun vardır. Eğer bu geniş yorum kabul edilirse, ICSID yargılama yetkisi oldukça genişleyecektir. Bu nedenle, BIT ile yatırım sözleşmesi arasındaki temel farkları da her somut olay açısından nazara almak sureti ile daha uygulanabilir bir rızaların yorumlanması metoduna ihtiyaç vardır.

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.4 uyarınca taraf devletin önceden tahkime götürülebilecek olan uyuşmazlıkları sınırlandırıp, kategoriler halinde ICSID merkezine bildirmesi de pekâlâ mümkündür¹⁵. Bu nedenle rızanın verilip verilmediği somut uyuş-

12 Akıncı (n 4) 279.

13 Bu konuda ICSID hakemlerinin farklı yaklaşımları ve tartışmalar için bkz. İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration" (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 352; Çal (n 4) 294–295.

14 Lew (n 7) 26–27.

15 "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)."

mazlıklar açısından belirlenirken öncelikle rızanın devletin hangi birimleri açısından verildiğine bakılmalı, sonrasında ise söz konusu yatırım uyuşmazlığının rızasını bildirmiş olan devlet tarafından hangi uyuşmazlıklarla sınırlandırıldığına bakılmalıdır. Türkiye 1989 tarihinde ICSID Sözleşmesi'ni onaylarken, bir Deklarasyon ile (*text of notification*) yatırım uyuşmazlıklarını konu olarak sınırlandırmıştır. Buna göre, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar tamamen Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi tutulmuştur. Türkiye tarafında ileri sürülen bir diğer şart da yatırımda bulunacak yatırımcının, gerekli izinleri alarak ve de yabancı sermayeye ilişkin mevzuata uygun bir biçimde yatırımını gerçekleştirmesi şartıdır¹⁶. Bu nedenle uygulamada rıza şartına ilişkin problemlerin çoğu; yatırım yapılacak devletin gerek *alt birimleri* bakımından, gerek *uyuşmazlık konusu* ile gerekse de *usule ilişkin* yaptığı deklarasyonları bilmeden yatırımda bulunulmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yatırımda bulunulacak devletin bu tür bildirimlerini yatırım öncesi incelemek, uygulamada rızanın varlığı ve kapsamına dair problemleri de büyük ölçüde azaltacaktır.

c. Rızanın Taraflarca Geri Alınmasının ICSID Yargılama Yetkisine Etkileri (*Withdrawal*)

Diğer tahkim türlerinde olduğu gibi, ICSID tahkim yargılamasında da tarafların iradeleriyle oluşturulan bir ihtilaf çözüm metodu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, taraflar yukarıda tartışıldığı üzere rızalarını karşılıklı olarak ve yazılı bir biçimde verseler bile her zaman anlaşmak sureti ile ICSID yargılamasından vazgeçebilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, aslında tarafların karşılıklı bir biçimde anlaşmak sureti ile ICSID yargılama yetkisinden vazgeçmeleri mümkündür ve böylesine bir uzlaşma, tarafların iradeleriyle ICSID yetkisini tamamen ortadan kaldırması anlamına gelmektedir. Asıl sorun, verilmiş olan rızanın *karşılıklı bir uzlaşma söz konusu olmaksızın* bir tarafça *tek taraflı bir biçimde* geri alınmasının ICSID yargılama yetkisini nasıl etkileyeceği sorunudur.

Bu bağlamda doktrinde ICSID tahkiminin “zorunlu tahkim” (*compulsory arbitration*) olması, bu özellikli tahkimin ticari tahkime nazaran ayrı bir avantajı olarak vurgulanmaktadır. Bununla kastedilen, tarafların bir kere ICSID tahkimine başvurduktan sonra yani bu konuda genel iradelerini uygun şekilde açıkladıklarında artık herhangi

16 Türkiye'nin 1989 tarihinde yaptığı deklarasyonun (RG 6.12.1988/19830) orijinal metni şu şekildedir:

Turkey Text of Notification:

“I also have the honour to hereby notify, pursuant to Article 25 (4) of the 'Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States' concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of the Centre that only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Center.

However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Center.” *Date of Notification: March 3, 1989.*

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülmemesi ve diğer çekinceler için bkz. 3469 Sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi:27.5.1988 RG 2.6.1988/1983.

bir tarafın *tek taraflı olarak* bundan vazgeçemeyeceği şeklinde açıklanmaktadır¹⁷. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere buradaki “zorunlu tahkim” terimi ile iç hukukumuzda özellikle bazı özel kanunlarda düzenlenmiş olan “zorunlu tahkim” kavramından farklı bir durum anlatılmaktadır. Bu farklılık irdelendikten sonra, gerçek manada diğer tahkim türlerine nazaran bir avantaj olup olmadığını tartışmak gerekmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁸’nda (“HMK”) *ihtiyari* tahkim yöntemi benimsenmiştir ve bu tahkim yönteminde taraflar, iradeleri hilafına tahkim yoluna gitmeye zorlanamazlar¹⁹. Ancak Türk hukukunda gerçek manada “zorunlu tahkim sistemi” bazı özel kanunlarda yer almıştır. Buna göre, 3533 sayılı Kanun’da²⁰ yer alan kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıklar²¹; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da²² yer alan uyuşmazlıklarda²³ tarafların mutlaka tahkime başvurusu gerekir. Sigorta sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar için ise Sigorta Tahkim Komisyonu’na üye olan sigorta şirketinin “sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıkta tahkim usulüne itiraz etmesi mümkün olmamakla birlikte; uyuşmazlığın diğer tarafının sigorta tahkimi yerine adli mahkemelere başvurusu imkânı” muhafaza edilmiştir²⁴. Yani bu tür özel kanuni düzenlemelerde tarafların anayasal hakkı olan mahkemeye başvurma hakkı özel bir kanunla sınırlandırılmakta ve tarafların zorunlu olarak tahkime gitmesi düzenlenmektedir. En üst norm olan Anayasa’da da, spor hukukuna özgü olarak zorunlu tahkim açıkça düzenlenmiştir. Anayasa madde 59/f.3’e göre; “spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

Bu nedenle ICSID tahkimi açısından kullanılan “zorunlu tahkim” (*compulsory arbitration*) terimini, tarafların tek taraflı olarak tahkimden vazgeçememesi şeklinde ve iç hukukumuzdan farklı biçimde yorumlamak gerekir. Bu şekilde terim ele

17 Lew (n 7) 24.

18 RG 04.02.2011/ 27836.

19 Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK m. 407-444)* (Beta 2013) 160–172.

20 Umumi Mülhak Ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete Veya Belediye Veya Hususi İdarelere Ait Daire Ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun (Kazancı, E.T. 14.11.2018).

21 Madde 1 – “Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler.”

22 RG 28.11.2013/ 28835.

23 Başvuru

Madde 68 - (1):

“Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.”

24 Mehmet Özdamar, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) XVII Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831, 838.

alındığında ise, özellikli bir avantajın esasında mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Burada sadece ICSID tahkimine özgü bir avantaj burada yoktur²⁵. Ticari tahkimde bile taraflar ancak anlaşmak sureti ile daha önce başvurdukları veya kararlaştırdıkları tahkimden vazgeçebilirler. Yani her durumda, herhangi bir tahkimde *tek taraflı* olarak tahkim yargılamasından vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle bu tür bir vurgulamayı gerekli bulmuyor ve bunu bir avantaj olarak değerlendirmiyoruz. Fakat gözden kaçırılmaması gereken şudur: Acaba bir kere ICSID kurumuna tahkim için başvuru yapan taraf, henüz Sekreteryaya tarafından diğer tarafa bildirim yapılmamışsa başvurusunu geri çekebilecek midir? Önemli olan tartışma bu husustadır zira diğer tahkim çeşitlerinde diğer tarafa bildirimde bulunulmadan evvel davacı başvurusunu geri çekebilmektedir. Ancak taraflar ayrıca aksini öngörmemişlerse, ICSID tahkimi için de tek taraflı olarak tahkimden vazgeçmek özellikle de Sekreteryaya tarafından yapılan bildirim karşı tarafça da alındığı ve kabul edildiği hallerde mümkün değildir (*irrevocability of consent*)²⁶.

d. ICSID Sözleşmesi'ne Taraf Olan Ülkenin Sözleşmeyi Yürürlükten Kaldırması ve Bunun ICSID Yargılama Yetkisine Etkileri (*Denunciation*)

Taraflar, her zaman uzlaşmak sureti ile ICSID tahkiminden vazgeçebilecekleri gibi; bir devlet de, ICSID Sözleşmesi'ni tamamen yürürlükten kaldırabilmektedir²⁷. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletin sonradan bu sözleşmeyi tamamen yürürlükten kaldırması imkânı, ICSID Sözleşmesi madde 71'de açıkça düzenlenmiştir²⁸. Buna göre yürürlükten kaldırma beyanını (*denunciation notice*), ICSID Sözleşmesi'nde depoziter olarak öngörülen kuruma bildirilmesinden itibaren 6 ay içerisinde Sözleşme bildirimde bulunan ülke açısından yürürlükten kalkmakta ve bu husus Depoziter tarafından diğer tüm taraf devletlere madde 75 gereği bildirilmektedir. Belirtmek gerekir ki ICSID Sözleşmesi uyarınca Depoziter vasfına sahip kurum Dünya Bankası olarak kararlaştırıldığından bu tür bildirimleri ötürü diğer taraf devletlere banka yollamaktadır²⁹.

25 Ricardo Retelier Astorga, 'Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence' (2007) 11 Max Planck Yearbook of United Nations Law 417, 45.

26 *Nabucco Gas Pipeline International GmbH in Ligu. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/15/26) davasında, davacı 28 Ekim 2015 tarihinde ICSID nezdinde başlattığı tahkimin devamsızlığına (*the discontinuance of the proceeding*) hükmedilmesini istemiş, Sekreteryaya ise ancak Türkiye'nin 4 Kasım 2015 tarihinde bu çekilmeye itiraz etmediğini bildirmesiyle ICSID Sözleşmesi madde 44 uyarınca devamsızlık kararını vermiş ve bu kararı 5 Kasım 2015 tarihinde taraflara tebliğ etmiştir.

27 Christoph Schreuer, 'Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration' in Claire Balchin Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung (ed), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) 356.

28 *Article 71:*

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

29 *Article 73:*

"Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention."

Uygulamada bazı taraf devletlerin bu hüküm çerçevesinde sözleşmeyi tamamen yürürlükten kaldırma yoluna gittikleri görülmektedir³⁰. Örneğin Bolivya, 2007 tarihinde ICSID madde 71 kapsamında bildirimde bulunmuş ve (bildirimin 6 ay sonrasında) 3 Kasım 2007 itibariyle de artık Sözleşmeye taraf olmaktan çıkmıştır. Sekreteryaya ise diğer tüm taraf devletlere bu durumu bildirmiştir. Ekvador Cumhuriyeti de 6 Temmuz 2009 yılında yaptığı bildirim ile 1986 yılından beri taraf olduğu ICSID Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmak istemiş, Dünya Bankası bunu diğer tüm taraf devletlere bildirmiştir³¹. Yakın zamanda ise Venezuela 1995 yılından beri taraf olduğu ICSID Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmak istemiş, Dünya Bankası da diğer tüm taraf devletlere 25 Temmuz 2012 tarihi itibariyle bu devletin artık sözleşmeye taraf olmayacağı bildiriminde bulunmuştur.

Burada rızanın geri alınması (*withdrawal of consent*) değil, ICSID Sözleşmesi'nin bir devlet tarafından tamamen yürürlükten kaldırılması (*denunciation of an international agreement*) söz konusu olduğu için, karşılaşılabilecek problemler de daha büyük ölçekli olmaktadır. Örneğin Ekvador Cumhuriyeti açısından ICSID Sözleşmesi'nin 23 yıl yürürlükte kalmasından bahsetmekteyiz. Bu süre zarfında Ekvador Cumhuriyeti'ne yapılan bazı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olabileceği gibi, başlanmasına rağmen 2016'da yılında tamamlanamamış bazı yatırımlar da olabilir. Tüm bu durumlara rağmen, Ekvador Cumhuriyeti'nin yatırımcı lehine oldukça özellikli hükümler getiren bir uluslararası sözleşmeyi yürürlükten kaldırması mevcut veya muhtemel yatırım uyuşmazlıkları bakımından ICSID'in yargılama yetkisini nasıl etkileyecektir?

Öncelikle belirtelim ki bir yatırımcı, vatandaşı olduğu ülke ile yatırımda bulunduğu ülke arasındaki BIT'e dayanarak ICSID yetkisini açıkça kabul etmişse, devletler sonradan bu ikili yatırım anlaşmasını yürürlükten kaldırsalar bile yatırımcı bu BIT kapsamında ICSID tahkimi yargılamasına devam edebilmektedir. BIT hükümlerinde, yatırımcının BIT sözleşmesinin kaldırılmasından itibaren belirli bir süre daha bu sözleşme hükümlerine dayanabileceğine dair yatırımları ve yatırımcıları koruyan düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bu tür düzenlemelere uygulamada “*survival clause*” denmektedir³².

UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı) tarafından hazırlanan bir raporda; ICSID Sözleşmesi madde 71'e uygun bir biçimde ICSID Sözleşmesi'nin yürürlükten kaldırmak isteyen tarafa, mevcut yatırımların korunması adına ek yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre ICSID Sözleşmesi'nin yürürlükten kaldırılması tek başına yeterli olmamakta, ayrıca ICSID yargılama yetkisini barındıran tüm BIT'lerin de yürürlükten

30 Detaylar için bkz. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/Announcement3.html> (E.T. 10.12.2018).

31 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/Announcement20.html> (E.T. 20.10.2018).

32 Emmanuel Gaillard, 'The Denunciation of the ICSID Convention' (2007) 237 (122) New York Law Journal.

kaldırılması gerekmektedir³³. Bu raporda vurgulandığı üzere, “*survival clause*” sayesinde ICSID Sözleşmesi ve BIT’ler yürürlükten kaldırılrsa bile yatırımcı, örneğin sözleşmelerin yürürlükten kalkmasından itibaren bir 20 yıl veya 30 yıl daha ICSID yargılama yetkisinden faydalanabilmektedir. ICSID Sözleşmesi madde 72 de benzer şekilde, ICSID Sözleşmesi’nin yürürlükten kaldırılmasına dair beyandan *evvel* verilmiş rızalara dayalı hak ve borçların devam edeceğini hüküm altına almaktadır³⁴. Öğretide, devletin tek taraflı bir biçimde sözleşmeyi yürürlükten kaldırmak sureti ile hak ve borçlardan kaçınmamasının, tamamıyla uluslararası hukukun teamüllerine uygun olduğu da vurgulanmaktadır³⁵.

Yalnız burada uygulamada karşılaşılabilecek en temel sorunlardan biri, ICSID Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmalarında da vurgulandığı üzere, taraf devletin bu sözleşmeyi yürürlükten kaldırmasına rağmen yıllar sonra bile ICSID yargılama yetkisi ile karşılaşılabilmektedir³⁶. Benzer şekilde böyle bir hüküm, devleti aslında hukuken “taraf” olmadığı ve de taraf olmak istemediği bir uluslararası sözleşmeye öngöremediği bir zaman dilimi boyunca bağlı kalmak zorunda bırakacağı endişesiyle de eleştirilebilir. ICSID Sözleşmesi madde 72 metninde önceden verilmiş rızaya (*consent*) vurgu yapıldığından dolayı, ICSID yargılama yetkisinin varlığına ilişkin her somut olayda, ilgili BIT ve diğer yetkiyi doğurduğu iddia edilen tahkim sözleşmesinin lâfzî yorumu dikkate alınmalıdır. Eğer rızanın var olup olmadığına dair kesin bir kanıya varılamıyorsa, ICSID Sözleşmesi madde 72’nin amacı da dikkate alındığında devletin yükümlülüklerinin devam edeceğine kanaat getirmek en uygun çözüm olacaktır³⁷.

33 “*Denunciation of The ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims, United Nations UNCTAD, December 2010, 2:*

“...for a State to prevent future ICSID claims, it must not only terminate the ICSID Convention but also separately terminate all of its BITs that contain an ICSID arbitration option. Moreover, under this interpretation, exposure to ICSID proceedings will persist as long as the terminated BITs retain their force due to the “*survival clauses*”, i.e. up to 20 years after the termination.”

34 *Article 72:*

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

35 Gaillard (n 32). Yazar buradaki yorumunu, uluslararası sözleşmelerin yorumuna ilişkin Viyana Konvansiyonu madde 70/f.2’ye dayandırmaktadır. Bu hükmün atıfta bulunduğu bir önceki maddeye göre ise de, sözleşmenin yürürlükten kaldırılması devletin bu sözleşme çerçevesinde oluşturulmuş hukuki ilişkilere zarar vermemelidir. Benzer yönde Schreuer (n 27).s. 364-366.

36 ‘History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Memorandum of the Meeting of the Whole’ (1965) Vol. II ICSID Publications., s. 1010, Bu görüşmelerde bir zaman aşımı süresinin önerildiği hakkında bkz. Gaillard (n 32) 3.

37 Benzer yönde Gaillard (n 32) 4.

2. Uyuşmazlığın Taraflarına İlişkin Şartlar

aUyuşmazlığın Taraf Devlet ile Diğer Bir Taraf Devlet Vatandaşı Arasında Doğması Şartı

i. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1'e göre uyuşmazlığın tarafları ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet veya onun *alt birimi* veya taraf devlet tarafından ICSID merkezine bildirilmiş olan temsilcisi (*agency*) ile diğer bir taraf devletin vatandaşı olmalıdır. Yani bu tür bir yatırım uyuşmazlığı, yatırımcı ile yatırımda bulunduğu devletin farklı birimleri arasında çıkabilmektedir. ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2 öncelikle “*diğer taraf devlet vatandaşı*” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır³⁸. Madde 25/f.2-b hükmüne göre, *uyuşmazlığa taraf olan* devlet dışındaki *başka bir taraf* devletin vatandaşı olan gerçek kişinin ICSID tahkimine başvurması mümkündür. Bu nedenle örneğin Türkiye’de yerleşik bir yatırımcının, ICSID Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir devletin vatandaşlığını taşıması durumunda bu kişinin ICSID tahkimine başvurması mümkün değildir. Benzer şekilde gerçek kişi yatırımcının vatandaşlığını taşımakta olduğu kendi ülkesine yatırımda bulunması halinde ortaya çıkacak bir hukuki uyuşmazlık konusunda da ICSID’in yargılama yetkisi olmayacaktır³⁹.

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b ise, tüzel kişilere ilişkin olarak “*diğer taraf devlet vatandaşı*” kavramını gerçek kişilere benzer şekilde irdelemektedir. Yalnız burada yetki şartı olan “*diğer taraf devlet vatandaşı*” olma kuralına önemli bir istisna getirilmiştir. Tüzel kişi, ev sahibi yani yatırım yapılan devletin vatandaşı olsa bile bazı hallerde yine yabancı yatırımcı olabilmektedir. Eğer bu tüzel kişi yabancıların kontrolündeysen ve bu yabancıнын vatandaşlığı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında bu tüzel kişinin ICSID tahkimi konusunda “*yabancı yatırımcı*” *sayılaacağı* konusunda bir anlaşma varsa, bu durumda bu tüzel kişinin yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık da ICSID tahkimine götürülebilir⁴⁰.

Devletin alt birimleri de yatırımcı ile sözleşme yapmış olabilirler. Örneğin bir belediye, büyük bir su şebekesinin yapımı ve teslimi için yabancı bir yatırımcı ile anla-

38 “*National of another Contracting State*” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

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

Bu yönde detaylı analiz içeren kararlar için bkz. *MINE v. Guinea*, Award, 6 January 1988, 4 ICSID Reports 61; *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 251, 257-261 (1999); *Klöckner v. Cameroon*, Award, 21 October 1983, 2 ICSID Reports 14-18.

39 Egemen Demir (n 11) 101 ff.; vatandaşlık tespit edilirken yatırımın yapıldığı tarihin değil, uyuşmazlık anının dikkate alınacağı konusunda bkz. Giray (n 4) 18.

40 Türkiye – Hollanda arasında bu tür bir anlaşmanın varlığı hakkında bkz. Akıncı (n 4) 280; Egemen Demir (n 11) 140–141.

şabilir ve taraflar uyuşmazlıklar için ICSID tahkim şartını sözleşmelerine koyabilirler. Devletin alt birimleri ile yetkilendirilen başkaca birimlerce verilen ICSID tahkimine dönük kabuller kural olarak devletin onayına bağlıdır, ancak taraf devlet bazı birimler için bu onay zorunluluğunu önceden kaldırabilir⁴¹. Madde 25/f.2-a ve madde 25/f.2-b hükümleri açıklayıcı olmakla beraber, uygulamada gerek gerçek kişinin çok vatandaşlık hali gerekse de tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi birçok soruna yol açmaktadır.

ii. Gerçek Kişi Yatırımcının Çok Vatandaşlık Halinden Kaynaklanan Sorunlar

Yabancı yatırımcı yabancı vatandaşlığının yanı sıra, aynı zamanda yatırım yaptığı ülkenin de vatandaşlığını taşıyorsa ICSID yetkisi doğabilecek midir? Sorun basit görünmekle beraber, özellikle gerçek kişilerin çok vatandaşlığa sahip olmasının günümüzde sık rastlanan bir durum olduğu ve ICSID yetkisi için ise bir “yabancı” yatırımcı olma şartı arandığı düşünüldüğünde uygulamada bazı problemler ister istemez ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de kişi örneğin yurtdışında bir Türk anneden doğduğundan dolayı Türk vatandaşlığı haiz iken Türkiye’ye hiç uğramamış olabilir ve yerleşim yeri olan İngiltere yerine Türkiye’ye bir yatırım yapmak isteyebilir. Bu durumda kişiyi sadece Türk olduğu için yabancı yatırımcı olarak görmemek ve böylece hiç uğramadığı ülkesine yatırımda bulunacak bu gerçek kişi yatırımcıyı ICSID tahkiminden yararlandırmamak gerekir mi?

*Champion Trading v. Egypt*⁴² davası bu konuda oldukça ilginç vakıalar barındıran bir davadır. Bu uyuşmazlıkta davacılar arasında Amerikan vatandaşı üç kişi de bulunmaktadır. Bu kişilerin anne ve babası da Amerikan vatandaşı olmakla birlikte, ICSID tahkim heyeti yaptığı araştırmalarda bu aileye mensup tüm kişilerin *aynı zamanda* Mısır vatandaşları olduklarını da göz önüne alarak ICSID uyarınca Mısır’daki yatırım uyuşmazlığından dolayı talepte bulunamayacaklarına hükmetmiştir. Gerçekten de ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2 uyarınca “vatandaş” kavramını yorumlayan rapora⁴³ göre, bir kişinin aynı zamanda yatırım yapılan devletin vatandaşı olması halinde yabancı sayılmayacağı düzenlenmiştir⁴⁴. Somut uyuşmazlıkta, Mısır vatandaşlığının tespitinde Mısır hukuku nazara alınmış ve davacı gerçek kişiler Mısır’da hiç bulunmamalarına rağmen kan bağı nedeniyle Mısır vatandaşı addedilmişlerdir. Benzer şekilde *Soufraki v. United Arab Emirates*⁴⁵ davasında hem Kanada hem İtalya vatandaşı gerçek kişi Birleşik Arap

41 “Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.”

42 *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9.

43 https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (E.T. 30.11.2018):

29. It should be noted that under clause (a) of Article 25(2) a natural person who was a national of the State party to the dispute would not be eligible to be a party in proceedings under the auspices of the Centre, even if at the same time he had the nationality of another State. This ineligibility is absolute and cannot be cured even if the State party to the dispute had given its consent.

44 Article 25(2) states that a “national of another Contracting State” does not “include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute.”

45 ICSID Case No. ARB/02/7. Türk hukukunda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (RG 17.6.2003/ 25141) madde 2/f.1-a gereği yabancı yatırımcı; sadece Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişileri değil aynı zamanda yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını da kapsamaktadır. Bu düzenleme, ICSID yetki düzenlemesine nazaran vatandaşlık konusunda daha esnek bir düzenlemedir.

Emirlikleri'nde yaptığı yatırımdan dolayı, İtalya – Birleşik Arap Emirliği arasındaki BIT'e dayanarak dava açmıştır. Tahkim heyeti bu davada ise, gerçek kişinin İtalyan vatandaşı olduğu konusunda ikna olmamış ve böylece davayı reddetmiştir.

2010 tarihli *Saba Fakes v. Republic of Turkey*⁴⁶ adlı ICSID tahkim yargılamasında davacı yatırımcı, Türkiye – Hollanda arasında yapılan 1986 tarihli BIT'e dayanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti ise, davacının çifte vatandaş olduğunu, hem Ürdün hem Hollanda vatandaşı olduğunu kabul ederek, Nottebohm kararı ile getirilen ilkesel nitelikteki “gerçek vatandaşlık bağı” (*genuine link*) kavramına vurgu yapmış ve davacının gerçek vatandaşlığının Ürdün vatandaşlığı olduğu için belirtilen BIT'e dayanamayacağını ileri sürmüştür. ICSID hakem heyeti ise gerçek kişinin çok vatandaşlık halinde “yatırım yaptığı devletin vatandaşı olmamasını” yeterli görmüş, ayrıca “gerçek vatandaşlık” kavramını incelemeye gerek duymamıştır⁴⁷. Bu yaklaşım yerindedir ve bu şekilde çok vatandaşlık halini ele almak uygulamada bazı problemleri de çözecektir. Dolayısıyla çok vatandaşlık hali tek başına ICSID 'in yargılama yetkisinin yokluğu anlamına gelmemektedir. ICSID yargılama yetkisinin doğmasını engelleyen temel husus, yatırımcının çok vatandaşlıklarından birisinin yatırım yaptığı devlet vatandaşlığı olmasıdır. Yoksa Ürdün – Hollanda ve hatta başka ülkelerin vatandaşlıklarını da taşıyan bir yatırımcı Türkiye'ye yatırım yapacağı zaman, rıza vs. şartları da varsa, bu yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir hukuki uyumsuzluk olması halinde elbette ICSID yargılama yetkisi doğmuş kabul edilecektir.

Çok vatandaşlık hali, ICSID yargısına ilişkin hususlarda, gerçek kişinin aynı zamanda yatırım yaptığı devletin vatandaşı olması halinde yetkiyi ortadan kaldırmaktadır. Bu noktada, çifte vatandaşlığı haiz kişinin yatırım yaptığı devlette fiilen bulunmasının bir önemi yoktur. Ancak kanaatimizce, gerçek kişinin hiçbir şekilde yatırım yaptığı ülkende bulunmamış olması durumunda, bu ülkeye yaptığı yatırımın ICSID uyarınca ve varsa BIT uyarınca koruma görmemesi kabul edilmemelidir. Belirtelim ki yatırım yapılan devlet, ICSID yetkisinin doğması için bazı “yerli” *tüzel* kişileri “yabancı yatırımcı” olarak kabul edebilme özgürlüğüne sahip iken böyle bir varsayım serbestisi gerçek kişi yatırımcılar için öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yatırım yapılan devlet ile başka bir taraf devlet anlaşarak da kendi gerçek kişi vatandaşını “yabancı yatırımcı” olarak kabul edip ICSID yetkisi kapsamına alamazlar. Gerçek kişilere bu hakkın tanınmaması ve ICSID Sözleşmesi uyarınca dışlanması, ekonomik gerekçelerle ve tüzel kişiliğin niteliği ile açıklanabilir. Yatırım yapılan devletteki bir tüzel kişi, yabancı bir ana şirket tarafından kontrol edilmekte ise bu tüzel kişi “yabancı yatırımcı” sayılabilecektir. Oysaki gerçek kişi yatırımcının, sadece yatırım yaptığı devletin de vatandaşlığını taşıyor diye ICSID kapsamı dışına alınması kanaatimizce bazı hakkaniyetsiz sonuçlara yol açacaktır. Özellikle soy bağının kan esasına dayandığı hallerde, gerçek kişi ülkesine hiç uğramamış biri olarak ülkesine yatırım yaptığında, diğer vatandaşlığı taşıdığı ülke

46 ICSID Case No. ARB/07/20.

47 Bu kararın detaylı analizi için bkz. Şanlı (n 4) 535, n. 660.

açısından yabancı yatırımcı olması aşikâr olmakla beraber ICSID Sözleşmesi uyarınca bu kişi örneğin çifte vatandaş olduğu için yapacağı yatırım Sözleşme uyarınca koruma görmemektedir. Gerek ICSID uygulaması gerekse de madde 25, buna engeldir.

iii. *Tüzel Kişi Yatırımcının Tabiiyetinin Tespitinden Kaynaklanan Sorunlar*

Tüzel kişilerin tabiiyetinin nasıl belirleneceği hususu iç hukukumuzda bile birçok farklı ölçütlere tabi tutulan ve hararetle tartışılmakta olan bir husustur. İleri sürülen bu ölçütlerden bazıları şunlardır: ortakların tabiiyeti sistemi, sermayenin bulunduğu yer sistemi, kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi, kontrol sistemi, fiili idare merkezi sistemi bu sistemlerin başında gelmektedir⁴⁸. Hukuk sistemlerindeki bu farklı yaklaşım ve ölçütler, ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b uyarınca *tüzel* kişinin ne zaman “diğer bir taraf devlet vatandaşı” kabul edileceği konusunda uygulamada tereddüt ve sorunlara yol açmaktadır.

Bazı ikili yatırım anlaşmalarında tüzel kişi yatırımcılara ilişkin açık düzenlemeler ve tanımlamalar yer almaktadır. Bu tür düzenlemeler tüzel kişi yatırımcının vatandaşlığının tespiti ve yatırımın kapsamı açısından oldukça faydalı olmaktadır. Belirttiğimiz üzere ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b, *tüzel* kişilere ilişkin olarak “diğer taraf devlet vatandaşı” olma kuralının kapsamını genişletmektedir. Şöyle ki tüzel kişi yatırımcı, ev sahibi yani yatırım yaptığı devletin vatandaşı olsa bile *bazı hallerde* yine yabancı yatırımcı olabilmektedir. Eğer bu tüzel kişi, yabancıların kontrolündeyse ve bu yabancıların vatandaşı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında bu tüzel kişinin ICSID tahkimi konusunda “yabancı yatırımcı” *sayılacağı* konusunda bir anlaşma (örneğin *BIT*) varsa, bu durumda bu tüzel kişinin yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık da ICSID tahkimine götürülebilmektedir⁴⁹.

*Holiday Inns/Occidental Petroleum Corporation v The Government of Morocco*⁵⁰ davasında İsviçre ve Amerikan kökenli iki şirket, Fas ile yapılan ve dört adet otelin yapımını yine bu ülkedeki alt şirketler vasıtasıyla gerçekleştirmeyi hedefleyen 1966 tarihli bir sözleşme yapmıştır. Bu sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlık çıktığında ana şirketler, sadece kendi adlarına değil, aynı zamanda Fas’taki inşaatı üstlenen yüklenici alt şirketleri adına da ICSID merkezinde tahkim sürecini başlatmışlardır. Bu davada Fas’ın, ICSID yetki klotunda bu alt şirketlerin “yabancı” yatırımcı olarak addedileceğine ilişkin “açık” bir ifadenin olmaması sebebiyle ICSID’nin yetkisizliği itirazı kabul edilmiştir. Fakat ilerleyen yıllarda, bu “açık ifade” şartının yumuşadığını söyleyebiliriz. Örneğin *Amco-Asia et al v The Republic of Endonesia* davasında⁵¹ ICSID, madde 25/f.2-b’nin uygulanmasını tarafların “yabancı iş” konusunda anlaşmış olmaları dolayısıyla kabul etmiştir.

48 Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015) 205–218; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15. Bası, Savaş Yayınevi 2018) 229–236; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4. Bası, Beta 2014) 26; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24. Bası, Filiz Kitapevi 2018) 45–47.

49 Türkiye – Hollanda arasında bu tür bir anlaşmanın varlığı hakkında bkz. Akıncı (n 4) 280.

50 ICSID Case No. ARB/72/1.

51 23 ILM 351 (1984), Paragraf 14 (ii).

ICSID yetkisinin doğması için gerçek kişilerin vatandaşlığının en azından *tespiti* sorun olmamakla beraber, uygulamada tüzel kişinin vatandaşlığının tespiti değişen ölçütler dolayısıyla sorun yaratabilmektedir. Madde 25/f.2-b anlamında yatırım yapılan devlet vatandaşlığına sahip olmasına rağmen, yabancı kontrole tabi bir tüzel kişinin ne zaman “yabancı” sayılıp ICSID tahkimine tabi olabileceği ayrı bir sorundur. Bu nedenle öncelikle irdelenmesi gereken, tüzel kişinin vatandaşlığının nasıl tespit edileceği sorunudur. Bu noktada ulusal hukukların farklı yaklaşımlarının olması, meseleyi daha da sorunlu hale getirmektedir. Kaldı ki tüzel kişinin kendisi de vergisel birtakım avantajlardan dolayı fiilen idare edildiği yer dışında bambaşka bir ülkede kuruluşunu gerçekleştirebilmektedir. Bu hususlar önemlidir zira vatandaşlığın taraf devlet olması halinde ICSID Sözleşmesi uygulanabilecekken, başka bir üçüncü ülke olması halinde ICSID yetkisi doğmayacaktır. Benzer şekilde “yabancı” olarak kabul edilmemiş bir tüzel kişi eğer yatırımda bulunduğu ülkenin vatandaşı olarak kabul edilirse ICSID yargılama yetkisinin var olmadığına hükmedilecektir.

ICSID Sözleşmesi 25/f.2-b maddesi taraf devlet ile başka bir taraf devletin vatandaşlığında olan tüzel kişi arasındaki uyumsuzlukları kapsamakla birlikte “tüzel kişinin vatandaşlığının” nasıl tanımlanacağını belirtmemiştir. Bu nedenle tüzel kişinin vatandaşlığı belirlenirken, öncelikle taraf devlet ile yatırımcının tabi olduğu taraf ülke⁵² arasında, varsa, BIT hükümlerine bakmakta yarar vardır. Çoğu zaman BIT hükümlerinde “yabancı yatırımcının” kim olduğu veya ne zaman “yabancı yatırımcı” addedileceğine ve de hangi tüzel kişilerin devletten ayrı bir tüzel kişi olduklarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

2007 tarihli *Tokios Tokelés v. Ukraine* davasında⁵³, Litvanya mevzuatına uygun olarak kurulmuş⁵⁴ fakat paylarının %99’u Ukrayna vatandaşlarının sahip olduğu bir şirket, *Ukrayna’ya karşı* dava açmıştır. ICSID tahkim heyeti, oy çokluğu ile 1994 tarihli Litvanya –Ukrayna arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak davacı şirketi Litvanya şirketi olarak kabul etmiştir. Bu davadan anlaşıldığı üzere, tüzel kişi *hangi ülkenin mevzuatına göre kurulmuşsa*⁵⁵ o ülkenin vatandaşlığını haiz olacaktır⁵⁶. Eğer ICSID, davacının Ukrayna vatandaşı olduğuna hükmetseydi (yabancı kontrol da olmadığından), taraf devlet olan Ukrayna kendi vatandaşları tarafından ICSID Söz-

52 Belirtelim ki bu aşamada bir faraziye hareket edilmektedir zira henüz vatandaşlık net değildir. Örneğin İsviçre’de olduğu bilinen bir şirket, Türkiye’de yatırım yaptığında bu tüzel kişinin vatandaşlığı için İsviçre-Türkiye arasındaki BIT yol gösterici olabilecektir. Ancak bu BIT incelendiğinde, pekâlâ tüzel kişinin yatırımcı olarak İsviçre vatandaşlığı haiz olamayacağı sonucuna da varılabilir.

53 *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.*

54 *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, paragraf 28.*

55 Bazı BIT’lerde çok daha fazla şart aranabilmektedir:

Other treaties set a higher threshold. Article 1(1)(b) of the Indonesia–Chile BIT, for example, not only requires that the corporation be “constituted or otherwise duly organized under the law” of the home State, but also requires that its “effective economic activities” be in that State.

56 Weil, paragraf 18:

“[I]n light of the object and purpose of the [BIT], the only relevant consideration is whether the Claimant is established under the laws of Lithuania. We find that it is. Thus, the Claimant is an investor of Lithuania under Article 1(2)(b) of the BIT...”

leşmesi uyarınca dava edilemezdi⁵⁷. ICSID hakem heyeti başkanı Profesör Prosper Weil⁵⁸ bu davaya ilişkin karşı oy yazısında bu uyuşmazlığın ICSID yetki problemleri açısından oldukça yeni olduğunu ve burada yatırım yapılan devlet vatandaşlarının yabancı yatırımcı hisselerine sahip olması durumunun olduğunu⁵⁹ vurgulamıştır⁶⁰. Profesör Weil bu yazısında, ICSID tahkiminin “yatırımları teşvik” amacıyla olduğunu, yoksa taraflara yabancı bir yatırımcı tüzel kişiyi bahane göstererek “ulusal hukuktan kaçmaları” amacına hizmet edemeyeceği eleştirisinde bulunmuştur. Gerçekten de burada tüzel kişinin vatandaşlığının tespiti başka bir ilginç sorunla bizi karşı karşıya bırakmaktadır. Bir BIT mevcut olsa bile, BIT hükümleri kullanılarak ICSID’in yargılama yetkisinin belirlenmesinde sınırlar nasıl olacaktır? Madde 25’teki yetkiyi daraltan veya genişleten BIT hükümlerin geçerliliği nasıl değerlendirilecektir?

Haklı bir şekilde *Weil* tarafından ileri sürüldüğü üzere, belirtilen bu davada yetkinin belirlenmesi noktasında bir yöntem sorunu vardır. ICSID tahkim heyeti çoğunluk kararında öncelikle BIT’teki madde 1/f.2 hükmündeki yetki klozunu ele almış, sonrasında ise bu hükmün ICSID madde 25 ile olan uyumluluğunu incelemiştir⁶¹. Oysa yapılması gereken öncelikle ICSID madde 25/f.2-b anlamında şartların oluşup oluşmadığını tespit etmek sonrasında ise BIT’e bakmak olmalıdır. Vurguladığımız üzere BIT bazı noktalarda (yatırımcı ve yatırım kavramları) yetkinin kapsamı konusunda açıklayıcı ve yardımcı olabilmekte ise de ICSID yetkisinin asıl kapsamı madde 25 uyarınca belirlenmektedir. Eğer madde 25 uyarınca davacı Ukrayna vatandaşı sayılacaksa bu durumda BIT hükmü bu yetkiyi ICSID merkezine veremez ve de taraflar anlaşmak sureti ile yetkiyi genişletemezler⁶².

Gerçekten de ICSID Sözleşmesi’nde tüzel kişinin vatandaşlık kriterlerinin belirlenmiş olması, yetkinin varlığı açısından hayati öneme sahip bu meselenin taraf iradesine ve

57 Opening Statement of Tokios Tokelés, p.5:

We can agree with the Respondent that the ICSID Convention prohibits a host State from being sued by its own nationals with the single exception of the circumstances foreseen by the second clause of Article 25(2)(b).

58 Sonradan heyet başkanlığından istifa etmiştir,

Paragraph 25: Professor Weil recorded his dissent from this conclusion in an opinion attached to the Decision on Jurisdiction. Conceiving that it would be inappropriate in the circumstances for him to play a further part in the arbitration, Professor Weil notified the Centre of his resignation as arbitrator and President of the Tribunal.

59 Yabancı kontrol mekanizması burada tersine dönmekte, yatırım yapılan devletin vatandaşlar yatırım yapan tüzel kişiyi kontrol etmektedir.

60 Paragraph 10: “It is, I think, the first time that an ICSID tribunal has to address the specific problem of a dispute opposing to State A (Ukraine) a corporation which has the nationality of State B (Lithuania) but which is controlled by citizens of State A (Ukraine).

Karşılıy yazısı <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf> (19.08.2018).

61 Paragraph 14 (Weil): “And this is what it does: it begins with the “Definition of ‘investor’ in Article 1(2) of the BIT”, and then in a second stage it turns to the “Consistency of Article 1(2) of the BIT with the ICSID Convention”.

62 “It refers to that effect to Broches’ well-known phrase that the Convention determines the “outer limits”17 of the jurisdiction of the ICSID and its tribunals. In other words, it is within the limits determined by the basic ICSID Convention that the BITs may determine the jurisdiction and powers of the ICSID tribunal, and it is not for the Contracting Parties in their BIT to extend the jurisdiction of the ICSID tribunal beyond the limits determined by the basic ICSID Convention. From this it follows that, while the Contracting Parties to the BIT are free to confer to the ICSID tribunal a jurisdiction narrower than that provided for by the Convention, it is not for them to extend the jurisdiction of the ICSID tribunal beyond its determination in the Convention.”

yorumuna bırakıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu husus aslında diğer bir tartışma olan taraflar tüzel kişinin vatandaşlığını ICSID uygulaması açısından anlaşma ile belirleyebilirler mi sorusunun da cevabıdır. *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v The Republic of Guinea* davasında⁶³, MINE bir Lichtenstein şirketi olmasına rağmen, ICSID tahkim şartında taraflar yatırımcının “İsviçreli” sayılacağı konusunda anlaşmışlardır⁶⁴. Dikkat edilirse burada yatırım yapılan devlet vatandaşı olup da yabancı kontrole tabi bir şirket yoktur. Burada üçüncü bir devletin vatandaşı olan şirketin doğrudan taraflarca anlaşmak suretiyle bir taraf devlet vatandaşlığının kazandırılması durumu vardır⁶⁵. Kesin kararı veren ICSID heyeti, kendisini yetkili görmüştür. Gerekçe ise, tüzel kişi vatandaşlığına dair kriterlere bir yenisini ekleyecek türdendir: ICSID hakem heyetine göre kontrolü elinde tutan pay sahibinin İsviçre vatandaşı olması tüzel kişinin vatandaşlığını olumlu yanıtlamak için yeterlidir. Bu husus günümüzde kabulü zor bir kriterdir çünkü yukarıda da vurgulandığı üzere %99 hisse oranının Ukraynalı kişilerin elinde olduğu bir şirket dahi Ukrayna vatandaşlığında değil Litvanya vatandaşı kabul edilmiştir.

Gerçek kişilerin vatandaşlığının, ICSID bağlamında da yine bu kişinin milli hukuku uyarınca tespit edileceği vurgulanmaktadır⁶⁶. Burada dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, madde 25/f.2-b hükmü uyarınca ICSID açısından “yabancı sayılma” imkânı sadece tüzel kişiler için öngörülmüştür, dolayısıyla bir BIT hükmü ile de bu imkân gerçek kişilere tanınmaz⁶⁷. Kontrol edenin vatandaşlığı da önemli değildir. Madde hükmü sadece “yabancı kontrol” demektir, yoksa kontrol eden şirketin de taraf devlet vatandaşlığına sahip olmasını ayrıca şart koşmamaktadır. Bir görüş güncel bazı kararlara dayanarak, uluslararası hukukun gerek gerçek gerek tüzel kişi vatandaşlığı için yine ulusal hukuka yönlendirme yaptığını savunmaktadır⁶⁸. Gerçekten de Türk hukukunda tüzel kişiler açısından “yabancılık”, statüsündeki idare merkezine göre belirlenmektedir⁶⁹. Dolayısıyla statüsündeki idare merkezi yabancı bir ülkede bulunan tüzel kişiler yabancı sayılmaktayken; idare merkezi Türkiye’de olan tüzel kişiler, *yabancı kontrol* istisnası dışında, Türk sayılacaklardır.

Sonuç olarak ICSID Sözleşmesi madde 25 kapsamında tüzel kişinin vatandaşlığına dair sorunların çözümünde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. “Hangi hukuka göre”

63 ICSID Case ARB/84/4.

64 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, s. 97-98:

“The fact that Liechtenstein is not a Contracting State, i.e., a party to the Convention, raised an issue as to the jurisdiction of the Centre which is limited to disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States. That issue appears to have been resolved at the outset in favour of jurisdiction based on the Swiss nationality of MINE’S controlling share holder. The Award does not mention the issue and Guinea has not commented on it in its application for annulment.”

65 Lew (n 7) 30.

66 Astorga (n 25) 440. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından bir gerçek kişinin vatandaşlığı, Türk Vatandaşlık Kanunu uyarınca belirlenir.

67 ibid 441.

68 Robert Wisner and Nick Gallus, ‘Nationality Requirements in Investor–State Arbitration’ (2004) 5 *Journal of World Investment & Trade* 927, 928.

69 Şanlı (n 4) 416.;Giray (n 4) 25–26;Güngör (n 48) 217.

tüzel kişi kurulmuşsa onu bu ülkenin vatandaşı saymak her zaman gerçekçi ve hak-kaniyetli sonuçlar vermemektedir. Bu nedenle, örneğin sermaye akışı ve kaynağının da vatandaşlığı belirlemede rol oynaması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁰. Vurgulayalım ki, BIT hükümleri ICSID Sözleşmesi sınırları dâhiline yorumlanmalıdır yoksa ICSID hü-kümleri BIT hükümleri dikkate alınarak amaçlarına aykırı şekilde yorumlanamazlar.

b. Hukuki Uyuşmazlığın Bir Yatırımdan Doğrudan Kaynaklanmış Olması

i. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1’de “*yatırımdan kaynaklanan*” ifadesi bulunmakla beraber, yatırım kavramı Sözleşmede tanımlanmamıştır. Birçok ikili yatırım anlaşmalarında ise yatırım ile yatırımcı kavramları tanımlanmaktadır. Tanımı olmamakla beraber, öğretide doğrudan “yatırım” kavramına ilişkin uyuşmazlıkların “ilginç şekilde” oldukça az sayıda oldukları vurgulanmaktadır⁷¹. Tarihsel açıdan önceden ev sahibi ülke vatandaşlarıyla aynı korumalardan yararlanması öngörülen yatırımcının, zamanla çeşitli ve özellikli korumalardan yararlandırıldığı da haklı olarak vurgulanmaktadır⁷².

Yatırımla bağlantılı olarak, gerçek veya tüzel kişilerin *yatırımcı* kimliği ön plana çıkmaktadır. ICSID’in yargılama yetkisinin doğması açısından ayrıca *yatırımcı* kavramını irdelemeyeceğiz. Esasında ICSID Sözleşmesi hükümleri anlamında “*yatırımda bulunan kişi*” yatırımcı olarak kabul edileceği için *yatırım* kavramı üzerine yoğunlaşmak dolaylı olarak *yatırımcı* kavramına da açıklık getirecektir. Yatırımcıdan kaynaklanan sorunları ise bir üst başlıkta ele aldığımızdan dolayı, burada yatırım şartının kapsamının belirlenmesinden kaynaklanan sorunları ele alacağız.

ii. Yatırım Şartının Kapsamından ve Uyuşmazlığın Niteliğinden Kaynaklanan Sorunlar

Yatırım kavramının tanımına, ICSID Sözleşmesi’nde rastlanılmamaktadır. Doktrinde bir görüş bu “bilinçli” tanımlama eksikliğinin bir yönüyle iyi olduğunu ve böylece ICSID tahkiminin hem *genel* yatırım hem de *yeni yatırım türlerini* de esnek bir biçimde kapsayabileceğini ileri sürmüştür⁷³.

Gerçekten de sadece proje finansmanı değil, aynı zamanda hizmet sektörü ile teknoloji gibi pek çok alanda da *yatırım* uyuşmazlığı doğabilmektedir. Ancak doktrinde, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında “*kalıcı* bir ekonomik bağ kuramayan” ilişki-

70 “Contrary to what the Decision maintains, when it comes to ascertaining the international character of an investment, the origin of the capital is relevant, and even decisive.”

71 Lew (n 7) 26.

72 Melis Avcı, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 95, 98–108.

73 Lew (n 7) 26–27.

rin yatırım olarak nitelendirilemeyeceği vurgulanmıştır⁷⁴. Örneğin normalde devasa projelerde yer alan bir yabancı “yatırımcı”; eser sözleşmesi kapsamında Türkiye’de bir seferliğine otel inşa etse bu, Türkiye açısından bir yatırım sayılmayacaktır. Aksine yorum, tüm döviz kazandıran “yatırım” görünümlü projelerini ICSID yetkisinin bir şartı anlamında *yatırım* olarak kabul etmemize sebep olur ki bu da hükmün amacı ile bağdaşmayacaktır.

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*⁷⁵ davasında yatırımın bazı temel unsurları belirlenmiş ve unsurlar da sonradan “Salini Kriterleri” olarak anılmıştır. Bu kriterlere göre yatırım mutlaka 1) Bir parasal harcama veya katılım içermeli 2) Yatırım belirli bir süre yatırım yapılan devlette kalmalı yani geçici olmamalı 3) Yatırımcı açısından bir risk söz konusu olmalı ve 4) son olarak da yatırım, yatırım yapılan devlete “ekonomik bir katkı” sağlamalıdır. Yukarıda vurguladığımız üzere Türkiye, taraf olurken bildirdiği Deklarasyon’da, aynı zamanda yatırımın kendi yabancı yatırım mevzuatına uygun olarak yapılmasını da şart olarak aradığı için bu şartların iyi niyetle ve mevzuata uygun bir halde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Son olarak belirtelim ki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın *hukuki* karakterli olması yani *cezai* olmaması gerekir. Öğretide ICSID uygulamalarında dava konusu yapılan uyuşmazlığın salt akdi (*contractual*) olması halinde ICSID hakemlerinin yetkisizlik kararı verdikleri vurgulanmıştır⁷⁶. Ayrıca hükmün açık ifadesi gereği bu hukuki uyuşmazlığın, bir yatırımdan *doğrudan* kaynaklanmış olması gerekir. Hükmün bu şekildeki “*doğrudan*” ifadesini, “uygun illiyet bağı” olarak yorumlamak gerekmektedir. Örneğin Türkiye’nin aniden artırdığı vergilerden dolayı zarara uğrayan yabancı yatırımcı bu zararını isteyebileceksen, örneğin aynı vergisel nedenlerle Türkiye’deki yatırımın gecikmesi nedeniyle yatırımcının İran’da zamanında başlamadığı sonraki projesi dolayısıyla uğradığı zararları Türkiye’ye tazmin ettirmesi daha zordur. Bu şartların varlığı her somut olayda hassasiyetle hakemler tarafından değerlendirilerek yetki kararı verilmelidir.

c. ICSID Ek Mekanizma Kuralları’ndan (*Additional Facility Rules*) Kaynaklanan Sorunlar

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1, ICSID yetkisinin kapsamı ve sınırlarını belirlerken yukarıda incelediğimiz şartları düzenlemiştir. ICSID Ek Mekanizması ise, madde 25/f.1 kapsamına girmeyen bazı uyuşmazlıklarda tarafların ICSID bünyesinde tahkim, uzlaşma ve araştırma yapılmasını istemelerini sağlayan 27 Eylül 1978 tarihinde

74 Akıncı (n 4) 280–281.

75 ICSID Case No. ARB/00/4.

76 Şanlı (n 4) 537, fn.663.

kurulmuş bir yapıdır⁷⁷. ICSID Ek Mekanizması kurallarına atıfta bulunmak suretiyle taraflar iki temel halde bu ek mekanizmadan yararlanabilmektedirler. İlk ihtimalde, eğer taraflardan biri ICSID Sözleşmesi'ne *taraf olmayan* devletse veya yatırımcı bir *taraf* devlet vatandaşı değilse ve de uyuşmazlık bir *yatırımdan* kaynaklanıyorsa bu durumda Ek Mekanizma Kuralları sayesinde ICSID yetkili olmaktadır. İkinci ihtimalde ise, madde 25/f.1 yatırımdan kaynaklanan “doğrudan” uyuşmazlıkları el aldığından Ek Mekanizma sayesinde ICSID, *yatırımdan doğrudan kaynaklanmayan* ve fakat taraflardan en az biri akit devlet *veya* akit devlet vatandaşı yatırımcı olan uyuşmazlıklarda da yetkili hale gelmektedir. Bu uyuşmazlıklarda yetkili olan Ek Mekanizma kurumudur yani Merkez değildir. Ancak burada vurgulanması gereken şudur: Her ne kadar ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1 şartları oluşmadığından ICSID tahkim vs. şartları oluşmamış olsa da, ICSID oluşturduğu ek bir birim vasıtasıyla yetkisini oldukça genişletmektedir. Peki, bu yetki açısından bir sorun mudur? Diğer bir ifade ile ICSID merkezinin sonradan bir Ek Mekanizma kurarak dolaylı şekilde yetkisini oldukça genişletmesi gerçeği nasıl karşılanmalıdır?

Tarafların tahkim iradelerini, bir kurum olan ICSID merkezinden yana kullanmaları ve Ek Mekanizma tahkimini öngörmeleri ICSID Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmez. Fakat burada önemli bir problemin de tartışılması gerekir: ICSID Ek Mekanizma tarafından verilecek olan kararlar, iptale konu olmaksızın doğrudan tenfize konu olacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek güçtür zira ICSID EK Mekanizma Kuralları'na dayanılarak verilen kararlar, ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1 kapsamı dışında olup dolayısıyla da ICSID Sözleşmesi kapsamı dışındadır. Nitekim Ek Mekanizma Kuralları'nda da açıkça, ICSID Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün bu kapsamda yürütülecek yargılamalara uygulanmayacağı da vurgulanmıştır⁷⁸. Bu vurgu ve ayırım önemlidir çünkü ICSID Sözleşmesi madde 54/f.1 uyarınca bu kapsamdaki bir hakem kararı; sadece taraf yatırımcı ile yatırım yapılan devleti değil aynı zamanda, tüm taraf devletleri de sanki kendi mahkemelerince verilen bir kesin kararımış gibi bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle ICSID Ek Mekanizması Kuralları sistemi, taraf olmayan devlet ve/veya taraf olmayan bir devlet vatandaşı yabancı yatırımcı

77 The ICSID Additional Facility Rules: The ICSID Additional Facility Rules **define** the scope of the Facility. Disputes between a State and a national of another State are eligible for arbitration under the Facility if:

*they are investment disputes between parties, one of which is not an ICSID Member State or a national of an ICSID Member State; or

*they do not directly arise out of an investment between parties, at least one of which is an ICSID Member State or a national of an ICSID Member State.

Because such disputes are not covered by the ICSID Convention (see Article 25(1) of the ICSID Convention), none of the provisions of the ICSID Convention is applicable to Additional Facility proceedings (Article 3 of the Additional Facility Rules).

An agreement to arbitrate under the Additional Facility Rules is subject to approval by the Secretary-General under the Additional Facility Rules (Article 3) before proceedings can commence.

78 Article 3

Convention Not Applicable

“ Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein.”

rımcı arasındaki ilişkileri ele aldığından dolayı, *taraf* devlet ile *taraf* devlet vatandaşı yatırımcı arasındaki uyumsuzluklara tanınan bu özellikli imkândan yararlanamaz. Bu nedenle ICSID Ek Mekanizma Kuralları'na göre verilen kararların, bu ayrıcalıklı hükümden yararlanamayacağı açıktır. Yatırımcı, ICSID Ek Mekanizması Kuralları vasıtasıyla lehine elde ettiği bir kararı, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan diğer devletlerde öncelikle tanıma ve tenfize konu etmek zorunda kalacaktır.

ICSID Ek Mekanizma Kuralları uygulanmak suretiyle gerçekleştirilecek tüm tahkimlerde, tahkimin yerinin New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olması şartı ile tahkim yeri de sınırlandırılmıştır. Bu vurgu, aynı zamanda ICSID Ek Mekanizma Kurallarıyla elde edilen tahkim kararlarının doğrudan tanıma ve icraya konulma ayrıcalığının olmamasının da bir sonucudur. New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olma zorunluluğu, yerel hukuklara nazaran genellikle daha kolay ve öngörülebilir tanıma-tenfiz şartlarının olmasını da beraberinde getirmektedir. ICSID Ek Mekanizma Kurallarına göre verilen hakem kararları böylece, ICSID hakem kararlarının aksine, doğrudan taraf devletçe icraya konu olamamakta ancak öngörülebilir tahkim yeri zorunluluğundan dolayı tahkim lehine kuralları olan bir hukuk sistemine de yönlendirilmektedir.

Sonuç

ICSID tahkimi yaklaşık yarım yüzyıl kadar gerek devletler gerekse de yatırımcılar tarafından aktif bir şekilde kullanılmakta olan bir tahkim yolu olmakla beraber, uygulamada ICSID yetkisinden kaynaklı sorunlara hala rastlanılmakta ve bu sorunlar doktrinde tartışmalara yol açmaktadır. Bu makalemizde, ICSID tahkiminde yetkiden kaynaklanan *başlıca* sorunlara değindik. Sadece yetki ile alakalı bütün sorunları tartışmak bile, çalışmamızın kapsamını oldukça genişleteceği endişesi ile uygulamada en çok rastlanan bazı sorunları ICSID yetkisi kapsamında ele aldık.

Bu sorunlardan bazıları güncel olmakla beraber, bazı sorunların ICSID'in ilk yıllarından beri tartışıldığını da söylemek mümkündür. Bu çalışmamızda, gerçek kişi yatırımcının birden fazla vatandaşlığa sahip olması ile tüzel kişi yatırımcının vatandaşlığının nasıl tespit edileceği sorunu üzerinde durduk. Ayrıca, rızanın verilip verilmediğine ilişkin bazı halleri ve uygulamada karşılaşılan problemleri ele aldık. Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin açtığı veya yatırımdan doğrudan kaynaklanmayan bazı davalarda Ek Mekanizma Kuralları'na göre verilen kararlara ilişkin bazı tartışmalara değindik.

ICSID yetkisinin bir somut uyumsuzlukta varlığı veya yokluğu, uyumsuzluğun ICSID tarafından karara bağlanabilmesi için ana şart olduğundan bu tür tartışmalı yetki durumlarında tarafların menfaatleri ile devletin egemenlik haklarının zedelenmemesi prensipleri de nazara alınarak hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak gerekir. Sonuç olarak, ICSID yetkisinden kaynaklanan sorunlar güncel gelişmelere bağlı olarak değişikliğe uğramakta ise de uygulamada tartışmalar bitmeyecek görünmektedir.

Kaynakça/References

- Akıncı Z, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 277
- Astorga RR, ‘Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence’ (2007) 11 Max Planck Yearbook of United Nations Law 417
- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ 31 Public and Private International Law Bulletin 91
- Avşar M, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 95
- Born G, *International Arbitration – Cases and Materials* (Wolters Kluwer 2011)
- Çal S, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009)
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15. Bası, Savaş Yayınevi 2018)
- Egemen Demir I, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitapevi 2014)
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK m. 407-444)* (Beta 2013)
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4. Bası, Beta 2014)
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013)
- Essien V, ‘Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law’ (1995) 19 Fordham International Law Journal 823
- Gaillard E, ‘The Denunciation of the ICSID Convention’ (2007) 237 (122) New York Law Journal
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013)
- Gölcüklü İ, ‘Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 352
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015)
- ‘History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Memorandum of the Meeting of the Whole’ (1965) Vol. II ICSID Publications
- Lew JDM, *Contemporary Problems in International Arbitration* (Centre for Commercial Law Studies, The Eastern Press Ltd 1986)
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24. Bası, Filiz Kitapevi 2018)
- Özdamar M, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) XVII Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016)
- Schreuer C, ‘Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration’ in Claire Balchin Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung (ed), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010)
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003)
- Wisner R and Gallus N, ‘Nationality Requirements in Investor–State Arbitration’ (2004) 5 Journal of World Investment & Trade 927

