

İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARINDAKİ EN ZİYADE
MÜSAADEYE MAZHAR MİLLET KAYDINA İSTİNADEN ICSID'E
BAŞVURU İMKÂNI

Yasemin AYDOĞMUŞ*

Günümüzde iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında sıkça rastlanan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı, genellikle ticaret, ikamet ve konsolosluk ile ilgili sözleşmelerde yer alır.¹ Söz konusu “*kayıt lehine böyle bir hak tanınmış olan devlet vatandaşlarının hakkı tanıyan devletlerin ülkesinde başka bir devlet lehinde o konuda tanınmış ve tanınacak olan hakların ayırında yararlanmak hakkı*” vererek yabancılara belirli haklardan yararlanmada eşitlik sağlamıştır.²

Günümüzde ticaret hayatının gelişimi ile doğru orantılı olarak kullanımı yaygınlaşan bu kayıt, 1960 yılında imzalanan Paris Sözleşmesine dayanılarak kurulan Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından da “*yatırım anlaşmaları uyarınca en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi sağlanması genellikle, belirli bir konu ile ilgili olarak, diğer tarafın anlaşmaya taraf yatırımcıya veya yatırımlarına herhangi üçüncü bir ülke mensubu yatırımcı veya yatırımlarına sağlanan haklardan daha az tercih edilebilir şekilde davranmaması*”³ olarak tanımlanmıştır.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

1 Aysel ÇELİKEL / Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, 2007, 62; Melda SUR, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. Baskı, İstanbul, 2008, 58.

2 ÇELİKEL / ÖZTEKİN GELGEL (dn. 1), 62.

3 OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs: “*Most-Favoured-Nation Treatment In International Law*”, Working Papers on International Investment, Working Paper No.2004/2, September 2004, 2 (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>, 20.03.2009, “To provide MFN treatment under investment ag-

I. En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Anlamı Kapsamı

Uluslararası anlaşmaların üçüncü kişilere etkisi başlığı altında ele alınan “*en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı, bir anlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da yurttaşlarına tanıdıkları ya da tanıyacakları en iyi muameleyi, birbirlerine ya da yurttaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür.*”⁴

Özetle, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı, bir anlaşmaya taraf olan ülkelerin birbirlerine kendi topraklarında anlaşmaya taraf olmayan diğer ülke vatandaşlarına sağlayacakları en iyi muameleyi göstereceklerini taahhüt eden bir kayıttır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; A ülkesi ile B ülkesi arasında akdedilmiş olan bir iki taraflı yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasında en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı bulunması halinde, A ülkesinde yatırım yapan B ülkesi vatandaşı, yine A ülkesinde yatırım yapan C ülkesi vatandaşından daha az avantajlı bir muamele ile karşılaşmamalıdır. Şöyle ki, eğer, A ülkesi ile C ülkesi arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasında yatırımcılar açısından daha avantajlı bir uygulama var ise, B ülkesi vatandaşı yatırımcıların da bu uygulamadan faydalanması gerekmektedir.

Kaydın tanımından da anlaşıldığı üzere, kayıt devlet tarafından yapılacak muamelenin esasını değil, yalnızca ev sahibi ülke vatandaşları ve sözleşmeye taraf olmayan diğer ülkelerin vatandaşları ile kayıttan faydalanacak olan vatandaşlar arasında ayırım yapılmamasını konu alır.⁵

En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı birçok uluslararası sözleşmede yer almakla birlikte, her birinde aynı anlam ve kapsamda kullanılmamaktadır. Uluslararası anlaşmaların hazırlanması ve akdedilmesi sırasında taraf ülkeler her bir maddeyi tek tek ele alarak mü-

reements is generally understood to mean that an investor from a third party to an agreement, or its investments, would be treated by the other party “no less favourably” with respect to a given subject-matter than an investor from any third country, or its investments.”

⁴ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 7. Bası, Ankara, 2008, 88.

⁵ Sevin TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, 5. Bası, İstanbul, 1996, 357.

zakere ettiği ve çıkarları doğrultusunda belirli bir metin üzerinde anlaştıkları için, söz konusu kayıt da her bir anlaşmaya göre farklılık gösterebilir. Kaydın çeşitli sözleşmelerde gösterdiği en büyük farklılık, belirli bir koşula bağlanıp bağlanmamış olması ya da belirli bir konu ile sınırlı olup olmamasıdır. Söz konusu kayıt, bulunduğu anlaşmanın tarafı olan ülkelerin genel uygulamaları uyarınca şekillenmektedir. Dolayısıyla, kimi zaman sözleşmenin genelini kapsayan geniş bir çerçeveye, kimi zaman ise belirli bir konu ile sınırlı dar bir çerçeveye sahiptir.⁶

Ayrıca, kaydın uygulaması ile ilgili olarak devletler kimi zaman çince koyabilir veya karşılıklılık esası arayabilir.⁷ Dolayısıyla, söz konusu kaydın kapsamı konulacak çekinceler ve getirilecek sınırlamalar ile de belirlenmektedir.⁸ En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili olarak iki taraflı yatırım anlaşmalarında sıkça rastlanan sınırlamalar uyuşmazlıkların çözümü, çifte vergilendirme ile ilgili olarak akdedilen özel anlaşmalar ile sağlanan imtiyazlar ve ekonomik örgütlere sağlanan kolaylıklar ile ilgilidir.

II. En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Tarihsel Gelişimi

En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının geçmişi 17. yüzyıla dayanmaktadır.⁹ Kayıt ilk olarak kullanılmaya başlandığı zamanlarda, iki taraflı ticaret anlaşmasına taraf olan yatırımcılara anlaşmaya taraf olmayan diğer ülke vatandaşı yatırımcılardan özellikle ekonomik konularda daha az elverişli muamele tanınmamasını sağlıyordu.¹⁰ Bu dönemde ülkelerin akdettikleri anlaşmalara en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydını koymalarının asıl amacı, kendi vatandaşları

⁶ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs (dn.3), 5.

⁷ Çelikel/Öztekin GELGEL (dn. 1) 64.

⁸ Çelikel/ Öztekin GELGEL (dn.1), 64, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs (dn. 3), 3-5.

⁹ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs (dn.), s 3, United Nations General Assembly, International Law Commission, "Most-Favoured-Nation Clause Report of Working Group", 20 July 2007, s. 3 (Çevrimiçi) http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1719.pdf, 02.07.2009.

¹⁰ United Nations General Assembly, International Law Commission (dn. 9), 4

olan yatırımcıların yatırım yaptıkları yabancı ülkelerde esasen ekonomik ayrımcılıklara maruz kalmalarını önlemektir.¹¹

19. ve 20. yüzyıllarda akdedilen anlaşmalar incelendiğinde dikkat çeken husus ise, bu anlaşmalarda yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kayıtlarının çeşitli şartlara bağlanmış olduğu hallerdir. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı çeşitli sınırlamalar ve çekinceler ile daraltılabilir ve kaydın kapsamı belirli şartlara bağlanabilir.¹² Ancak, günümüzde gelişen ekonomik dengeler doğrultusunda çeşitli koşullara bağlı en ziyade müsaadeye mazhar millet kayıtları yerine herhangi bir koşula bağlanmamış kayıtlara daha sık rastlanmaktadır. Koşulsuz en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ortaya çıktığı en önemli yerlerden biri General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)'dir.¹³ Daha sonra GATT'ın yerine Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nün kurulması ile de uluslararası ticaret bakımından en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına bakış değişmiştir; kayıt koşulsuz olarak "diğerlerine eşit davranmak"¹⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili olarak belirtilen tüm bu hususların haricinde kayıt ile ilgili olarak yapılan en kapsamlı çalışma 1978 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından hazırlanmış olan, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kodifikasyonuna yönelik taslak ve hazırlanan taslak maddeler ile ilgili olarak düşülen şerhlerden oluşmaktadır.

Söz konusu çalışmanın 5. maddesinde "En ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi hakkı sağlayan devletin haktan faydalanan devlet, kişiler ve saire sağlanacak hakların aynı ülke tarafından üçüncü bir devlet, kişi ve saire sağlanacak haklardan daha az elverişli olmaması ile sağlanmaktadır"¹⁵ şeklinde belirtilen muamele, söz konusu çalış-

¹¹ United Nations General Assembly, International Law Commission (dn. 9), 4.

¹² United Nations General Assembly, International Law Commission (dn.9), 5, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (dn.3), 3.

¹³ SUR (dn.1), 58, N. GALLUS, "Plama v. Bulgaria and the scope of investment treaty MFN clauses", Transnational Dispute Management, Vol. 2 – Issue 3, June 2005, 18.

¹⁴ "Principles of Trading System" (Çevrimiçi) http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm, 20.03.2009

¹⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, "Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses With Commentaries", Art. 5, (Çevrimiçi) <http://untre->

manın ilerleyen maddelerinde de görüldüğü üzere, yalnızca en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ilintili olduğu konuya ilişkindir.¹⁶

Dolayısıyla, buradan da anlaşılacağı üzere uluslararası anlaşmaların birçoğunda yer alan söz konusu kaydın uygulama alanı, kaydın ilgili olduğu konu ile sınırlıdır. Burada kaydın uygulama alanı ile ilgili olan diğer bir prensip ise *ejusdem generis* prensibidir. Latince “aynı mahiyetten” anlamına gelen bu prensip, kaydın yalnızca bulunduğu maddenin konusu ile ilgili olan haklara ilişkin olması anlamına gelmektedir.¹⁷ Bu durum UHK tarafından hazırlanan çalışmanın 9. ve 10. maddelerinde de açıkça belirtilmiştir.¹⁸

Ancak, her ne kadar UHK tarafından yapılan bu çalışma kaydın kapsamı ve uygulama alanına açıklık getirirse de, beraberinde çeşitli tartışma ve endişeleri de getirmiştir.¹⁹ Bu sebeple yapılan çalışma konvansiyon haline getirilememiş; kayıt ile ilgili olarak başvurulabilecek yardımcı bir kaynak olarak kalmıştır.

1978 yılında yapılan bu çalışmadan sonra en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yer aldığı anlaşmalar ve bu anlaşmaların uygulama alanı bulduğu ekonomik ilişkileri değişiklikler göstermişlerdir.

aty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf, 20.03.2009, “Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.”

¹⁶ Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II (dn.15), Art. 9.

¹⁷ Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II (dn. 15), 21.

¹⁸ Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II (dn.15), Art. 9 “1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires the rights under paragraph 1 only in respect of persons or things which are specified in the clause or implied from its subject-matter.” Art. 10 “ 1. Under a most favoured-nation clause the beneficiary State acquires the right to most-favoured-nation treatment only if the granting State extends to a third State treatment within the limits of the subject-matter of the clause.

2. The beneficiary State acquires rights under paragraph 1 in respect of persons or things in a determined relationship with it only if they: (a) belong to the same category of persons or things as those in a determined relationship with a third State which benefit from the treatment extended to them by the granting State and (b) have the same relationship with the beneficiary State as the persons and things referred to in subparagraph (a) have with that third State.”

¹⁹ United Nations General Assembly, International Law Commission (dn.9), 7.

Örneğin, günümüzde bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları yerini çok taraflı yatırım anlaşmalarına bırakmıştır. Ekonomik ve ticari bölgesel örgütlenmelerin sayısı artmıştır ve yabancı yatırımların artması ile uyumsuzlukların çözümü konusunun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına girip girmediği konusu tartışılmaya başlanmıştır. Bu sebepler ile kaydın farklı şekillerde yorumlanması sorunu ortaya çıkmıştır.

Tüm bu şartlar altında, 2007 yılında UHK en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili olarak yeniden çalışmaya başlanması gerektiğine karar vermiştir. Böylelikle, UHK yeniden en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına ilişkin taslak maddeler hazırlayacak ve kaydın yorumlanmasına ilişkin önerilerde bulunacak ya da farklı şekillerde ifade edilmiş en ziyade müsaadeye mazhar millet kayıtları oluşturarak bu kayıtların nasıl yorumlanacağını belirtecek ve bu şekilde devletlere yardımcı olacaktır.²⁰ UHK'nun hazırlayacağı taslak kayıt ve kaydı yorumlamaya yönelik çalışma uluslararası hukukta en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili olarak meydana gelen sorunların sona ermesi açısından son derece faydalı olacaktır.

III. Türk Hukuk Sistemi ve Uluslararası Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydı

A- Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kayıtlarının İncelenmesi

Günümüzde, Türkiye'nin taraf olduğu 62 tane iki taraflı yatırım anlaşması mevcuttur.²¹ Bunlar içerik açısından birbirine oldukça benze-

²⁰ United Nations General Assembly, International Law Commission (dn.9), 14-15.

²¹ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, İstanbul, 2007, 427 – 787.

- Türkiye – Afganistan (RG: 01.04.2005 – 25773)
- Türkiye – Amerika Birleşik Devletleri (RG: 13.08.1989 – 20251)
- Türkiye – Arjantin (RG: 30.03.1995 – 22243)
- Türkiye – Arnavutluk (RG: 27.06.1996 – 22679)
- Türkiye – Avusturya (RG: 10.02.1991 – 20782)
- Türkiye – Azerbaycan (RG: 26.05.1997 – 23000)
- Türkiye – Bangladeş (RG: 13.03.1989 – 20281)
- Türkiye – Belarus (RG: 12.01.1997 – 22875)
- Türkiye – Belçika/Lüksemburg (RG: 08.10.1989 – 20306)

-
- Türkiye – Bosna/Hersek (RG: 06.02.2000 – 23956)
 - Türkiye – Bulgaristan (RG: 04.05.1997 – 22979)
 - Türkiye – İngiltere/Kuzey İrlanda (RG: 09.05.1996 – 22631)
 - Türkiye – Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti (RG: 13.06.1997 – 23018 (1. Mükerrer))
 - Türkiye – Çin Halk Cumhuriyeti (RG: 01.05.1994 – 21921)
 - Türkiye – Danimarka (RG: 27.05.1992 – 21240)
 - Türkiye – Endonezya (RG: 03.03.1998 – 23275)
 - Türkiye – Estonya (RG: 02.02.1999 – 23599)
 - Türkiye – Fas (RG: 04.05.2004 – 25452)
 - Türkiye – Etiyopya (RG: 08.03.2005 – 25749)
 - Türkiye – Filipinler (RG: 22.07.2005 – 25883)
 - Türkiye – Finlandiya (RG: 26.01.2006 – 26061)
 - Türkiye – Güney Afrika Cumhuriyeti (RG: 01.04.2005 – 25773)
 - Türkiye – Gürcistan (RG: 04.06.1995 – 22303)
 - Türkiye – Hırvatistan (RG: 11.04.1998 – 23275)
 - Türkiye – Hindistan (RG: 17.09.2003 – 25232)
 - Türkiye – Hollanda (RG: 08.09.1989 – 20276)
 - Türkiye – İran (RG: 25.02.2005 – 25738)
 - Türkiye – İspanya (RG: 01.12.1997 – 23187)
 - Türkiye – İsviçre (RG: 06.10.1989 – 20304)
 - Türkiye – İtalya (RG: 02.03.2004 – 25390)
 - Türkiye – Japonya (RG: 16.01.1993 – 21467)
 - Türkiye – Kazakistan (RG: 11.02.1995 – 22199)
 - Türkiye – Kırgızistan (RG: 12.02.1995 – 22200)
 - Türkiye – Kore (02.05.1994 – 21922)
 - Türkiye – Kuveyt (RG: 05.07.1991 – 20920)
 - Türkiye – Küba (RG: 15.09.1999 – 23817)
 - Türkiye – Letonya (RG: 02.02.1999 – 23599)
 - Türkiye – Litvanya (RG: 05.07.1997 – 23040)
 - Türkiye – Lübnan (RG: 28.12.2005 – 26037)
 - Türkiye – Macaristan (RG: 22.02.1995 – 22210)
 - Türkiye – Makedonya (RG: 07.07.1997 – 23042)
 - Türkiye – Malezya (RG: 10.05.2000 – 24045 (Mükerrer))
 - Türkiye – Malta (RG: 08.07.2004 – 25516)
 - Türkiye – Mısır (RG: 26.07.2003 – 24827)
 - Türkiye – Moğolistan (RG: 10.07.1999 – 23751)
 - Türkiye – Moldova (RG: 12.01.1997 – 22875)
 - Türkiye – Özbekistan (RG: 12.02.1995 – 22200)
 - Türkiye – Pakistan (RG: 12.02.1997 – 22903)
 - Türkiye – Portekiz (RG: 19.12.2003 – 25321)
 - Türkiye – Romanya (RG: 16.07.1994 – 21992)
 - Türkiye – Rusya (RG: 11.11.1999 – 23873)
 - Türkiye – Slovak Cumhuriyeti (RG: 18.12.2003 – 25320)
 - Türkiye – Suriye (RG: 28.12.2005 – 26037)
 - Türkiye – Şili (RG: 03.01.2004 – 25335)
 - Türkiye – Tacikistan (RG: 12.09.1997 – 23108)
 - Türkiye – Tunus (RG: 03.01.2003 – 24982)
 - Türkiye – Türkmenistan (RG: 15.01.1995 – 22172)
 - Türkiye – Ukrayna (RG: 17.04.1998 – 23275)
 - Türkiye – Yemen (RG: 18.12.2003 – 25320)
 - Türkiye – Yugoslavya (RG: 04.11.2003 – 25279)
 - Türkiye – Yunanistan (RG: 01.08.2001 – 24480)

menin yanı sıra, birçoğu esas olarak aynı hükümleri içermektedir. Ancak tabii ki, gerek ülkelerin stratejik konumları, gerek birbirleri ile olan ilişkileri, gerekse ekonomik sebepler yüzünde kimi zaman bu sözleşmelerde yer alan bazı şartlar farklılıklar göstermektedirler.

Tüm bu farklılıklar ve ülkemizin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına getirilen sınırlamaların hemen hemen hepsi, belirli bir ekonomik örgütlenmeye ya da vergi ile ilgili anlaşmaya taraf olan ülkelere sağlanan imtiyazlardan kaynaklanmaktadır.

Türkiye'nin taraf olduğu 62 tane iki taraflı yatırım anlaşması incelendiği zaman dikkat çeken bir diğer husus ise, yabancı kaynaklarda belirtildiği şekilde başka devletler arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına ilişkin olarak uyuşmazlıkların çözümü konusunda getirilen sınırlamaların bu anlaşmaların hiçbirinde yer almamasıdır. Dolayısıyla, ilerleyen bölümlerde incelenecek olan iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID' e başvuru aşamasında uyuşmazlıkların çözümünün söz konusu kayıt dışına çıkarılması gibi bir husus, Türkiye'nin taraf olabileceği herhangi bir uyuşmazlıkta dile getirilemeyecektir. Ayrıca burada belirtmek gereklidir ki; Türkiye' nin taraf olduğu 62 tane iki taraflı yatırım anlaşmasının büyük çoğunluğu uyuşmazlıkların çözümü aşamasında altı aylık müzakere sürecinden sonra doğrudan ICSID' e başvuru imkanını zaten sağlamaktadır.

B. Uluslararası Adalet Divanı'nın Yetkisinin Tespiti Bağlamında En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Ele Alınması

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) devletlerarası uyuşmazlıkları çözmekle yetkili, yalnızca devletlere açık olan evrensel bir mahkemedir.²² UAD'nın teşkilatı, yetkisi, usulü ve ilgili diğer tüm düzenleme-

Resmi Gazete (Çevrimiçi) <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070802.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/08/20070802.htm>, 07.07.2009

-Türkiye – Katar (RG: 02.08.2007 – 12424)

²² Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar*, 5. Bası, İstanbul, 135.

ler UAD Statüsünde yer almaktadır.²³ UAD, Statü ile kendisine verilen yetkiye dayanarak, devletlerarası çekişmeli ihtilafların çözümünde karar verebilmektedir.²⁴ Devletler arasında çıkan ihtilaflarda, UAD en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı ve uygulama alanını açıklayan kararlar vermiştir. Söz konusu kararlara IC-SID tarafından görülen ve karara bağlanan birçok davada da atıfta bulunulmuştur. Bu sebeple, söz konusu ICSID hakem kararlarını ele almadan önce, UAD'nın yetkisinin tespiti ile ilgili olarak en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ele alındığı bu üç karardan bahsedilmesi yerinde olacaktır.

1. Anglo-Iranian Oil Co. Kararı²⁵

26 Mayıs 1951 tarihinde, İngiltere tarafından İran aleyhine yapılan başvuru sonrasında gerçekleştirilen yargılamanın sonucu olarak verilen, Anglo-Iranian Oil Co. Kararı, İngiliz şirketi Anglo-Iranin Oil ile İran hükümeti arasında 1933 yılında akdedilen sözleşmeden sonra 1951 yılında İran hükümetinin petrol mevzuatını değiştirmesi ve petrol endüstrisini millileştirmeye yönelik bir kanunu yürürlüğe sokması sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlık ile ilgilidir.

Somut olayda, İngiltere'nin söz konusu başvurusu üzerine, İran derhal yetki itirazında bulunmuş ve bu konu öncelikli olarak ele alınmıştır. İran hükümeti, UAD'nın kesin yetkisini kabul ettiği beyannamenin onaylanmasından sonra imzalanan anlaşma ve sözleşmelerin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıkların UAD tarafından ele alınmasına onay verdiğini; ancak taraflar arasındaki anlaşmanın söz konusu onaydan önceki bir tarihte akdedildiğini dile getirmiştir. İran, UAD'nın somut uyuşmazlığın konu olduğu anlaşmanın uygulanması ve yorumlanması ile ilgili olarak yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür. İran'ın bu itirazı UAD tarafından da kabul edilmiştir.

UAD'nın İran'ın itirazını kabul etmesi üzerine, söz konusu beyannameden önce akdedilen anlaşmalara atıfta bulunma imkanı kalmayan İngiltere, İran ile imzaladığı 1857 Anlaşması ve 1903 Ticari Konvan-

²³ <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (Çevrimiçi) 24.03.2010.

²⁴ GÜNDÜZ (dn. 22), 135.

²⁵ Anglo-Iranian Oil Co. case (Jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 93. (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>, 19.03.2009.

siyonunda yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden İran'ın beyannamenin onaylanmasından sonra diğer devletler ile akdettiği anlaşmalara atıfta bulunmuştur. İngiltere bu şekilde, Anglo-Iranian Oil şirketine diğer devletlere karşı gösterilen muameleden daha az elverişli bir muamele gösterildiğini ileri sürmüştür. İngiltere, İran ile akdetmiş olduğu bir anlaşmada yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, İran ile diğer bir devlet arasında akdedilmiş olan bir anlaşmaya atıf yaparak, UAD'nin yetkili kılınabileceğini belirtmiştir.

Tüm bu beyanlar çerçevesinde UAD, İran ile üçüncü bir devlet arasında akdedilen bir anlaşmanın İngiltere ile İran arasında meydana gelen uyuşmazlıkta hiçbir hukuki etkisi olamayacağını belirtmiş²⁶ ve yetkisizlik kararı vermiştir. Bu durumda, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı ile ilgili olarak UAD tarafından verilen ilk karar yetkiye dair konuların kaydın kapsamına dahil edilemeyeceği yönünde olmuştur.

2. Fas'daki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşlarının Hakları İle İlgili Karar²⁷

Söz konusu uyuşmazlık, Fas Fransa himayesi altına girmeden önce Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarına sağladığı ekonomik imtiyazların, Fransa'nın himayesi altına girmesinden sonra devam edip etmeyeceği ile ilgilidir. Burada UAD bir ticaret anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yetki konusunu kapsayıp kapsamadığı sorusu ile karşı karşıya kalmıştır.

Ekonomik kaynaklı bu uyuşmazlıkta, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümü ve yetki konusuna uygulanıp uygulanmayacağı hususu, ticari bir anlaşmada yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına dayanılarak taraflardan birinin diğer bir ülke ile akdettiği başka bir anlaşmada yer alan yetki maddesine başvurulup başvurulamayacağı şeklinde ortaya çıkmıştır. Fakat Amerika Birleşik Devletleri tarafından kullanılmak istenilen yetki

²⁶ Anglo-Iranian Oil Co. case (Jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 109. (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>, 19.03.2009

²⁷ Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p.176. (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>, 19.03.2009

maddelerinin yer aldığı Fas ile üçüncü devletler arasında akdedilmiş olan anlaşmaların mülga olmuş olması sebebiyle UAD bu konu üzerinde durmamıştır.

Dolayısıyla, bu kararda en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı ile ilgili olarak farklı bir görüş ileri sürülmemiştir. Yetki konusunun kaydın kapsamına dahil olup olmadığı tartışılmıştır. Ancak sonuç olarak yalnızca kaydın o dönemde ifade ettiği, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yer aldığı anlaşmaya taraf ülke yatırımcılarının, anlaşmaya taraf olan diğer ülkede yaptıkları yatırımlarda aynı ülkede yatırım yapan diğer devlet vatandaşlarından daha az elverişli bir muameleye tabi olmaları şeklindeki genel kapsamından bahsedilmiştir.

3. Ambatielos Kararı²⁸

Kararda İngiliz Hükümeti ile ticari bir sözleşme akdeden Yunan vatandaşı Ambatielos'a karşı gösterilen tutum ve sözleşmenin ihlalinin kaynaklanan uyuşmazlıkların nerede ve ne şekilde çözümleneceği ele alınmıştır. Olayda hukuki belgeler olarak, Yunanistan ile İngiltere arasında 1886 ve 1926 tarihlerinde akdedilmiş olan ticaret ve gemicilik ile ilgili iki farklı anlaşmaya atıf yapılmıştır.²⁹ Yunanistan, somut uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulması gerektiğini ileri sürmüş ve İngiltere'nin tahkim için onay vermek ile yükümlü olduğunu dile getirmiştir. Oysa İngiltere, böyle bir yükümlülüğü olmadığını dile getirerek; UAD'nın kendilerinin bu tür bir yükümlülük altında olup olmadığını incelenmesinde dahi yetkili olmadığını dile getirmiştir.

İngiltere tarafından ileri sürülen yetki itirazı ön mesele olarak ele alınmış ve UAD'nın İngiltere'nin somut uyuşmazlığı tahkime götürme yükümlülüğü altında olup olmadığı konusunda karar vermeye yetkili olduğuna karar verilmiştir.³⁰ Daha sonra, uyuşmazlığın esasına giril-

²⁸ Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate), Judgment of May 19th, 1953: I.C.J. Reports 1953, p.10. (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/15/1965.pdf>, 19.03.2009

²⁹ Treaty of Commerce and Navigation between Greece and Great Britain, Athens, November 10th, 1886, Treaty of Commerce and Navigation between Greece and Great Britain, London, July 16th, 1926

³⁰ Ambatielos case (Jurisdiction), Judgment of July 1st, 1952: I.C.J. Reports 1952, p.28. (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/15/1965.pdf>, 19.03.2009

meden, somut uyuşmazlıkta İngiltere'nin tahkime onay verme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı konusu ele alınmıştır. İşte tam da bu esnada, Yunanistan tarafından ileri sürülen hususlardan biri de Yunanistan – İngiltere Ticaret ve Gemicilik Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden İngiltere ile diğer devletler arasında akdedilmiş olan çeşitli ticareti geliştirmeyi ve teşvik etmeyi hedefleyen anlaşmalara atıf yapılarak, söz konusu anlaşmalarda yer alan hükümler uyarınca, İngiltere'nin somut uyuşmazlığın tahkime götürülmesine onay vermek zorunda olduğudur.

Yunanistan'ın bu iddiası karşısında İngiltere, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yargılama ile ilgili işlemleri kapsamadığını dile getirmiştir. Ancak, Yunanistan buna cevap olarak ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticaret ile ilgili olduğunu ileri sürmüş ve Yunanistan ile İngiltere Arasındaki Ticaret ve Gemicilik Anlaşmasının 10. maddesinde yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının “*ticaret ve gemicilik ile ilgili tüm hususları*”³¹ kapsadığını belirtmiştir. UAD tarafından doğrudan bu konu ile ilgili bir yorum yapılmamıştır. Ancak, sonrasında İngiltere'nin somut uyuşmazlığın tahkime götürülmesi konusunda onay vermekle yükümlü olduğu dile getirilmiştir. Daha sonra bu husus ICSID hakemleri tarafından ele alınmış ve her ne kadar yargılama ile ilgili işlemler ticaret ve gemicilik konularında farklı olsa da; tacirin haklarının korunması bakımından oldukça önemli olan uyuşmazlıkların çözümünün, anlaşmanın tarafların iradeleri doğrultusunda yorumlanması sonucunda, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamında ele alınabileceğini belirtilmiştir.³²

Bu durumda her ne kadar uyuşmazlıkların çözümü doğrudan ticaret

³¹ Treaty of Commerce and Navigation between Greece and Great Britain, Athens, November 10th, 1886, Art. 10 “The Contracting Parties agree that, *in all matters relating to commerce and navigation*, any privilege, favour, or immunity whatever which either Contracting Party has actually granted or may hereafter grant to the subjects or citizens of any other State shall be extended immediately and unconditionally to the subjects or citizens of the other Contracting Party; it being their intention that the trade and navigation of each country shall be placed, in all respects, by the other on the footing of the mostfavoured nation.”

³² United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1963, p.107 (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction in the Proceeding Between Emilio Agustin Mafezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) p. 18 naklen)

ve gemicilik ile ilgili olmasa da; tacirin haklarının korunması bakımından taşıdıkları önem ve ticaret hayatına etkileri göz önünde bulundurulurken, tarafların iradesi çerçevesinde mümkün olduğu sürece, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil edilebileceği kabul edilmiştir.

UAD tarafından verilen bu üç kararın değerlendirilmesinde sonuç olarak uyuşmazlıkların çözümü konusunun yabancı yatırımcılar için çok önemli olduğuna ve tarafların iradesinin de bu yönde olması kaydıyla, bu konunun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamına dahil edilebileceği şeklinde karara varılmıştır.

IV. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID Sözleşmesi)

A- Genel Olarak ICSID

2. Dünya Savaşı sonrasında gelişmekte olan ülkeler bir yandan yabancı sermaye tarafından tercih edilmek isterken, diğer bir yandan ekonomik ve siyasi istikrarsızlıkları sebebiyle yabancı yatırımcılar için çeşitli riskler oluşturmaktadırlar.³³ Bu durum karşısında Dünya Bankası himayesinde hazırlanan iki anlaşma ile söz konusu sıkıntı aşılmasına çalışılmıştır. Bu anlaşmalar, “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Andlaşması” (MIGA)³⁴ ve “Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” (ICSID Sözleşmesi) dir.³⁵

ICSID Sözleşmesi³⁶ anlaşmaya taraf ev sahibi devlet ile o ülkede ya-

³³ Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul, 2005, 414.

³⁴ RG: 27.01.1991 – 20768. Metni için bkz: http://www.miga.org/quickref/index_sv.cfm?stid=1583.

³⁵ ŞANLI (dn. 33), 414.

³⁶ RG: 06.12.1998 – 19830. 15.06.2009 tarihi itibarıyla ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan diğer ülkeler: Afganistan, Arnavutluk, Cezayir, Arjantin, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bahama, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Beyaz Rusya, Belçika, Belize, Benin, Bosna/Hersek, Botswana, Burundi, Darusselam, Bulgaristan, Burkina Faso, Burundi, Kamboçya, Kamerun, Kanada, Orta Afrika Cumhuriyeti, Çad, Şili, Çin, Kolombiya, Comoros, Kongo, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kosta Rika, Fildişi Sahilleri, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Mısır, El Salvador, Estonya, Etiyopya, Fiji, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gam-

tırım yapan anlaşmaya taraf diğer bir devletin vatandaşı arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda özel bir kurumsal tahkim usulü öngörmüştür.³⁷

1. ICSID' in Amacı ve Görevleri

Küreselleşen dünyada artan yabancı yatırımlar birçok avantaja sahip olmakla birlikte birçok risk ile de karşılaşmaktadırlar. Özellikle, politik ve ekonomik dengelerde meydana gelebilecek ani değişiklikler ile yabancı yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin yabancı yatırımlara ilişkin tutumu, risklerin ortaya çıkışı ve uyuşmazlıklar açısından son derece önemlidir. Taraflar arasında yatırımdan doğan uyuşmazlıkların ortaya çıkması durumunda ise, söz konusu uyuşmazlıklar objektif ve uzman kişiler tarafından çözümlenmelidir.

Tüm bu şartlar altında ortaya çıkan ve dünya çapında 155 ülke tarafından imzalanan ICSID Sözleşmesi ve bu sözleşme uyarınca kurulan ICSID'in amacı da, akit devletlerin ev sahipliği yaptığı yabancı yatırımlardan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlığın meydana gelmesi halinde, ev sahibi devlet ile diğer devlet vatandaşı arasında objektif bir yargılama yapmak ve tarafların mağduriyetini önlemektir.

Ayrıca, ICSID tahkimi haricinde elde edilecek bir hakem kararının tanınması ve tenfizi de zaman zaman en az ev sahibi devlette yapılacak yargılama kadar zor ve masraflı olabilir. ICSID hakem kararları-

biya, Gürcistan, Almanya, Gana, Yunanistan, Grenada, Guatemala, Gine, Gine – Bisseu, Guyana, Haiti, Honduras, Macaristan, İzlanda, Endonezya, İrlanda, İsrail, İtalya, Jamaika, Japonya, Ürdün, Kazakistan, Kenya, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Kırgız Cumhuriyeti, Letonya, Lübnan, Lesotho, Liberya, Litvanya, Lüksemburg, Makedonya, Madagaskar, Malavi, Malezya, Mali, Malta, Moritanya, Mauritius, Micronesia, Moldova, Moğolistan, Fas, Mozambik, Namibya, Nepal, Hollanda, Yeni Zelanda, Nikaragua, Nijer, Nijerya, Norveç, Oman, Pakistan, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Peru, Filipinler, Portekiz, Romanya, Rusya, Ruanda, Samoa, Sao Tome ve Principe, Suudi Arabistan, Senegal, Sırbistan, Seyşeller, Sierra Leone, Singapur, Slovak Cumhuriyeti, Slovenya, Solomon Adaları, Somali, İspanya, Sri Lanka, St. Kitts ve Nevis, St. Lucia, St. Vincent ve The Gredanies, Sudan, Swaziland, İsveç, İsviçre, Suriye, Tanzanya, Tayland, Timor – Leste, Togo, Tonga, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkmenistan, Uganda, Ukrayna, Birleşik Arap Emirlikleri, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Amerika Birleşik Devletleri, Uruguay, Özbekistan, Venezuela, Yemen, Zambia, Zimbabve (ICSID Sözleşmesine taraf devletlerin listesi için bkz: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>).

³⁷ ŞANLI (dn. 33), 415.

nın en önemli özelliği iç hukukta doğrudan icra edilebilir olmalarıdır.³⁸ Böylelikle milli mahkemeler ICSID hakem kararlarına müdahale edememektedir ve kararın tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi ihtimali yok edilmiştir.

2. ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de sonuç doğurabilmesi söz konusu kararın tanınması ve tenfiz edilmesine bağlıdır.³⁹ Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Konvansiyonu uyarınca yapılmaktadır. Ancak ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi diğer yabancı hakem kararlarından farklı bir prosedüre sahiptir. ICSID Sözleşmesinin m.54 uyarınca *"Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir."* Bu hükme göre, ICSID hakem kararları Sözleşmeye taraf olan ülkeler açısından bağlayıcı olacak ve kararlarda yer alan parasal yükümlülükler üye ülke mahkemelerinin nihai kararları gibi yerine getirilecektir.

Bu hüküm sayesinde, ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak üye ülkelerin ulusal hukukları uyarınca itiraz edilmesi önlenmiş; yalnızca kararların üye ülkelerde icra edilmesi ile ilgili olarak ulusal hukuklara atıf yapılmıştır.⁴⁰ Madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, yalnızca parasal yükümlülükler ile ilgili ICSID hakem kararları üye ülkelerin ulusal hukukları uyarınca başka bir prosedüre tabi tutulmaksızın icra edileceklerdir. Dolayısıyla, konusu parasal yükümlülükler olmayan ICSID kararların sadece tanınması söz konusu olacaktır.⁴¹

³⁸ Salih TUYGUN, *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi*, İzmir, 2007, 138

³⁹ AKINCI (dn. 21), 243, Ergin NOMER/Nuray EKŞİ / Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, İstanbul, 2008, 9, Ergin NOMER / Cemal ŞANLI, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, 2009, 517 vd.

⁴⁰ Nuray EKŞİ, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası*, İstanbul, 2009, 87, ŞANLI (dn. 33), 427.

⁴¹ EKŞİ (dn. 40), 88.

ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili bir diğer özellik ise kararı tanıma ve tenfiz etme yükümlülüğünün yalnızca uyuşmazlığa taraf olan ülke değil, diğer tüm üye ülkelere ait olmasıdır.⁴² Böylelikle, ICSID Sözleşmesini imzalamış olan bir ülke, kendisinin taraf olmadığı bir uyuşmazlık ile ilgili olarak verilen bir ICSID hakem kararını da milletlerarası sözleşmeden doğan yükümlülükleri kapsamında tanımak ve tenfiz etmek zorundadır.

Üye ülkelerin ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak bir mahkeme ya da başka bir merci belirlemesi ve söz konusu mercii Genel Sekretere bildirmesi gerekliliği de Sözleşmenin 54. Maddesinin II. fıkrasında ele alınmıştır. M. 54/II'de *“Bir akit ülke sınırları içerisinde bu kararın tanınması veya yürütülmesini isteyen taraf, akit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkeme veya otoriteyi Genel Sekreterce onaylanmış kararın bir örneği ile donatacaktır. Her akit devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya diğer otoriteyi ve daha sonra bu atamada yapılacak değişikliği Genel Sekretere bildirecektir.”* denilmektedir. Buna göre, ICSID hakem kararının elde edilmesinden sonra kararının tanınmasını ya da tenfiz edilmesini isteyen taraf kararın onaylı bir örneğini tanıma ya da tenfiz talep ettiği ülkenin ilgili merciine sunacaktır.

ICSID hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak da aynı prensipler geçerlidir. ICSID hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi kendiliğinden, yani başka bir prosedüre tabi olmaksızın gerçekleşir.⁴³ Burada Türkiye ile ilgili olan önemli bir nokta ise Türkiye’nin Genel Sekretere Sözleşme m.54/II uyarınca yapılması gereken, tanıma ve tenfiz ile ilgili bildirim halen yapılmamış olduğudur.

3. ICSID Hakem Kararlarının İcrası

ICSID Sözleşmesinde kararların tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler yer almasına rağmen kararların nasıl icra edileceğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple ICSID hakem kararları kararın icrasının talep edildiği Sözleşmeye taraf olan ülkenin ulusal hukuku uyarınca icra edilecektir.⁴⁴ Bu durum Sözleşme m.54/III'de *“Kararın*

⁴² TUYGUN (dn. 38), 143.

⁴³ EKŞİ (dn. 40), 151.

⁴⁴ EKŞİ (dn. 40), 94, ŞANLI (dn. 33), 427.

uygulanması, bu uygulamanın sınırları içinde akit devletin kararlarının uygulanmasına ilişkin yapacağı kanunları gereğince yapılacaktır.” şeklinde belirtilmiştir.

Önceki bölümde açıklandığı üzere, ICSID hakem kararlarının en önemli avantajı ulusal hukuk sistemleri uyarınca tanıma ya da tenfize ihtiyaç duymamalarıdır. Ancak, kararların icrasının ulusal hukuk sistemlerine bırakılması sebebiyle, kararın icrası ile ilgili bir sorun yaşanması halinde söz konusu avantajın bir önemi kalmayacaktır. Bu sebeple, yatırım yapılırken özellikle, yatırım yapılan ülkenin icra ile ilgili düzenlemelerinin dikkate alınması faydalı olacaktır.⁴⁵

Türkiye’de ICSID kararlarının icrası, ilamlı icra hükümlerine tabidir.⁴⁶ ICSID kararlarının MÖHUK ya da New York Konvansiyonu uyarınca tanınması ya da tenfizi söz konusu olmadığı, kararlar nihai ve bağlayıcı olduğu için kararın icra edilmesi için mahkemeye başvurulmasına gerek de yoktur.

B. Uyuşmazlıkların Çözümü ile İlgili Olarak ICSID’e Başvuru Şartları

ICSID Sözleşmesi m. 25 ve devamında ele alınmış olan Merkezin yargılama yetkisi, akit devletler ile diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu durum incelendiğinde, belirli bir uyuşmazlığın merkez tarafından çözüme kavuşturulabilmesi için gerekli şartların üç grupta toplanabileceği görülmektedir: Tarafların rızası ya da onayı, merkezin kişi bakımından yetkili olması – *ratione personae*, merkezin konu bakımından yetkili olması – *ratione materiae*.⁴⁷

Merkezin yargılama yetkisine sahip olmasında en önemli hususlardan biri olan rıza ya da onay şartı, uyuşmazlığın tarafı olan devletin sözleşmeyi önceden imzalamış olmasıyla (yani akit devlet sıfatına sahip olmasıyla) karıştırılmamalıdır.⁴⁸ Sözleşmenin girişinde de “Hiçbir

⁴⁵ ICSID Kararlarının icrası ile ilgili olarak karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin açıklamalar için bkz. EKŞİ (dn. 40), 100 vd.

⁴⁶ EKŞİ (dn.. 40), 151, ŞANLI (dn. 33), 427.

⁴⁷ NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN GELGEL (dn. 39), 108, İlhan YILMAZ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul, 2004, 45.

⁴⁸ YILMAZ (dn. 48), 51.

akit devletin, bu sözleşmeyi onaylamış, teyit etmiş ya da kabul etmiş olduğu gerçeğine rağmen, kendi rızası olmaksızın herhangi bir anlaşmazlığı uzlaştırma ve hakemliğe sunma yükümlülüğünde olmadığını ilan ederek...” şeklinde belirtildiği üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ICSID yargılamasına tabi olabilmesi için tarafların akit devlet ya da akit devlet vatandaşı olması yeterli olmaz; taraflar aynı zamanda söz konusu uyuşmazlığın ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesi için de onay vermiş olmalıdır.

Başvuru şartlarının ikincisi olan merkezin kişi bakımından yetkili olması hususu ise m. 25 ten yola çıkılarak, ICSID tahkimine konu olabilecek uyuşmazlığın akit devlet ile uyuşmazlığa taraf olan akit devlet haricindeki akit devletlerden birinin vatandaşı arasında olmasına ilişkindir. Buna göre, uyuşmazlığın tarafı olan gerçek ya da tüzel kişi uyuşmazlığın tarafı olan ev sahibi devletin vatandaşı olamayacak; sözleşmeye taraf olan diğer bir devletin vatandaşı olacaktır.

Başvuru şartlarının sonuncusu ise merkezin konu bakımından yetkili olmasıdır. ICSID Sözleşmesi m. 25 “*Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. ..*” demektedir. Merkezin konu bakımından yetkisine açıklık getiren işaretli bölüm konunun herhangi bir yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşme metninde yatırım ve hukuki uyuşmazlık terimlerinin tanımlanmamış olması ise, bu konuda hakemlere geniş takdir yetkisi verildiğini göstermektedir.

V. İki Tarafı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı ile İlgili ICSID Hakem Kararları

Güncel hukukta oldukça tartışmalı olan bu konuya çeşitli ICSID hakem kararlarında değinilmiştir. Burada da öncelikle konu ile ilgili olarak verilen söz konusu ICSID hakem kararlarını özetleyip; kararlarda öne çıkan ve özellikle vurgulanan hususlara değinilecektir.

A. En Ziyaade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Geniş Kapsamlı Olarak Yorumlandığı Kararlar

1. ICSID'in ARB/9/7/7 NO.lu "Emilio Agustin Maffezini and The Kingdom of Spain" Kararı⁴⁹

a. Olayın Başlangıcı

18 Temmuz 1997 tarihinde davacı Arjantin vatandaşı Emilio Agustin Maffezini ICSID'e başvurarak; çeşitli kimyasal ürünlerin üretim ve dağıtım ile ilgili olarak İspanya'da yapmış olduğu bir yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümlenmesi için İspanya'ya karşı tahkim yoluna başvurmuştur. Söz konusu başvuruda, davacı öncelikle, 1991 tarihli Arjantin ile İspanya Krallığı Arasında Karşılıklı Yatırımların Teşviki ve Korunması Sözleşmesi'ne (Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması) ve bu sözleşmede yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden 1991 tarihli Şili – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması'na atıfta bulunmuştur. Somut olayda davalının yetki itirazında bulunması üzerine olayın esasına girilmeden yetki konusunun ele alınmasına karar verilmiştir. Bu sebeple, öncelikle tarafların yetki ile ilgili iddia ve itirazları değerlendirilmiştir.

b. Davacının İddiaları

Davacı Maffezini, İspanya'da yaptığı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için doğrudan ICSID'e başvurabileceğini ileri sürmüştür. Davacı her ne kadar Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca uyuşmazlıkların çözümü için öncelikle yerel mahkemelere gidilmesi ve onsekiz aylık süre sonrasında uyuşmazlığın halen devam etmesi halinde ICSID'e başvurulabileceği şeklinde bir hüküm yer alsa da; somut uyuşmazlıkta Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, Şili – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına atıfta bulunabileceğini ve doğrudan ICSID'e başvurabileceğini dile getirmiştir.

⁴⁹ Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction in the Proceeding Between Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) (Çevrimiçi) http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&action-Val=showDoc&docId=DC565_En&caseId=C163, 12.05.2009, [Buradan itibaren Maffezini olarak anılacaktır.]

Şili – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca İspanya’da yatırım yapan Şilili yatırımcıların uyuşmazlıkların çözümü için yerel mahkemelere başvurmaksızın doğrudan ICSID’e başvurabileceğine dikkat çeken davacı Maffezini, bu durumda İspanya’da yatırım yapan Şilili yatırımcıların Arjantinli yatırımcılara kıyasla daha iyi şartlara sahip olduğunu ve onlara tanınan hakların Arjantinli yatırımcılara da tanınması gerektiğini dile getirmiştir. Davacı en ziyade müsaadeye mazhar millet uygulaması sayesinde kendisinin de onsekiz aylık süre boyunca uyuşmazlığın yerel mahkemeler tarafından çözümlenmesi sürecini yaşamaksızın, doğrudan uluslararası tahkime başvurabileceğini ileri sürmüştür.

c. Davalının Savunması

Davacının İspanya’da yaptığı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için, İspanya yerel mahkemelerine başvurmaksızın doğrudan ICSID’e başvurması üzerine davalı yetki itirazında bulunmuştur. Davalı söz konusu uyuşmazlığın çözümünde ICSID’in yetkili olmadığını, mevcut durumda uyuşmazlığın çözümü için ICSID tahkimine başvurulamayacağını dile getirmiştir. Ayrıca, Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili maddesinde yer alan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının yerine getirilmediğini belirtmiştir.

Davalı, bu tür bir uyuşmazlık halinde, öncelikle İspanya mahkemelerine başvurulması gerektiğini, söz konusu başvurudan sonra onsekiz aylık süre sonrasında mahkeme tarafından herhangi bir karar verilme dahi, mahkemeye yapılan başvuru sonucunda uyuşmazlığın devam etmemesi sebebiyle artık uluslararası tahkime başvurulamayacağını dile getirmiştir. Davalı, ayrıca, uyuşmazlığa taraf olan kimse- nin, uyuşmazlığı yerel mahkemelere götürmemesinin aynı uyuşmazlığı uluslararası tahkime götürmek hakkından da vazgeçtiği ya da feragat ettiği şeklinde algılanabileceğini de ileri sürmüştür.

Davalı, davacının iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID’e başvuru yapılabileceği yönündeki iddiası ile ilgili olarak da, söz konusu kaydın yalnızca bulunduğu sözleşmenin esasına dair hususlara ilişkin olduğunu, uyuşmazlıkların çözümü gibi sözleşmenin esas konusu ve amacı-

nın dışında kalan ek hususlara dair konularda uygulanamayacağını dile getirmiştir.

Davalı İspanya, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ülkeler arasında ayrımcılığı yok etmek amacı taşıdığını söyleyerek; söz konusu ayrımcılığın yalnızca ekonomik ayrımcılık olabileceğini, usuli konularda ise gerek sözleşmenin hazırlık sürecinde, gerekse taraflar arasındaki müzakereler sırasında ortaya çıkan farklılıklar sebebiyle farklı düzenlemelere yer verilebileceğini dile getirmiştir.

d. Sonuç

ICSID hakemleri yetki sorununun bir ön mesele olduğunu ve öncelikli olarak çözülmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Tarafların yetki ile ilgili beyanları doğrultusunda ICSID hakemleri yetki itirazını çeşitli başlıklar altında değerlendirmişlerdir. Yetki itirazı ile ilgili olarak ICSID hakemleri tarafından ele alınan ilk husus, davalı İspanya tarafından ileri sürülen iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili itirazlardır. Davalının söz konusu iç hukuk yollarının tüketilmesi önşartının yerine getirilmediği iddiasını inceleyen ICSID hakemleri, ICSID Sözleşmesi'nin 26. maddesini esas alarak mevcut durumu, tarafların ICSID tahkimine onayı bakımından ele almışlardır.

ICSID Sözleşmesi md. 26 uyarınca *“Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Akid devlet bu rızalarının ön koşulu olarak yerel ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir.”* denilmektedir. Buna göre ICSID hakemleri klasik uluslararası hukuk öğretilerinin aksine, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletler tarafından açıkça belirtmediği sürece, ICSID tahkimi için gereken onayın iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlı olmadığını dile getirmişler ve böyle bir önşartın uygulanamayacağını söylemişlerdir.

Ayrıca bu hususu İspanya tarafından değerlendiren ICSID hakemleri, ICSID Sözleşmesi'nin İspanyol iç hukukuna dahil edilmesi sürecinde m. 26'ya herhangi bir çekince konulmadığını vurgulamışlardır. ICSID hakemleri iki taraflı yatırım anlaşmasındaki uyumsuzlukların çözümü maddesinde iç hukuk yollarının tüketilmesi önşartının aranılıp aranılmadığı hususu ile ilgili olarak tarafların söz konusu maddeyi farklı yorumladığına dikkat çekmişlerdir.

Tarafların uyuşmazlıkların çözümine dair maddeyi farklı şekillerde yorumlamasından sonra ICSID hakemleri Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Genel Yorum Kuralı başlıklı 31. maddesi üzerinde durmuştur. 31. madde şöyledir:

“1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a - Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b - Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

ICSID hakemleri maddeyi iyiniyet prensibi çerçevesinde yorumlamış ve söz konusu maddenin, onsekiz aylık süre sonunda mahkemenin uyuşmazlığın esasına dair karara varması halinde uluslararası tahkime başvurulamayacağı sonucuna varmamış; yerel mahkemeler tarafından karara varıldıktan sonra dahi uyuşmazlığın devam etmesi halinde, tarafların uluslararası tahkime gidilebileceğine kanaat getirmişlerdir.

ICSID hakemleri, Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasını incelediğinde, uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülmesinde önce yerel mahkemeler tarafından çözümlenmesi için onsekiz aylık bir bekleme süresi tanındığını belirtmişlerdir. Bu durumda ICSID hakemleri, davacının yerel mahkemelere başvurmaksızın iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırı şekilde uyuşmazlığı doğrudan uluslararası tahkime getirmesini haklı bulmamış; davacının yetki ile ilgili tek iddiasının bu olsa idi yetkisizlik kararı verileceğini belirtmişlerdir.

Sonrasında ICSID hakemleri davacının ikinci iddiasını, yani en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID' e başvuru imkanını ele almışlardır. Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 4/I uyarınca “ Akit devletler kendi topraklarında yatırım yapacak olan diğer akit devlet vatandaşı yatırımcılara adil ve eşit muamelede bulunmayı taahhüt ederler.” m. 4/II uyarınca “Bu anlaşmaya konu olan tüm hususlarda, yatırımcılara karşı gösterilecek olan muamele yatırım yapılan ülkede yatırım yapan bu anlaşmaya taraf olmayan diğer bir devlet vatandaşı yatırımcıya sağlanandan daha az elverişli olmayacaktır.” denilmektedir.⁵⁰

Yukarıda iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili önşartı ele aldığımız kısımdan da anlaşılacağı üzere, Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması taraflar arasında meydana gelecek herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için yerel mahkemelerin onsekiz aylık bir süre boyunca çalışmasını, ancak onsekiz aylık süre sonrasında uyuşmazlığın çözümlenememesi halinde, uluslararası tahkime başvurulmasını öngörürken; Şili – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması sözleşmeye konu olacak yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uluslararası tahkime başvurabilme imkanı için bu tür bir önşart aramamıştır. Dolayısıyla burada uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili olarak İspanya'da yatırım yapan Şilili yatırımcıların, Arjantinli yatırımcılardan daha elverişli şartlara sahip olduğundan bahsedilebilir. Ancak üzerinde durulan husus uyuşmazlıkların çözümünün en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamında olup olmadığıdır.

⁵⁰ http://untreaty.un.org/unts/120001_144071/23/7/00019286.pdf, 04.07.2009, Art. IV/1 “Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other party.”, Art. IV/2 “In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favourable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.”

Bu konuyu *ejusdem generis* kuralı ile doğrudan ilintili bulan UAD bu durumu ilk olarak önceki bölümlerde ele aldığımız “Fas’taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşlarının Hakları İle İlgili Karar” ve sonrasında “Ambatielos Kararı”nda ele almıştır. UAD’nın önceki bölümde de ele alınan, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ilintili olduğu konu ile ilgili hususlarda etkili olabileceği görüşü burada aynen tekrarlanmış ve UAD kararlarından alıntılar yapılmıştır. “Ambatielos Kararı”nda yetki ile ilgili konuların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili olan aynı mahiyette olma prensibi ile uyumlu olduğuna kanaat getirilmiştir.

Somut olayda, Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı “Anlaşmaya konu olan tüm hususlar” ile ilgilidir. Bu durumda mahkeme günümüzde yabancı yatırımlar sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi hususunun yabancı yatırımlardan ayıramayacağını, söz konusu adaletin uygulanması ile ilgili konunun yatırımların “ayrılmaz bir parçası” olduğunu vurgulamıştır. Uzun yıllar boyunca dile getirilen ve yabancı yatırımın teşviki ile ICSID’in kurulmasına sebep olan yabancı yatırım karşı objektif bakış açısı da göz önünde bulundurularak, ICSID hakemleri uyuşmazlığa taraf ülkelerden biri ile taraf olmayan bir ülke arasında akdedilmiş olan bir sözleşmede uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak daha elverişli bir uygulama bulunması halinde, bu durumun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı uygulaması kapsamında olmasının gerek kaydın kapsamı, gerek yer aldığı sözleşmenin amacı, gerekse yabancı yatırımın teşviki uyarınca mümkün olduğunu dile getirmişlerdir. Ancak tabii ki burada unutulmaması gereken ve ICSID hakemleri tarafından da ele alınan bir diğer husus ise bu tür bir yorumun kamu düzenine ve tarafların iradesine zarar vermemesidir.

ICSID hakemleri tarafından da belirtildiği üzere “*her halükarda bir taraftan hakların meşru olarak genişletilmesi ve kaydın faaliyeti vasıtasıyla elde edilen faydalar ile diğer taraftan söz konusu anlaşma hükmü ile güdülen amaca zarar verebilecek yıkıcı şekilde anlaşmalar arasında tercih yapılması arasında ayırım yapılmalıdır.*”⁵¹. Dolayısıyla

⁵¹ Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction in the Proceeding Between Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), s. 24, “It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and dis-

la kaydın kapsamının belirlenmesinde tarafların iradesi ön planda tutulmalıdır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, mahkeme davacı Arjantin vatandaşının Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, İspanya – Şili İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen şekilde ICSID tahkimine başvurulabilmesinin mümkün olduğunu dile getirmiş; davalının yetki ile ilgili itirazlarını reddetmiştir. Böylelikle iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID tahkimine başvuru imkanı ile ilgili ilk karar olumlu şekilde sonuçlanmıştır.

2. ICSID'in ARB/02/8 No.lu "Siemens A.G. and the Argentina Republic" Kararı⁵²

a. Olayın Başlangıcı

Olayda, Arjantin tarafından yapılan ihale üzerine kalan Alman Siemens şirketinin tamamıyla sahibi olduğu, bağlı şirketi Siemens Nixdorf Informationssysteme AG ("SNI") aracılığıyla, Arjantin'de kurulan Siemens IT Services S.A. ("SITS") şirketi ile Arjantin arasında 6 Ekim 1998 tarihinde sözleşme imzalanmıştır. Ancak, 10 Aralık 1999 tarihinde Arjantin'de kurulan yeni hükümet Şubat 2000'de teknik sorunlar sebebiyle taraflar arasındaki sözleşmeyi askıya almıştır. Bunun üzerine taraflar sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi konusunda ortak karara varmışlar ve Mayıs 2001'de SITS'ye yeni ve farklı bir teklif sunulmuş; sonrasında ise sözleşme Arjantin tarafından feshedilmiştir.

SITS feshe sebep olan söz konusu kanun hükmünde kararname hakkında idari yoldan itirazda bulunmuş ise de, bu itirazlar reddedilmiştir. Temmuz 2001'de Siemens, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Ar-

ruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand.

⁵² Decision on Jurisdiction in the Proceeding Between Siemens A.G. and The Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/02/8) (Çevrimiçi)

jantin arasında akdedilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması ile ilgili 3 Nisan 1991 tarihli anlaşmanın (“Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması”) ihlal edildiğini ve anlaşma uyarınca altı ay sürecek müzakere sürecinin başladığını dile getirmiştir. Ancak altı aylık müzakere sürecinde uyuşmazlığın çözülememesi sebebiyle Siemens, Almanya – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 10’ a dayanarak ICSID huzurunda tahkim talebinde bulunmuştur.

b. Davacının İddiaları

Somut olayda davacı, uyuşmazlığın yerel mahkemelere götürülmesi ve onsekiz aylık süre sonunda mahkemece herhangi bir karar verilmemiş olması ya da uyuşmazlığın halen devam etmesi halinde uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması hükmünün, kendisinin somut uyuşmazlığın çözümü için doğrudan ICSID tahkimine başvurabilmesi açısından bir engel teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Davacı, söz konusu onsekiz aylık sürede mahkemenin herhangi bir karara varamayacağını, bu sebeple söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı vasıtasıyla Şili – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında sağlanan doğrudan ICSID’e başvuru imkanına atıfta bulunabileceğini iddia etmiştir. Davacı Siemens en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının iyi niyet prensibi çerçevesinde, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca yorumlanması halinde, kaydın özellikle çekince konan konular haricinde her konuyu kapsadığını iddia etmiştir.

Arjantin’in uluslararası tahkime başvurmadan önce mutlaka onsekiz aylık bir süre için iç hukuk yollarının tüketilmesini şart koşmasını Arjantin’in ekonomik ve siyasi politikaları ile ilişkilendiremeyen davacı, Arjantin’in diğer ülkeler ile imzaladığı iki taraflı yatırım anlaşmaları ele alındığında, uluslararası tahkime başvurmadan önce önşart olarak aranan koşulların anlaşmalara göre farklılık gösterdiğini belirtmiştir. Davacıya göre, farklı yatırım anlaşmalarında uluslararası tahkime gidilmeden önce farklı önşartlar aranması da ayrımcılığa yol açmakta ve bazı ülkelerin vatandaşı olan yatırımcılar için daha elverişli durumlar yaratmaktadır. Bu durum da, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile çelişmekte ve dolayısıyla bu kaydın uygulama alanı bulması için uygun bir ortam yaratmaktadır.

c. Davalının Savunması

Davalı, davacının taraflar arasında imzalanmış olan anlaşmanın hükümlerine aykırı davrandığını ileri sürmüştür. Davalı somut uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurulabilmesinin belirli şartlara bağlı olduğunu ve davacının bu şartları yerine getirmediğini dile getirmiştir. Davalı ayrıca en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamının, kaydın yer aldığı iki taraflı yatırım anlaşmasının yorumlanması ile belirlenebileceğini ileri sürerek, bu konu ile ilgili olarak çeşitli uluslararası yargı merkezleri tarafından verilmiş kararlara atıf yapmıştır.

Arjantin, önceki bölümde ele alınan "Maffezini Davası" üzerinde durarak, İspanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydından farklı olduğunu ve bu konunun özellikle dikkate alınması gerektiğini dile getirmiştir.

Arjantin, Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yatırımcıyı Şili – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına atıfta bulunmaktan alıkoyduğunu iddia etmiştir. Davalı Almanya - Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3(1) de yer alan milli muamele kaydının yalnızca yatırım ve yatırıma karşı tutuma dair olduğunu, yatırımcıya karşı tutumu kapsamadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, uyuşmazlıkların çözümü konusunun da bu kayıt kapsamında ele alınamayacağını ileri süren davalı, yatırım ile ilgili faaliyetlerin en ziyade müsaadeye mazhar millet uygulamasına tabi olacağını, oysa uyuşmazlıkların çözümünün bu kapsamda olmadığını belirtmiştir. Arjantin Protokol ek m. 3 de yer alan "faaliyet" tanımı ile de bu iddiasını teyit etmiştir. Zira, söz konusu tanım yatırımın işletmesi ve idaresi ile ilgili ticari ve ekonomik işlemleri kapsamaktadır ve uyuşmazlıkların çözümünden bahsetmemektedir.

Davalı, tarafların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına daha geniş bir anlam yüklemek istedikleri zaman bu iradelerini açıkça ortaya koyduklarını, örneğin söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasında da vergi ile ilgili uygulamanın ayrı bir fıkra olarak ele alındığını; dolayısıyla, uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili bir hüküm bulunmama-

sının bu konunun kapsam dışı tutulduğunu gösterdiğini iddia etmiştir. Davalı, Almanya – Arjantin İki Tarafalı Yatırım Anlaşması imzalandığı sırada en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının nasıl yorumlandığı ve kapsamının nasıl belirlendiği ile ilgili olarak, UAD'nın önceki bölümlerde de ele aldığımız çeşitli kararlarını ele almış ve UAD'nın en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesinin yararlarının yargılama yetkisini kapsar şekilde genişletilmesine karşı çıktığını belirtmiştir.

Arjantin tüm bu iddialarını desteklemek için tarafların diğer devletler ile akdettiği sözleşmeleri ve oradaki tutumlarını incelemiş; uyuşmazlıkların çözümü konusunu en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına sokmak istediklerinde bunu açıkça yaptıklarını grmştir. Arjantin iki tarafalı yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü hükümlerinin Alman model yatırım sözleşmesi tarafından sağlanan alternatifler uyarınca değiştiğini belirtmiş; bu bağlamda iki sonuca varmıştır. İlk olarak taraflar karşılıklı görüşmeler sonrasında ortak bir irade ile bahsedilen uyuşmazlıkların çözümü sistemini iki tarafalı yatırım anlaşmasının bir parçası haline getirmişlerdir. İkincisi taraflar bahsedilen sistemi özellikle önemli addetmişler; Alman model anlaşmasında tercih edilen sistemden farklı bir sistem üzerinde anlaşarak ortak iradelerinin bu madde yönünde olduğunu ve uyuşmazlıkların çözümünü en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına sokmayı amalamadıklarını ortaya koymuşlardır.

Arjantin, “Maffezini Kararı” gibi önceki kararlarda tarafların iradesinin ön plana alınmadığını ve bu şekilde hata yapıldığını ileri sürerek, bu şekilde verilen kararlar sayesinde ICSID'in bir istisnayı genelleştirdiğini ve temel uluslararası hukuk prensipleri çerçevesinde özel olarak sınıflandırılabilir bir uyuşmazlıkların çözümü sistemine öncelik tanıdığını dile getirmiştir. Arjantin, Siemens'in iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramayan, yalnızca basit bir bekleme süresi şartı olan diğer sözleşmelerden faydalanamayacağını, somut uyuşmazlıkta uluslararası tahkime onay verebilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini bunun ekonomik ve siyasi politikasının bir getirisi olduğunu ileri srmştir.

d. Sonuç

Tarafların yukarıda özetlenen beyanları karşısında ICSID hakemleri aşağıdaki hususları değerlendirmiştir:

1. Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının yorumlanması,
2. Anlaşma m. 3' te yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının genel veya özel niteliği,
3. Anlaşma m. 3'ün genel olması halinde m. 4'ün neden düzenlendiği,
4. Yatırımlar veya yatırımcıların korunması,
5. Milli muameleye atıf yapılmasının en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamına etkisi,
6. Yatırımcıların ve uyuşmazlığın çözümünün ele alınışı,
7. İç hukuk yollarının tüketilmesi,
8. Alman model iki taraflı yatırım anlaşmasında müzakere edilen değişikliklerin anlamı,
9. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden bir anlaşmada yer alan bir hakkı talep ederek söz konusu anlaşmanın tüm hükümlerinin uygulanmasını tetikleme.

i. Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının Yorumlanması

Olayda, iki tarafta argümanlarını en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31(1) uyarınca yorumlanması üzerine kurmuşlardır. Öncelikle cevaplanması gereken soru, kaydın dar kapsamlı mı yoksa geniş kapsamlı mı yorumlanacağıdır. Mahkeme kaydın ne çok dar ne de çok geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini, iki taraflı yatırım anlaşmasının başlığı ve girişinde de belirtilen amacı doğrultusunda yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu anlaşma yatırımları korumak ve teşvik etmeyi amaçlamaktadır ve tarafların ortak amacı yatırımcılar için elverişli ortamlar yaratmaktır.

(a) Anlaşma m. 3'te Yer Alan En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Genel ve Özel Niteliği

Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına atıf yapan üç hüküm bulunmaktadır. Bunlar m. 3(1), 3(2) ve 4(4) dür. Madde 3(1) uyarınca, ev sahibi ülke kendi topraklarında yatırım yapan ya da bir yatırıma iştirak eden akit devlet vatandaşına, kendi vatandaşlarının yaptığı yatırımlara veya diğer bir devlet vatandaşı tarafından yapılan yatırımlara sağlanan muameleden daha az elverişli şartlar sağlamayacaktır. Madde 3(2) uyarınca, akit devletler kendi topraklarında yatırım yapan diğer akit devlet vatandaşlarına, yatırım ile ilgili faaliyetlerinde kendi vatandaşları veya diğer ülkelerin vatandaşlarına sağladığından daha az elverişli şartlar sağlamayacaktır. Elbette, söz konusu iki maddede bahsedilen daha az elverişli olmama durumu gümrük birliği, çeşitli ekonomik birlikler, serbest bölgeler ve vergi anlaşmaları ile sağlanan kolaylıkları kapsamamaktadır. Ayrıca faaliyetlerin tanımında yer alan örnekleme amaçlı ancak sınırlayıcı olmayan haller de en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uygulama alanını belirlemede yardımcı olacaktır.

Davalı, bu maddede bahsedilen muamelenin yatırımın geliştirilmesi ve yönetimi ile ilgili ekonomik ve ticari nitelikteki işler ile ilgili olduğunu ileri sürmüştür. ICSID hakemleri de “faaliyet” kelimesinin tanımlandığı protokolde sınırlayıcı bir anlam bulunmadığı, yalnızca açıklama amaçlı örnekler verildiğini belirtmişlerdir. Bu durumda, ICSID hakemleri maddenin yalnızca kendisi ile sınırlı kalmadığını ve tüm anlaşmayı kapsadığını; m. 3(1) ve 3(2) nin sadece yatırımın geliştirilmesi ve yönetimi ile ilgili ekonomi ve ticari nitelikteki işler ile sınırlı olmadığını dile getirmişlerdir.

(b) Anlaşma M. 3'ün Genel Olması Halinde M. 4'ün Neden Düzenlendiği

Davalı Arjantin m. 3'ün sadece milli muamele ile sınırlı olmaması ve tüm anlaşmayı kapsamaması halinde m. 4'ün gereksiz olacağını ileri sürmüş ve bu sebeple m. 3'ün milli muamele ile sınırlı olduğunu iddia etmiştir. İşte bu durumda mahkeme m. 4 ün anlaşmada yer almasının sebebinin açıklanması gerektiğini düşünmüştür.

Mahkemenin tercümesine göre, m. 4 (1) uyarınca, herbir akit devlet vatandaşının yatırımları diğer akit devletin topraklarında tam koruma ve hukuki güvenlikten faydalanacaktır; m. 4(3) uyarınca diğer akit devletin topraklarında meydana gelen savaş veya diğer silahlı çatışmalar, ihtilal, sıkıyönetim veya ayaklanma sebebiyle yatırımlarında zarara uğrayan akit devlet vatandaşına tazminatlar ile ilgili olarak diğer akit devlet vatandaşlarına sağlanan imkanlardan daha az elverişli şekilde davranılmayacaktır, bu ödemeler serbestçe transfer edilebilecektir ve m. 4(4) uyarınca akit devletlerden birinin vatandaşı diğer akit devletin topraklarında bu maddede kapsanan konularda en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesine tabi tutulacaktır.

Madde 4(4) uyarınca 4. maddede yer alan konular ile sınırlı olan m. 4 ile m. 3 karşılaştırıldığında m. 3'te bu tür bir sınırlama yapılmadığı görülmüştür. Bu durumda mahkeme m. 4'te yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet ya da milli muamelenin 3. maddenin genel olma özelliğini azaltmadığını ve 4. maddeyi gereksiz kılmadığını açıklamıştır. Burada söz konusu olan hususun özel bir alanı özel olarak ele almak olduğunu belirten ICSID hakemleri, önemli olan bir hususun özel olarak ele alınmasının genel kaydı etkilemediğine karar vermişlerdir.

(c) Yatırımların veya Yatırımcıların Korunması

Olayda davalı Arjantin, yatırım ile yatırımcı arasında en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uygulama alanını etkileyecek bir fark olduğunu belirtmiştir. ICSID hakemleri, böyle bir yorumun amaca aykırı olacağını; burada olayın amacını vurgulamak sebebiyle yatırımdan bahsedilmesinin yatırımcıyı dışlamayı hedeflemediğini kabul etmişlerdir.

(d) Milli Muameleye Atıf Yapılmasının En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Kapsamına Etkisi

Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3'te hem milli muamele, hem de en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının bahsedilmesini akit devletlere iki taraflı bir sorumluluk yükleyen, diğer akit devlet vatandaşına karşı hem sözleşmeye taraf olmayan devlet vatandaşlarından, hem de kendi vatandaşlarından daha az elverişli

şekilde davranmama yükümlülüğü getiren bir durum olarak değerlendirilen ICSID hakemleri, bunun amacının yatırımcıya en iyi şekilde davranmak olduğuna karar verip bu şekilde milli muameleden bahsedilemesinin en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamını etkilemeyeceğini belirtmişlerdir.

(e) Yatırımcıların ve Uyuşmazlığın Çözümünün Ele Alınışı

“Ambatielos Kararı” ile “Maffezini Kararı”nda ortak bulgular olduğuna dikkati çeken ICSID hakemleri, yatırıma dair faaliyetlerin uyuşmazlıkların çözümünü de kapsayacağını ve bunun amaca uygun olacağını dile getirmişlerdir.

(f) İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Davalının, Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 10(2)’de yer alan uyuşmazlığın yerel mahkemelere götürülmesi hükmünün iç hukuk yollarının tüketilmesi prensibinin farklı bir şekli ve bunun kendilerinin ekonomik ve dış politikalarının bir sonucu olduğunu ileri sürmesi üzerine, ICSID hakemleri bu maddeyi incelemişlerdir. Maddenin uyuşmazlığın çözümü konusunda yerel mahkemelere bir şans tanıdığını, ancak uluslararası hukuk anlamında bunun iç hukuk yollarının tüketilmesi önşartı olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmişlerdir. Burada önemli olan hususun herhangi bir mahkeme kararı alınması olmadığı, yalnızca taraflar arasında uzlaşa sağlanabilmesi için belirli bir süre geçmesi arandığı dile getirilmiştir. Ayrıca, ICSID hakemleri Arjantin tarafından iç hukuk yollarının tüketilmesinin ekonomik ve dış politikalarının bir sonucu olduğu iddiasının da desteklenemediğini, zira aynı yıl Arjantin tarafından akdedilen diğer iki taraflı yatırım anlaşmalarının farklı kayıtlar içerdiğini dile getirmişlerdir.

(g) Alman Model İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında Müzakere Edilen Değişikliklerin Anlamı

Burada Arjantin söz konusu farklılığın uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili maddelerin bilhassa müzakere edilmesi sonucu meydana geldiğini, bunun da tarafların açık iradesini ortaya koyduğunu ileri sürmüştür. Bu durum da ICSID hakemleri de tarafların açık iradesi ile bağlıdır.

Diğer taraftan, en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi de tarafların açık iradesi ortaya konulmadan sınırlandırılmaz. Dolayısıyla, tarafların ortak iradeleri ile belirledikleri bir hususu en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil etmek istemediklerine dair açık iradelerinin bulunmaması halinde, ICSID hakemleri tarafların iradesinin ne şekilde olacağını tahmin edemez.

(h) En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden Bir Anlaşmada Yer Alan Bir Hakkı Talep Ederek Söz Konusu Anlaşmanın Tüm Hükümlerinin Uygulanmasını Tetiklemek

ICSID hakemleri, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden başka bir anlaşmaya atıf yapılması halinde, anlaşmada yer alan her türlü avantajlı durumun, söz konusu talepte bulunan taraf için geçerli olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasının mümkün olmadığını, ayrıca kamu yararı uyarınca talep edilebilecek her türlü hak ve imkanın da talep eden tarafa sunulup sunulmayacağına değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Yukarıda dokuz madde olarak ele alınan ve davalının ilk itirazının incelemesi olan bu açıklamalar kapsamında ICSID hakemleri davalının yetki açısından ileri sürdüğü ilk itirazını reddetmişlerdir. ICSID hakemleri Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümünü kapsadığını kabul etmişlerdir. Böylelikle somut olayda da iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvurulabileceğine karar verilmiştir.

3. ICSID'in ARB/03/29 No.lu "Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. and Islamic Republic of Pakistan" Kararı⁵³

a. Olayın Başlangıcı

15 Nisan 2002 tarihinde davacı Türk şirketi Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. ("Bayındır") Pakistan'da yaptığı yatırımdan

⁵³ Decision on Jurisdiction in the Proceeding Between Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29) (Çevrimiçi) http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&action-Val=showDoc&docId=DC523_En&caseId=C27

kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurmuştur. Bayındır tahkim talebinde Pakistan'ın 1995 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasındaki Karşılıklı Yatırımların Teşviki ve Korunması Sözleşmesi'nin ("Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması") ilgili maddelerine atıfta bulunmuş ve söz konusu maddeler çerçevesinde başta yatırım sebebiyle yaptığı masraflar olmak üzere zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Bayındır'ın tahkim talebi üzerine Pakistan ICSID'in yetkisine itiraz etmiştir. Bu sebeple esasa dair yargılamaya geçilmeden önce ICSID'in somut uyuşmazlığın çözümünde yetkili olup olmadığı konusu ele alınmıştır. Bu kararda en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı, ICSID'in yetkisi ile ilgili olarak ileri sürülen argümanlardan biri olmanın yanı sıra kapsamı açısından da tartışılmıştır. Bu sebeple kararda kaydın kapsamının tartışıldığı bölümler de bu çalışmada ele alınacaktır.

b. Davacının İddiaları

Olayda Bayındır Pakistan'da inşa edilecek olan bir yol ile ilgili olarak yaptığı yatırımda Pakistan'ın gerek aralarındaki yatırım anlaşmasına, gerekse Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına aykırı şekilde sözleşmeyi sonlandırdığını ileri sürmüştür. Pakistan'ın yetki itirazı üzerine Bayındır somut uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olduğunu gösteren iddialarını ileri sürmüştür. Bunlar ICSID hakemleri tarafından dört başlık altında toplanmıştır:

1. Bayındır, gerek Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması, gerekse ICSID Sözleşmesi'ne göre bir yatırım yapmıştır.
2. Pakistan, Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının milli muamele ve en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi, adil ve eşit muamele ve tazminat ödenmeksizin kamulaştırma ile ilgili hükümlerini ihlal etmiştir.
3. Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına istinaden ileri sürülen iddialar, taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmeye istinaden ileri sürülebilecek olanlardan bağımsızdırlar ve yatırım sözleşmesine taraf olan Pakistan'ın yetkili kurumu National Highway Authority ("NHA") ve bizzat Pakistan devletine karşı ileri sürülebilirler.

4. Taraflar arasında akdedilmiş olan yatırım anlaşması uyarınca da ICSID somut uyuşmazlığın çözümünde yetkilidir.

Davacı daha sonra ICSID'in taraflar arasındaki yatırım anlaşması uyarınca da yetkili olduğu iddiasından vazgeçmiştir. Yetki ile ilgili yargılama özellikle Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması hükümlerinin ihlal edildiği iddiası üzerinde yoğunlaşmıştır.

c. Davalının Savunması

Davacının yetki ile ilgili iddiaları üzerine Pakistan çeşitli başlıklar altında bu iddialara cevap vermiştir. Bunlar özetle Bayındır'ın Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması ya da ICSID kapsamında bir yatırım yapmamış olduğu, Bayındır'ın iddialarını Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına aykırılık temelinde oturtmasının doğru olmadığı, Bayındır'ın iddialarının temelinde taraflar arasında akdedilen yatırım anlaşmasına aykırılık yattığı, her halükarda yatırım ile ilgili yetkili kurum NHA'nın Pakistan devletinden ayrı bir tüzel kişi olması sebebiyle somut olayda Pakistan'a atfedilebilecek bir aykırılık bulunmadığı ve bu sebeplerle ICSID'in yetkili olmadığı şeklindedir.

d. Sonuç

Tarafların beyanları doğrultusunda ICSID hakemleri değerlendirmelerde bulunmuşlardır. ICSID hakemleri Pakistan'ın itirazlarını tek tek ele almışlardır. Ele alınan ilk husus, Bayındır'ın somut uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurmadan önce tamamlanması gereken süreci tamamlanmadığına ilişkin iddiadır. Bu husus, Pakistan'ın yetki ile ilgili itirazlarının temelini oluşturur. Pakistan, Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması m.7'de yer alan uyuşmazlıkların çözümü sistemine uygun hareket edilmediğini, m.7 uyarınca yapılması gereken bildirim kendilerine ulaşmadığını ileri sürmüştür. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yatırımcı, ilgili tarafa durumu detaylı olarak anlatan bir bildirimde bulunmak ve bildirimden sonra altı aylık bir süre içerisinde uyuşmazlığın görüşmeler ile sona erdirilememesi halinde ICSID'e başvurmak imkanına sahiptir. Bayındır, daha önce sözleşme ile ilgili olarak yaptıkları bildirim ile söz konusu yükümlülükten kurtulduklarını ileri sürmüştür. ICSID hakemleri ise Pakistan ve Bayındır ara-

sında söz konusu bildirim ICSID'e başvuru açısından yeterli olup olmayacağı hususu üzerinde durmaksızın, söz konusu bildirim IC-SID'e başvuru açısından bir şart olmadığına kanaat etmiştir. ICSID hakemleri maddenin amacının uyuşmazlığı çözme imkanı yaratmak ve tarafların müzakere etmelerini sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple Bayındır'ın daha önce sözleşme ile ilgili olarak yaptığı bildirimden başka bir bildirim yapmamış olması başvuru açısından olumsuz bir etki yaratmamış ve Pakistan'ın bu itirazı reddedilmiştir. Bu durumda, Bayındır'ın söz konusu bildirim yapılmaması ile ilgili olarak ileri sürdüğü ve bu çalışmanın asıl konusu olan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanı hususunun da tartışılmasına gerek kalmamıştır.

Ancak, bu kararda en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı ile ilgili, çalışmanın esasına ışık tutabilecek çeşitli değerlendirmeler mevcuttur. Bunlar Bayındır'ın Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması ile ilgili iddialarına ilişkindir. Bayındır tahkim talebinde, Pakistan'ın Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasını ihlal ettiğini; çünkü Pakistan'ın m.2 uyarınca yatırımı teşvik ve korumada yetersiz kaldığını, m. 2(II) uyarınca adil ve eşit davranmadığını (Bayındır bu maddenin hem milli muamele hem de en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydını içerdiğini ileri sürmüştür.),⁵⁴ m. 3(I)'e aykırı olarak Bayındır'ın yatırımına karşı kamulaştırma ya da aynı etkiye sebep olacak önlemler aldığını ileri sürmüştür. Bayındır'ın söz konusu iddiaları ICSID hakemleri tarafından üç başlık altında ele alınmıştır. Bunlar, adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının ihlali ve kamulaştırma ile ilgili iddialardır.

Bayındır'ın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına ilişkin açıklamaları, kendisine Pakistan'da yatırım yapan diğer bir devlet ya da bir Pakistan şirketine sunulan en iyi muamelenin sunulmadığı şek-

⁵⁴ Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 2/I "Taraflardan her biri, kendi kanun ve nizamları çerçevesinde benzer durumlarda herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına uygulanandan daha az elverişli olmamak şartıyla yatırımlara ve ilgili faaliyetlere izin verecektir.", m.2/II "Taraflardan her biri kurulmuş olan bu yatırımlara benzer durumlarda kendi yatırımcılarının yatırımları veya herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, o muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır." hükmünü amirdir.

lindedir. Bayındır masrafların kısılması için yatırım sözleşmesine son verildiğini, zamanlama konusunda diğer yatırımcılara oranla daha sert bir uygulama ile karşılaştığını ve kendi programlarının gerisinde olmalarına rağmen daha kötü durumda olan şirketlerin dahi sözleşmelerine son verilmediğini ileri sürmüştür.

Pakistan, Bayındır'ın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili iddialarını tahkim talebinde ileri sürmediğini, bu iddiaların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilişkilendirilemeyeceğini belirtmiştir. Pakistan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yerli ya da yabancı bir yatırımcıya sağlanan daha iyi idari düzenlemeler ile ilgili olduğunu; kaydın hukuki yükümlülüklerin bulunmadığı, takdir hakkı söz konusu olan hususları kapsamadığını söylemiştir. Ancak ICSID hakemleri Bayındırın Pakistan'daki diğer yatırımcılar ile aynı hukuki ve idari çerçevede işlem görmesinin onlar ile aynı muameleye tabi tutulduğu anlamına gelmeyeceğini; kaydın salt idari uygulamalardan ibaret olmadığını kabul etmişlerdir.

Bu açıklama, ICSID uygulaması açısından en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının açıklanması ve yorumlanmasında son derece önemlidir. Zira ICSID hakemleri, ülkede yatırım yapan farklı devletlerin vatandaşları arasında ya da ev sahibi devlet ile diğer bir devlet vatandaşı arasında eşit muamelenin yalnızca idari düzenlemeler ile olmayacağını, yatırımcıya karşı tutumun da kaydın kapsamına dahil olduğunu kabul etmiştir. Hatta işi vaktinde yetiştiremeyen Bayındır ile yapılan sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra, işe devam eden yerli yatırımcının da programın gerisinde kalması halinde Pakistan'ın hiçbir önlem almaması ve aynı yatırımcı ile çalışmaya devam etmesinin, somut olaya ilişkin maddi vakaların da göz önünde bulundurulması şartıyla, kaydın kapsamına girebileceği kabul edilmiştir.

En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile ilgili değerlendirmelerden sonra, Bayındır'ın Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması ya da ICSID Sözleşmesi kapsamında bir yatırımda bulunup bulunmadığı, Bayındır'ın Türkiye – Pakistan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına dayandırdığı iddialarının aslında taraflar arasında akdedilmiş olan yatırım sözleşmesine dayandırılması gerekip gerekmediği ve Bayındır'ın iddialarının ICSID'in somut uyuşmazlığın çözümünde yetkili olduğu fikrini desteklemede yeterli olup olmadığı konuları ele alınmıştır.

Sonuç olarak ICSID hakemleri somut uyuşmazlığın çözümünde IC-SID'in yetkili olduğuna karar vermişlerdir. Bu karar gerek en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanı, gerekse en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı ile ilgili önemli açıklamalar içermektedir. Bu sebeple, bu çalışmada yer alması önemlidir.

B. En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydının Dar Kapsamlı Olarak Yorumlandığı Kararlar

1. ICSID' in ARB/02/13 No.lu "Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan" Kararı⁵⁵

a. Olayın Başlangıcı

8 Ağustos 2002 tarihinde, davacılar Salini Costruttori S.p.A. ve Italstrade S.p.A. davalı Haşimi Ürdün Krallığı'na karşı tahkim talebinde bulunmuştur. 1992'de Ürdün Hükümeti tarafından bir kamu hizmetinin görölmesi için yapılan ihalede, en iyi teklifi veren şirketler olmaları sebebiyle ihaleyi davacılar Salini Costruttori S.p.A. ve Italstrade S.p.A. almışlardır. Ancak, iç bittikten sonra davalı taraftan yapılması gereken ödeme ile ilgili olarak taraflar arasında uyuşmazlık çıkmıştır.

Uyuşmazlığın ortaya çıkmasını takiben, davacılar bu durumun 21 Temmuz 1999 tarihinde İtalya Cumhuriyeti ve Haşimi Ürdün Krallığı arasında imzalanan Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmasını ("İtalya - Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması") ihlal ettiğini ve anlaşma uyarınca bu durumun dostane çabalar ile özölememesi halinde ICSID tahkimine başvuracaklarını dile getirmişler ve sonrasında da uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurmuşlardır.

⁵⁵ Decision on Jurisdiction in the Proceeding Between Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13) (evrimii) http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&action-Val=showDoc&docId=DC635_En&caseId=C218, 10.03.2009, [Buradan itibaren Salini kararı olarak anılacaktır.]

b. Davacının İddiaları

Davacılar mevcut durumda, ICSID tahkimine başvuru şartlarının tamamen yerine getirildiğini dile getirerek, tarafların söz konusu uyuşmazlığın ICSID tahkimi tarafından çözülmesi konusunda vermesi gereken onayın da, İtalya – Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında mevcut olduğunu dile getirmişlerdir. Tüm bu belirttiklerine ek olarak, davacılar her halükarda iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı vasıtasıyla, Ürdün – Amerika Birleşik Devletleri İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesine atıf yapılacağını ve uyuşmazlıkların ICSID tahkiminde çözüleceğini dile getirmişlerdir.

Davacılar, iki taraflı yatırım anlaşmasının ihale yapıldıktan sonra yürürlüğe girmiş olmasının ICSID tahkimine verilen onay karşısında bir engel teşkil etmediğini; zira anlaşmanın uygulanmasına dair zamansal bir sınırlama olmadığını, ayrıca davalının anlaşmayı ihlal eden davranışlarının zaten anlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden sonra gerçekleştiğini ve halen devam etmekte olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davacılar gerek Ürdün – İtalya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili madde ile gerekse bu anlaşmada yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı sayesinde, davalının söz konusu uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözülmesine onay verdiğini ileri sürmüşlerdir.

c. Davalının Savunması

Davacının iddiaları üzerine, Ürdün yetki konusundaki itirazlarını sunmuştur. Ürdün bu uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklandığını dile getirerek uyuşmazlığın taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmede yer alan uyuşmazlığın çözümü maddesi uyarınca çözülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Somut olayda, ICSID'in yetkisiz olduğunu ve Ürdün ile diğer devletler arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlığın çözümü maddelerinin de ICSID'i yetkili hale getirmeyeceğini belirtmiştir.

Ürdün, yetki ile ilgili olarak, söz konusu uyuşmazlığın yatırım ile ilgili olduğu kabul edilse dahi söz konusu yatırım anlaşmasının iki taraflı yatırım anlaşmasına tabi olacağını ve bu durumda öncelikle dostane çözüm yöntemlerine başvurulması gerektiğini; böylelikle tekrar-

dan sözleşmeye atıf yapıldığını, davacıların ICSID ile ilgili 9(3)(b) maddesine ya da en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına dayanarak Ürdün ile diğer devletler arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmalarına atıf yapamayacağını iddia etmiştir.

Davalı söz konusu uyuşmazlığın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID tahkimine götürülemeyeceğini, iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe giriş tarihi itibarıyla söz konusu uyuşmazlıkta uygulama alanı bulamayacağını ve en önemlisi Ürdün'ün iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal eden hiçbir davranışı olmadığını iddia etmiş ve ICSID hakemlerinin yetkisizlik kararı vermesini talep etmiştir.

d. Sonuç

Tarafların beyanları karşısında ICSID hakemleri iki taraflı yatırım anlaşması m. 3(1)'de yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının sözleşmesel talepler açısından ICSID'i yetkili kılıp kılmadığını ele almışlardır. Davacılar m. 3(1) uyarınca, Ürdün'de yatırım yapan İtalyan yatırımcıların Ürdün'de yatırım yapan diğer devlet vatandaşlarından daha az elverişli bir uygulamaya tabi tutulamayacağını dile getirerek, "Maffezini Kararı" nı örnek göstermişlerdir. Son olarak da Ürdün ile Amerika Birleşik Devletleri ve Ürdün ile Birleşik Krallık arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlığın çözümü maddelerine atıf yaparak, uyuşmazlığın çözüm yeri olarak ICSID'in yetkili olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Buna karşılık olarak davalı, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının usule ilişkin yükümlülöklere uygulanamayacağını, "Maffezini Kararı" nın ICSID üzerinde bağlayıcılığı olmadığını, ayrıca en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının usule ilişkin konularda uygulama alanı bulması halinde dahi bu tür bir uygulamanın kamu düzenine aykırı olacağını, bunun da "Maffezini Kararı" nda da ICSID hakemleri tarafından ileri sürölen yetkisiz kılma sebeplerinden olduğunu söylemiştir. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının tarafların kesin iradesini etkileyemeyeceğini ve ayrıca Ürdün ile Amerika Birleşik Devletleri ve Ürdün ile Birleşik Krallık arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmaları uyarınca da sözleşmesel uyuşmazlıklarda ICSID'in yetkili olmadığını dile getirmiştir.

Burada önemli olan husus en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümüne uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu konuda UAD'nın önceki bölümlerde açıklanan üç kararına atıf yapan ICSID hakemleri, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yalnızca kaydın ilgili olduğu konu ile aynı konulara uygulanacağına dair kararını dile getirmişlerdir. ICSID hakemleri bu kararlarda ve taraflarca anılan "Maffezini Kararı" gibi çeşitli ICSID kararlarında da dile getirilen uyuşmazlıkların çözümü ile yatırımcının korunması ilişkisini de dikkatlice ele almışlardır.

ICSID hakemleri tarafından da belirtildiği üzere somut uyuşmazlık oldukça farklıdır. İtalya – Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3/I uyarınca "Akit devletler, diğer akit devlet vatandaşı yatırımcı tarafından gerçekleştirilen yatırım ve yatırımcıya tahakkuk eden gelire karşı gösterilecek muamelenin, bu anlaşmaya taraf olmayan diğer bir devlet vatandaşı yatırımcı tarafından yapılan yatırım ve yatırımcıya tahakkuk eden gelire karşı gösterilen muameleden daha az elverişli olmayacağını taahhüt ederler." denilmektedir.⁵⁶ İtalya – Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3 uygulama alanını uyuşmazlığın çözümünü de kapsayacak şekilde genişletecek, bu sözleşme ile kapsanan tüm haklar veya konular şeklinde bir ifade içermemektedir. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümünün en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil olup olmadığı belirli değildir. Oysa, İtalya – Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 9(2)'de bir yatırımcı ile taraf ülkelerden birinin kurumu arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların yine sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu durumda ICSID hakemleri İtalya – Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3 uyarınca, davacıların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID tahkimine başvuramayacağına ve söz konusu kaydın uyuşmazlıkların çözümünü kapsamadığına karar vermişlerdir.

Bu değerlendirmeden sonra davacılar tarafından ileri sürülen, IC-

⁵⁶ http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_jordan.pdf, 03.07.2009, Art. 3/I "Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States."

SID'in yetkisine dair diğer beyanlar tartışılmaya devam edilmiş ve sonuç olarak ICSID'in başka bir sebebe dayanarak yetkili olduğuna karar verilmiştir. ICSID hakemleri bu uyuşmazlıkta en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru için gereken şartların yerine getirilmediğine karar verilmişlerdir.

2. ICSID' in ARB/03/24 No.lu "Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria" Kararı⁵⁷

a. Olayın Başlangıcı

24 Aralık 2002 tarihinde, davacı Kıbrıs şirketi Plama Consortium Limited (Plama) tarafından davalı Bulgaristan Cumhuriyeti (Bulgaristan) aleyhine ICSID huzurunda yapılan tahkim talebinde, Enerji şartı Anlaşmasında (EşA) yer alan ICSID tahkimi maddesi ve 1987 tarihli Kıbrıs ile Bulgaristan Cumhuriyeti arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında (Kıbrıs– Bulgaristan İki Tarafly Yatırım Anlaşması) yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına atıf yapılmıştır.

18 Eylül 1998 tarihinde davacı, Bulgaristan'da petrol rafinerisi sahibi bir şirket olan Plama AD şirketinin sermayesinin %96,78' ini temsil eden 49, 837, 849 hissesini satın almıştır. Davacının iddiasına göre Bulgaristan hükümeti, yasama ve yargılama organları ile diğer kamu hizmetleri zamanla Plama AD için büyük sorunlar ıkarımış ve bu durumu düzeltebilecek tedbirlerin alınmasını reddetmiş ya da sebep-siz bir şekilde geciktirmiştir. Bu durum karşısında gerek maddi zarara uğradığını, gerekse Plama grubunun itibarının zedelendiğini ileri süren davacı, Bulgaristan'ın söz konusu faaliyetlerinin EşA ve Kıbrıs – Bulgaristan İki Tarafly Yatırım Anlaşmasını ihlal ettiğini iddia etmiş ve zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu durum karşısında davalı tarafça ileri sürülen ilk itiraz ise, söz konusu iddialarının ICSID'in yetkisi dışında kaldığıdır.

⁵⁷ Decision on Jurisdiction in the Proceeding Between Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24) (evrimii) http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521_En&caseId=C24, 28.04.2009, [Buradan itibaren Plama kararı olarak anılacaktır.]

Taraflar bir taraftan EŞA'na istinaden somut uyuşmazlığın ICSID'de çözümlenmesine dair karşılıklı beyanlarını sunarken, diğer taraftan da iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanını tartışmışlardır.

b. Davacının İddiaları

Davacı, Bulgaristan'ın gerek EŞA'nı onaylayarak, gerekse iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı sayesinde Plama'nın somut olayda yaşadığı şekilde, yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine getirilmesine onay verdiğini ileri sürmüştür.

Davacı, davalı Bulgaristan'ın huzurdaki uyuşmazlığın ICSID tahkimi tarafından çözümlenmesi için vermesi gereken onayın Kıbrıs – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden Finlandiya – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına atıfta bulunularak elde edilebileceğini iddia etmiştir. Davacı, uyuşmazlıkların çözümü konusunun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamında olduğunu ileri sürmüş ve başvurusunun kabul edilmesini talep etmiştir.

c. Davalının Savunması

Davalı söz konusu uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olabilmesi için gereken onayı Kıbrıs – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden verdiği iddiası üzerine, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının taraflarca kabul edilen kaydın ilgili olduğu belirli bir konu ile sınırlı olduğunu; Bulgaristan'ın uluslararası tahkim için vermesi gereken onayın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının geniş olarak yorumlanması ile elde edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bulgaristan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının açıkça bu konuya atıfta bulunmadığını, uyuşmazlığın çözümü konusunu kapsamadığını ve uyuşmazlığın çözümü hususunun da bu kapsamda olduğu kabul edilse dahi, en ziyade müsaadeye millet mazhar kaydının, bu şekilde, iki taraflı yatırım anlaşmasının genel politikasını görmezden gelerek kullanılmayacağını belirtmiştir.

d. Sonuç

ICSID hakemleri, tarafların beyanları doğrultusunda, EŞA ve İki Taraflı Yatırım Anlaşması olmak üzere alternatifleri tek tek ele almayı uygun görmüşlerdir. Davacının Kıbrıs – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca kendisini yatırımcı olarak tanımlaması, söz konusu anlaşmada en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yer alması, söz konusu kaydın yatırımcının karşı karşıya olduğu muamelelerin tamamına uygulanması ve muamelelerin uyuşmazlıkların çözümünü kapsamaması gibi bir düzende en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvurulabileceğini ileri süren davacı, bu durumda Finlandiya – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesine atıf yapmıştır.

Kıbrıs- Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 3/1 uyarınca "Akit devletler kendi ülkelerinde yatırım yapan diğer akit devlet vatandaşları yatırımcılara bu anlaşmaya taraf olmayan diğer devlet vatandaşları yatırımcılara gösterdiğinden daha az elverişli muamele göstermeyeceklerdir." denilmektedir.⁵⁸ ICSID hakemleri de bu kaydın uyuşmazlıkların çözümünü kapsayıp kapsamadığını ele almışlardır. Sonuç olarak Kıbrıs - Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasına tabi bir yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın ICSID'e götürülebilmesi için verilmesi gereken onayın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına dayanılarak elde edilemeyeceğine karar veren ICSID hakemleri, bu kararı çeşitli nedenlere dayandırmışlardır.

ICSID hakemleri, ilk olarak en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydında yer alan geniş ifadelerin iradelerin açıkça belirtilmesi için yeterli olmadığını belirtmişler; uyuşmazlıkların çözümü maddelerinin özellikle müzakere edildiği hallerde tarafların iradesinin kesin olarak belirlendiğini söylemişlerdir. Öyleyse, tarafların üzerinde durdukları, özel olarak görüŐtükleri ve anlaşmaya vardıkları bir hususun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı gibi kapsamını tespit etmenin ve yorumlamanın zor olduğu bir kayıt ile tamamen farklı bir hale getirilmesinin mümkün olmaması gerektiğine kanaat getirmişlerdir.

⁵⁸ http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/bulgaria_cyprus.PDF, 03.07.2009, Art. 3/1 "Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states."

ICSID hakemleri, herhangi bir kuşkuya yer vermeden uyuşmazlıkların çözümünü kapsadığı açıkça ortada olacak şekilde kaleme alınmış bir en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı olmadığı sürece, uyuşmazlıkların çözümünün bu kapsamda olmadığını dile getirmişlerdir. Dolayısıyla, ICSID hakemleri Kıbrıs – Bulgaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden somut uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvuru imkanı bulunmadığına karar vermişlerdir. ICSID hakemleri somut uyuşmazlıkta ICSID'in yetkili olduğuna karar vermiş olsa da, yetkisinin dayanağı olarak EŞA'nı göstermiş ve bu olayda iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvurulamayacağına karar vermişlerdir.

3. ICSID'in ARB/04/15 No.lu "Telenor Mobile Communications A.S. and The Republic of Hungary" Kararı⁵⁹

a. Olayın Başlangıcı

Davacı Norveçli şirket Telenor Mobile Communications A.S. ("Telenor") 16 Aralık 2003 tarihinde ICSID'e başvurarak, davalı Macaristan Cumhuriyeti ("Macaristan") aleyhinde tahkim talebinde bulunmuştur. Davacı somut olayda Macaristan'da yaptığı yatırımın tamamının ya da bir kısmının tazminat ödenmeksizin kamulaştırılmasının Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının ihlali anlamına geldiğini ve yine aynı anlaşmada yer alan taahhüt uyarınca kendilerine adil ve eşit muamele yapılmadığını ileri sürmüştür. Davalı ise yetki ile ilgili itirazlarını dile getirmiş ve somut uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olmadığını belirtmiştir.

b. Davacının İddiaları

Olayda davacı Macaristan'da yaptığı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurmuştur. Davacı, Macaristan'da yaptığı yatırıma davalı tarafından gösterilen muamele, Macaristan tarafından toplanan vergi ve sektörel sıkıntılar sebebiyle zarara uğra-

⁵⁹ Decision in the Proceeding Between Telenor Mobile Communicatons A.S. and Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/04/15) (Çevrimiçi) http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC652_En&case-Id=C240, 06.07.2009 [Buradan itibaren Telenor kararı olarak anılacaktır.]

dığını, davalının Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan adil ve eşit muamelede bulunma taahhüdünün yerine getirmediğini belirtmiştir.

Davacı Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca yalnızca kamulaştırma halinde doğrudan ICSID'e başvuru hakkı bulunduğunu ve somut uyuşmazlığında kamulaştırmadan kaynaklandığını dile getirmiştir. Davacı, daha sonra kamulaştırma iddiasının üzerinde durmasa da somut uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Davacı Telenor, Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden Macaristan ile diğer devletler arasında imzalanmış olan ve hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın her türlü uyuşmazlıkta doğrudan ICSID'e başvuru imkanı tanıyan bir anlaşmaya atıfta bulunulabileceğini ileri sürmüştür. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümünü kapsadığını ileri süren davacı somut uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olduğunu belirtmiştir.

c. Davalının Savunması

Davacının söz konusu iddiaları üzerine davalı somut uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olması için gerekli olan onayın kendileri tarafından verilmediği belirtmiştir. Davalı somut olayın çözümünde yalnızca Macaristan mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüş ve Macaristan'ın uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkili olması için onay vermediğini belirtmiştir.

Davalı iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanının mümkün olmadığını, ICSID kararlarının çoğunluğunda da bu imkanın kabul edilmediğini belirtmiştir. Davalı, taraflarca açıkça belirtilmediği sürece, uyuşmazlıkların çözümünün en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına girmediğini ve somut olayda tarafların ortak iradesi doğrultusunda belirlenen uyuşmazlıkların çözümü sistemi uyarınca davranılması gerektiğini dile getirmiştir.

d. Sonuç

Davacının söz konusu iddiaları üzerine ICSID hakemleri gerek davacı tarafından ihlal edildikleri ileri sürülen Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının ilgili maddelerini, gerekse davacının iddialarını incelemişlerdir. Hakemler daha sonra davalının yetki ile ilgili itirazlarını değerlendirmişlerdir. Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca yalnızca yabancı yatırımların kamulaştırılması halinde ICSID'in yetkili olması ve davacının da somut uyuşmazlığın konusu olarak kamulaştırmayı ileri sürmesi sebebiyle ICSID hakemleri olayı kamulaştırma ile ilgili olarak ele almışlardır. Hakemler meydana gelmiş olan olayda kamulaştırmadan söz edilip edilemeyeceğini tartışmışlar ve yetki konusunun bu duruma bağlı olduğunu dile getirmişlerdir. Ancak somut uyuşmazlığın kamulaştırma kapsamına dahil olmaması sebebiyle, davacının iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuruda bulunulabileceği yönündeki ikinci iddiası değerlendirilmiştir.

İlk olarak Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı incelenmiştir. Norveç – Macaristan İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi başlıklı 4. maddesinde “Akit devletlerden birinin topraklarında yatırım yapan diğer akit devlet vatandaşı yatırımcı bu anlaşmaya taraf olmayan diğer devlet vatandaşı yatırımcılara tanınandan daha az elverişli şartlara tabi olmayacaktır.” denilmektedir.⁶⁰ Burada kaydın uyuşmazlıkların çözümünü kapsayıp, kapsamadığına dair hiçbir bilgi yoktur.

Uyuşmazlıkların çözümünü kaydın kapsamına dahil edilip, edilmemesi ile ilgili olarak tarafların iradesini tespit etmeyi amaçlayan ICSID hakemleri, davacının iddiaları ile birlikte ele aldığı “Maffezini ve Siemens Kararları”nı da incelemişlerdir. “Maffezini Kararı”nı ve Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasını inceleyen hakemler buradaki durumun somut uyuşmazlıktan farklı olduğunu; gerek

⁶⁰ Decision in the Proceeding Between Telenor Mobile Communicatons A.S. and Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/04/15) s. 45 Art. 4 “Investments made by Investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, as also the returns therefrom, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by Investors of any third State.”

uyuşmazlığın konusunun, gerekse en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının aynı olmadığını belirtmişlerdir. Davacının ICSID nezdinde verilen, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının geniş kapsamlı olarak yorumlandığı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanının kabul edildiği söz konusu iki karardan bahsetmesinin üzerine hakemler, söz konusu kaydın dar kapsamlı olarak yorumlandığı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanının kabul edilmediği "Salini ve Plama Kararları"nı da ele almışlardır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, ICSID hakemleri tarafların açıkça en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil etmedikleri bir hususun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamında ele alınmasının Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31'e aykırı olacağını; böyle bir yorumun iyi niyetli bir yorum olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmişlerdir. ICSID hakemleri, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının geniş yorumlanmasının ev sahibi devleti taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı kadar alternatif ile karşı karşıya bırakacağını ve bu durumun da istikrarsızlığa sebep olacağını dile getirmişlerdir. Son olarak uyuşmazlıkların çözümü için belirlenmiş olan sistemin tarafların iradesini yansıttığını dile getiren ICSID hakemleri, yalnızca yatırımcının korunmasının düşünülerek en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının geniş kapsamlı olarak yorumlanmasının yanlış olduğunu ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla tarafların ortak iradesinin zedelenmemesine önem veren ICSID hakemleri yetkisizlik kararı vermişlerdir.

4. ICSID' in ARB/04/14 No.lu "Wintershall Aktiengesellschaft and Argentina Republic" Kararı⁶¹

a. Olayın Başlangıcı

Olayda, Arjantin'de petrol ve doğalgaz üreticiliği yapan, tüm hisseleri Alman Wintershall Aktiengesellschaft şirketine ("Wintershall") ait

⁶¹ Award in the Proceeding Between Wintershall Aktiengesellschaft and Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/04/14) (Çevirmici) <http://ita.law.uvic.ca/>, 03.05.2009, [Buradan itibaren Wintershall kararı olarak anılacaktır.]

bağlı şirket Wintershall Energia S.A.'nın ("WIAR") tabi olduğu mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle, WIAR'ın Wintershall'a yapacağı temettü ödemelerinin zamanında gerçekleşmesi engellenmiş; WIAR'ın kazanılmış hukuki ve sözleşmesel hakları azaltılmış ve Arjantin'in, Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. 4(2) hükmü uyarınca, tarafların kamu yararı hariç olmak üzere tazminat ödemeksizin kamulaştırma ya da aynı etkiye sahip herhangi bir önlem almama yükümlülüğü ihlal edilmiştir.

Bunun üzerine Wintershall ve WIAR şirketleri 2 Nisan 2003 tarihinde, Arjantin yetkili mercilerine gönderdikleri bir yazı ile Arjantin ile aralarındaki uyuşmazlığa dair önemli hususları bildirmişlerdir. Söz konusu yazıda Federal Almanya Cumhuriyeti ile Arjantin arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması İle İlgili İki Taraflı Yatırım Anlaşması ("Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması") uyarınca Arjantin tarafından Alman yatırımcılara sağlanması gereken hak ve yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirilmediği açıklanmıştır.

Bahsedilen yazıda davacı, ancak altı aylık bir süre sonrasında uyuşmazlığın devam etmesi halinde, uyuşmazlığın çözümü için ev sahibi devlet mahkemelerine gidilmesi gerektiğini ve mahkemeye başvurduktan sonra geçecek olan onsekiz aylık süre sonunda ev sahibi devlet mahkemelerinin kesin karara varamaması ya da uyuşmazlığın halen devam etmesi halinde uluslararası tahkime gidileceğini belirtmiştir.

Bu hüküm doğrultusunda dostane çözüm yolları ile uyuşmazlığı çözmek isteyen Wintershall ve WIAR, bu konuda başarılı olunamaması üzerine, 19 Aralık 2003 tarihli bir yazı ile uyuşmazlığın ortaya çıkmasını takiben altı aylık sürenin sona erdiğini ve Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan ve uyuşmazlıkların çözümünü de kapsayan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesi uyarınca, uyuşmazlığın çözümü için gerekli adımları atacaklarını ve bu sebeple ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca münhasır yetkisi olan ICSID'e başvuracaklarını bildirmişlerdir. Daha sonra, Wintershall ve WIAR ICSID'e başvurarak davalı aleyhinde tahkim talebinde bulunmuşlardır.

b. Davacının İddiaları

Davacı tarafca hazırlanan tahkim talebinde yatırımın detayları ve uyuşmazlık ile ilgili olarak Arjantin'in gerek iki taraflı yatırım anlaşması, gerekse uluslararası hukuka aykırı davrandığı dile getirilmiştir. Yatırımların hangi şartlar altında millileştirileceği, kamulaştırılacağı ya da benzeri önlemler alınacağını belirten davacı, bu şartların yerine getirilmediğini, yatırımlara karşı adil ve eşit davranılmadığını, gerekli koruma ve hukuki güvenliğin sağlanmadığını, kendilerine ev sahibi devlet tarafından ev sahibi devlet ya da diğer bir devlet vatandaşlarına sağlanandan daha az elverişli muamele yapıldığını, yatırımcının yatırımını işletme, yönetme ve yatırımdan faydalanma haklarının kısıtlandığını ve yatırımlar ile ilgili olarak verilen taahhütlerin yerine getirilmediğini dile getirmiştir.

Davacı, Arjantin'in söz konusu davranışları sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesinde öngörülen sistem yerine, yine aynı anlaşmada yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen sisteme başvurduğunu belirtmiştir. En ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesine başvurabilmek ve dolayısıyla ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında öngörülen uyuşmazlıkların çözümü sisteminden faydalanabilmek için gerek ilgili anlaşma hükümlerini, gerekse önceki ICSID hakem kararlarını dile getiren davacı “Maffezini Kararı”ndan alıntı yaparak *“aynı mahiyette olmak kaydıyla, taraflardan birinin diğer bir ülke ile akdettiği bir anlaşmada yatırımcılar açısından daha elverişli uyuşmazlıkların çözümü maddesi bulunması halinde, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı uyuşmazlıkların çözümünü kapsayacak şekilde ele alınır”*⁶² demiştir.

Ayrıca, davacı onsekiz aylık bekleme süresi gibi usuli işlemlerin yetki ile ilgili bir önşart olmadığını ve bu usuli işlemde vazgeçilebileceğini

⁶² Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction in the Proceeding Between Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), s. 21, “If a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favourable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favoured nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle.”

ileri sürmüştür. Davacı, söz konusu süre sonunda bir fayda elde edilemeyeceği hallerde bu sürenin beklenmesinin gereksiz olduğunu ileri sürerek, bu yönde verilmiş olan çeşitli uluslararası yargı organı kararlarına atıfta bulunmuştur. Davacı tarafça ileri sürülen kararlarda, söz konusu bekleme süresinin sonuna gelindiğinde belirli bir fayda elde edilemeyeceği ya da söz konusu bekleme süresi yalnızca usuli bir konu olduğu için bekleme sürelerinin yetki ile ilgili birer önşart olmadığı vurgulanmıştır.

Davacı, son olarak, öncelikle tarafların ICSID konusunda uzlaştığını, ancak anlaşamadıkları tek noktanın zamanlama olduğunu ileri sürmüştür. Davacı, söz konusu zamanlama kuralını aşmak amacıyla en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına başvurduğunu ve bunun yatırımcılar açısından daha elverişli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yer aldığı maddenin belirli fıkralarında kaydın kapsamını daraltan hükümler yer aldığını, ancak bunlardan hiçbirinin uyuşmazlıkların çözümünü kapsam dışı bırakmadığını söylemiştir.

c. Davalının Savunması

Davacının beyanları karşısında; davalı öncelikle huzurdaki uyuşmazlığın çözümünde ICSID'in yetkisiz olduğunu ileri sürmüş ve ICSID hakemlerinin yetkisizlik kararı vermelerini talep etmiştir. Davalı yetki konusundaki itirazlarını altı başlık altında toplamıştır. Bunlardan ilki, Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca davacının huzurdaki uyuşmazlığın çözümü için Arjantin mahkemelerine başvurmamış olmasıdır. Davalı, davacının anlaşmada öngörülen şartları yerine getirmemek adına en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına başvuramayacağını, bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne uygulanamayacağını, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının bu denli geniş yorumlanmasının uygun olmadığını söylemiştir.

Davalı tarafından ileri sürülen diğer itirazlar ise, Arjantin tarafından alınan milli önlemlerin gözden geçirilmesinin ulusal bir mesele olduğu ve ICSID'in yetkisi dahilinde bulunmadığı, davacının taleplerinin sözleşmeden kaynaklandığı ve bu sebeple sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak çözüm yönteminin uygulanması gerektiği, söz konusu uyuşmazlığın çözümünde Arjantin mahkemelerinin yetkili olduğu, Wintershall'in başka bir tüzel kişiliğe ait hukuki hak-

lar ile ilgili hak talep edemeyeceği ve Wintershall' in uyuşmazlığın temeli olarak gösterilen önlemler alındıktan sonra hak sahibi olduğu konular ile ilgili olarak talepte bulunamayacağı yönündedir.

Davalının ilk beyanları arasında yer almayan, ancak yetki ile ilgili olarak yapılan oturumda davalı tarafından dile getirilen bir diğer husus ise, ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesinin Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesinden daha elverişli olduğunun tespit edilmediğidir. Davalı yerel önlemler ile ilgili bir uyuşmazlığın milli mahkemelerde daha kolay ve etkin bir şekilde çözülebileceğini ileri sürerek bu durumda Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca milli mahkemelere başvurulmasının daha elverişli bir yöntem olduğunu iddia etmiş; böylelikle davacının ABD – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan, doğrudan ICSID tahkimine başvuru hakkında faydalanabilmesi için gereken daha elverişli olma şartının yerine getirilmediğini belirtmiştir.

Davalı, iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra altı aylık bir süre için tarafların uyuşmazlığı dostane çözüm yöntemleri çerçevesinde çözmeye çalışacağını, ancak bir sonuca varılamaması halinde uyuşmazlığın çözümü için ev sahibi devletin mahkemelerine gidileceğini ve ancak on sekiz aylık bir süre sonrasında mahkemece bir karara varılamaması ya da uyuşmazlığın sona ermemesi halinde uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülebileceğini belirtmiştir.

Davalı, her iki ülkenin de Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması imzalanmadan önce başka devletler ile imzaladıkları iki taraflı yatırım anlaşmalarına da değinmiş ve bunların bazılarında uyuşmazlıkların çözümü hükmünün farklı olduğunu belirterek, uluslararası tahkime gidebilmek için yerel mahkemelere başvurulması önşartının yer almadığını dile getirmiştir. Davalıya göre bu durum, Almanya ve Arjantin' in iki taraflı yatırım anlaşmasının imzalanması esnasında uyuşmazlıkların çözümü konusunun ayrıca ele alındığını, bilinçli olarak farklı bir düzenleme yapıldığını göstermektedir.

d. Sonuç

Tarafların beyanlarını inceleyen ICSID hakemleri, Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması uyarınca, tarafların yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları ICSID'e götürebilmeleri için öncelikle yerel mahkemelere başvurmuş olmaları ve onsekiz aylık sürenin geçmiş olmasının şart olduğunu yeniden dile getirmişlerdir. Bu durumda iç hukuk yollarına başvurulması, tarafların onayı için bir önşart olarak belirlenmiştir. ICSID hakemleri bu önşartın bir yükümlülük olduğuna dikkat çekmişlerdir.

Bu sebeplerle ICSID hakemleri, iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanını ele almışlardır. Davalı, Almanya ve Arjantin'in uyuşmazlıkların çözümünü en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamında çıkardığını, aksine bir yorumun mümkün olmadığını, önceki örneklerde de görüldüğü üzere tarafların uyuşmazlıkların çözümünü kayıt kapsamına sokmak istedikleri açıkça ortada olmadığı sürece uyuşmazlıkların çözümünün kaydın kapsamına dahil olmadığını, eğer tarafların iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlıkların çözümü maddesine başvurmaksızın doğrudan başka bir anlaşmaya atıf yapması kabul edilebilir olsa idi bunun uyuşmazlıkların çözümü maddesini etkisiz kılacağını ileri sürmüştür.

ICSID hakemleri burada yine en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı üzerinde durmuşlardır. Kaydın hazırlanmasından anlaşıldığı üzere, belirli konular kapsam dışı bırakılmıştır; ancak söz konusu kapsam dışı kalan konuların haricinde hangi konuların, yani diğer tüm konuların mı, yoksa yatırımı korumaya yönelik konuların mı, kapsam dahilinde olacağı yönünde hiçbir açıklık yoktur. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümünün kaydın kapsamı dahilinde olup olmadığı belirli değildir.

Bu sebeple ICSID hakemleri, davacının Almanya – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuramayacağına ve huzurdaki uyuşmazlıkta ICSID'in yetkili olmadığına karar vermişlerdir.

VI. Konu İle İlgili ICSID Hakem Kararlarının ve İlgili Doktrinin Değerlendirilmesi

A. Konu İle İlgili ICSID Hakem Kararlarındaki Farklılıkların Değerlendirilmesi

Önceki bölümlerde ele alınan kararlardan bazıları olumlu bazıları ise olumsuz yöndedir. İlk olarak 1997’de, “Maffezini Davası”nda ileri sürülen ICSID’e istisnai bir şekilde başvuru imkanı sağlanması yönündeki bu fikir oldukça tartışılmıştır. ICSID hakemleri, davacı tarafından ileri sürülen yetki konusundaki beyanları incelerken, davacının söz konusu uyuşmazlığı ICSID tahkimine getirebilmesinin tek yolu olarak bu olağan dışı fikri kabul etmişlerdir. “Maffezini Kararı”nın belki de en önemli noktalarından biri, uyuşmazlığın konu olduğu Arjantin – İspanya İki Tarafalı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamının bu anlaşma ile kapsanan tüm hususlara ilişkin olmasından yola çıkılarak belirlenmiş olmasıdır. ICSID hakemleri bu konu üzerinde ısrarla durmuşlardır.

Bilindiği üzere, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamının nasıl belirleneceği çeşitli açılardan ele alınmış, bu konuda bilimsel çalışmalar yapılmış, doktrinde ve yargıda farklı sonuçlara varılmıştır. Dolayısıyla, ikinci bölümde ele alınan uyuşmazlıkların çözümlenmesi sürecinde bu kaydın kapsamının belirlenmesi oldukça önemli idi. İlk örnek olarak görülen “Maffezini Kararı”nda da kaydın, anlaşma ile kapsanan tüm konulara uygulanacak olması üzerinde çokça durulmuştur. Kaydın amacı, anlaşmaya taraf olan devletlerin vatandaşları yatırımcıların, anlaşmaya taraf diğer devlet topraklarında yaptıkları yatırımlarda, aynı devlette yatırım yapan anlaşmaya taraf olmayan devlet vatandaşlarından daha az elverişli bir muameleye tabi tutulmamasıdır. O halde, ev sahibi devletin başka bir devlet ile imzaladığı iki tarafalı yatırım anlaşmasında, uyuşmazlıkların çözümüne dair daha elverişli seçenekler sunulması ve en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının da anlaşma ile kapsanan tüm konulara uygulanacak olması karşısında, ICSID hakemleri davacı İspanyol yatırımcının bu imkandan faydalanabileceği yönünde karar vermişlerdir.

Önceki bölümde özetleri sunulan tüm kararlarda, davacının en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydından faydalanmak isterken, ileri sürdüğu en önemli hususlardan biri, kaydın yer aldığı anlaşmanın

amacına uygun yorumlanmasıdır. Oysa tüm bu kararlarda görüldüğü üzere, kaydın yatırımı teşvik ve koruma amacıyla mümkün olduğunca geniş kapsamlı olarak yorumlanması fikri sürekli olarak reddedilmiştir. Amaca uygunluk çatısı altında tarafların iradesini yok eden, ortaya çıkarılması mümkün olmayan sonuçlara varabilen bu tür yorumların kabul edilemez olduğuna kanaat getiren farklı ICSID hakemleri, önemli olanın tarafların söz konusu kaydın kapsamını nasıl tutmak istedikleri olduğuna dikkat çekmişlerdir. İşte bu sebeple, bazı kararlarda uyuşmazlıkların çözümü kaydın kapsamına dahil edilemezken, “Maffezini ve Siemens Kararları”nda aksine sonuçlara varılmıştır.

Davacıların kaydın kapsamını oldukça geniş tutmaya çalışan yaklaşımlarına karşılık olarak, davalılar da sürekli olarak usule ve yargılamaya ilişkin konuların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil olmadığını ileri sürmüşlerdir. Oysa, hakem kararlarında özellikle vurgulandığı üzere, uyuşmazlıkların çözümü yatırım ve yatırımcıların korunması açısından küçümsenmeyecek derecede önemlidir. Dolayısıyla, kaydın nasıl kaleme alındığı, anlaşma hazırlanırken tarafların dikkat ettiği konular üzerinde durulmaksızın, kaydın yalnızca maddi hukuka dair konularda uygulanacağını ileri sürmek de mümkün değildir.

Söz konusu uyuşmazlıkları inceleme ve ICSID hakemlerinin verdiği kararları değerlendirme sürecinde görüldüğü üzere, kaydın kapsamı belirlenirken, kaydın nasıl kaleme alındığı, örneğin kaydın sözleşme ile kapsanan tüm konularda mı yoksa yatırım ile ilgili konularda mı uygulama alanı bulacağı şeklinde ayrımlar yerinde olarak hakemleri etkilemektedir. Burada hakemler kaydın yazılışı ile birlikte hangi konuların kaydın kapsamına özellikle dahil edildiği ya da kaydın kapsamından özellikle hariç tutulduğuna önem vermişlerdir.

Uyuşmazlıkların iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID tahkimine götürülmesi ile ilgili hakem kararlarında özellikle dikkat edilen bir diğer unsur ise tarafların iradesidir. Hakemler tarafından ısrarla ön planda tutulan tarafların iradesinin, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ile bertaraf edilemeyeceği bir gerçektir. Eğer taraflar uyuşmazlıkların çözümü gibi bir konuyu müzakere etmiş ve ortak iradelerini anlaşmaya yansıtmişlarsa, bu iradeyi engellemek adına en ziyade müsaadeye

mazhar millet kaydının geniş kapsamlı olarak yorumlanması doğru olmayacaktır.

Sonuç olarak, iki taraflı yatırım anlaşmalarının vazgeçilmez bir parçası olan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının son derece dikkatle kaleme alınması gerektiği ortaya çıkmıştır. Çerçeveyi geniş tutmak adına özenle düzenlenmeyen ya da önemsenmeden kaleme alınan en ziyade müsaadeye mazhar millet kayıtları yabancı yatırımlar açısından son derece önemli olan ICSID bünyesinde verilen hakem kararlarındaki farklılıklara sebep olmuşlardır.

Gün geçtikçe değişen ve gelişen dünyada yabancı yatırımın ve yatırımcıların korunması elbette son derece önemlidir. Söz konusu koruma mutlaka hukuki korumayı da içermelidir. Dünya üzerinde akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısına bakıldığında da, bu anlaşmaların ne denli önemli olduğu kolayca anlaşılacaktır. Dolayısıyla, söz konusu anlaşmaların olabildiğince açık şekilde, amaca uygun ve tarafların iradesini ortaya koyar biçimde hazırlanması ve önceden hazırlanmış ve akdedilmiş olanların da çeşitli şerhler ve yorumlar ile derhal açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

B. ICSID Hakem Kararları İle İlgili Doktrinin Değerlendirilmesi

ICSID tarafından bu tür istisnai bir başvuru yolu ile ilgili olarak farklı uygulamalar yapılması, hukukçuların bu duruma karşı farklı yaklaşımlar içerisinde olmalarını sağlamıştır. Bu durumu tartışan tüm hukukçular, öncelikle en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ve uygulama alanını incelemiş ve kaydın uyumsuzlukların çözümüne uygulanabilirliği üzerinde durmuşlardır. Bu konuda görüşlerini bildiren hukukçular genellikle tarafların iradeleri üzerinde durmuşlardır.⁶³

Öncelikle, günümüzde yürürlükte bulunan birçok iki taraflı yatırım

⁶³ Stephen FIETTA, "Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bileteral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, 2005, 132, (Çevirimiçi) http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf, 17.05.2009, Dana H. FREYER / David HERLIHY, "Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?", 82 (Çevirimiçi) http://www.skadden.com/content/Publications/Publications1098_0.pdf, 04.05.2009.

anlaşmasında farklı şekilde formüle edilmiş en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı bulunduğu için, birbirinden farklı yorumlar elde edilmesi hiç kimse tarafından eleştirilmemiş, aksine günümüzde yaşanan sıkıntının kaynağının bu farklılıklar olabileceğine dikkat çekilmiştir.⁶⁴ Bazı anlaşmaların, özellikle, uyuşmazlıkların çözümünü en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil etmesi ya da bu kapsam haricinde tutmasının aksine, bazı anlaşmalarda bu konuya hiç değinilmemiş olması, kaydın kapsamı ile ilgili hiçbir hüküm bulunmaması üzerinde de durulmuştur.⁶⁵

Kaydın geniş kapsamlı olarak yorumlanması halinde ortaya çıkan duruma örnek olarak gösterilen “Maffezini Kararı” ile ilgili olarak, ikinci bölüm altında ele aldığımız kaydın lafzına ve düzenleniş şekline dikkat çekilmiştir.⁶⁶ Arjantin – İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşmasında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamının “*bu anlaşmaya konu olan tüm hususlar*”⁶⁷ olması sebebiyle davacının talebinin kabul edildiği; kaydın geniş kapsamlı olarak yorumlanmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁸ Aynı şekilde “Siemens Kararı”nı da inceleyen hukukçular, burada uyuşmazlıkların çözümü hususunun en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamına dahil edilmesinin iki taraflı yatırım anlaşmalarının amacına uygun yorum yapılmasından kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir.⁶⁹ Her iki kararda da ICSID hakemleri, tarafların iradesinin uyuşmazlıkların çözümü konusunu en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına sokmak yönünde olduğunu belirtmişlerdir.

Kaydın daha dar kapsamlı olarak ele alındığı, ICSID hakemleri tarafından tarafların iradesinin uyuşmazlıkların çözümü konusunu en zi-

⁶⁴ FREYER / HERLIHY (dn. 63), 60.

⁶⁵ FIETTA (dn. 63),135, FREYER / HERLIHY (dn. 63),60.

⁶⁶ Gabriel EGLI, “*Don't get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions*”, *bepress Legal Series*, Working Paper 1266, April 16, 2006, 29 (Çevirimiçi) <http://law.bepress.com/expresso/eps/1266>, 17.05.2009, Ronald J. Chleboski, JR. / Michael T. DUCKWORTH / Kari M. HORNER, “*Overview of Investment Treaty Claims and ICSID Arbitration*”, s.8, (Çevirimiçi) http://www.klgates.com/files/Publication/90ff358c-a8cf-463a-8b7f-17fbde90524f/Presentation/PublicationAttachment/aff41760-74a3-4595-9316-1c7b29a50bad/Presentation_Cons_SC_120706.pdf, 04.05.2009.

⁶⁷ Maffezini kararı, 38 “all matters subject to this Agreement”.

⁶⁸ EGLI (dn. 66), 29-34, FIETTA (dn. 63), 133.

⁶⁹ EGLI (dn. 66), 38.

yade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına sokmak olmadığının belirtildiği “Salini ve Plama Kararları” üzerine yapılan tartışmalarda ise, “Maffezini Kararı” uyarınca sağlanan, ev sahibi devlet tarafından diğer ülkelerin vatandaşlarına usule ilişkin konularda daha elverişli şartlar uygulanması halinde, uyuşmazlığa taraf yatırımcıların bu şartlardan faydalanması imkanının, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının daha dar kapsamlı olarak ele alınması sebebiyle ortadan kalkması üzerinde durulmuştur.⁷⁰ “Salini ve Plama Kararları”nda neden en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID’e başvurulamayacağı ile ilgili yapılan açıklamalar ışığında, bu kararların ICSID açısından “bir dönüm noktası”⁷¹ olup olamayacağı hususu ise yine tartışılan konulardandır. Burada, özellikle ICSID hakemlerinin en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamı üzerine yaptıkları tartışmalar ve kaydın kapsamını ne denli farklı şekillerde değerlendirdiklerine dikkat çekilmiştir.

Söz konusu kararlar sonrasında ortaya çıkan bir diğer husus ise, ICSID hakem kararlarındaki istikrarsızlıktır. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID’e başvurmak isteyen bazı yatırımcıların talepleri kabul edilirken, bazılarının kabul edilmemesi sonucunda ortaya çıkan karmaşanın derhal çözülmesi ve bu konuda kesin bir karara varılması gerektiğine inanan hukukçular farklı öneriler sunmuşlardır. Bu önerilerden bazıları oldukça pratik ve uygulanabilir iken, bazılarının uygulaması ise pek mümkün görünmemektedir. Bu konu ile ilgili olarak Egli tarafından ileri sürülen tutarsız kararların iptali, ICSID Sözleşmesinin değiştirilmesi, ICSID bünyesinde temyiz imkanı sağlanması gibi uygulaması pek mümkün olmayan fikirler haricinde uyuşmazlıkların çözümünün en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı kapsamına dahil olup olmadığının iki taraflı yatırım anlaşmalarına taraf olan ülkeler tarafından açıkça belirtilmesi ya da tarafların en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uygulama alanına bakış açısının kesin olarak ortaya konulması gibi son derece pratik ve işlevsel çözümler de ileri sürülmüştür.⁷²

Sonuç olarak, çeşitli hukukçular tarafından ele alınan örnek hakem kararları sonrasında ortak bir değerlendirmeye varılmış ve ilk olarak

⁷⁰ EGLI(dn. 66), 41 – 49.

⁷¹ FIETTA (dn. 63), 153.

⁷² EGLI (dn. 66), 48-55.

ICSID uygulamalarında istikrar arzu edilmiştir. Sonrasında ise gerek en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının suistimal edilmemesi, gerekse tarafların iki taraflı yatırım anlaşmalarına aksettirdikleri ortak iradelerinin zedelenmemesi için iki taraflı yatırım anlaşmalarında açıkça belirtilmediği sürece, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümünü kapsamaması gerektiği dile getirilmiştir.⁷³ Şu anda yaşanan karmaşık durumun çözülmesi için de iki taraflı yatırım anlaşmalarına taraf olan ülkelerin yasama organlarının en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının kapsamına dair iradesini, açık şekilde ortaya koyması önerisinde bulunulmuştur.⁷⁴

C. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Uyuşmazlıkların Çözümü İçin ICSID Tahkiminden Farklı Bir Tahkim Merkezinin Tercih Edilmesi Halinde İki Taraflı Yatırım Anlaşmasındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı

İki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru imkanından bahsedilmeye başlandığından beri çeşitli tartışmalar gündeme gelmiştir. Bilindiği üzere, her ne kadar ICSID hakem kararları icra edilebilirlik ile ilgili avantajları, yani icra kabiliyetleri⁷⁵ sayesinde yabancı yatırımcılar açısından en avantajlı hakem kararları olsa da; çeşitli iki taraflı yatırım anlaşmalarında ya da somut uyuşmazlığa taraf olan şahıslar arasında akdedilmiş olan yatırım anlaşmasında uyuşmazlıkların çözümü için başka bir tahkim merkezine başvuru yöntemi tercih edilmiş olabilir. O halde akla gelen ilk soru, somut olayda uyuşmazlığa taraf yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden, ev sahibi devlet ile diğer bir devlet arasında akdedilmiş olan iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, yatırımcının somut uyuşmazlığı ICSID'e götürüp götürmeyeceğidir.

Daha önce ikinci bölüm altında ele alınan kararlarda da açıkça görüldüğü üzere, anlaşma metinlerinin yorumlanması ve uygulamasında

⁷³ FIETTA (dn. 63), 38.

⁷⁴ EGLI (dn. 66), 56.

⁷⁵ NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL (dn. 39), 117, TUYGUN (dn. 38), 136.

tarafkların iradesi son derece 6nemlidir. Yukarıda açıklanan Şekilde bir sorun ile karŐılaŐıldığında akla gelecek olan soru ise tarafların iradesinin ne y6nde olduğudur. Zira b6yle bir durumda tahkim s6zleŐmesinin temel kurucu unsurlarından tahkim iradesinin⁷⁶ bulunduğunu ileri s6recek olan davacı 6nemli olan hususun hangi tahkim merkezinin tercih edildiği değil tahkimin tercih edilmiş olmasđ olduğunu iddia edebilir. Ő6yle ki; en ziyade m6saadeye mazhar millet kaydı uyarınca, ev sahibi devlet topraklarında yatırım yapan diğer devlet vatandaşlarından daha az elverişli bir muameleye tabi tutulamayacağını ileri s6ren davacı, ilk olarak en ziyade m6saadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların 6z6m6n6 kapsadđını ortaya koymalıdır. Sonrasında ise, uyuşmazlığın ICSID'e g6t6r6lmesinin gerek iki taraflı yatırım anlaşmasında, gerekse taraflar arasındaki yatırım anlaşmasında ortaya konan tarafların ortak iradelerine aykırı olmadđını g6stermelidir.

6nceki b6l6mde ele alınan yetkisizlik kararlarını hatırlarsak, bu kararların sebeplerinin en ziyade m6saadeye mazhar millet kaydının kapsamının uyuşmazlıkların 6z6m6n6 kapsamamasđ ve s6z konusu kayıt kullanılarak tarafların ortak iradeleri ile belirlenmiş olan uyuşmazlıkların 6z6m6 sisteminin engellenemeyecek olmasđ olduğu g6r6lecektir. Bu nedenle, en ziyade m6saadeye mazhar millet kaydının kapsamının belirlenmesi son derece 6nemlidir.

En ziyade m6saadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların 6z6m6n6 kapsamamasđ halinde, somut uyuşmazlığın konu olduğu iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, uyuşmazlığın ICSID haricinde başka bir tahkim merkezinde 6z6mlenmesi 6ng6r6lm6Ő olsa da; uyuşmazlığa taraf yabancı yatırımcđ s6z konusu kayda istinaden ev sahibi devletin başka bir 6lke ile akdettiği ve uyuşmazlıkların 6z6m yeri olarak ICSID'in belirlendiği bir iki taraflı yatırım anlaşmasına atıf yapabilir. Dolayısıyla, bu durumda somut uyuşmazlığın 6z6m6nde ICSID yetkili olacaktır.

Sonuç

Herkes tarafından bilinen bir gerçek olduğu 6zere, yabancı yatırımcđların korunmasđ ve yabancı yatırımın teşviki amacıyla kurulan IC-

⁷⁶ AKINCI (dn. 21), 82.

SID'e uygulamada maalesef beklenen düzeyde başvurulamamaktadır. Bunun en önemli sebebi ise, ICSID'e başvuru için gerekli olan şartlardan biri olan, tarafların aralarındaki somut uyuşmazlığın ICSID tahkimi tarafından çözülmesi için özel olarak vermesi gereken onaydır.

Uygulamada ICSID Sözleşmesi'ne taraf birçok ev sahibi devlet bu onayı vermekten kaçınmakta; bu durum Merkezden elde edilmesi planlanan faydaların elde edilememesine yol açmaktadır. Tüm bu şartlar altında gerek ICSID Sözleşmesi, gerekse iki taraflı yatırım anlaşmalarından faydalanmayı ve yabancı ülkelerde gerçekleştirdikleri yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların objektif ve uzman kişiler tarafından çözülmesini arzu eden yatırımcılar için iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvurup başvurmayacakları fikri ortaya çıkmıştır.

Elbette birçok tartışmayı beraberinde getiren bu fikir, zamanla gelişmiş ve kimi zaman olumlu, kimi zamansa olumsuz sonuçları beraberinde getiren başvurulara yol açmıştır. Bu başvurular sonucunda verilen kararlar incelendiğinde, söz konusu istisnai başvuru imkanının mümkün olduğu; ancak belirli şartların mevcudiyeti halinde uygulanabileceği görülecektir.

"Maffezini Kararı"nda en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına yüklenen geniş kapsamlı, olumlu anlam sayesinde yabancı ülkelerde yaptıkları yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar sebebiyle mağdur duruma düşebilecek yatırımcılara alternatif olarak, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvurabilmek gibi istisnai bir çözümün sunulması çok önemlidir.

Bu kararı takip eden diğer kararlarda, zamanla en ziyade müsaadeye millet mazhar millet kaydının kapsamı daha dar yorumlanmış ve tarafların iradesi ile ülkelerin ekonomik ve siyasi politikalarına daha çok ağırlık verilmiştir. Örneğin, "Maffezini Kararı"ndan sonra görülen "Salini Davası"nda, iki taraflı yatırım anlaşmasında, taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olması halinde söz konusu uyuşmazlığın o sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde çözümleneceği şeklinde bir hüküm mevcuttur. Bu durumda hakemler, tarafların iradesinin uyuşmazlıkların yatırımcı ile ev sahibi devletin sözleşmeye taraf olan organı arasında akdedilen sözleşme uyarınca çözümlenmesi gerektiği yönünde olduğuna kanaat getirmişlerdir.

Aynı şekilde, iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru taleplerinin reddildiği "Plama, ve Telenor Kararları"nda da, kaydın kesinlikle uyuşmazlıkların çözümünü kapsadığını gösteren herhangi bir beyan, cümle ya da irade göstergesi bulunmadığı için tarafların ortak iradesini gösteren uyuşmazlıkların çözümü maddesinde öngörülen sistemin uygulanmasına karar verilmiştir.

"Maffezini Kararı"nda ortaya çıkan en önemli unsurlardan biri olan, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının anlaşma ile kapsanan tüm konulara ilişkin olması o kararın verilmesinde son derece önemlidir. Böylelikle, uyuşmazlıkların çözümünün de anlaşma kapsamında yer almasından ve bir başka iki taraflı yatırım anlaşmasında, davacı yatırımcı açısından daha elverişli bir alternatif bulunmasından yola çıkılarak, bu kararın yerinde olduğu düşünülebilir.

Ancak "Maffezini Kararı"nda da belirtildiği üzere, bu imkanın suistimal edilmemesi, mutlak surette sınırlarının çizilmesi gereklidir. Bu sınırlar ise kamu düzeni ve tarafların iradesidir. "Salini, Plama, Telenor ve Wintershall Kararları"nda da bu sebeple olumsuz kararlar ortaya çıkmıştır. En ziyade müsaadeye mahzar millet kaydı ile dar kapsamlı bir uygulama alanı belirlenmiş olmasına ve ortada tahkim iradesi dahi bulunmamasına rağmen, davacılar uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkimine başvurmuşlardır.

Hakemlerin kaydın kapsamı ve tarafların iradesi ile ilgili böyle bir kriter belirlemesi, ortaya çıkan bu istisnai imkanın suistimal edilmemesi açısından çok önemlidir. Bu kriterler altında ele alınan uyuşmazlıklar, en doğru şekilde taraflarca da öngörülmüş ve kabul edilmiş bir sistem uyarınca çözümlenecektir. Çünkü aksi takdirde belirli şartlar altında bir sözleşmeye imza atan ve bu şartlara güvenen kimseler en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı gibi kapsamı ve etkisi henüz belirlenememiş, mahiyeti halen tartışmalı olan bir kayıt yüzünden beklemedikleri uygulamalar ile karşılaşabilirler.

Elbette yabancı ülkelerde yaptıkları yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar sebebiyle her yatırımcı adil ve uzman bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir. Ancak bu hakkın da belirli sınırları vardır. Bu sınırların başında en ziyade müsaadeye millet mazhar kaydının kapsamının gelmesi gerekmektedir, yani uyuşmazlıkların çözü-

münün kaydın kapsamı dahilinde olduğu hallerde bu başvuru kabul edilmelidir.

Ayrıca, bu başvuruların tarafların ortak iradelerini ortadan kaldırmak yerine aksine ortak iradeler çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Şöyle ki; taraflar iki taraflı yatırım anlaşmalarında meydana gelen bir uyuşmazlığın çözümü için her ne olursa olsun, yerel mahkemelerin bir karara varamaması ya da karara varılsa bile uyuşmazlığın devam etmesi halinde dahi uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülmesi şeklinde bir hükme yer vermemişlerse; ya da uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülmesi konusunda anlaşmışlar, ancak tahkim merkezi olarak ICSID yerine başka bir merkezi tercih etmişlerse; bu durumda en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden uyuşmazlıkların çözümünde ICSID'e başvurulmasını öngören başka bir anlaşmaya atıf yapılması mümkün olmamalıdır.

Diğer taraftan uyuşmazlığa taraf olan ev sahibi devlet ve yatırımcının vatandaşı olduğu ülke arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, öngörülen uyuşmazlıkların çözümü sistemi ile ev sahibi devlet ile başka bir devlet arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasında farklılıklar olabilir. Çünkü günümüzde devletler birçok devlet ile iki taraflı yatırım anlaşmaları imzalamaktadırlar. Devletler söz konusu anlaşmaları imzaladıkları devletler ile gerek ekonomik, gerekse stratejik olarak farklı ilişkiler içerisinde olabilirler. Bu durum karşısında uyuşmazlıkların çözümü gibi son derece önemli bir konuda da, farklı ülkeler için farklı uygulamalar öngörülebilirler ve doğal olarak bu durumda ülkesel politikalarının bir uzantısıdır.

O halde ülkelerin genel politikası ve uygulamalarının bir görünümü olarak kamu düzeni unsuru akla gelmektedir. En ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının uygulanma alanı ve bu kayda istinaden ICSID'e başvuru imkanı ile ilgili olarak belki de tüm kararlarda varılan tek ortak nokta kaydın kapsamının belirlenmesinde etkileyici olacak olan kamu düzeni faktörüdür. Unutulmamalıdır ki, kamu düzeni ve tarafların iradesinin yok sayıldığı, yatırımın teşviki ve korunması fikrinin amacı aşar şekilde yorumlandığı hallerde, hukuk düzeninin korunması ve hukuki güvenlik zedelenecektir. Bu tür sonuçlar ile karşı karşıya kalmamak için iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının yerinde kullanılması ve en ziyade

müsaadeye mazhar millet kaydının uyuşmazlıkların çözümünü kapsadığı hallerde bu kayda dayanılarak ICSID'e başvurulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, günümüzde yaşanan söz konusu sıkıntılar ülkelerin çeşitli uyuşmazlıklarda sıkça gündeme gelen en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı ve kaydın kapsamı ile ilgili açıklamalar getirmesiyle aşılabilir. Kaydın kapsamına hangi konuların dahil olduğu, hangilerinin ise dahil olmadığı ülkelerin yasama organları tarafından ele alınabilir. Uluslararası sözleşmelerde taraflar arasında mutabakat sağlanarak söz konusu sıkıntılar önceden engellenebilir. Böylelikle bu çalışmanın temelinde yatan iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden ICSID'e başvuru yapıp yapılamayacağı şeklinde tartışmalar da sona erer.