

1965 TARİHLİ WASHINGTON SÖZLEŞMESİNE GENEL BİR BAKIŞ

Günseli ÖZTEKİN*

GİRİŞ

Milletlerarası Ticari alanda birbirinden farklı hukuk nizamlarının mevcudiyeti genel anlamda gelişmiş düzenlemelerin henüz olmaması, milletlerarası nitelikli hakem kararlarına uygulanacak hukuk, prosedür, tenfiz ve tanıma alanında çeşitli ihtilafların hâli hazırda güncelliğini korumasına sebep olmuştur.

Bilhassa milletlerarası ticaretin niteliği itibariyle çabukluğu, ucuzluğu ve özellikle seçilen hakemleri uzman kişiler arasından olması şartı milli iç hukuk nizamlarından farklı bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır.

Milletlerarası tahkimi düzenlemeyi amaçlayan çeşitli sözleşmeler mevcuttur. Bunlar;

1923 tarihli Hakem Kaydı Hakkında Cenevre Protokolü

1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine dair Cenevre Sözleşmesi.

10.6.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkında New York Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.

21.4.1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim hakkındaki Avrupa Sözleşmesi.

17.12.1962 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim hakkındaki Avrupa Sözleşmesinin Tatbikine dair Paris Sözleşmesi

ve 18.3.1965 tarihli Devlet ile Diğer Devlet'in Vatandaşları Arasındaki Yatırım ihtilaflarının giderilmesine dair Washington Dünya Bankası Sözleşmesidir.

Bütün bunlardan başka birçok iki taraflı sözleşmelerde mevcuttur.

Ayrıca Milletlerarası Ticari Tahkim alanında birçok Uygulama Kodları ve Milletlerarası nitelikli tahkim kurullarında mevcuttur.

(*) I.Ü. Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku araştırma görevlisi.

Bunlar bazı milletlerarası kamu ve özel kuruluşlarınca geliştirilen kurallardır.

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE)

Aynı şekilde,

Birleşmiş Milletler Asya ve Uzak Doğu Ekonomik Komisyonu (UNECAFE)

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu (UNCITRAL)

ve Milletlerarası Ticaret Odasının geliştirmiş olduğu kurallar.

Görüldüğü üzere Milletlerarası Tahkim alanında bu alanı geliştirmek bâbında çeşitli kodifikasyonlar yapılmıştır. Fakat hemen hemen bunların hiçbirisi tek başına yeterli olmaktadır.

Bu incelememde ben sadece 1965 tarihli Dünya Bankası sözleşmesini genel hatları ile ele aldım.

Önce sözleşmenin içeriğini inceledikten sonra bilhassa sözleşmenin yetki sahası, tahkim anlaşmasına uygulanacak maddi hukuk ve sözleşmedeki tanıma ve tenfiz metodu ile ilgili hususlara bazı örnek olaylar çerçevesinde değindim.

A- GENEL OLARAK 1965 TARİHLİ WASHINGTON SÖZLEŞMESİ

1- TERMİNOLOJİ SORUNU

Sözleşme çeşitli adlarla anılmaktadır. Sözleşmenin kurulduğu tarih 1965, yapıldığı yer Washington olduğundan 1965 tarihli Washington Sözleşmesi olarak adlandırılmakta¹.

Ayrıca Devlet ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarını Düzenlediği için İngilizce kısaltması olan ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal) olarak düzenleme konusuna göre adlandırılmaktadır.

Bunlardan başka sözleşmenin 2 maddesinin 1. fıkrasına göre merkezinin Dünya Bankası olmasından ötürü de Dünya Bankası Sözleşmesi olarak da anılmaktadır.

Ben incelememde 1965 tarihli Washington Sözleşmesi ibaresini, veya sadece sözleşme adıyla belirlemeyi yeterli görmekteyim.

2- 1965 TARİHLİ WASHINGTON SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

Bugün Türkiye 1958 New York Sözleşmesine ve 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesine taraftır. Milletlerarası sözleşmelere taraf olmada nedense Türkiye önceleri çekimser davranmıştır. Tâbi bunun ülkemiz açısından çeşitli nedenleri mevcuttur². Ben bunlar üzerinde

1) Bk. Sözleşmenin metni için bkz. *ILM*, Vol. 7, 1968, 376.

2) Koral, *Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme*, *I.H.F.M.*, c. 26, sayı 1-4, 1960, s. 140 vd.

durmayacağım. Buna mukabil Türkiye bilhassa yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi alanında iç hukuk düzenlemelerinden ayrılmış ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'da. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizini Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinden de farklı olarak ayrı hükümlerle düzenlemiştir. (MÖ-HUK madde, 43, 44, 45). Bu gelişme 20.5.1982 tarihi açısından gerçekten takdire şayan bir ileri adım olmaktadır. Fakat bugün Milletlerarası Ticari Tahkimi kendi iç hukuk bünyesinde düzenleyen birçok Avrupa ülkesi ile mukayese edildiğinde artık yeterli bir adım kabul edilememektedir³. Buna mukabil 2675 sayılı kanunumuz, getirmiş olduğu iç hükümleri ile (bilhassa New York) bugün milletlerarası sözleşmelere yakınlık arzietmekte bu sebeple de çağdaş ve akılcı bir yaklaşım içindedir denilebilir.

Türkiye çok taraflı sözleşmelerden, ilk önce konumuz olan 1965 tarihli Washington Sözleşmesine taraf olmuştur. 6 Aralık 1988 tarihli Resmi Gazete'nin 20011 sayısı ile Sözleşme Türkiye açısından resmiyet kazanmıştır.

Katılma tarihimiz çok yeni olmasından ötürü bu sözleşme ile ilgili Türk Hukuk sisteminde bir uygulamaya henüz rastlamamaktayız. Buna mukabil ileri de doğabilecek ihtilafların halli için böylesi bir milletlerarası düzenlemeye taraf olmamız, hiç olmazsa doğabilecek uyuşmazlıkların daha rahat ve milletlerarası karar ahengine daha uygun çözüme kavuşturulabilmesini sağlayacaktır. Bilhassa Devlet ile bir başka devletin gerçek veya tüzel kişisi ile karşı karşıya kaldığı yatırım uyuşmazlıkların hallinde Devletin imtiyazı ve yargı muafiyeti gibi birçok hukuki problemlerin göz ardı edilip milletlerarası ticaretin çabuk ve pratik işlemesi açısından böylesi bir düzenlemeye katılmak bizim açımızdan çağdaş hukuk sistemlerine uygun bir adım olmaktadır⁴.

Bu sözleşmenin bizim açımızdan olumlu yönleridir. Buna mukabil, sözleşmeyi incelemekende gözlemlediğim bir gerçek vardır ki, o da; sözleşmenin bilhassa geri kalmış ve gelişmekte olan ülkeler açısından, karşısındaki gelişmiş zengin ülkeler lehine tek yanlı işleyişidir. İleride değinmiş olduğumuz meselelerde de fark edildiği üzere, sözleşmenin bir tarafı genelde zengin bir ülkenin yatırım yapan şirketi, diğer tarafı ise kaynakları bol fakat teknik gücü olmayan fakir veya gelişmekte olan bir ülkedir ve şüphesiz bu taraf eşitsizliğinin yanında, gelişmiş ülkenin gelişmekte olan ülkeye sağladığı yararların yanısıra ihtilaf vukuu bulunduğu, sözleşme tek yanlı olarak kuvvetlinin yanında işlemektedir.

Belki Türkiye açısından doğuracağı tereddüt bu yukarıda söylediğimiz problem dahilinde olabilir. Fakat yine de yabancı yatırımların giderek arttığı ülkemizde böylesi bir anlaşmaya taraf olmamız kanatimizce zarardan çok fayda sağlayacaktır.

3) Fransız Hukuk Sistemi ve İsviçre için, bkz. *International Chamber of Commerce Arbitration.*, Craig. 483, 541, Ayrıca bkz. Koral, *I.H.F.M.*, 1-4. 1985 Milletlerarası Hakemlik alanında Türk Fransız ve İsviçre Reformları, 247 vd.

4) Devletin imtiyaz ve yargı muafiyeti açısından tahkim uygulaması için bkz. Hezzel Fox, *States and the Undertaking Arbitration, International and Comparative Law Quarterly*. January 1988, 1 vd.

3- 1965 TARİHLİ WASHINGTON SÖZLEŞMESİ'NİN İÇERİĞİ

Sözleşme 10 başlıktan, (CHAPTER) oluşmaktadır. I. başlık, 6 bölümden (Section) ibarettir. Bu bölümler içinde yer alanı 1'den 24 dahil 25. md'ye kadar olan maddelerde, merkez organizasyon, kuruluş, İdari Konsey, Sekreterlik, Hakem Kurulu, Mali Merkez ve Merkezin Statüsü'sü yer almaktadır. Başka bir ifade ile birinci başlıksözleşme bünyesindeki teşkilatlanmayı içermekte bu teşkilat içindeki organların statü ve yetkilerin içermektedir.

Sözleşme bünyesinde yer alan teşkilatlardan ilki Dünya bankası nezdinde teşkil edilmiş kısaca merkez diye anılan (International Center for Settlement of Investment Disputes) kuruluştur.

Merkezin görevi yatırım alanında doğan ihtilafların hakem kanalı ile çözümüne kavuşturulmasını sağlamaktır. (Madde 1/2). Başka bir söyleyişle sözleşmenin ana damarını teşkil etmektedir.

Merkeze bağlı kuruluşlar, İdari Konsey, Sekreterlik, Arabulucular ve Hakemler olmaktadır (Madde 3).

Bunlardan İdari Konsey'in görevi davada taraf olan her bir devleti temsil diye özetlenebilir (Madde 3). Basit bir ifade ile ihtilafda taraf devletin vekili niteliğindedir. İdari Konsey'in başkanı Dünya Bankasının Başkanı olmaktadır.

Sekreter veya yardımcı sekreter idari Konsey'in göstermiş olduğu şahıslar arasında 2/3 çoğunlukla seçilir (9 md). Hakem Kurulu Arabulucular, İhtilaf ya hakemlerce ya da Arabulucu dediğimiz kurulca çözümlenmektedir.

Her iki kurulda qualife şahıslardan oluşmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle Hakemler ve Arabulucular yüksek ahlâki değere sahip, hukuk, ticaret mali alanda bilgiye sahip bağımsız kişilerden seçilmektedir (Md. 14). 6 yılda bir bu kişiler yenilenmektedir.

Kuruluşun mali işler Merkezi Dünya Bankasıdır (Madde 17). Sözleşme Bünyesindeki İdari Kuruluş bu şekilde organize olmuştur.

Merkez sözleşmenin kapsamı dahilindeki işler için kanuni tüzel kişiliğe sahiptir. Bu çerçevede anlaşma yapabilmekte, mal edinebilmekte hatta dava takip yetkisine de sahip olabilmektedir (18. md).

Sözleşmenin II Başlığı Merkezin Yargı Yetki Alanını Düzenlemektedir (Madde 25, 26, 27).

Sözleşmenin III Başlağı Hakem'den ayrı Arabuluculara başvuru form ve usulünü düzenlemektedir.

Bu sözleşme çerçevesinde taraflar isterlerse çıkan anlaşmazlığın hakem ile değil Arabulucu diye adlandırılan bir başka özel kuruluşcada çözümlenmesini isteyebilirler (Madde 28).

Arabulucu kendi önüne gelmiş olan uyuşmazlıkta yetkilidir ve yetkisizliğine dair olan itirazı da yine çözmeye yetkili makam Arabulucudur (Madde 32).

Arabulucu'nun uyuşmazlığın çözümünde uygulayacağı usul taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa sözleşme çerçevesinde tespit edilmiş usul kuralları olacaktır (Madde 33).

Taraflar Arabulucu'ya başvurumamışlarsa uyuşmazlık tahkim yoluyla çözülebilir (Madde 35).

Bundan da çıkan anlam atarafların Arabulucu'ya başvurma konusunda açık iradelerini belirtmiş olmaları şarttır.

Sözleşmenin 4. başlığı tahkimi düzenler. 6 bölümden oluşmaktadır. 1. bölüm (36. md.) başvurunun nasıl yapılacağını düzenler. 2. bölüm tahkim Kurulunun nasıl oluşacağını düzenler (Madde 37, 38, 39, 40) 3. bölüm Hakemlerin yetki ve fonksiyonlarına ilişkindir. (41. md.) yetkilerini (42. md.) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme getirmektedir. (44. md.) usule uygulanacak hukuka ilişkindir.

4. bölüm Hakem Hükümünü içermektedir. 5. bölüm Hakem Hükümünün yorumuna ilişkindir. 50 md'ye göre hakemlerin vermiş oldukları kararın manası ve içeriği taraflaraca anlaşılmazsa tarafların başvurusu ile Genel Sekreterin yorumlayacağını belirtir.

Genel Sekreterlik bu anlamda bir temyiz mercii değildir. Ama genelde tüm kurumsal nitelikli milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi süre gelen prosedür sonunda alınan kararların yorum mercii olma niteliğine sahiptir⁵.

Sözleşmenin 51. md'si aynı organa tekrar yargılama yetkisini de vermiştir. Şöyle ki yeni delillerin yeni olayların ortaya çıkması halinde Genel Sekreterlik yeniden bir yargılamanın yapılmasını isteyebilecektir. Bu yargılamayı eski hakem kurulu veya bunun imkansız olması halinde yeniden teşekkül ettirilen hakem kurulu yapabilecektir⁶.

52. md Genel Sekreterliğe bizim anladığımız içerik ve manada kararı kontrol eden mercii anlamını vermektedir. Taraflardan her biri,

- Hakem yargılamasının usulüne uygun teşekkül ettirilmediği
- Hakemlerin yetkilerini aşmış oldukları
- Hakemlerle taraflardan herhangi biri arasında işbirliği olduğu şeklinde
- İzlenen usulde bağımsızlığı bozacak bir sapmanın olduğunu
- Gösterilen gerekçenin hatalı ve yanlış olduğu şeklinde itiraz edip.

5) Aynı bünyede AT 1968 tarihli Brüksel Anlaşmasında Avrupa Mahkemesi mahkemelerde verilen hükümlerin yorum mercii olmaktadır. Bu bilgi için bkz. Lasok. *Conflict of Laws in the E.C.*, 252 vd.

6) Yeniden Yargılama bizim Olağanüstü Tenfiz sistemimize benzetilebilir. Fakat bunun daha yakın benzeri İngiliz Hukuk Sistemindeki New Trail sistemine benzetilebilir. Bunun için bkz. D.B. Casson, *Odgers Principles of Pleading and Practice in Civil Action in the High Court of Justice*, 343, 344.

120 gün içinde Genel Sekreterliğe başvurabilirler. Genel Sekreterlikte bunun üzerine yeni bir hakem kurulu teşkil edecektir.

Bu teşkil edilen yeni kurulda ihtilaf halindeki hiçbir tarafın milliyetinde olmayan hakemler olacaktır.

52 md'yi hemen onu izleyen 53 md ile mukayese ettiğimizde sözleşme çerçevesinde Genel Sekreterliğin nev-i şahsına münhasır bir temyiz merci olduğunu görürüz. 53 madde verilen hakem hükmünün taraflar için bağlayıcı olduğunu belirtirken burada anlaşılan bağlayıcılığın herhangi bir temyiz veya başka tür kanun yoluna ihtiyaç duyulmadan hakem hükmünün verildiği anda tarafları bağlayıcı olduğudur. Fakat bunu tek istisnası 52 md çerçevesinde kanuni başvuru yoludur. Burada gösterilen ihtilaflar hal olmadan hakem kararı bağlayıcı ve icra kabiliyetine haiz bir karar olamamaktadır.

Bu sebeple Genel Sekreterlik Sözleşme çerçevesinde bizim iç hukuk sistemlerinde anladığımızdan biraz farklı nitelikte bir kanun yolunu açmaktadır. Aslında HUMK 533 md ile Sözleşmenin 52 md'sini karşılaştırdığımızda 52 md'nin daha geniş ve ayrıntılı meseleri kontrol altına almış olduğu görüyoruz. Fakat 52 md'nin konmasındaki amaç yine milletlerarası ticari alanda ucuzluğu ve çabukluğu sağlamaktır. Her şeyden önce böyle bir düzenleme olmasaydı ihtilafdaki taraflar bu çerçevede verilmiş hakem kararının kontrolünü kendi iç hukuk mercilerine yapacaklardı. Bu da bir çok zaman kaybı ve masraf kaybına sebep olabileceği gibi. Bilhassa 1958 tarihli New York konvansiyonuna taraf olmayan ülkeler açısından da yeni ve yabancı olan bağlayıcılık kavramı yerine kesinleşme ve icra edilebilme etkinliğinin aranılmasına çifte tenfiz dediğimiz problemin doğmasına ve her bir hukuk sisteminde farklı mana da olan teknik "kesilik" kavramının araştırılmasına ve tespit edilmesine sebep olacaktı. Bu sebeple 52 md Milletlerarası nitelikli bu sözleşmeye isabetle konmuş bir maddedir.

Sözleşmenin 5. Başlığı, Disqualife edilen Hakem veya Arabulucunun yerine geçecek Hakem veya Arabulucu kurulunun kuruluşunu içermektedir.

6. başlık yargılama giderleriyle ilgilidir. 7. başlık yargılamanın yapılacağı yer ile ilgili olmaktadır.

8. başlık ve onun kapsamı dahilindeki 64 md'de Milletlerarası AdaletDivanına bu sözleşmeyi yorumlama yetkisini vermektedir.

Sözleşmenin 9 ve 10 başlıkları son tamamlayıcı hükümleri içermektedir.

Sözleşmeyi genel olarak incelediğimizde Devlet ile başka bir yabancı devletin gerçek veya tüzel kişisi arasında çıkan yatırım ihtilaflarını hakem veya arabulucu denilen özel yargı yolu ile çözüme kavuşturan bir metod izlendiğini ve sözleşmenin kendi bünyesinde Dünya Bankası nezdinde teşkil edilen birçok milletlerarası merkez oluşturduğunu da gözlemlemekteyiz. Daha basit bir ifade kullanırsak milletlerarası yatırım ihtilafları için Washington Sözleşmesi ayrı bir dünya ve yöntem yaratmış. Hatta Hukuk üstü dediğimiz (Supranational) anlama ulaşmıştır.

4- 1965 TARİHLİ WASHINGTON SÖZLEŞMESİNDE İNCELENMESİ GEREKEN ÖZEL KONULAR

Giriş kısmında da belirttiğim üzere bu sözleşmeyi üç konuda elimdeki örnek kararlarla incelemeyi uygun buldum.

- Birincisi sözleşmenin yetki alanına ilişkin, Amco Asia Corporation-v-Indonesia davası⁷.

- İkincisi Hakem uyuşmazlığında uygulanacak maddi hukuka ilişkin S.P.P. Limited-V-Arab Republic of Egypt⁸.

- Üçüncüsü ve sonuncusu sözleşmenin tanıma ve tenfiz hükümlerine ilişkin, Benventur and Bonfant Company v. the Government of the People's Republic of Congo⁹.

Şimdi davalarda değiniceğimiz üç başlık kanaatimce sözleşmenin içeriğinin daha somut anlaşılmasını sağlayacaktır. Üstelik sözleşmenin içeriğinin tespitinde üç temel konuyu da irdelemekte yarar görmekteyim.

a) Sözleşmenin Yetki Alanı

Sözleşmenin 25 maddesi merkezin yargı yetki alanını düzenlemektedir. 25 maddenin 1. bendine göre merkez, devlet ile başka bir devletin vatandaşı arasında yatırıma ilişkin doğan ihtilaflarda yargı yetkisine sahip olmaktadır. Bu merkezin en önemli yetki hükmü idi. Zira bu madde çerçevesinde merkez 1. maddenin 2 bendi gereği tahkim veya arabulucuyu ihtilafın çözümü için harekete geçirmektedir.

Bu anlamda merkezin yetkisini belirlerken öncelikle ihtilafın yatırım niteliğinde olup olmadığı tespit edilecek. İkinci ve bu davanın konusunu teşkil eden husus olarak da sözleşmenin taraflarının niteliğine bakılacaktır. Elimizdeki örnek ihtilafda Pan American Development limited şirketi ile ortaklık kuran Amco Asia Şirketi davanın kişisini teşkil etmektedir. İhtilafın diğer tarafı Endonezya devletidir. Taraflar ihtilaf çıkması halinde 1965 tarihli Washington Sözleşmesine göre meselenin hal edilmesini kararlaştırmışlardır.

Dava tipik Devlet ile bir başka devlet vatandaşı arasındaki ihtilafa ilişkindir. İşte buradaki problem sözleşmenin 25. maddesi gereği taraflardan kişi olanın Endonezya Devleti dışında bir başka devletin vatandaşı olup olmadığı problemidir. Aksi takdirde sözleşmenin 25 maddesinin 2 bendinin (b) fıkrası gereği mesele bu sözleşme çerçevesine girmeyecektir.

Sözleşmenin 25 maddesinin 2. bendi tarafları belirlerken ihtilafda taraf devletten başka bir devletin gerçek veya tüzel kişi vatandaşı olması gerektiğini ifade etmiştir. Olayda Amco Asia aslında bir endonezya şirkettir fakat Pan American şirketi ile bir ortaklık yapmış olduğundan ve bu ortaklık Amerikan kanunları kontrolü altında olduğundan bir ameri-

7) Bkz. I.L.M. Vol 23, Num. 2.1984. March 351 vd.

8) Bkz. Jarvin, Collection of ICC Arbitral Awards, 125 vd.

9) ILM Vol 20 Num 4, July 1981, 878 vd.

kan şirketi olarak kabul edilmiş. Bu sebeple de 25 maddenin 2 bendine girdiği hakemlerce kabul edilmiştir¹⁰.

Burada hakemlerin tüzel kişiliğin vatandaşlığını tespit ederken izlemiş oldukları kıs-
tas ilginçtir. Burada klasik metodlarda tüzel kişinin milliyetini tespit eden idare merkezi ve-
ya kuruluş yeri hukukları değil değişik bir yaklaşım olan otorite kanun kriteri
benimsenmiştir¹¹.

Oysa Amco Asia'nın gerek idare merkezi gerekse kuruluş merkezi Endonezya'dır¹².
Fakat P.T. Amco Asia Amerikan kanunları çerçevesinde kurulmuş ve Amerikan Yasaları
denetiminde olan bir şirket olduğundan yabancı tüzel kişi kabul edilip 25(2) gereği sözleş-
menin uygulama alanına girmiştir.

Bu davadan da anlıyoruz ki sözleşme mümkün olduğu kadarıyla milletlerarası tica-
retin yarar sahasına etkin tüm ihtilaflarda uygulanmaktadır.

Böylece sözleşme milletlerarası tahkime klasik anlamlar getiren teorilerin karşısında
milletlerarası ticaretin yarar sahasını da tanıtan modern görüşlere de bir uygulama imkanı
getirmiş olmaktadır¹³.

b) Sözleşme Çerçevesinde Hakem Uyuşmazlığına Uygulanacak Maddi Hukuk.

1965 tarihli Washington Sözleşmesinin 42 madesi bu konuyu düzenler.

42 madde gereği tarafların elindeki imkân geniştir, herşeyden önce bugün birçok mil-
letlerarası düzenlemeye hakim olan taraf iradelerine uygulanacak hukukun tespiti bırakıl-
mıştır. Taraflar böylesi bir seçim yapmamışlarsa bu sefer uygulanacak hukuk taraf devletin
hukukudur.

Bu ikinci bağlama noktası olarak devletin hukukunun tercih edilmesinin çeşitli ne-
denleri mevcuttur. Klasik anlayışa göre Devlet ve yabancı özel şahıslar arasındaki akitlerde
esasa uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmediğinde ihtilaf devletin hukukuna göre hal
edilmelidir¹⁴. Bu anlayış bugün hemen hemen tüm milletlerarası hukuk uygulama ve doktri-
ninde terk edilmeye başlanmıştır. Bugün devlet ile özel şahıs arasındaki tahkim anlaşmalar-
ında uygulanacak maddi hukuk devlet hukuku olduğu sadece dikkat edilecek hususlardan
biri olarak kabul edilmiştir¹⁵.

Fakat sözleşme burada klasik metottan uzaklaşmamış gibi gözükmekte bir yerde
hukuk seçimi yapılmamış olduğunda devletin kamusal menfaatinin korunması amacı ile bu
ikinci bağlamayı kabul etmiştir.

10) Bkz. I.L.M. Vol 23 Number 2 March 1984, 358 vd.

11) Bkz. ILM Vol. 23 Number 2 March 1984, 362-363.

12) Bkz. ILM Vol 23 Number 2 March 1984, 360.

13) Bu teoriler için bkz. Nomer, 487; Çelikel, 339.

14) Bkz. Cemal Şanlı, 284, Dipnot 644

15) Bkz. Şanlı 284 Dipnot 644 R v. International Turstee 1937 House of Lord Kararı.

Ancak böylesi bir yaklaşım Dr.Cemal Şanlı'nın belirttiği gibi kişiler için ciddi bir tehlike ve güvensizlik teşkil edebilir. Gerçekten de tarafların yabancı bir hukuku seçmemeleri halinde taraf devlet kendi hukukunu istediği yorum ve içerik de yorumlayabilir. Hatta değiştirebilir. Etki alanını daraltabilir veya genişletebilir. Bu tamamıyla devletin yetkisine kalmış bir husustur. Fakat sanırım sözleşmenin 42 md'si bu tereddütleri yok etmek amacıyla devlet hukukundan kast edilenin kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası hukuk kurallarını da kapsayan hukuk olması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim SPP (Middle East) Ltd, Hong Kong v. Arab Republic of Egypt davasında¹⁶, hakemler uygulanacak hukukun tespitinde, tarafların seçim yapmamalarından dolayı Mısır devletinin hukukunu yetkili kabul etmişlerdir. Fakat Mısır devletinin hukukunun milletlerarası hukuk kaideleri ile birlikte tatbik edilmesi gerektiğini belirtmişler ve eğer Mısır hukuku genel milletlerarası hukuk kaidelerini kendi hukuk bünyesinde kabul etmiyorsa uygulanmayıp milletlerarası hukuk prensiplerinin tercih edileceğini belirtmiştir. Araştırmalar sonucu "ahde vefa" beklenmeyen durumlarda sözleşmeden cayma" gibi milletlerarası nitelikli kaidelerin mısır iç hukukunda da benimsenmesinden ötürü mısır hukukunun bu genel milletlerarası prensiplerle birlikte uygulanacağına karar vermiştir¹⁷.

Görüldüğü üzere 42. maddenin bu şekilde yorumlanması ikinci bağlama noktasının getireceği ihtimal tehkileleri ortadan kaldırmaktadır. Aynı doğrultuda Ağustos 1980 tarihli bir başka hakem kararında da 42. madde bu doğrultuda yorumlanmıştır.

42. madde ile ilgili olarak son olarak bir noktaya daha değinmek istiyorum. 42. maddenin 3 bendi gereğince eğer taraflar anlaşmışlarsa 42 maddenin 1. ve 2 bendindeki düzenlemeleri ihtilafın iyi niyetkurallarına göre çözümlenmesini engellemez.

42. maddenin son bendi ancak tarafların anlaşmaları halinde iyi niyet kuralının uygulanmasına imkan sağlar.

Kanaatimce sözleşmenin bu hükmünü incelediğimizde bu iradenin açıkça gösterilmiş olması şeklinde yorumlanacağından hiçbir şüphe yoktur.

Nitekim 8 Ağustos 1980 tarihli Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo ihtilafında mesele iyi niyet prensibine göre çözülmüştür. Ve davada taraflar 6 Haziran 1979 tarihinde Geneva'da bu iradelerini hakem heyetine açıkça belirtmişlerdir. Bu çerçevede heyet ihtilafa iyi niyet kurallarını uygulamıştır¹⁸.

Incelediğimiz ilk davada konunun giriş kısmında ifade etmiş olduğumuz tek yanlı uygulamayı görmekteyiz.

İhtilafı hal eden hakemler uygulanacak hukuk açısından bahsettiğimiz ilk davada milletlerarası hukuk kriterini aramışlardır. Aslında bu kriter gelişmiş ülkelerin milletlerarası ticaretin hızı ve güveni için ortaya atmış oldukları kurallar bütünü olmaktadır. Bu dava da

16) Bkz. Jarvin 130 (Award Şubat 16 (1983).

17) Bkz. Jarvin, 131.

18) Bkz ILM Vol. 21, Number 4 July 1982, 23.

Mısır devletinin iç hukuk hükümleri bu tip milletlerarası nitelikli kuraları da içermeseydi, uygulanacak hukuk hakemlerin gelişmiş hukuk nizamlarından aldıkları kurallar bütününden başka bir şey olmayacaktı. Buna mukabil kanaatimce bu tür bir yaklaşım geliştirmekte olan ülkelerde yapılmakta olan yatırımların güvenliği ve işleyişi açısından sağlıklıdır.

Nitekim Milletlerarası tahkime de uygulanacak hukuk bugün milletlerarası doktrinde hali hazırda tartışılan bir meseledir. Fakat giriş bölümünde de belirttiğim üzere milletlerarası düzenlemelerin amacı milletlerarası tahkimde en uygun en rahat, ucuz ve kolay yolu bulmaktır. 42. madde bu anlamda taraf iradelerine öncelik veren ikinci olarakta milletlerarası kurallara üstünlük tanıyan hatta daha ileri bir adım olarak hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde tanınan iyi niyet gibi genel bir hukuk normunu da tatbik imkânı tanımaktadır. Bu şekilde bir düzenleme milletlerarası nitelikli bu sözleşmenin getirmiş olduğu iç düzenlemeye uygundur.

c) 1965 tarihli Washington Sözleşmesine göre hakem kararlarının tanınması ve tenfizi.

Sözleşmenin 4. Başlığının (Chapter IV) 6. bölümü (Section 6) 53, 54 ve 55 maddelerde sözleşme nezninde teşekkül eden hakem kurulunun vermiş olduğu kararların yabancı ülkede tanınması ve tenfizi koşullarını düzenlemektedir.

Tüm bu maddeleri incelediğimizde sözleşmenin basit ve kolay çözüme yönelik pratik hükümler ihtiva ettiğini görmekteyiz. Zira Milletlerarası Nitelikli Tahkimde olması gereken çabuk neticiye ulaşma bunu gerektirmektedir.

Sözleşmenin 52 maddesine göre kurulca verilmiş hakem kararı merkezin incelemesi haricinde hiçbir milli yargısal yolun onay ve kontrolü olmaksızın verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcı nitelikte olmaktadır.

Bilindiği üzere merkezin incelemesi tarafların başvurusu halinde olmaktadır. Üstelik iç hukuk mercilerinin kontrolünden uzak tutulması bilhassa iç hukuklarda bağlayıcılık anının tespitinde çıkabilecek problemleride saf dışı bırakmaktadır.

Sözleşmenin 54. maddesi bağlayıcılık teriminden anlaşılması gerekenin de ne olduğunu ifade etmektedir. 54 madde gereğince bağlayıcılıktan anlaşılacak hakem hükmünün taraflarca bilindiği an olmaktadır. Zira aynı madde gereği ihtilafa taraf kişilerin ve devletin iç hukuk düzenlemelerindeki kanuni yollardan geçip kazanılan icrailik ve bağlayıcılık, dikkate alınmayacaktır. Bu sebeple 54 maddenin bu sözleşme çerçevesinde bağlayıcılığın tanımını bu şekilde vermiş olduğunu söyleyebiliriz.

ICSID bundan başka hiçbir olumsuz koşul getirmemiştir. Hatta Kamu Düzeni kısıtla-

19) Bkz. ILM , Vol 20 Number 4 July 1981, s. 877 vd . Aynı dava için ayrıca bkz. Arbitration International. Albert Jan Van Den Berg, 12.

ması bile getirmemiştir. Tek getirmiş olduğu koşul bağlayıcılıktır. Bunu da kendi bünyesinde çözüme kavuşturmuştur.

Nitekim *Benvenuti and Bonfant v. The Government of the People's Republic of Congo* davasında Paris istinaf mahkemesi Congo devleti aleyhine tenfize karar vermiş ve Congo'nun Paris'teki malları üzerinde icra kararı almıştır.

Yüksek mahkeme gerekçesinde; 54 maddenin tanıma ve tenfiz kurallarını gerektiği şekilde basite indirgediğini v esözleşmenin milletlerarası nitelikli hakem kararlarını içermesinden ötürü milli yabancı diyebileceğimiz hakem kararlarının tenfizinde olduğu gibi hiçbir olumsuz koşula da yer vermediğini hatta kamu düzenine aykırılığı bile düzenlemediğini ifade etmektedir.

Daha doğru bir ifadeyle ICSID kuralları kendine has bağımsız kurallardır. Bu sebeple bir devletin iç düzenlemesi ile oluşan onun yargı bağımsızlığı ve devletin bir başka devlet üzerinde hiçbir hakimiyet kuramayacağı ve onun alanına geçemeyeceği gibi domestik kaidelerle bağdaştırılamaz. Bu sebeple Congo devleti aleyhine Fransız Temyiz Mahkemesi bu davada tenfiz kararı verebilir.

Görüldüğü üzere sözleşmenin tanıma ve tenfizi düzenleyen hükümleri de bir yandan pratik zaruretler ekarşılık verirken bir yandanda kuvvetlinin yanında tek yanlı hatta hiçbir sınır dahi tanımadan işleyebilmektedir. Bu iki sebepten ötürüdür ki sözleşme hiçbir olumsuz tenfiz şartı getirmemiştir.

54 maddenin 3. bendinde icraya ilişkin şartların tenfizin yapıldığı ülke koşullarına tâbi olunacağından bahsedilir.

Bu bent'de kast edilen pek doğaldır ki tenfizin yapıldığı ülkenin iç hukuk prosedür kuralları ve icra hukuk kuralları olmaktadır. Aksi bir yorum başka bir ifade ile tenfiz ülkesinin tenfiz ve tanıma koşullarına tâbiyet düşünülemez. Çünkü yukarıda da ifade ettiğim üzere bu mesele zaten sözleşme bünyesinde çözüme kavuşturulmuştur.

Netice itibariyle sözleşme diğer hükümlerinde de olduğu üzere tanıma ve tenfiz hükümlerinde de tüm ayrıntıları hiçbir iç düzenlemeye gidilmesine gerek duyulmadan basit ve seri yöntemini yine muhafaza ederek düzenlemiştir.

Bu sebepledir ki doğuracağı tüm sakıncaların yanısıra getirmiş olduğu hükümlerle yatırım ihtilaflarını en kısa ve çabuk yolla hal yoluna koyması kayda değer en faydalı yanı olmaktadır.

SONUÇ

Sözleşme Türkiye tarafından 1988 tarihinde onaylanmış ve 20011 sayılı resmi gazete

ile 6 Aralık 1988 tarihinde bizim açımızdan resmiyet kazanmıştır. 3460 sayılı 1988 tarihli Resmi Gazete'de Türkiye sözleşmeyi bazı çekincelerle kabul etmiştir.

Bu çekincelerden en önemlisi "Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyumsuzluklarının I.C.S.I.D'de görülmemesi" hükmüdür.

Ülkemiz açısından sadece yatırım ihtilaflarına ilişkin akdi ilişkiler ve menkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak davaları hakem veya arabulucu ile görülebilecektir.

Bu çekince ile yukarıda ifade ettiğimiz tek yanlı güçlü olanın lehine işleyiş bir alanda kısıtlanmış olmaktadır.

Fakat getirilmiş olan bu çekincenin sözleşmenin uygulanabilirliğini daraltıp daraltmayacağı hatta pratikliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağını eleştirisin yapmak şu an imkansızdır. Zira Türkiye henüz sözleşmeye yeni taraf olmuştur. Henüz daha uygulama örneğine de rastlamış değiliz. Bu sebeple sözleşmenin işleyişi ile ilgili yapmış olduğumuz eleştiri ve beğenileri Türkiye açısından örnek bir uygulamanın sonuna bırakmada yarar görüyorum.