

SABA FAKES v. TÜRKİYE CUMHURİYETİ DAVASI - ICSID KARARI

Çeviren: Arş. Gör. Mustafa Alper ENER¹

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜMÜ MERKEZİ
Washington D.C.

SABA FAKES

(Davacı)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

(Davalı)

ICSID Dava No: ARB/07/20 KARAR^{2}**

Tahkim Heyeti Üyeleri:

Prof. Hans van Houtte, Hakem

Dr. Laurent Lévy, Hakem

Prof. Emmanuel Gaillard, Başkan

Heyet Sekreteri:

Martina Polasek

Heyet Başkanının Asistanı:

Anna Crevon

Davacı Temsilcileri:

Dirk Knottenbelt

Eddie Meijer

Marielle Koppenol-Laforce

Maarten Sturm

HOUTHOFF BURUMA N.V.

Davalı Temsilcileri:

Hamid G. Gharavi

Stephan Adell

Julien Fouret

DERAINS & GHARAVI

Kararın Tarafılara Gönderilme Tarihi: 14 Temmuz 2010

¹ Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD., ener@gazi.edu.tr

² <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf> adresinden Saba Fakes vs. Republic of Turkey Davası Kararı'nın orijinal metnine çevrimiçi olarak ulaşabilirsiniz.

I. GİRİŞ

1. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi'ne ("ICSID" veya "Merkez") 6 Haziran 2007 tarihli tahkim talebi (3 Ağustos 2007 tarihli mektupla ekleri gönderilmiştir), Saba Fakes adına ("Davacı"), Türkiye Cumhuriyeti ("Davalı") aleyhine, 13 Ağustos 2007 tarihinde kaydedilmiştir. Tahkim talebi ICSID Sözleşmesi ve 1 Kasım 1989 tarihinde yürürlüğe giren, 27 Mart 1986 tarihli, Hollanda Krallığı ve Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'na ("Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması" veya "İYA") dayandırılmaktadır.

2. Uyuşmazlık Davalı'nın İYA koşullarından bir kısmını ihlaline dayanmaktadır, Davalı'nın Davacı'ya eşit ve adil muamelede bulunmadığı ve Davacı'nın Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ("Telsim")'deki yatırımına el konulduğu, Türkiye'nin lider telekomünikasyon şirketinin tasfiye edildiği ve Türk yetkililer tarafından üçüncü kişiye satıldığı iddia edilmektedir. Kendi ön değerlendirmesine göre Davacı, Davalı'nın iddia edilen ihlallerinden dolayı 19.000.000.000 ABD\$ (On dokuz milyar dolar)'a varan zarara uğradığını ileri sürmektedir.

II. TARAFLAR

3. Davacı, Saba Fakes, Hollanda ve Ürdün çifte vatandaşlıklarına sahiptir. Türkiye, Fakes'in Hollanda vatandaşlığının tartışmalı olduğunu ileri sürülmektedir (aşağıda 54 ve devamı paragraflarına bakınız). Bu yargılamada Fakes; Dirk Knottenbelt, Eddie Miejer, Maarten Strum ve Marielle Kopponel-Laforce, Houthoff Buruma N.V. hukuk şirketi, Ween 355, PO BOX1507, 3000 BC, Rotterdam, Hollanda tarafından temsil edilmektedir.

4. Türkiye Cumhuriyeti bu tahkimde Davalı'dır. Hamid G. Gharavi, Julien Fouret ve Stephan Adell, Derains & Gharavi, 25 rue Balzac, 75008, Paris, Fransa tarafından temsil edilmektedir.

III. USULE İLİŞKİN AŞAMALAR

5. Heyet, ICSID Sözleşmesi 37(2)(b) maddesi uyarınca oluşturulmuştur. 26 Kasım 2007 tarihinde, Davacı tarafından Belçika vatandaşı Professor Hans van Houtte, hakem olarak atanmıştır. 23 Ocak 2008 tarihinde, Davalı tarafından İsviçre ve Brezilya vatandaşı Dr. Laurent Levy, hakem olarak atanmış ve Fransız vatandaşı Prof. Emmanuel Gaillard, Tahkim Heyeti'nin başkanlığını yapmak üzere önerilmiştir.

6. 12 Şubat 2008 tarihinde, Davacı Prof. Gaillard'ın başkan olarak atanmasına hiçbir itirazları olmadığını ICSID'e bildirmiştir. Ancak Dr. Levy'nin hakem olarak atanmasına itiraz etmişlerdir. 15 Şubat 2008 tarihinde, ICSID taraflara ICSID Sözleşmesi 57. maddesi ve ICSID Tahkim Muhakeme Usulü Kuralları ("Tahkim Kuralları") 9. kuralı uyarınca, hakemin reddi teklifinin heyet oluştuğunda yapılabileceğini bildirmiştir.

7. 4 Mart 2008 tarihinde, Merkez taraflara Prof. Emmanuel Gaillard, Prof. Hans van Houtte ve Dr. Laurent Levy'nin görevleri kabul ettiklerini ve Heyet'in oluştuğunu ve yargılamanın o günde Tahkim Kuralları 6(1) kuralı uyarınca başladığını, tebliğ etmiştir.

8. 14 Mart 2008 tarihinde, Tahkim Heyeti'nin oluşmasını takiben, Davacı Dr. Levy'nin hakem olmasının reddi istemini ICSID Sözleşmesi 57. maddesi ve Tahkim Kuralları 9. kural uyarınca vermiştir. Aynı gün Merkez, Davalıyı 21 Mart 2008 tarihine kadar, Davacı'nın Dr. Levy için yaptığı hakemin reddi istemi hakkında görüşlerini bildirmesini istemiştir. Davalı görüşlerini 21 Mart 2008 tarihinde sunmuştur.

9. ICSID Sözleşmesi 58. maddesi ve Tahkim Kuralları 9(4) kuralı uyarınca 28 Nisan 2008 tarihinde, Prof. Gaillard ve Prof. van Houtte, Davacı'nın Dr. Levy'nin hakemin reddi isteminin reddedilmesi kararını vermiştir. Taraflara Merkez'in kararı bildirmesinin ardından Tahkim Kuralları 9(6) kuralı uyarınca, yargılama 28 Nisan 2008 tarihinde kaldığı yerden devam etmiştir.

10. 20 Haziran 2008 tarihinde, Davacı, Davalı tarafından Davacı vekilinin denetimi nedeniyle oluşabilecek olası riskler dolayısıyla geçici tedbir talebinde bulunmuştur. Hemen ardından, 24 Haziran 2008 tarihinde Davalı, Davacı'nın tahkim talebi hakkındaki yetki itirazlarını sunmuştur. Bu itirazında tahkim yargılaması işlemlerinin ayrılmasını ve belirli belgelerin sunulmasını, ayrı bir talep olarak da masraflar için teminat talebini sunmuştur.

11. 26 Haziran 2008 tarihinde, Dünya Bankası Paris'te toplanan Tahkim Heyeti'nin ilk oturumunda, usule ilişkin bazı konularda karar vermiş ve Tarafların 20 Haziran 2008 ve 24 Haziran 2008'deki taleplerinde yer alan ön sorunlar hakkında görüşlerini bildirmeleri için takvimi belirlemiştir.

12. Bu takvime uygun olarak, 18 Temmuz 2008 tarihinde Davacı, Davalı'nın masraflar için teminat talebi hakkında ve Davalı, Davacı'nın geçici tedbir talebi hakkında ilk tur görüşlerini yollamıştır. 29 Ağustos 2008 tarihinde geçici tedbir ve teminat talepleri hakkında Taraflar ilk tur görüşlerine cevaplarını göndermişlerdir. Aynı gün, Davacı, Davalı'nın yargılamanın ayrılması ve belgelerin sunulması

talepleri hakkında ilk tur görüşlerini göndermiştir. 10 Eylül 2008 tarihinde Davalı, kendisinin yargılamanın ayrılması ve belgelerin sunulması talepleri hakkında ikinci tur görüşlerini ve Davacı'nın geçici tedbir talepleri hakkında ek görüşlerini göndermiştir. Son olarak, 12 Eylül 2008 tarihinde Davacı, Davalı'nın yargılamanın ayrılması, belgelerin sunulması ve teminat talepleri hakkında ikinci tur görüşlerini, talep ettiği geçici tedbirler hakkındaki son görüşleriyle birlikte göndermiştir.

13. 1 Ekim 2008 tarihinde Heyet, ön sorunlar hakkında Davacı'nın geçici tedbir ve Davalı'nın belgelerin sunulması ve teminat taleplerinin reddi ve Davacı'nın yargılamanın ayrılması talebinin kabulü kararını sunmuştur.

14. Tahkim Heyeti bunun üzerine Davalı'nın yetki itirazlarının ön sorun olarak incelenmesine karar vermiştir. Bu itirazların incelenmesine Davacı'nın Telsim hisselerine sahip olduğunu gösteren delillerini sunmadan başlanamayacağı ve Davalı'nın yetki itirazı hakkında hukuki dayanaklarının esasını yolladığını dikkate alarak, Heyet, Tarafların Davalı'nın yetki itirazları hakkında yazılı savunmalarını gönderecekleri takvimi belirlemiştir. Bu takvime göre:

- a) 30 Ocak 2009 tarihinde Davacı, Davalı'nın yetki itirazı hakkında bildirisini ("Bildiri") ilgili ek belgelerle ve Prof. Rudolf Dolzer'in uzman görüşü ve Saba Fakes'in tanık ifadesiyle göndermiştir.
- b) 30 Nisan 2009 tarihinde Davalı, Davacı'nın Davalı'nın yetki itirazları hakkında bildirisini hakkında cevabı ("Cevap") ilgili ek belgelerle birlikte göndermiştir.
- c) 30 Haziran 2009 tarihinde Davacı, Davalı'nın cevabına cevabını ("Replik") ilgili ek belgelerle, aynı zamanda Prof. Dolzer'in uzman görüşü, Prof. Hayri Domaniç'in hukuki görüşü, Hakan Uzan'ın tanık ifadesi ve Saba Fakes'in ikinci tanık ifadesiyle birlikte göndermiştir.
- d) 31 Ağustos 2009 tarihinde Davalı, Davacı'nın repliğine cevap ("Düplik") ve ilgili ek belgelerle birlikte Dr. Kemal Erol'un uzman görüşü ve Prof. Mehmet Bahtiyar'ın hukuki görüşüyle birlikte göndermiştir.

15. Yazılı savunmaların verilmesinden sonra, 8 Eylül 2009 tarihinde Heyet, taraflarla yetki konusunda yapılacak duruşmayla ilgili bazı düzenlemeler (organizasyon) hakkında karar vermek için duruşma öncesi telekonferans yapılmıştır. Bu duruşma öncesi konferansı takiben Taraflar 4 Eylül 2009 tarihinde bu düzenlemelerle ilgili görüşlerini göndermişlerdir.

16. Duruşma öncesi konferansından sonra, ICSID Hakan Uzan'ın Interpol ve ABD tarafından arandığını göz önüne alınarak Hakan Uzan'ın Heyet önünde sorgusundan doğabilecek hukuki sonuçları dikkate almış, Tahkim Heyeti 24 Eylül 2009 tarihli mektupla taraflardan Uzan'ın sorgulamasının olası sonuçları hakkındaki görüşlerini istemiştir.

17. 30 Eylül 2009 tarihinde Taraflar, Uzan'ın video konferansla sorgulanmasına fırsat verilmesi ve bunun olası sonuçları ile ilgili görüşlerini bildirdiler. 1 Ekim 2009 tarihinde tarafların durumlarının dikkatle incelenmesi ve ICSID'in görüşlerinin dikkate alınmasının ardından, Heyet "bu olağanüstü durumda", Uzan'ın –video konferansla yapılması düşünülen- sorgusunun gerekli olmadığı ve Uzan'ın tanık ifadelerinin kayıtlarda yer alması kararına varmıştır. Heyet tarafların duruşmada, Uzan'ın yazılı olarak yapılması düşünülen sorgusu konusunda görüşlerini bildirmelerini istemiştir.

18. Yetki hakkındaki duruşma Dünya Bankası Paris'te 5-6 Ekim 2009'da yapılmıştır. Aşağıdaki kişiler duruşmaya katılmıştır:

- Davacı taraf adına;
Saba Fakes, Davacı
Dirk Knottenbelt, Houthoff Buruma
Marielle Koppenol-Laforce, Houthoff Buruma
Maarten Sturm, Houthoff Buruma ve
Prof. Christian Rumpf, Rumpf Rechtsanwalte
- Davalı taraf adına;
Fethi Çalık, Başkan Yardımcısı TMSF
Aslı Yıldırım, Yabancı Dava ve Tahkim Başkanı TMSF
Ayşe Özge Daggez, Avukat, TMSF
İsmail Emrah Karayel, Avukat, TMSF
Dilek Bacanlı, Hazine Avukatı, Maliye Bakanlığı
İlker Çetin, Hazine Avukatı, Maliye Bakanlığı
Prof. Ziya Akıncı, Akıncı Hukuk Bürosu
Cemile Gökyayla, Akıncı Hukuk Bürosu
Hamid G. Gharavi, Derains Gharavi & Lazareff
Stephan Adell, Derains Gharavi & Lazareff
Julien Fouret, Derains Gharavi & Lazareff
Rory Wheeler, Derains Gharavi & Lazareff

19. Saba Fakes, Prof. Rudolf Dolzer, Prof. Mehmet Bahtiyar ve Dr. Kemal Erol sözlü ifadelerini Heyet önünde sunmuşlardır.

20. Prof. Hayri Domaniç'in çapraz sorgusunun video konferans yoluyla yapılması planlanmış ancak sağlık sorunları ve yetkiye ilişkin duruşma öncesi hastaneye kaldırılması nedeniyle uzman ifadesi sunamamıştır. Bu durum karşısında Prof. Domaniç'in sorgusunun daha sonra yapılması konusu duruşmada tartışıldı. Davalı, Prof. Domaniç'e sorusu olmadığını çünkü sorgunun gecikmesinin veya ertelenmesinin "*onun çapraz sorgusundan elde edileceği yararı önemsiz kılacağı*"³ görüşündedir. Heyet "*kayıtların mevcut halinden memnun olduğunu*"⁴ ve Prof. Domaniç'e sorusu olmadığını belirtti. Heyet'in ve Davalı'nın herhangi bir sorusu olmadığından Prof. Domaniç'in çapraz sorgusunu ileri tarihe ertelenmemesine ve onun hukuki görüşünü -kanıt değeri davanın gidişine göre belirlenecektir- kayıtlarda tutulmasına karar verdi.⁵

21. Hakan Uzan'ın tanıklığı konusu yetkiye ilişkin duruşmada tartışıldı. Uzan'ın sorgulanmasının hem uygunsuz ve hem de yasadışı olduğunun belirtilmesine rağmen Türkiye Cumhuriyeti, Uzan'ın tahkim kayıtlarında tanık beyanının tutulmasına herhangi bir itirazı olmadığını belirtti. Davalı tarafından Uzan'ın çapraz sorgulamasının yapılmadığı veya Heyet'ten hiçbir soru olmadığı düşünüldüğünde, Davacı'nın çapraz sorgudan sonra tekrar sorularını Uzan'a sormaya fırsatı olmayacaktır. Heyet, Uzan'ın yetkiye ilişkin duruşmada olmamasının, Davacı'yı herhangi bir zarara uğratmayacağı kanısına varmıştır.⁶

22. Heyet, Fakes'in ve Uzan'ın yazılı tanık ifadesi hakkında herhangi bir ek somut delile gerek olmadığına karar verdi. Ancak, taraflara Uzan'ın ifadesinde yer alan olaylar hakkında başka tanıklık yapabilecek kişiler olup olmadığını sordu. Taraflar başka tanık beyanı sunma niyetinde olmadıklarını belirtti.⁷

23. Heyet oybirliği ile mahkeme kayıtlarında tutulan Uzan'ın ifadelerinin delil değerinin davanın gidişine göre belirleneceğine ve Hakan Uzan'ın başka yazılı açıklamasına gerek olmadığına karar verdi.⁸

24. Heyet ayrıca Davacı'nın duruşma sonrası dilekçesi sunma isteğini kabul etti ve her iki tarafça bu tür bir dilekçe sunulmasını yetkiye ilişkin duruşmanın tamamlanmasından altı hafta sonra yapmasına karar verdi. Tarafların duruşma sonrası dilekçeleri 18 Kasım 2009 tarihinde sunuldu.

25. 2 Aralık 2009 tarihinde taraflar, kendi masraf raporlarını teslim ettiler.

³ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (189/17-18) tarihli Tutanağı.

⁴ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (190/22-23) tarihli Tutanağı.

⁵ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (210/2-11) tarihli Tutanağı.

⁶ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (197/8-12) tarihli Tutanağı.

⁷ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (2001/11-16) tarihli Tutanağı.

⁸ Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (210/13-23) tarihli Tutanağı.

26. 11 Kasım 2009 tarihinde, Davalı, ICSID tarafından görülen diğer bir dava sırasında Uzan'ın beyan etmiş olduğu tanık ifadesini göstererek, Uzan'ın heyet karşısında ifadesinin alınması konusunu tekrar açtı. Aynı tarihli mektupta Davalı, bu talebe itiraz etmedi.

27. Davacı'nın, Uzan'ın bu yargılamada yetkiye ilişkin duruşmanın sonunda tanıklık yapmaya çağırılması taleplerini dikkatlice inceledikten sonra, Heyet yetkiye ilişkin duruşma sonunda (i) Uzan'ın yazılı ifadelerinin kayıtlarda tutulmasına, (ii) Ne Davalı ne de Heyet'in Uzan'a sorusu olmadığına karar verildi. Heyet taraflara, davanın maddi ve hukuki zeminini açıklamak için duruşma sonrası bildiriler yoluyla ek bir fırsat vermiş olduğunu hatırlattı. Bu belirtilenler ışığında mahkeme, Davacı'nın talebini reddetmeye karar verdi. Bu karar 17 Aralık 2009 tarihinde taraflara bildirildi.

IV. MADDİ VAKIALAR

28. Taraflar arasındaki ihtilafın altında yatan olaylar Türkiye'de tanınmış bir aile olan Uzanlar'a karşı açılan çeşitli soruşturmalar ve davalardır. Uzanlar Türkiye'de bankacılık, elektrik, televizyon ve telekomünikasyon gibi çeşitli sektörlerde büyük şirketlere sahipti. Bu soruşturma ve davalar Uzan'a ait çeşitli varlıkların Türk yetkililer tarafından doğrudan veya dolaylı olarak satışıyla sonuçlandı. Türk vatandaşı olan Kemal Uzan, Cem Uzan ve Hakan Uzan'ın ICSID Sözleşmesi ve İYA kapsamında Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bir hak iddia edemeyecekleri açıktır.

29. Mevcut ihtilafın odak noktası özellikle üzerinde haciz olan Telsim varlıklarının Türk yetkililer tarafından satışidir. Telsim 1993 yılında Türk hukukuna göre kurulmuş ve 10 milyon abonesiyle Türkiye'nin en büyük ikinci cep telefon operatörü haline gelmiştir. Telsim hisselerinin 23 Mart 2003 tarihine kadar %67'sine Standard Telekomünikasyon Bilgisayar Hizmetleri AŞ. ("Standart Telekom") adına Uzanlar tarafından sahip olunduğu tartışmasıdır.

30. Davacı, 3 Temmuz 2003 tarihinde, Telsim hisselerinin %66,96'sının yasal sahibi olduğunu; bunun kendisinin Türkiye'deki yatırımlarını oluşturduğunu, Temmuz 2003 tarihinde Davalı'nın, Davacı'nın Telsim'deki hisselerinin kamulaştırılması ve üçüncü kişiye satılmasına yönelik eylemlere başladığını ileri sürdü.

31. Davacı, Davalı'nın şirketi tasfiye ettiği ve "Şubat 2004 ve Aralık 2005 tarihleri arasında *Telsim'i* kötü yönettiğini ve *hisselerinin değerini büyük ölçüde kaybettiğini*" ileri sürmüştür.⁹ Ayrıca Aralık 2005 tarihinde Telsim varlıklarının "*rekabete açık olmayan*" bir ihale süreci ile ve "*değerinin çok altında*" satılmasına

⁹ Davacı'nın 6 Haziran 2007 tarihli Tahkime Başvuru Dilekçesi, 21 ve 35. paragrafları.

neden olduğunu bunun “Türkiye’nin şirket satılana kadar geçen süre içinde kötü yönetim”ni gösterdiğini iddia etmiştir.¹⁰ Davacı’ya göre, Telsim’in üçüncü kişilere satılmasından sonra, Türk yetkililerden yatırımlarının kaybı için herhangi bir tazminat (ödeme) almadığını beyan etti.

32. Davacı Türkiye’nin eylemlerinin, İYA’daki taahhütlerini ihlal ettiğini belirtmektedir. Davacı, Davalı’nın şu yükümlülükleri ihlal ettiğini iddia etmektedir;

- i. İYA 5. maddesine göre adil bir tazminatı ödemediği davacıyı yatırımdan yoksun bırakmama yükümlüğü,
- ii. İYA 4. maddesine göre, yatırımından kaynaklanan karlar, temettü, sermaye kazançları ve benzeri ödemeler ve yatırımının tümünün veya bir kısmının tasfiyesinden doğan hasılatı gereksiz bir gecikmeye meydan vermeksizin ödenmesi yükümlüğü,
- iii. İYA 3(1) maddesine göre, davacıya eşit ve adil muamele sağlama yükümlüğü,
- iv. İYA 3(1) maddesine göre, makul olmayan veya ayrımcı önlemler, işletme, yönetim, bakım, kullanım, yararlanma, satış veya tasfiye bakımından zarar vermeme yükümlüğü,
- v. İYA 3(2) maddesine göre, Davacı’nın yatırımları bakımından tam güvenlik ve koruma sağlama yükümlüğü,
- vi. İYA m. 2(1)’e göre, Davacı’nın Türkiye’deki yatırımlarını ekonomik işbirliği ile destekleme yükümlüğü.

33. Davalı, mevcut anlaşmazlığın “Uzan ailesinin üyeleri ve onlar tarafından kontrol edilen kişiler tarafından işlenen, Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en büyük bankacılık dolandırıcılığı” olduğunu savunmaktadır.¹¹ Davalı’ya göre 2001-2002 yıllarında, Nokia ve Motorola Credit şirketleri Uzan ailesine ve onlar tarafından kontrol edilen birkaç şirkete karşı ABD New York Güney Bölgesi Bölge Mahkemesine dolandırıcılık ve RICO (Şantajcı ve Yozlaşmış Örgütler Kanunu) suçlamasıyla ve borç verdikleri paraların geri alınması talebiyle dava açtığında, “Uzan grubunun hileli düzenleri gün yüzüne çıkarılmıştır”.¹² Davalı, mahkemenin 31 Temmuz 2003 tarihinde Uzanlar’ın ve Uzanlar’ın sahip olduğu bir dizi şirketin dolandırıcılık yaptığını ve onları müştereken ve müteselsilen sorumlu tuttuğunu vurguladı.

¹⁰ Davacı’nın 6 Haziran 2007 tarihli Tahkime Başvuru Dilekçesi, 23. Paragraf.

¹¹ Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 5.

¹² Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 6.

34. Davalı, bu yargılamanın ardından “Uzan Grubunun finansal işlemlerinde usulsüzlük olduğu”nun ortaya çıkarıldığını ileri sürdü.¹³ 2003 Haziran ayında yürütülen bir soruşturmada “Uzan Ailesinin İmar Bankası vasıtasıyla komplike bir çift defter tutma sistemi ile 6 Milyar ABD doları tutarındaki tasarruf mevduatını gizlediği ve yönlendirdiği belirlendi. Zimmete geçirilen fonlar Uzan Grubu içinde İmar Bankası hissedarları olan şirketlerde gizlenmişti”.¹⁴ Davalı ayrıca “Uzan Grubu içinde Telsim’i de kapsayan, daha fazla mali usulsüzlükler tespit edildiğini ileri sürdü”.¹⁵ Bu sebep, yetkililerin “Telsimin işletilmesindeki ve hesaplarındaki kayıpları telafi etmek”¹⁶ için Telsim’in tasfiye edilmesi kararı vermesine ve “yaptıkları usulsüzlükler sonucunda Uzanlar’ın oluşturduğu borcun bir kısmını tazmin edebilmek için”¹⁷ Telsim’in varlıklarının üçüncü kişiye toplu satışına yol açtığını bildirdi.

35. Benzer doğrultuda, 2003’ten bu yana, Türkiye içinde, Uzan ailesinin üyelerine karşı zimmete para geçirme ve kara para aklama, dolandırıcılık benzeri bir takım cezai işlem yapılmıştır.

36. Davalı’nın Telsim’in mal varlıklarının satışı ile ilgili yaptığı işlemler nitelik olarak taraflar arasında olduğundan, Tahkim Heyeti’nin yetkisi dışında olan bu sorulara değinmesine gerek yoktur. Ancak, Telsim’in üçüncü kişiye satışına neden olan olayların kronolojisi Merkez’in ve Tahkim Heyeti’nin yetkisiyle ilgilidir.

37. Aşağıdaki olaylar, Davacı tarafından sahip olunduğu iddia edilen varlıkların Türk makamları tarafından satışına neden olmuştur;

- a) 10-27 Şubat 2003 tarihinde, Türk makamları, Uzan ailesi tarafından tutulan bazı şirketlerin işlemlerini sorgulamıştır. Ancak, bu bildirimlerde Telsim veya Standart Telekom’dan hiç bahsedilmemiştir.¹⁸
- b) 2003 yılının Haziran ayında, Türkiye Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (“BDDK”) Uzan ailesi tarafından sahip olunan İmar Bankası T.A.Ş. hakkında soruşturma açmıştır.
- c) Bu soruşturmayı takiben 3 Temmuz 2003 tarihinde, BDDK İmar Bankası bankacılık lisansını iptal etmiştir.¹⁹

¹³ Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 11.

¹⁴ Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı.

¹⁵ Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 11.

¹⁶ Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı.

¹⁷ Davalı’nın 30 Nisan 2009 tarihli Yetki hakkındaki Cevabı, paragraf 51.

¹⁸ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Çukurova Elektrik’e Resmi İhbarı (10 Şubat 2003), Delil R-27; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Kepez Elektrik’e Resmi İhbarı (10 Şubat 2003), Delil R-28; ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Çukurova Elektrik’e Cevabı (27 Şubat 2003), Delil R-29.

¹⁹ BDDK 1085 No’lu Kararı, Delil C-8.

- d) Hemen ardından, 4 Temmuz 2003 tarihinde, TMSF İmar Bankası'nın yönetim ve kontrolünü ele almak, Uzan ailesinin üyeleri de dahil olmak üzere yönetim kurulu üyeleri ve hâkim pay sahiplerinin alacaklarını dondurmak için Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde tedbir kararı almıştır.²⁰ Bu kararda açıkça Telsim veya Standart Telekom'dan bahsedilmemiştir.
- e) 31 Temmuz 2003 tarihinde, ABD New York Güney Bölgesi Bölge Mahkemesi Uzanlar'ın ve Standart Telekom dahil Uzanlar'ın elinde şirketleri dolandırıcılık suçundan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutarak arama kararı vermiştir.²¹
- f) 14 ve 26 Ağustos 2003 tarihlerinde TMSF Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nden İmar Bankası'nın eski yetkili imzacıları, hissedarları ve yöneticilerinin mal varlıklarına ilişkin iki adet tedbir kararı almıştır.²² 26 Ağustos 2003 tarihinde alınmış ikinci tedbir kararında açıkça Telsim ve Standard Telekom belirtilmiştir.
- g) 13 Şubat 2004 tarihinde TMSF tarafından Telsim'in müdürü atanmış ve temettü gelirlerini elde etme haklarına hanel gelmeksizin, Telsim payları ile bağlantılı haklar hacedilmiştir.²³
- h) 13 Aralık 2005 tarihinde TMSF Telsim'in mal varlığının büyük bir bölümünü yaklaşık 4.5 Milyar ABD Doları'na Vodafone'a satmıştır.²⁴ Bu satım 25 Mayıs 2006 tarihinde sonuçlandırılmıştır.

38. Davacı 3 Temmuz 2003 tarihinde iktisap ettiği Telsim'in yaklaşık %67 hissesinin yasal sahibi olduğunu iddia etmektedir. Davacı'nın bu hisselerle sahip olma iddiası hem hukuki niteliği hem de durum itibarıyla Davalı tarafından kabul edilmemektedir. Davalı; Fakes'in Telsim'deki hisselerle sahip olduğunu belirttiği tarihin, Türk makamlarınca Telsim hisselerinin dondurulması ve ardından Telsim'in mal varlığının satışı tarihleriyle açıkça aynı zamana denk geldiğini belirtmiştir.

39. Davacı'nın iddia ettiği gibi Telsim hisselerine sahip olup olmadığı hususu kapsamlı bir şekilde taraflar arasında tartışıldı.

²⁰ Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 4 Temmuz 2003 kararı, Delil R-3.

²¹ Motorola ve Nokia Şirketleri – Kemal Uzan ve diğerleri, New York Güney Bölgesi 2003, 274 F.Supp.2d 481, Delil R-2.

²² 14 Ağustos 2003 tarihli 2003/426 Sayılı Şişli Mahkeme Kararı, Delil R-4; 26 Ağustos 2003 tarihli 2003/442 Sayılı Şişli Mahkeme Kararı, Delil R-5. Her iki karar da aynı zamanda Delil C-3 olarak sunulmuştur.

²³ Delil C-11.

²⁴ Delil C-6 ve C-7.

40. Davacı ise sonraki beyanlarında şunları sunmuştur:

- a) 2 Ocak 2003 tarihinde Telsim yönetim kurulu, Standard Telekom'un isteği üzerine, Standard Telekom'un Telsim'deki paylarını temsil eden bir "Müsaade Belgesi"nin çıkarılmasına izin verilmesine ilişkin bir karar yayınlamıştır.²⁵
- b) 10 Şubat 2003 tarihinde, verilen bu karar sonucunda Telsim, Standard Telekom'a "ileride çıkarılacak hisse senetleriyle değiştirilmek üzere" şeklinde 32 geçici hisse senedi çıkarmıştır.²⁶
- c) 14 Şubat 2003 tarihinde Standard Telekom Yönetim Kurulu, Hakan Uzan'ın Standard Telekom'un Telsim'deki hisselerini satması (pazarlık yapması ve satım sözleşmesinin imzalanması) ve bu satım sözleşmeleriyle ilgili bütün işlemleri yapabilmesi için yetkilendiren bir karar almıştır.²⁷
- d) 28 Mart ve 2 Nisan 2003 tarihleri arasında Standard Telekom, Telsim'deki şirket paylarını temsilen 32 geçici hisse senedini Masoud International Trading Establishment ("Masoud")'a²⁸ (Ürdün vatandaşı olan Nasser Masoud tarafından ve Ürdün'de kurulan bir şirket) göndermiştir.
- e) 2003 yılının Nisan ayı sonlarında Fakes'e, Sinan Ghosheh (Amman'da muhasebe ve finans danışmanı) tarafından, "Telsim ile ilgili muhtemel bir ticari yatırım"a ilişkin bir teklifte bulunulmuştur.²⁹ Bu teklif Davacı'ya; "Ghosheh'in Uzan'la birlikte, Hakan Uzan'ın intifa hakkı sahibi olduğu [Telsim] hisselerinin bir üçüncü kişinin yasal sahibi olabileceği bir yapı oluşturduğu" şeklinde açıklanmıştır.³⁰ Davacı, Ghosheh ile yaptığı görüşmeler esnasında Masoud'un Telsim hisselerinin yaklaşık %67'sinin yasal sahibi olduğunu ve teklifin, kendisinin Masoud'dan bu hisseleri mülkiyet sahibi olarak satın alması şeklinde olduğunu anlamıştır. Davacı bu teklifi kabul ettiğini iddia etmektedir.
- f) 30 Haziran ve 1-2 Temmuz 2003 tarihlerinde Davacı ve Masoud, "Satıcının Telsim'deki hisselerinin devrine" ilişkin 10 tane; alım, devir, hakların devri ve hisselerin satımı sözleşmeleri imzalamışlardır ("Masoud - Fakes Sözleşmeleri").³¹ Bu sözleşmeleri takiben, Masoud Telsim hisselerinin %66,96'sını sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte, 3.800 ABD Doları

²⁵ 2 Ocak 2003 tarihli Telsim Yönetim Kurulu Kararı, Delil C-49.

²⁶ Kayıtlı Geçici Hisse Senetleri, Delil C-25 ve C-38.

²⁷ 14 Şubat 2003 tarihli Standard Telekom Yönetim Kurulu Kararı, Delil C-53.

²⁸ Kayıtlı Geçici Hisse Senetleri, Delil C-25.

²⁹ Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 9.

³⁰ Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 10.

³¹ Fakes ve Masoud arasında akdedilen Hisse Alımı Sözleşmeleri, Delil C-24.

ödemesi ve sözleşmede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde ise 17.668.000 ABD Doları'nın muaccel hale geleceği şartıyla Davacı'ya devretmiştir. Davacı sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte ödenmesi gereken 3.800 ABD Doları'nın tamamını nakit olarak ödemiştir.³²

- g) 3 Temmuz 2003 tarihinde, Masoud Davacı'ya Telsim hisselerinin %66,96'sını temsil eden 32 geçici hisse senedini ciro ve teslim etmiştir.³³ Bu hisselerin devrinden dolayı, Davacı Telsim hisselerinin %66,96'sının kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Ancak, Fakes ile Hakan Uzan arasında 2003 yılında yapılan sözlü anlaşmaya göre ise, Hakan Uzan halen bu hisselerin intifa hakkı sahibi olmaya devam etmiştir.³⁴
- h) 15 Temmuz 2003 tarihinde Davacı Telsim'den, Telsim'in "şirket kayıtları ile yeni ortak yapısını kaydetmek için bütün yükümlülükleri üstlendiğini" ve Fakes'in şirketin kayıtlarına göre Telsim'in bir hissedarı olduğunu belirten iki adet mektup almıştır.³⁵ İlk mektup Hakan Uzan tarafından Telsim'in CEO'su (genel müdürü) sıfatıyla imzalanmıştır ve ikinci mektup sadece "şirket hissedar hizmetleri adına" imzalanmıştır.

41. Davacı 3 Temmuz 2003 tarihinden itibaren Telsim hisselerinin %66,96'sının yasal sahibi olduğunu iddia etmektedir. Bu 15 Temmuz 2003 tarihli iki mektup saklı kalmak kaydıyla, o tarihten itibaren Telsim'in hissedar toplantılarının hiçbirine davet edilmediğini ve Telsim'den hiç bildirim almadığını ikrar etmektedir.

42. Telsim hisselerinin satımı ve şirketin haczine sebep olan olaylar hakkında; Davacı, gelişmeleri takip ederken, Ghosheh tarafından "*olaylara dâhil olmaması... ve Uzanlar ile Türkiye arasındaki sorunlar çözülene kadar beklemesi gerektiğinin*" kendisine tavsiye edildiğini belirtmektedir.³⁶ Davacı da bu tavsiyeye uyduğunu ve Telsim'in mal varlıklarının Vodafone'a satışı sonuçlanana kadar 2003 Temmuz ve 2006 Mayıs tarihleri arasında, Telsim'de sahip olduğunu iddia ettiği hisselerini güvence altına almak için hiçbir şey yapmadığını belirtmektedir. Bilhassa bu süreç sırasında Davacı, Telsim'in satışı ile şirkette sahibi bulunduğu %67'lik hissesine ilişkin hakkının zedeleneceğini bildirmek üzere Türk yetkilileri ile hiçbir bağlantıya geçmemiştir.

³² Fakes'in Tanık Beyanı II, paragraf 9.

³³ Fakes ve Masoud arasında akdedilen Hisse Alımı Sözleşmeleri, Delil C-24.

³⁴ Fakes'in Tanık Beyanı II, paragraf 5. Yetkiye İlişkin Duruşmada Fakes'in ifadeleri doğrultusunda, Uzan ve kendisi arasındaki sözlü anlaşma Masoud-Fakes Sözleşmesinden öncesinde yapılmıştır (5 Ekim 2009 tarihli Yetkiye İlişkin Duruşma Tutanağı'na bakınız, 103/16/18).

³⁵ 15 Temmuz 2003 tarihli Telsim'den Saba Fakes'e gönderilen mektuplar, Delil C-26.

³⁶ Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 24.

43. Ancak, Telsim mallarının Vodafone'a satışından sonra Telsim'de sahip olduğu hisseleriyle ilgili olası seçenekleri hakkında Ghosheh'e danıştığını belirtmektedir. Davacı ve Ghosheh tarafından yapılan araştırmalara göre, Davacı, Davalı Türkiye'ye karşı Hollanda-Türkiye İYA'ya dayanarak dava açabileceğini anladığını söylemektedir.³⁷ 14 Mart 2007 tarihinde Davacı Türkiye'ye gönderdiği ihtar mektubunda Telsim'deki yatırımının kamulaştırılması sebebiyle 19 Milyar ABD Doları'na kadar tazminat ödemesini istemiştir.

44. Davalı taraf ise Fakes'in iddiasının "*art niyetli ve anlamsız*" olduğunu ve kendisinin Türkiye'de "yatırım yapan" bir "yatırımcı" olarak nitelenemeyeceğini bildirmiştir. Davalı, "*Fakes'in, kanıtlanmış dolandırıcılık ve suç faaliyetleri dolayısıyla tüm mal varlığına Türkiye tarafından tedbir konulmuş ve kendi haklarına ilişkin iddialarıyla ilgili ICSID'e başvuramayacak bir aile olan Uzanlar'ın, ICSID'i yetkili kılmak amacıyla kullandığı bir piyon olduğunu bildirmiştir.*"³⁸

45. Davalı'ya göre; Davacı, Telsim'de sahibi olduğunu iddia ettiği hisselerle dair yeterli delil gösterememiştir. Davalı, davacı tarafından sunulan bu delillerin uyumsuzlukta söz konusu gerçeklerle eşzamanlı olup olmadığını sorgulamaktadır. Özellikle, Davalı yalnızca bir kişinin, Hakan Uzan'ın, geçici hisse senetlerinde imzası bulunduğunu, ancak Türk kanunları gereğince bunların iki imzalı olmaları gerektiğini belirtmektedir. Aynı şekilde, Telsim tarafından 15 Temmuz 2003 tarihinde Davacı'ya gönderilen iki mektupta da ikinci imza yoktur ve bunlar İngilizce yazılmış ve referans numarası verilmemiştir, ancak Telsim'in mektuplarının Türkçe hazırlanması ve arşivlenmesi için referans numarası verilmesi âdettendir.

46. Davalı tarafından üzerinde durulan bir diğer konu ise, Davacı'nın Telsim'in hisselerinin iktisabının zamanlamasıdır, "yürürlük tarihi" olarak belirtilen 3 Temmuz 2003'ün İmar Bankası'nın ruhsatının iptali ile Uzanlar'ın ellerinde bulunan mal varlıklarına el konulmasının tam da öncesine denk gelmesidir.

47. Ayrıca Davalı, Fakes'in Telsim'deki hissedarlığının Telsim kayıtlarına hiç geçmediğini bildirmektedir. Aksine, Ağustos 2003'te; yani Davacı tarafından uyumsuzluk konusu olan bu hisselerin iktisabının gerçekleşmesinden sonra, bu hisseler Standard Telekom ve Uzan ailesi üyeleri adına kayıtlı gözükmektedir.

48. Davalı, iddialarını desteklemek üzere, 14 ve 20 Ağustos 2003 tarihlerinde Telsim tarafından Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderilen iki mektubu göstermektedir. Kurumun sorusuna verilen cevapta: 20 Ağustos

³⁷ Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 27-28.

³⁸ 24 Haziran 2008 tarihli Davalı'nın Duruşma Öncesi Yetki İtirazları, paragraf 3.

2003'e kadar "Telsim'de yapılan bütün hisse devirlerinin grup şirketlerine olduğu ve bunların hepsinin %10 sınırının altında olduğu" belirtilmiştir.³⁹

49. Davalı ayrıca şu konulara da dikkat çekmiştir: Davacı'nın Telsim'deki hisseleri iktisabıyla, bu hisselerin sahibi olduğu iddiasını ortaya atması arasında dört yıl geçmiştir; Uzanlar tarafından yapılan girişimlerde belirli mal varlıkları geçmişe etkili olarak üçüncü şahıslara devredilmiştir; Davacı ciddi bir yatırımcı sıfatında olması gereken güvenilir profilden uzaktır; ve Uzan, Masoud ve Fakes arasındaki anlaşmaların yapılmasına dahil olan Ghosheh, Masoud ve Harbawi'ye karşı Ürdün'de açılmış pek çok dava bulunmaktadır.

50. Davalı cevaplarını, "Fakes'in iddialarını Uzanlar adına ortaya atmakta olan, özünde bir "kukla" hissedar olarak hareket ettiğini"⁴⁰ ve Merkez'in ve Heyet'in Davacı'nın davasına bakmaya yetkili olmadığını bildirerek sonuçlandırdı.

V. YETKİYE İLİŞKİN KONULAR

51. Davalı'nın yetkiye ilişkin itirazları aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Davacı Hollanda-Türkiye İYA m. 1(a)(i) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(2) (a) uyarınca yatırımcı olarak kabul edilebilmesi için gereken Hollanda vatandaşlığı, etkin (efektif, sıkı ilişkisinin bulunduğu) vatandaşlığı değildir.
- Davacı ICSID Sözleşmesi m.25(1) ve İYA m.1 anlamında yatırım yapmamıştır. Davacı en fazla kendisine verilen üçüncü kişiler adına -Uzan ailesi adına- hak talebinde bulunma görevini yapmaktadır ve milletlerarası hukukun genel ilkeleri uyarınca yasak olan, lehine olan sözleşmeyi seçme (treaty shopping) yoluna giderek bir hak iddia etmektedir.
- Davacı'nın sözde yatırımları Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını ve yönetmeliklerini ihlal ettiğinden ve İYA 2 ve 2(1) maddeleri uyarınca korunan yatırımlardan değildir.

52. Davalı ayrıca, Davacı'nın İYA m. 8(2) uyarınca uyumsuzluğu öncelikle Türk mahkemeleri önüne getirme yükümlüğüne uymadığını ileri sürmüştür. Ancak, bu itirazını 30 Nisan 2009 tarihindeki cevabında geri almıştır. Bu nedenle, Heyet'in bu konuyu ele almasına gerek kalmamıştır.

³⁹ Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 2083, (20 Ağustos 2003), Delil R-34; Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.

⁴⁰ 24 Haziran 2008 tarihli Davalı'nın Duruşma Öncesi Yetki İtirazları, paragraf 15.

53. Heyet, Davalı'nın yetkiye ilişkin itirazlarını aşağıda sırayla ele alacaktır. Son olarak, Heyet tarafların yargılama giderlerinin paylaşılması konusunda karar verecektir.

A. Davacı ICSID m. 25(2)(a) ve Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması m. 1(a)(i) Uyarınca Öngörülen Vatandaşlık Şartını Karşılıyor Mu?

1. Tarafların Görüşleri

54. Davalı, Davacı'nın hem Ürdün hem de Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmektedir.⁴¹ Ancak Davalı, İYA uyarınca ICSID tahkimine başvurmak için sadece Hollanda vatandaşlığına sahip olmanın yeterli olmadığını belirtmektedir. Bu vatandaşlığın etkin vatandaşlık olması da gerekmektedir. Davalı, ICJ'in (Uluslararası Adalet Divanı) *Nottebohm* kararında belirlenen etkin vatandaşlık testinin herhangi bir mahkeme (forum) ile sınırlandırılmayan bir devletler hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir. Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkin vatandaşlığı olduğuyla ilgili herhangi bir delil sunmadığını belirtmiştir. Aksine, Heyete sunulan delillerin Davacı'nın etkin vatandaşlığının Ürdün vatandaşlığı olduğuna işaret ettiğini ve bunun İYA hükümlerine dayanmasına engel oluşturduğunu iddia etmektedir.

55. Davacı ICSID tahkimi bağlamında etkin vatandaşlığını tartışmanın gereksiz olduğunu ileri sürmektedir. Davacı çifte vatandaş olmasının Davalı devletin vatandaşlığını ilgilendirmediğini belirtmektedir. Bu bağlamda İYA m 1(a)(i) anlamında taraf devletin vatandaşıdır ve ev sahibi devletin vatandaşı değildir, Davacı hem İYA hem ICSID Sözleşmesine göre yatırımcıdır. Dahası Davacı Hollanda vatandaşlığının etkin olmadığı görüşüne karşı çıkmakta ve Hollanda'yla mühim bağlantıları olduğunu ileri sürmektedir. Davacı her zaman Hollanda vatandaşlığı ile yakın ilişkide olduğunu (Hollandalı anneden ve Ürdünlü babadan doğmuştur, Davacı 8 yaşındayken babası Hollanda vatandaşlığını kazanmıştır), ve Hollanda vatandaşlığını etkin olarak kullandığını belirtmiştir.

2. Heyet'in Kararı

56. Tarafların iddialarını ve Prof. Dolzer'in uzman görüşünün, Davacı'nın çifte vatandaşlığının Heyet'in bu yargılamadaki yetkisine etkisi ile ilgili kısımlarını inceledikten sonra; Davalı'nın, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının

⁴¹ Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığını taşımadığını ileri sürmüştür, ancak sonradan bu iddiasını geri çekmiştir ve Davacı'nın Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmiştir. Davacı'nın bu vatandaşlığının geçerli vatandaşlığı olmadığı üzerinde durmuştur. "*Davalı Davacı'nın Hollanda vatandaşlığını ispatladığını kabul etmektedir ancak bu vatandaşlığının etkin vatandaşlığı olmadığına dayanarak yetki itirazını sürdürmektedir*" (Davalı'nın 31 Ağustos 2009 tarihli, Yargılama Yetkisine İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 269).

etkin olmaması nedeniyle davasını Heyet'in göremeyeceği görüşünü kabul etmemiştir.⁴²

57. Heyet'in *ratione personae* (kişi bakımından) yetkisi anlamında ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a) ve İYA m. 1(a)(i) mevcut davayla ilgili dikkate alınacak hükümlerdir. Heyet sırası gelince bu hükümleri inceleyecektir.

58. ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a)'ya göre "*diğer bir Âkit Devletin vatandaşı*";

"Ev sahibi devletten başka bir Âkit devletin vatandaşlığına sahip, uyumsuzluğun uzlaştırma veya tahkime gitmeye muvafakat verdikleri tarihte ve talebin 28. maddenin 3. paragrafına veya 26. maddenin 3. paragrafına göre kaydedildiği tarihte ev sahibi devletin vatandaşı olmayan, bir gerçek kişi" anlamındadır.

59. ICSID Sözleşmesi'nin m. 25(2)(a) lafzı, ev sahibi devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir gerçek kişiyi, Merkez'in yetkisinin açıkça dışında tutmaktadır. Bu, yatırımcının "*aynı zamanda*" başka bir âkit devletin vatandaşlığına sahip olması halinde de uygulanır. Yönetim Kurulu raporunda da vurgulandığı gibi "*bu durum kesindir hatta ev sahibi Devlet uyumsuzluğun görülmesine muvafakat verse bile değiştirilemez*".⁴³

60. Aron Broches tarafından belirtilen, m. 25(2)(a)'daki vatandaşlık koşulu, bir olumlu ve bir olumsuz iki şarttan oluşmaktadır; "*Olumsuz şart; Kişi uyumsuzluğa düştüğü devletin vatandaşı olamaz. Olumlu şart ise; Sözleşmeye taraf olan bir devletin vatandaşı olmalıdır*."⁴⁴

61. Merkez'in, ev sahibi devletin vatandaşı da olan gerçek kişi çifte vatandaşları açıkça yetki dışı bırakması, sözleşmeyi kaleme alanlar tarafından konulmuş tek yetki sınırlandırmasıdır. Heyet'in görüşü, bu sınırın ev sahibi Devlet vatandaşlığının etkinliğini konu almadığı açıktır. Hatta, Âkit taraflar ICSID Sözleşmesi 25. maddesi anlamında yatırımcının vatandaşlığının etkinliğine herhangi bir atıf yapmaktan

⁴² Davalı'nın iddiasının aksine Heyet Ön Sorunlar hakkındaki Kararında ICSID Sözleşmesi çerçevesinde etkin vatandaşlık testini kabul etmemiştir. Davacı'nın etkin vatandaşlığı konusunda herhangi bir karara da varmamıştır. Ön Sorunlar hakkındaki Kararın 23. paragrafında, Heyet bu konuda Tarafların görüşlerine atıf yapmış ve karar vermeden önce konu hakkında bilgilendirme talep etmiştir: "*Davacı'nın 'Hollanda ile sıkı bağlantısının bulunduğu' savunması, Davalı'nın Fakes'in etkin vatandaşlığı ile ilgili itirazını karşılamaya yetmemektedir, bu bağlamda Davalı, Fakes'in Hollanda-Türkiye İYA m. 1(a) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(2)'ye göre yatırımcı sıfatı olmadığını iddia etmeye devam etmektedir. Heyet'in Davalı'nın yetkiye ilişkin Davacı'nın Hollanda-Türkiye İYA ve ICSID Sözleşmesi anlamında yatırımcı olmadığı itirazı ile ilgili herhangi bir karar vermeden Tarafların konuya ilişkin bilgilendirme yapması gerekmektedir.*"

⁴³ Devletler ve Başka Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkındaki Konvansiyon Hakkında Yönetim Kurulu Raporu, paragraf 29.

⁴⁴ A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (1995), s. 202, Delil C-66.

kaçınmışlardır.⁴⁵

62. Öte yandan, ICSID Sözleşmesi'ne Âkit taraflar çifte vatandaşların iddialarını (davalarını) buradaki gibi (*per se*); (i) en az bir Âkit devletin vatandaşlığına sahip olmaları ve (ii) ev sahibi devletin vatandaşı olmamaları durumunda, kabul etmiştir. Olayımızda, Davacı ICSID'e taraf olan bir devletin (Hollanda) vatandaşlığına sahiptir ve ev sahibi devletin vatandaşı değildir.

63. ICSID Sözleşmesini kaleme alanlar, ev sahibi Devletin vatandaşlığına sahip olmayan çifte vatandaşların (örneğin ev sahibi devlet dışında iki Âkit devletin vatandaşlığına sahip olması veya ev sahibi devlet dışında bir Âkit devlet ve taraf olmayan bir başka devletin vatandaşlığının olması), ICSID'e başvurmasını vatandaşlıklarının etkinliğine bağlamamıştır.⁴⁶

64. Benzer şekilde, İYA lafzı da, Âkit Devletlerin İYA bağlamında vatandaşlığın etkinliğine bakılmasına fırsat vermemektedir. İYA m. 1(a)(i) uyarınca, “*yatırımcı*: (i) Bir Âkit Devletin, kanunlarına göre vatandaşı olan gerçek kişi” anlamına gelmektedir. Bu tanımdan, yatırımcının vatandaşlığının etkinliğinin onun ev sahibi devlete karşı İYA'ya dayanarak bir dava açması için gerekli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Heyet, İsveç-Romanya İYA ile ilgili benzer bir davada “*açık tanım ve İYA hükümlerince belirlenen düzenleme dikkate alınmalıdır, aksi halde bu İYA'nın gayrimeşru bir şekilde değiştirilmesi anlamına gelecektir*”⁴⁷ kararını veren Micula Heyetiyle aynı kanaattedir. Bundan yola çıkarak, Micula Heyeti Davalı Devletin “*Davacı'nın İsveç vatandaşlığını İsveç'le sözde belli belirsiz olan ilişkileri nedeniyle Romanya'ya karşı ileri süremeyeceği*”⁴⁸ iddiasını reddetmiştir.

65. İYA'ya göre çifte vatandaşlar İYA koruması dışında bırakılmamaktadır, bu nedenle Fakes, Ürdün vatandaşlığına bakılmaksızın Hollanda vatandaşı olarak Türkiye'ye karşı davasını açabilir.⁴⁹

⁴⁵ Bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 241.

⁴⁶ Heyet bu konuda, görüşmeler esnasında Guatemalalı bir delegenin Sözleşmeye etkin vatandaşlık şartının dahil edilmesini önerdiğini fakat bu önerinin Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından Sözleşmeye eklenmediğini gözlemlemiştir (bkz. Prof. Dolzer'in Ek Uzman Görüşü, paragraf 46). Ayrıca bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 241.

⁴⁷ *Micula ve diğerleri v. Romanya* (ICSID Dava No. ARB/05/20), Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Karar, 24 Eylül 2008, paragraf 101.

⁴⁸ *Micula ve diğerleri v. Romanya* (ICSID Dava No. ARB/05/20), Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Karar, 24 Eylül 2008, paragraf 105.

⁴⁹ 2 Ekim 1991 tarihli Şili-İspanya İYA vatandaşlık şartına ilişkin olarak, benzer bir çözüm için bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 415: “İYA anlamındaki vatandaşlık şartını karşılamak için *Davacı'nın Ev Sahibi Devlet dışındaki Âkit Devlet vatandaşı olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Davacı'nın*

66. Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkinliğini "çifte vatandaşlık şartı"nı sağlamak için İYA m. 1(a) ve ICSID m. 25(2)(a) kapsamında kanıtlamak zorunda olduğunu iddia etmektedir.⁵⁰ Davalı, *Nottebohm* davası ve Iran-ABD Davaları Tahkim Heyeti'nin A/18 kararında belirlenen etkin vatandaşlık testinin koşullarını sağlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Davalı'ya göre, benzer bir durumla karşılaşıldığında, önceki ICSID heyetleri bu testin uygulanmasını yatırımcı-Devlet tahkiminde göz ardı etmemişlerdir.

67. Heyet bu iddialara aşağıdaki nedenlerle katılmamaktadır.

68. İlk olarak, *Nottebohm* davasında vatandaşlığına sahip olunan Devlet ile "sıkı ilişki" şartı konulmuştur. Bu şart vatandaşlığına sahip oldukları Devletin açtığı davadaki vatandaşların diplomatik korunması bağlamında uygulanmıştır. Bu davadaki mesele çifte vatandaşlık ve bunun bir bireyin üçüncü bir devlete karşı davasını ileri sürme hakkı değil, bir Devletin, o devletle "sıkı ilişki" içinde olmayan bir bireye diplomatik koruma uygulayıp uygulayamayacağıdır.

69. Heyet, ICSID Sözleşmesi gibi yatırımların korunması ve gelişmesi için yapılan anlaşmaların, ev sahibi Devlete karşı uluslararası tahkime ayrı bir yol ile doğrudan başvurmayı sağladığını belirtti. ICSID Sözleşmesi m. 27(1) uyarınca, Âkit taraflar, Merkez himayesinde tahkime başvuran vatandaşlarına diplomatik koruma sağlama veya onlar adına uluslararası bir davayı ileri sürme haklarından feragat etmişlerdir. Diplomatik koruma bağlamında uluslararası teamül hukuku kuralları bu gibi yatırımcı-Devlet tahkimine uygulanmayacaktır. Prof. Dolzer'in de Uzman Görüşünde belirttiği gibi, "bir İYA'daki vatandaşlığa ilişkin şartlar, aynı kişiye vatandaşlık vermiş olan iki devlet arasında diplomatik koruma hakkına ilişkin, teamül hukuku kurallarına tabi olmaz".⁵¹ Yine Davalı'nın kaynak gösterdiği Anthony C. Sinclair'in ICSID'in vatandaşlık şartları çalışmasında özetlediği gibi "ICSID içtihatlarında iki görüş arasında artmakta olan bir ayrım göze çarpmaktadır. Bir görüş ICSID yetkisinin amaçlarını önde tutarken (özellikle tarafların vatandaşlık konusunda belirli bir anlaşmaya vardığı durumlarda), diğer görüş ise diplomatik koruma sağlamak için davaların vatandaşlığını tespitite uygulanan kuralları önde tutmaktadır. Bu gerçek kişi veya şirketin doğrudan bir Devlete karşı uluslararası bir mahkemede (forumda) dava açma ehliyetini düzenleyen ve Devlet ve yatırımcıyı bağlayan bir karara varan, ICSID'in

çifte vatandaş olması durumunda, diğer vatandaşlığının Ev Sahibi Devlet vatandaşlığı olması da dahil olmak üzere, İYA'da yer alan korumadan yararlanmasını engellemez" (Heyet'in Çevirisi).

⁵⁰ Davalı'nın Yetki Hakkındaki 30 Nisan 2009 tarihli Cevabı, paragraf 244.

⁵¹ Prof. Dr. Rudolf Dolzer'in Ek Uzman Görüşü, paragraf 39.

temel yapısının açık bir göstergesidir. ICSID anlamında vatandaşlık; sadece gerçek kişinin Merkez'in yargılama yetkisine girmesi için kullanılır. Vatandaşlık bağının sadece bir formalite haline indirgendiği görülmektedir. Bu bağ sadece ICSID'in imkanlarının, bunu kullanmaya karar veren taraflarca kullanılıp kullanılmayacağını belirlemede dikkate alınır.”⁵²

70. Aynı nedenle Heyet, *Nottebohm* ve İran-ABD Tahkim Heyeti A/18 kararındaki etkin vatandaşlık testinin, İYA m. 1(a)(i)'nin açık hükmünü kaldırmayacağı kanaatindedir. Bu madde sadece İYA'nın vatandaşlık meselesiyle ilgilenen hükmüyle ilgilidir. Âkit taraflar *ratione personae* (kişi bakımından) yetki anlamında ek sınırlamalar getirmiş olsalardı, hiç şüphesiz bu sınırlamalara açıkça İYA metninde yer verirdi.

71. İkinci olarak, Davalı'nın dayandığı A/18 Kararı, Cezayir Deklarasyonları temel alınarak “*ABD vatandaşlarının İran'a karşı ve İran vatandaşlarının ABD'ye karşı olan davaları hakkında karar vermek*” amacıyla özel olarak kurulan İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti tarafından verilmiştir.⁵³ İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti kararları, A/18 kararı dahil, sadece, İran ile olan vatandaşlıkları baskın ve etkin olmayan çifte İran-ABD vatandaşlarının İran'a karşı davaları hakkında başvuruda bulunup bulunamayacakları konusuyla ilgilenmiştir. İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti bu tip davalara izin vermiş ve “*Cezayir Deklarasyonlarındaki 'vatandaş' ve 'vatandaşlar' tanımlarına yapılan atıflar aksine bir istisna açıkça belirtilmedikçe [Nottebohm'daki etkin vatandaşlık testi] kuralıyla uyumlu şekilde anlaşılmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, Heyet Cezayir Deklarasyonu metninde böyle açıkça ifade edilmiş bir istisna bulmamıştır.*” demiştir.⁵⁴

⁵² A. Sinclair, “ICSID’s Nationality Requirement”, TJ Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law* (2008), s. 86-87, Delil R-97, alıntı A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (1972) 136 *Recueil des Cours* 331, 349, C.F. Amerasinghe, “The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes” (1979) 19 *Indian J. Intl. L.*, 198, 203, Chairman’s Report on the Preliminary Draft of the Convention of 9 July 1964, Doc Z11, in *Documents Concerning the Origins and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington, D.C.: ICSID, 1968) Vol. II, 557, 579-582, ve A. Broches, in *Summary Record of Proceedings of the Consultative Meeting of Legal Experts 16-20 December 1963*, Doc Z7, in *Documents Concerning the Origins and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington, D.C.: ICSID, 1968) Vol. II, 236, 256.

⁵³ ABD Hükümeti-İran Hükümeti davalarının çözümü hakkında Cezayir Hükümetinin Deklarasyonu (Davaların Çözümü Deklarasyonu), 19 Ocak 1981, Madde II(1).

⁵⁴ Dava A/18, karar No. DEC 32-A18-FT, 6 Nisan 1984, 5 IUSCTR 251, 263 vd. İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti “İran'a karşı açılan ve İran-ABD çifte vatandaşlığına sahip olan vatandaşların, *Davacı'nın vatandaşlığının hakkın ortaya çıktığı tarihten 19 Ocak 1981'e kadar ABD vatandaşlığının sıkı ilişkili ve etkin olması halinde, davalarını görmeye yetkili olduğu*” kararını vermiştir.

72. Cezayir Deklarasyonlarının aksine, Heyet ICSID Sözleşmesinin vatandaşlıklardan birinin ev sahibi devlet vatandaşlığı olması halinde çifte vatandaşları, bu vatandaşlığın etkin olup olmamasına bakılmaksızın, yetki dışında tuttuğunu gözlemlemiştir. Heyete göre, bu yetki dışı tutma A/18 kararında belirlenen “açıkça belirtilme”nin bir istisnasıdır. Dolayısıyla, ICSID m. 25(2)(a)’yı hazırlayanlardan farklı bir çözümü benimseyen İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti içtihat hukuku, ICSID tahkimi bağlamında uygulama alanı bulamaz.

73. Üçüncü olarak, Heyet, Davalı tarafından görüşünü desteklemek için atf yapılan hiçbir ICSID kararının “Davacı’nın durumu A/18 Kararında uygulanan etkin vatandaşlık testinin kabul edildiği ICSID içtihatlarıyla apaçık terstir”⁵⁵ savını desteklemediği fikrindedir. Aksine, Heyet önceki ICSID kararlarında, özellikle yatırımcı-Devlet tahkimi kapsamında etkin vatandaşlık testi uygulamasını yapmadığını belirtmiştir. Aslında önceki ICSID heyetleri *Nottebohm* ve A/18 Kararına yaptıkları atıflarda, ICSID Sözleşmesi kapsamında bu kararların uygulama alanı bulamayacağına hükmetmişlerdir. Özellikle *Siag* davasında çoğunluk “*Champion Trading davasında Heyet’in tespiti, ICSID m. 25 uyarınca belirlenen yöntemin sıkı ilişkili veya etkin vatandaşlık testine gerek bırakmadığıdır. İYA kimlerin vatandaş olduğu tanımını açıkça içermektedir. ... Eğer bu diplomatik koruma davası olsaydı farklı bir şekilde tartışılacağı ileri sürülebilirdi, taraflar uyuşmazlığın ICSID Sözleşmesi uyarınca çözümüne muvafakat vermişlerdir ve bu, yetkinin belirlenmesi için açık bir yöntemi ifade etmektedir. İYA m. 9(3) uyarınca diplomatik koruma yolu tahkim yargılaması sırasında özellikle dışarıda bırakılmıştır. Uluslararası hukukta diplomatik koruma alanında bireylerin vatandaşlığını ilgilendiren gelişmeler ..., ilgili de olsa, ICSID Sözleşmesi ve İYA kuralları uyarınca oluşturulan özel yöntem(rejime) izin vermelidir.*”⁵⁶ fikrinde birleşmişlerdir.

74. *Champion Trading* davasındaki Heyete göre “*Nottebohm ve A/18 kararının, Heyet’in görüşüne göre, bu davada uygulama alanı yoktur. Sözleşme m. 25(2)(a) çifte vatandaşlar için açık ve özel bir kural içermektedir. Heyet yukarıda belirtilen A/18 kararında gerçek ve etkin vatandaşlığın ‘açıkça bir istisna belirtilmedikçe’ gerekli olmadığını belirtmiştir. Burada Heyet bu tarzda açık bir istisna ile karşı karşıyadır.*”⁵⁷ kararını vermiştir.

⁵⁵ 31 Ağustos 2009 tarihli Davalı’nın Yetkiye İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 277.

⁵⁶ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/05/15), Yetkiye İlişkin Karar, 11 Nisan 2007, paragraf 198.

⁵⁷ *Champion Trading Company ve diğerleri v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/02/9), Yetkiye İlişkin Karar, 21 Ekim 2003, s. 16.

75. Davalı bu kararın “*Nottebohm ve A/18 Kararında ortaya konulan etkin vatandaşlık testinin genel olarak uygulanmasını engellemediğini iddia etmektedir. Aksine davamızda bu kararların uygulama alanı bulmayacağı sonucu zar zor çıkmaktadır*, şöyle ki çifte vatandaşlık halinde ev sahibi devletin (Mısır ve ABD) vatandaşlığına sahip olması 25(2)(a)’daki istisnaya tabidir. Elimizdeki dava çok daha farklıdır. Fakes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı değildir ve etkin vatandaşlık testinden kaçmak için bu istisnaya dayanamaz”.⁵⁸ Davalı etkin vatandaşlık testinin gerekli olduğunu ve ICSID m. 25(2)(a)’da çözümlenen çifte vatandaşlık meselesiyle “karıştırılmaması” gerektiğini ifade etmiştir.

76. Heyet, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde vatandaşlık şartlarının bu şekilde yorumlanmasına karşıdır. Sözleşme kaynaklı böyle bir yorum yapılamaz. ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a) lafzı açıktır ve daha fazla açıklamaya mahal yoktur. Genel kabul gören, Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 31 hükümlerinde düzenlenen, antlaşma yorumlama kurallarına göre, Heyet’in, sözleşmenin lafzına ters düşecek, özellikle Merkez’in yetkisine, âkit taraflarca belirlenmemiş ek sınırlamalar getirecek, herhangi bir yorumlama yapması yasaklanmıştır.

77. Bu ICSID tahkimi kapsamında etkin vatandaşlık testinin hiçbir bağlayıcılığı olmadığı anlamına gelmez. Bazı hallerde bu uygulamanın gerekebileceği durumlar ortaya çıkabilir. Broches “*Komisyon ve Heyetlerin yetkileri hakkında karar verirken vatandaşlıkların yarışması durumunda, Yatırımcının kendisine fayda sağlayan vatandaşlığını veya istemeden elde ettiği vatandaşlığını göz ardı edip etmeyeceğine karar vermek zorunda kalabileceği genel kanısı olduğunu*”⁵⁹ söylemektedir.

78. Merkez nezdinde dava açma amacıyla, İYA ve Sözleşmenin 25(2)(a) vatandaşlık şartlarını karşılamak için “*olağanüstü hızlı bir şekilde verilmesi ve diğer vatandaşlığın yerine ikame edilmesi durumları*” ile kendine faydalı olan vatandaşlığın kazanılması halinde şartların karşılanmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürülebilir.⁶⁰ Bunun gibi, “*vatandaşlığın yurtdışında doğan üçüncü veya dördüncü neslin üst soylarının ülkesiyle hiç bağlantısı olmadığı halde sadece nesilden nesile geçtiği için, sözleşme anlamında o devletin vatandaşlığına sahip*

⁵⁸ 31 Ağustos 2009 tarihli Davalı’nın Yetkiye İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 283 (Davalı tarafından vurgulanmıştır).

⁵⁹ A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (1995), s. 204-205, Delil C-66.

⁶⁰ Bkz. A. Sinclair, “ICSID’s Nationality Requirement”, in TJ Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law* (2008), s. 101, Delil R-97.

olup olmadığı” sorunu ortaya çıkabilir.⁶¹ Bu durumlardan hiçbiri davamızda söz konusu değildir. Fakes Hollanda vatandaşlığını gençliğinde, Hollanda’da ailesiyle birlikte yaşarken almıştır ve bu vatandaşlığını kazanmasında herhangi bir olağan dışılık yoktur. Vatandaşlığı kendine fayda sağlamak veya Davalı aleyhine dava açmak amacıyla kazanmış değildir.

79. Yukarıdaki tartışmalar ışığında, Heyet davada etkin vatandaşlık testinin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle, Davacı’nın vatandaşlığının etkinliği Heyet’in yetkisinin belirlenmesi açısından önemli değildir.

80. Bu davadaki vakıalar göz önünde tutulduğunda, Heyet, Fakes’in etkin Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmektedir. Fakes’in Hollanda vatandaşlığının etkinliği, *inter alia*, ebeveynlerinin Hollanda vatandaşı olması, karısı ve üç çocuğunun da Hollanda vatandaşı olması, çocukluğunun ve gençliğinin büyük bölümünü Hollanda’da geçirmesi, orada okuması, Hollanda pasaportu ve sürücü belgesine sahip olmasından anlaşılmaktadır. Bu kanıtlara Davalı tarafından itiraz edilmemektedir, Davalı bunların Davacı’nın vatandaşlığının etkinliğini göstermede yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Somut duruma bakarak, Heyet bu davada Davacı’nın Hollanda ile bağlantılarının sıkı ilişkili ve etkin olduğunu kabul etmiştir.

81. Yukarıdakiler ışığında, Davalı’nın Davacı’nın vatandaşlığı nedeniyle ileri sürdüğü yetki itirazı kabul edilmemiştir ve Heyet Davacı nezdinde *ratione personae* (kişi bakımından) yetkili olduğunu kabul etmiştir.

B. Davacı Türkiye Cumhuriyeti’nde Bir Yatırım Yaptı mı?

1. Tarafların Görüşleri

82. Heyet’in yetkisine itiraz ederken, Davalı Davacı’nın sözde Telsim hisselerine sahip olmasının ICSID m. 25(1) ve İYA m. 1 anlamında korunan bir yatırım oluşturmadığını iddia etmektedir. Davalı yatırımcı sıfatının ICSID Sözleşmesi ve ilgili İYA şartlarının yerine getirilmesine bağlı olduğunu ileri sürmektedir.

83. Davalı, Heyet’in ICSID Sözleşmesi m. 25 anlamında bir yatırım olup olmadığını belirlemek için *Salini* testi olarak adlandırılan ve şu dört kriterden oluşan testi uygulamasını istedi; (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ve (iv) ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı veya, en azından, ev sahibi devletin ekonomisine katkı. Davalı, Davacı’nın işlemlerinin *Salini* testini geçemediğini,

⁶¹ *Champion Trading Company ve diğerleri v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/02/9), Yetkiye İlişkin Karar, 21 Ekim 2003, s. 16-17.

mevcut davada dört kriterden hiçbirini sağlayamadığını iddia etmektedir.

84. Davalı'ya göre, Davacı'nın 3.800 ABD\$ nakit olarak ödemesi, ICSID Sözleşmesi anlamında ve Hollanda-Türkiye İYA açısından beklenen katkıyı sağlamamaktadır. Bunun yanında, süre kriteri de karşılanmamaktadır, Davacı'nın niyeti hiçbir zaman hisseleri kendi yararına ve kendi sahipliğinde tutmak yönünde olmamıştır, ancak bu hisselerin üçüncü bir kişiye devrini sağlamaya çalışmıştır. Davacı'nın Türk yetkililer tarafından işlemlerin dondurulması dolayısıyla, hisseleri başkasına devretmesinin engellenmesi, süre kriteri konusunda, etki doğurmamıştır. Dahası, Uzan'la "anlaşmaya" girmesiyle, Davacı ICSID Sözleşmesi'ne göre belirgin bir yatırım riski de yüklenmemiştir. Son olarak, Davalı, Heyet'in ICSID Sözleşmesince yatırım kavramını oluşturan dördüncü kriteri, ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine veya ekonomisine katkı sağlama gerekliliğini, göz ardı edemeyeceğini ileri sürmüştür. Davalı'ya göre, Davacı'nın işlemleri bu kriteri karşılamaktan da acizdir, Davacı bu kapsamda hiçbir ekonomik aktivitede bulunmamış ve Türkiye'ye herhangi bir uluslararası sermaye veya teknoloji girişi sağlamamıştır.

85. Ayrıca, *Phoenix vs. Çek Cumhuriyeti* 15 Nisan 2009 kararına⁶² dayanarak, Davalı tarafından iyi niyet kuralına aykırı olarak yapılan bir işlemin ICSID Sözleşmesince ve ilgili İYA ile korunan yatırım olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Davalı, Fakes'in anlaşmasının, Türk Devleti'nin Türk vatandaşlarıyla (Uzanlarla) olan bir ulusal meseleyi sanal olarak yabancı bir kişiyi dahil edip, Türk vatandaşlarının iddialarını üstüne alıp bir uluslararası uyumsuzluğa dönüştürmeyi amaçlayarak, iyi niyet kuralını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

86. Son olarak, Davalı, Davacı'nın işlemlerinin ICSID Sözleşmesi ve Hollanda-Türkiye İYA anlamında "yatırım" kriterini ihlal eden, Uzanlar tarafından verilen bir dava açma görevi ve kötüye kullanılan forum shopping'den (mahkemeler arasından davacı için en avantajlı yer mahkemesinin seçilmesi) başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir.

87. Davacı, Davalı'nın ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'i yorumlayarak yaptığı yatırım tanımını ve bilhassa Davalı'nın korunan yatırımı tanımlamak için *Salini* ve *Phoenix* testlerine dayanmasını kabul etmemektedir. Davacı ilgili İYA ile üzerinde anlaşılmalı olan yatırım tanımının, ICSID'i hazırlayanların "yatırım" kavramını Âkit Tarafların aralarında yapacakları İYA ile tanımlanacağını açıkça belirtmesi durumunda, ICSID Sözleşmesinin yorumundan üstün tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁶² *Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti* (ICSID Dava No. ARB/06/5), Karar, 15 Nisan 2009.

88. Davacı bu yüzden Heyet'in öncelikle Hollanda-Türkiye İYA m. 1'deki yatırım tanımını incelemesi gerektiğini ve *-MHS vs. Malezya* ad hoc Heyeti'nce kararlaştırıldığı gibi- bu incelemenin yeterli olacağını, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) uyarınca başka bir şartın gerekli olmadığını, ileri sürmektedir. Her halükarda, Davacı'ya göre, yatırımı hem Hollanda-Türkiye İYA m. 1 hem de *Salini* testinde belirlenen kriterlerle uyumludur bu anlamda Heyet'in görülmekte olan davada bu testin uygulanmasına karar vermesi gerekmektedir.

2. Heyet'in Kararı

89. Davalı'nın itirazları, Davacı'nın ICSID m. 25(1) anlamında "yatırım" koşulunu taşımadığı tezi üzerine kurulmuştur. Davalı, Davacı'nın Hollanda-Türkiye İYA anlamında da "yatırım" koşulunu taşımadığını ileri sürmüştür.

90. ICSID Sözleşmesi 25(1) maddesi ve Hollanda-Türkiye İYA 1(b) maddesi mevcut yetki itirazına ilişkin hükümlerdir ve Heyet tarafından incelenecektir.

91. ICSID Sözleşmesi 25(1) maddesi aşağıdaki gibidir;

"Merkez'in yargılama yetkisi, Âkit Devlet (veya onların alt birimleri veya Âkit Devlet tarafından Merkez'e gösterilen Devlet Kurumu) ile başka bir Âkit Devletin vatandaşı arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan bütün hukuki uyumsuzlukları, uyumsuzluğun taraflarının yazılı muvafakatlarının Merkeze verilmesi halinde, kapsayacaktır. Taraflar muvafakat verdikten sonra, hiçbir taraf muvafakatını tek tarafı olarak geri alamaz."

92. Hollanda-Türkiye İYA 1(b) fıkrası aşağıdaki gibidir;

"Bu Anlaşmanın amaçları uyarınca:

...

(b) "yatırım" özvarlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım anlaşmaları gibi her tür mal varlığı anlamına gelir ve aşağıdakileri kapsar:

- (i) ipotek, ihtiyati haciz ve teminat (rehin) gibi haklar dahil, maddi ve gayri maddi mallar;*
- (ii) hisse senetleri veya bir şirketteki diğer haklar veya varlıklarından doğan haklar;*
- (iii) bir para alacağı veya ekonomik değeri olan ve yatırıma ilişkin edim alacağı;*
- (iv) patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstriyel tasarımlar ve know-how ve maddi olmayan malların şirkete kattığı ek değer dahil sınai mülkiyet hakları ve telif hakları;*

(v) *Kanun veya sözleşmeden kaynaklanan her türlü hak ve kanuna uygun olarak sahip olunan her türlü lisans ve izin.”*

93. Türkiye’de kurulmuş bir şirkette bir Hollanda vatandaşının hisse sahibi olması Hollanda-Türkiye İYA 1(b)(ii) de belirtilen yatırım tanımı içine girmekle beraber, bu çıkarım Davalı’nın yetki itirazını tamamen karşılamaya yetmemektedir.

94. Dava (içtihat) hukuku ve uygulanacak hükümlerin yorumlanmasına dayanan tarafların iddialarına göre, Heyet’in görülmekte olan davada yatırımın varlığını belirlenmesi için şu konuları çözmesi gerekir: (a) ICSID Sözleşmesi, ilgili İYA’da verilen tanım tarafından geçersiz kılınamayacak bir otonom “yatırım” tanımı içermekte midir, eğer içeriyorsa, ICSID 25(1) maddesi anlamında yatırımın var olup olmadığı konusunda hangi kriter göz önüne alınacaktır? (b) Hollanda-Türkiye İYA yatırımın meşruiyeti (kanuniliği) şartını içeriyor mu, içeriyorsa, bu şartın kapsamı ve içeriği nedir? (c) Davacı’nın işlemi ICSID Sözleşmesi’nde (m. 25(1) anlamında) ve Hollanda-Türkiye İYA’da düzenlenen koşulları sağlıyor mu?

a) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında “yatırım” tanımı

95. Her iki tarafta yatırım tanımı hakkında görüşlerini açıklarken ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında yatırım kavramını irdeleyen pek çok ICSID kararı ve hükmüne dayanmıştır.

96. Heyet, önceki ICSID Tahkim Heyetlerince verilen kararlarla bağlı değildir. Aynı zamanda, önceki Heyet kararlarını dikkate almak gerektiğini düşünmektedir. Heyet, *Bayindir vs. Pakistan* Tahkimi Heyeti’nin görüşünü paylaşmaktadır. Buna göre, aksine mecbur bırakan nedenler olmadıkça, görülmekte olan davayla benzer olan davalarda belirlenen çözümleri izlemelidir. Böylece, yatırım hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesine katkı sağlama ve Devletlerin ve yatırımcıların haklı beklentilerini hukukun üstünlüğünün kesinliği sayesinde karşılama görevini yerine getirmiş olur.⁶³

97. Heyet “Yatırımcı” tanımının, her ne kadar bazı ICSID Heyetlerince kavram olarak incelendiğini gözlemlemişse de, şimdiye kadar içtihat hukukunda üzerinde uzlaşmaya varılan bir görüş oluşmamıştır. Çözüm önerileri birbirleriyle çelişme de insicamsızdır ve ileride oluşacak tahkim heyetlerine rehber olabilecek kesin bir çözüm sağlamamaktadır.

⁶³ *Bayindir v. Pakistan* (ICSID Dava No. ARB/03/29), Karar, 27 Ağustos 2009, paragraf 145. Ayrıca bkz. *Saipem v. Bangladeş* (ICSID Dava No. ARB/05/7), Yetki ve İhtiyati Tedbirlere İlişkin Karar, 21 Mart 2007, paragraf 67; *Pey Casado v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 9 Mayıs 2008, paragraf 119.

98. Heyet'e göre, metodolojik bakış açısıyla bakıldığında ICSID Sözleşmesi anlamında yatırım kavramına ilişkin iki yaklaşım bulunmaktadır.⁶⁴

99. İlk yaklaşıma göre: ICSID Âkit Tarafların ICSID korumasının çeşitli iktisadi faaliyet tipleri için genişletme serbestisi, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde korunması amaçlanan objektif kavramla sınırlanmasına rağmen, bu objektif kavram bazı karakteristik özelliklerle anlaşılır. Bu karakteristik özellikler ise *"heyetin yatırımın varlığını belirlerken kullandığı ölçüt ve kıstaslar ile bunları ileri sürenler veya kullananlar tarafından bu özelliklerin heyet tarafından uygulamada esnek olarak değerlendirilmesini isteyebilirler"*⁶⁵ görüşündeki gibi değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, açılan bir davada bir iktisadi faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için önerilen karakteristik özelliklerin hepsinin karşılanması gerekli değildir. Bu özelliklerin bir kısmının mevcut olması da yeterli olabilir.

100. Bu yaklaşıma göre yeni özelliklerin eklenmesi, açılan bir davada yatırımın tanınmasına olanak sağlamak anlamına gelir. Çünkü bu yaklaşım, açıklanan karakteristik özelliklerin bazılarına -ama hepsine değil- dayanarak yatırım olarak kabul etmektedir. *MCI vs. Ekvador Heyeti*'nin özetlediği gibi, bu özellikler, bir davada uygulanacak (veya uygulanmayacak) "örnekler olarak" değerlendirilir:

*"Heyet, bir anlaşma tarafından korunan yatırımın varlığını belirlemek için bazı tahkim yargılamalarında kullanılan özelliklerin (iddia edilen yatırımın süre ve risk unsuru gibi) sadece örnek olarak göz önüne alınmasını ve yatırımın varlığı için zorunlu olmadığını ifade etmektedir."*⁶⁶

101. İkinci yaklaşımın savunucuları ise tersine, yatırımın objektif tanımının, bir faaliyetin "yatırım" olarak kabul edilmesi için belirli sayıda unsuru içermesi gerektiğini düşünür. İlk görüşün aksine, ICSID Sözleşmesince bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için kurucu unsurların tamamen karşılanmasını gerektirir.

⁶⁴ Bu yaklaşım hakkında, bkz. E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice," in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, Ch. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch and S. Wittich (eds.), s. 403 vd.; K. Yannaca-Small, "Definition of „Investment“: An Open-ended Search for a Balanced Approach", in *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, OUP, 2010, s. 243.

⁶⁵ *RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Dava No. ARB/05/14), Karar, 13 Mart 2009, paragraf 241; ayrıca bkz. *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovakiya Cumhuriyeti*, Yetkiye İlişkin Karar, 24 Mayıs 1999, paragraf 64.

⁶⁶ *MCI Power Group LC and New Turbine v. Ekvador* (ICSID Dava No. ARB/03/6), Karar, 31 Temmuz 2007, paragraf 165. Ayrıca bkz. C. Schreuer with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2009, para 153: *"... uyumsuzluk konusu olan çoğu faaliyet için tipik olan, belli özellikleri belirlemek mümkündür. ... Bu özellikler yetkiye ilişkin şartlar olarak anlaşılmalı fakat Sözleşme anlamında sadece yatırımların tipik karakteristik özellikleri olarak anlaşılmalıdır."*

102. Ancak, bu kurucu unsurların sayılarının ve içeriklerinin belirlenmesi hususunda hemfikir olunan bir çözüm bulunamamıştır. Bazı ICSID heyetleri, LESI-Dipenta Heyeti gibi, “yatırım” kavramının üç objektif kriterle (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ile belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

103. Bazı heyetler ise en azından dört kriterin ICSID Sözleşmesi’nin yatırım koşullarını sağlaması için olmazsa olmaz olduğuna karar vermişlerdir. Bu unsurlar, genelde *Salini* testindeki gibi, (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ve (iv) ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı olarak sayılmaktadır.⁶⁸

104. Bazı heyetler ise bir iktisadi faaliyetin yatırım sayılması için dört değil beş unsurun yerine getirilmesini öngörmüştür. *Salini* kriterlerini detaylandırarak kâr ve getiri düzenliliği koşulunu eklemişlerdir.⁶⁹ Yakın zamandaki bir davada heyet, *Salini* kriterlerine, varlıkların yatırımı iyi niyetle ve ev sahibi devletin kanunlarıyla uyumlu olarak yapılmalı koşulunu da ekleyerek unsurları altına çıkarmıştır.⁷⁰

105. Diğer bazı heyetler *Salini* Heyeti’nce belirlenmiş unsurların görülen davada “*unsurların mevcudiyetinin niteliğine ve derecesine göre*” göz önüne alınmasını önermiştir.⁷¹ Mesela, bir faaliyetin ICSID Sözleşmesince yatırım olarak kabul edilmesi için ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkının “önem unsurunu” yerine getirmesi gerekmektedir.⁷²

106. Heyet, yatırım tanımı için belirlenen bu artan unsurlar listesinin sınırlandırılmasının bazı heyetlerde tepkiye yol açtığını gözlemlemiştir. Bu heyetler, ICSID Sözleşmesinin ruhuna dönmeye karar vermişler ve “yatırım”

⁶⁷ *LESI-Dipenta v. Cezayir* (ICSID Dava No. ARB/03/08), Karar, 10 Ocak 2005, paragraf II.13(iv): “... Sözleşmenin amacına uygun olarak, bir anlaşmanın Sözleşmenin hükümlerine göre yatırım sayılması için, şu üç kritere uygun olması gerekmektedir: (a) âkit tarafın ev sahibi devlete katkı sağlaması, (b) bu katkı belirli bir süre için yapılmalı ve (c) bu katkıda bulunan kişi için risk unsuru taşımalıdır. Ayrıca, bu katkının ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlaması zorunlu görülmemektedir. Bu kriteri sağlamak zordur ve yukarıda belirtilen üç kriter bunu zimmî olarak içermektedir.” (Heyet’in çevirisi) Ayrıca bkz. *Bayindir v. Pakistan* (ICSID Dava No. ARB/03/29), Yetkiye İlişkin Karar, 14 Kasım 2005, paragraf 131-137; ve *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 233.

⁶⁸ *Salini Constuttori SPA and Italstrade SPA v. Fas Krallığı* (ICSID Dava No. ARB/00/4), Yetkiye İlişkin Karar, 23 Temmuz 2001, paragraf 50-58.

⁶⁹ *Joy Mining v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/03/11), Yetkiye İlişkin Karar, 6 Ağustos 2004, paragraf 53; ayrıca bakınız *Helnan International Hotels v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/05/19), Yetkiye İtiraza İlişkin Karar, 17 Ekim 2006, paragraf 77.

⁷⁰ *Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti* (ICSID Dava No. ARB/06/5), Karar, 15 Nisan 2009, paragraf 114.

⁷¹ *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, paragraf 106(e), April 16, 2009 tarihindeki bir kararla sonradan iptal edildi.

⁷² *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, paragraf 123.

kavramını sadece ICSID tahkimine muvafakat kapsamında değerlendirmelerine neden olmuştur. Bu bağlamda yatırım anlaşmalarına taraf olan Devletler, bu gibi yatırım anlaşmalarında ICSID'in yargılama yetkisine muvafakat vermişlerdir ve ICSID Sözleşmesini hazırlayanlar 'yatırım' kavramını tanımlamamışlardır, bu muvafakat yatırım anlaşmalarında belirlenen korunan yatırımlar tanımını kabul ettikleri anlamına gelmektedir. Bu son görüşe göre, Âkit Devletlerin ilgili İYA'larında öngördükleri yatırım tanımı, ICSID heyeti tarafından göz önüne alınacak tek tanımdır.⁷³

107. Heyet'in kanaatine göre, ICSID Sözleşmesi uyarınca 'yatırım' aşağıdaki şekilde yorumlanmalıdır.

108. Öncelikle, Heyet Merkez'in uyuşmazlık konusunda yetkili olması için gerekli koşullardan biri olan yatırım kavramını, sadece tarafların muvafakatine (Merkez'in yetkisi için olmazsa olmaz gereklidir) bakarak tanımlayamaz. Heyet yatırım kavramının objektif tanımının ICSID Sözleşmesi çerçevesinde belirlendiği, bunun aksinin ileri sürülmesinin m. 25'in bazı hükümlerini boşa düşüreceği görüşündedir.

109. Bu anlamda, Heyet, "ICSID Sözleşmesinin kendisi, yargılama yetkisiyle bağlantılı olarak yatırım kavramını tanımlarken, bu etkiye bir çerçeve oluşturmuştur: yargılama yetkisi farklı veya tamamen ilgisiz bir şeye dayandırılmaz. ... Uyuşmazlığın tarafları, Sözleşmenin 25. maddesinin objektif unsurlarını taşımayan bir yatırımı, sözleşme veya anlaşmayla -ICSID'in yargılama yetkisine sokmak için- 'yatırım' olarak tanımlayamaz." görüşünü benimseyen, *Joy Mining vs. Mısır* davası Heyeti'nin görüşüne katılmaktadır.⁷⁴

110. İkinci olarak, Heyet, (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru, kriterlerinin ICSID Sözleşmesi çerçevesinde bir yatırımı tanımlamak için hem gerekli ve hem de yeterli görmektedir. Heyet'in görüşüne göre, bu yaklaşım tipik 'yatırım' kavramının koşullarını içermekte ve ICSID Sözleşmesinin lafzına, hedefine ve amacına halel getirmeksizin 'yatırım'ın objektif bir tanımlamasını göstermektedir. 'Yatırım' sözcüğünün tipik anlamından çıkarılan bu üç unsur ister karmaşık uluslararası işlemlerde ister birinin çocuğunun eğitiminde olsun;

⁷³ *Bewater Gauff v. Tanzania* (ICSID Dava No. ARB/05/22), Karar, 24 Temmuz 2008, ve *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), İptalin Uygulanmasına İlişkin Karar Decision on the Application for Annulment, April 16, 2009.

⁷⁴ *Joy Mining v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/03/11), Yetkiye İlişkin Karar, 6 Ağustos 2004, paragraf 49-50; ayrıca bkz. *RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Dava No. ARB/05/14), Karar, 13 Mart 2009, paragraf 235, "belirli objektif unsurların yatırımda mevcut olması gerekmektedir ve bunların var olduğundan emin olmak bu Heyet'in görevidir aksi takdirde yetkili olduğunu ileri sürmesi yanlış olur ve hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır."

her iki durumda da belirli bir miktar sermaye veya know-how sağlanması gerekir, katkının faydaları hemen alınmaz ve sonuçta hiçbir fayda sağlanmaması riskini de üstlenir, proje hiçbir zaman tamamlanamayabilir veya çocuk ailesinin umutları veya beklentileri üzere olmayabilir.

111. Heyet, diğer yandan, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkının ICSID Sözleşmesi çerçevesinde bir yatırım kriteri olduğunu düşünmemektedir. Bu kriteri yatırım tanımının bir unsuru olarak gören diğer heyetler, *Salini* Heyeti gibi, vardıkları bu sonucu esasen ICSID Sözleşmesi'nin önsöz (preamble) kısmına dayandırmışlardır. Heyetimiz, önsözde “*ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliği ihtiyacı*”ndan bahsedilmesinden, lafzen açıkça belli olmayan bir anlam ve işlev çıkarılmasının aşırıya kaçmak olduğunu düşünmektedir. Heyet'e göre, ICSID Sözleşmesinin öngörülen amaçlarından biri ev sahibi devletin ekonomik gelişimi olmakla birlikte, bu amaç yatırım tanımının bağımsız bir unsuru değildir. Ev sahibi devletlerde yatırımın teşviki ve korunmasıyla ekonomik gelişimlerine katkı sağlanması beklenir. Bu gelişme bütün yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen yatırım projelerinden beklenen bir sonuçtur, ayrı bir koşul değildir. Ayrıca, bazı yatırımlar Devlete ve yatırımcının kendisine yarar sağlayabilir ve bazıları sağlamayabilir. Çok kârlı olacağı düşünülen bazı yatırımlar ekonomik felaketler doğurabilir. Sadece yarar sağlamadı diye yatırım kavramı çerçevesi dışına çıkmış olmazlar.

112. Bunun gibi, iyi niyet ve meşruiyet ilkeleri ICSID Sözleşmesinin lafzını bozmadan ICSID Sözleşmesi m. 25(1) tanımına dahil edilemez. Bir yatırım kanuna uygun veya kanuna aykırı olabilir, iyi niyetle veya kötü niyetle yapılmış olabilir ama yine de yatırımdır. “Kanuna uygun yatırım” veya “iyi niyetle yapılmış yatırım” ifadeleri gereksiz ifadeler değildir, ve “kanuna aykırı yatırım” veya “kötü niyetle yapılmış yatırım” ifadeleri ise tezat değildir.⁷⁵

113. Bir anlaşma iyi niyetle yorumlanmalı ve uygulanmalıdır, bu sözleşme hukuku bakımından genel ilkedir. Buradan yola çıkarak yatırım tanımı için ICSID Sözleşmesinde yer almayan ek bir ‘iyi niyet’ unsuru çıkarılamaz.

⁷⁵ Aynıysa yatırımın büyüklüğü için de geçerlidir. Bazı yazarların (bkz. Ch. Schreuer et al., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 2nd ed., Cambridge University Press 2009, s. 128: “*Dördüncü tipik unsur ise taahhütün esas olmasıdır.*”) ve bazı kararların (bkz. *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, sonradan iptal edilmiş), görüşlerinin aksine küçük yatırımlar da büyük yatırımlar gibi ICSID Sözleşmesi kapsamındadır. Yatırım büyük veya küçük, kâr getiren veya kâr getirmeyen, veyahut devletin ekonomik gelişmesine katkıda bulunan veya bulunmayan bir yatırım olabilir. Bütün bu görüşler mantıklıdır ve ne büyüklük ne de kâr veya yatırımın işe yarar olması kelimenin olağan anlamının içerisinde.

114. Yatırımın meşruiyeti göz önüne alındığında, bu sorun, İYA m. 1(b) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de belirlenen 'yatırım' tanımıyla ilgili değildir. Heyete göre, ICSID Sözleşmesi bu konuda tarafsız kalırken, ikili yatırım anlaşmaları uygulanmasını ve koruma kapsamını, tarafların tahkime muvafakati de dahil, meşruiyet koşuluna bağlamakta serbesttirler. Bu tam olarak da Hollanda-Türkiye İYA'daki durumdur. Hollanda-Türkiye İYA m. 2(2)'de böyle bir koşul bulunmaktadır. Şimdi Tahkim Heyeti tarafından bu sorun ele alınacaktır.

b) Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması'ndaki meşruiyet şartı

115. Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'de *"bu Anlaşma bir Âkit Devletin yatırımcıları tarafından diğer Âkit Devlet sınırlarında sahip olunan veya kontrol edilen, yatırımın yapıldığı anda yatırım yapılan devlette yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak yapılan yatırımlara uygulanır"* denilmektedir. Bu hüküm İYA korumasının Davalı'nın kanun ve yönetmeliklerine uymayan yatırımlara uygulanamayacağını açıkça belirtmektedir. "Yatırım" tanımı İYA madde 1(b)'de yapılmıştır. Bu koşul sağlanmazsa, İYA uygulanmayacaktır. Bu nedenle, Âkit Devlet İYA madde 8(3) uyarınca uyuşmazlığın tahkime götürülmesine muvafakat göstermiş sayılmaz ve bundan dolayı ICSID Sözleşmesi madde 25(1) anlamında Merkez'in yetkisine muvafakati yoktur.

116. Heyet Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'deki meşruiyet şartının kesin kapsamını değerlendirmelidir. Taraflar bu hükümle kanun ve yönetmeliklerin tamamının mı yoksa bir kısmının mı kastedildiği ve bu anlamda İYA'nın uygulanmasını engelleyecek olan ihlalin bir alt seviyesinin var olup olmadığı konusunda anlaşamamaktadırlar.

117. Davalı, ev sahibi devlet'in kanunlarını herhangi bir şekilde ihlal eden bir yatırımın, yatırımı "lekeleyeceğini" ve İYA ve ICSID Sözleşmesi korumasından mahrum bırakacağını ileri sürmektedir. Buna göre herhangi bir kanun veya yönetmeliğin ihlali meşruiyet hükmünün uygulanmasını ve yatırımın İYA tarafından sağlanan korumadan yararlanamamasını gerektirir.

118. Davacı, Davalı'nın Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2) yorumuna katılmamaktadır ve *"belirli bir seviyede ihlal"*in bu hükmün uygulanmasını sağlayacağını ileri sürmektedir. Davacı'ya göre bir yatırımın "gayrimeşru (hukuka aykırı)" sayılması ancak temel hukuk ilkelerine aykırılık halinde dikkate alınmalıdır.

119. Heyet, Davalı'nın ev sahibi devletin herhangi bir kanununun ihlal edilmesinin, yatırımın İYA anlamında hukuka aykırı olacağı ve bu tarz

yatırımların İYA tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacağı görüşünü kabul etmemektedir. Heyet'in görüşüne göre Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2) düzenlemesinde bulunan meşruiyet (kanunilik) şartı, ev sahibi Devletin sadece yatırımın ülkeye kabulüne uygulanan düzenlemeleriyle uyumlu olup olmadığıyla ilgilidir. Bu durum, İYA'nın lafzında "*kanunlara ve yönetmeliklere uygun olarak yapılmış ... yatırımlar*"a uygulanacağı şeklinde açıkça belirtilmiştir. Heyet, yatırım düzenlemeleriyle ilgili olmayan hukuk ihlallerinden dolayı bu yatırımları korumadan yoksun bırakmanın yatırımın korunması anlaşmalarının konu ve amacına ters düşeceğini belirtmektedir. Yatırımcının iç hukuk kurallarını ihlal etmesi halinde, ev sahibi Devlet kendi iç düzenlemeleri çerçevesince bu yatırımcıya uygun yaptırımı uygulayabilir. İlgili yatırım anlaşmasında açıkça belirtilmedikçe, ev sahibi Devlet sınırları içinde yapılan yatırımlara karşı üstlendiği uluslararası sorumluluklarından, yatırım ile ilgili düzenlemeler dışında kalan iç hukuk kurallarına dayanarak kurtulamaz.

120. Bu davada Davalı, Davacı'nın iddia ettiği hisse devrinin Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı yatırımın teşviki düzenlemelerini, telekomünikasyon sektörü ile ilgili düzenlemeleri ve rekabet hukukunu ihlal ettiğini iddia etmektedir. İlk ihlal, eğer ispat edilirse, Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'nin meşruiyet şartı kapsamına girebilir ve Heyet'in, İYA tarafından yatırımın korunması için belirlenen koşulların sağlanmadığı sonucuna varmasına neden olabilir ve bu nedenle Davalı'nın ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında tahkime muvafakat vermemiş olduğu sonucuna ulaştırır. Ancak Heyet, telekomünikasyon sektörü ile ilgili düzenlemeleri veya rekabet hukukunu ihlal etmenin, İYA m. 2(2)'de düzenlenen meşruiyet şartının uygulanmasını sağlamayacağını düşünmektedir. Diğer durumda, Türk hukukunun ihlali, eğer varsa, İYA m. 2(2) kapsamına girmemektedir. Bu maddeye göre İYA "*yatırım yapıldığı zamanda ... yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak yapılmış ... yatırımlara*" uygulanır.

121. Sonuç olarak, Heyete göre ICSID Sözleşmesi m. 25(1) objektif bir yatırım tanımı içermektedir. Bu tanım üç unsurdan oluşmaktadır; (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru. Ne Sözleşme'nin metni ne de konusu ve amacı, yatırım tanımına bu unsurlardan başka bir unsurun dahil edilmesine hükmetmektedir. Heyet, ICSID m. 25(1) anlamında Merkez'in yetkisine muvafakatin amacı nedeniyle, yukarıda belirtildiği gibi Davacı'nın iddia ettiği yatırımının Hollanda-Türkiye İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartını yerine getirmesi gerektiğini düşünmektedir.

122. Heyet şimdi, davada, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırımın olup olmadığı ve eğer varsa, bu yatırımın İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartını taşıyıp taşımadığı konularına değinecektir.

c) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırım var mı ve eğer varsa, bu yatırım İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartı uyarınca Türk hukukuna uygun bir yatırım mı?

123. Davacı, Telsim hisselerine sahip olmasını, Telsim'in geçici hisse senetlerinin Standart Telecom'dan Masoud'a devrine bağlamaktadır ve daha sonra bu senetlerin Masoud'dan Davacı'ya devredildiğini iddia etmektedir. Davalı bu devirlere sadece esasen ve hukuken itiraz etmiyor aynı zamanda geçici hisse senetlerinin Türk hukukunca *ab initio* (geçici senetlerin en başından beri) geçerliliğini de sorguluyor. Davalı gayrimeşru olduğunu iddia ettiği Davacı'nın yatırımına istinaden hisse senetlerinin hükümsüzlüğünü ileri sürmektedir, Heyet bu konunun öncelikle çözülmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu kapsamda, Heyet bu senetlerin devri zamanında geçersiz olduğuna karar verirse, geçici hisselerin Fakes'e devrinin sonuçlarını tartışmak anlamsız olacaktır.

124. Bu nedenle, Heyet (1) Telsim'in geçici hisse senetlerinin geçerliliği konusunda ve sonra (2) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında herhangi bir hakkın senetlerin cirosu yoluyla Fakes'e geçip geçmediği konusunda karar verecektir.

(1) Geçici hisse senetleri Türk hukukuna göre geçerli midir?

125. Davalı iddia ettiği Davacı'nın illegal yatırımına istinaden Telsim'in geçici hisse senetlerinin *ab initio* geçersizliğini ileri sürmüştür.

126. Davalı'nın görüşünü özetleyecek olursak, geçici hisse senetleri Türk Ticaret Kanunu m. 413 ihlal edilerek tedavüle çıkarılmıştır. Bu hüküm hisse senetlerinin "*en azından şirket adına imzaya yetkili iki kişi*" tarafından imzalanması gerektiğini belirtmektedir. Davalı Prof. Bahtiyar'ın, bu hükmün geçici hisse senetlerini de kapsadığını ve bu imzaların geçici hisse senetlerinin geçerliliği bakımından ön koşul olduğunu belirten, kendi iddiasını destekleyen hukuki görüşünü göndermiştir. Bu kapsamda geçici hisse senetleri sadece Hakan Uzan'ın imzasını taşımakta olup Davalı bu senetlerin Türk hukukuna göre geçerli olmadığını ileri sürmektedir.

127. Davacı'nın Türk hukuku uzmanı Prof. Domaniç, Türk Ticaret Kanunu'ndaki ilgili hükmün yorumuna katılmamaktadır ve çift imza koşulunun Davacı tarafından sahip olunan geçici hisse senetlerine uygulanmayacağını ileri sürmektedir.

128. Prof. Bahtiyar Davacı'nın vekili tarafından çapraz sorguya alındı, Prof. Domaniç ise 20. paragrafta belirtilen nedenlerden ötürü duruşmaya katılmadı. Heyet tarafların sunduğu delilleri yeterli buldu ve bu konuda daha fazla

açıklamaya -Prof. Domaniç'in sözlü sorgusuna- ihtiyaç bulunmadığını belirtti. Heyet, Prof. Bahtiyar'ın çapraz sorgusunda geçici hisse senetlerinde çifte imzanın gerekliliğinin ne açıkça Türk kanunlarında düzenlendiği ne de Türk mahkemeleri tarafından kullanıldığı, cevabını aldı.

129. Geçici hisse senetlerinde çifte imza gerekliliğinin Türk hukukunda yargı kararlarında ve kanunlarda bulunmadığı gözlemlendi. Heyet davada, Davalı'nın Türk hukukunda bu koşulun zorunlu olduğunu ispat edemediği kanaatindedir. Bu nedenle, Heyet bir yatırımın var olup olmadığına ilişkin ileride yapılacak analizler için geçici hisse senetlerinin geçerli olduğunu kabul edecektir. Ancak, bu geçici hisse senetlerinin Davacı'ya devrinin ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırım olarak herhangi bir hak verip vermediği sorunu devam etmektedir.

(2) Fakes'in, kendisi ve Uzan arasındaki "anlaşma"dan kaynaklanan, eğer varsa, hakları, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) Ve İYA m. 1(b) anlamında yatırım şartlarını karşılıyor mu?

130. Davacı 2003 Nisan ayı sonlarında, Masoud International'dan iktisap etmek üzere Telsim hisselerinin yaklaşık %67'sinin yasal sahibi olması için bir teklif aldığını belirtti. 30 Haziran ve 1-2 Temmuz 2003'te Masoud-Fakes Anlaşmaları'nın imzalanmasının akabinde, Masoud, Davacı lehine Telsim hisselerinin %66,96'sını oluşturan 32 geçici hisse senedini ciro etti. Davalı, Davacı tarafından sunulan geçici hisse senetlerinin gerçekliğini sorguladı ve *inter alia* (bu arada) bunların görülmekte olan yargılamaya konu edilmek için vadeli olduğunu iddia etti. Ancak, Davalı sahtecilik iddiasında bulunacak kadar ileri gitmedi, Heyeti diğer tahkim yargılamalarında tartışılmış olan dolaylı delillerden çıkarılan varsayımlara dayanan iddialarla baş başa bıraktı. Davalı vekilinin iddialarına karşı, Davacı belgelerin tahrif edildiğini kesin bir şekilde reddetti.

131. Heyet sahtecilik suçlamasının ispat yükünün çok ağır olduğunu düşünmektedir. Bunun ispatı için gerekli veriler görülmekte olan davada bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Heyet Davacı'nın bildirdiği geçici senetlerin kendisine devredildiği tarihleri kabul etmektedir.

132. Şimdi Heyet 3 Temmuz 2003 veya diğer bir tarihte herhangi bir mal varlığı ve hakkın Davacı'ya devredilip edilmediği sorusunu inceleyecektir.

133. Davacı, hem yazılı bildirimlerinde hem de Heyet tarafından sözlü sorgulanmasında, Davacı'nın hisseleri Uzan-Masoud-Fakes devirleriyle edineceği konusunda Hakan Uzan'la sözlü anlaşma yaptığını beyan etmiştir. Davacı'nın iddiasına göre, Masoud-Fakes anlaşmalarının imzalanmasından önce neticelenen, Uzan-Fakes sözlü anlaşmasının akabinde, Davacı Telsim hisselerinin

mülkiyet sahibi olmuş ve Uzan da bu hisselerin intifa hakkı sahibi olmuştur. Bu anlamda, Davacı “oy hakkını Uzan’ın dediği şekilde kullanacak ve Uzan Telsim hisselerinin ne zaman ve kime satılacağı konusunda son kararı verecektir”.⁷⁶ Davalı, mülkiyet sahipliğinin devrini sorgularken bu iddiayı gündeme getirmemiştir.

134. Heyet, bu bağlamda, mal varlığı üzerindeki hakların birden fazla kişi arasında bölünmesi veya mülkiyet ve intifa hakkı sahipliği olarak ayrılmasının (inançlı işlem, *fiducie* (yediemin) veya benzer bir yapıda) bazı hukuk sistemlerinde kabul edildiğini gözlemlemiştir. Bu yapılar hiçbir zaman sahte devir veya dolandırıcılık anlamına gelmemektedir. Bu tarz bir varsayım için aleyhe inandırıcı delil bulunması gerekir. Mülkiyet hakkı ve intifa hakkının ayrı kişilerde bulunması, bunun ICSID Sözleşmesi ve Hollanda-Türkiye İYA anlamında yatırım sayılmaması anlamına gelmemektedir. Ne ICSID Sözleşmesi ne de İYA, çıplak mülkiyet hakkının ICSID Sözleşmesi kapsamında veya İYA korumasından çıkaracak şekilde yorumlanmasını gerektiren bir şey belirtmemiştir.

135. Ancak bundan önce delillerin dikkatli incelenmesinin ardından, Heyet, Davacı’nın Telsim hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı ve bu yüzden ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırımı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken esas olarak Davacı’nın yetki konusunun tartışıldığı duruşmada Heyet’e yaptığı beyanları ve açıklamaları temel alınmıştır. Heyet Davacı’nın Uzan ve Masoud’la olan anlaşmasını bütün yönleriyle açıklamış olduğuna ikna olmamıştır. Davacı’nın Heyet önünde belirtmeyi seçtiği detaylar, bu davada yatırımın olmadığı sonucunu çıkarmaya yetmiştir.⁷⁷

136. Heyet, Davacı’nın beyanlarının tartışmasız bir biçimde Masoud-Fakes ve Uzan-Fakes işlemlerinin taraflarının, Telsim hisseleri üzerinde hiçbir hakkın Davacı’ya devri düşüncesini içermediğini gösterdiği ve herhangi bir hakkın devredilmediği görüşündedir.

137. Öncelikle, Davacı’nın beyanlarına göre, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasının amacı Telsim hisseleri üzerindeki mülkiyet sahibi ismini (Masoud ya da Fakes olması farketmez); Uzan’la, ailesi ve kendisine karşı açılmış olan davalardan dolayı anlaşma yapmaktan çekinen potansiyel alıcıları çekmek için “yem” olarak kullanmaktır. Potansiyel bir alıcı Telsim hisselerini almak istediğinde, görüşmelerin devamı için Uzan’ın ismi bu alıcıya açıklanacaktı.

⁷⁶ Fakes’in Tanık Beyanı II, paragraf 5.

⁷⁷ Heyet bundan dolayı kayıtlarda tutulan ve Tahkim Heyeti tarafından söylenildiği şekilde kabul edilen Hakan Uzan’ın tanık beyanının Davacı’nın davasına fayda sağlamadığını belirtmektedir. Aksine, bu tanık beyanı Davacı’nın Uzan’la yaptığı anlaşma ile ilgili olan sözlü beyanlarını teyit etmektedir. Bu beyanlar Heyeti, korunması gereken herhangi bir hakkın Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasıyla devredilmediği sonucuna götürmektedir.

Davacı sonraki açıklamalarında sözde Telsim hisselerinin yasal sahibi olarak kendi rolüne gerçeklik katmaya çalışmıştır. Heyet bu rolün Davalı'nın ifade ettiği "yem" tanımı dışına çıktığına ikna olmamıştır. Heyet tarafından sorgulanması sırasında Fakes, intifa hakkı sahibinin isminin potansiyel alıcılara görüşmelerin ilerlemesi için açıklanacağını kabul etmiştir.⁷⁸ Aslında Türkiye'nin ikinci büyük telekomünikasyon şirketinin potansiyel alıcısının, hisselerin sahibinin kimliğine dikkat etmemesi kolayca anlaşılabilir değildir.

138. Davacı Telsim hisselerinin potansiyel alıcılarını seçmede veya onlarla iletişim kurmada hiçbir rolü olmadığını (rolü olsaydı bu hisselerin sözde mülkiyet sahibi unvanına sahip olan "yem" rolüne bir destek sağlardı) kabul etmiştir. Gosheh, Uzan ve Fakes'i tanıştıran ve hem Uzan hem de Fakes'in danışmanlığını yapan kişi (Heyet'e göre esasen Uzan'ın danışmanı), bu rol ile görevlendirilmiştir.⁷⁹

139. İkinci olarak, Heyet'e göre, yapı içerisinde Davacı tarafından oynanan önemli bir rolün olmaması, Masoud ve Fakes arasındaki devir zamanında çok düşük satış bedeli istenmesini açıklamaktadır. Eğer Davacı ciddi yasal haklar elde etmiş olsaydı, şüphesiz Temmuz 2003'te nakit olarak ödendiği söylenen 3,800\$'dan daha fazla bir katkı (mali veya idari) gerçekleştirmesi beklenirdi.⁸⁰ Bu rakam işin önemi ve Davacı'nın tahkime konu olan sözde pay sahipliğinin 19 Milyar \$ olarak değerlemesi ile bağdaşmamaktadır.

⁷⁸ 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 175-178: "BAŞKAN: Sizin hisselerin sahibi olduğunuzu söylemenizdeki neden potansiyel alıcıların güven duymasını ve hisseleri sizden satın almasını sağlayacak olması halbuki Uzan hisseleri doğrudan satarsa alıcılar bir şeylerden endişe edecek öyle mi? İfadeniz bu şekilde mi? Cevap (Fakes): Evet... BAŞKAN: Neden eski sahiplerle pazarlık etmekte sizinle pazarlık etmenin daha faydalı olduğunu düşünüyorsunuz? Çünkü siz Telekom sektöründe daha önceden bilinmeyen birisiniz veya biliyorsunuz ki bundan önceki işiniz France Telecom veya başka bir büyük Telekom şirketini yönetmek de değildi? O zaman neden potansiyel bir alıcı mesela Uzan'la anlaşma yapmaktansa sizinle anlaşma yapmayı daha güven verici bulsun. C: İsmi yüzünden, Uzan ve Uzan ailesine karşı pek çok dava var, bu yüzden amacımız hisseleri satın almak isteyenlere karşı bir yeme sahip olmaktır. BAŞKAN: Tamam ama potansiyel bir alıcı Telekom sektöründe tanınmayan biriyle pazarlık yapmaktan çekinmez mi? C: Muhtemelen. Olabilir... BAŞKAN: O zaman yeri geldiğinde intifa hakkı sahibinin Uzan olduğunu söyleyeceğinizi düşünüyorunuz? Veya Uzan ailesi? C: Evet."

⁷⁹ 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 173/14-25'ten 174/1-9'a kadar: "BAŞKAN: 2003 Eylül'ünde Gosheh 'Bir şey yapma' diyor. O zamana kadar ve o zamandan sonra potansiyel alıcı bulmak için bir şey yapacak zamanınız yoktu ve Eylül 2003'te 'Bunu yapmayı bırak' denildi. İfadeniz bu şekilde mi? Cevap (Fakes): Doğru. Evet. Bu doğru. BAŞKAN: Peki şimdi Gosheh'in Telsim için potansiyel alıcı arayış aramadığını biliyor musunuz? C: Ben hisseleri almadan önce dahi potansiyel bir alıcı bulmak için bağlantı kurmakla meşgul olduğu konusunda bana güvence verdi. BAŞKAN: Herhangi bir bağlantıdan haberiniz var mı?... C: Hayır, bilmiyorum."

⁸⁰ Davacı iddia ettiği 3.800 ABD\$'lık ödeme hakkında delil sunamamıştır, sadece bu paranın önce banka hesabından alındığını, dolara çevildiğini ve Masoud'a 100 dolarlık banknotlar halinde verildiğini belirtti (bkz. 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 122/3-25'den 123/1-7'ye kadar). Heyet bu açıklamayı yeterli bulmadı. Heyete göre bir kişi, Davacı tarafından bugün 19 Milyar ABD\$'lık değer biçilen %66.96'lık şirket hissesinin devrini sağlayacak ödemenin onay belgesini talep etmeliydi. Bir kişinin lider bir Telekom şirketindeki çoğunluk hissesini alırken hisse sahibi olmak için yaptığı ödemeyi belgelendirmemesi çok mantıksızdır.

140. Heyet, Uzan (Uzan-Masoud-Fakes anlaşmaları çerçevesinde intifa hakkına sahip olan kişi) veya Masoud tarafından Davacı'nın başka herhangi bir katkısının beklenmediğini belirtmiştir. Masoud-Fakes anlaşmasında belirtilmesine rağmen sonradan yapılacak 17.6 Milyon ABD\$'lık ödeme, hisselerin devrinden sonra öngörülen 5 yıllık süre içerisinde yapılmamıştır. Davacı halen bunu ödeme yükümlülüğü bulunduğu bildirilmesine rağmen, Heyet ön ödemenin gerçekten yapıldığı kabul edilse bile ilk ödenen 3.800 ABD\$'dan başka herhangi bir ödeme yapmasının Fakes'den beklenmediğini (kendisinin de bunu beklemediğini) düşünmektedir. Masoud hiçbir zaman tam satım bedelinin ödenmesini istememiştir ve Davacı borcu hakkında pazarlık yapma ihtiyacı hissetmemiştir.⁸¹

141. Üçüncü olarak, Davacı'nın açıklamalarından anlaşıldığı üzere Uzan-Masoud-Fakes anlaşmaları Fakes'e Telsim hisselerinin sözde mülkiyetinin devri dahil herhangi bir hakkın devri amacını hiçbir zaman taşımamıştır. Masoud tarafından cirosundan sonra Fakes hisselerin zilyetliğine sahip olmamıştır. Bu Fakes'in, Masoud 32 geçici hisse senedini "*ciro ve teslim etmiştir*" şeklindeki yazılı dilekçesinin aksine, sözlü sorgusunda geçici hisse senetleri Gosheh'in bürosunda tutulduğu kasadan hiç çıkmamıştır, demesinden ileri gelmektedir.⁸² Heyet, Fakes'in, hisselerine erişiminin olmaması nedeniyle, Telsim hisseleri üzerindeki sözde "mülkiyetini" kullanabilecek durumda olmadığı görüşündedir. Geçici hisse senetlerini başka bir yere götürmek veya başka bir kişiye devretmek istemesi halinde, ancak Gosheh'in izni ve yardımını alarak bunu gerçekleştirebilir. Gosheh'in, Fakes'in Gosheh tarafından anlaşmalara katılmasından çok önce Uzan'ın danışmanlığını yaptığını göz önüne alırsak, Gosheh'in Uzan'ın bilgisi ve isteği haricinde hareket etmeyeceği ve Fakes'in hisse senetleri üzerinde mülkiyet sahibi olmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

142. Dördüncü olarak, Heyet, Davacı'nın; %66.96'lık Telsim hissesinin devrini Telsim'in kabul ettiği ve Telsim'in "*Kayıtlarında yeni hissedarlık kaydı için bütün şartları*" yerine getirdiği iddiasını kabul etmemektedir.⁸³ Bu iddia Davacı'nın 15 Temmuz 2003'te Telsim'den aldığını bildirdiği iki belgede yazanlara dayanmaktadır.⁸⁴ Davacı'nın açıklamalarına göre, Telsim hisselerine sahip olduğu süre içerisinde Telsim'den gelen tek yazışma budur. Aynı zamanda bu Davacı'nın Telsim'in kayıtlarında hissedar olarak kayıtlı olduğunun tek doğrudan kanıtıdır.

⁸¹ 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 125/20-25 ve 126/1-13.

⁸² 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 163/16-20: "BAŞKAN: *Bize bu hisselerin tam olarak nerede tutulduğunu söyleyebilir misin? Bildiğin kadarıyla bu hisseler başından beri neredeydi?* Cevap (Fakes): *Hep Gosheh'in ofisindeydi.*"

⁸³ 15 Temmuz 2003 tarihli Telsim'den Fakes'e gelen mektup, Delil C-26.

⁸⁴ Delil C-26.

Davacı Telsim tarafından hissedarlığının kabul edildiğini ve kaydedildiğini gösterecek başka bir delil sunmamıştır.

143. Delil C-26 olarak sunulan iki Telsim mektubunun gerçeklerinin Davacı tarafından hiç alınmadığı duruşma sırasında ortaya çıkmıştır. Bu Davacı'nın, kendisinin iddia ettiği hissedarlığının Telsim'in bilgisinde olduğuna dair, yeterli olduğunu düşündüğü -ve tek- kanıttır. Davacı'nın vekili bu iki mektuptan birisinin gerçeğini Rotterdam'daki ofisinde bir kasada tutmaktayken,⁸⁵ Davacı Delil C-26'daki iki mektubun "*hiçbir zaman orijinallerini almadığını*" kesin bir biçimde belirtmiştir.⁸⁶ Davacı'nın, Telsim'in hissedarlık yapısındaki değişiklikleri ilan ettiği, savını desteklemek için dayandığı belgelerin sadece kopyasını alması nedeniyle "*şaşırdığı*"nı belirttiği sonraki beyanı, Heyet'e özellikle anlamlı gelmiştir.⁸⁷

144. Duruşma sırasında Davacı'nın hiçbir zaman Telsim'le iletişime geçmediği ortaya çıkmıştır, bütün sözde yazışmalar Gosheh tarafından gönderilmiş veya alınmıştır. Bir kişinin danışmanı veya vekili vasıtasıyla iletişime geçmesinde olağanüstü bir durum olmamakla birlikte, Heyet, neredeyse Telsim'in %67 hissesine sahip olan bir hissedarın konuyu Telsim'le görüşmeden, iki Telsim mektubunun gerçeğinin ileride gönderileceği hususunda Gosheh'in sözlü açıklamalarıyla tatmin olmasını kafa karıştırıcı bulmaktadır.

145. Dahası, Telsim'in, Davacı'nın iddia ettiği hissedarlığını kabul ettiği Delil C-26'da sunulan iki mektup, Telsim'in Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği 14 ve 20 Ağustos 2003 belgeleriyle açıkça çelişmektedir.⁸⁸

⁸⁵ 12 Ekim 2009 tarihli Dirk Knottenbelt (Houthoff Buruma)'ten Martina Polasek (ICSID)'e gelen mektup Delil C-24, C-25 ve C-26'nin "*hukuk büromuzda bir kasada saklandığını*" ve Houthoff Buruma "*Delil C-24 ve C-25'in gerçek nüshalarının ve Delil C-26'nın ikinci mektubunun kopyasının elinde olduğunu*" bildirmiştir.

⁸⁶ 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 165/9-21: "BAŞKAN: ilkinin ... *Knottenbelt'in kasasında olduğunu anlıyoruz. Doğru mudur?* Cevap (Fakes): *Evet. Elinde bir kopyası var. BAŞKAN: Kopyası mı var gerçeği mi? C: Gerçeği yok. BAŞKAN: Nereden edindiği kopya onda? C: Benden aldığı. Çünkü gerçeklerini hiç almadım.*"

Ayrıca bakınız 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 167/10-21: "BAŞKAN: ...*Peki diğer mektup ... Bu mektubu aldınız mı? Cevap (Fakes): O da kopya. BAŞKAN: Siz bir kopya mı aldınız? C: Evet.*"

⁸⁷ 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 216/14-25: "Soru (Gharavi): *Mektubu açtığınızda, orijinalinin orada olmadığına ve bir kopyasını bulduğunuza şaşırdınız mı? Cevap (Fakes): Evet, şaşırdım. Daha sonradan orijinallerini alacağıma beni inandırdılar. S: 'Onlar' kim? 'Sizi inandırdılar' Kim inandırdı? C: Gosheh S: Gosheh Telsim'e veya Gosheh'e 'Orijinalleri nerede? Sadece kopyalarını aldım' diye bir faks gönderdiniz mi yoksa onu da sözlü olarak mı sordunuz? C: Sözlü olarak."*

⁸⁸ Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 2083, (20 Ağustos 2003), Delil R-34; ve Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.

146. 14 ve 20 Ağustos 2003 belgeleri, Telsim'in Ağustos 2003'teki hisse yapısını soran Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) Telsim tarafından cevap olarak gönderilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu (BTK) Telsim'in sahiplik yapısında o zaman Türk medyasında çıkan sözde değişiklik haberlerini sordu. Telsim'in, hissedarlık yapısını ve değişikliklerini içeren ayrıntılı tablolarla birlikte gönderilen, cevabı açıkça: "şirketimizin hisselerinde Türk veya yabancı kişilere herhangi bir devir girişimi olmamıştır. Bu tip devir haberleri tamamen temelsizdir" şeklindeydi.⁸⁹ Heyet, Telsim'in Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) Ağustos 2003'teki hissedarlık yapısını yanlış sunması için bir neden görmemektedir. Dahası, 26 Ağustos 2003 tarihinde Telsim hisselerine Türk yetkililer tarafından el konulduğu göz önünde bulundurarak, bunun yetkililerin el koyma zamanında Telsim'in hissedar kayıtlarındaki bu tip değişiklikleri ortaya çıkarması, Telsim'in sahiplik yapısında sözde değişiklik konusunun ortaya çıkması ihtimali olduğu varsayılabilmektedir. Ancak bu konu, olayların yaşandığı zamanda yetkililer tarafından gündeme getirilmemiştir. Bu Telsim'in 14 ve 20 Ağustos 2003'teki belgelerinin güvenilirliğini arttırmakta ve Delil C-26'daki, Telsim "şirketimizin *Pay Defteri 21 numarasında Saba Fakes'i ... kaydetmiştir*" beyanıyla çelişmektedir.

147. Heyet davadaki bulguları göz önüne alarak, Uzan-Masoud-Fakes "anlaşmasının" taraflarının hisselerin Masoud'dan Fakes'e sözde devrini hiçbir zaman gerçekleştirme niyetinde olmadıkları ve hatta Telsim hisse senetlerinin mülkiyetini bile Fakes'e devretmeme hususunda anlaşmış oldukları sonucuna varmıştır. Bundan dolayı, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasında Davacı'ya hiçbir hak devredilmediğinden (bkz. yukarıda para. 137 vd.), Heyet Fakes'in anlaşmasının katkı şartını (bkz. yukarıda para. 140-141), belirli süre ve risk şartlarını yerine getirmediğine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle, Fakes Telsim'e, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında yatırımın var olması için gereken üç şarttan herhangi birini yerine getirecek bir yatırım yapmamıştır.

148. Fakes'in görülmekte olan davada bir yatırıma sahip olmadığı anlaşıldığından, Heyet, Fakes'in işlemlerinin Davalı Devletin kanunlarına ve yönetmeliklerine uygun olarak yapıldığını ve İYA'ya göre korunan bir yatırım olması için gereken meşruiyet şartını yerine getirip getirmediğini incelemeye gerek görmemektedir.

149. Davadaki bulgular göz önüne alındığında, Saba Fakes tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan mevcut dava Merkez'in ve bu Heyet'in yargılama yetkisine girmemektedir.

⁸⁹ Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.

C. Masrafların Paylaştırılması

150. 2 Aralık 2009 tarihinde Taraflar Masraf Raporlarını sunmuşlardır. Davalı 11 Aralık 2009 dilekçesinde Raporunu düzeltmiştir.

151. Davacı avukatlık ücreti ve masraf olarak 756.156,10 € ödediğini belirtmiştir. Peşin olarak ICSID ve Heyet'e masraflar için 239.970 ABD\$ ödemiştir. Davalı avukatlık ücreti ve masraf olarak toplam 1.496.248,49 ABD\$ ödeme yaptığını belirtmiştir. ICSID yargılaması için yapılan masraflara katılımı ise 239.880 ABD\$'dır.

152. ICSID Sözleşmesi m. 61(2) ve ICSID Tahkim Kuralları 28. kuralı uyarınca, bir tahkim heyetinin, tahkim masraflarını ve avukatlık ücreti ve masraflarını taraflar arasında dağıtma konusunda, kaybeden tarafın bütün tahkim masrafları ve iki tarafın yapmış olduğu bütün avukatlık ücretleri ve masrafları yüklenmesine hükmetme de dahil, takdir yetkisi vardır.

153. Heyet, Davacı'nın Merkez'e sunduğu iddiasının dayandığı işlemin -sadece kağıt üzerinde bir işlem olduğu- herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığı ve ICSID m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında yatırımın şartlarını açıkça taşımadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Heyet, Davacı'nın bütün kendi avukatlık ücreti ve masrafları ve 365.000 ABD\$ tutan tahkim masrafını, yüklenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁹⁰

154. Yine aynı nedenlerle, Heyet Davacı'nın, Davalı'nın avukatlık ücreti ve masrafını yüklenmesi gerektiği kararını vermiştir. Merkez'in açıkça yargılama yetkisi kapsamı dışındaki bir konuda dava açan taraf desteklenmemelidir ve bu tip gereksiz yargılamaların yapılmasının tüm riskini karşılamalıdır. Uyuşmazlık konusu olan miktar ve Tarafların iddialarının niteliği göz önüne alındığında, Heyet Davalı'nın avukatlık masraflarını makul bulmuş ve Davacı'nın Davalı'ya 1.496.248,49 ABD\$ ödemesine karar vermiştir.

155. Sonuç olarak, Davacı'nın Davalı'ya, Davalı'nın ICSID'e masraflar için ödediği pay olan 182.500 ABD\$ ve Davalı'nın avukatlık ücret ve masrafı olan 1.496.248,49 ABD\$ ödemesine karar verilmiştir.

⁹⁰ ICSID Sekreteryası dava masrafına ilişkin mali bildirimini Taraflara süreç içinde gönderecektir.

VI. KARAR

156. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Tahkim Heyeti oybirliğiyle:

- Söz konusu uyuşmazlıkta Merkez'in ve Tahkim Heyeti'nin yargılama yetkisi olmadığına;
- Davacı'nın bütün avukatlık ücreti ve masraflarını, tahkim masraflarını ve Davalı'nın avukatlık ücreti ve masraflarını yüklenmesine;
- Davacı'nın Davalı'ya bu tahkim masrafları dolayısıyla ödediği pay olan 182.500 ABD\$ ve Davalı'nın avukatlık ücret ve masrafı olan 1.496.248,49 ABD\$'ını ödemesine karar vermiştir.

Prof. Hans van Houtte, Tarih: 8 Temmuz 2010

Dr. Laurent Lévy, Tarih: 2 Temmuz 2010

Prof. Emmanuel Gaillard, Tarih: 12 Temmuz 2010