

ICSID TAHKİMİ VE ICSID TAHKİMİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI BAKIMINDAN TÜRKİYE ÖRNEĞİ*

ICSID Arbitration and Abuse of ICSID Arbitration in the Light of the Example of Türkiye

Dr. İsmail Emrah KARAYEL**

Öz: Tahkim, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında tarafların seçtiği hakemler tarafından çözümlenmesi olarak tanımlanabilir. Uyuşmazlıkların hızlı olarak çözüme kavuşturulmasına duyulan ihtiyaç neticesinde uluslararası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uluslararası anlaşmalar yapılmış ve “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” anlamına gelen “International Center for Settlement of Investment Disputes” gibi tahkim kurumları doğmuştur. “Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” (“Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States”) yabancı yatırımların korunması amacıyla imzalanan sözleşmelerden olmakla beraber diğer çözüm yollarına nazaran sahip olduğu avantajlar sayesinde dünyada en çok başvurulan tahkim yollarından biri olmuştur.

Çalışmamızda, Saba Fakes, Libananco Holdings ve Cementownia “Nowa Huta” tahkimleri incelenmiş; hakem heyetlerinin kararları üzerinde durulmuştur. Son kısımda ise; ICSID’in kötüye kullanımını irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: ICSID Tahkimi, ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanımı, Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” Tahkim Kararları.

Abstract: Arbitration may be defined as settlement of a dispute by party appointed person/people. As a result of a need for quick resolution of international disputes, international conventions related to settlement of international disputes by arbitration, signed. “International Center for Settlement of Investment Disputes” established as a result of such treaties. “Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States” is one of the conventions related to protection of foreign investment and it is one of the most applied conventions on protection of foreign investment due to its advantages.

Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” arbitrations will be reviewed. arbitral awards will be examined in this article. Abuse of ICSID will be studied. We will make evaluation on protection mechanisms against the misuse of ICSID arbitration and will comment on problems and propose solutions.

Keywords: ICSID Arbitration, Abuse of ICSID, Misuse of ICSID Arbitration, Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” arbitral awards.

* Bu makale Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalı tarafından Ağustos 2020 tarihinde kabul edilen “ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği” konulu doktora tezinden üretilmiştir.

** İstanbul Milletvekili, Türkiye AB Karma Parlamento Komisyonu Eş Başkanı
ORCID: 0009-0004-1802-9933

Makale Geliş Tarihi: 09.09.2024, Makale Kabul Tarihi: 27.09.2024

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası ticari ilişkiler hızla gelişmekte, uyuşmazlıkların çözümü önem kazanmakta ve tahkime¹ duyulan ihtiyaç da bunlarla birlikte artmaktadır. Uyuşmazlıkların hızlı olarak çözüme kavuşturulmasına duyulan ihtiyaç neticesinde tahkim konusunda uluslararası anlaşmalar yapılmış ve “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” (ICSID Merkezi/Merkez) anlamına gelen “International Center for Settlement of Investment Disputes” gibi tahkim kurumları doğmuştur.

Türkiye, uluslararası ticaret hayatının önemli bir parçası olmak ve yerini bu alanda giderek güçlendirmek istemektedir.² Türkiye uluslararası yatırımların korunması ve teşviki için hem iç hukukunda³ hukuki düzenlemeler yapmış hem de uluslararası alanda birçok ikili ve çok taraflı sözleşmeler⁴ imzalamıştır.

“Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” (“Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States”; ICSID Sözleşmesi/Sözleşme), yabancı yatırımların korunması amacıyla imzalanan sözleşmelerden birisi olmakla beraber diğer sözleşmelere nazaran sahip olduğu avantajlar sayesinde çok başvurulan bir sözleşme olmuştur. ICSID Merkezi, ICSID Sözleşmesi ile kurulan uluslararası bir kuruluştur. 18 Mart 1965 tarihli Washington Sözleşmesi olarak da bilinen ICSID Sözleşmesini, Türkiye iki konuda çekince koyarak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış, 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul etmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi 3 Mart 1989’da 3460 sayılı Kanunla Sözleşmeyi onaylamış⁵ ve Sözleşme 1989 yılının Nisan ayında yürürlüğe girmiştir.

¹ Tahkim, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında tarafların seçtiği hakemler tarafından çözümlenmesi olarak tanımlanabilir. bkz. / Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018, s. 666.; / Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 779.; / Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s. 127.; / İbrahim Özbay, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 438.; / Yavuz Alangoya, Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Basım, İstanbul 2005, s. 646.; / Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 786.

² Karayel, İsmail Emrah, ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s21

³ Anayasa’nın, Danıştay Kanunu’nun ilgili maddeleri değiştirilmiş ve 21.06.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴ Hollanda ile imzalanan Karşılıklı Yatırımların Korunması Anlaşması, New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi, ICSID sözleşmesi.

⁵ R.G. 02.06.1988, Sa.19830.

Makalemizde Sözleşme kapsamında başlatılan Saba Fakes,⁶ Libananco Holdings,⁷ Cementownia “Nowa Huta”⁸ tahkimlerinin değerlendirmesi yapılacaktır. Tahkim kötüye kullanım açısından incelenecek, kötüye kullanımdan korunma seçenekleri hakkında bilgi verilerek incelenen konuların genel değerlendirmesinin yapıldığı sonuç ve öneriler başlığı ile makalemiz sona erecektir.

I. TÜRKİYE ALEYHİNE AÇILAN BAZI TAHKİM DAVALARININ ICSID TAHKİMİ ve TÜRKİYE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SABA FAKES VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Saba Fakes Tahkimi Ve Sonucunun Değerlendirilmesi

ARB/07/20 ICSID dava nolu Saba Fakes adı ile anılan tahkimde Uzan ailesi tarafından paravan şirketler ve kişiler kullanılarak Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurulmuştur.⁹ Bu tahkim başvurusunda istenen tazminat miktarı 19 Milyar Amerikan dolarıdır. Bu miktar bütün ICSID tahkimleri arasında istenen en yüksek miktar olup buna en yakın rakam olan Libananco tahkiminde talep edilen 10.1 Milyar Amerikan doları tazminat talebinin neredeyse iki katıdır.¹⁰

Saba Fakes tahkiminde tahkim başvurusunun konusu; Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) hisselerine ilişkin uyuşmazlıktır. Davacı Saba Fakes, 1993 yılında Telsim’in %66.97’lik hissesini satın aldığını, davalı Türkiye Cumhuriyeti’nin Telsim’deki hisselerine el koyduğunu ve başkasına sattığını iddia etmiştir. Davacı, çifte vatandaşlık sahibi, Ürdün asıllı Hollanda vatandaşı gerçek kişi Saba Fakes’tir. Davacı Yatırımların Korunmasına Dair İki Taraflı Yatırım Anlaşması (İTYA) anlamına gelen Bilateral Investment Treaty (BIT) kapsamında yatırımının korunmadığı iddiası ile ICSID’e başvurmuştur. Davalı Türkiye Cumhuriyeti ise; davacının kötü niyetle ve yersiz iddialar ile bu davayı açtığını, dava açmaya hakkı olmayan Uzan ailesinin ICSID’den yararlanmak için Saba Fakes’i kukla olarak kullandığını, gerçekte bir yatırımın olmadığını iddia etmiştir.

ICSID hakem heyetinin verdiği usul kararı neticesinde; davacı Saba Fakes tarafından yapılmış bir yatırımdan söz etmenin mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Saba Fakes tahkiminde, ICSID tahkiminin Uzan ailesi tarafından Türkiye Cumhuriyeti’ne karşı kötüye kullanılması söz konusudur.

⁶ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

⁷ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

⁸ Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/02.

⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/20> (23.04.2020)

¹⁰ Karayel, s.166-167

Saba Fakes tahkimi, Libananco tahkiminden sonra kayda alınmasına rağmen Libananco tahkiminden önce karara bağlanmıştır. Böylece Türkiye Cumhuriyeti aleyhine çok büyük tazminat sorumluluğu doğurabilecek bir tahkim davası Türkiye lehine sonuçlandırılmıştır.

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti; *Uzan-Masoud-Fakes arasında görünen işlemlerden başka amaçları gerçekleştirmek üzerine kurulu bir anlaşmanın olduğuna, davacıya hiçbir hak devretmediklerine ve yatırım tanımının üç şartından hiçbirinin davacı tarafından yerine getirilmediğine kanaat getirmiştir. Bu sebeple açılan davayı görmeye yetkili olmadığına karar vermiştir.*¹¹

b. Görüşlerimiz

i. Vatandaşlık Bağı ile İlgili Görüşlerimiz

Gerek doktrinde gerekse uluslararası uygulamada gerçek vatandaşlık kavramı birden çok vatandaşlık olduğu durumlarda söz konusu olan bir husustur. Vatandaşlık, gerçek vatandaşlık olmalıdır. Hayat ilişkileri bakımından daha sıkı bağı bulunduğu devletin vatandaşlığı gerçek vatandaşlıktır.¹²

Hakem heyetinin yetkisini belirlemede ilk şart olan vatandaşlık bağının etkin olmadığı itirazının incelenmesinde; ICSID sözleşmesinin korumasından yararlanmak isteyen yatırımcının akit devlet vatandaşı olmamak şartıyla sözleşmeye taraf bir devletin vatandaşı olmasını yeterli saymış, bunun için ayrıca bir etkin vatandaşlık bağı testinin aranmasına ihtiyaç olmadığını, eğer gerekseydi sözleşmenin hazırlanma aşamasında bununla ilgili düzenleme yapılabileceği, yorum yoluyla bu maddenin genişletilemeyeceğini belirtmiştir.¹³

Nottebohm kararı (),¹⁴ diplomatik himaye sağlayacak devletin, açtığı davalarda diplomatik koruma talep eden kişi için etkin vatandaşlık testi yaparak gerçek vatandaşlık bağı bulunan kişinin tespit edilip ona koruma sağlamak amacını gerçekleştirmeye çalışmasının bir tezahürüdür.¹⁵

Çifte tabiiyet halinde yatırımcının tabiiyetlerinden hangisinin tercih edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak Sözleşmenin 25.

¹¹ Saba Fakes kararı, s. 47.

¹² Aysel Çelikel, Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 8.

¹³ Saba Fakes kararı, s. 17.

¹⁴ International Court of Justice, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) Second Phase, Judgment of April 6th 1955. <https://www.icj-cij.org/node/103133>

¹⁵ Saba Fakes kararı, s. 18.

maddesinden çıkan yoruma göre başvurucunun biri ev sahibi ülke vatandaşlığı olan çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda ICSID'e başvurması mümkün değildir. Böyle bir durumda başvurucunun etkin vatandaşlığa sahip olup olmadığına bakılmaz. Çifte vatandaşlığın olması etkin vatandaşlık aranmasını mecburi kılmamaktadır. Ev sahibi devletin etkin tabiiyeti olmaması ICSID engelini ortadan kaldırmaz¹⁶.

Birkaç nesil önce son bulmuş ya da çok hızlı kazanılmış vatandaşlık gibi sadece dava açma koşulu sağlamaya çalıştığı açık olan durumlarda etkin vatandaşlık bağı testinin uygulanabileceği kararda vurgulanmıştır.¹⁷ Etkin tabiiyet kavramı Nottebohm kararından önce de Uluslararası Adalet Divanı tarafından kullanılmaktaydı. İki ayrı tabiiyetin bir kişide toplandığı hallerde üçüncü bir devlet mahkemesi ya da uluslararası mahkeme ilgili kişinin vatandaşlık statüsünü tayin etmek için tabiiyetlerden birini seçmek zorunda kaldığı durumlarda bu tanımlama kullanılıyordu. Mahkeme iki tabiiyetten gerçek olanı seçmeye çalışıyordu. Adalet Divanı çok tabiiyet halinde uygulanan ilkeyi hakkın kötüye kullanımını önleme gerekçesiyle tek tabiiyet halinde de uygulamıştır.¹⁸

Heyetin bu değerlendirmeleri kanaatimizce yerinde ve tutarlıdır. Yetki kurallarının arkasından dolaşmak için kötüye kullanma amaçlı kayıtlara itibar edilmemeli, böylesi durumlarda ek bir inceleme ve değerlendirme imkânı aranmalı, yetkiyi kullanıp sözleşmenin korumasından yararlanmak isteyen taraf için vatandaşlık bağının sağlaması yapılmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlarda gerçek tabiiyet ilkesi uygulanarak hakkın kötüye kullanımı engellenmelidir.¹⁹

ii. Yatırımın Geçerliliği Ve “Salini Testi” Kriterleri Hakkındaki Görüşlerimiz

Hakem heyetinin huzurdaki davada yetkili olması için; hakem heyetini bağlayan sözleşme şartlarının mevcut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla Saba Fakes tahkiminde hem ICSID Sözleşmesi hem de İTYA şartları gerçekleşmelidir. Davacının ICSID Sözleşmesine göre geçerli bir koruma sağlayabilmek için bu sözleşmeye göre kabul edilebilir bir yatırıma sahip olması gerekir. Bir yatırımın geçerli kabul edilebilmesi için “Salini Testi”²⁰ kapsamında katkı, süre, risk unsurları gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkı kriteri oldukça subjektif bir yapıya sahiptir. Böylesi değişken ve kararsız bir kriter belirlemek karışıklığa yol açacak, sonucun öngörülebilir olmasını zorlaştıracaktır. ICSID Sözleşmesinin amacı yatırımcıya hem siyasal hem

¹⁶ Saba Fakes kararı, s. 17.

¹⁷ Saba Fakes kararı, s. 21.; Champion Trading Company et al. v. Mısır (ICSID Davası No.ARB/02/9) s. 16,17.

¹⁸ Egemen Demir, Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.34

¹⁹ Egemen Demir, s. 113.

²⁰ Consaortium F.R.C.C.(Salini) v Kingdom of Morocco, (ICSID Case No, ARB /04/21).

hukuksal güven sağlamak olduğuna göre değişken ve kararsız kriterler belirlemek bu amaçla tezat oluşturacaktır kanaatindeyiz. Kararda da belirtildiği gibi ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı ancak yatırımın bir sonucu olabilir. Başarısızlığa uğramış nice yatırımlar mevcuttur. Riskin ticaret hayatının gerçeklerinden biri olduğunu göz ardı ederek başarılı olmayan ticari faaliyetleri yatırım kavramının dışında tutmak hukuki olarak hatalı olacaktır.

Phonix tahkimine²¹ bakan hakem heyeti “Salini testi” kriterlerine “yatırımın iyi niyetli olması gerektiğini” de eklemiş ve kararda; iyi niyet ilkesi hukukun genel ilkelerinden biri olduğu için uyulması mecburiyetini ve ev sahibi devletin yasalarına uyulması zorunluluğunu vurgulanmıştır.²² Saba Fakes tahkiminde hakem heyetinin “*yatırımın iyi niyetli olması gerektiği kriterini*” kabul etmemesini yerinde bulmamaktayız. Bu hukukun genel ilkelerinden biridir. Öyle ki sadece ICSID korumasından yararlanmak ve akit devleti zarara uğratmak amacıyla bir yatırım kurgulanmışsa bunun engellenmesi gerekmektedir. Saba Fakes tahkiminde ICSID’e başvuru hakkı olmayan Uzanlar,²³ kötü niyetli olarak tahkim talebinde bulunmuş ve devleti zarara uğratmaya çalışmışlardır. Kaldı ki ICSID hakem heyetlerinden birinin uygulayıp önem atfettiği genel hukuk kaidesini diğerinin uygulamaması hukuka duyulan güvene de zarar verecektir kanaatindeyiz.

iii. Yatırımın Ev Sahibi Devletin Kanunlarına Uygun Olarak Yapılması Gerektiği Kriteri Hakkında Görüşlerimiz

Yatırımın ev sahibi devletin kanunlarına uygun olarak yapılması gerektiği kriteri de son derece yerinde olan bir yaklaşımdır. Ev sahibi devletin kanunlarına göre geçersiz bir işlemi ICSID koruması kapsamında kabul edip ev sahibi devleti bunun neticesinde sorumlu tutarak onu büyük bir tazminatla karşı karşıya bırakmak hukukun adaleti sağlama fonksiyonunu yerine getirmez. Neticeyi devletlerin sözleşmeyi imzalamadaki amaçlarından çok uzak olan bir boyuta taşır.

Davacının, sadece temel hukuk ilkeleri ihlal edilmişse yatırımın ICSID korumasından yararlanamayacağı iddiası İTYA’nın 2. maddesinin 2. fıkrasına aykırı bir durumdur. Bu madde yatırımın yapıldığı anda yürürlükte olan akit devletin kanunlarına davacının uyması zorunluluğunu düzenlemektedir. Hakem heyeti, davacının hisse ilmühaberlerini devretme niyetinde olmadığını ve görünüşteki devirlerin Türk yasalarına uygun olmadığını tespit etmiştir. Davalı devletin yasalarına uymak yatırımların yasallığı, korunması ve geçerliliği için birinci derecede önemlidir. Yasal olmayan bir hususun korunması da talep edilemez. Akit devlet vatandaşları yasalara uymak zorundayken başka bir ülkenin vatandaşının bu

²¹ Phonix Action ltd v. Czech Republic (ICSID Dava No ARB/06/5).

²² Phonix Action kararı s.56, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>.

²³ Saba Fakes kararında Uzan ailesi hakem heyeti tarafından “Uzans” şeklinde ifade edildiği için metinde “Uzanlar” şeklinde kullanılmıştır.

zorunluluktan muaf olması mantığa, hayatın olağan akışına ve hiçbir hukuk kaidesine uymaz.

iv. Hakkın Geçerli Olarak Devredilip Devredilmediği Kriteri Hakkında Görüşlerimiz

Hakem heyetinin, hakkın geçerli olarak devredilip devredilmediğini araştırması son derece yerinde bir yaklaşım olmuştur. Ancak hisse devirlerinin Türk hukukuna göre çift imza ile yapılması kuralını kabul etmemesi hatalı bir değerlendirmedir. Davacının aleyhinde dosyada mevcut “*hisselerin devredilmediği beyanları*” bir hakkın geçip geçmediğini ispatta başlı başına yeter seviyede inandırıcı kanıtlardır. Davacının 19 milyar Amerikan doları talep ettiği bir yatırımla ilgili 3800 Amerikan Dolarından başka ödeme yaptığını iddia dahi etmemesi davacının iddialarının inandırıcılığının olmadığını apaçık bir delildir.²⁴

Çalışmamızın konularından biri olan Libananco tahkiminde de hakem heyeti hisselerin geçerli olarak devredilip devredilmediğini araştırmıştır. Hisse ilmühaberlerinin geçerli olarak devredilmesi ile ilgili hususları vurgulamıştır. Mülkiyeti geçirme amacı ile zilyetliğin devredenden devralana naklinin gerçekleşmesi gerektiğini ve taraflar arasında bu konuda anlaşma olması gerektiğini belirtmiştir. Aynı zamanda zilyetliği devreden devretmeye yetkisi olması da gerekmektedir.²⁵ Hakem heyeti, Saba Fakes kararında Uzan ve Masoud’un Saba Fakes’e hiçbir hak devretme niyeti olmadığını kabul etmiştir. Hakem heyetinin bu tespiti dahi hakkın geçerli olarak devredilmediğini ortaya koymaktadır. Heyet, hisse ilmühaberlerinin de hiçbir zaman Fakes’in zilyetliğine verilmemiş olduğuna kanaat getirmiştir. Bu tespit başlı başına Saba Fakes tahkiminin kötü niyetle açıldığını ortaya koymaktadır kanaatindeyiz.

v. Kötüye Kullanım Hakkındaki Görüşlerimiz

Saba Fakes tahkim talebi, ICSID sözleşmesi kötüye kullanılarak dava açmaya hakkı olmayan kişilerin devletleri milyarlarca dolarlık risk altında bırakabilmesi ihtimalini gösteren ciddi bir örnek oluşturmuştur. Haksız ve kötü niyetli tahkim davaları sebebi ile akit devletler sonuçta haklı olduklarını ispat etseler dahi uzun süren yargılama boyunca davanın oluşturduğu ekonomik riskin baskısı altında kalmışlar, bu risk nedeniyle uluslararası ekonomik görünüşleri olumsuz etkilenmiş hatta kredi faiz oranlarının artması dahi söz konusu olmuştur. Ayrıca devletler davayı kazansalar bile çok ciddi rakamlar tutan avukatlık ücreti ve tahkim masraflarını ödemek zorunda kalmışlardır.

Saba Fakes tahkiminde davacı gerçekte ICSID sözleşmesine göre dava açma hakkı bulunmayan Uzan ailesi tarafından paravan olarak kullanılmıştır. Davacı kötü niyetle tahkim talebinde bulunmuş, Türkiye Cumhuriyeti Devletini anlaşmanın arkasından dolanarak zarara uğratmak

²⁴ Saba Fakes kararı s. 44-45

²⁵ Libananco kararı s. 136-138.

istemiştir. Türkiye'den haksız olarak 19 milyar Amerikan doları tazminat istenmesi *istismar ve tacizdir*.²⁶

Gelişmiş ülkelere karşı başvurulması halinde Genel Sekreter tarafından daha dikkatli incelenecek ve doğrudan kaydedilmeyip büyük ihtimalle ciddiye alınmayacak ve bu nedenle tescil edilmeyecek iddialar, gelişmekte olan ülkelere karşı başvurulması halinde hemen tescil edilmekte ve bunun neticesi olarak bu davalar gelişmekte olan ülkeler aleyhine ciddi riskler teşkil etmektedir.²⁷ Bu durum aslında yatırımcıyı korumak ve gelişmekte olan devletlere yatırımı artırmak gayesiyle yapılan ICSID sözleşmesinin amacına aykırı kullanımına neden olmaktadır. Bu tip kötü niyetli başvurular neticesinde verilebilecek yanlış kararlar sonucunda akit devletlerin ciddi şekilde zarar görmesi söz konusu olabilecektir.

Bu nedenle Saba Fakes tahkim tecrübesi ışığında yeni korunma mekanizmaları ve tüm taleplerin doğrudan tescilin önüne geçecek bir sistem geliştirilmesi ICSID'in sürekliliğini, güvenilirliğini, saygınlığını ve kuruluş amacını tesis için son derece önemlidir.

B. LİBANANCO HOLDİNGS VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Libananco Tahkimi ve Sonucunun Değerlendirilmesi

Libananco Holdings Co. Limited ve Türkiye Cumhuriyeti Tahkimi, Davacı Güney Kıbrıs şirketi olan Libananco Holdings Co. Limited (Libananco) tarafından Davalı Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı, ARB/06/08 ICSID tahkim numarası ile açılan ICSID tahkimidir.²⁸

Tahkim başvurusu Enerji Şartı Anlaşması'na (EŞA) yönelik ihlal olduğu iddiasıyla yapılmıştır. Tahkimin konusu; kamu hizmeti şirketleri olan Çukurova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk Anonim Şirketi'ne (Kepez) el konulması ve davalı ile bu iki şirket arasındaki imtiyaz sözleşmesinin 12.06.2003'te iptal edilmesidir.²⁹

Davacı, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca ICSID'e başvurmuş ve hakem heyetinden; davacının yatırımının EŞA'nın 13. maddesine aykırı şekilde kamulaştırıldığının, davacının yatırımına EŞA 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız muameleye uyguladığının, davalının yükümlülüklerini yerine getirmediğinin, davalının davacının yatırımına koruma ve güvenlik

²⁶ Gharavi, Hamid, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s 312

²⁷ Karayel, s.199

²⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/8> (23.04.2020)

²⁹ Kararın metni için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019), Libananco kararı, s.1.

sağlamadığının, makul olmayan tedbirler uygulayarak davacının yatırımına zarar verdiğinin tespiti yönünde karar verilmesini talep etmiştir.³⁰

Davalı, davacının iddialarının geçersiz olduğunu savunmuş, hakem heyetinin yetkisiz olması sebebi ile tahkim davasının reddini talep etmiştir. Öncelikle ilk itirazlarının ön mesele olarak ele alınmasını, esasa ilişkin yargılamanın askıya alınmasını talep etmiştir.³¹

Hakem heyeti, davalının yetki itirazları arasından davanın kaderini ilgilendirdiğini düşündüğü Libananco'nun kamulaştırma tarihinden önce ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olup olmadığı, Libananco'nun ICSID ve EŞA'ya göre yatırımcı olup olmadığı, Libananco'nun iddialarının Türkiye'nin tahkim rızasının açık koşulunu yerine getirip getirmediği, Libananco'nun EŞA 17. maddeye göre haklara sahip olup olmadığı konularını inceleme yapmak için seçmiştir.³²

Davacı ve davalının yazışmalara ilişkin usulü tamamlaması, tanıkların dinlenmesi, adli tıp incelemelerinin yapılması sonucunda bütün delilleri değerlendiren hakem heyeti; davacının iddiasını ispat edemediğine hükmetmiştir. Libananco'nun senetlerin zilyetliğini ne zaman ve nasıl elde ettiğine yönelik açıklamalarının tutarsız olduğuna karar vermiştir. Neticede davacının 12.06.2003 yılında "yatırım"ı temsil eden ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğuna yönelik iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir.³³

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti kararda; davacının tanıklarının çapraz sorgudaki ifadelerini inandırıcı bulmadığına karar vermiştir. Davacının iddiası doğru olsaydı mevcut olması muhtemel hiçbir yasal belgenin olmadığına ve davacının gerçekleştiğini iddia ettiği teslim işlemlerine ait hiçbir envanter mevcut olmadığına kanaat getirmiştir. Varlığı ispat edilemeyen "aile boşanmasına" konu aile içi işlemlere ait sözleşmeler Türkkan'ın silinmiş flopi disklerinden kurtarılmışsa da dolambaçlıdır ve meşei izah edilemediğinden heyetin kabulünden uzaktır. Heyete göre; davacı, 2005 yılına kadar ÇEAŞ ve Kepez'deki yatırımına dair hiçbir yasal bildirimde bulunmamıştır, her yıl sunulması gereken Libananco'nun hesapları 2007 yılına kadar sunulmamıştır. Davacı Libananco'nun devir belgesi ile ilgili çelişkileri ispatlayamamıştır ve Türkkan 2002 tarihinde Kıbrıs'a seyahat ettiğini kanıtlayamamıştır. Hakem heyetine göre delillerden Ek R-821, 12.06.2003 yılında ÇEAŞ ve Kepez'de çoğunluk hissesine Libananco'nun değil, Uzan ailesinin üyelerinin sahip olduğunu göstermektedir. Heyet,

³⁰ Libananco kararı, s.18.

³¹ Libananco kararı, s.18.

³² Libananco kararı, s.19-20.

³³ Kararın metni için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019)

davacının hisse devrinde HDS'lerin rolü hakkındaki iddialarını değişken bulmuş ve ispatlayamadığına karar vermiştir.³⁴

*Bütün delilleri değerlendiren hakem heyeti; davacının iddiasını ispat edemediğine hükmetmiştir. Libananco'nun senetlerin zilyetliğini ne zaman ve nasıl elde ettiğine yönelik açıklamalarının tutarsız olduğuna karar vermiştir. Neticede davacının 12.06.2003 yılında "yatırım"ı temsil eden ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğuna yönelik iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir.*³⁵

b. Görüşlerimiz

i. Türk Hukukunda Hisselerin Mülkiyetinin Kazanılmasına İlişkin Hukuki Durum ve Görüşlerimiz

Zilyet kendisi malik kalmaya devam ederek malını başkasının kullanımına bırakırsa, malı fiilen elinde bulunduran kendisine malı bırakanın malik olduğunu kabul ettiği sürece, malı başkasının kullanıma bırakanın zilyetliği devam eder. Kiracının, emanet alanın zilyetliği bu duruma örnek gösterilebilir.³⁶

*"Zilyedin kendi hâkimiyetine tabi malı, kendi hâkimiyetini tanıyan kişilere bırakması halinde TMK 974. madde uyarınca zilyet kabul edilip edilmeyecekleri bu kişilerin malı kendileri için mi malı veren için mi ellerinde tutmaya devam edecekleri ihtimallerine göre değişmektedir".*³⁷ Çünkü kendine veren için elinde tuttuğu durumlarda "başkası için zilyet" olma durumu mevcuttur. Bu davada kanaatimizce Libananco ve Türkkkan "başkası için zilyet" durumundadırlar ve Uzan ailesi adına zilyettirler.

Malını elinde bulunduran malikin zilyetliği dolaysız, doğrudan zilyetliktir. Ancak zilyet mal üzerindeki hâkimiyetini başkası eliyle kullanıyorsa buna "dolaylı zilyetlik" denmektedir. Örneğin malı başkasına kiralayıp teslim eden kişinin durumu dolaylı zilyetliktir. Dolaylı zilyetlerin zilyetliği, aracının dolaylı zilyedin hâkimiyetini tanınması şartına bağlıdır. Tanınmadığı anda dolaylı zilyetlerin zilyetliği sona erer. Libananco, dosyadaki bütün delillerden de açıkça belli olduğu üzere Uzan'ların hâkimiyetini tanıdığı için ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerine Uzan'ların adına zilyettir. Zilyetliğin devri kavramı hem devren hem tesisen kazanma biçimlerini kapsamaktadır. Yeni zilyedin zilyet kılınması kanuna göre dolaylı zilyet kılınma ve dolaysız zilyet kılınma olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Doğrudan zilyetlik devri TMK'nın 977. maddesinde düzenlenmektedir. Doğrudan doğruya zilyet kılınmada mal üzerinde fiili hâkimiyeti sağlayacak şekilde mal teslim edilmektedir. Bu yolla yeni zilyet önceki zilyetin rızası ile mal üzerinde hâkimiyetini kullanacak duruma gelmektedir. Bu ise ya mal üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların devri ile

³⁴ Libananco kararı s. 171-173.

³⁵ Libananco kararı s. 173.

³⁶ Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013, s.55-56.

³⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 55-56.

ya da teslim yerine geçen sözleşme ile olmaktadır. Malın yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılması eski zilyedin ayrıca bir fiili olmadan teslim yerine geçen sözleşme ile mümkün olmaktadır.³⁸

*“Teslim, malın madde itibarıyla yeni zilyedin eline verilmesi tarzında olur”.*³⁹ Teslim, malın yeni zilyedine mal üzerinde hâkimiyeti sağlayacak imkânın verilmesi halinde mevzu bahsedilebilir. Önceki zilyedin yeni zilyedi zilyet kılmak istediği anda zilyetlik devri gerçekleşebilir. Yani zilyetliğin devri için zilyetliği devreden zilyetliği devretme niyeti olmalıdır.⁴⁰

Doktrinde bazı yazarlara göre hamiline yazılı kıymetli evrakın devri için teslimden başka şart aranmaz.⁴¹ Devri deftere kaydetmeye, anonim şirkete bildirmeye gerek yoktur.⁴² Ancak Pulaşlı'ya göre⁴³ hamiline yazılı senetlerin devri için devreden ile devralan arasında anlaşmaya dayanarak zilyetliğin geçmesi ile hak devri gerçekleşir. Bu anlaşmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı kanaatine sahip olanlar olduğu gibi⁴⁴ HMK'nın 200. maddesine göre bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk lirasını geçtiği takdirde, senetle ispat olunması gerekir. Kanaatimizce HMK'ya göre zilyetliğin devri sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir.⁴⁵ Bu durumda aralarında mülkiyetin nakli için anlaşma olduğunu iddia eden Uzan ile Türkkân'ın bunu yazılı delil ile ispat etmesi gerekmektedir. Emanette olduğu gibi arada mülkiyetin nakli ile ilgili anlaşma olmadan sadece zilyetliğin devri gerçekleşmişse mülkiyet geçişi olmaz.⁴⁶ Bütün deliller değerlendirildiğinde, Libananco ile Uzan ailesi veya ferden düşünüldüğünde Türkkân arasında gerçekte mülkiyeti nakletme amacı hiç mevcut olmamıştır. Dolayısıyla zilyet olduğunu iddia eden Libananco mülkiyeti hiçbir zaman kazanamamıştır.

Zilyetliğin devri için, hisse senetlerinin mülkiyetinin devir amacıyla hisselerin teslimi suretiyle yapılması gerekir (TTK m. 415).⁴⁷ Hisse devirlerinin geçerli olabilmesi için temel olarak şu unsurların birlikte varolması gerekmektedir; *“Devredenden devralana zilyetlik geçirilmelidir, zilyetliğin naklinin devralana mülkiyeti geçirmek için yapılmış olması, tarafların bu hususta anlaşması gerekmektedir, zilyetliği geçirenin mülkiyeti devir yetkisi*

³⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 72.

³⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 73.

⁴⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 73.

⁴¹ Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2016, s. 314.

⁴² Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, Şubat 2014, İstanbul, s. 296.

⁴³ Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 75.

⁴⁴ Ahmet Sezer, Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 93.

⁴⁵ Karayel, s. 249.

⁴⁶ Pulaşlı, 2015, s. 75.

⁴⁷ Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku 11. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

bulunmalıdır, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, tasarrufi işlemin geçerli bir iktisap sebebine dayanması gerekmektedir."⁴⁸ Bunlardan zilyetliğin naklinin devralana mülkiyeti geçirmek için yapılmış olması şartı gerçekleşmediğinden hisse devrinin hukuken meydana gelmediğini kabul etmek gerekmektedir.

ii. Libananco'nun Hisselerin Mülkiyetini Geçerli Şekilde İktisap Edip Etmediğine İlişkin Görüşlerimiz

Davacı, davalının EŞA'ya aykırı davrandığı iddiasıyla tahkime başvurmuştur. EŞA'nın 1. maddesinin 6. fıkrası yatırımı "*sahip olunan ve kontrol edilen mal*" olarak tanımlamakta olduğundan, davacının EŞA'nın ihlal edildiğini iddia ettiği tarihte ilgili hisselerle sahip olduğunu ve kontrol ettiğini kanıtlaması gerekmektedir. Dolayısıyla Libananco'nun ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerinin mülkiyetini 12.06.2003 tarihinde iktisap edip etmediğini ispat görevi davacıya düşmektedir. Bu konuda davacı ve davalı arasında da görüş birliği mevcuttur. Müddei iddiasını ispat eder, hukukun temel kurallarından biridir. İspat yükünü yerine getirip getirmediği hususunda davacının delilleri değerlendirilmelidir.

Hakem heyetinin seri muhakeme başvurusu üzerine ön yetki itirazları hakkında karar vermek için yargılamayı ikiye ayırmaya karar vermesi usul ekonomisi açısından uygun olmuştur.

Hakem heyetinin Libananco'nun ÇEAŞ ve Kepez hisselerinin mülkiyetini 12.06.2003'te iktisap edip etmediği hakkındaki analizinin değerlendirmesini yapacak olursak; Uzan ailesi adına Libananco'yu satın alan ve iddiasına göre emaneten yedinde tutan Türkkan hakkında duruşma tutanaklarının değerlendirilmesi yapıldığında yeterli vasıflara sahip olmadığı konusunda hakem heyetiyle aynı kanaatteyiz. Türkkan'ın 01.04.2002 tarihinde Libananco'yu iktisap etmek için Güney Kıbrıs'a uçtuğu ve iki gece kaldığı iddiaları dosyadaki deliller ve davalının iddiaları birlikte değerlendirildiğinde davacının iddialarının kurmacadan ibaret olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hakem heyetinin davacının bu konudaki iddiasını ispatlayamadığı konusunda verdiği karar yerindedir.

Davacı, Libananco'nun 01.04.2002 tarihinde satın alındığını ispatlayamamıştır. Davacı tanığı Türkkan devir belgesinin orijinal olmadığını, 2007 yılında yeniden basılıp imzalandığını kabul ve beyan etmiştir. Davacı, Libananco'nun ilgili tarihte Prontoservus'tan satın alındığını gösteren makbuz ya da fatura sunamamıştır. Devir 2005 yılına kadar hem Türk hem Kıbrıs Rum Kesimi makamlarından gizlenmiştir. Libananco'nun hesapları 2007 yılına kadar resmi makamlara sunulmamıştır, Güney Kıbrıs makamlarından gerekli yasal izinler alınmamıştır. Hakem heyeti bütün bunlar neticesinde Libananco ile ilgili hizmet veren kişilerin 2005 ve daha sonraki yıllarda işe başlamış olduğu kanaatine varmış ve bu deliller ışığında Türkkan'ın 2002 yılında Libananco'yu iktisabını olası bulmamıştır. Bu kararları da son derece yerinde olmuştur. Şirket kuruluş ve işleyişinde

⁴⁸ Poroy, Tekinalp Çamoğlu, s. 656.; Bahtiyar, s. 296.

bulunması gereken belgelerin ve kayıtların bulunmaması, Libananco'nun iddia edildiği tarihte iktisap edilmemiş olduğunu göstermektedir.⁴⁹

Temettü meselesini inceleyecek olursak; hakem heyeti davacının iddia ettiği gibi ÇEAŞ ve Kepez'e ait temettülerin hisse senedi hamillerine değil temettü kuponu hamillerine ödendiği iddiasını kabul etmemiştir. Bu konudaki ilgili belge olan Ek- R 821'in sahih bir belge olmadığı iddiasında ikna olmamıştır. Ek R-821 belgesi ÇEAŞ ve Kepez'de çoğunluk paylarına Libananco'nun değil Uzan ailesinin sahip olduğunu göstermektedir. Bu konudaki hakem heyetinin kararı yerindedir kanaatindeyiz. Uzan ailesi üyelerinin Mayıs 2003'te elde ettiği temettü oranları Takasbank raporu ile de teyit edilen Ek-R 821 ile aynı olduğundan davacının aksi yöndeki tutarsız iddiaları mesnetsizdir.

Davacının yargılama boyunca iddia ettiği "aile boşanması" olgusu kanaatimizce de inandırıcılıktan uzaktır, Uzan ailesi fertlerinin karışık ve dolambaçlı hisse iş ve işlemlerini açıklayabilmek için ortaya attıkları kurgusal bir ifadedir.

Davacının delil olarak sunduğu 32 adet hisse devir sözleşmesinin, devretme niyetini yazılı hale getirmek için akdedildiği söylenmişse de davacının değişen ve çelişen iddiaları değerlendirildiğinde hisse devir sözleşmelerinin gerçekleştirilme amacı da şüphelidir. Kadı ki bunların sonradan imzalanıp düzenlendiği davacı tanığı Türkkkan tarafından ifade edildiği gibi bilirkişi raporlarıyla da sabittir. Söz konusu hisse devir sözleşmelerinde hisse satıcılarının hisse devirlerinin nakit karşılığı yapıldığı yazmasına rağmen davacı tanıkları bir kısım beyanlarında para alınmayacağını diğer bir kısım beyanlarında Libananco'nun defterine borç olarak akdedildiğini söylemiş, yine bazı beyanlarında da bedelin temettülerle ödendiğini söylemişlerdir. Bu tutarsız ve çelişkili beyanlar ışığında HDS'lerin gerçeği yansıtmadığı ve davacının iddialarını desteklemediği kanaatindeyiz.

ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerinin mülkiyetinin 12.06.2003'ten önce Libananco'ya geçerli şekilde devredilip edilmediği, bu davanın en önemli meselesidir. Davacının bu iddiasını kanıtlayamaması hakem heyetinin yetkisizliği neticesini doğurmaktadır. Davacı hisse senetlerinin teslimine ilişkin İstanbul ve İsviçre'de gerçekleştiğini iddia ettiği üç ayrı teslimden bahsetmiştir. Davadaki yetki probleminin çözümü için Rumeli ve Doğu binalarında ve İkitelli'deki garajda hisse tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti son derece önemlidir. Davacı Libananco'nun hukuk danışmanının Rumeli ve Doğu Binalarında 15.05.2003'te hisse senetlerini tahkik ettiğini ve Libananco adına teslim aldığını iddia etmiştir.

Davacı, hisse senetlerini kahverengi kağıtlara sarıp üzerlerine Libananco yazan etiketler koymanın teslim için yeterli olduğunu, zilyetliği naklettiğini iddia etmiştir. Bu konuyu inceleyen hakem heyeti bu işlemlerin "devredenlerin bu hisse senetlerinin mülkiyetini Libananco'ya devretme niyetini göstermek için olgusal olarak yeterli olacağını" varsaymıştır. Ancak davacı tanığı dava boyunca birbiri ile çelişen beyanları, Libananco'nun hukuk danışmanı olarak atandığından bile haberdar olmaması, sözde tahkik ettiği hisse

⁴⁹ Libananco kararı s. 145-146.

senetlerine ilişkin herhangi bir envanter çıkarmamış olması, hisse senetlerini muhafazadan kimin sorumlu olduğunu bilmemesi ve bu kişilerin zilyetliği devir hakkı olup olmadığını bilmeden hisse senetlerini devir aldığını iddia etmesi nedeniyle hakem heyeti bu devrin geçerli olmadığına karar vermiştir. Bu yönlerden bakıldığında hakem heyetinin kararı son derece yerinde olmakla birlikte, Türk hukuku açısından senetlerin kahverengi kâğıtlara sarılıp üzerlerine Libananco yazan etiketler konulması kanaatimizce devir için yeterli değildir. Türk hukukuna göre senetle ispat kuralı gereği belirli bir değer üzerinde olan işlemlerin ispatı için yazılı delil gerektiğinden devirin ispatı için yazılı delil gerekmektedir. Ayrıca hisse senetleri yeni malik olduğunu iddia eden Libananco'nun tasarruf alanına sokulmamıştır, davacı tanıklarından bir kısmı hisse senetlerini Libananco adına muhafaza edeceğini belirtmişse de bu durumda emanet sözleşmesinin sunulması gerekmektedir. Bu sebeplerle yazılı delili olmayan davacının iddiasının tahkim bu aşamaya gelmeden en baştan reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

iii. Kötüye Kullanım Açısından Davanın İncelenmesi ve Görüşlerimiz

Türkiye aleyhine açılan Libananco tahkiminde, özellikle Türkiye'nin tanımadığı bir ülkenin seçilmesi, iddia edilen uyuşmazlığın uluslararası anlaşmalar kullanılarak ICSID tahkimi kapsamına sokulması söz konusudur. Özel kurgulanmış dava süreçleri değerlendirildiğinde, komplike ve kötü niyetli bir davanın varlığı ortadadır. Bütün bunlara rağmen davanın ICISD tarafından kaydedilmesi ve Türkiye aleyhine büyük bir risk olarak uzun yıllar devam etmesi ICSID'in kötüye kullanıma açık olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Türkiye aleyhine Güney Kıbrıs Rum kesiminden bir şirketin yatırımcı olarak zarara uğradığı iddiasıyla başvurusu, talep edilen tazminatın miktarının fazlalığı, yapıldığı iddia edilen yatırımın büyüklüğü ve şirketin sahibi olan kişilerin dava açılan devlet tabiiyetinde olmaları tahkim başvurusunun tescil aşamasında dikkate alınmalı ve tescil başvurusu reddedilmeliydi.

Tahkim sürecinde davacının Uzanlar tarafından kontrol edilip edilmediği tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortaya çıkartılabilecekken buna karar verilmeyip hisse devir sözleşmelerinin gerçek ve geçerli olup olmadığının, davacının yatırımcı olup olmadığının ve diğer iddiaların araştırılması sürecin uzamasına sebep olmuştur. Oysaki tüzel kişilik perdesi kaldırılmış olsaydı, Libananco'nun Uzanların kontrolünde olduğu belirlenecek ve yetki kuralları yerine getirilmediği için ICSID tahkimine başvurma hakkı olmadığı ortaya çıkacaktı.

Libananco ve Saba Fakes tahkimleri Uzan ailesinin İmar Bankası yolsuzluğu neticesinde ödemek zorunda kaldığı miktarı tazmin etmek amaçlı ve Türkiye'yi zor durumda bırakmak maksatlı kötü niyetli davalarına örnek oluşturmaktadır. Bu davalar kötü niyetli amaçların gerçekleştirilmesi için uluslararası kurumların nasıl kullanılabileceğine, uluslararası anlaşmaların nasıl manipüle edilebileceğine örnektir. Libananco tahkimi ve Uzan bağlantılı diğer tahkimlerin incelenmesi, ICSID tahkiminde

geliştirilmesi ve değiştirilmesi gereken hususların belirlenmesi ve çözümlenmesine katkı sağlayacaktır.

C. CEMENTOWNIA “NOWA HUTA” S.A. VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Cementownia “Nowa Huta” Tahkimi ve Sonucunun Değerlendirilmesi

Davacı, Cementownia “Nowa Huta” S.A. ARB(AF)/06/02 dava nolu Cementownia adı ile anılan tahkimde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine ICSID tahkimine başvurmuştur.⁵⁰ Bu tahkim ek mekanizma kurallarına dayanılarak açılmıştır. Davacı, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca ICSID'e başvurmuştur.

Davacı Cementownia tahkim başvurusunda ÇEAŞ ve Kepez şirketlerinin hisselerinin bir kısmını 30.05.2003 tarihinde iktisap ettiğini⁵¹ ve imtiyaz sözleşmesinin davalı tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi sebebiyle zarara uğradığını iddia ederek 4.648.157.411 Amerikan doları tazminat talep etmiştir.⁵²

Davalı Türkiye Cumhuriyeti, Cementownia şirketinin yatırımcı olmadığını, dava ve taraf ehliyetinin olmadığını belirtip uğradığı zararın tazminini, davacının tüm taleplerinin reddini talep etmiştir.⁵³

Hakem heyeti tahkim yargılamasının sonunda; davacının iddialarını kanıtlayamadığına, ICSID tahkimini kötüye kullandığına, tüm masrafları ödemesine ve davalının tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁵⁴

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti tahkim yargılaması sonucunda;

a) Davacının yatırıma sahip olduğu ve kontrolünde bulundurduğu iddialarını kanıtlayamadığına,

b) Davacının ICSID hakem heyetinin yetkisini oluşturmak için hileli işlemler yaptığı ve ICSID usulünü kötüye kullandığına,

c) Tüm masraf ve vekalet ücreti olan 5.304.822,06 Amerikan dolarını, kötü niyetli olduğunu tespit ettiği davacının ödemesine,

d) Davalının tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁵⁵

⁵⁰ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf> (07.07.2019)

⁵¹ Cementownia kararı, s. 5.

⁵² Cementownia kararı, s. 7.

⁵³ Cementownia kararı, s. 28.

⁵⁴ Cementownia kararı, s. 53.

b. Görüşlerimiz

i. Hisse Devirlerinin Geçerli Olup Olmadığı Konusundaki Görüşlerimiz

ÇEAŞ ve Kepez hisse senetleri hamiline yazılı senetlerdir. Hamiline yazılı senedin teslimi için devralan kişiye mülkiyeti devretme amacıyla verilmesi yeterli görülmektedir. TTK'nın 489. maddesine göre senedin devri için teslim gereklidir. Senede bağlanan hak senedi takip eder ve onun kaderine tabi olur. Senedin devri gerekli ve yeterli olup, devrin geçerliliği için herhangi bir yere bildirim veya kaydedilmeye ihtiyaç yoktur. Ancak hak sahipliğini ispat etmek için hisse senedinin şirkete ibrazı gereklidir.⁵⁶ Bu gerekçe ile davacı, hisse senetlerini iktisap ettiğini kanıtlamak için senetlerin orijinalini sunmalı ve hisselerin iddia ettiği tarihte devralındığını ispat etmelidir. Hakem heyeti, davacıya hisse senetlerinin orijinallerinin ibrazı için süre vermişse de davacı bunları hakem heyetine sunmamıştır. Hakem heyeti, 2003 ve 2004 yılında şirket defterlerinin denetlendiği, şirket hisselerinin devri ile ilgili bir beyan olmadığı ancak 2005 yılındaki denetimde hisselerin 2003 yılında devredildiği kaydına ulaşmıştır. ÇEAŞ ve Kepez hisselerini devrettiğini iddia eden Kemal Uzan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde şirket hisselerinin devrinin 30.06.2003'ten sonra gerçekleştiğini beyan etmiştir.⁵⁷

Öncelikle araştırılan uyuşmazlık konusu hakem heyetinin yetki sahibi olup olmadığıdır. Hakem heyeti, davacının ICSID'in yetki kurallarının arkasından dolanmak için yaptığı faaliyetleri dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Hakem heyetinin talep ettiği hisse senetlerinin devrini içeren belgeleri davacı sunmadığı için heyet, devir işlemlerinin geçerli olarak yapılmadığı ve ICSID yetki kurallarının hileli olarak kullanıldığı kanaatine varmıştır. Davacının EŞA gereği bir yatırıma sahip olduğu ve onu kontrolünde bulundurduğu hususlarını ispat edemediğine karar veren heyet, davada kendi yetkisi olmadığına hükmetmiştir.⁵⁸

Davacının kamulaştırma tarihinden önce ÇEAŞ ve Kepez hisselerini geçerli şekilde iktisap edip etmediğini kanıtlama meselesi, tahkim yargılamasında hakem heyetinin özellikle üstünde durduğu bir uyuşmazlık konusudur. Hakem heyeti hisse senetlerinin orijinalini talep etmiş olmasına rağmen davacı bunları sunmamış, hisse senetlerini kamulaştırma tarihinden önce iktisap ettiği iddiasını kanıtlayamamıştır. Bu iddiasını ispat etmiş olsaydı dahi sadece şeklen geçerli devir mülkiyeti ispatta yeterli olmamaktadır. Diğer bazı ICSID hakem kararlarında da örnekleri olduğu gibi devirle dürüstlük kuralı ihlal edilmişse uyuşmazlığın geçmişi de dikkate alınarak devir işlemlerinin hileli olduğu sonucuna varılabilmektedir.

⁵⁵ Cementownia kararı, s. 53.

⁵⁶ Bahtiyar, s. 296.

⁵⁷ Cementownia kararı, s. 36,37.

⁵⁸ Polat, Melike, Şengül Al Kılıç, "ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia "Nowa Huta" S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında "İyi niyet ve Manevi Tazminat" iddialarının Değerlendirilmesi", MHB, C. 34, S. 2, s. 70.

Nitekim Libananco tahkiminde de böyle olmuştur. Hakem heyeti devir iddiasını kabul etmemiş, hisseler iddia edildiği tarihte devir alınmış olsaydı dahi bu işlemi uluslararası yetkinin oluşturulması için yapılan sahte bir devir işlemi olarak değerlendirmiştir.⁵⁹

ii. Tazminat Konusundaki Görüşlerimiz

Kararda uluslararası hukuka göre manevi tazminata⁶⁰ karar verilebileceği belirtilirken manevi tazminat talebi ile ulaşılmak istenen amaca sadece hileli davranışın tespiti ve kararda yazılması suretiyle tüm dünyaya duyurulmasıyla da ulaşılabileceği ifade edilmiştir. Kararda davacının kötü niyetinin tespitiyle, uluslararası platformda devletin zedelenen itibarının iade edilmiş olacağı belirtilmekle yetinilmiştir.⁶¹

Uluslararası hukukta devletlerin zarar gören itibarını iade için tazminat (compensation), eski hale iade (restitution) ve tekzip (satisfaction) yöntemleri uygulanmaktadır.⁶² Tekzip, hukuka aykırı davranışın kararda belirtilerek ilan edilmesi, duyurulması, ikrarı anlamlarına gelmektedir. Tekzip bağımsız bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmektedir.⁶³ Genellikle maddi tazminatın gölgesinde kalmaktadır. Genellikle maddi tazminatla birlikte tekzip de istenmektedir.⁶⁴ Ayrıca hakem heyeti, Desert Line Projects LLC v. Yemen Cumhuriyeti (ICSID Dava No: ARB/05/17) tahkiminde olduğu gibi hakem heyetlerinin manevi tazminata hükmedebileceklerini ancak manevi tazminata hükmetmek için çeşitli koşulların oluşmuş olması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵ Manevi tazminata hükmetmek için öncelikle olayın tazminata karar vermeyi gerektirecek ölçüde vehamet arz etmesi ve manevi tazminatın uluslararası yatırım hukukunun ilkeleri ile ters düşmemesi gerekmektedir.⁶⁶ Manevi tazminata hükmedilebilmesi için davacının iddialarının hem temelsiz hem de taciz boyutunda kötü niyetli olması

⁵⁹ Polat, Al Kılıç, s.75-78.

⁶⁰ Doğan, Murat, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2019 Ankara, s. 231,232

⁶¹ Polat, Al kılıç, s. 79.; Cementownia kararı, s. 53.

⁶² Cristoph Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", The Journal of Damages in International Arbitration, 2016, Vol. 3, No.1, s. 1-31.; Filip Balcerzak, Investor-State Arbitration and Human Rights, Koninklijke Brill Publishing, 2017, s. 220.

⁶³ Ian A. Laird, Borzu Sabahi, Frederic G. Sourgens, Nicholas J. Birch, Kabir Duggal, Joanna Coyne, "International Investment Law and Arbitration: 2013 in Review", Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 120.

⁶⁴ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 28.

⁶⁵ Bradfield, Michelle, J.C. Thomas, "Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity?", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 30, Issue 3, Fall 2015, s. 635.

⁶⁶ Polat, Al kılıç, s. 80.

gerekmektedir.⁶⁷ Manevi tazminata istisnai durumlarda hükmedileceği unutulmamalıdır.⁶⁸

iii. Kötüye Kullanım Açısından Davanın İncelenmesi ve Görüşlerimiz

Yukarıda izah edilen hususlara ilaveten belirtmek isteriz ki; davacı yabancı yatırımcı sıfatını ispat etmelidir. Sahip olduğunu iddia ettiği hisseleri geçerli ve haklı bir şekilde devraldığını, devralma tarihini ve iyi niyetli olarak kontrolünde bulundurduğu hususlarının ispatı da yatırımcı sıfatının ispatında aranan koşullardır. Sadece uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında tahkime başvurulabilmesi imkânını sağlamak, ICSID gibi kurumlara başvurmak için gerçek olmayan bir şekilde yetki oluşturma maksatlı kurgu başvurular heyetler tarafından yargılama neticesinde reddedilmektedir. Ancak yargılamalar genellikle uzun zaman almakta, maddi kayıplara yol açmakta ve devletin itibarı uluslararası platformda zedelenmektedir. Kötü niyetli başvuruların tespitinde, yargılama esnasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması tüzel kişilerin kim tarafından kontrol edildiğini ortaya çıkaracak ve yetki kurallarının arkasından dolaşılmasına mani olacaktır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla kötü niyetli kişilerin kendi devletleri aleyhine tahkime başvurmaları halinde gerçek başvuru tespit edilip bu haksız başvurular reddedilecektir. Cementownia tahkiminde uyuşmazlığa konu hisselerin Uzanlar tarafından davacı Cementowni'ya devredildiği iddia edilse de bu devir sadece ICSID'e başvurmak için yetki uydurma amaçlı ve muvazaalıdır. Cementownia tahkiminde hakem heyeti tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesini uygulamış olsaydı gerçek yatırımcının Uzanlar olduğunu, Cementownia'nın Uzanlar tarafından kontrol edildiğini, davacı ile Uzanlar arasında muvazaa anlaşması olduğunu tespit edecek ve başvuruyu başkaca bir işleme gerek kalmadan reddedebilecekti. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmada pek istekli olmayan ICSID hakem heyetlerinin bu yolu da kullanmaktan çekinmemesi, gerçeğin ortaya çıkması bakımından önemlidir.

ICSID'in aleniyet kazanan kararları incelendiğinde davalı devletlerin talebine rağmen manevi tazminat kararı verilmediği görülmektedir.⁶⁹ Kötü niyetli başvuruları azaltmak için, manevi tazminatın caydırıcı bir tedbir olarak acilen uygulanmaya başlaması gereklilik arz etmektedir. Cementownia tahkiminde, kötü niyeti ortada olan davacının manevi tazminata hükmedilerek cezalandırılması gerekirken bunun yapılmamış olması uygun olmamış, ancak tüm masrafın kötü niyetle tahkim başvurusunda bulunan ve süreci kasten uzatan davacıya bırakılması yerinde bir karar olmuştur.

⁶⁷ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 26.

⁶⁸ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 27,28.

⁶⁹ Polat, Al kılıç, s. 81.

II. ICSID’NİN KÖTÜYE KULLANIMI

A. GENEL OLARAK

ICSID kuralları, yatırımcıyı koruma altına alarak devletleri yatırım için güvenli ve cazip hale getirmekte ve yabancı yatırımların gelmesini teşvik etmektedir. ICSID Sözleşmesi, iyi niyetli yatırımcıların devletler nedeni ile uğradığı zararın tazminini amaçlamasına rağmen, ICSID tahkimi kötü niyetli yatırımcılar tarafından devletler aleyhine kullanılabilir.70

ICSID tahkimini sınırlandırmamak amacıyla, Sözleşmede “yatırım” kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu konuda ilgili ikili yatırım anlaşmalarında yeterli açıklıkta ve ayırdedicilikte tanımlar yapılmadığı taktirde, gerçekte yatırım olmayan proje ve işlemler sebebiyle akit devletler haksız ve kötü niyetli tahkim talepleri ile karşı karşıya kalabilmektedir. Saba Fakes, Libananco ve Cementownia tahkimlerinde olduğu gibi akit devlete dava açma hakkı olmayan ev sahibi devlet vatandaşı, dava açma hakkına sahip olması muhtemel bir diğer akit devlet vatandaşı gerçek/tüzel kişiye haklarını devretmiş gibi yaparak ICSID Sözleşmesinin arkasından dolanmakta ve hakkın kötüye kullanımını teşkil eden kötü niyetli işlemler yapmaktadır. ICSID Sözleşmesinde bu davranışları yasaklayan açık kurallar yoktur. Her ne kadar kötü niyetli işlemleri yasaklayan kurallar olmasa da, dürüstlük kuralı, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanımı yasağı ilkeleri kötü niyetli işlemlerin engellenmesini sağlayan genel hukuk ilkeleridir. Kötü niyetli başvurular tahkim yargılaması neticesinde reddedilse bile ICSID tahkimi, savunması zaman alan ve çok masraflı bir süreçtir. Libananco tahkimi yargılama gideri 35.702.417,76 Amerikan doları, Saba Fakes tahkimi yargılama gideri 1.496.248,49 Amerikan dolarıdır. Akit devletleri, yargılama giderleri ve tahkim başvurusunda talep edilen tazminat miktarları ile büyük risk altına sokmak istismardır.⁷⁰

Kötüye kullanımın önüne geçilebilmesi için Genel Sekreter tescil aşamasında ve hakem heyetleri yetkileri hakkında karar verirken, hem Sözleşmenin hükümlerine hem de Sözleşmenin amacına dikkat etmelidir. Ev sahibi devlet tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin Sözleşme’nin arkasından dolanarak, hakkın kötüye kullanımına sebep olan kötü niyetli işlemler yapmasına ve tabiiyetinde buldukları devlet aleyhine ICSID’e başvurularına engel olunmalıdır. Hakem heyeti, gerçek yatırımcıyı tespit etmek için gerekirse tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurmadan çekinmemelidir. Hakkın kötüye kullanımı varsa, gerçek yatırımcı-görünürdeki yatırımcı arasındaki ilişki tespit edilmeli ve kötü niyetli başvuru sahiplerinin Sözleşmenin korumasından yararlanmalarına müsaade edilememelidir.⁷¹

Yatırımcının korunması ile devletlere karşı yapılan kötü niyetli başvuruların engellenmesi arasındaki dengenin iyi kurulması gerekmektedir. 25.000 ABD doları başvuru harcı ile devletlerin milyarlarca

⁷⁰ Gharavi, “Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye’nin İkilemi”, s. 312.

⁷¹ Egemen Demir, s. 221.

dolar tazminat riski ve ciddi masraflar altına sokulabildiği düşünülürken ICSID sürecinin daha dikkatli formüle edilerek kötü niyetin ICSID kapsamındaki korumadan faydalanmadığından emin olmak gerekmektedir. Her geçen gün başvuruların arttığı ICSID tahkiminin güvenilirliği ve işlevselliğinin sağlanması için de koruma usulleri geliştirilmelidir.

Cementownia kararında davacının kötü niyetine hükmeden hakem heyeti “*masraf vakıayı takip eder kuralını*” uygulamış, tüm masrafı davacının ödemesine hükmetmiştir. Uluslararası hakem heyetleri kötü niyetle davranan tarafı bunun yaptırımını olarak yargılama masraflarına mahkum edebilmektedir.⁷²

Saba Fakes tahkiminde hakem heyeti, tahkim masraflarının tümünün davacının üstünde bırakılmasına hükmetmiştir. Davayı kaybeden tarafın kötü niyetli olduğuna ve Sözleşmeyi kötüye kullanma amacının olduğuna karar vererek taleplerin reddine hükmetmiş, Sözleşmenin 61. maddesinin 2. fıkrasının verdiği yetkiye dayanarak, masrafları davacı ile davalı arasında paylaşmamış, dava masraflarının tamamını kaybeden tarafa yüklemiştir. Bu da hakemlerin kötü niyetli talepler hakkında karar verirken takındıkları tavır göstermek açısından olumlu bir örnektir.⁷³ Karar bu yönüyle de Saba Fakes tahkim başvurusunun kötü niyetli olarak yapıldığını kanıtlamaktadır.

B. KÖTÜYE KULLANIM ÖRNEĞİ OLARAK TÜRKİYE VE ICSID DAVALARI

ICSID için çok önemli olan kötüye kullanım konusunu Türkiye açısından ele alacak olursak; ICSID Sözleşmesinin Türkiye tarafından onaylanmasından sonra diğer akit devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişiler tarafından Türkiye aleyhine ICSID kapsamında tahkim ya da uzlaşma yollarından birine başvurulması mümkündür. 2020 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine 12 tahkim işlemi başlatılmış, bunlardan dokuzu sonuçlanmış ve üçü devam etmektedir.⁷⁴ ICSID sürecinin, yabancı yatırımcı tarafından etkili olarak kullanıldığı ve Türkiye aleyhine tahkim başvurusu yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte bazı Türk vatandaşları, kendileri ICSID’e başvuramadığı için sahte yatırımcıların arkasına gizlenerek, görünürdeki yatırımcıları gerçek yatırımcı gibi göstererek ve yabancı kişileri maddi olarak destekleyerek Türkiye aleyhine tahkim başvurusu yapmış ya da yaptırmışlardır. Bahsedilen davalar organize edilmiş kötü niyetli davalar olup ICSID tahkiminin kötüye kullanımı konusunu gündeme getirmektedir. ICSID tahkiminin kötüye kullanılması sebebiyle oluşan milyarlarca dolarlık maddi risk neticesinde ICSID tahkiminden çekilme ihtimali dahi alternatif olarak düşünülebilecektir. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti’nin kendisini savunmak için yapmış olduğu masraflar yukarıda bahsedilen talep

⁷² Polat, Al Kılıç, s. 82.

⁷³ Ataman Figanmeşe, İnci, “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 18-36, s. 34.

⁷⁴ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> (23.04.2020)

miktarına dahil olmayıp, bunlar ilaveten ciddi miktarlarda bir yük meydana getirmiş olup bu miktar da ayrıca dikkate alınmalıdır.

Bahsettiğimiz çok büyük tazminat riskleriyle birlikte Türkiye'nin ICSID tecrübesi giderek artmaktadır. ICSID davalarında hükmedilen en yüksek ikinci tazminat miktarı olan Rumeli Telekom ile Telsim'in Kazakistan aleyhine açtıkları davada 160 milyon ABD doları tazminata hükmedilmiştir. Saba Fakes tahkimi neticesinde 19 milyar ABD doları tutarındaki tazminat talebinin reddedilmesi Türkiye'nin bir diğer başarısıdır.⁷⁵

Daha önce açıkladığımız gibi tahkim için rızanın verilmiş olması gerekmektedir. Türkiye'ye karşı açılan ICSID davalarında ilgili devlet ve Türkiye arasında akdedilen Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerine dayanarak ICSID tahkimine başvurulmuştur. PSEG tahkimi,⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile ABD arasında akdedilen İki Taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesindeki tahkim şartına dayanılarak, Saba Fakes tahkimi ise Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmadaki tahkim şartına dayanılarak açılmıştır.⁷⁷

Bazı tahkim başvuruları da çok taraflı yatırım teşvik ve koruma sözleşmelerindeki tahkim kaydına dayanarak açılmıştır. Örneğin Libananco tahkimi, Enerji Şartı Anlaşmasına dayanarak açılmıştır.

C. KÖTÜ NİYETLİ ICSID BAŞVURULARININ TESPİTİNDE KULLANILACAK KAVRAMLAR

1. İyi Niyet Ve Dürüstlük Kavramları

ICSID yargılamasında, yerel hukukun uluslararası hukuk ilkeleri ile sınırlandırılarak uygulanması esastır.⁷⁸ Uluslararası hukuku tespit ederken BM Adalet Divanı 38. maddesinden yararlanır. “İyi niyet” (bona fides), “ahde vefa” (pacta sunt servanda), “kazanılmış haklara saygı”, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “verilen zararın tazmini” gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf, adet ve teamüllerle beraber (yerel hukuk bu prensiplerle çatışmadığı ölçüde) uygulama alanı bulur.⁷⁹

⁷⁵ Luke Eric Peterson, Turkey Prevails in Uzan – Related 19 Billion Arbitration Claim; Dutch National Unable to prove legal Ownership of Disputed Telecoms Firm., <https://www.iareporter.com/articles/turkey-prevails-in-uzan-related-19-billion-arbitration-claim-dutch-national-unable-to-prove-legal-ownership-of-disputed-telecoms-firm/> (26.04.2020)

⁷⁶ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/05)

⁷⁷ Ataman Figanmeşe, s. 21; Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8aa16513b87616347e6bb1/Hollanda.pdf> (23.04.2020)

⁷⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 626.

⁷⁹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 627.

Bütün devletler, uluslararası hukukun temel kaynaklarından olan hukukun genel ilkelerine bağlı kalmaya mecburdurlar.⁸⁰ ICSID Sözleşmesinde “iyi niyet” kavramı belirtilmemiştir, ancak bazı hakem heyeti kararlarında hakem heyeti yetkisini belirlerken (Phonix Action Ltd v. Czech Republic kararında⁸¹ hem de Saba Fakes ve Türkiye Cumhuriyeti tahkimlerinde) “iyi niyet” kavramını kullanmıştır. Konu bakımından yetkide iyi niyetin kötüye kullanımının söz konusu olması için suistimalin Sözleşme’nin 25. maddesinde aranan üç şarttan biriyle alakalı olarak yapılmış olması gerekmektedir.⁸²

Phoenix tahkiminde hakem heyeti görevini, iyi niyet ilkesine sahip olan ve sistemi suistimal etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak, olarak nitelendirmiştir. Davacının ekonomik faaliyette bulunmak için değil, davalı devlete karşı tahkime başvurabilmek amacıyla yatırım yaptığına karar vermiştir.⁸³ Bu yargılamada Salini testine iyi niyet kriteri de eklenmiştir.⁸⁴ İyi niyet kriterini ise yatırımın ve davacının iddialarının zamanlaması, yargılamaları devam eden şirketlerin satın alınmış olması, davacının ilgili piyasada başkaca faaliyetinin olmaması gibi konuları inceleyerek araştırmıştır.⁸⁵ Sistemin suistimalinden hareketle yetkisizlik kararı vermiştir.⁸⁶

Inceysa Valliosletana S.L. v. Republic of El Salvador case no ARB/03/26 kararında “*hakem heyeti incelemesinde davacının yatırımı süresinde açıkça iyi niyeti ihlal ettiğini ve bu nedenle ev sahibi devlet hukukuna uygun davranmadığını ifade etmiştir. Bu durum karşısında hakem heyeti, ulusal hukukun ve uluslararası kamu hukukunun bir ilkesi olan iyi niyet ilkesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve yetkisiz olduğuna karar vermiştir.*”⁸⁷

Türkiye’nin taraf olduğu Alaplı Elektrik tahkimi⁸⁸ de iyi niyet ilkesinin araştırıldığı, yetkinin buna göre belirlendiği tahkim yargılamalarından biridir. Hisse devrinin zamanlamasına önem verilmiş, söz konusu yatırımın korunan bir yatırım olup olmadığı araştırılmıştır. Yalnızca ICSID’e başvurulabilmesi amacıyla yatırım yapıldığı, kötü niyetli yatırımın korumadan faydalanamayacağı üzerinde durularak hakem heyetinin bu

⁸⁰ Egemen Demir, s. 222.

⁸¹ ICSID Dava No ARB/06/5

⁸² Egemen Demir, s. 223.

⁸³ Özge Çevik, Can Şimşek, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”, Articletter, Winter 2008, s. 60.

⁸⁴ Lars Markert, Catharine Titi, “States Strike Back- Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitration”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 404.; Robert Gömmel, Investing into North African Solar Power, Springer International Publishing, 2015, s. 190.; Grzegory Domanski, Julita Zimoch Tucholka, “Investment treaty Disputes: Selected Developmentsin 2008 and 2009”, The Comperative Law Yearbook of International Business, Vol 32, 2010, s. 479,480.

⁸⁵ Çevik, Şimşek, s. 61.

⁸⁶ Çevik, Şimşek, s. 61.

⁸⁷ Egemen Demir, s. 224.

⁸⁸ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13

uyuşmazlıkta yetkisiz olduğu iddia edilmiştir. Yetkisizlik kararı verilerek yargılama Türkiye lehine neticelenmiştir.⁸⁹

Hamester davasındaki⁹⁰ hakem heyetinin řu tespiti gelecek davalara emsal teşkil etmesi bakımından önemlidir: “*Bir yatırım yozlaşma, dolandırıcılık veya aldatıcı işlemlerle ulusal veya uluslararası iyi niyet ilkesinin ihlali sonucunda meydana geldiyse veya yatırımın kendisi ICSID nezdinde uluslararası yatırımların korunması siteminin suiistimalini teşkil ediyorsa, bu yatırım korunmayacaktır.*”⁹¹ ifadelerine yer verilmiştir.

Viyana Sözleşmesi’nde ifade edilen “*iyi niyet*” kavramı sadece belli bir konu ile sınırlı olmayıp hem anlaşmaların yorumlanmasında hem de anlaşmaların ifasında aranmaktadır. ICSID tahkiminde de aynı şekilde birden fazla alanda iyi niyetin varlığı aranmaktadır. Kaynağını uluslararası hukukun genel ilkelerinden alan bu kavramın uygulaması için mutlaka ICSID Sözleşmesinde olması gerekmektedir. Uluslararası hukukun genel ilkeleri ICSID tahkiminde de uygulanmaktadır.⁹² İyi niyet ilkesi ulusal ve uluslararası hukukta bazen açıkça bazen de üstü kapalı bir şekilde korunmuştur.⁹³ Viyana Sözleşmesi’nin 26. maddesinde düzenlenen ahde vefa ilkesi emredici hukuk ilkelerindedir. ICSID Sözleşmesi’nin 25. maddesindeki ICSID’in yetkisini oluşturan şartların arkasını dolanmaya çalışan bir yatırımcı, iyi niyetle anlaşmanın ifasını gerçekleştirme borcuna aykırı davranmıştır. Bu sebeple korumadan yararlanmaması gerekir.⁹⁴

Dürüstlük kuralı Türk hukukunda da çok önemlidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “Dürüstlük Kuralı”nı; “*...Hak sahibinin hakkını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken dürüst, makul ve orta zekalı bir insandan beklenen hareket tarzına göre davranması olarak*” tanımlamıştır.⁹⁵ 4721 sayılı TMK’nın 2. maddesinde “dürüst davranma”⁹⁶ ilkesi düzenlenirken TMK’nın 3. maddesinde “iyi niyet” düzenlenmiştir. İyi niyet, dürüst davranma ve hakkın

⁸⁹ Çevik, Şimşek, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”, s. 63.

⁹⁰ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24

⁹¹ Çevik, Şimşek, s. 64.

⁹² Övünç Öztürk, s. 79,80.

⁹³ Egemen Demir, s. 226.

⁹⁴ Egemen Demir, s. 225.

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/5-2375, K. 2018/198. Karar için Bkz. Doğan, Şahan, Atamulu, s. 39; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 264.

⁹⁶ Oğuzman, Barlas, s. 264,265; Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40; Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 147, Haluk Konuralp, Erdal Tercan, “Yeni Türk Medeni Kanununun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 2003, s. 17; Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989, s. 47; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997, s. 302.

kötüye kullanılması yasağı⁹⁷ bazen birbirinin tamamlayıcısı bazen de birbirinin pratikteki uygulaması olarak kabul edilmektedir.⁹⁸ Roma hukukunda “bona fides” olarak ifade edilen kavram iyi niyet ve dürüst davranma ilkelerinin ikisini de bünyesinde barındıran bir kavramdır.⁹⁹ “İyi niyet” ve “Dürüstlük” kavramları aynı kaynaktan gelmekle birlikte TMK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.”. Bu düzenleme hakların amacına uygun kullanılması gerektiğini ifade eder.¹⁰⁰ Kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde bu hüküm esas alınır. Bu hükmün devamı olan TMK’nın 2. maddesinin 2. fıkrası dürüst davranma ilkesine aykırılığın müeyyidesini “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde ifade etmiştir. Dürüstlük kuralının re’sen dikkate alınması gerekir. Doktrinde emredici olmadığını sözleşmelerde bu düzenlemenin uygulanmamasının kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.¹⁰¹ Yargıtay kararlarında da bazen “Dürüstlük Kuralı” bazen de “İyi Niyet Kuralı” ifadesiyle TMK’nın 2. maddesine atıf yapıldığı görülmektedir. Örnek olarak; “*Davanın kötü niyetle uzatılmış olup olmadığının MK.2’deki ‘dürüstlük kuralı’ çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğini,*”¹⁰² “*Ticari defterlerin yıl sonu tasdik işlemini yaptırmamış olan, bilançosu gerçeği yansıtmayan, bankadan aldığı kredileri aktifinde göstermeyen, bilançoda bir kısmını kabul ettiği borçlarının daha sonra tamamını inkar eden borçlunun iyiniyetli sayılmayacağını,*”¹⁰³ “*...İhlal edildiği ileri sürülen yükümlülük asli borç ilişkisiyle ilgisiz olup, sadece işyeri sahibinin müşterinin zarara uğramaması için özen*

⁹⁷ Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 263.; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.1,10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 185,186.; Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 306,307.

⁹⁸ Egemen Demir, s. 228.; Oğuzman, Barlas, s. 248.; Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 10.; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s. 148,149.

⁹⁹ Oğuzman, Barlas, s. 249; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s. 148,149.; Akkanat, s. 22.; Ziya Umur, Roma Hukukunda İktisadi Müruruzamanda Hüsünüyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 3.

¹⁰⁰ Leyla Keser, “Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühletli Bakımından Önemi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2001, s. 253.; Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40.; Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 439,440. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf> (26.06.2020); Oğuzman, Barlas, s. 249.

¹⁰¹ Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 242.; Oğuzman, Barlas, s. 321.; Edis, s. 294,299.

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1997/4-327, K. 1997/765 Karar için Bkz. Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 445.

¹⁰³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 1995/8146, K. 1995/8883. Karar için Bkz. Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 445.

yükümlülüğüne uymamasından doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buradaki sorumluluğun temelini MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu söylenebilir."¹⁰⁴

Tahkim başvurusunun tescili aşamasında Genel Sekreter ve karar aşamasında hakem heyetleri, sadece ICSID Sözleşmesi'nin maddelerine göre karar vermemeli, hileli işlemler söz konusu olduğunda ICSID Sözleşmesinin amaçlarını da dikkate almalıdır. Aksi halde Sözleşmenin amaçlarına uymayan başvuruların kabulü ve Sözleşmenin amaçlarına uymayan hakem kararları oluşturulması tehlikesi söz konusudur.¹⁰⁵

Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca örf adet hukukundaki¹⁰⁶ iyi niyet kuralları, devletler hukukunun genel geçer kuralıdır. Bu sebeple ICSID sözleşmesinde ayrıca ve açıkça yer almasa dahi genel sekreter ve hakem heyetleri veya hakemler iyi niyet kuralına aykırılık tespit ettiklerinde kötü niyetli ve hileli uygulamalara ICSID güvencesi sağlanmasına engel olmalıdır.¹⁰⁷

Genel Sekreterin uyuşmazlığın ICSID yargı alanına girip girmediğini denetleme yetkisi davacıların Sözleşmeyi kötüye kullanma riski de dikkate alınarak daha aktif olarak kullanılmalıdır. ICSID tahkiminin daha işlevsel olması ve kötüye kullanımın engellenmesi için iyi niyet, ahde vefa gibi devletler hukukunun genel geçer kurallarının uygulanması yanında konu hakem heyetine gelmeden kötü niyetli başvuruların kayıt aşamasında engellenmesini sağlayacak ve Genel Sekreterin davayı tesciline engel olacak yeni mekanizmalar geliştirilmelidir.¹⁰⁸

2. Yatırımcı Kavramı

ICSID Sözleşmesinde yatırımın tanımı yapılmamıştır.¹⁰⁹ Ancak, "yatırımcı" "ev sahibi devletle aralarındaki sözleşme gereği, fiilen yatırım faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişi"¹¹⁰olarak tanımlanabilir. Gerçek yatırımcının, yatırımın yapıldığı ülkenin ilgili kurumlarına yatırımcı olarak bildirilen kişi olmadığı durumlarda gerçek yatırımcı görünürdeki yatırımcı ayrımı ortaya çıkmaktadır. Gerçek yatırımcı ve görünürdeki yatırımcı kavramlarını belirlerken tahkim yargılamasına başvuran kişi ile tahkim yargılaması neticesi karardan menfaat sahibi olan kişinin aynı olup olmadığına bakmak gerekir. Gerçek yatırımcı görünürdeki yatırımcının

¹⁰⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2005/15654, K. 2006/4848, Karar için Bkz. Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40.

¹⁰⁵ Egemen Demir, s. 199.

¹⁰⁶ Doğan, Şahan, Atamulu, s. 32.

¹⁰⁷ Egemen Demir, s. 200.

¹⁰⁸ Terzi, s. 823.; Genel Sekreterin davayı tesciline engel olacak mekanizmalar bu bölümün sonunda, "Başvuruların Kayda Alınması Prosedüründe Değişiklik Bakımından" ve "Genel Sekreterin Başvuruyu Reddetme Yetkisi Bakımından" başlıkları altında açıklanmıştır.

¹⁰⁹ Akıncı, "Yurt Dışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s. 280.

¹¹⁰ Egemen Demir, s. 198.

(*sahte yatırımcı*) arkasına çeşitli amaçlar ve yöntemlerle gizlenmektedir. Yatırıma ilişkin riskleri alan ve gerçek anlamda yatırım faaliyetini başlatan ya da devam ettiren kişi yatırımcı olarak gizlenmekte onun yerine başka bir gerçek ya da tüzel kişi yatırımcı olarak görünmektedir.¹¹¹

Gerçek yatırımcı, yatırıma konu esas sermayeye sahip olan kar ve zararı üstlenen, ancak ev sahibi devlette yatırımı ile ilgili olarak hiçbir evrakta kaydının bulunmadığı gerçek ya da tüzel kişidir.¹¹²

Gerçek yatırımcı, ev sahibi devlet vatandaşı olduğu için, ICSID tahkimine başvurma hakkı yoktur. Eğer vatandaşı olduğu devletin yasadışı eylemleri ile zarara uğradığını iddia ediyor ve giderilmesini talep ediyorsa ev sahibi devlette iç hukuk yollarına başvurmalı, yerel mahkemelerde dava açmalıdır.¹¹³ Bunu yapmak istemeyip Sözleşmenin korumasından yararlanmak isteyen gerçek ya da tüzel kişiler Sözleşmeye taraf diğer bir akit devlet vatandaşı gerçek ya da tüzel kişi ile anlaşarak, Saba Fakes tahkimi örneğinde olduğu gibi yatırımlarını onlara devretmiş gibi yapmışlar ya da Libananco tahkimi örneğinde olduğu gibi onlara hisse devri yapılmış görüntüsü vermişlerdir.

Görünürdeki yatırımcı, gerçek yatırımcıyı gizlemek amacıyla evraklar üstünde yatırımın sahibi gibi gözükse de gerçekte yatırıma sahip olmayan, ev sahibi devlet dışında diğer bir akit devletin vatandaşı, gerçek ya da tüzel kişidir. Gerçek yatırımcı ile aralarında danışıklı bir ilişki vardır. Yani, ikisi arasında muvazaa anlaşması mevcuttur. Görünürdeki yatırımcı yatırımın asıl sahibi değildir. Asıl sahibinden de gerçekten yatırımı devralma kastı yoktur. Ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunmaz, risk unsurunu gerçekleştirmez. O sadece gerçek yatırımcının kuklasıdır. Gerçek ve görünürdeki yatırımcının ortak amaçları, ICSID Sözleşme hükümlerinin lafzi kısmına uyarken Sözleşmenin amacına aykırı davranmaktır.¹¹⁴

Bu konuyla ilgili olarak, ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi kişi bakımından yetki kurallarını düzenlemiş, ev sahibi devlet vatandaşları ve akit olmayan devlet vatandaşlarının ICSID'e başvuramayacaklarını belirtmiştir. Bu açık yetki kuralına rağmen kişilerin ICSID'e başvurmaları durumunda başvuruları reddedilir. Bu sebeple ICSID'e ilişkin yetki engellerinin arkasından dolanmak amacıyla gerçek yatırımcı sahte yatırımcının arkasına gizlenebilmektedir. "*Ev sahibi devlet dışında, diğer akit ülke tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi vasıtasıyla yatırım yapmakta, böylece yatırımları yapan gerçek sermayedar kendisi olmakla birlikte "yatırımcı" olarak başkası görünmektedir. Yatırımın riski ve karı aslında görünürdeki yatırımcıya değil; gerçek yatırımcıya aittir. Bu durumda gerçek yatırımcı ile görünürdeki yatırımcı arasındaki iç ilişki bakımından yatırımların görünürdeki yatırımcıya devri amacından söz etmek mümkün değildir.*"¹¹⁵ Saba Fakes, Libananco ve Cementownia tahkimlerinde olduğu gibi gizli yatırımcı ile sahte yatırımcı

¹¹¹ Egemen Demir, s. 198.

¹¹² Egemen Demir, s. 201.

¹¹³ Egemen Demir, s. 202.

¹¹⁴ Egemen Demir, s. 204,219.

¹¹⁵ Egemen Demir, s. 198.

arasında yatırımların gerçekten devri amacı yoktur. Taraflar arasında hileli işlemler mevcuttur. Ancak sorun, ICSID ve iyi niyet kuralının arkasından dolanıp, hileli işlemlerle tahkim başvurusu yapılması ve yetkiye ilişkin kuralların bertaraf edilmesi durumunda problemin çözümünde anahtar olacak ICSID kuralının mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁶

3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, gerçek yatırımcının ortaya çıkarılması için kullanılan bir yöntemdir.¹¹⁷ Şirketin ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliği olduğunun bir süre için bir kenara bırakılması ve şirketin borçları için ortaklara, ortakların borçları için şirkete gidilebilmesidir.¹¹⁸ Görünürdeki yatırımcı ICSID korumasında olsa da gerçek yatırımcı ICSID korumasında değilse Sözleşmeden yararlanması engellenecektir.¹¹⁹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düz, ters ve çapraz kaldırma olmak üzere üç çeşittir.¹²⁰ Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması; tüzel kişinin borcundan ortak ve yöneticilerin de sorumlu olmasıdır.¹²¹ Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması; ortaklardan alacağı olan kişilerin şirkete başvurabilmesini ifade eder.¹²² Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması; ana şirketin borcundan olayı iştiraklere/bağlı şirketlere, iştiraklerin/bağlı şirketlerin borçlarından dolayı ana şirkete ve bir iştirakin/bağlı şirketin borcundan dolayı önce ana şirkete ve oradan da diğer iştirake/bağlı şirkete başvurulabilmesini ifade eder.¹²³

Tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı ihtimallerde kötüye kullanma teorisi uygulama alanı bulabilmektedir. Tüzel kişinin yardımı ile hukuk kurallarının ihlal edildiği, üçüncü kişilerin haksız olarak zarara uğratıldığı hallerde kötüye kullanımın varlığının kabulü kaçınılmazdır. Hile, hakkın

¹¹⁶ Egemen Demir, s. 184.

¹¹⁷ Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku II. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 98,99.

¹¹⁸ Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 16.; Egemen Demir, s. 208.; Şahin Akıncı, Elverişlilik ve Yargıtay Uygulamaları s. 660. <https://doi.org/10.15337/suhfd.659984> (25.06.2020),; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 17.; Doğan Kütükçü, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2009, Sayı 63-64, s. 105.; Emrullah Kervankıran, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı 3-4, Yıl 2007, s. 453.

¹¹⁹ Egemen Demir, s. 208.

¹²⁰ Esen, s. 17,18.

¹²¹ Esen, s. 17.; Akıncı, Elverişlilik ve Yargıtay Uygulamaları, s. 663.; Yanlı, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 37.

¹²² Esen, s. 17,18.; Akıncı, s. 663.; Yanlı, s. 38.

¹²³ Esen, s. 18,19.; Akıncı, s. 663.; Yanlı, s. 40.

kötüye kullanımı, (bona fides) iyi niyetle davranma yükümlülüğüne aykırı davranılmışsa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir.¹²⁴ Bu kural hilenin, hakkın kötüye kullanımının doğal sonucudur.¹²⁵

Tüzel kişinin mallarının, onu yöneten kişilerin mallarından ayrı olmasına ayrılık prensibi denir. Ayrılık prensibinin ihlali tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerekli kılar.¹²⁶ Ayrılık prensibinin ihlal edilmesi, mal varlıklarının birbirine karışması; hangi malın kime ait olduğunun tespit edilememesine neden olur. Bu hallerde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortaklık borçlarından şahsen sorumluluk amaçlanır.¹²⁷ Alanların birbirine karışması halinde; ortaklık malvarlığı ile ortakların mal varlığı alanları birbirine karışır ve üçüncü kişiler dışarıdan bakınca bunu ayırt edemezler.¹²⁸ Alacaklıları zarara uğratmak maksadıyla tüzel kişilik bilinçli olarak kötüye kullanılmışsa, kurumsal kötüye kullanmanın varlığı kabul edilir.¹²⁹ Tüzel kişilik hukuka aykırı amaçla hareket ederse ya da üçüncü kişileri zarara uğrattırsa önceki tüzel kişilik statüsü tespit edilecektir.¹³⁰

TSA Spectrum v. Arjantin tahkiminde (ICSID Case no ARB/05/05) ICSID tahkimine başvurabilmenin şartlarından olan davacının yabancı bir akit devlet vatandaşı olma şartını yerine getirip getirmediğini anlamak amacı ile davacı şirketin yabancı kontrol altında olup olmadığının tespiti için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir.¹³¹ Bu karar ile ICSID tahkiminde ilk defa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilmiştir.¹³²

Libananco ve Cementownia tahkimlerinde tüzel kişiliğin ICSID yetki kurallarının arkasından dolaşmak için kullanıldığı ortadadır. Buna rağmen hakem heyetleri tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermemiştir. Öncelikle kişi bakımından yetkinin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde tüzel kişiyi kimin kontrol ettiğinin ortaya çıkarılması için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekirken bunun yapılmaması hatalı olmuş ve tahkim sürecinin uzamasına sebep olmuştur.

Libananco ve Cementownia tahkimlerinde muvazaa vardır. Gerçek yatırımcı olan Uzanlar görünürdeki yatırımcı olarak kullanılan şirketlerin arkasına gizlenmiştir. Tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında söz konusu iki tahkimdeki muvazaa ortaya çıkacak ve işlemlerin arkasında Uzanların

¹²⁴ İzmir 4. Asliye Tic.Mah.2002/843 E. ve 2005/64 K. sayılı kararı. Mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırırken TMK.2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına ve dürüstlük kuralına dayanmıştır, Egemen Demir, s. 209,210.

¹²⁵ Esen, s. 19,20.; Jose Maria Lezcano Navarro, Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence, Routledge, 2016, s. 12, 15,16.

¹²⁶ Esen, s. 33.

¹²⁷ Michala Rudorfer, Piercing the Corporate Veil, Grin Verlag, 2006, s. 3-5.

¹²⁸ Egemen Demir, s. 209.

¹²⁹ Lucas Bergkamp, Liability and Environment, Kluwer Law International, 2001, s. 307-314.

¹³⁰ Esen, s. 52.

¹³¹ TSA Spectrum v. Arjantin Kararı, s. 39-47.

¹³² Egemen Demir, s. 214.

olduğu görülecektir. Bu şekilde başkaca işlemlere gerek olmadan kendi ülkesi aleyhine ICSID'e başvurma yasağı nedeniyle süreç sona erdirilebilecektir. Tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında ICSID yetki kurallarının kötüye kullanımı engellenecektir.

4. Onayın Geri Alınması, Çekilme ve Fesih Kavramları

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Taraflar bir kere onay verdikten sonra tek taraflı olarak onayı geri almaları mümkün değildir*”. ICSID Tahkim Kurallarının 43. ve 44. maddelerinde onayın geri alınması için şartlar öngörülmüştür. Bu maddelere göre; “*Taraflar anlaşırca ya da bir tarafın prosedürlerin tek taraflı olarak devam etmemesi talebine karşı diğer tarafın itiraz etmemesi halinde tahkim sona erdirilebilir.*”¹³³ Onay verilince istisnalar hariç Merkez yetkili hale gelir.¹³⁴

Sözleşme'nin 71. maddesi fesih konusunu düzenlemiştir. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmede verilen onaydan, tahkim klozlarının esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi sebebiyle tek taraflı fesih ile vazgeçmek mümkün değildir. Onayın kaynağının iç hukuk olduğu durumlarda mevzuat değiştirerek, yatırımcı onayı kabul edene kadar bu onaydan dönülebilir. Yatırım izniyle onay verilmişse, mevzuat değişmeden önce yatırımcı onay vermişse, mevzuat değişse bile onay o yatırımcı için geçerlidir. İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşması ile onay verildiği hallerde yatırımcının onayı kabulünden önce anlaşmanın feshi ile onay sona erdirilebilir. Ancak uygulamada genellikle iki taraflı yatırım anlaşmasında, anlaşma son bulsa bile 10-15 yıl daha yürürlükte kalacağına ilişkin hükümler olabilmektedir. Bu süre içinde anlaşma son bulsa bile ev sahibi devlet için bağlayıcı olmaya devam etmektedir.¹³⁵ Çekilme ancak henüz başlamamış yatırımlar ve Sözleşmede belirtilen süreden sonra ICSID'in yetkisini kaldırır.¹³⁶

ICSID Sözleşmesinin 71. maddesi “*fesih bildiriminden 6 ay sonra yürürlüğe girer*” 72. maddesi de “*fesih bildirimi ulaşılmadan önce doğan hak ve yükümlülükler fesih bildiriminden etkilenmez.*” Demektedir.¹³⁷

Çalışmamıza konu olan Saba Fakes ve Libananco davalarında, Türkiye aleyhine talep edilen toplam tazminat 29,1 milyar Amerikan dolarıdır. Her

¹³³ Yılmaz, İhlam, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 69.; Fouret, Julien, Remy Gerbay, Gloria M. Alvarez, The ICSID Convention Regulations and Rules, Edward Elgar Publishing, 2019.

s. 1205,1206.; Lucy Reed, Jan Paulson, Guide to ICSID Arbitration, 2 nd Edititon, Kluwer Law International, 2011, s. 147,148.

¹³⁴ Yıldırım, Aslı, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 297.

¹³⁵ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 69-71.

¹³⁶ Yıldırım, s. 301.

¹³⁷ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 900.; Schreuer, s. 141.; Krista Nadakavukaren Schefer, International Investment Law, 3 rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020, s. 1205-1206.

iki davada da gerçek yatırımcı olmayan kötü niyetli davacıların tahkime başvurduğu ICSID hakem kararları ile kanıtlanmıştır. Kötü niyetle açılmış başka tahkim davaları da bulunmaktadır. Ancak derdest olan davalarda çekilmek yukarıda açıkladığımız nedenlerle bir sonuç vermez.¹³⁸

5. Tahkimde Onayın Sınırlandırılması ve Çekince (Rezervasyon), Bildirim (Notifikasyon) Kavramları

Çekince (rezervasyon), anlaşmayı imzalayan devletin, anlaşmayı imzalarken ya da onaylarken anlaşmanın hangi maddelerinin, hangi konularının kendisine uygulanmayacağını ya da hangi şartlar altında uygulanabileceğini belirttiği ibarelerdir.¹³⁹ Sözleşme'nin 25. maddesinin 4. fıkrası bildirimlerle ilgili olup "*Kabul ya da onay anında veya onaydan sonra herhangi bir zamanda herhangi bir akit devlet hangi anlaşmazlıkları Merkez'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkeze bildirebilir. Genel Sekreterlik, bu bildirim tüm taraf ülkelere gönderecektir. Bu bildirim 1. paragraftaki gerekli görülen rızayı oluşturmaz.*" demektedir.

Akit devletin verdiği onay, Sözleşme'nin 25. maddesinin 4. fıkrasına göre devletin yapacağı bildirimden etkilenmez.¹⁴⁰ Alcoa Minerals of Jamaica davasında,¹⁴¹ hakem heyeti bildirim, bildirimden sonraki yatırımcılara karşı ileri sürülebileceğine hükmetmiştir.¹⁴² İcra direktörleri raporunun 31. paragrafında bildirim konusu düzenlenmiştir. Rapora göre; hangi tür uyuşmazlıkları merkezin yetkisine sunacağına ilişkin bildirim ya da hangi tür uyuşmazlıkların merkezin yetkisine dahil olmayacağına ilişkin bildirim yalnızca bilgi amaçlıdır.¹⁴³ Bu bildirim onay veya onayın sınırlandırılması değildir.¹⁴⁴ Bildirimi, çekince kavramı ile karıştırmamak lazımdır. Bildirim istenildiğinde yapıp istenildiğinde geri alınabilir.¹⁴⁵ Devlet bir konuyu ICSID tahkimine tabi tutmayacağına ilişkin bildirimde bulunmuş bile olsa onayla Merkezi bu konular için yetkili kılması mümkündür.¹⁴⁶ Bugüne kadar Türkiye, Çin, Guetemala gibi birçok devlet bildirimde bulunmuştur. Türkiye'nin 03.03.1989 tarihli bildirim: "*... yalnızca yabancı sermaye konusunda Türkiye Cumhuriyeti ilgili mevzuatına göre ve fülen başlamış olan gerekli izni almış*

¹³⁸ Yıldırım, s. 301.; Cristoph Schreuer, "Denunciation of the ICISD Convention and Consent to Arbitration", *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, s. 355.

¹³⁹ Yıldırım, s. 301.

¹⁴⁰ Schreuer, s. 342.

¹⁴¹ ICSID Case No. ARB/74/2

¹⁴² Yılmaz, İlham, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, s. 71,72.

¹⁴³ İcra direktörleri raporu için bkz.

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/staticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#05> (30.03.2020)

¹⁴⁴ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 216.

¹⁴⁵ Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, s. 73.

¹⁴⁶ Tony Cole, *The Structure of Investment arbitration*, Routledge, 2013, s. 30-33

olan yatırım faaliyetlerinden doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıklar Merkezin yargı yetkisine tabidir. Ancak, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tamamıyla Türk mahkemelerinin yargı yetkisindedir.”¹⁴⁷ şeklindedir.

Bu bildirimden sonraki tarihte yabancı yatırımlarda izin kaldırıldığından Merkez’in yetkili olması için gerekli tek şart olarak yatırım mevzuatına uygun şekilde hukuki örgütlenmesini tamamlamış olmak kalmıştır.¹⁴⁸ Türkiye, Danimarka ve Kore ile imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarında taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkları yatırım olarak kabul etmiş ve Merkezi yetkilendirmiştir.¹⁴⁹ Bu anlaşmaya bir yatırımcı tek taraflı olarak onay verince anlaşmadan tek tarafı olarak geri dönülmesi mümkün olmayacaktır.

Merkezin yetkisi ve 1989 tarihli bildirimle ilgili Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika arasındaki İTYA’ya dayanan PSEG ve Türkiye tahkimi çok önemli bir örnek teşkil etmektedir. Türkiye, diğer itiraz sebeplerinin yanında 1989 tarihli bildirimini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Bu bildirim “Türkiye ile Amerika arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının sınırlarını göstermektedir”¹⁵⁰ iddiasında bulunmuştur. Bildirim anlaşmanın onay tarihine göre önceliklidir. Amerika anlaşmayı onaylarken bildirim farkında olarak onaylamıştır. Ancak hakem heyeti bu itirazları reddetmiştir. Bildirimlerin onaya bağlı olduğunu, devletlerin bildirim ile bağlı olmadığını, devletlerin dilerse farklı yönde onay verebileceklerini kararında belirtmiştir.¹⁵¹ Hakem heyeti kararında; beyanların sözleşmenin hükümlerini değiştirmeyeceği, beyan veren devletin fikrini ifade imkânı getirdiği, bir hakkın doğumu imkanı vermeyeceği,¹⁵² Sözleşmenin 25. maddesinin 4. fıkrasının yazılması sırasındaki kayıtlarda ve icra direktörleri raporunda açıkça belirtildiği üzere, “onay ile onaydaki uyuşmazlığı hariç tutan bir bildirim arasındaki ihtilafta onaya üstünlük tanıyacağını”¹⁵³ belirtmiştir.

¹⁴⁷ R.G. 02.06.1988, Sa. 19830, ICSID Konvansiyonunun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanunun I. maddesi.

¹⁴⁸ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 75.

¹⁴⁹ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 76.

¹⁵⁰ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 76.

¹⁵¹ Karar için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> (30.03.2020) s. 38-41.

¹⁵² Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 77,78.

¹⁵³ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 78.

D. ICSID TAHKİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Çekinme Koyma (Rezervasyon) Bakımından

Çekinme ile ilgili tüm konular 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde belirlenmiştir. Bu sözleşmenin 19. maddesinin a) fıkrası, anlaşmada çekince konulması için bir yasaklama yoksa çekince konulabileceğini belirtmektedir. ICSID Sözleşmesi daha önce de belirttiğimiz gibi, 25. maddenin 4. fıkrasında akit devletlere bu yetkiyi vermektedir. Bu yetkiye istinaden Türkiye iki çekince koymuştur.¹⁵⁴

İlk çekince, Türkiye ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların, münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁵

Diğer çekince ise, ICSID Sözleşmesi 64. maddesi ile ilgili olup, uyuşmazlığın taraflar arasında yapılacak müzakereler yoluyla çözülebileceğini belirterek, müzakerelerin neticesiz kalması halinde çözüm için üçüncü bir tarafa (Lahey Adalet Divanı) başvurulmayacağı kaydı konulmuştur.¹⁵⁶

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 20. maddenin 3. fıkrasına göre, uluslararası bir kuruluşun kurucu araçlarından olan anlaşmalarda çekince (rezervasyon) koymak için rezervasyonun kuruluşun yetkili organının onayına sunulması gerekmektedir.¹⁵⁷

Tahkimde en çok sorun yaşadığımız alanlarda, örneğin enerji şartı ile ilgili olarak çekince koymak teoride mümkün gibi gözükür. Ancak bahsettiğimiz sebeplerle ve çekincelerin kuruluşun yetkili organının onayına sunulması prosedürü nedeniyle çekince koymak pratikte bir sonuca ulaşmayacaktır kanaatindeyiz.¹⁵⁸

2. ICSID ile İlgili Hükümlerin Değiştirilmesi Bakımından

Sözleşmenin 65. maddesinin 1. fıkrası “*akit devletlerden her biri konvansiyonun değiştirilmesini önerebilir*” diyerek değişiklik için bir yol açmıştır. Değişiklik talep eden akit ülke bunu yazılı olarak Genel Sekreter’e iletecek, Genel Sekreter de İdari Konseyi bilgilendirecektir.

Sözleşmenin 66. maddesinin 1. fıkrasına göre; Konseyde 2/3 çoğunluk sağlanarak değişiklik talebinin kabul edilmesi halinde, Sözleşmeye taraf tüm devletlerin kabul veya onayına sunacaktır. Değişiklik kabul edilirse, değişikliğin tüm üye devletlerce teyit, kabul veya onaylandığının Dünya Bankasınca sözleşmenin taraflarına bildirilmesinden 30 gün sonra yürürlüğe girer. Daha önce doğmuş hak ve yükümlülükler bundan etkilenmeden

¹⁵⁴ Yıldırım, s. 302.

¹⁵⁵ Yıldırım, s. 302. ve ICSID Sözleşmesi m. 25/4.

¹⁵⁶ Yıldırım, s. 302,303. ve ICSID Sözleşmesi, m. 64.

¹⁵⁷ Yıldırım, s. 302.

¹⁵⁸ Gharavi, “Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye’nin İkilemi”, s. 314.

devam edecek, kabul ve onaydan sonraki uyuşmazlıklar için değişiklik uygulamaya girecektir.¹⁵⁹

Yukarıdaki madde hükümleri uyarınca başvuruların kayda alınması prosedüründe değişiklik yapılması ve teminat gösterilmesi hususunun ICSID Sözleşmesi'ne eklenmesi ile bundan sonra yapılabilecek kötü niyetli başvurular neticesi Türkiye'nin ve diğer devletlerin maruz kalacağı riskin azalacağı kanaatindeyiz.

a. Başvuruların Kayda Alınması Prosedüründe Değişiklik Bakımından

Davacı tarafın sunduğu belgelerde ilk incelemeyi yapan Genel Sekreterin Sözleşme'nin 36. maddesindeki uyuşmazlık başvuruları için ön inceleme yapma yetkisi ile zaman ve paradan tasarruf edilmektedir.¹⁶⁰ Bu yetkiyi genişleterek, gerçek yatırımcı olmayan kişilerin taleplerini en baştan hiç ICSID'e kaydetmeden reddetme yetkisi de Genel Sekretere verilmelidir. Bu durum devletleri maddi tacizden kurtarma, haksız dava masrafı ve yüksek avukatlık ücretinden korumada da önemli bir çözüm oluşturacaktır. Zira bazen haklı sebeplerle davalar açılmakta ise de ICSID tahkiminde Türkiye aleyhine genellikle bezdirme amacıyla ve kötü niyetli başvurular yapılmakta ve böylece Türkiye zarara uğratılmak istenmektedir.¹⁶¹ Buna ilaveten tescilden önce taraflardan detaylı açıklama istenmesi kötü niyetin tespitinde etkili bir yol olacaktır kanaatindeyiz.

b. Teminat Gösterilmesi Bakımından

ICSID İdari ve Finansal Düzenlemeleri 16. maddeye göre başvuru ücretini yatırmadan Genel Sekreterlik dava kaydını yapmayacaktır. Kötü niyetli başvuruçular 25.000 ABD doları olan başvuru ücretini ödeyerek devletleri milyarlarca dolarlık haksız davalarla meşgul etmekte ve çok pahalıya mal olan dava masrafı ve avukatlık ücretleri ile baş başa bırakmaktadır.

Teminat ICSID sözleşmesinde düzenlenen bir konu değildir. Ancak ICSID korumasından yararlanmak isteyen kötü niyetli davacıları caydırmak için talep ettikleri tazminat miktarı ile orantılı ya da maktu bir teminat talep etmek bir çözüm olabilir¹⁶² kanaatindeyiz. Teminatın, Genel Sekreter tarafından talep edilecek detaylı açıklamalar neticesinde Genel Sekreterliğin tatmin olmadığı durumlarda talep edilmesi de bir alternatif olarak düşünülebilir.

¹⁵⁹ Yıldırım, s. 303.

¹⁶⁰ Terzi, s. 823.

¹⁶¹ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 311.

¹⁶² Yıldırım, s. 305.

3. İkili Yatırım Anlaşmalarının Tekrar Düzenlenmesi Bakımından

İkili anlaşmalarda yeniden düzenleme yapılarak, ilgili bakanlıkların görüşünün alınması kaydının düşülmesi, ICSID tahkimi yanında alternatif çözümler önerilmesi ya da iç hukuk yollarının tüketilmesinin bildirim olarak kalmayıp İTYA'lara dercedilmesi düşünülebilecek çözüm önerileri alternatifleri arasındadır. Bu alternatifi hayata geçirmek diğer akit devletlerle uzlaşmayı sağlamak açısından zor olmakla birlikte yaşanan ICSID karmaşasına son vermek için iyi bir çözüm olabilir kanaatindeyiz.

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımın ilgili bakanlık tarafından onaylanmış olması şartı getirilmelidir. Bu sayede sadece ev sahibi devletin onayladığı anlaşmalarda tahkime başvuru yapılabilecektir. Ayrıca bu anlaşmalarda yatırım ve yatırımcı tanımının çok dikkatli bir şekilde yapılması, yatırım sayılmayacak işlerin ayrıntısı ile belirlenmesi gerekmektedir ve ikili yatırım anlaşmalarında hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidileceği ayrıntılı bir şekilde yazılmalı ya da ayrıca tahkim sözleşmesi yapılmalıdır.¹⁶³

Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) yatırımların teşviki ve korunma sözleşmesi 2. maddesinde sözleşme kapsamında korunan yatırımları "*ev sahibi ülke tarafından yazılı olarak onaylanan ve tescil edilen ve bu koşullar ile bu sözleşmenin kapsamı için uygun görülen yatırımlar*" ile sınırlandırmıştır. Türkiye ile İran arasındaki İTYA'da da böyle bir madde bulunmaktadır.¹⁶⁴

Daha önce imzaladığımız ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarını bu şekilde yeniden düzenlemek yararımıza olacaktır. Nota teatisi yöntemi ile bu sözleşmelerde değişiklik yapılabilir.¹⁶⁵

4. Fesih Önerisi Bakımından

a. ICSID Sözleşmesinin Feshi

Bolivya Cumhuriyeti 2007 yılında,¹⁶⁶ Venezüella'da 2012 yılında¹⁶⁷ ICSID sözleşmesini feshetmiştir. Fesih bir seçenek olmakla birlikte sorunları

¹⁶³ Hamid Gharavi, "Türkiye'nin Tahkim Performansı", Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İstanbul 2012, s. 141.

¹⁶⁴ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 314.

¹⁶⁵ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 315.

¹⁶⁶ Filippo Fontanelli, Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration, Brill Publishing, 2018, s. 192.; <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁶⁷ Federica Cristani, "Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries", International Investment Law in Latin America, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 193,194.;

çözecek akıllıca bir seçenek değildir. Tahkim riskini sona erdirmez. Sorun sadece ICSID'den kaynaklanmamaktadır. İkili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcılara tahkim maddeleri ile imkânlar sunulmasından kaynaklanmaktadır. ICSID Sözleşmesinin feshi bildiriminde bulunulsa bile bununla önceki tarihli taahhüt ve yatırımlardan ötürü sorumlu kalmaya devam edileceği gibi¹⁶⁸ diğer tahkim türleriyle de aynı sorunların yaşanacağı, aynı risklerin devam edeceği aşıkardır. Sözleşmenin feshi uluslararası planda Türkiye'nin itibarını zedeler, Türk yatırımcısının yurt dışında yapacağı yatırımları tehlikeye sokar ve Türk yatırımcılar Sözleşmeyle sağlanan korumalardan yararlanamazlar.¹⁶⁹

Türkiye, yabancı yatırımları çekelim derken girdiği bu yolda milyarlarca dolar tazminat riskli davalar, yüksek masraf ve avukatlık ücretleri ile karşı karşıya kalmıştır. Bu durumda ICSID'den ayrılma bir seçenek olabilir ancak çok iyi düşünülmesi gereken bir konudur. Olumlu ve olumsuz yanları beraber ele alınmalıdır. Öyle ki Türk yatırımcıları da ilgili ikili yatırım anlaşmaları ile yurt dışında yatırım yapmıştır ve yapmaya devam etmektedir. Risk durumlarında ICSID korumasından yararlanmaktadır. Olası bir ayrılma durumunda onların da korumasız kalacakları unutulmamalıdır. Örneğin Türkiye-Kazakistan arasındaki yatırım anlaşmasına göre Kazakistan'a dava açan Türk yatırımcı 160 milyon ABD doları tazminata hak kazanmıştır.¹⁷⁰ Ayrıca daha önce belirttiğimiz gibi ayrılmak mevcut ve olası riskleri ortadan kaldırmayacak, Bolivya örneğinde belirttiğimiz gibi, ilgili süreler boyunca Türkiye'nin sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle ICSID Sözleşmesinin feshinin doğru olmadığı ve sorunların çözümü için yeterli olmayacağı kanaatindeyiz.

b. İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi

Ekvator 2008 yılında imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarından 9 tanesini feshetmiştir.¹⁷¹ Bu sözleşmeler her ne kadar feshin yürürlüğe gireceği tarihten sonraki yatırımlarda çıkacak uyuşmazlıklar için ICSID ve diğer kurullarda tahkim riskini kaldıracaksa da fesihden önceki yatırımların risklerini ortadan kaldırmayacaktır. Ancak ICSID Sözleşmesi'nin feshinde

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2012%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁶⁸ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 900.; Schreuer, s. 141.; Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law*, 3rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020

¹⁶⁹ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 312,313.

¹⁷⁰ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 311.; Ziya Akıncı, *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, Juris Publishing, 2011, s. 236,237.

¹⁷¹ Peter Muchlinski, "Trends in International Investment Agreements, 2008/2009", *Yearbook of International Investment Law & Policy, 2009-2010*, Oxford University Press, s. 43.; https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf (02.04.2020)

belirttiğimiz sebeplerle, ikili yatırım anlaşmalarının feshi de doğru bir çözüm değildir.¹⁷²

Bolivya, 2007 yılında Sözleşmeden çekilme bildiriminde bulunmuştur.¹⁷³ Ancak bu bildirim ulaşmasından önce doğan hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceğine ilişkin Sözleşmenin 72. maddesi uyarınca yaptığı ikili yatırım anlaşmalarından kaynaklanan Bolivya'nın sorumluluğu devam etmektedir.¹⁷⁴ Bolivya bu anlaşmaları değiştirmeli, ICSID onayını her ülke için kaldırmalı ve bunu akit devletlere tek tek kabul ettirmelidir.¹⁷⁵

5. Genel Sekreterin Başvuruyu Reddetme Yetkisi Bakımından

ICSID Sözleşmesinin 36. maddesinin 3. fıkrası başvurunun ICSID yargı alanına girip girmediği hususunda Genel Sekreterin denetleme yetkisini düzenlemektedir. Genel Sekreterin başlangıçtaki inceleme yetkisi sadece yargı yetkisi ile ilgili olup esasa dair inceleme yapamaz. Genel Sekreter ICSID'in yargı yetkisi dışında olmayan ve dayanaksız olan başvuruları kabul etmek zorunda kalırsa başvuruyu esasa kaydedecek, hakem kurulu oluşacak ve ev sahibi devletler kötüye kullanılma riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Kötüye kullanılma ihtimalini engellemek için Genel Sekreterin başvuruyu reddetme yetkisi kuvvetlendirilmeli ve daha etkin hale getirilmelidir. ICSID'in kötüye kullanılma ihtimaline karşı hakem kurulu oluştuktan sonra ileri aşamalara geçilmeden davayı kısmen ya da tamamen reddetme ihtiyacı ortaya çıkmış bunun üzerine seri muhakeme usulü kurumu doğmuştur.¹⁷⁶

6. ICSID Tahkiminde Seri Muhakeme Usulü Bakımından

ICSID Tahkim Kuralları 41. madde 5. fıkrada ve Ek mekanizma kuralları 45. madde 6. fıkrada tanımlanmış olan Seri Muhakeme Usulü ile; hakem kurulu oluştuktan sonra 30 gün içinde ve ilk oturumdan önce taraflar iddianın "açıkça hukuki dayanaktan yoksun" olduğu itirazında bulunabilirler. Bu sayede daha yargılamanın başında esasa girilmeden mesnetsiz iddiaları hakem kurulu kısmen ya da tamamen reddedebilmektedir. Açıkça ifadesi ilk bakışta anlaşılabilirliği ifade eder.¹⁷⁷

¹⁷² Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 313.

¹⁷³ Fontanelli, s. 192.;

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁷⁴ Cristani, "Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries", s. 193,194.

¹⁷⁵ Yıldırım, s. 307.

¹⁷⁶ Terzi, Burak, "ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü", MHB, C. 37, S. 2, Aralık 2017, s. 823,824.

¹⁷⁷ Trans-global Petroleum, INC v The Hashemite Kingdon of Jordan (ICSID Case No:ARB/07/25); Terzi, s. 826.

İtiraz için 30 günlük süre belirlenmiştir. Tahkim Kuralları 41. madde 5. fıkrada hakem kurulu itirazın sunulmasından sonra ilk oturumda ya da ilk oturumdan sonra ivedilikle karar verir hükmü yer almaktadır. Brandes v. Venezüela davasında¹⁷⁸ heyet 4 günde karar vermişken, Globex v. Ukraine davasında¹⁷⁹ heyetin karar vermesi 147 gün sürmüştür. Heyetin karar vermesinin çok zaman alması seri muhakeme usulünün amacına uygun değildir.¹⁸⁰ Hakem heyeti tarafların iddiaları hakkında hukuki olarak inceleme yapmakla mükelleftir.¹⁸¹ Ancak bunun için iddiaların ilk görünüş olarak kabule uygun olması gerekir.

Seri muhakeme usulünün ICSID davalarında kullanımı son yıllarda artmış, 33 davada uygulanmıştır.¹⁸² Libananco tahkiminde davacı seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep etmişse de heyet bu talebi reddetmiştir. Dayanaktan yoksun iddiaların yargılamanın en başından reddedilmesi amacını taşıyan bu iyiniyetli uygulamanın yargılamaya ek bir usul daha getirmiş olması memnuniyet vericidir. Ancak bu uygulamanın kötüye kullanılabilmesi, yargılamayı uzatabileceği ve masrafları arttırabileceği de hakem heyetlerince dikkate alınmalı ve kötüye kullanımına müsaade edilmemelidir.¹⁸³

E. ICSID TAHKİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARIN BU ÇALIŞMADA İNCELENEN TAHKİMLERE YANSIMASI VE ÖNERİLERİMİZ

Uzan bağlantılı tahkimler ICSID literatürüne geçen kötü niyetli ve kurgulanmış dava örneklerindedir. Uzanlar, Libananco tahkiminden elde ettikleri tecrübe ile Saba Fakes tahkimini farklı bir biçimde kurgulamışlar, bu tahkimi Türk vatandaşı olmayıp diğer bir akit devlet vatandaşı olan gerçek kişi marifetiyle açmışlardır. Bu durum, bize göstermektedir ki; kötü niyetli kişiler ICSID kurallarının arkasından dolanmanın yeni yollarını denemektedirler.

Başvuruya konu rakamlar değerlendirildiğinde, 2006 yılında Libananco tahkiminde talep edilen 10,1 milyar Amerikan doları ve 2007 yılında Saba Fakes tahkiminde talep edilen 19 Milyar Amerikan doları tazminatın afaki olduğu aşıkarken, başvuruların bu bedeller üzerinden tescil edilmesi de anlaşılabilir değildir.

Talep edilen tazminat bedellerine göre nisbi oranlı harç uygulaması düşünülebilecek seçenekler arasında olmalıdır. Bu seçenek değerlendirilirken başvuruya engel olmamak kriteri de göz önünde bulundurulmalıdır. Kötü niyetli kişilerin zengin olmak niyetiyle gelişmekte

¹⁷⁸ ICSID Case No. ARB/12/22

¹⁷⁹ ICSID Case No. ARB/09/11

¹⁸⁰ Terzi, s. 836.

¹⁸¹ Terzi, s. 833.

¹⁸² <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx> (27.04.2020)

¹⁸³ Terzi, s. 822-840.

olan ülkeleri tahkim riskiyle karşı karşıya bırakmasına karşı nisbi harç ve başvuruya engel olmama kriterlerini de karşılayacak bir mekanizma geliştirilmelidir.

Her ne kadar uluslararası sözleşmeler ve kurumlar iyi niyet dikkate alınarak kurgulanmış olsa da, bu kurum ve anlaşmalar için kötüye kullanımı engelleyecek bir sigorta mekanizması oluşturulmalıdır.

Gelişmekte olan ülke yargılamalarına karşı olan önyargılı yaklaşımdan mı yoksa gelişmekte olan ülkelerin yatırımcıları zarara uğrattığı kabulünden mi kaynaklandığını tam anlayamadığımız bu yaklaşımların defalarca, açıkça ve birçok belgeyle desteklenerek yapılan tescil edilmeme/reddedilme başvurularına rağmen tescil edilmesi sistemsel bir hatayı ortaya koyması açısından önemlidir. Bu hatanın başvuru hakkı veya yatırımcının korunması kapsamında değerlendirilmeye çalışılması doğru değildir. Gelişmiş ülkelere karşı yapılmaları halinde tescil edilmemesi yüksek ihtimal olan -Uzan örneğindeki gibi- kötü niyetli başvuruların gelişmekte olan ülkelere karşı yapıldığında tescil edilmesi kurum içinde tescil açısından bir uygulama birliği olmadığını ortaya koymaktadır.

ICSID sisteminin, profesyoneller, hakemler ve hukukçular tarafından gelir kaynağı gibi görülmesi, süreç sonunda reddedilmesi çok büyük bir olasılık olan başvuruların dahi tescil edilmesinin sebeplerinden birisi olabilir. Kısa sürdüğü için tercih edilen tahkim yargılamasının uzun yıllar devam etmesi gelir kaynağı gibi görülme eleştirilerini beraberinde getirmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmanın sonuçları, uluslararası tahkim ve ICSID (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi) tahkim süreci kapsamında Türkiye'nin yaşadığı deneyimler ve karşılaşılan sorunlar ışığında değerlendirilmektedir. Öncelikle, ICSID tahkimine ilişkin yasal ve kurumsal düzenlemelerin yatırımcılar ve devletler arasındaki uyumsuzlukların çözümünde sağladığı avantajlar incelenmiştir. Ancak, ICSID tahkim sisteminin kötüye kullanımına dair önemli risklerin olduğu da tespit edilmiştir.

Çalışmanın bulguları, ICSID Sözleşmesi'nde "yatırım" kavramının belirsizliğinin, kötü niyetli başvurulara imkân sağladığını göstermektedir. Türkiye'nin karşılaştığı kötü niyetli davalar olan Saba Fakes, Libananco, Cementownia davaları bağlamında, başvuru sahiplerinin haksız ve kötü niyetli taleplerle ICSID tahkimine başvurdukları ve Türkiye'yi ekonomik ve hukuki olarak zor duruma düşürmeye çalıştıkları tespit edilmiştir. ICSID sürecinin uzun, masraflı ve zaman alıcı yapısı, kötü niyetli davacılar tarafından suistimal edildiğinde, devletlerin hem finansal hem de itibari zararlara uğramasına yol açabilmektedir.

Bu çalışmada, ICSID tahkim sürecinin iyileştirilmesi ve kötüye kullanımın önlenmesi için çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu öneriler arasında, Genel Sekreter'in ön inceleme yetkisinin genişletilmesi, başvurularda "iyi niyet" kriterinin daha sıkı bir şekilde uygulanması ve haksız davalar için caydırıcı tazminat ve teminat koşullarının getirilmesi bulunmaktadır. Ayrıca, tahkim başvuruları için nisbi bir harç uygulanması ve haksız tahkim

taleplerinin önlenmesi için uluslararası içtihat birliğinin sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Sonuç olarak, ICSID tahkimi, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için önemli bir araç olmakla birlikte, mevcut düzenlemeler ve uygulamalar, kötüye kullanıma karşı yeterli koruma sağlamamaktadır. Türkiye'nin deneyimleri ışığında, ICSID sisteminin daha adil, şeffaf ve dengeli bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir. Bu değişiklikler hem devletlerin hem de gerçek yatırımcıların haklarının korunmasını sağlayacak ve uluslararası yatırım hukukunun güvenilirliğini artıracaktır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, Yıl 2019, Cilt 27, Sayı 3, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 660. <https://doi.org/10.15337/suhfd.659984> (25.06.2020).

Akıncı Z, *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, Juris Publishing, 2011.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Akıncı Z, “Yurt Dışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi” II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Akipek J G / Akıntürk T / Ateş Karaman D, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.1,10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.*

Akkanat H, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Akyol Ş, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13

Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.

Arslan R / Ejder Y / Taşpınar S A / Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 786.*

Ataman Fıganmeşe İ, “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 18-36.

Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2014.

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018.

Kuru B / Arslan R / Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Balcerzak F, *Investor-State Arbitration and Human Rights*, Koninklijke Brill Publishing, 2017.

Bergkamp L L / *Environment K*, *Law International*, 2001, s. 307-314.

Bilgili F / Demirkapı E, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 9. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2016.

Bradfield M / J.C. Thomas, “Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity?”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 30, Issue 3, Fall 2015.

Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/02.

Champion Trading Company et al. v. Mısır (ICSID Dava No.ARB/02/9).

Cole T, *The Structure of Investment arbitration*, Routledge, 2013.

Cristani F, “Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries”, *International Investment Law in Latin America*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 159-207.

Çelikel A / Ergin N, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2008.

Çevik Ö / Şimşek C, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”, *Articletter*, Winter 2008.

Doğan M / Şahan G / Atamulu İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, 2019 Ankara.

Domanski G / Zimoch Tucholka J, “Investment treaty Disputes: Selected Developmentsin 2008 and 2009”, *The Comperative Law Yearbook of International Business*, Vol 32, 2010.

Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997.

Egemen Demir I, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Erten R, “ICSID Tahkimi”, *BATİDER*, 1998, C.19, S.4

Esen E, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Beta Basım, İstanbul 2011.

Fontanelli F *Jurisdiction and Admissibility in Invetsment Arbitration*, Brill Publishing, 2018, s. 192.;<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

Fouret J / Gerbay R / Alvarez G M, *The ICSID Convention Regulations and Rules*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Gharavi H, “Türkiye’nin Tahkim Performansı”, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*, İstanbul 2012.

Gharavi H, “Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye’nin İkilemi” II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Gömmel R, *Investing into North African Solar Power*, Springer International Publishing, 2015, s. 190.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24

İmre Z, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Karan N, “İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 275.

İlhan E D, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar*, TBB Dergisi, 2022/158

Karayel İ E, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Kervankıran E, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı 3-4, Yıl 2007, s. 453.

Keser L, “Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2000.

Konuralp H / Tercan E, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 2003.

Kütükçü D, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2009, Sayı 63-64.

Laird Ian A., Borzu Sabahi, Frederic G. Sourgens, Nicholas J. Birch, Kabir Duggal, Joanna Coyne, “International Investment Law and Arbitration: 2013 in Review”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

Lucy Reed, Jan Paulson, Guide to ICSID Arbitration, 2 nd Edititon, Kluwer Law International, 2011.

Luke Eric Peterson, Turkey Prevails in Uzan – Related 19 Billion Arbitration Claim; Dutch National Unable to prove legal Ownership of Disputed Telecoms Firm., <https://www.iareporter.com/articles/turkey-prevails-in-uzan-related-19-billion-arbitration-claim-dutch-national-unable-to-prove-legal-ownership-of-disputed-telecoms-firm/> (26.04.2020)

Markert L M, Titi C, “States Strike Back- Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitration”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 404.

Muchlinski P, “Trends in International Investment Agreements, 2008/2009”, Yearbook of International Investment Law & Policy, 2009-2010, Oxford University Press.

Nadakavukaren S K, International Investment Law, 3 rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020.

Navarro, Jose Maria Lezcano Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence, Routledge, 2016.

Nomer E / Ekşi N / Öztekin Gelgel G, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Oğuzman K / Barlas N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Oğuzman K / Seliçi Ö / Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013.

Övünç Öztürk N, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006 (Yüksek Lisans Tezi).

Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Özbek M S, Tahkim Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Özsu G, ICSID Tahkimi Bakımından “Tahkime Rıza” ve Bu Rıza Çerçevesinde Tahkim Öncesi Süreçler, TAAD, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018)

Polat M / Al Kılıç Ş, “ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia “Nowa Huta” S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında “İyi niyet ve Manevi Tazminat” iddialarının Değerlendirilmesi”, MHB, C. 34, S. 2, s. 70.

Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku 11. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Rudorfer M, “Piercing the Corporate” Veil, Grin Verlag, 2006.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

Schreuer C, “Alternative Remedies in Investment Arbitration”, The Journal of Damages in International Arbitration, 2016, Vol. 3, No.1, s. 1-31.

Schreuer C, “Denunciation of the ICISD Convention and Consent to Arbitration”, The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality, Kluwer Law International.

Sezer A, Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Şanlı C / Esen E / Ataman Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Şanlı C, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Şimşek Ç, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”.

Terzi B, “ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü”, MHB, C. 37, S. 2, Aralık 2017.

Tuygun S, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007.

Umur Z, Roma Hukukunda İktisadi Müruruzamanda Hüsnüniyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956.

Uyar T, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 439,440.<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf> (26.06.2020).

Yanlı V, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.

Yavuz A, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001.

Yavuz A, Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Basım, İstanbul 2005.

Yıldırım A, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Yılmaz İ, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

ICSID TAHKİM DAVALARI

Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica, (ICSID Case No. ARB/74/2)

Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/08/3)

Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/3)

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, (ICSID Case No. ARB/09/11)

Inceysa Valliosletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26)

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8)

Mihayl International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)

Motorola Credit Corporation, Inc. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/04/21)

Phonix Action ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5).

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/05)

Salini Consaortium F.R.C.C. v Kingdom of Morocco, (ICSID Case No, ARB /04/21)

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)

Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18)

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2)

TSA Spectrum v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/05)

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/staticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#05> (30.03.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2012%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/20> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/8> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx> (27.04.2020)

<https://www.icj-cij.org/node/103133>

https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf (02.04.2020)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf> (07.07.2019)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> (30.03.2020)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf> (25.06.2020).