

ICSID TAHKİMİ BAKIMINDAN “TAHKİME RIZA” VE BU RIZA ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLER

Consent to Arbitration and Preliminary Processes In Terms of Icsid Arbitration

Güray ÖZSU¹

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 31.01.2018

ÖZET

ICSID Tahkim yargılaması için tarafların karşılıklı olarak “rıza”ları gerekmektedir. Günümüzde ICSID Tahkimine rıza çoğunlukla ikili ve çok taraflı anlaşmalarla verilmektedir. Devletler söz konusu anlaşmalarla ICSID Tahkimine rızalarını beyan ederken bazı süreçlerin geçilmesini şart koşmaktadır.

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin söz konusu hükümlerde genellikle, önce müzakere yoluyla barışçı çözüme aranacağı, belirli bir süre içerisinde sonuç alınmadığı takdirde tahkime başvurulabileceği düzenlenmektedir. Öte yandan, bazı ikili yatırım anlaşmaları, iç hukuk yollarının tüketilmesini ICSID tahkim yargısı için ön şart olarak düzenlemekte, bazı anlaşmalar ise, süreyle sınırlı tutarak ICSID Tahkimine başvurulmadan önce uyuşmazlığa taraf devletin mahkemelerine başvurulmuş olmasını zorunlu tutmaktadır.

ICSID nezdinde açılmış davalarda hakem heyetleri, “Merkezin yetkisi”nin var olup olmadığını tespit amacıyla bu süreçlerin yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri, ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemekte, yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ICSID, tahkim, tahkime rıza, müzakere, ikili yatırım anlaşması.

ABSTRACT

ICSID Arbitration requires mutual consents of the parties. At the present time Parties' consents are mostly submitted by means of bilateral or multilateral treaties. As States declare their consent to arbitration by means of the treaties, they also stipulate that some processes are completed.

It is mostly included in the provisions on dispute resolution that initially amicable settlement is tried, in case of failure parties can apply to arbitraion. Also, in some bilateral treaties, exhaustion of domestic remedies is considered as precondition for ICSID Arbitration, while in some other agreements it is mandatory to apply to courts of the contracting state before applying to ICSID Arbitration.

In cases before ICSID, tribunals examine whether these processes are completed or not in order to determine the jurisdiction of the Center. Negotiation processes in bilateral and multilateral treaties which are set out as a method of dispute resolution that must be applied/tried before ICSID Arbitration aren't considered as mandatory precondition in terms of jurisdiction of the Center in ICSID decisions but in practice, it is considered that these provisions in investment treaties have directive quality.

Keywords: ICSID, arbitration, consent to arbitration, negotiation, bilateral investment treaty.

¹ İzmir Hakimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, ozsuguray@gmail.com

GİRİŞ

Günümüzde doğrudan ve dolaylı yabancı sermaye yatırımları uluslararası ticaretin önemli bir bölümünü teşkil etmektedir. Devletler, yabancı yatırımları ekonomik kalkınma açısından çok önemli görmekte, bu yatırımları özendirici, teşvik edici ve koruyucu iç hukuk düzenlemeleri yapmakta ve uluslararası sözleşmeler imzalamaktadırlar².

Bu sözleşmelerden birisi de, Dünya Bankası öncülüğünde hazırlanan, ICSID³ Sözleşmesi (Konvansiyonu) veya Washington Sözleşmesi olarak da anılan 1965 tarihli “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme”dir. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes), yaygın kullanım şekliyle ICSID, bu sözleşme ile kurulmuştur. 14.10.1966 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme Türkiye tarafından da onaylanmıştır⁴. ICSID, Dünya Bankası bünyesinde kurulmuş olup yerleşim yeri Washington’dur⁵.

ICSID, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkan ve yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların, tarafların hukuki eşitliği çerçevesinde çözüme kavuşmasını amaçlayan, tarafsız ve güvenilir bir tahkim (*arbitration*) ve uzlaştırma (*conciliation*) sistemi öngörmekte ve böylece yabancı yatırımcıların endişelerini gidererek onları yatırıma teşvik edici bir rol üstlenmektedir⁶. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi, ICSID Tahkim Merkezi’nin, bireylerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklar, devletlerarası uyuşmazlıklar ve birey ile kendisinin vatandaşlığında olduğu devlet arasındaki uyuşmazlıklarda yetkili olamayacağını

² Şanlı, Cemal (2016), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.531.

³ Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes), “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” ile kurulmuştur.

⁴ R.G. 06.12.1988/20011. Türkiye, ICSID Sözleşmesini bazı çekinceler koyarak kabul etmiştir. Türkiye’nin çekinceleri şunlardır; birincisi, yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen başlamış olan yatırım faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar Merkezin yargılama yetkisine bağlı olacaktır. Diğer bir çekince ise, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların, münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğu ve bu konuda ICSID tahkim yargılamasına gidilemeyeceğidir. Türkiye’nin koymuş olduğu çekincelerden bir diğeri ise, ICSID Sözleşmesinin 64. maddesinde yer alan ve ICSID tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların müzakere yolu ile giderilememesi durumunda, konunun Uluslararası Adalet Divanına götürülmesine dair hükümdür.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>> s.e.t. 17.08.2017.

⁶ Dost, Süleyman (2006), Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, Asil Yayınevi, s.148 vd.

açıkça ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, ICSID tahkiminde uyuşmazlığın bir tarafı devlet, diğer tarafı da yabancı kişi/yatırımcı olmak zorundadır⁷.

ICSID Sözleşmesinin Türkiye ve Türk Hukuku açısından da önemi büyüktür. Şöyle ki; Türkiye de ekonomik kalkınma amacıyla yabancı yatırımı ülkeye çekmek istemekte ve bu sebeple, yabancı yatırımcılara, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ile uluslararası tahkime başvuru imkânı tanımaktadır. Türkiye'nin imzalamış olduğu bu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID, yatırım⁸dan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilecek tahkim seçeneklerinden birisini oluşturmaktadır⁹.

Devletlerin ICSID tahkimini tercih etmelerinin en önemli nedenlerinden birisi de, ICSID Sözleşmesinin 54. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiği üzere, ICSID tahkim kararlarının, taraf devletlerin kendi yerel mahkemelerince verilmiş nihai kararlar gibi icra edilecek olmasıdır. ICSID tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar bütün üye devletler bakımından bağlayıcıdır¹⁰. Uyuşmazlığa taraf olsun veya olmasın ICSID Sözleşmesini imzalayan her devlet hakem kararlarının uygulanması bakımından aynı yükümlülüğe tabidir¹¹. Kısaca, ICSID, diğer tahkim sistemlerinden farklı şekilde, iç hukuk bakımından doğrudan bağlayıcılığı ve uygulanabilirliği olan tek tahkim

⁷ Akkutay, Ali İbrahim (2013), "Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi", TBB Dergisi S.107, s.299.

⁸ ICSID Sözleşmesinde yatırımı tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta tarafların ikili yatırım anlaşmasındaki iradelerine bakmak, bu anlaşmalardaki yatırım tanımı kapsamında kalan bir girişim olup olmadığını değerlendirilmek gerekmektedir. Erten, Rıfat (1998), ICSID Tahkimi, BATİDER, C.19, S.4, s.215. Uyuşmazlık konusu işlem veya faaliyet, yatırım tanımına girmediğinde uluslararası anlaşmanın uygulanması mümkün olmayacak ve dolayısıyla tahkim mahkemesi yetkisizlik kararı verecektir. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.561, dn.696.

⁹ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, R.G. 20.4.1989/20145; Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma R.G. 21.11.1992/214.

¹⁰ ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 1. fıkrası, yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde diplomatik korumanın uygulanamayacağını düzenleyen bir hükümdür. Buna göre, Sözleşme'ye taraf hiçbir devlet, vatandaşının Sözleşme'ye taraf bir başka devlet ile arasındaki yatırım uyuşmazlığına ilişkin olarak, vatandaşının ve diğer devletin Sözleşme'de öngörülen tahkim yolunu kabul etmelerinden veya ICSID tahkimine rızalarını göstermelerinden sonra diplomatik koruma yolunu işletemeyecektir. Bununla birlikte, aynı fıkra hükmüne göre, Sözleşme'ye taraf diğer devlet, uyuşmazlığa ilişkin hakem kararına uymaz ve bu kararı uygulamazsa, uyuşmazlığın tarafı olan kişinin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yoluna başvurabilecektir. Görüldüğü üzere, Sözleşme, diplomatik koruma yoluna başvurulmasını son çare olarak, hakem kararının icrasını sağlamaya yönelik olarak öngörmektedir. Zira, bir uyuşmazlıktan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesi sürecin siyasi bir niteliğe bürünmesine neden olmaktadır. Bkz. Akkutay, s.301-302.

¹¹ Dost, s.209; Erten, ICSID Tahkimi, s.222; Tuygun, Salih (2007), ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, s.143.

sistemi olma özelliğine sahiptir¹². Bazı ikili yatırım anlaşmalarında ICSID hakem kararlarının icrası amacına matuf olarak “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi¹³” ne atıf yapılmakta ise de, bu Sözleşme, tarafları özel hukuk kişisi/tacir konumunda olan kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilmiş hakem kararlarının icrası amacıyla imzalanmış olup, ICSID tahkimine başvuru imkanı tanıyan ikili yatırım anlaşmalarındaki New York Sözleşmesine yönelik atıflar gereksiz olarak görülmektedir. Zira, ICSID hakem kararlarının icrası ICSID Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Bugüne kadar da devletler aleyhine verilip, New York Sözleşmesine göre icra edilen bir ICSID kararı bulunmamaktadır¹⁴.

Uluslararası ticari tahkim uygulamasında, belirli nedenlerin varlığı halinde, hakem kararının, görevli ve yetkili mahkemede açılacak bir iptal davasıyla iptal ettirilebilmesi mümkündür. Buna karşılık, ICSID Sözleşmesine göre ise, hakem kararlarına karşı, belirli ve sınırlı sayıdaki nedenlerle 120 gün içinde itirazda bulunabilmek mümkündür (m. 52). Ancak, ICSID tahkiminde, hakem kararına karşı, ticari tahkimden farklı olarak kararın verildiği yer mahkemesine başvurulmayıp, ICSID Yönetim Konseyi Başkanı tarafından atanacak ad hoc bir komitenin hakem kararını incelemesi öngörülmüştür¹⁵. ICSID hakem kararının esasının yerel mahkemelerce tekrar incelenemeyecek olması, diğer bir ifadeyle, ICSID tahkiminin mahkemelerden bağımsız oluşu, ICSID’i diğer tahkim sistemlerinden farklı kılan avantajlarından bir diğeridir¹⁶.

Bütün hakemlik kurumlarında olduğu gibi ICSID Tahkim yargılaması da tarafların karşılıklı rızalarına dayanmaktadır. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, ICSID’in yargı yetkisi her iki tarafın yazılı olarak rızasına bağlanmıştır. Bu rıza, tarafların, aralarındaki sözleşmeye koyacakları bir hükümle sağlanabileceği gibi, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla veya ev sahibi devletin iç hukuk düzenlemeleriyle de sağlanabilir. Yine, *RosInvest* kararında¹⁷ olduğu gibi ikili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı ile tahkime rızanın verilmiş olduğu hakem kararlarıyla kabul edilebilmektedir.

¹² Dost, s.150.; Şanlı, Cemal (1999), Türkiye Barolar Birliği - İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim - Panel 16 Temmuz 1999, s.10-11.

¹³ Türkiye’nin de taraf olduğu bu Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG 25.9.1991/ 21002.

¹⁴ Sornarajah, M. (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, USA/ New York, Cambridge University Press, s.219.

¹⁵ Özsunay, Ergun (2004), “Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı”, İstanbul Ticaret Odası, Uluslararası Ticari Tahkimde Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, Yayın No:2004-16, s.179, <<http://www.ito.org.tr/itoyayin/0013429.pdf>> s.e.t. 03.01.2018.

¹⁶ Tuygun, s.140.

¹⁷ *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation*, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> s.e.t. 12.08.2017.

Öte yandan, hemen hemen bütün rıza hükümleri bazı süreçleri öngörmektedir. Bu süreçler, tahkim başvurusu öncesinde yerine getirilmesi gereken iyiniyetli müzakere ve uzlaştırma (arabuluculuk) süreçleri ile iç hukuk yollarına başvuru süreçleridir¹⁸. Çalışmamızda ICSID Tahkimi öncesinde yerine getirilmesi gereken süreçlerin neler olduğu ve bu süreçlerin ICSID kararlarında nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır.

I. ICSID TAHKİMİ BAKIMINDAN “TAHKİME RIZA”

ICSID tahkim yargılaması için tarafların karşılıklı olarak “rıza”ları gerekmektedir. ICSID Sözleşmesinin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, ICSID’in (Merkez) yargı yetkisi her iki tarafın (âkit devlet ve diğer âkit devletin tabiiyetindeki yatırımcı) yazılı olarak rızasına bağlanmıştır. ICSID Sözleşmesini imzalamış olmak, Sözleşmenin giriş bölümünde de ifade edildiği gibi, tek başına bu “rıza”nın verildiği anlamına gelmemektedir¹⁹. Bir devletin ICSID Sözleşmesini imzalaması, bu devlete yapılan her yabancı yatırım için ICSID tahkimine gitme konusunda hukuken rıza verdiği anlamına gelmemektedir. Bu rızanın devlet tarafından, yatırım sözleşmesinde, tahkim sözleşmesinde veya ikili yatırım anlaşmasında, açıkça verilmiş olması gerekmektedir²⁰.

Taraflar, ICSID tahkimine rızalarını aralarındaki yatırım sözleşmesine koyacakları bir hükümle belirtebilecekleri gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesinde de ifade edebilirler. Taraflar, bu rızayı gelecekte ortaya çıkabilecek belirli türdeki uyuşmazlıklar için önceden verebileceği gibi, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da verebilirler²¹. Bununla birlikte, yatırım sözleşmesi veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılırken, ICSID tahkimine rızasını açıklayan kişi ve kurumların bu hususta yetkilendirilmiş olup olmadığı veya ilgili ülke mevzuatında tahkime rızaya dair yasaklayıcı bir hüküm olup olmadığı konusunda sözleşmenin karşı tarafı gerekli özeni göstermeli ve gerekli araştırmayı yapmalıdır. Zira, bazı ülke mevzuatları uluslararası tahkime dair taahhütlerin geçerliliğini ilgili Bakanlık veya Meclis onayına tabi tutmaktadır. Bu özen ve araştırma, uyuşmazlık doğmadan önce, onay mektubu, hukuki mütalaa vb. talep etme şeklinde

¹⁸ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.567-568.

¹⁹ ICSID Tahkimine rıza konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Ergin & Ekşi, Nuray & Öztekin/ Gelgel, Günseli (2013) Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.110 vd.; Akıncı, Ziya (2016) Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.42 vd.; Egemen/Demir, Işıl (2014), ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.18 vd.

²⁰ Tuygun, s.83.

²¹ Reed, Lucy/Paulsson, Jan/Blackaby, Nigel (2011), Guide to ICSID Arbitration, Second Edition, United Kingdom, Wolters Kluwer Law & Business, s.36; Nomer & Ekşi & Öztekin/ Gelgel, s.110; Günüşur, Haluk (1999), “Türk Hukukunda ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, TBB Yayın No:8, s.339.

olabilir. Bu hususta gösterilecek özen, daha sonra gereksiz yere çıkabilecek yetki itirazlarını önleme açısından önemlidir²².

Öte yandan, devletler, diğer devletlerle yapacakları ikili ve çok taraflı anlaşmalarda da ICSID tahkim yargılamasına rıza gösterebilirler. Örneğin, çok taraflı uluslararası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması²³ ve ikili yatırım anlaşmaları bazı şartlara bağlı olarak yatırımcılara ICSID’e başvuru imkanı tanımaktadır²⁴. İkili yatırım anlaşmalarında ICSID tahkimi için verilen rızaya örnek verecek olursak; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması²⁵ndeki, “*Akit Taraflardan herbiri, yatırım uyuşmazlıklarının uzlaşma veya hakemlik yoluyla çözümlenmek üzere “Merkez”e götürülmesine bu Anlaşma ile muvafakat eder. Hakemliğe başvurulması durumunda Akit Taraflardan herbiri, eğer yatırımcı ile Akit Taraf arasında ayrı bir hakemlik anlaşması yoksa, bu tür uyuşmazlığı Merkeze götürmeyi bu Anlaşma ile peşinen ve geri alınamaz bir biçimde kabul etmiştir*” hükmü ile taraflar ICSID tahkimine rızalarını beyan etmişlerdir [m.9/3(a)].

ICSID tahkimine rıza konusunda dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de, uyuşmazlığın taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinden mi kaynaklandığı, yoksa ikili yatırım anlaşmasının ihlalinden mi kaynaklandığıdır. Zira, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesi ile ikili yatırım anlaşmasında farklı tahkim şartları olduğu takdirde yetki problemleri çıkabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yatırım sözleşmesinden kaynaklandığı ve yatırım sözleşmesinde ikili yatırım anlaşmasından farklı bir tahkim şartı bulunduğu takdirde, tahkim başvurusunda bulunan taraf yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olup, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayanamaz. Bu sebeptir ki, bazı ikili yatırım anlaşmalarının tahkime ilişkin hükümlerinde “... eğer yatırımcı ile Akit Taraf arasında ayrı bir hakemlik anlaşması yoksa, ...” şeklinde ibareler bulunmaktadır²⁶. Buna karşılık, uyuşmazlık taraflar arasındaki akdi ilişkiden değil de, ikili yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanmakta ise, tahkime başvuracak taraf ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim yoluna başvurabilir.

²² Reed/Paulsson/Blackaby, s.37.

²³ Enerji Şartı Anlaşması 17.12.1994 tarihinde Lizbon’da imzalanarak, 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_Process_General.pdf>s.e.t. 12.08.2017. Türkiye, bu anlaşmayı 17.12.1994 tarihinde imzalamış, 01.02.2000 tarih ve 4519 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve bu anlaşmanın onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 12.07.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Egemen/Demir, s.32 vd.

²⁵ RG. 10.2.1991/20782.

²⁶ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG. 10.2.1991/20782).

Uyuşmazlık her ikisinin de ihlalden kaynaklanmakta ise, davaya bakan tahkim mahkemesi, örneğin; ikili yatırım anlaşması ile yetkili kılınan ICSID tahkim heyeti, önüne gelen davayı konu bakımından tefrik ederek yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yetkisizlik kararı verecektir²⁷.

Bununla birlikte, ikili yatırım anlaşmasında yer alan taahhütler, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan taahhütleri de kapsamına alıyorsa, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim başvurusu yapacak taraf, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayanabilir²⁸. Taraflar arasındaki akdi taahhütleri de kapsamına alan bu tür klozlar “şemsiye klozlar (*umbrella clauses*)” adı verilmektedir. Bu klozlar sayesinde, yatırım sözleşmesini ihlal eden taraf, aynı zamanda ikili yatırım anlaşmasını da ihlal etmiş olmakta ve böylece, yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı ne olursa olsun, ikili yatırım anlaşmasındaki tahkim şartına dayalı olarak tahkim yoluna başvurabilmektedir²⁹. Keza, Enerji Şartı Anlaşmasının 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm de “şemsiye hüküm” niteliğinde olup, bu hüküm sayesinde, sözleşmeye aykırılık durumu, Enerji Şartı Anlaşmasının 3. Kısım hükümlerinin ihlali olarak değerlendirilmekte ve böylece salt sözleşmeden doğan borçlara aykırılık iddiası ile Enerji Şartı Anlaşması kapsamında tahkime başvurma imkanı sağlanmaktadır³⁰.

Yine, bazı devletler, iç hukuk düzenlemeleriyle yabancı yatırımcıya uyuşmazlıkları ICSID’e götürme imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte, iç hukuk düzenlemeleriyle verilen tahkime rıza, yasal değişikliklerle gelecekteki yatırımlar için kaldırılabilir. Buna karşılık, çok taraflı ve ikili yatırım anlaşmalarıyla verilen “tahkime rıza”, anlaşma yürürlükte kaldığı sürece ortadan kalkmaz³¹.

Devletlerin ulusal mevzuatlarında veya ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID Tahkimine rıza gösterilmesine ilişkin hükümler, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yapmış olduğu icap olarak değerlendirilmektedir.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.564-565.

²⁸ Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının 8. maddesi (RG. 10.2.1991/20782).

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.565-566; Jagusch, Stephen / Sinclair, Anthony /Stranger-Jones, David (2011), Investment Arbitration, The International Arbitration Review (Ed. James H. Carter), Second Edition, United Kingdom, Law Business Research, s.15.

³⁰ Şit Köşgeroğlu, Banu (2012) Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.255.

³¹ Zenginkuzucu, Dikran M. (2012) Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul, Legal, s.105.

Yatırımcının ICSID’e yaptığı başvurusu ise, icaba karşı kabul anlamına gelmekte ve böylece ICSID Tahkimine tarafların karşılıklı rızaları sağlanmış olmaktadır³².

Tahkim sözleşmeleri veya ikili yatırım anlaşmalarında, tarafların tahkime rıza beyanları yanı sıra, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk, hakemlerin yetki alanı, iyi niyetle müzakere, uzlaştırma ve iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranıp aranmayacağı, yargılama giderleri ve yeri vb. gibi hususlar da gösterilmektedir³³.

Bu bağlamda, ICSID Tahkimine rıza ile ilgili olarak verilmemiş olsa da, *Stockholm Ticaret Odası* tarafından 2007 yılında verilen *RosInvest* kararı, “tahkime rıza” konusu bakımından önem arz etmektedir. Bu kararda “tahkime rıza” şartının dolaylı olarak yerine getirildiği kabul edilmiştir³⁴. Bu kararın özelliği, yatırımcının tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki ikili yatırım anlaşmasında uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hüküm bulunmamasına rağmen, hakem heyetinin, aynı ikili yatırım anlaşmasında yer alan “en çok gözetilen ulus kaydı”na istinaden kendini yetkili kabul etmesidir. Bu kararın bugüne kadar yatırım tahkimi alanında “en çok gözetilen ulus kaydı”na en geniş etki tanıyan karar olduğu ifade edilmektedir³⁵. ICSID nezdinde bundan sonra açılacak davalarda da “tahkime rıza” ve buna bağlı olarak Merkezin yetkisine ilişkin buna benzer kararlarla karşılaşmak ihtimal dahilindedir. Sonuç olarak, anılan kararda da görüldüğü üzere, tahkime rızanın en çok gözetilen ulus kaydına istinaden verilmiş olması da mümkündür.

ICSID Sözleşmesinin 25/1. maddesine göre, taraflar ICSID’e tahkim yargılaması için rızalarını sunduktan sonra bu rızalarını tek tarafı olarak geri alamazlar. Hatta, kanaatimize göre, söz konusu rızayı tek tarafı olarak, aşağıda inceleyeceğimiz tahkim öncesi zorunlu süreçlerle de sınırlayamazlar.

Nihayet, günümüzde ICSID Tahkimine rıza çoğunlukla ikili ve çok tarafı anlaşmalarla verilmektedir. Devletler söz konusu anlaşmalarla ICSID Tahkimine rızalarını beyan ederken aşağıda inceleyeceğimiz bazı süreçlerin geçilmesini şart koşmaktadır.

³² Şit, s.239; Zenginkuzucu, s.105; Akıncı, s.45.

³³ Günüşür, s.339.

³⁴ *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation*, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005.

³⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ataman Figanmeşe, İnci (2012), “En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden Yetki Tesisi: *RosInvest Kararı*”, *UTTDER*, C.1, S.2, s.221-240.

II. ICSID TAHKİMİNDE “TAHKİME RIZA” BAĞLAMINDA TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLER

A. GENEL OLARAK

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletlerin, bu anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne dair hükümler yer almaktadır. Anlaşmalarda başta ICSID olmak üzere çeşitli tahkim kurumları nezdinde veya *ad hoc* tahkime başvurulmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler getirilmiştir³⁶.

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin söz konusu hükümlerde genellikle, önce müzakere yoluyla barışçıl çözüm aranacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki; uyuşmazlık karşı tarafa yazılı olarak detaylı şekilde bildirilecek ve müzakereler yoluyla iyi niyet çerçevesinde çözüm aranacaktır. Bu şekilde bir sonuca ulaşılamadığı takdirde, tarafların üzerinde mutabık kaldığı tarafsız bir üçüncü kişi (uzlaştırıcı/arabulucu) belirlenerek uyuşmazlığın çözülmesine çalışılacaktır. Uzlaştırıcının kararı taraflar açısından bağlayıcı nitelikte değildir. İkili yatırım anlaşmasında belirlenen süre içerisinde, gerek iyi niyetle yürütülen müzakereler, gerekse de uzlaştırma yoluyla sonuç alınmadığı takdirde, uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulabileceği düzenlenmektedir³⁷.

Öte yandan, bazı ikili yatırım anlaşmaları, iç hukuk yollarına başvurulmuş olmasını ICSID tahkim yargısı için ön şart olarak düzenlemekte ve fakat yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle hak kaybını önlemek için süre sınırlaması koymakta iken³⁸, bazı anlaşmalar ise, uyuşmazlığın yatırımcının kendi isteğiyle ev sahibi devlet mahkemelerine götürülmüş olması halinde, belirli süre içinde o mahkemelerden karar alınamamış olması şartını³⁹ aramaktadır⁴⁰. Buna mukabil, bazı anlaşmalarda ise, uyuşmazlığın çözümü için ev sahibi devletin mahkemelerine yapılan başvurunun tahkime başvuru hakkını ortadan kaldırdığı yönünde düzenlemeler bulunmaktadır⁴¹.

³⁶ Şit Köşgeroğlu, s.165.

³⁷ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.567-568; Zenginkuzucu, s.105; Şit Köşgeroğlu, s.165. Örnek olarak bkz. Türkiye ile Danimarka Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.27.5.1992/21240), Türkiye ile A.B.D. Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.13.8.1989/20251).

³⁸ Bkz. Türkiye ile Kore Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.2.5.1994/21922).

³⁹ Bkz. Türkiye ile Macaristan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.22.2.1995/22210).

⁴⁰ Nomer & Ekşi & Öztekin/Gelgel, s.150-151; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.568.

⁴¹ Bkz. Türkiye ile A.B.D. Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG.13.8.1989/20251).

B. TAHKİM ÖNCESİ MÜZAKERE SÜRECİ

1. Yatırım Anlaşmalarında Müzakere Sürecine İlişkin Hükümler

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının çoğu tahkim yargısı öncesi müzakere süreçleri öngörmektedir. Örneğin, Enerji Şartı Anlaşmasının 26. maddesine göre, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyiniyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyiniyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitme hakkı bulunmaktadır⁴². Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma (İkili Yatırım Anlaşması)⁴³nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, bir âkit devlet ile diğer âkit devletin yatırımcısı arasında bir yatırım anlaşmazlığı çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf olanlar, bu anlaşmazlığı öncelikle iyiniyetle girişilecek istişare ve müzakerelerle çözümlenmeye çalışacaklardır. Bu istişare ve müzakerelerin başarılı olamaması halinde anlaşmazlık, tahkim yoluyla halledilmesi için anlaşmazlığın ortaya çıkışından itibaren 1 yıl geçtikten sonra herhangi bir zamanda, ICSID’e götürülebilir.

İkili ve çok taraflı anlaşmalardaki müzakere süreçleri 3 ay ile 1 yıl arasında değişmektedir. Ayrıca, 6 aylık müzakere süreçleri öngören ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları da bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye ile Hırvatistan arasındaki ikili yatırım anlaşması⁴⁴ 6 aylık müzakere süreci öngörmektedir. Bu anlaşmaya göre, yatırımcının ev sahibi devlete yapacağı yazılı bildirim ile 6 aylık müzakere süreci başlayacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarındaki müzakere süreçlerine ilişkin hükümlerde de görüleceği üzere, müzakere süreçlerinin sadece süreleri değil, başlangıç anları da değişiklik göstermektedir. Bazı anlaşmalarda müzakere süreci uyuşmazlığın çıktığı anda başlamakta iken, bazılarında karşı tarafa yazılı bildirimle başlamaktadır.

İkili yatırım anlaşmalarında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yolu öncesinde başvurulması gerektiği öngörülen, iyi niyet çerçevesinde yürütülecek müzakere süreci ve müzakereler yoluyla çözüme ulaşılmadığı takdirde uygulanacak uzlaştırma (arabuluculuk) yöntemi taraflara, uyuşmazlığın barışçı yollardan çözümlenmesi için konuyu tekrar gözden geçirme imkanı sunmaktadır.

⁴² Kılavuz, Ali Kemal (2009), “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, s.198.

⁴³ RG. 08.09.1989/20276.

⁴⁴ RG. 11.4.1998/23310.

Nihayet, yatırımcı taraf, uyuşmazlığı tahkime götürmeden önce söz konusu müzakere ve uzlaştırma süreçlerini tüketmek zorundadır. Bu bağlamda, yatırımcının öncelikle uyuşmazlık sebeplerini ev sahibi devlete yazılı olarak bildirmesi ve tahkim yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığı müzakere etme ve çözüme noktasında istekli olması gerekmektedir⁴⁵. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında bu süreçler için öngörülen süreler dolmadan tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir⁴⁶.

2. ICSID Uygulamasında Müzakere Süreçleri

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda, tahkim sürecinin başlayabilmesi için “iyiniyetli çözüm müzakereleri”nin denenmiş olması ön şart olarak öngörülmektedir. Bu müzakerelerin ön şart olduğu, anlaşmalardaki “*eğer, uyuşmazlık bu yolla çözümlenemezse ...*” şeklindeki ifadelerden de anlaşılmaktadır.

ICSID hakem heyetlerinin “tahkime rıza”nın varlığına ve dolayısıyla kendi yetkilerinin olup olmadığına, diğer bir ifadeyle yetkiye ilişkin olarak karar verirken, en sık karşılaştıkları, davalı taraflarca en fazla ileri sürülen itirazlardan birisi de, tahkim davası açılmadan önce yapılması gereken “iyiniyetli çözüm müzakere”lerinin yapılmadığı ve bu sebeple ICSID’in yetkisiz olduğudur⁴⁷.

ICSID uygulamasında ise, hakem heyetleri müzakere süreçlerini zorunlu ve yargısal olmaktan ziyade, düzenleyici ve usuli nitelikte görme eğilimindedirler. Bu sebeple, müzakere sürecini yerine getirmek, hakem heyetinin yetkisinin varlığı açısından şart olarak görülmemektedir⁴⁸.

SGS v. Pakistan davasında heyet, taraflar arasındaki sözleşmenin Pakistan tarafından feshi ile SGS’nin ICSID Tahkimine yazılı rızasını sunması arasındaki uzun süreçte, tarafların, uyuşmazlığın ortaya konulmasına ilişkin olarak müzakere yapma eğiliminde olduklarına dair neredeyse hiçbir emare olmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak, heyet, müzakere süreci gerçekleşmediği için

⁴⁵ Cremades, Bernardo M./Cairns, David J. A. (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects* (Ed.Norbert Horn), *Studies In International Economic Law Volume 19*, Kluwer Law International, s.342.

⁴⁶ Cremades / Cairns, s.343.

⁴⁷ Lalive, Pierre (2002), “Some objections to Jurisdiction in Investor – State Arbitration”, *Publié dans les Procès-Verbaux de l’ICCA, Mai 2002, s.19*, <http://www.arbitrationicca.org/media/0/12319105289900/objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

⁴⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/01/13), Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 6 August 2003, par.184, <<http://www.italaw.com/documents/SGSvPakistan-decision.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

bu safhada tahkim sürecini durdurmanın, adil ve uygun maliyetli yargılamaya ihtiyacı ile tutarlı olmadığına ve yargılamaya devam etmek için davacının müzakere sürecini tamamlanmasının gerekmediğine karar vermiştir⁴⁹.

Bayındır v. Pakistan davasında da hakem heyeti, müzakere sürecini başlatan bildirim yükümlülüğünün Merkezin yetkisi için ön şart olmadığını, bu yükümlülüğü yerine getirmemenin davacı açısından hayati olmadığını, bu aşamada bildirim yapılmaması sebebiyle sürecin yeniden başlamasının iki tarafın da yararına olmadığını belirtmiştir. Öte yandan hakem heyeti, davacının uyuşmazlık çıktıktan sonra, Pakistan devletine, müzakere sürecini başlatmak amacıyla olmamakla birlikte, yazmış olduğu mektuba Pakistan devletinin cevap vermemesini ve daha sonrasında da Pakistan devletinin davacıyla müzakere etme teşebbüsünde de bulunmamasını “müzakere çabasının başarısızlığı” olarak görmüştür. Sonuç olarak Heyet, *Lauder v. The Czech Republic* davasını da emsal göstererek, önündeki davada müzakere sürecinin tamamlanmaması sebebiyle tahkim sürecinin engellenmesinin faydasız, aşırı şekilci ve tarafların meşru menfaatlerine hizmet etmeyen bir yaklaşım olacağını ifade ederek, Merkezin yetkili olduğuna, davalının tahkim sürecini erteleme talebinin reddine karar vermiştir⁵⁰.

Tradex v. Albania davasında ise, hakem heyeti, davacı tarafından uyuşmazlığa ilişkin olarak davalıya gönderilen ve cevapsız bırakılan, arasında toplantı teklifi de bulunan 5 adet mektubun, iyiniyetle müzakere yoluyla dostane çözüme ulaşmak için yeterli çabanın gösterildiği anlamına geldiğine ve böylece müzakere şartının yerine getirildiğine karar vermiştir⁵¹.

Görüldüğü üzere, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemektedir. Yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir⁵². Öte yandan, yukarıda bahsettiğimiz davalarda da görüldüğü üzere, taraflar ve özellikle davalı taraf müzakereye yanaşmıyorsa bu süreyi beklemenin anlamsız olduğu ICSID uygulamasında kabul edilmektedir⁵³.

⁴⁹ SGS v. Islamic Republic of Pakistan, par.184.

⁵⁰ Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID Case No: ARB/03/29), Decision on jurisdiction, 14 November 2005, par.100-102, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁵¹ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID, (ICSID Case No: ARB/94/2), Decision on jurisdiction, 24 December 1996, s.24, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁵² Zenginkuzucu, s.106.

⁵³ Zenginkuzucu, s.106.

C. TAHKİM ÖNCESİNDE İÇ HUKUK YOLLARINA BAŞVURU

1. Yatırım Anlaşmalarında Tahkim Öncesi İç Hukuk Yollarına Başvuruya İlişkin Hükümler

Bazı ikili yatırım anlaşmalarında uluslararası tahkim süreci başlatılmadan önce belirli süre için iç hukuk yollarına başvurulması (LRF)⁵⁴ zorunluluğu öngörülmektedir. Bu iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelmemekte, sadece uluslararası tahkime başvurulmadan önce ilgili devlet mahkemesine yapılması gerekli bir ön müracaat niteliğindedir⁵⁵. Davacı, sürenin sona ermesiyle birlikte uluslararası tahkime müracaat hakkı kazanmaktadır⁵⁶. Almanya ile Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık, iyiniyetli müzakereler yoluyla çözüme kavuşmazsa, ev sahibi devletin mahkemesine götürülmek zorundadır. Ev sahibi devletin mahkemelerine başvurulmasından itibaren 18 ay içinde esasa ilişkin bir karar verilmezse veya verilmesine rağmen taraflar arasındaki uyuşmazlık devam etmekte ise, uyuşmazlık uluslararası tahkime götürülebilir⁵⁷. Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşması⁵⁸na göre ise, yatırım ihtilaflarının, karşılıklı iyiniyetli müzakereler yoluyla çözüme kavuşturulamaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusunu ev sahibi tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, uluslararası tahkim makamlarına sunabilme hakkı bulunmaktadır. Süreyle sınırlandırılmış iç hukuk yollarına başvuru şartının, söz konusu sürelerde anlamlı bir sonuç elde etmenin zorluğu karşısında tahkimi geciktiren bir süreç olmaktan öte bir faydası olmadığı ifade edilmektedir⁵⁹.

Enerji Şartı Anlaşmasında ise, iç hukuk yollarına başvuru, uluslararası tahkime başvurmayı engelleyici nitelik arz etmektedir. Şöyle ki; Enerji Şartı Anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 26. maddesi uyarınca, bir

⁵⁴ Uluslararası tahkim literatüründe “*local remedy first*” tabirinin kısaltması olarak kullanılmaktadır.

⁵⁵ Cremades/Cairns, s.345; İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bugün çok az sayıda ve oldukça eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Örneğin, Romanya ile Sri Lanka arasındaki 1981 tarihli ikili yatırım anlaşması. Schreuer, Christoph (2011), “Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law”, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: 2010 the Fordham Papers (Arthur W. Rovine, ed.), s.73, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/interactions_int_tribunals_domestic.pdf> s.e.t.23.06.2014.

⁵⁶ Schreuer, Cristoph (2005), “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, LPICT, s.3, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/75_cspubl_75.pdf> s.e.t. 24.06.2014; Tiryakioğlu, Bilgin (2003), Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, s.184.

⁵⁷ Schreuer (2005), s.3.

⁵⁸ RG. 15.1.1995/22172.

⁵⁹ Schreuer (2005), s.4.

Anlaşma tarafı ile yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyi niyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyi niyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için üç seçimlik hakkı bulunmaktadır. Buna göre, yatırımcı, yatırım yapılan devletin ulusal mahkemesine veya idari makamlarına başvurma hakkına sahiptir. Diğer bir seçimlik hak olarak yatırımcı daha önce Anlaşma tarafı ile ortaklaşa kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemine de başvurabilir. Yatırımcının başvurabileceği üçüncü uyuşmazlık çözüm yolu ise, uluslararası tahkimdir. İlk iki yöntemden birine başvuran yatırımcının, aynı uyuşmazlık için daha sonra uluslararası tahkim yoluna başvurabilmesi, Anlaşma tarafı devletin adının, Anlaşmanın Ek ID bölümünde olmamasına bağlıdır [m.26/3-b(i)]⁶⁰. Ek ID de yer alan devletler, yatırımcının, uyuşmazlığa düştüğü Anlaşma tarafı devletin mahkemelerine, idari makamlarına veya daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvurması halinde, tahkime rızalarının bulunmadığını beyan etmişlerdir⁶¹.

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan bu gibi hükümlere uluslararası tahkim literatüründe “yol ayrımı” hükümleri (*fork in the road*) adı verilmektedir. Bu hükümlerle yatırımcıya, yatırım anlaşmasında tanınan seçimlik haklardan birisini seçme imkânı verilmekte ve uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Yatırımcı tek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile sınırlandırılmakta olup, uyuşmazlığı ilgili devlet mahkemesine, tahkime götürdüğü veya taraflarca üzerinde anlaşılan diğer bir yola başvurduğu takdirde verilen karar kesin ve nihaidir. Seçimlik haklardan birisine başvurulduktan sonra diğer uyuşmazlık çözüm usullerine başvurulamaz. Bu anlamda, uluslararası tahkim uygulamasındaki “yol ayrımı” (*fork in the road*) savunması, bir anlamda kesin hüküm (*res judicata*) itirazına benzetilmektedir⁶².

Bu bağlamda, bir Kıbrıs şirketi olan *Libananco Holdings Co. Limited* tarafından, iki hidroelektrik tesisinin Enerji Şartı Anlaşmasına aykırı olarak kamulaştırıldığı iddiasıyla, ICSID nezdinde açılan *Libananco & Türkiye* davası⁶³nda, Türkiye, Enerji Şartı Anlaşmasının Ek ID bölümünde adı geçen devletlerden olduğunu, davacının ICSID tahkimine başvuru yapmadan

⁶⁰ Türkiye'nin de aralarında yer almakta olduğu Ek ID'de adı geçen ülkelerin listesi için bkz.<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf> s.e.t. 08.01.2018.

⁶¹ Kılavuz, s.198-199.

⁶² Sornarajah, s.320-321; Şit Köşgeroğlu, s.166-167.

⁶³ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID, (ICSID Case No. ARB/06/8), Award, September 2, 2011, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C77/DC2251_En.pdf> s.e.t. 08.02.2018.

önce, Türkiye’de iç hukuk yollarına başvuru yapmış olduğunu ve bu sebeple, Anlaşmanın 26. maddesinin 3. fıkrasının (b) (i) bendine göre, Türkiye’nin ICSID tahkimine rızasının bulunmadığını ileri sürmüştür⁶⁴. Mahkeme, davacı şirketin, kamulaştırıldığını iddia ettiği şirketler üzerindeki pay sahipliği durumunu ispatlayamadığından bu davada yetkisiz olduğuna karar vermiş ve davacının tüm taleplerini reddetmiştir. Türkiye’nin Anlaşmanın 26. maddesinin 3. fıkrasının (b) (i) bendi kapsamındaki yetkisizlik iddialarına yönelik olarak hüküm kurmamıştır⁶⁵.

2. ICSID Uygulamasında Tahkim Öncesi İç Hukuk Yollarına Başvuru

Uygulamada, yatırımcılar, ikili yatırım anlaşmalarındaki “en çok gözetilen ulus” (MFN)⁶⁶ kayıtlarına başvurarak (aşağıda III nolu başlık altında incelenecektir) veya böyle bir başvurunun sonuç vermeyeceği, pratikte bir anlam taşımayacağını⁶⁷ ileri sürerek, iç hukuk yollarına başvuru şartını aşmaya çalışmaktadırlar⁶⁸.

Örneğin, *Ambiente v. Arjantin* davasında, hakem heyeti, Arjantin Yüksek Mahkemesinin yerleşik hale gelen içtihatları göz önüne alındığında, davacı Şirketin Arjantin ilk derece mahkemelerine ve daha sonra Yüksek Mahkemeye başvurmasının davacı Şirkete adil bir tazminat elde etme ihtimali sunmadığını ve bu sebeple yarsız olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, davacı Şirketin, Arjantin ile İtalya arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki ICSID Tahkimi öncesi yerel mahkemeye başvuru şartını ihlal etmediğine ve uyumsuzluk bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir⁶⁹.

Bununla birlikte, iç hukuk yollarına başvuru şartı gerçekleşmediğinden yetkisizlik kararının verildiği ICSID nezdinde açılmış davalar da bulunmaktadır. Yakın zamanda, *Kılıç İnşaat – Türkmenistan* davasında böyle bir karar verilmiştir. Hakem heyeti, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan iç hukuk yollarına başvuru (LRF) hükümlerinin, ICSID Tahkimine başvuru öncesinde yerine getirilmesini zorunlu görmüştür. Öte yandan, Heyet, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümleri kapsamadığına karar vermiş ve böylece, davacının, tahkim

⁶⁴ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, Award, par.105.3, 539-548.

⁶⁵ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, Award, par.570.

⁶⁶ Uluslararası tahkim literatüründe “*most favoured nation*” tabirinin kısaltması olarak sıkça kullanılmaktadır.

⁶⁷ ICSID kararlarında “*futility exception*” olarak ifade edilmektedir.

⁶⁸ Zenginkuzucu, s.106; Schreuer (2011), s.74.

⁶⁹ *Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v.The Argentine Republic*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/08/9), Decision on jurisdiction and admissibility, 8 February 2013, par.620, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

öncesi iç hukuk yollarına başvuru şartı taşımayan İsviçre ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak doğrudan tahkim sürecini başlatma talebini reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir⁷⁰.

Yine, aynı davada, davacı Kılıç İnşaat, tahkim öncesi Türkmenistan mahkemelerine başvurmasının fayda vermeyeceği, pratikte bir anlamı olmayacağını (*futility exception*) ileri sürmüş ve bu sebeple doğrudan tahkim davası açtığını ifade etmiştir. Hakem heyetine göre, davacı şirketin tahkim davası açmadan önce Türkmenistan mahkemelerine başvurması ve bir yıllık süre içinde nihai karar alınmamış olması zorunludur. Hakem heyeti, davacı Kılıç İnşaatın Türkmenistan mahkemelerine başvurusunun fayda vermeyeceği, başvurunun beyhude bir çaba olduğu yönündeki iddialarını delillerle ortaya koyamadığını ifade etmiştir. Kılıç İnşaat v. Türkmenistan davasında, hakem heyeti bu konuda iki kriter belirlemiştir. Birinci kriter, ilke olarak, Türkmenistan hukukuna göre, Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetini taşıyan yatırımcıların, iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları Türkmenistan mahkemelerine getirme hakkına sahip olup olmadığıdır. İkinci kriter ise, ilke olarak Türk yatırımcıların ikili yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlıklar için Türkmenistan mahkemelerinde dava açma hakkı olmakla birlikte, Türkmenistan mahkemeleri veya yargı sistemlerindeki bir kusur sebebiyle bu davanın faydasız ve anlamsız hale gelip gelmediğidir. Hakem heyetine göre, davacının argümanları temelde genel ifadelere ve Türkmenistan yargısının yargı bağımsızlığına sahip olmadığına ilişkin yargılamanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerce hazırlanmış çalışma ve raporlara ve Türkmenistan mahkemelerinin Türk yatırımcılara karşı önyargılı oldukları iddialarına dayanmakta olup, söz konusu kriterleri karşılamamaktadır. Sonuç olarak, Türkmenistan mahkemelerine başvurmanın faydasızlığı ve anlamsızlığı iddiası, davacı tarafından somut olarak ortaya konulamadığından mahkeme bu argümanı reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir⁷¹.

III. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS KAYDININ TAHKİM ÖNCESİ SÜREÇLERE VE ICSID’IN YARGILAMA YETKİSİNE ETKİSİ

Yatırım anlaşmalarında yer alan “en çok gözetilen ulus” kayıtları, âkit devlet yatırımcılarına ve yatırımlarına diğer âkit devletin, üçüncü devletin yatırımcılarına ve yatırımlarına gösterdiği ile aynı muameleyi göstermesini

⁷⁰ Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID, (ICSID Case No: ARB/10/1), Award, 2 July 2013, par.7.9.1.<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf> s.e.t. 05.10.2016. Ayrıca bkz. UNCTAD (2004), “Recent Developments in Investor–State Dispute Settlement (ISDS)”, Report April 2004 No:1, s.17, <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

⁷¹ Kılıç İnşaat v. Türkmenistan, par.8.1.1-8.1.10.

ifade etmektedir⁷². Bu kayıtlar, âkit devletlerden biri tarafından üçüncü devletin vatandaşlarına tanınabilecek bir haktan taraf devlet vatandaşlarının da yararlanmasını mümkün kılmaktadır⁷³. En çok gözetilen ulus kaydı ile temel yatırım anlaşmasında yer almayan hususlar anlaşma kapsamına girmektedir⁷⁴.

Yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtları çalışmamızın konusunu oluşturan tahkim öncesi süreçler bakımından büyük öneme sahiptir. İkili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamı ve özellikle yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı birçok ICSID kararında tartışılmış ve bu konuda farklı kararlar verilmiştir. Bazı ICSID kararlarında, ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı geniş yorumlanarak bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de kapsadığı kabul edilmiştir. Bu kabule göre, iki taraflı yatırım anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne dair hükümlere uygulanmayacağı açıkça ifade edilmemişse, diğer bir ifadeyle, bu hükümler açıkça en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı dışında bırakılmamışsa, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere de uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, diğer bazı kararlarda ise, bu kayıtlar dar yorumlanmış ve bu kayıtların uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanamayacağına karar verilmiştir⁷⁵.

ICSID uygulamasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı ilk olarak *Maffezini v. Spain* davası⁷⁶nda gündeme gelmiş ve bu kayıtların uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlere uygulanabileceğine ilişkin ilk karar bu davada verilmiştir. Hakem heyeti, her ne kadar ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydında, uyuşmazlık çözümüne dair düzenlemelere açıkça atıf yapılmamışsa da, uyuşmazlık çözümüne dair düzenlemelerin yabancı yatırımcının korunması ile kopmaz bir ilişki içinde olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Bu

⁷² Erten, Rifat (2005), Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.165.

⁷³ Tiryakioğlu, s.174-175.

⁷⁴ Çalışkan, Yusuf (2012), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.307.

⁷⁵ Newcombe, Andrew/Paradell, Lluís (2009), Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment, Walters Kluwer Law & Business, s.205; En çok gözetilen ulus kaydının geniş ve dar yorumlandığı ICSID hakem kararları için bkz. Çalışkan, s.313-323.

⁷⁶ Emilio Agustin Maffezini – Kingdom of Spain, (ICSID Case No: ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> s.e.t.05.01.2018.

⁷⁷ Sureda, Andrés Rigo (2012), Investment Treaty Arbitration – Judging Under Uncertainty, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, USA/New York, Cambridge University Press, s.29-

karardan sonra açılan birçok davada da bu husus gündeme gelmiş, davacı yatırımcılar en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’in yetkili olduğu savını ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte, bugüne kadar bu konuda verilmiş kararlarda bir yeknesaklık olduğu söylenemez.

2011 yılında karara bağlanmış *Impregilo v. Argentine* davasında, davacı şirket, İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan tahkim öncesi 18 aylık yerel mahkeme sürecini yerine getirmeden ICSID nezdinde dava açmış ve bu davada ICSID’in yetkisine ilişkin olarak, İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, yerel mahkemeye zorunlu başvuru şartı içermeyen Arjantin ile ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasının uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁸.

Hakem heyeti bu davada öncelikle İtalya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan ifadeler üzerinden inceleme yapmıştır. Heyete göre, bu anlaşmada, en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümde yer alan “*muamele*” ibaresi ve bu kaydın uygulanacağı konulara ilişkin olarak yer verilen “*bu anlaşmada düzenlenen diğer bütün konular*” ibaresi, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de kapsamına alacak kadar geniştir. Davalı Arjantin’in, *ejusdem generis* ilkesi⁷⁹ gereği en çok gözetilen ulus kaydının ancak aynı konular için uygulanabileceği argümanı ise, hakem heyeti tarafından, ikili yatırım anlaşmasındaki “*bu anlaşmada düzenlenen diğer bütün konular*” ibaresi sebebiyle ikna edici bulunmamıştır⁸⁰.

Öte yandan, İtalya ile Arjantin ikili yatırım anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydında, âkit devletlerin, üçüncü devletlere tanıyacakları muameleyi

30; Çalışkan, s.314; Aydoğmuş, Yasemin (2009), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkanı”, MHB, Yıl 29, S. 1-2, s.45.

⁷⁸ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID, (ICSID Case No: ARB/07/17), Award, June 21, 2011, par.95, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

⁷⁹ *Ejusdem generis* “aynı mahiyette” anlamına gelen Latince bir kelimedir. *Ejusdem generis* ilkesi ise, yazılı hukuki metinlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır. Kanunların veya sözleşme hükümlerinin (ve konumuz bağlamında ikili yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının) kapsamı belirlenirken, söz konusu kanun ve sözleşme hükümlerinde yer alan “ve benzeri” gibi genel nitelikli ifadelerin kapsamına, yine bu kanun ve sözleşmelerde spesifik olarak belirtilmiş konularla aynı mahiyetteki konuların gireceğini ifade eden bir ilkedir. Ovacık Mustafa (2000), *Hukuk Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.129; Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan, Turgut Aycan (2014), “Assessment of Most Favored Nation Clauses in Terms of *Ejusdem Generis* Principle And Its Impact Over Some Bilateral Investment Treaties Executed By Republic of Turkey in 1990s”, *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan*, İstanbul, s.1819 vd.; Ayrıca Bkz. Newcombe/Paradell, s.204-205.

⁸⁰ *Impregilo v. Argentine*, par.99.

“kendi ülkelerinde” birbirlerine de tanıyacakları hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, davalı Arjantin, ICSID tahkim davasının kendi ülkesi ve egemenlik alanının dışında gerçekleştiğinden bahisle en çok gözetilen ulus kaydının uygulanamayacağını ileri sürmüş, buna karşılık hakem heyeti ise kararında, ikili yatırım anlaşmasıyla yatırımcılara sağlanan yasal korumanın belirli bir ülke sınırlarına tâbi olmadığını ve bu sebeple, en çok gözetilen ulus kaydının uygulanabileceğini ifade etmiştir⁸¹.

Nihayet, hakem heyetine göre, ICSID kararlarında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulamasında tam bir tutarlılık yoktur. Buna mukabil, en çok gözetilen ulus kaydının ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen tüm konuları kapsadığı durumlarda, bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralları da içine aldığı çoğunlukla kabul edilmektedir. Anılan gerekçelerle heyet, davacı şirketin Arjantin-ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere dayanabileceğine ve davacı şirketin İtalya - Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasını ihlal etmediğine karar vermiştir⁸².

Aksi yönde bir karar yukarıda da bahsettiğimiz *Kılıç İnşaat – Türkmenistan* davasında verilmiştir. Hakem heyeti, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri kapsamadığına karar vermiş ve böylece, davacının, tahkim öncesi iç hukuk yollarına başvuru şartı taşımayan İsviçre ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak doğrudan tahkim sürecini başlatma talebini reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir. Hakem heyeti bu davada ayrıntılı metin incelemesi yapmıştır. Buna göre, heyet, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasında maddî haklar ile yargısal usullerin birbirinden ayırt edildiğini ve en çok gözetilen ulus kaydının yalnızca anlaşma kapsamındaki maddi haklar için söz konusu olduğunu tespit etmiştir⁸³.

Buraya kadar incelenmiş olan ICSID kararlarında görüldüğü üzere, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı belirlenirken, kaydın nasıl kaleme alındığı, kaydın anlaşma kapsamındaki tüm konularda mı yoksa yatırım ile ilgili konularda mı uygulama alanı bulacağı hakem heyetlerinin kararlarını önemli ölçüde etkilemiştir⁸⁴. Uyuşmazlıkların iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID Tahkimine götürülmesi ile ilgili hakem kararlarında özellikle dikkat edilen bir diğer unsur ise tarafların iradesidir. Tarafların iradesinin, en çok gözetilen ulus kaydı ile bertaraf edilmesi mümkün

⁸¹ Impregilo v. Argentine, par.100.

⁸² Impregilo v. Argentine, par.108.

⁸³ Kılıç İnşaat v. Turkmenistan, par.7.3.9.

⁸⁴ Çalışkan, s.324; Aydoğmuş, s.75.

değildir⁸⁵. Sonuç olarak, ICSID’in yetkisi bakımından önem arz eden iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının son derece dikkatli kaleme alınması gerekmektedir.

SONUÇ

ICSID’e rızanın verildiği hemen hemen tüm rıza hükümlerinde tahkim öncesi müzakere süreçleri ve iç hukuk yollarına başvuru süreçleri öngörülmektedir. ICSID nezdinde açılmış davalarda hakem heyetleri bu süreçlerin yerine getirilip getirilmediğini “Merkezin yetkisi”nin var olup olmadığını tespit amacıyla incelemektedir. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim süreci öncesinde başvurulması/denenmesi gereken bir çözüm yolu olarak öngörülen müzakere süreçleri, ICSID uygulamasında, Merkezin yetkisi bakımından zorunlu bir ön şart olarak görülmemekte, yatırım anlaşmalarındaki bu hükümlerin yönlendirici nitelikte olduğu uygulamada kabul edilmektedir. Öte yandan, yukarıda bahsettiğimiz davalarda da görüldüğü üzere, taraflar ve özellikle davalı taraf müzakereye yanaşmıyorsa bu süreci beklemenin anlamsız olduğu ICSID uygulamasında kabul edilmektedir. İç hukuk yollarına başvuru süreçleri ise ICSID uygulamasında, müzakere süreçlerinin aksine zorunlu nitelikte görülmektedir. ICSID uygulamasında, yatırımcılar, iç hukuk yollarına başvuru şartını, ikili yatırım anlaşmalarındaki “en çok gözetilen ulus” kayıtlarına başvurarak veya böyle bir uygulamanın sonuç vermeyeceği, pratikte bir anlam taşımayacağını ileri sürerek aşmaya çalışmaktadırlar. Özellikle, en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı ve tahkim öncesi zorunlu süreçleri bertaraf edip edemeyeceği yabancı doktrinde ve ICSID kararlarında yoğun bir şekilde tartışılmaktadır.

Tahkime rıza hükümlerinin ICSID’in yetkisi bağlamında ortaya çıkardığı uyuşmazlıklar ve farklı görüşler göz önünde bulundurulduğunda, bu hükümlerin (özellikle yoğun olarak yer aldığı ikili yatırım anlaşmalarının) kaleme alınırken özenli ve dikkatli olunması gerektiği ortadadır.

⁸⁵ Aydoğmuş, s.75.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya (2016), *Milletlerarası Tahkim*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akkutay, Ali İbrahim (2013), “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesininin 27. Maddesi”, *TBB Dergisi* S.107.
- Aydoğmuş, Yasemin (2009), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkani”, *MHB*, Yıl 29, S. 1-2.
- Ataman Figanmeşe, İnci (2012), “En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden Yetki Tesisi: RosInvest Kararı”, *UTTDER*, C.1, S.2.
- Cremades, Bernardo M./Cairns, David J. A. (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects* (Ed. Norbert Horn), *Studies In International Economic Law Volume 19*, Kluwer Law International.
- Çalışkan, Yusuf (2012), “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, Yetkin.
- Dost, Süleyman (2006), *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara, Asil Yayınevi.
- Egemen/Demir, Işıl (2014), *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Erten, Rifat (2005), *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü.
- Erten, Rifat (1998), “ICSID Tahkimi”, *BATİDER*, C.19, S.4.
- Günuğur, Haluk (1999), “Türk Hukukunda ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, TBB Yayın No:8, Ankara.
- Jagusch, Stephen /Sinclair, Anthony /Stranger-Jones, David (2011), “Investment Arbitration”, *The International Arbitration Review* (Ed. James H. Carter), Second Edition, United Kingdom, Law Business Research.
- Kılavuz, Ali Kemal (2009), “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S.1-2.

Lalive, Pierre (2002), “Some objections to Jurisdiction in Investor – State Arbitration”, *Publié dans les Procès Verbaux de l’ICCA, Mai 2002, s.19*, <http://www.arbitrationicca.org/media/0/12319105289900/objection_jurisdiction_investor_state_arbitration.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Newcombe, Andrew/Paradell, Lluís (2009), *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, Walters Kluwer Law & Business.

Nomer, Ergin & Ekşi, Nuray & Öztekin/Gelgel, Günseli (2013), *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1, 4. Bası*, İstanbul, Beta Yayınevi.

Ovacık Mustafa (2000), *Hukuk Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Özcan, Turgut Aycan (2014), “Assessment of Most Favored Nation Clauses in Terms of Ejusdem Generis Principle And Its Impact Over Some Bilateral Investment Treaties Executed By Republic of Turkey in 1990s”, *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan*, İstanbul, Legal.

Özsunay, Ergun (2004), “Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı”, İstanbul Ticaret Odası, *Uluslararası Ticari Tahkimde Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları*, Yayın No:2004-16, s.179, <<http://www.ito.org.tr/itoyayin/0013429.pdf>> s.e.t. 03.01.2018.

Reed, Lucy/Paulsson, Jan/Blackaby, Nigel (2011), *Guide to ICSID Arbitration, Second Edition*, United Kingdom, Wolters Kluwer Law & Business.

Schreuer, Cristoph (2005), “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, *LPICT*, <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/75_cspubl_75.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Schreuer, Christoph (2011), “Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: 2010 the Fordham Papers* (Arthur W. Rovine, ed.), <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/interactions_int_tribunals_domestic.pdf> s.e.t. 23.06.2014.

Sornarajah, M. (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, USA/ New York, Cambridge University Press.

Sureda, Andrés Rigo (2012), *Investment Treaty Arbitration – Judging Under Uncertainty*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, USA/New York, Cambridge University Press.

Şanlı, Cemal (2016), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Şanlı, Cemal (1999), Türkiye Barolar Birliği - İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim - Panel 16 Temmuz 1999.

Şit Köşgeroğlu, Banu (2012), Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tiryakioğlu, Bilgin (2003), Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Vedat Kitapçılık.

Tuygun, Salih (2007), ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir.

UNCTAD (2004), “Recent Developments in Investor – State Dispute Settlement” (ISDS), No:1, <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Zenginkuzucu, Dikran M. (2012), Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul, Legal.

<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_Process_General.pdf> s.e.t. 12.08.2017.

<<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>> s.e.t. 17.08.2017.

Kararlar

Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID, (ICSID CaseNo:ARB/08/9), Decision on jurisdiction and admissibility, 8 February 2013, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID Case No:ARB/03/29), Decision on jurisdiction, 14 November 2005, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID, (ICSID Case No:ARB/07/17), Award, June 21, 2011, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, ICSID, (ICSID Case No:ARB/10/1), Award, 2 July 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf> s.e.t. 05.10.2016.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID, (ICSID Case No. ARB/06/8), Award, September 2, 2011, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C77/DC2251_En.pdf> s.e.t. 08.02.2018.

RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, Award on Jurisdiction, October 2007, SCC Case No: Arbitration V 079 / 2005, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> s.e.t. 12.08.2017.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, (ICSID CaseNo:ARB/01/13),Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction,6August2003, <<http://www.italaw.com/documents/SGSvPakistan-decision.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID, (ICSID Case No: ARB/94/2),Decision on jurisdiction,24December1996,<<http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0870.pdf>> s.e.t. 05.10.2016.