

ICSID TAHKİMİNDE ONAY¹ (RIZA)

Consent in ICSID Arbitration

Dilşad KUĞUOĞLU², Elit Meviza DEMİRKOL³

Geliş Tarihi: 22.01.2018

Kabul Tarihi: 16.02.2018

ÖZET

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi yani İngilizce kısaltması ile ICSID, yatırım tahkimi alanında önemli bir yere sahiptir. Bu tahkim mekanizmasının işlerlik kazanabilmesi açısından en önemli hususlardan biri de onay meselesidir. Zira onay bir ön şart olarak görülmekte ve yokluğu halinde ICSID'in yargı yetkisine sahip olamaması durumu ortaya çıkmaktadır.

Onayın kaynakları ve verilme anı da bu anlamda önem kazanmaktadır. Onayın kaynakları temel olarak ev sahibi devletin ulusal mevzuatı, ikili yatırım anlaşmaları, çok taraflı yatırım anlaşmaları ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesi olabilecektir. Onayın kaynağı hangi yabancı yatırımcıların ICSID Tahkimine gidebileceği noktasında hayattır. Onayın verilme anı ise yabancı yatırımcının milliyetinin belirlenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken bir unsurdur.

Onayın varlığı, ICSID Tahkimine başvuracak taraflarca, Genel Sekreterlikçe ve hakem heyetlerince büyük bir titizlikle ele alınmalıdır. Hakemlik davasının tescili aşamasında onay incelemesi yapılması için Genel Sekretere yüklenmiş bir görev söz konusudur. Ayrıca davanın görülmesi esnasında onay yokluğuna dair taraf iddiaları büyük bir özenle incelenmeli ve hakem heyetleri de re' sen bir onay incelemesi yapmalıdır.

Anahtar Kelimeler: ICSID, Onay, Onayın Kaynakları, Ev Sahibi Devlet, İkili Yatırım Anlaşmaları, Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları, Yatırım Anlaşmaları, Şarta Bağlı Onay, Onayın Verilme Anı.

ABSTRACT

International Center for Settlement of Investment Dispute (ICSID) has an important place in the field of investment disputes. One of the most important aspects to bring into force ICSID mechanism is the consent. The consent is deemed as a precondition and in the absence of it, ICSID becomes non-jurisdictional.

In this sense, sources of consent and the time of consent are essential. Mainly, sources of consent might be host state legislation, bilateral investment treaties, multilateral treaties and contract between investor and host state. The source of consent becomes vital at the point of deciding which investor could bring case before ICSID against the host state. The time of consent is significant to specify the investor's nationality.

The existence of consent shall be considered very meticulously by Parties of the dispute, General Secretary and Arbitral Tribunal. At registration of the arbitration case, the consent inquiry shall be done by General Secretary. In addition to that, during the arbitral proceeding, the allegation of absence of consent directed by Parties shall be examined very carefully by Arbitral Tribunal. Even if no Party addresses this allegation to the Arbitral Tribunal, the Tribunal shall examine proprio motu the consent matter.

Keywords: ICSID, Consent, Sources of Consent, Host State, Bilateral Investment Treaties, Multilateral Investment Treaties, Investment Contract, Conditioned Consent, Time of Consent.

¹ Her ne kadar kaynaklarda ve ICSID Konvansiyonu'nda "rıza" tabiri kullanılsa da, kanımızca, "onay" teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Zira özel hukuk terminolojisinde "rıza" uyuşmazlık çıkmadan önce verilen muvafakate, "icazet" ise uyuşmazlık çıktıktan sonra verilen muvafakate işaret etmektedir. ICSID Tahkiminde onayın verilme zamanı önem arz etmekle beraber makalenin genelinde böyle bir kronolojik ayrıma işaret etmeyen "onay" terimi kullanılacaktır.

² Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi

³ Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Günümüzde ulusal pazarlar yerlerini küresel boyutlu ticaret ve ekonomi ağına bırakmıştır. Ekonomik gelişmelerin global hale gelmesi; devletler arasında bir iş birliği oluşturulması ve uluslararası yatırımın/yatırımcının korunması ihtiyacını doğurmuştur. Her ne kadar devletler kendi bünyelerinde bir yargı mekanizmasına sahip olsa da tarihsel süreç devletlerin yabancı yatırımcılara farklı muamele edilebileceğini tecrübe ettirmiştir. Bu nedenle uluslararası boyutta faaliyet gösterecek uyumsuzluk çözüm merkezleri kurulması ihtiyacı hasıl olmuştur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerce yabancı yatırımın vazgeçilmez bir unsur olarak görülmeye başlanması ve bu ülkelerin yabancı yatırımcıları ülkelerine çekme arzusu karşısında yabancı yatırımcılar, uluslararası tahkim mekanizmalarının kabul edilmiş olmasını, yapacakları yatırımın bir koşulu olarak talep etmiştir. Zira yatırım tahkimi, yatırımla ilgili çıkması muhtemel bir uyumsuzlukta taraflara öngörülebilir bir çözüm yolu sağlamaktadır⁴.

ICSID⁵ (International Center for Settlement of Investment Disputes) yatırımcı ile devlet arasındaki güven atmosferinin bozulmadan çözülmesi ve özellikle büyük riskler alarak yabancı bir devlete yatırım yapan yatırımcının korunmasını sağlamak üzere⁶ 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe giren Washington Sözleşmesi ile kurulmuştur. Dolayısıyla Washington Sözleşmesi'nin en belirgin niteliği, yabancı yatırımcılar ile devletler arasında ortaya çıkan yatırım uyumsuzluklarının çözümüne yönelik bir birim kurulmasına imkan sağlamasıdır⁷. Türkiye ise ICSID Konvansiyonu'nu ("**Konvansiyon**") 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış ve Konvansiyon 2 Nisan 1989 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiştir⁸. Bununla birlikte, bir devletin Konvansiyon'a taraf olması, ICSID'in yargılama yetkisine verilmiş bir onay değildir. Her yatırım anlaşması ve bundan doğacak ihtilafın ICSID'e arz edilebilmesi için Türkiye'nin onay vermesi gerekir.⁹

ICSID, yabancı yatırım uyumsuzluklarının çözümü için tek çare olmamakla beraber belki de en önemlisidir. Öncelikle, ICSID yalnızca devletler ve özel kişiler arasındaki uluslararası yatırım uyumsuzlukların çözümü için oluşturulmuş özel ve uzman bir tahkim merkezidir¹⁰. Ayrıca, çok sayıda ikili yatırım anlaşmasında

⁴ **DOST** Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara 2006, s. 1

⁵ Makalede "Merkez" şeklinde de kısaltılabilecektir.

⁶ **TURAN** Gökçen, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, 2002, s.121 <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750> (26.10.2017'de erişildi).

⁷ **ORMANOĞLU** Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Mart 2004, s. 91

⁸ Türkiye, Konvansiyon'a üye olan 91. üye devlettir.

⁹ **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.122

¹⁰ **YILMAZ** İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, 1.

ya da çok taraflı yatırım anlaşmasında uyuşmazlık çözümünün ICSID nezdinde gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. ICSID Tahkiminin asıl ayırt edici özelliği ise, ihtilafları çözüme kavuşturan hakem kararlarının Washington Sözleşmesini onaylayan bütün ülkelerde yerel mahkemeler tarafından verilmiş nihai bir karar gibi icra edilebilir olmasıdır.¹¹

İşbu makale kapsamında öncelikle neden ICSID'in yabancı yatırım uyuşmazlıkları alanında tek uluslararası tahkim mekanizması olmamasına rağmen, belki de en önemlisi olduğu açıklanacak, akabinde ICSID Tahkiminde onay meselesi detaylı olarak ele alınacaktır.

A. ICSID'İN ÖNEMİ

ICSID, özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi bir araç ve tehdit unsuru olmaktan çıkarak uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini dengeleyen bir çözüm hedeflemektedir. Böylece yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi konusunda özel bir tahkim sistemi getirerek ulusal hukuklardan bağımsızlaşmıştır. ICSID, taraf devletlerde otomatik tanıma ve tenfiz gücüne¹² sahiptir. Konvansiyon, akit devletleri, başka ülkelerde yabancı yatırımcı sıfatını haiz vatandaşlarına diplomatik himaye uygulamaktan men etmesi¹³ sebebiyle de kendine özgü bir yapıya sahiptir¹⁴.

Yabancı yatırımcının yatırım yapacağı yerel mahkemeye karşı güvensizliğini gidermek, aynı zamanda uluslararası hukukun birer süjesi olan devletlerin kendi çıkarlarından taviz vermemesi¹⁵ adına ICSID önem arz eden bir mekanizmadır. Zira, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında tarafsız bir sistem olan ICSID, egemen devletler için de kabul edilebilir niteliktedir¹⁶.

Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 31

¹¹ **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.121

¹² Bkz. Konvansiyon'un 54. maddesi; ICSID Hakem kararlarının doğrudan uygulanabilir niteliği doktrinde kimi yazarlarca eleştiriye açık bulunmaktadır. Zira kural olarak egemen eylemlerini konu edinen yatırım tahkimlerinde, ticari uyuşmazlıklar sonucunda verilen hakem kararlarının doğrudan uygulanabilirliği gibi bir doğrudan uygulama alanı yaratılması sakıncalar doğurabilecektir. Bkz: ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 65

¹³ Ancak devletlerin icra sırasında, yerel mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına benzer şekilde, diplomatik korumadan yararlanacağı görüşü için bkz. ve krş. ÇAL Sedat, s. 66 - 67 ve dipnot 153 - 155.

¹⁴ **DOST** Süleyman, s. 148

¹⁵ Konvansiyon'un 5. maddesine göre Dünya Bankası başkanı otomatik olarak ICSID İdari Konseyinin de başkanıdır. Dünya Bankası Grubu içerisinde yapılanmış olan ICSID ve Dünya Bankası ile arasında bulunan organik bağ gereği, özellikle bazı Latin Amerika ülkelerine kredi baskısıyla, ICSID Tahkimi adeta bir zorunluluk haline getirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ÇAL Sedat, s. 67 -70.

¹⁶ **FRIEDLAND** D. Paul, Arbitration Clauses for International Contracts, Juris Publishing 2004, s. 97

Bu sistemde yabancı yatırımcı gibi devlet de tahkim yolunu başlatan taraf olabilecektir ancak pratikte buna çok az rastlanmaktadır¹⁷.

ICSID Tahkim kuralları, Konvansiyon'da yer alan uluslararası hukuk kurallarının bir araya gelmesinden oluşan kendine yeten ve otonom¹⁸ (ulusal hukuklardan bağımsız) bir mekanizma oluşturmaktadır¹⁹. Doktrinde "kendine yetme" olgusu eleştirilere de maruz kalmaktadır. Zira bazı yazarlara göre ICSID hukuk içerisinden bir "adacık" oluşturmaz ve oluşturamamalıdır da. Buna göre, parçalı bir yapı oluşturan uluslararası hukukun "adacıkları" birbiriyle ilintilendirilmeli ve bunlara bir bütün olarak bakılmalıdır²⁰.

ICSID'in yalnızca yatırım uyuşmazlıkları konusunda özelleşmiş, uzmanlaşmış yapısı ve tecrübesi yatırımcıların bu mekanizmaya başvurmasında önem arz eder. Dolayısıyla açıklanan nitelikleri nedeniyle ICSID Tahkimi yatırım uyuşmazlıklarına çözüm bulunması konusunda en sık işletilen mekanizmadır.

B. ICSID'İN YARGILAMA YETKİSİ

Tahkim, barışçı çözüm mekanizmalarından biri olup her tahkime başvuru prosedüründe olduğu gibi ICSID yargısı da gönüllülük esasına dayanmaktadır²¹. Konvansiyon'un "Giriş" bölümünde şu ibarelere yer verilmiştir: "Hiç bir âkit devletin, bu sözleşmeyi onaylamış, teyit etmiş ya da kabul etmiş olduğu gerçeğine rağmen, kendi rızası olmaksızın herhangi bir anlaşmazlığı uzlaştırma veya hakemliğe sunma yükümlülüğünde olmadığını ilan ederek (...)". Bozuk bir şekilde Türkçe'ye çevrilmiş olan bu kısımda söylenmek istenen Konvansiyon'a üye olmanın başlı başına ICSID Tahkimi'ne gitme konusunda devlete bir borç yüklenmediğidir.

Bu anlamda bir devletin onay (consent) verebilmesi için Konvansiyon'a akit olması aslında bir ön şart²² olarak görülebilecektir. Akit devlet ve başka bir akit

¹⁷ **NOMER** Ergin/ **EKŞİ** Nuray/ **GELGEL** Günseli, Milletlerarası Tahkim, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 53

¹⁸ **GIARDINA** Andrea, "ICSID: A Self-contained Non-National Review System", International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization and Uniformity" (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors: R. Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993, s. 200 (**DOST** s. 150'den naklen)

¹⁹ **DOST** Süleyman, s. 150

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. ÇAL Sedat, s. 64 - 65 ve dipnot 147 - 148

²¹ **ZENGİNKUZUCU** M. Dikran, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 103

²² Mehmet Can **AÇIKALIN** bu hususu yetki kabulünün objektif şartı; somut uyuşmazlık bakımından tarafların ICSID yargılmasını kabul ettiklerine dair yazılı onay sunması şartını ise "sübjektif şart" olarak adlandırmaktadır. Biz, bu hususu ön şart olarak tanımlamayı daha doğru bulmaktayız. (**AÇIKALIN** Mehmet Can, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case

devletin yatırımcısı arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarında ICSID'in tahkim konusunda yetki kazanması ise ancak bu devletlerin ICSID Tahkimine onay vermesi ile gerçekleşebilecektir.

Tarafların uyuşmazlığı ICSID'e ne şekilde götürecekleri, hakemlik istemini ne şekilde yapacakları Konvansiyon'un 36. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre istemin Genel Sekreterliğe yapılması gerekir. Tahkim davasını başlatmak isteyen uyuşmazlık tarafı, yazılı istemini Genel Sekreterliğe iletir. Bu istemde tarafların onayını içeren yazılı bir belge de bulunmalıdır. Bu aşamada Genel Sekreter adeta bir "ön inceleme" yaparak ICSID'in yetkili olup olmadığı hususunu inceler. Tarafların onay vermediğinin açık olduğu hallerde, ICSID yargı yetkisini haiz değildir. Bu nedenle Merkez'e başvuran kişilerde kurumsal tahkim sürecinin titiz şekilde yürütülmediği izlenimini vermemek ve bu kişilerin Merkez'in konumuna olan güvenlerini sarsmamak adına Genel Sekreterce bir onay incelemesi yapılmaktadır. Bu noktada Genel Sekreter adeta bir "süzgeç"²³ işlevi görür. Genel Sekreter bu incelemeyi yalnızca davacının isteminde yer alan belgelere bakarak dosya üzerinden yapacaktır; karşı tarafın görüşüne başvurulması söz konusu olmaz²⁴. ICSID'in yetkisinin bulunmadığı açık durumlarda, yani ev sahibi devletin ya da yabancı yatırımcının devletin Konvansiyon'a taraf olmaması, ICSID'in yetkisini tanıyan yazılı onayın sunulmaması veya hukuki uyuşmazlığın olmaması gibi hallerde başvuruyu reddedecektir. Bu karara karşı herhangi bir itiraz yolu mevcut olmayıp taraflar ancak ve ancak tekrar bir başvuru ücreti ödeyerek yeni bir başvuru yapabileceklerdir²⁵. Genel Sekreterin yetki konusunda tereddüde düşmesi halinde ise istemi tescil ederek tahkim prosedürünü başlatması gerekir²⁶. Şunu belirtmek gerekir ki; Genel Sekreterin yapacağı inceleme yetki konusunda verilmiş bir nihai karar olarak nitelendirilmemelidir. Zira yetki konusu ön sorun ya da esasla beraber yine hakem mahkemesi tarafından tartışmaya açılabilir; hatta hakem mahkemesi kararının iptali noktasında da tekrar gündeme getirilebilir²⁷.

No ARB/07/20), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Ata Sakmar'a Armağan)

²³ Burada İngilizce "screening process" tabiri kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Screening-of-Request-and-Registration-Convention-Arbitration.aspx> (06.11.2017 tarihinde erişildi)

²⁴ **HIRSCH** Moshe, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, the Netherlands 1993, s. 44 (**YILMAZ** İlhan s. 46'dan naklen)

²⁵ **YILMAZ** İlhan, s. 46 - 47

²⁶ **SCHREUER** H. Christoph, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge 2001, s. 462 (**YILMAZ** İlhan s. 46'dan naklen)

²⁷ **YILMAZ** İlhan s. 45 - 46.

Taraflar tahkim yolu olarak ICSID Tahkimine başvurma iradelerini bir kere ortaya koymakla artık bu yola başvurmak ya da başvurulması halinde tahkimin ICSID bünyesinde yürütülmesine katlanmak zorundadır. Yani onay veren ev sahibi devlet ve bir diğer akit devletin vatandaşın yatırımcısı, vermiş olduğu bu onayı artık karşı taraf kabul etmedikçe geri alınamaz ve Merkez'in yargılama yetkisine karşı çıkılamaz. Bu ilkeye ilişkin Alcoa Minerals v. Jamaika davası önem arz etmektedir. Alcoa şirketi ve Jamaika hükümeti arasında imzalanan yatırım anlaşmasında, taraflar, ICSID Tahkimine karşılıklı ve yazılı onay vermiştir. Hakem mahkemesi kararında taraflar arasında ICSID'i yetkilendiren onayın verilmiş olduğunu, verilmiş olan rızanın tek taraflı geri alınamayacağını ve Konvansiyon'un 25. maddesine uygun şekilde Jamaika hükümetince yapılan bildirim sadece gelecekte gerçekleşmesi muhtemel uyuşmazlıklar için geçerli olacağını belirtmiştir²⁸.

Akla gelebilecek bir diğer soru da tarafların yetkiye itiraz etmemeleri halinde bu suskunluklarına yetkiye onay sonucu bağlanıp bağlanamayacağıdır. Burada ICSID'in yetkisine karşı çıkmayan tarafın zımnî bir onay vermesinden bahsedilebilecektir. Fakat objektif birer şart olan konu ve kişi bakımından yetki açısından bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Yani hakem mahkemesi, re'sen, ortada bir yatırım uyuşmazlığı olup olmadığını ya da uyuşmazlığın akit devlet vatandaşı olan bir yatırımcı veya bir akit devlet tarafından önüne taşınıp taşınmadığını incelemelidir²⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında ICSID'in yargılama yetkisi; öncelikle uyuşmazlık taraflarının onayına, ardından Konvansiyon kapsamında bir hukuki menfaat uyuşmazlığının varlığına ve son olarak uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanmasına bağlıdır³⁰. İşbu makale kapsamında ICSID yargılama yetkisi bakımından yetki incelemesi yapılmayacak olup yargı yetkisi bakımından olmazsa olmaz olan onay meselesine değinilecektir.

C. ICSID TAHKİMİNDE ONAY (Ratione Voluntatis)

Tahkim yargılama sürecinde başlıca unsur, tarafların, aralarındaki ihtilafı tahkim nezdinde çözüme kavuşturmak yönünde gösterdikleri iradeleridir. ICSID için de bu söylenenler aynen geçerlidir. Ancak ICSID'in bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş olması ve yargılama taraflarından birinin devlet olması, bu irade açıklamalarını ve irade açıklamalarının tespitini nitelikli bir konuma yerleştirmektedir. Kural olarak bir özel hukuk süjesi olmayan devlet, istisnai

²⁸ <https://www.italaw.com/cases/3497> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

²⁹ YILMAZ İlhan s. 49 - 50.

³⁰ SASSOON M. David, "International Investment and Dispute Settlement" Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: FRIEDMANN D. Paul/ MESTMACKER Ernst-Joachim) Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993, s. 102-103 (DOST s. 151'den naklen)

olarak yatırım anlaşmalarında özel hukuk süjesi olarak hareket etmektedir.

31

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında ICSID Tahkimine gidilebilmesi bu konuda tarafların yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmasına bağlıdır. Burada taraflardan kast edilen nedir? Yabancı yatırıma dair bir uyuşmazlıkta her ne kadar yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet ihtilafın tarafları olarak gözüke de; Konvansiyon her yabancı yatırımcıya değil ancak vatandaşı olduğu devletin Konvansiyon'a taraf olduğu yabancı yatırımcılara ICSID Tahkimine başvurabilme imkanı vermektedir. Dolayısıyla temelde üç aktör olduğundan bahsedilebilir. Bunlar; ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı ve yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devlettir.

ICSID'in yargılama yetkisi (jurisdictional capacity), ev sahibi akit devletle yabancı yatırımcı arasında çıkan ve gerek ev sahibi devletin gerekse yabancı yatırımcının vatandaşının hukuki ihtilafların ICSID'e arzını yazılı olarak kabul ettikleri durumlarda mevcuttur.³² Salt Konvansiyon'un onaylanması yargılama yetkisinin kabul edildiği anlamına gelmeyecek; her somut olayda onay verilmesi aranacaktır. Zira, devletler onay verip vermeme konusunda serbest oldukları gibi onayın kapsamını da Konvansiyon hükümleri çerçevesinde sınırlayabilirler³³. Makalemizin ana konusu olan onay, ICSID'in "yargı yetkisinin temel taşı" olarak ifade edilmektedir³⁴.

Her somut olayda onayın aranması, taraf devletlerin diledikleri uyuşmazlıklar hakkında ulusal yargı organları dışında kalan bir mekanizmanın yargı yetkisini tanımama hakkını muhafaza etme isteklerinin bir sonucudur.³⁵ Bu durum, uluslararası hukuktan doğan her devletin egemen olduğu prensibine uygundur. Bu hususla bağlantılı olarak Konvansiyonun 26. maddesi, akit devletlerin hangi anlaşmazlık türlerini ICSID'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını ICSID'e bildirebileceğini öngörmektedir. Nitekim Türkiye, Konvansiyon'u onayladığı 3460 sayılı Kanunun³⁶ 1.maddesinin b bendinde,

³¹ **AÇIKALIN** Mehmet Can, s. 29

³² **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.33

³³ **YILDIRIM** Aslı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim" 14 Şubat 2009: Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, İstanbul 2009, (Editörler: **ULUSOY** Erol, **YILDIRIM** Aslı), s. 295

³⁴ **HERGÜNER** Ümit; International Center for Settlement of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity, MHB 1985, S: 1, s.13

³⁵ **BİLGİN** Samim, Bir Devletle Başka Bir Devletin Uyuşu Uyuşu Arasındaki İhtilaflarda Tahkim, BTHAE, I. Tahkim Haftası (Sempozyum), Ankara 1965, s.570 (**TURAN**, Tahkim s.34'ten naklen)

³⁶ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG., S.19830; 02.06.1988

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması sebebiyle Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerinde mülkiyet ve aynı hak iddialarının ICSID’e götürülmeyeceğini öngörmüştür.

Onayın, yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Ayrıca taraflar onaylarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu oluru tek taraflı olarak geri alamaz. Yani Konvansiyon, uyuşmazlığın tarafı olan devletin ICSID’e gitme konusunda onayını beyan ettikten sonra, yargılamanın seyrini olumsuz etkilememesi amacı gütmektedir.³⁷

Bu nedenle, ICSID’e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş olmaktadır. Dolayısıyla bu noktada kritik olan, ev sahibi devletin onayının sunulma biçimidir. Konvansiyon, onay beyanı konusunda özel bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte, onayın verilme biçimine ilişkin farklı yollar söz konusu olabilir.

Sözleşmenin 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tahkim prosedürünü başlatmak isteyen herhangi bir akit devlet ya da akit devlet vatandaşı bu yöndeki talebini ICSID Genel Sekreterine yazılı olarak iletirken, talep, tarafların hakemlik davasının açılma kurallarına uygun olarak hakemlik konusundaki onaylarını bulunduran belgeleri içermelidir. Tarafların onayını içeren metin en geç, taleplerin bulunduğu dosyanın Genel Sekretere sunulduğu anda olmalıdır.³⁸ Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir taraf uyuşmazlığın konusu ile doğrudan ilgili fer’i ya da ek bir iddiada veya karşı iddiada bulunabilir. Şu kadar ki, böyle bir tali iddia tarafların tahkim prosedürüne verdikleri onayın kapsamı ile ICSID’in yargılama yetkisinin içinde olmalıdır.³⁹ Bu husus bize, onayın içeriğine de bakılması gerektiğini göstermektedir. Devletler, egemen olmalarına bağlı olarak ICSID Tahkimine gidilmesi için onay verirken, çıkacak hangi ihtilaf için bunu verdiklerini belirterek onayı sınırlama yoluna gidebilirler.

Konvansiyon’un 26. maddesi, bu sözleşme çerçevesinde tarafların verdikleri onayların, devletlerin Konvansiyon dışındaki herhangi bir çözümü reddetmiş sayılmaları anlamına geleceğini belirtmektedir. Bu noktada Konvansiyon “yargılamadan kaçınma” (judicial abstention) ilkesini benimsemiştir.⁴⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, devletlerin onay verirken ön koşul olarak yerel, idari

³⁷ **BOZKURT** Enver/ **DOST** Süleyman, Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler Ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi 2005, S: 1-2, s. 5

³⁸ **ERTEN** Rifat, ICSID Tahkimi, BATİDER 1998, C: 19, S: 4, s. 218

³⁹ **TURAN** Gökçen, Dünya Bankası Bünyesindeki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez’in Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkimin İşleyişi, BATİDER, C: 25, S: 3, (Eylül 2009), s. 369

⁴⁰ **YEŞİLİRMAK** Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, BATİDER, C: 20, S: 2, s. 166

ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebileceğini öngörmektedir. Böyle bir koşul öngörülmesi durumunda, basamaklı bir çözüm yolu izlenecek; önce ev sahibi devletin iç hukuk yolları tüketilecektir. Bununla birlikte, böyle bir koşulun ICSID Tahkiminden maksimum faydalanmayı engelleyeceği savunulabilir. Çünkü bağımsız bir tahkim mercine başvurulmasındaki amaç, ev sahibi devletin olası manipülasyonlarına karşı ve tarafsız davranamayabileceğinden bahisle vicdanların rahat olduğu, aynı zamanda hızlı bir yargılama sağlamaktır. Oysa önce yerel mahkemelere başvurulmasının zorunlu tutulması, uyuşmazlığın çözümünü geciktirecek ve ICSID'in yukarıda belirttiğimiz faydalarından yararlanmayı engelleyebilecektir.

Konvansiyonun 26. maddesinin ikinci fıkrasını zıt yorum yöntemiyle yorumlarsak, bir akit devlet eğer şart koymaksızın onay vermişse, artık iç yolların tüketilmediğini bahane ederek ICSID Tahkiminin yetkisine karşı çıkamayacaktır. ICSID'in yargı yetkisine ilişkin olarak hakem heyeti önünde savunulabilecek tek iddia iki taraflı yatırım anlaşmasında gösterilen onayın geçersiz olduğudur. Bu ise söz konusu devletin uluslararası anlaşma yapma ehliyetine yöneltilmiş bir iddia olup söz konusu iddianın ICSID hakem heyeti tarafından reddi söz konusu olacaktır.⁴¹

Makalede öncelikle ev sahibi devletin onayı sorununa yaklaşılabilecek, sonrasında yabancı yatırımcının ICSID Tahkimine onayı incelenecektir.

a. Ev Sahibi Devletin Onayı

Konvansiyon'a göre yabancı yatırım uyuşmazlığının ICSID Tahkimine götürülebilmesi için ev sahibi devlet ICSID Tahkimine başvuru konusunda onay vermelidir.⁴²

Yabancı yatırımcı, devletler arasında imzalanmış ve uluslararası hukukun süjesi olan devletlerin onayını gösteren bir uluslararası anlaşmaya taraf olamayacaktır. Ancak yabancı yatırımcının, böyle bir uluslararası anlaşmaya taraf

⁴¹ YEŞİLİRMAK Ali, s. 181

⁴² **ERTEN** ise, eserinde yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin de rızasının bulunması gerektiğini savunmaktadır. Biz bu görüşe katılmamaktayız; yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin Konvansiyon'a taraf olması gerekli ve yeterlidir. Nitekim Konvansiyon'un 25. maddesi de uyuşmazlık taraflarının onayını aramaktadır. Ayrıca, onayın kaynaklarına bakıldığında, aşağıda açıklanacağı üzere, karşımıza temelde dört kaynak çıkmaktadır. Bunlar; millî mevzuat, ikili yatırım anlaşması, çok taraflı yatırım anlaşması ve ev sahibi devlet - yabancı yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesidir. İki taraflı yatırım anlaşmaları ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, devlet onayını karşılıklılık koşuluna yani diğer devletin de onay vermesine bağlamış olabilir. Ancak, ev sahibi devletin onayını kendi millî mevzuatı ile vermiş olması örneğinde olduğu gibi her somut olayda böyle bir karşılıklılığın ortaya çıkması söz konusu olmayabilir. Keza, ev sahibi devletin onayını, yabancı yatırımcı ile imzaladığı yatırım sözleşmesinde vermesi ihtimalinde de yabancı yatırımcının devletin onay verip vermediği araştırmasının yapılmasına gerek yoktur. bkz. **ERTEN** Rifat, s. 218

olamaması, onun bu anlaşmadan belli kazanımlar elde edemeyeceği anlamına gelmez. Bu nedenle doktrinde söz konusu durum “Uluslararası Tahkimin Nisbi Olmaması” ilkesi olarak anılmaktadır. Böylece “somut, gerçek davalıyla; somut ve gerçek bir uyuşmazlıkta karşı karşıya gelme imkanı” yabancı yatırımcıya verilmiş olacaktır⁴³.

Akit devletlerin onay vermesi, Konvansiyon’un 25. maddesinin 1. fıkrasında “Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler **(ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır.**” şeklinde belirtilmiştir. Burada dikkate değer husus, sadece akit devletlerin değil, devleti oluşturan birimlerin ya da devletin atadığı temsilcilerin de uyuşmazlık tarafı olabilmesidir. Belediyeler, yerel idarelerin organları, devletlerin varsa özerk bölgeleri, vilayetleri ve federe devletler bu kapsama girmektedir.⁴⁴ Konvansiyon’un 25. maddesinin 3.fıkrası ise, bu birimler uyuşmazlığa tarafsız, sadece bu birimlerin onaylarının yetmeyeceğini söylemekte; ayrıca akit devletin onayının gerekmediğine dair bu devletin beyanı aranmaktadır.

b. Yatırımcının Onayı

Çoğunlukla davacı konumunda olan yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında ICSID Tahkimini yetkili kılan bir tahkim anlaşması olmasa dahi yatırımcı açısından, yatırım uyuşmazlığını, ICSID önüne götürme imkanı mevcuttur⁴⁵. Yabancı yatırımcı uyuşmazlığı, Konvansiyon’a taraf olan ev sahibi devletin onay vermesi halinde, ICSID Tahkimine götürmek ya da ev sahibi devletin ulusal yargı sistemi içerisinde çözme imkanına sahiptir. Yani yabancı yatırımcının böyle bir durumda uyuşmazlığı ICSID’e götürmesi doğrudan onay verdiğini gösterir niteliktedir⁴⁶.

Bununla beraber yabancı yatırımcının davalı, ev sahibi devletin ise davacı olduğu düşünülürse artık yabancı yatırımcının da onayı gerekecektir. Burada yabancı yatırımcı uyuşmazlık çıkmadan önce ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra ev sahibi devletle yazılı bir tahkim anlaşması yapmış olabilir. Uyuşmazlığın çıkmasından sonra ise yabancı yatırımcının, aleyhine ICSID Tahkimine

⁴³ PAULSSON Jan, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1995, s. 232 vd., (http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf adresinden 03.11.2017 tarihinde erişildi); WANG Guigo, Consent in Investor - State Arbitration: A Critical Analysis, Oxford University Press 2014, s. 336

⁴⁴ ERTEN Rifat, s. 216

⁴⁵ AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 51 ve dipnot 75.

⁴⁶ SCHREUER Christoph, Consent to Arbitration, s. 1 (http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf sitesinden 05.01.2018 tarihinde erişildi).

gidilmesine yazılı onay göstermesi gerekir. Konvansiyon'un 25. maddesi uyarınca yabancı yatırımcının yazılı onayını ICSID'e sunması gerekir.

Onayın kaynaklarına alt başlıkta yer verilecek olmakla beraber, son olarak şunu da belirtmekte fayda vardır ki yabancı yatırımcının, ev sahibi devletin ICSID Tahkimine onay gösterdiği sözleşmenin ya da yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği sırada ev sahibi devlette yatırımcı olması gerekmez⁴⁷. Onayın verilmesinden sonra ev sahibi devlette yatırımın yapılması da söz konusu olabilir.

i. Onayın Kaynakları

Ticari tahkim alanında kural olarak, uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında çıkmış veya çıkacak uyuşmazlıkları tahkim yoluyla giderme konusunda onay vermiş olmaları aranır. Buna karşın, yatırım tahkimi alanında yatırımcı ve ev sahibi devletin bizzat bu konuda bir anlaşmaya varmış olmaları aranmaz. Nitekim yatırım tahkim alanında, onay farklı şekillerde verilebilecektir⁴⁸.

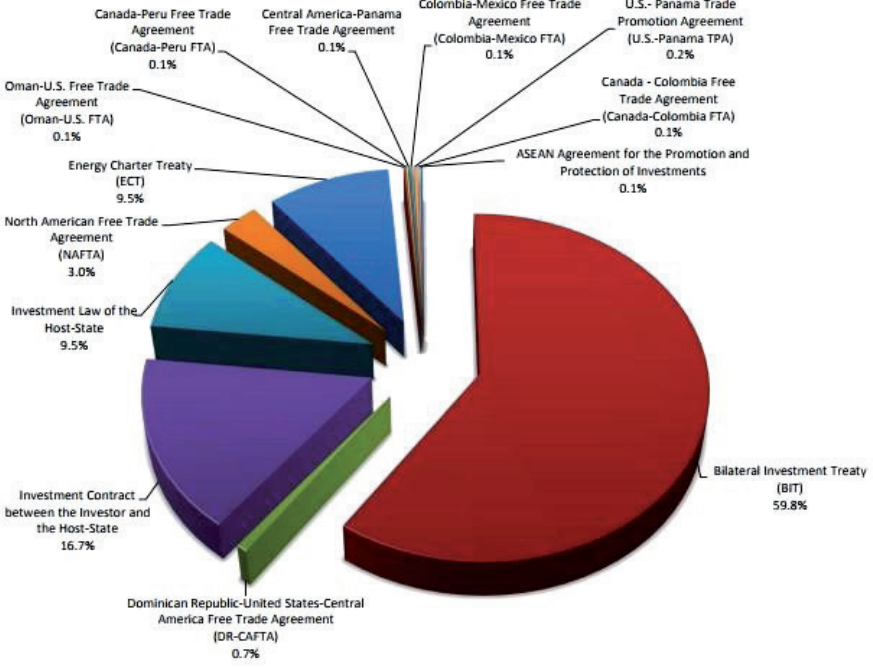
2017'de ICSID'in yaptığı bir araştırmaya⁴⁹ göre, bugüne kadar ICSID'e getirilen uyuşmazlıkların dayandığı onay kaynağı olarak ikili yatırım anlaşmaları, %59.8 ile en büyük paya sahiptir. %16.7 ile ikincisi ise, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmasında öngörülen onaydır. Üçüncü olarak, %9.5 ile ev sahibi devletin yatırım kanunlarında öngörülen onay sayesinde ihtilaflar ICSID'de çözülmekte; kalan %14'lük dilim ise, çok taraflı anlaşmalar ile verilen onaya aittir. Makalemizin bu bölümünde onayın hangi kaynaklardan doğabileceği incelenecektir.

⁴⁷ AKINCI Ziya, s. 52

⁴⁸ ATAMAN FİGANMEŞE İnci, 24 Mayıs 2012 Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı (Editörler: ESEN Emre/ AKCAN Ahmet), 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 20 - 21

⁴⁹ The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017-1),s. 10, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf) (30.10.2017'de erişildi.)

Chart 5: Basis of Consent Invoked to Establish ICSID Jurisdiction in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules:



1. Ev Sahibi Devletin Milli Mevzuatı

ICSID Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet, onaya milli mevzuatında yer verebilir. Günümüzde birçok ülke, yabancı sermayeyi ülkesine çekebilmek için, ICSID Konvansiyonu'nun amacına paralel olarak, yabancı yatırımı özendirici ve koruyucu mevzuat ihdas etmektedir.⁵⁰ Bir yasa ile gösterilen ve ICSID hakem heyeti tarafından geçerli olarak kabul edilen onaya ilişkin ilk örnek "Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. Arb/84/3)'dir.⁵¹

Opic-Venezuela davası ICSID'in kendini yetkisiz bulması açısından önem arz etmektedir. Zira taraflar, 3 Ekim 1999 tarihli Yatırımın Teşviki ve Korunması'na dair Venezuela Kanununun 22. maddesini, yargı yetkisini kuran onayın olup olmaması bakımından Mahkeme önünde tartışmıştır. Opic, Panama Cumhuriyeti'ne bağlı olarak faaliyet gösteren bir şirkettir. Opic ve Venezuela devleti arasında akdedilmiş bir tahkim sözleşmesi olmamakla

⁵⁰ AÇIKALIN Mehmet Can, s.30

⁵¹ YEŞİLİRMAK Ali, s.168, dipnot 97; karar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.italaw.com/cases/3300> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

beraber Venezuela ve Panama arasında da imzalanmış bir yatırım anlaşması bulunmamaktadır. Dolayısıyla ICSID'in yargı yetkisini kuran onay ancak Venezuela mevzuatından kaynaklanabilecektir. Venezuela mevzuatında yer alan maddeden çıkan sonuç ise şudur: Venezuela devletinin ICSID Tahkiminin yargı yetkisine onay verdiği ancak yabancı yatırımcının devleti ile yapılmış ve hala yürürlükte olan bir anlaşma olması halinde kabul edilebilir⁵². Dolayısıyla, devletin iç hukukunda, diğer devletlerle akdettiği ikili ya da çok taraflı anlaşmalara gönderme yapması, onun bütün yabancı yatırım uyuşmazlıkları için ICSID Tahkimine onay vermesi anlamına gelmeyecektir.

Türkiye de, yabancı yatırımlarla ilgili koşulları düzenlemek için 2003 yılında 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununu⁵³ ihdas ederek yabancı sermaye akışını destekleyici akımda yer almıştır.

Mezkur Kanun'un "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar" başlıklı 3. maddesi, e bendinde "Uyuşmazlıkların Çözümü" kısmında "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına *başvurulabilir*." denilmek suretiyle, milletlerarası tahkim alternatif bir çözüm yolu olarak gösterilmiştir. Dikkat edilirse ilgili Kanun doğrudan ICSID Tahkimi'ni yetkilendirmemiştir. Bu nedenle Türkiye bakımından ulusal mevzuat yoluyla ICSID Tahkimine verilmiş bir onaydan söz edilemez.

Milli mevzuattan kaynaklanan devlet onayında önemli olan nokta her egemen devletin milli mevzuatını değiştirme gücünü hala uhdesinde barındırıyor olmasıdır. Bu nedenle yabancı yatırımcı açısından makul olan davranış şekli; milli mevzuat buna izin veriyorken kabul beyanını sunarak, erken aşamada, tahkime onayı olduğunu beyan etmesidir. Böylece tahkim anlaşması, yabancı yatırımcı tarafından, icabın kabulü ile tamamlanmış olacaktır. Zira belirtildiği üzere, yabancı yatırımcının icabı kabulünden önce, ev sahibi devlet icabını tek taraflı olarak istediği bir anda geri çekebilecektir. Dolayısıyla yabancı yatırımcı için yazılı onayını mümkün olduğunca erken bir zaman diliminde ilgili idari birimlere ulaştırmak en akıllıca davranış biçimidir⁵⁴.

⁵² Opic-Venezuela davası hakkında detaylı bilgi için bkz. **WANG** Cheng-Kai, ICSID OPIC vs. Venezuela Dispute: A Comment on the Interpretive Approach for a Host State's Consent to Arbitration through National Legislation, (HeinOnline'dan 02.11.2017 tarihinde erişildi)

⁵³ RG 17.06.2003 / 25141

⁵⁴ **SCHREUER** Christoph, s. 5

2. Yatırımcının Devleti İle Yapılan İkili Yatırım Anlaşmaları

Devletlerin aralarında akdettikleri ikili yatırım anlaşmalarında, doğacak ihtilafların ICSID'e götürüleceğini belirtmelerinin ICSID'in yargılama yetkisine önceden verilmiş bir onay olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalı bir husustur.

Bir kısım yazar⁵⁵, iki taraflı yatırım sözleşmesi imzalamanın, sadece imzalayan devletin ICSID tahkim yoluna gitme niyetinin olduğunu gösterdiğini savunmaktadır. Yani, ikili yatırım anlaşmasını imzalamak ICSID tahkimine başvurmayı zorunlu kılmamakta, tarafların ICSID tahkimini başlatmak için ayrıca yazılı onay vermesi gerekmektedir.

Diğer yazarlar⁵⁶ ise, ikili yatırım anlaşmalarındaki ICSID Tahkim klozunun, devletin tahkim prosedürüne peşinen onay verdiği anlamına gelmesi sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Bu durumda onay sadece yatırımcı için gerekecektir. Böylece, daha gerçekçi ve milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun bir çözüm benimsenmiş olacağı savunulmaktadır.⁵⁷ ICSID'in yaklaşımı da, ikili yatırım anlaşmalarındaki tahkim klozlarının onay için yeterli sayılması şeklindedir.⁵⁸

Birçok uyuşmazlık çözüm klozu, tahkime gitmek için tartışmasız bir onay sunmaktadır. Ancak bu durum, ikili yatırım anlaşmalarında, yatırımcı/devlet tahkimine yapılan bütün göndermelerin bağlayıcı bir onay olduğu anlamına gelmez. Bu anlamda, ikili yatırım anlaşmasında kullanılan tabirler önem kazanmaktadır. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında bulunan tahkim yollamaları, ev sahibi devletin ileride vereceği onay için bir taahhüt niteliğindedir. Bu durumda örnek olarak, Japonya ve Türkiye arasındaki ikili yatırım anlaşması⁵⁹ verilebilir. Zira söz konusu anlaşmasının 11. maddesi şu şekildedir: *"Herhangi bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın vatandaşı ya da şirketi arasında ilk Âkit Taraf ülkesinde yatırımlar nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın tarafları arasında mümkün olduğunca dostane bir şekilde, görüşmeler yoluyla çözümlenmeye çalışılacaktır. Bu, herhangi bir Âkit Taraf vatandaşının ya da şirketinin diğer Âkit Taraf ülkesinde idarî ya da adlî çözüm aramayacağı*

⁵⁵ **ERTEN** Rifat s.218

⁵⁶ **YEŞİLİRMAK** Ali s.168; **TURAN** Gökçen, Tahkim, s.44

⁵⁷ Bu konudaki resmi yaklaşım Dünya Bankasının internet sitesinde ICSID'i anlatan genel bilgilere bakılarak da görülebilir. Bkz. "Advance consents by governments to submit investment disputes to ICSID arbitration can also be found in twenty investment laws and in over 900 bilateral investment treaties." <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/General%20Information.html>

⁵⁸ Örnek karar için bkz. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1)

⁵⁹ RG 21.11.1992 / 21412

anlamına gelmeyecektir. Bir Âkit Tarafın vatandaşı ya da şirketinin yatırımları nedeniyle doğan bir hukukî uyuşmazlığın görüşmeleri yoluyla çözümlenememesi durumunda, söz konusu vatanadaş ya da şirket istediği takdirde ve her iki Âkit Tarafın da Washington'da imzalanan 18 Mart 1965 tarihli "Devletler ile diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırımla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümü Anlaşması"na taraf olmaları şartıyla, diğer Âkit Taraf, uyuşmazlığın mezkûr Anlaşma hükümleri çerçevesinde uzlaşma veya tahkime götürülmesini kabul edecektir." Böyle bir taahhüde rağmen, ev sahibi devlet onay vermekten kaçınırsa, bu durum ev sahibi devletin ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan sorumluluğunun ihlali anlamına gelecektir. Ancak onay vermek için yapılan taahhüdün tek başına onay anlamına geldiğini kabul etmek zordur. Bu nedenle, benzer durumlarda, ikili yatırım anlaşması tarafını anlaşmaya uygun şekilde hareket ettirecek herhangi bir çözüm yoluna ilk etapta, başvurulabilmesi gerekir⁶⁰.

İkili yatırım anlaşmalarından bazıları ise onay için daha zayıf bir referans yapmaktadır. Genelde bu göndermeler, ev sahibi devletin, uyuşmazlık çözümünü tahkim yoluyla gidermek için bir sempati beslediğini gösteren ifadelerdir. Net şekilde, bu tarz klozlar, devletin onay verdiği anlamına gelmeyecektir. Bazı ikili yatırım anlaşmalarının sadece tahkime onay veren müstakbel yatırım sözleşmeleriyle karşılaşamaması söz konusu olacaktır⁶¹.

İkili yatırım anlaşmalarındaki birçok uyuşmazlık çözüm maddesi birden fazla alternatif içermektedir. Buna alternatifler; ev sahibi devletin kendi yargılaması, ICSID tahkimi, ICC tahkimi ya da ad hoc tahkim imkanı sunan UNCITRAL kuralları ya da başka bir seçenek olabilir. Bu tarz klozlar, yatırım uyuşmazlığı taraflarının halihazır alternatiflerden birini seçmesini gerektiren müteakip bir yatırım anlaşması imzalamasına neden olabilecektir. Kazakistan ve Türkiye arasındaki ikili yatırım anlaşmasının⁶² 7. maddesi de bu şekilde dizayn edilmiştir. İlgili 7. madde metni şu şekildedir: *"Bu ihtilafların, yukarıda 1 inci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde 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, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir ;*

a) "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme" uyarınca kurulmuş Uluslararası Yatırım ihtilafları Çözüm Merkezi (ICSID) (her iki Taraf da bu Sözleşmeyi imzalamış ise);

⁶⁰ SCHREUER Christoph, s. 7

⁶¹ SCHREUER Christoph, s. 7

⁶² RG 22.09.1994 / 22059

b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nın Hakemlik Kuralları uyarınca, bu amaçla kurulacak bir hakem mahkemesi (her iki Taraf da Birleşmiş Milletlere üye ise);

c) Paris Uluslararası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesi”

İkili yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin onayının olduğu sonucuna varılacak nitelikte bir kloz mevcutsa, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus şudur: ikili yatırım anlaşmalarının iki devlet arası yapılmasından ötürü, bu devletlerin onayı var sayılabilecekse de, bu devletlerden birinin vatandaşlığındaki yatırımcının onayı eksiktir. Dolayısıyla ikili yatırım anlaşmalarının tarafları ile tahkim davasının tarafları aynı değildir. İkili yatırım anlaşmasının akdedilmesiyle, burada sadece devletin tahkim anlaşması yapılması yönündeki icabı bulunur ve yatırımcı bu icabı kabul etmelidir.⁶³ ICSID'e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş sayılmalıdır.

Devletler arasında akdedilmiş yatırım anlaşmalarında bulunan tahkim kayıtlarına dayanarak ICSID'e başvurulabileceğinin kabul edildiği ilk dava “Asian Agricultural Products Ltd. (Aapl) V. Republic Of Sri Lanka” davasıdır.⁶⁴ Bir diğer örnek ise Türkiye aleyhine açılmış ilk ICSID davası olan 2002 tarihli PSEG Konya İlgin davasıdır. Bu dava Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri arasında akdedilmiş iki taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesine Dayanmaktadır.⁶⁵

3. Yatırımcının Vatandaşı Olduğu Devletin Devleti ve Ev Sahibi Devletin Taraf olduğu Çok Taraflı Anlaşmalar

Onay, milletlerarası çok taraflı anlaşmalarda da yer alabilir. Çok taraflı anlaşmalara örnek olarak Serbest Ticaret Anlaşmalarını (“Free Trade Agreement”) vermek mümkündür. Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşmasının (NAFTA), “Tahkime Onay” başlıklı 1122. Maddesinde, ICSID' in yetkisine açıkça onay verildiği belirtilmiştir.⁶⁶ ICSID tahkim yargılamalarının önemli bir kısmını NAFTA anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır.⁶⁷

⁶³ DEMİRKOL Berk, Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, BATİDER 2012, C: 28, S: 3, s.311

⁶⁴ AÇIKALIN Mehmet Can, s. 30; ATAMAN FİGANMEŞE İnci, s. 21, dipnot 4; http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C140/DC676_En.pdf (02.11.2017'de erişildi).

⁶⁵ ATAMAN FİGANMEŞE İnci, s. 21

⁶⁶ <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp> (13.02.2018 tarihinde erişildi).

⁶⁷ BOZKURT Enver/ DOST Süleyman; s. 4

Diğer yandan, Türkiye'nin, 17 Aralık 1994'te imzalayarak taraf olduğu Enerji Şartı Antlaşması'nın⁶⁸ 26. maddesinin 5. fıkrasının a bendinde de açıkça onay verilmesi sağlanmıştır.⁶⁹

Görüldüğü gibi bazı davalar çok taraflı yatırım sözleşmesi niteliğinde olan Enerji Şartı Anlaşmalarına dayalı olarak da açılabilir. Örneğin, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti asıllı Libananco, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti ve Türkiye arasında imzalanmış ikili yatırım anlaşması olmamasına rağmen, her iki ülkenin de tarafı olduğu ve yukarıda bahsi geçen Enerji Şartı Antlaşmasına dayanarak Türkiye'ye karşı ICSID nezdinde dava açmıştır⁷⁰.

4. Yatırımcı ve Devlet Arasında Akdedilen Yatırım Sözleşmesinde Tahkim Şartı ya da Tarafların Tahkim Anlaşması Akdetmesi

Çoğu kez yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesine bir madde konularak taraflar ICSID tahkimine onay vermektedir⁷¹(*clause compromissoire*). Yapılan yatırım anlaşmasında tahkim şartı koymak yerine taraflar, aralarında çıkabilecek yatırım uyuşmazlıkları konusunda münferit bir tahkim anlaşması yaparak (*compromis*) da ICSID Tahkimine onay verebilecektir. Son olarak, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde söz konusu devlet bakımından onay beyanı içeren bir resmi belgeye atıf yapılarak da onay şartı sağlanabilir.⁷²

Belirtmekte fayda vardır ki söz konusu onay açık veya zımnen verilmiş olabilecektir⁷³.

Uygulamada, devlet ve yabancı yatırımcı arasında imzalanan yatırım anlaşmalarına konulacak klozların yorum sorununa yol açmaması için ICSID tarafından taraflara yol göstermek amacıyla oluşturulmuş çeşitli model klozlar mevcuttur⁷⁴.

⁶⁸ R.G. 6.2.2000 / 23956

⁶⁹ "Paragraf (3) kapsamında verilen muvafakat, Paragraf (4) uyarınca verilen Yatırımcının yazılı muvafakati ile birlikte aşağıdaki hususlara ilişkin şartları sağlayacaktır: (i) İlave Hizmet Kuralları ve ICSID Konvansiyonu'nun II. Bölümünün amaçları doğrultusunda bir uyuşmazlık için tarafların yazılı izni..."

⁷⁰ **ATAMAN FİGANMEŞE** İnci, s. 21. ICSID nezdinde Türkiye'nin gerek davalı olması sebebiyle gerekse Türk şirketinin davacı olması nedeniyle muhatap olduğu diğer davalar için yine **ATAMAN FİGANMEŞE**'nin adı geçen eserdeki tebliğinden yararlanılabilir.

⁷¹ **ERDOĞAN** Feyzi, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2004 ,s. 173

⁷² **SCHREUER** Christoph/ **MALINTOPPI** Loretta/ **REINISCH** August/ **SINCLAIR** Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2.basım, 2009; s.192 (AÇIKALIN s.30'dan naklen)

⁷³ **YILDIRIM** Aslı, s. 296

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ** İlhan, s. 51 - 53

ii. Onayın Verilme Anı

Öncelikle belirtmek gerekir ki ICSID İdari Yöneticiler Raporu'nun 24. paragrafına göre, ICSID'e başvuru zamanında, tarafların onayının mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, Konvansiyon onayın verilmesi gereken zaman konusunda özel bir hüküm getirmemiştir. Konvansiyon, her iki tarafın onayının aynı belgede yer almasını aramamıştır⁷⁵.

ICSID'in yayınladığı "Institution Rules"⁷⁶ un 2.maddesi, talebin içermesi gereken hususlar kapsamında c bendinde ihtilafın ICSID'e götürülmesine ilişkin onayın tarihini ve bu onayın kayıtlı olduğu belgeyi; d bendinde ise taraf akit devlet vatandaşının onayın verildiği tarihteki milliyetini; bu kimse gerçek bir kişi ise, onun talep tarihindeki vatandaşlığını ve bu kişinin onay tarihinde ya da talep tarihinde, ihtilafa taraf olan devletin vatandaşlığını haiz olmadığını; eğer onay tarihinde uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşlığına sahip bir tüzel kişi söz konusu ise, taraflar arasında Sözleşme bakımından bu kişinin başka bir akit devlet vatandaşı sayılacağına ilişkin anlaşmayı aramaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, onayın tarihidir. Onay tarihi tahkime başvurulurken mutlaka belgelendirilmelidir; çünkü yatırımcının vatandaşlığı onay tarihine göre belirlenecektir. Onayın verildiği tarihin bir diğer önemi de, Konvansiyon'daki ya da arabuluculuk veya tahkim kurallarındaki değişikliklerin, önceden verilmiş onaya göre başlamış usulü etkilememesidir.⁷⁷

iii. Onayın Şarta Bağlanması

Konvansiyon'un 26. maddesi uyarınca devletler, onaylarının ön koşulu olarak yerel ve adli bütün çarelerin tüketilmiş olmalarını isteyebilirler. Dolayısıyla burada iç yargı yollarının tüketilmesi koşulu zorunlu olarak aranmaz; devletin böyle bir ön koşulu verdiği onayda belirtmesi gerekir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı haricinde pratikte daha çok karşımıza çıkan şart, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin ulusal yargı mekanizmasına başvurmasından itibaren belirli bir süre geçmesine rağmen çözüm elde edilememiş olması halidir⁷⁸.

Dikkat edilmesi gereken nokta, onay şartlarının Konvansiyon hükümlerinin gerçek anlamına göre yorumlanacak olmasıdır. Zira Amco Asia v. Indonesia davasında şu ifadeler kullanılmaktadır: "*Bir tahkim anlaşması ne sınırlayıcı*

⁷⁵ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (01.11.2017'de erişildi.)

⁷⁶ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (01.11.2017'de erişildi.)

⁷⁷ ERTEK Rifat s. 219

⁷⁸ AKINCI Ziya, s. 47

şekilde ne de çok özgür ve genişletici biçimde yorumlanmalıdır. Anlaşmanın tarafların ortak iradesine saygı göstererek ve bu iradenin ne olduğunu bulmaya çalışarak yorumlanması gerekir. (...) Bunun da ötesinde (...) tahkim anlaşmaları da dahil bütün anlaşmalar iyi niyetli şekilde, yani tarafların makul ve meşru şekilde karşılaşabilecekleri taahhüt sonuçları göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır”⁷⁹.

D. ONAY YOKLUĞU NEDENİYLE YETKİYE İTİRAZ

Devlet ve yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarında, devletin onay yokluğu nedeniyle yetkiye itiraz etmesi hali hakem tarafından yüksek bir dikkatli incelenmelidir. Zira Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka davasında şu ifadelere yer vermiştir:

“Ek olarak Mahkeme; Devlete karşı, mahkemenin yetkili olmasını sağlayan uluslararası anlaşmaya dayanılarak açılan her davanın başında egemen devletin onayını içeren yargı yetki sorunun özel bir dikkati hak ettiğini gözlemlemiştir. Ön sorun olarak, temeli onaya dayalı yargı yetkisinin varlığı “proprio motu (re’ sen)” incelenmelidir. Davalının ilk itiraz olarak yetkiye itiraz etmesi halinde ise, evleviyetle, yargı yetkisine onayın varlığı yakından incelenmelidir.”⁸⁰

SONUÇ

Milletlerarası bir konvansiyon ile kurulmuş bir organizasyon olan ICSID’in temel amacı, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında çıkacak uyuşmazlıkların, karşılıklı güven ortamını bozmadan, adil bir çözüme kavuşmasını sağlamak ve bu yolda arabuluculuk ve tahkim metotlarını kurumsal bir tahkim anlamında uygulamaktır. ICSID’in yargılama yetkisinin temel taşı olarak ifade edilen unsur ise, tarafların bu yargılama yetkisini bir onayla önceden kabul etmiş olmalarıdır.⁸¹

Devletler, ICSID Tahkimine bir kere onay vermekle, verilecek hakem kararlarının kendileri açısından bağlayıcı olduğunu da kabul etmektedir. Dolayısıyla, iç hukukunu gerekçe ederek uyuşmazlığı sona erdiren kararın kendi kanunlarına aykırılık taşıdığı şeklinde bir argüman ileri sürmesi de söz konusu devletin uluslararası hukuk açısından sorumlu olmasına yol açacaktır. Devlet tarafından benimsenen bu tarz tutumun bir diğer sonucu da yabancı yatırımcıyı uzaklaştırması olacaktır.

⁷⁹ WANG Guigo, s. 338

⁸⁰ Karar için bkz. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606_En.pdf, s. 158

⁸¹ TURAN Gökçen, Tahkim İşleyişi, s. 347-390

Onayın verilmesi, Merkez'in yargı yetkisi bakımından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu sorun öncelikle Genel Sekreterce, hakemlik davası esnasında da hakemlerce büyük bir dikkat ve özenle ele alınmaktadır.

ICSID Tahkimine onay verme konusunda devletler bir serbestiye sahiptir. Bu onayı çok çeşitli kaynaklar vasıtasıyla da verebilmeleri aynı şekilde mümkündür. Ayrıca verdikleri onayı şarta bağlayarak onayın kapsamını sınırlandırmaları da mümkündür. Böylece bir yandan yabancı yatırımcıya ICSID Tahkimine başvurma imkanı verilirken bir yandan da devletin yargı yetkisi arasındaki denge kurulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

AÇIKALIN Mehmet Can, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Ata Sakmar'a Armağan

AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

ATAMAN FİĞANMEŞE İnci, 24 Mayıs 2012 Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı (Editörler: **ESEN** Emre/ **AKCAN** Ahmet), 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

BOZKURT Enver/ **DOST** Süleyman, Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler Ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi 2005, S: 1-2

ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009

DEMİRKOL Berk, Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları, BATİDER 2012, C: 28, S: 3

DOST Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara 2006

ERDOĞAN Feyzi, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2004

ERTEN Rifat, ICSID Tahkimi, BATİDER 1998, C: 19, S: 4

FRIEDLAND D. Paul, Arbitration Clauses for International Contracts, Juris Publishing 2004

GIARDINA Andrea, “ICSID: A Self-contained Non-National Review System”, International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization and Uniformity” (Twelfth Sokol Colloquium) (Editors: R. Lillich and C. Brower), Transnational Publisher, Irvington, New York, 1993

HERGÜNER Ümit; International Center for Settlement of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity, MHB 1985, S: 1

HIRSCH Moshe, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, the Netherlands 1993

NOMER Ergin/ **EKŞİ** Nuray/ **GELGEL** Günseli, Milletlerarası Tahkim, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000

ORMANOĞLU Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Mart 2004

PAULSSON Jan, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1995

SASSOON M. David, “International Investment and Dispute Settlement” Conflict Resolution in International Trade (Symposium), (Editors: **FRIEDMANN** D. Paul/ **MESTMACKER** Ernst-Joachim) Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993

SCHREUER Christoph, Consent to Arbitration (http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf sitesinden 05.01.2018 tarihinde erişildi)

SCHREUER Christoph/ **MALINTOPPI** Loretta/ **REINISCH** August/ **SINCLAIR** Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2.basım, 2009

TURAN Gökçen, Dünya Bankası Bünyesindeki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez’in Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkimin İşleyişi, BATİDER, C: 25, S: 3, Eylül 2009 - (“Tahkim İşleyişi”) olarak anılmıştır.

TURAN Gökçen, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, 2002, <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/750> (26.10.2017’de erişildi) - (“Tahkim”) olarak anılmıştır.

WANG Cheng-Kai, ICSID OPIC vs. Venezuela Dispute: A Comment on the Interpretive Approach for a Host State’s Consent to Arbitration through National Legislation, (HeinOnline’dan 02.11.2017 tarihinde erişildi)

WANG Guigo, Consent in Investor - State Arbitration: A Critical Analysis, Oxford University Press 2014

YEŞİLİRMAK Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, *BATİDER*, C: 20, S: 2

YILDIRIM Aslı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” 14 Şubat 2009: Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, İstanbul 2009, (Editörler: **ULUSOY** Erol, **YILDIRIM** Aslı)

YILMAZ İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004

ZENGİNKUZUCU M. Dikran, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2012

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf

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

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606_En.pdf

<https://www.italaw.com/cases/3497>

<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>