

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ENERJİ KONULU ULUSLARARASI YATIRIM
ANTLAŞMALARINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLARIN
ICSID TAHKİMİNDE ÇÖZÜMÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Abdülkerim KÜÇÜK

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Sezercan BEKTAŞ

NİSAN - 2024

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ENERJİ KONULU ULUSLARARASI YATIRIM
ANTLAŞMALARINDA ORTAYA ÇIKAN
UYUŞMAZLIKLARIN ICSİD TAHKİMİNDE ÇÖZÜMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Abdülkerim KÜÇÜK

Enstitü Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

“Bu tez 04/04/2024 tarihinde online olarak savunulmuş olup aşağıdaki isimleri bulunan jüri üyeleri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.”

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ
Doç. Dr. Filiz CİCİOĞLU	Başarılı
Doç. Dr. Sezercan BEKTAŞ	Başarılı
Dr. Öğr. Üyesi Dağlar EKŞİ	Başarılı

ETİK BEYAN FORMU

Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının benzerlik oranının herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve Etik Kurul Onayı gerektiği takdirde onay belgesini aldığımı beyan ederim.

Etik kurul onay belgesine ihtiyaç var mıdır?

Evet

Hayır

(Etik Kurul izni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütölen her türlü araştırmalar,
- İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğör bilimsel amaçlarla kullanılması,
- İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,
- Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
- Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmaları.)

Abdülkerim KÜÇÜK

04/04/2024

ÖN SÖZ

Tez çalışmamda öncelikle tez konusunu seçerken isteklerimi göz önünde bulundurup bana yardımcı olan ve çalışmamın planlanmasında, araştırılmasında, yürütülmesinde ve oluşumunda değerli desteklerini sunan sayın hocam Doç. Dr. Sezercan BEKTAŞ'a, çalışmam boyunca desteklerini esirgemeyen değerli ofis arkadaşlarım ve meslektaşlarıma, tüm eğitim hayatım boyunca maddi ve manevi destekleri ile her zaman yanımda olan biricik aileme ve varlığı ile her daim bana güç katan sevgili eşime sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Abdülkerim KÜÇÜK

04/04/2024

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ENERJİ	
YATIRIMLARI	6
1.1. Uluslararası Yatırım Hukukunun Tarihsel Gelişimi.....	6
1.1.1. Erken Dönem: Sömürgecilik Gölgesinde İlk Yabancı Yatırımlar	6
1.1.2. Yeni Dönem: İkinci Dünya Savaşı Sonrası Sömürgeciliğin Sona Ermesi ve	
Sonrası Millileştirme Dönemi	8
1.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış	14
1.2.1. Uluslararası Teamül Hukuku Kuralları	16
1.2.2. Uluslararası Antlaşmalar	19
1.2.2.1. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları	21
1.2.2.2. İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları	27
1.2.3. Ulusal Düzenlemeler	31
1.2.4. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararası Kaynaklar İçerisindeki Yeri.....	31
1.3. Uluslararası ve Ulusal Düzenlemelerde Uluslararası Yatırım Hukukunun	
Kavramları.....	32
1.3.1. Yabancı Yatırım Kavramı	32
1.3.1.1. Yabancı Yatırım Kavramına Genel Bakış	32
1.3.1.2. Uluslararası Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırım Kavramı....	34
1.3.1.3. Yatırım Sözleşmelerinde Yabancı Yatırım Kavramı	39
1.3.1.4. Ulusal Düzenlemelerde Yabancı Yatırım Kavramı	39
1.3.2. Yabancı Yatırımcı Kavramı	40
1.3.2.1. Yabancı Yatırımcı Kavramına Genel Bakış.....	40
1.3.2.2. Uluslararası Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırımcı Kavramı .	40
1.3.2.3. Ulusal Düzenlemelerde Yabancı Yatırımcı Kavramı	48
1.4. Uluslararası Enerji Yatırımları	49
1.4.1. Enerji Yatırımlarına Genel Bakış	49

1.4.2. Enerji Yatırım Türleri.....	50
1.4.2.1. İmtiyaz Sözleşmeleri.....	50
1.4.2.2. Ürün Paylaşım Sözleşmeleri.....	53
1.4.2.3. Ortak Girişim Sözleşmeleri.....	54
1.4.2.4. Hizmet Sözleşmeleri.....	56
2. BÖLÜM: ULUSLARARASI ENERJİ YATIRIMI UYUŞMAZLIKLARININ ICSID TAHKİMİ VASITASIYLA ÇÖZÜMLENMESİ	58
2.1. Uluslararası Enerji Yatırım Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları	58
2.1.1. Uluslararası Enerji Yatırım Uyuşmazlıkları.....	58
2.1.1.1. Yatırım Antlaşmalarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	59
2.1.1.2. Kamulaştırma veya Kamulaştırmaya Eş Değer Tedbirler Kaynaklı Uyuşmazlıklar	62
2.1.1.3. Ödemelerin Serbestçe Transferinin Engellenmesi Kaynaklı Uyuşmazlıklar	68
2.1.1.4. Uluslararası Yatırım Antlaşmaları ile Getirilen Muamele Standartlarının İhlâli Kaynaklı Uyuşmazlıklar	69
2.1.1.5. Yatırım Sözleşmeleri Kaynaklı Uyuşmazlıklar	75
2.1.2. Enerji Yatırımı Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları	78
2.1.2.1. Uyuşmazlık	78
2.1.2.2. Uyuşmazlık Çözümü ve Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	80
2.1.2.3. Tahkim	85
2.2. Uluslararası Enerji Yatırımı Uyuşmazlıklarının ICSID Tahkiminde Çözümü	97
2.2.1. ICSID'İN Kurumsal Yapısı.....	97
2.2.1.1. Merkez'in Organizasyonel Yapısı	100
2.2.1.2. Merkez'in Finansmanı	104
2.2.1.3. Merkez'in Statüsü ve İmtiyazları.....	104
2.2.2. ICSID Tahkiminde Yargılama Yetkisi.....	105
2.2.2.1. Yetki Kavramı.....	105
2.2.2.2. Yetkinin şartları	105
2.2.3. ICSID Tahkimi Yargılama Prosedürü	109
2.2.3.1. Hakem Heyetinin Oluşturulması ve Yargılama.....	110
2.2.3.2. Karar	111

2.2.4. Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Tahkimi Davalarına Bakış.....	113
2.2.4.1. Türkiye Cumhuriyeti ve Kişilerinin Taraf Olduğu Davalar	113
2.2.4.2. Somut Dava Örneklerinin İncelenmesi	116
SONUÇ	162
KAYNAKÇA.....	167
ÖZ GEÇMİŞ	182

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DYYKUY	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
ICSID	: Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi
EŞA	: Enerji Şartı Antlaşması
LNG	: Sıvılaştırılmış Doğal Gaz
MIGA	: Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması
MAI	: Multilateral Agreement on Investment
NAFTA	: Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması
TDK	: Türk Dil Kurumu
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
VAHS	: Viyana Antlaşmalar Hukuk Sözleşmesi
yy.	: Yüzyıl

ÖZET

Başlık: Enerji Konulu Uluslararası Yatırım Antlaşmalarında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların ICSID Tahkiminde Çözümü

Yazar: Abdülkerim KÜÇÜK

Danışman: Doç. Dr. Sezercan BEKTAŞ

Kabul Tarihi: 04/04/2024

Sayfa Sayısı: vi (ön kısım) + 182 (ana kısım)

Araştırma konumuz temelde uluslararası yatırım hukukunda enerji yatırımları, bu yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların ICSID Tahkiminde çözümü üzerinedir. Bu bağlamda çalışma iki bölüm olarak kurgulanacak ve ilk bölümde enerji yatırımı temelinde uluslararası yatırım hukuku incelenecektir. İkinci bölümde ise uluslararası enerji konulu yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların ICSID Tahkiminde çözümü ele alınacaktır.

Çalışmaya birinci bölümde ilk olarak uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişiminin incelenmesi ile başlayacağız. Sonrasında uluslararası yatırım hukukunun kaynakları ve kavramlarını inceleyeceğiz. Birinci bölümün son başlığında ise enerji yatırım türlerini ele alacağız.

Çalışmanın ikinci bölümü olan uluslararası enerji konulu yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların incelenmesine ise öncelikle ilgili uyuşmazlıkların neyden kaynaklandığı ve bu uyuşmazlıkların neler olduğunun değerlendirmesi ile başlayacağız. Sonrasında uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ele alacak ve tahkim yöntemini özel olarak ayrıca inceleyeceğiz. Tahkim yöntemi hakkındaki genel bir incelemeden sonra uluslararası yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm merkezi olan ICSID'i ise detaylıca ele alacağız. Bu bağlamda da öncelikle ICSID Tahkiminin temel özelliklerini ele alıp tarihsel gelişimi, yapısı ve işlevi üzerine genel bir inceleme yapacağız. Daha sonra çalışmanın bu kısmına kadar gerçekleştirmiş olduğumuz teorik incelemeyi, somut veriler ve örneklendirmelerle inceleyerek ilgili teorik bilgilerin pratiğini inceleyeceğiz. Bu bağlamda ICSID Tahkimine konu olmuş ve Türkiye Cumhuriyeti veya kişilerinin de taraf olduğu ilgili uyuşmazlıkları inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Yatırım Hukuku, Enerji Yatırımları, Tahkim Yargılaması, ICSID, Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü

ABSTRACT	
Title of Thesis: Resolution of Disputes Arising in International Investment Agreements on Energy by ICSID Arbitration	
Author of Thesis: Abdülkerim KÜÇÜK	
Supervisor: Assoc. Prof. Sezercan BEKTAŞ	
Accepted Date: 04/04/2024	Number of Pages: vi (pre text) + 182 (main body)
<p>Our research topic is basically energy investments in international investment law, disputes arising in these investments and the resolution of these disputes in ICSID Arbitration. In this context, the study will be structured in two parts and in the first part, international investment law will be examined on the basis of energy investment. In the second part, disputes arising in international energy-related investments and the resolution of these disputes in ICSID Arbitration will be discussed.</p> <p>In the first part, we will start by examining the historical development of international investment law. Afterwards, we will examine the sources and concepts of international investment law. In the last title of the first part, we will discuss energy investment types.</p> <p>In the second part of the study, we will begin to examine the disputes that arise in international energy-related investments by first evaluating the reasons for the relevant disputes and what these disputes are. Afterwards, we will discuss dispute resolution methods and specifically examine the arbitration method. After a general review of the arbitration method, we will discuss ICSID, the center for the resolution of disputes arising from international investments, in detail. In this context, we will first discuss the basic features of ICSID Arbitration and make a general review of its emergence and historical development. Then, we will examine the theoretical analysis we have carried out until this part of the study with concrete data and examples and examine the practice of the relevant theoretical knowledge. In this context, we will examine the relevant disputes that have been subject to ICSID Arbitration and to which the Republic of Turkey or its persons are parties.</p>	
Keywords: International Investment Law, Energy Investments, Arbitration, ICSID, International Dispute Settlement	

GİRİŞ

Günümüzde insanlar toplumsal bir düzen içerisinde yaşamlarını sürdürebilmektedirler. İnsanlar, zamanında bu toplumsal düzeni sağlayabilmek için veya zaten düzen içerisinde süre giden yaşamlarını devam ettirebilmek için neyi, nasıl, hangi sınırlar içerisinde yapılması gerektiğini belirten, olması gerekeni ifade eden birçok kural/norm belirlemişlerdir. Toplumun koyduğu bu kurallar, hem kendi aralarındaki haklarını ve ödevleri hem de kendileri ile devlet arasındaki haklarını ve ödevleri ve ayrıca bunlara kıyasla çok daha sonraları gelişim gösterebilmiş olan devletler ile devletler veya uluslararası örgütler arasındaki hakları ve ödevleri düzenlemektedir. İşte tüm bu oluşturulmuş kuralları bugün hukuk kavramı ile ifade etmekteyiz. Özetle hukuku; toplum yaşamında, kişilerin birbirleriyle veya devletle ve devletlerin birbirleriyle veya uluslararası örgütlerle olan ilişkilerini, diğer bir deyişle uluslararası hukuk sùjeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, emirler, yasaklar, izinler içeren kurallar bütünü olarak tanımlayabiliriz.¹

Sosyal sözleşme kuramını temel alarak bu süreci ifade ettiğimizde, insanlar, birbirleri ile olan iletişim ve ilişkilerini geliştirerek önce kalabalıklar oluşturmuş, sonra sözleşebilmişler ve bir toplum oluşturmuşlardır. Sonra toplum düzenini koruyan, hukukun uygulayıcı gücü olan devleti üretmişlerdir. Hobbes, Locke veya J.J. Rousseau'nun devletin temel kaynağını ortaya koydukları sosyal sözleşme kuramlarının temelinde, insanların bir araya gelerek tabiat halinden çıktıkları ve bir toplum/organizasyon oluşturdukları fikri/varsayımı yatmaktadır. İlerleyen dönemlerde de her ulus, birçok fikri ve ilmi tecrübe neticesinde, toplumsal yaşamlarını modern bir hukuk ile düzenleyebilmişler ve gerek kendi aralarında ve gerekse de devlet ile olan ilişkilerinde hukuki bir yaşam kalitesine ulaşabilmişlerdir. Ancak ulus toplumlar için ifade edebildiğimiz bu hukuki medeniyet boyutunu ne yazık ki uluslararası bir alanda ve dolayısıyla net şekilde uluslararası yatırım hukukunda ifade etmek güçtür. Öyle ki doktrinde uluslararası hukuku, ilkel toplumların hukukuna benzeten görüşler dile getirilmiştir². Zira uluslararası toplumda, bir norm ihlaline karşı müeyyide uygulayacak

¹ Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 9. Baskı, Bursa, 2018, s.1; Reçber, Kamerun, Uluslararası Hukuk, DORA Yayın, 2. Baskı, Bursa, 2016, s. 5.

² Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 140.

tam yetkili bir organ ve belirlenmiş net bir müeyyide yoktur. Aynı ilkel toplumlarda olduğu gibi suçtan zarar gören yeterli güce sahipse, suçluyu bizzat cezalandırma durumunda olabilmiştir.³

Uluslararası yatırım hukuku da uluslararası hukuka benzer şekilde gelişmiştir. 2. Dünya Savaşı sonrasına kadar uluslararası yatırım hukuku alanında uygulanan hukuk sistemi, sömürü hukuk sistemi olmuş, ortaya çıkan uyuşmazlıklar çoğunca askeri güç kullanılmak suretiyle ya da diplomatik yollarla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Yani o dönemde uluslararası yatırım uyuşmazlıkları, çoğunlukla hukuki olmayan araçlar vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte 20. yy. ortaları itibariyle özellikle sömürge sisteminin sona ermesi, millileştirmelerin artması ve dünya ekonomik düzeninde değişimlerin yaşanması hem gelişmekte olan ülkeleri hem de gelişmiş ülkeleri uluslararası yatırımlarda yeni ilişkiler kurmaya mecbur kılmıştır. Bu gelişmelerin sonucu olarak devletler arasında uluslararası yatırımlara ilişkin iki taraflı antlaşmalar önem kazanmış ve sayıları artmıştır. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (bundan sonra MIGA), Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi (bundan sonra ICSID), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (bundan sonra NAFTA), Enerji Şartı Antlaşması (bundan sonra EŞA) gibi çok taraflı antlaşmalar yapılmış ve devletler ulusal mevzuatında yabancı yatırıma ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Tüm bu gelişmeler ile uluslararası yatırım hukukunun kaynakları oluşmaya başlamış ve önemli gelişmeler göstererek bugünkü uluslararası yatırım hukuku rejimini oluşturmuştur.

Uluslararası düzlemde, yatırımlar hakkındaki ilk ilişkiler doğrudan devletler arasında karşılıklı anlaşma, iradelerin uyumu ve edimlerin karşılıklı ifası şeklinde gelişmemiştir. Uluslararası teamülleri göz ardı etmemekle birlikte ilk yabancı yatırımlardaki taraf ilişkileri sömürü sistemi odağında oluşmuş, çoğunca askeri gücü yüksek devletler, karşılarında zayıf kalan devletleri sömürü altında kaynak devlet haline getirmişlerdir. Ancak özellikle 20. yy. ve bilhassa 2. Dünya Savaşı sonrası bağımsızlığı kazanan devletler mevcut sömürü düzeni ve uzantısı ekonomik sisteme başkaldırmışlardır. Bağımsızlığını kazanan bu devletler, kendi ekonomilerinin kilit sektörlerinde eski

³ Kelsen, Hans, Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public, s.318, aktaran Gözler, s.140.

sömürgeci devletlerin kontrolünü sona erdirme ve bu sektörlerin işletim ve denetimini yeniden ele geçirme isteğiyle millileştirme hareketleri göstermişlerdir.⁴

Yabancı yatırımların millileştirilmesi hareketleri uluslararası yatırım alanlarında küresel etkileşimi zayıflatmışlardır. Ancak gerek gelişmiş ülkelerin yatırım konu enerji kaynaklarına duydukları ihtiyaç gerekse de az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin sermayeye duydukları ihtiyaç, yatırım alanında uluslararası etkileşimin önemi ve gerekliliği üzere ortak bir kanıyı kısa sürede oluşturmuştur. Tüm bu gelişmeler ise devletleri iki veya çok taraflı antlaşmalar yapmaya yöneltmiştir. Bu süreçte çok taraflı küresel tek bir antlaşma yapma çalışmaları yapılmış olsa da bu çalışmalar bir türlü başarı ile neticelendirilememiştir. Bu durum devletleri çok taraflı tek bir antlaşma yapmaktansa bölgesel antlaşmalara veya karşılıklı iki taraflı antlaşmalar yapmaya yöneltmiştir. Diğer yandan devletler, yabancı yatırımlar hakkında ulusal mevzuatında da düzenlemelere yer vermeye başlamışlardır. Tüm bu çalışmalar, uluslararası yatırım alanında bir hukuki belirliliğin oluşmasına önemli katkı sunmuştur.

Uluslararası yatırım alanında hukuki belirliliğin oluşmaya başlaması, yabancı yatırımcılara daha güven dolu bir ortam sunmuş ve yatırımcıları yabancı yatırımlara yönelme konusunda cesaretlendirmiştir. Yatırımcıların yabancı yatırımlara yönelmesi ile yabancı yatırımcı ile kaynak devlet arasında imza olunan yatırım sözleşmelerinin sayısında da önemli bir artış yaşanmış ve bu sayede uluslararası yatırım hukukunda kaynakların sayısı zamanla artmıştır.

Yatırıma ilişkin uluslararası antlaşmalar, yabancı yatırım düzenlemelerine yer vermeye başlayan ulusal mevzuat ve yabancı yatırım sözleşmeleri ile uluslararası yatırım hukukunun kaynakları giderek zenginleşmiş ve uluslararası yatırım hukuku önemli bir gelişim göstermiştir. Bununla birlikte uluslararası yatırım hukukunun gelişimi ve çerçevesinin belirginleşmesinde en önemli kaynaklardan biri, her hukuk dalında olduğu gibi içtihatdır. Zira uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakemlerce karara bağlandıkça yabancı yatırımlara ilişkin mevzuat yorumları hem zenginleşmiş hem de temel düzeyde yatırım hukukuna ilişkin düzenlemeler belirginleşmiş ve daha net bir hukuki rejim ortaya çıkmıştır. Bu gelişim son yıllarda artan tahkim yargılamaları ile günümüzde de önemli düzeyde devam etmektedir.

⁴ Sornarajah, M.: International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, s. 12.

Uluslararası yatırım hukukunun kaynakları hakkında özetle uluslararası hukuka paralel şekilde ilk olarak her ne kadar sömürü sistemi dolayısıyla askeri ve diplomatik güç unsurları etkili olsa da uluslararası teamüllerin varlığı da yadsınamaz. Uluslararası teamüller sonrasında ise özellikle sömürü sisteminin sona erdiği 20. yy. itibariyle iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar, sonrasında devletlerin ulusal mevzuatında yabancı yatırım düzenlemelerine yer vermeye başlamaları ile ulusal mevzuat, tüm bu gelişmelerin etkisi ile artan yabancı yatırım sözleşmeleri de yine uluslararası yatırım hukukunun kaynaklar arasında sayılabilmektedir. Elbet bu kaynaklar ile hukuki bir rejimin oluşması ve bunun yatırımcılara güvence vermesi ile artış gösteren yabancı yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü hakkında geliştirilen içtihat da yine uluslararası yatırım hukuku alanında çok önemli bir kaynak olmakta ve uluslararası yatırım hukukunun gelişimine önemli katkılar sunmaktadır.

Araştırmanın Konusu

Araştırmanın temel konusu uluslararası yatırım hukukunda enerji konulu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların özel bir yargılama yöntemi ve merkezi olan ICSID Tahkiminde çözümünün incelenmesi ve buradan yapılacak çıkarımlar ile ilgili uyuşmazlıklar ve çözümleri hakkında değerlendirme yapılmasıdır. Bu bağlamda çalışmada, öncelikle uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimi ve kaynakları incelenecektir. Sonrasında yatırım hukukuna ilişkin kavramlar, enerji yatırımları ve bu alanda çıkan muhtemel uyuşmazlıklar ele alınacaktır. Son olarak değindiğimiz muhtemel uyuşmazlıkların ICSID Tahkiminde çözümü ve Türkiye Cumhuriyeti ve kişileri hakkında gerçekleşmiş olan somut uyuşmazlıklardan bazıları incelenecektir.

Araştırmanın Amacı

Çalışmamızın amacı başta Türkiye Cumhuriyeti ve vatandaşlarının taraf olduğu enerji çalışma ve yatırımları olmak üzere uluslararası yatırımlara ilişkin hukuki rejimin gelişimine katkı sunmak, enerji konulu yabancı yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tespiti ve yabancı yatırımcılarca en çok tercih edilen ICSID tahkimi çözümü sürecini güncel veriler ışığında değerlendirmek ve bu alanda önleyici hukuk çalışmalarına katkı sunmaktır. Bu amaç doğrultusunda araştırma sorularımız şu şekildedir: Enerji konulu uluslararası yatırım antlaşmalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar nelerdir? Bu

uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri nelerdir? Bu uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden biri olan tahkim çözüm yöntemi ne derece işlevseldir? Bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar için öngörölmüş olan ICSID Tahkim prosedürü ne kadar etkindir?

Araştırmanın Önemi

Çalışmamızın önemi oldukça geniş ve girift ve sürekli gelişim içinde bulunan bir alan olan uluslararası yatırım hukukunun analiz edilerek güncel veriler ışığında anlaşılabilirliğine katkı sunulmasıdır. Bu bağlamda çalışma genel çerçevede uluslararası yatırım hukukunu ele alırken özelde enerji yatırımlarına odaklanmış ve bu yatırımlarda ortaya çıkan uluslararası enerji yatırımları uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkiminde çözümlerine odaklanmıştır.

Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamızda kullandığımız araştırma yöntemi, araştırma sorularımız doğrultusunda ilgili bilimsel eser, antlaşma, mevzuat ve yargı kararlarının incelenmesi ile gerçekleştirilen tümevarım yöntemidir. Bu bağlamda öncelikle uluslararası yatırım hukuku rejiminin başta tanımı ve teorisi hakkında doktrin araştırması yapılmıştır. Sonrasında doğrudan bu alandaki uluslararası antlaşmalar ve mevzuat incelenmiştir. Daha sonra enerji konulu uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin ICSID Tahkim yönteminin analizi yapılmış, ICSID Antlaşması incelenmiştir. Nihayet son olarak ICSID'de çözüme kavuşturulan somut uyuşmazlıkların uyuşmazlık ve çözümü incelenerek güncel veriler ışığında enerji konulu uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.

1. BÖLÜM: ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ENERJİ YATIRIMLARI

1.1. Uluslararası Yatırım Hukukunun Tarihsel Gelişimi

1.1.1. Erken Dönem: Sömürgecilik Gölgesinde İlk Yabancı Yatırımlar

Uluslararası yatırımların Avrupa'da uzun bir tarihçesi olduğu ve bu yatırımların Asya'dan Afrika'ya, Amerika'dan Ortadoğu'ya dünyanın pek çok bölgesine kadar yayıldığı bilinmektedir.⁵ 18. ve 19. Yüzyıllar incelendiğinde, yabancı yatırımların büyük çoğunluğu sömürgecilik faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşmiştir.⁶ Bu dönemde yatırımlar genellikle tek taraflı olarak sömürgeci devletlerden kendi sömürge bölgelerine yönelik olmuş ve genellikle doğal kaynaklar üzerine yoğunlaşmıştır. Özellikle 19. yüzyıl sonlarından itibaren Amerikan ve Avrupa sermayesi, sanayileşmede geri kalmış ancak enerji kaynakları bakımından zengin olan devletlere yönelmiştir. Bununla birlikte, sömürgeci devletlerin kendileri arasındaki yatırım akışı ise neredeyse yok denilebilecek düzeyde kalmıştır.⁷

Sömürge hukuk sistemi, sömürgeci güçlerin hukuk sistemine uyumlaştırılması nedeniyle yabancı yatırımlar bakımından arzu edilen korumayı yatırımların başından sonuna kadar sağlamıştır. Bu nedenle sömürge sisteminin olduğu bir hukuk düzeninde yabancı yatırımcıların korunması için ikili veya çok taraflı uluslararası antlaşmalara gerek duyulmamıştır. Zira sömürgeci devlet menşeli yatırımlar zaten sömürgeci devlet parlamentoları tarafından korunmaktadır.⁸ Sömürge dışında kalan alanlarda yapılan yatırımlarda ise diplomasi ve askeri güç kullanımıyla yatırım uyuşmazlıkları çözülmeye çalışılmıştır.⁹ Öyle ki yatırımlarını korumak için kaynak devletlerin ev sahibi devletlere, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında askerî müdahalesi, olağan bir yol haline gelmiş, bu dönemde güç kullanma, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde işe yarar tek araç olmuştur.¹⁰

⁵ Sornarajah, *International Law* 1996, s. 8,9.

⁶ Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 14.

⁷ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 13; Tuncer, Bayan, *Türkiye'de Yabancı Sermaye Sorunu*, AÜSBF Yayınları: 241, Ankara, 1968, s. 14; Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 249.

⁸ Sornarajah, *International Law* 1996, s. 10.

⁹ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 14; Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 249; Vandeveldel, *Investment Treaties*, s. 30; Van Harten, *Investment Treaty*, s. 14,15.

¹⁰ Van Vandeveldel, *Investment Treaties*, s. 30.

Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemlerde ise sömürge halinde bulunan ülkelerde bağımsızlık ve milliyetçilik hareketleri ortaya çıkacak ve İkinci Dünya Savaşı'nın ardından büyük sömürge imparatorluklarının bölünmesi ile birçok ülke siyasi bağımsızlığı elde ederek uluslararası düzeyde daha etkili bir hale gelecektir. Bu dönemlerde bağımsızlığını kazanan devletler, mevcut ekonomik düzen ve yapıdan memnun olmadıkları için kendi kaynakları ve ekonomileri üzerinde kontrol elde etmek amacıyla büyük ölçekli millileştirme hareketlerine gidecektir.¹¹

Birinci Dünya Savaşı sonrasında sömürge durumunda bulunan ülkelerde bağımsızlık ve milliyetçilik hareketlerinin ortaya çıkması ve zamanla bu hareketlerin yaygınlaşması daha öncesinde sömürü sistemine göre işleyen uluslararası yatırımların sekteye uğramasına yol açmıştır. Taraflar, uluslararası yatırımların problemsiz bir şekilde devam etmesi için yeni düzen arayışlarına yönelmiş ve uluslararası yatırım hukukunun doğumu ve gelişimi gerçekleşmiştir.

Yabancı yatırımlara ilişkin bir uluslararası hukuka ihtiyaç duyulması ve bu yönde bir uluslararası hukuk gelişimi ilk olarak ABD ile Latin Amerika Devletleri arasındaki ekonomik ilişkilerde görülmüştür. İkinci Dünya Savaşı öncesine denk gelen bu dönemde, taraflar arasında, yabancı yatırımın korunmasına yönelik görüş çatışması yaşanmıştır. Latin Amerika Devletleri, yabancı yatırımcıya sağlanacak korumanın, vatandaşlara öngörülen ulusal hukukun sağladığı koruma ile sınırlanması gerektiğini savunurken ABD, ulusal hukukların sağladığı korumanın üzerinde, uluslararası hukuk düzeyinde bir korumanın sağlanmasını savunmuştur.¹² Oysa ABD, bölgesel ekonomik güç kimliğinden önce Avrupa ile ekonomik ilişkilerinde sermaye ithal eden bir ülke olarak gelişmekte olan ülkelerin sorunlarıyla yüzleşmiş ve bu konuda Latin Amerika Devletleri'nin taleplerini anlayabilecek bir tecrübeye sahiptir.¹³ Buna rağmen ABD, yabancı yatırımlara, uluslararası hukuk düzeyinde bir korumanın sağlanması gerektiğinde ısrarcı olmuştur. Buna karşın Latin Amerika Devletleri birçok antlaşma, sözleşme ve ulusal mevzuatında

¹¹ Ünsal Hande, Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2015, s. 44.

¹² Kaya Caner, Bağdagül, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2021, s. 28,29.

¹³ Sornarajah, International Law 1996, s. 11.

yer verilmiş olan yabancı yatırımcılara eşit muamele ilkesinin, uluslararası hukukun gereklerini yerine getirdiğini iddia etmişlerdir.¹⁴

Bu dönemde, ev sahibi devletin yabancı mülkiyete el atması sebebiyle ortaya çıkan ABD ile Latin Amerika Devletleri arasında yatırım uyuşmazlıkları, çoğunlukla halk ayaklanması, baskı ve şiddetlerden kaynaklanmıştır. Bu müdahaleler, kendilerine menfaat sağlamak isteyen darbeci gruplarca gerçekleştirilmiştir. Yabancı mülkiyete yapılan bu tür müdahaleler, sonraki dönemlerde ekonomik reformlar kaynaklı el atmalardan tamamen farklıdır. Bu nedenle, bu iki farklı nitelikteki el atmaya aynı kuralların uygulanması yerinde değildir.¹⁵

Diğer yandan benzer tarih aralıklarında ve özellikle 19. yüzyılın ilk yıllarında ortaya çıkan sosyalist devrimler yabancı mülkiyete el konulması müdahalelerini artırmıştır. Bu döneme kadar özel mülk kapsamında olduğu değerlendirilen yabancı yatırımlar, sosyalist rejimin özel mülkiyete karşı tutumunun etkisiyle millileştirmelere konu olmuştur.¹⁶

Bu gelişmeler, yabancı mülkiyete yapılan müdahalelerin uluslararası hukukta kabul edilebilir standartlarının belirlenmesi zorunluğunu gündeme getirmiştir.¹⁷ Hukukçular arasında uzun süreli tartışma ve çalışmalar sonucunda, millileştirme hareketlerinin neticesi olan yatırım uyuşmazlıklarının tazminat anlaşmaları ile çözümlenebilmesi öne çıkmıştır. Bir başka deyişle millileştirme hareketleri sonrası ortaya çıkan tazminat ödenmesi hakkındaki uyuşmazlıkların çoğu, ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı veya kaynak devletler arasındaki tazminat anlaşmaları ile çözüme kavuşturulmuştur.¹⁸ Ancak ABD ve Latin Amerika arasında gelişen uluslararası hukuk ve tazminat anlaşmaları, yabancı mülkiyet üzerinde gerçekleştirilen müdahalelerin geçerli olabilmesi için gereken uluslararası standartlar hakkındaki tartışmalara bir çözüm sunamamıştır.¹⁹

1.1.2. Yeni Dönem: İkinci Dünya Savaşı Sonrası Sömürgeciliğin Sona Ermesi ve Sonrası Millileştirme Dönemi

¹⁴ Sornarajah, International Law 1996, s. 11.

¹⁵ Sornarajah, International Law 1996, s. 11 vd.; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 15.

¹⁶ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 45.

¹⁷ Sornarajah, International Law 1996, s. 11,12.

¹⁸ Lowenfeld, A.: International Economic Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 471, 484; Salacuse Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, s. 64.

¹⁹ Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

İkinci Dünya Savaşı sonrası yıllar, birçok ülke anahtar sanayilerini millileştirmek için harekete geçmiştir. Bu millileştirmeler, sadece komünizmi benimseyen ülkelerde değil, Batı Avrupa'da da gerçekleştirilmiş ve yerli-yabancı işletme ayrımı yapılmamıştır.²⁰ Aynı dönemde, ayrıca sömürgeciliğin sona ermesiyle birlikte yabancı sermayeye karşı milliyetçi tutumun daha da yükselmesi yabancı yatırımcılar için yatırım koşullarını belirsizleştirmiş²¹ ve bu sebeplerle yatırım uyumsuzlukları yaşanmaya başlamıştır.²²

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası yükselen milliyetçilik, dünya genelinde sömürgecilik karşıtı hareketlerin doğal bir sonucudur. Bu süreçte bağımsızlıklarını kazanan devletler, ekonomilerinin kilit sektörlerinde eski sömürgeci devletlerin kontrolünü sona erdirme ve bu sektörlerin işletim ve denetimini yeniden ele geçirme isteğiyle hareket etmişlerdir.²³ Bu dönemdeki yabancı mal varlıklarının millileştirilmesi genellikle, bağımsızlığını yeni kazanmış devletlerin sömürgeler ülkelerini arındırma iradesinin bir yansımasıdır.²⁴

Millileştirme dalgası, uluslararası hukukta, yabancı yatırımların korunmasının kapsamı hakkında yoğun tartışmaları da beraberinde getirmiştir.²⁵ Yabancı yatırımın korunması hakkında sermaye ihraç eden devletler, korumanın uluslararası hukuk standardında olmasını savunurken bağımsızlığını yeni kazanan devletler yatırımların millileştirilmesi de dahil ulusal korumayı öne sürmüşlerdir. Bu milliyetçilik döneminde, hukukun yerine daha çok saldırgan politik söylemler ön plana çıkmıştır. Diğer yandan uyumsuzluklar hakkında, hukuki terminoloji yönünde çalışmalar da olmuştur.²⁶

20. yüzyılın ikinci yarısında, uluslararası hukukta yatırım hukuku en yoğun tartışılan konuların başında gelmiştir.²⁷ İkinci Dünya Savaşı'nın ardından sömürgeciliğin ani sonlanması, milliyetçi yaklaşımları güçlendirmiştir. Bu doğrultuda bağımsızlığını kazanmış devletler, sömürgeci güçlerin ekonomik egemenliğini sonlandırmak ve kendi ekonomilerini düzenlemek için yeni bir düzen arayışına girmişlerdir.

²⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 16.

²¹ Uras, T. Güngör, Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları, Formül Matbaası, İstanbul, 1979, s. 31.

²² Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

²³ Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

²⁴ Tunç, Mehmet Akif, Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Ve İki Taraflı Yatırımların Korunması Ve Teşviki Antlaşmaları Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı Nedir?, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 14.

²⁵ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 17.

²⁶ Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

²⁷ Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

Sömürge olmaktan kurtularak egemenliklerini yeniden kazanan ülkeler, kendi doğal kaynakları üzerinde kontrolü yeniden ele geçirmeyi arzu etmekteydiler. Bu devletlerin kaynakları üzerindeki ve bunlara ilişkin ekonomik faaliyetleri denetleme ve kontrol etme isteği, 1960 - 1970 yıllarında BMGK kararlarına da yansımıştır. İlgili tarihlerde, ev sahibi devletlerin kendi kaynakları üzerinde denetim ve kontrolü sağlayabilmeleri hakkında üç farklı karar kabul edilmiştir. Bunlar “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Bildirgesi”²⁸, “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi”²⁹ ve “Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartıdır”³⁰. Belirtmek gerekir ki bu kararlar, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin, sömürgeciliğe karşı tepkilerini ve baskı, bağımlılık ve eşitsizlik temeline kurulmuş ekonomik düzenin eşit olan egemenliklere dayanacak yeni bir düzenle değiştirilmesi arzularını yansıtmaktadır.³¹

Doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik görüşünün uluslararası hukukta kabul gören bir ilke olarak benimsenmesine önemli bir katkı sağlayan ve oy birliği ile alınmış 1962 tarihli Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı ile ev sahibi devletlerin, kendi kaynakları üzerinde denetim ve kontrolü sağlayabilmeleri konusunda önemli bir yol kat edilmiştir.³² Bu karar ile yabancı yatırımların millileştirilmesi ve kontrolünün yanı sıra, doğal kaynaklar üzerinde kişi ve devletlerin hakları da tanınmıştır. Sonraki yıllarda yabancı yatırımların millileştirilmesi ve kamulaştırılması hareketleri artarak devam etmiştir.³³

Diğer yandan gelişmekte olan ülkelerin doğal kaynakları üzerinde egemenlik ilkesine dayanarak denetimlerini artırmak istemeleri, uluslararası hukukun geleneksel kurallarını tehdit etmekteydi. Bu durum, 1962 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı" nın kabulü ile ayrıca uluslararası düzeyde bir hukuki geçerlilik kazanmıştır. Bu gelişme yatırım uyuşmazlıklarını da beraberinde getirmiş ve bu dönemde yatırım uyuşmazlıkları son yüzyılın en yüksek boyutlarına ulaşmıştır. Bunun bir sonucu olarak hukuki istikrarı yakalayamamış olan

²⁸ [A/RES/S-6/3201 - Declaration on the Establishment of a New International Economic Order - UN Documents: Gathering a body of global agreements \(un-documents.net\)](#), E.T.: 20.10.2023.

²⁹ <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent>, E.T.: 20.10.2023.

³⁰ [A/RES/29/3281 - Charter of Economic Rights and Duties of States - UN Documents: Gathering a body of global agreements \(un-documents.net\)](#), E.T.: 20.10.2023.

³¹ UN: Towards the New International Economic Order, United Nations Publication, New York, 1982, s. 3, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 51.

³² Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 208; Sornarajah, Investment Disputes, s. 191.

³³ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 19.

gelişmekte olan ülkeler, yabancı yatırımlar sayesinde ülkelerine gerçekleşen doğrudan sermaye akışının tehlikeye girmesiyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu olumsuz gelişmelerin Dünya Bankasını, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir uzlaştırma ve tahkim sistemi olan Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'ni (ICSID) uygulamaya koymaya itmiş olduğu ifade edilmektedir.³⁴

İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişmekte olan pek çok ülke, bir yandan yabancı yatırımların istikrarsızlık ve riskleri nedeniyle yabancı yatırıma mesafeli kalırken ve hatta sömürge dönemi sonrası millileştirme hareketlerine yönelerek yabancı yatırımı tamamen dışlarken diğer yandan milli sermaye ihtiyacı sebebiyle yabancı sermayeye de ihtiyaç duyduğu paradoksal bir dönem yaşamıştır. Zira gelişmekte olan ülkeler, genellikle belirli kalkınma hedeflerine sahip olan devletlerdir. Bu hedefler, gelişmekte olan devletleri başta enerji ve altyapı olmak üzere belirli bazı yatırımları gerçekleştirmelerini mecbur kılmaktadır.³⁵ Ancak gelişmekte olan ülkelerin yetersiz kalan sermaye ve tasarrufları, önemli bir gelir kaynağı olan enerji kaynaklarını arama, çıkarma ve işleme konusunda yeterli mali kaynakların ve teknik kabiliyetin olmaması, bu ülkeleri sıklıkla hedeflerinin gerisinde bırakmaktadır.³⁶ Bu durum, gelişmekte olan ülkeleri, yatırımlarını gerçekleştirilebilmek için dış finansman kaynaklarına yöneltmiş ve zamanla dış kaynaklar öz kaynakların yetersizliğini giderici bir çözüm olarak görülmeye başlanmıştır.³⁷

Gelişmekte olan ülkeler için bir yandan milli kaygılar dolayısıyla yabancı yatırımlara mesafeli kaldıkları ancak diğer yandan da kalkınma hedeflerine ulaşabilmeleri için yabancı yatırımlara gereksinim duydukları bu paradoksal durumun aşılabilmesi amacıyla Dünya Bankası, uluslararası antlaşmalar yoluyla bir çözüm arayışına gitmiştir. Dünya Bankası himayesinde hazırlanmış bu antlaşmalardan biri olan "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması" (MIGA) ile yabancı sermaye yatırımların ticari riskler haricindeki riskleri karşılamak için bir Garanti Fonu oluşturulmuştur. Bu sayede MIGA ile gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı teşvik edilmiştir. Sonrasında Dünya

³⁴ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 383,384; Houtte, Hans Van, The Law of International Trade, London, 1995, s. 241, 242, 247.

³⁵ Uras, Sermaye Yatırımları, s. 27.

³⁶ Uras, Sermaye Yatırımları, s. 27; Erdoğan, Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 165; Peters, P., "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", Netherlands Yearbook of International Law, Netherlands Yearbook of International Law, V. XXII, 1991, s. 93.

³⁷ Uras, Sermaye Yatırımları, s. 28.

Bankası himayesinde hazırlanan uluslararası antlaşmalardan bir diğeri olan "Devletlerle Diğeri Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Antlaşması" (bundan sonra ICSID Antlaşması) ile de yabancı yatırımların güvence altına alınması amaçlanmıştır.³⁸

MIGA ve ICSID Antlaşmaları sonrası, bu uluslararası antlaşmaların da verdiği güven ve teşvik ile devletler arasında iki taraflı yatırım antlaşmalarında önemli bir artış başlamıştır. Bu gelişmelerle özellikle sermaye ithal eden devletler arasında yabancı sermaye akışındaki çekingenliğin azalmaya başladığı gözlemlenmiştir. Bu devletler, uluslararası ekonomik ilişkilerde toplu eylemlerini sürdürürken aynı zamanda hukuk sistemlerinde yabancı yatırım mevzuatını kabul ederek yabancı yatırımın teşviki bağlamında daha faydacı bir yaklaşım sergilemeye başlamışlardır. Sermaye ithal eden devletlerin küresel normatif değişiklikleri desteklemesi, iki taraflı yatırım antlaşmaları yapması ve hukuk sistemlerinde yabancı yatırım kanunları aracılığıyla vergi ve diğeri teşvikleri sağlaması, aslında gelişmekte olan ülkelerin tutumunda millileştirme hareketlerine karşılık açık bir çelişkiyi yansıtmaktadır. Sermaye ithal eden devletlerin bu durumu, yabancı yatırımlara daha faydacı bir bakış açısıyla yaklaşmaya başladıklarının bir göstergesidir.³⁹

Gelişmekte olan ülkelerde durum böyleyken diğeri yandan, gelişmiş ülkelerde de yabancı yatırımın korunmasına ilişkin uluslararası bir antlaşma zemini aranmıştır. Ancak bu süreçte üyelerinin çoğunluğunun gelişmiş ülkelere oluşturduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (bundan sonra OECD) düzeyinde dahi yatırımın korunmasına yönelik kapsamlı çalışmalar yapılmışsa da başarılı bir sonuca ulaşamamıştır. Gelişmiş ülkelerin, yabancı yatırımların korunması bakımından ileri sürdükleri ilke ve kuralların gelişmekte olan ülkelere reddedilmesi, gelişmiş ülkeleri, uluslararası yatırımlarının korunması konusunda uluslararası bir antlaşma yapmaktansa iki taraflı antlaşmalar yapmaya yönlendirmiştir.⁴⁰

Devam eden dönemlerde Avrupa ve ABD'nin ekonomik baskınlığında önemli düşüşlerin yaşanması, gelişmiş olan bu ülkelerin kendileri için de yabancı yatırıma ev sahipliği yapılmasını kazançlı kılmaya başlamıştır. Yani eskiden sermaye ihracatçısı olan devletler artık aynı zamanda sermaye ithal eder hale de gelmişlerdir. Dolayısıyla önceden karşı

³⁸ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 16.

³⁹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 22; Sornarajah, International Law 1996, s. 14.

⁴⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 21.

çıkmiş oldukları egemenlik merkezli argümanlara artık gelişmiş ülkelerin bizzat kendileri başvurmak zorunda kalır olmuştur.⁴¹

Diğer yandan gelişmekte olan devletler de gelişmiş devletlerinkine benzer deneyimler tecrübe etmeye başlamışlardır. Gelişmekte olan bu devletler kendi devletlerinden ihraç ettikleri yabancı yatırımın korunması ile de ilgilenmeye başlamışlardır.⁴² Nitekim gelişmekte olan ülkelerin aralarında imzaladığı ikili yatırım antlaşmalarında, yabancı sermaye yatırımlarının korunması yönündeki hükümlere yer verildiği görülmüştür.⁴³

Dünya ekonomisindeki bu yeni gelişmeler, yabancı yatırıma ilişkin algılama şeklini de değişime uğratmıştır. 1980'ler ve 1990'ların başı yatırım yasa ve antlaşmalarında giderek artan bir serbestleştirme dönemi olmuş ve yabancı yatırımların teşvik ve korunması hakkında iki taraflı yatırım antlaşmalarının sayısı hızla artmıştır. 2000'li yıllar itibariyle de uluslararası kredi ve finans kurumlarının da olumlu etkisiyle, neredeyse tüm devletler en az birer tane yatırım antlaşmasına taraf olmuşlardır.⁴⁴ Ancak 1990'lı yıllarda hala yabancı yatırımın gelişimi ve teşvikini baltalayan bir sorun vardır. Bu, uluslararası yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü meselesidir.

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar diplomasi, güç ve taraflar arasında özel mahkemeler kurulması gibi yollarla çözülmeye çalışılsa da bu uyuşmazlık çözüm yöntemleri oldukça yetersiz kalmıştır. Bu yetersizlikler ve dolayısıyla uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasının oldukça düşük seviyede olması, uluslararası yatırımın teşvik ve gelişiminin önünde önemli bir engel teşkil etmekteydi.

Küresel ekonominin kalkınmasını ve sürdürülebilir ekonomik büyümenin sağlanmasını, uluslararası yatırımların gelişimini ve uluslararası ticaretin uzun vadede dengeli olarak büyümesini amaçlayan Dünya Bankası⁴⁵, uluslararası yatırım alanında yaşanan bu soruna da çözümler geliştirmek üzere çalışmaya başlamıştır. Dünya Bankası bünyesindeki çalışmalar sonrası yabancı yatırım alanında uluslararası ortak bir mevzuat ortaya koymanın güçlüğü görülmüş ve bu yönde bir mevzuat geliştirmektense mevcut mevzuattan kaynaklı yabancı yatırım çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne odaklanmanın daha yerinde bir çalışma olacağına varılmıştır. Neticede Dünya

⁴¹ Sornarajah, International Law 1996, s. 16.

⁴² Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 25.

⁴³ Sornarajah, International Law 1996, s. 17.

⁴⁴ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 19.

⁴⁵ <https://www.worldbank.org/en/home>, E.T.: 27.04.2023.

Bankası bünyesinde gerçekleştirilen uzun çalışmalar sonrasında yatırım uyuşmazlıkların çözümü konusunda bir merkez kurma kararına varılmış ve ICSID Antlaşması ile 1996 yılında ICSID kurulmuştur.⁴⁶

ICSID Antlaşmasında, yatırım kavramına ve yatırım uyuşmazlığı hakkında tanım yapılmamıştır. Bunun yerine yatırım kavramı ve yatırım uyuşmazlığı hakkındaki tanımlar devletlerin kendi aralarında akdedeceği yatırım antlaşmalarına bırakılmıştır.⁴⁷

Yatırım hakkındaki tanımın devletler arasında yapılan yatırım antlaşmalarına bırakılması, yatırım uyuşmazlıklarına yeni bir nitelik kazandırmıştır. Zira artık devletler arasındaki yatırım antlaşmaları sayesinde, yabancı yatırımlara devletlerin egemenlik haklarına dayanarak yaptıkları el atmalar, uluslararası sorumluluğu doğuran bir boyuta ulaşmıştır. Önceden yatırım uyuşmazlıkları yalnızca yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin vatandaşlarına diplomatik koruma sağlamasıyla uluslararası bir boyut kazanabilirken ICSID Antlaşması ve devletler arası yatırım antlaşmalarıyla birlikte artık tüm bu yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, uluslararası hukuku ve sorumluluğu ilgilendiren bir boyuta ulaşmıştır. Özellikle ICSID ile uyuşmazlıklarının çözümü konusunda yabancı yatırımcının aradığı tahkim güvencesi sağlanmak suretiyle yabancı yatırımcıların uluslararası hukuka erişebilmeleri ve dolayısıyla devletlerin uluslararası sorumluluğuna gidebilmeleri oldukça kolaylaşmıştır. Nitekim devletler arasındaki pek çok yatırım antlaşmasında, uyuşmazlıkların çözüm yolları, nadiren alternatif hakem mahkemelerinin yanı sıra genellikle ICSID tahkimine atıfta bulunularak düzenlenmektedir. Bunun bir sonucu olarak son yıllarda ICSID tahkimine yapılan başvurularda önemli bir artış gözlemlenmektedir.⁴⁸

Böylece uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimi genel hatları ile ele alınmıştır. Devam eden başlıkta, tarihsel gelişimi ele alınmış olan uluslararası yatırım hukukunun kaynakları incelenecektir.

1.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış

Uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimini incelediğimiz bölümde belirttiğimiz üzere uluslararası yatırımlar hakkındaki ilk ilişkiler, tamamıyla devletler arasında karşılıklı antlaşma, iradelerin uyumu ve edimlerin karşılıklı ifası şeklinde gelişmemiştir.

⁴⁶ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 383, 384; Houtte, International Trade, s. 241, 242, 247.

⁴⁷ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 385.

⁴⁸ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, E.T.: 20.10.2023.

Uluslararası teamülleri göz ardı etmemekle birlikte ilk yabancı yatırımlardaki taraf ilişkileri sömürü sistemi odağında oluşmuş, çoğunca askeri gücü yüksek devletler karşılarında zayıf kalan devletleri sömürü altında kaynak devlet haline getirmişlerdir. Ancak özellikle 20. yy. ve bilhassa İkinci Dünya Savaşı sonrası bağımsızlığı kazanan devletler, mevcut sömürü düzeni ve uzantısı ekonomik sisteme başkaldırmışlar, ekonomilerinin kilit sektörlerinde eski sömürgeci devletlerin hâkimiyetini sona erdirmeye ve bu sektörlerin işletim ve denetimini yeniden ele geçirme isteğiyle millileştirme hareketleri göstermişlerdir.⁴⁹ Bu devletler ilgili alanlardaki yabancı yatırımların millileştirilmesi politikasına yönelerek yatırım alanlarında uluslararası etkileşimi zayıflatmışlardır. Ancak gerek gelişmiş ülkelerin yatırıma konu enerji kaynaklarına duydukları ihtiyaç gerekse de az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin sermayeye duydukları ihtiyaç, yatırım alanında uluslararası etkileşimin önemi ve gerekliliği üzere ortak bir kanıyı kısa sürede oluşturmuştur.

Tüm bu gelişmeler, devletleri iki veya çok taraflı antlaşmalar yapmaya yöneltmiştir. Bu süreçte çok taraflı küresel tek bir antlaşma yapma çalışmaları yapılmış olsa da bu çalışmalar bir türlü başarı ile neticelendirilememiştir. Bu durum devletleri çok taraflı tek bir antlaşma yapmaktansa bölgesel antlaşmalara veya karşılıklı iki taraflı antlaşmalar yapmaya yöneltmiştir. Ayrıca devletler yabancı yatırımlar hakkında ulusal mevzuatında da düzenlemelere yer vermeye başlamışlardır. Tüm bu çalışmalar, uluslararası yatırım alanında hukuki belirliliğin oluşmasına önemli katkı sunmuştur.

Hukuki belirliliğin oluşmaya başlaması yabancı yatırımcılara daha güven dolu bir ortam sunmuş ve yatırımcıları yabancı yatırımlara yönelme konusunda cesaretlendirmiştir. Yatırımcıların yabancı yatırımlara yönelmesi ile yabancı yatırımcı ile kaynak devlet arasında imza olunun yatırım sözleşmelerinin sayısında da önemli bir artış yaşanmış ve bu bakımdan da uluslararası yatırım hukukunda kaynakların sayısı giderek artmıştır.

Yatırıma ilişkin uluslararası antlaşmalar, yabancı yatırım düzenlemelerine yer vermeye başlayan ulusal mevzuat ve yabancı yatırım sözleşmeleri ile uluslararası yatırım hukukunun kaynakları giderek zenginleşmiş ve bu sayede uluslararası yatırım hukuku önemli bir gelişim göstermiştir. Bunlarla birlikte uluslararası yatırım hukukunun gelişimi ve çerçevesinin belirginleşmesinde en önemli kaynaklardan biri de her hukuk dalında olduğu gibi içtihatdır. Zira uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar

⁴⁹ Sornarajah, International Law 1996, s. 12.

hakemlerce karara bağlandıkça yabancı yatırımlara ilişkin mevzuat yorumları hem zenginleşmekte ama ayrıca temel düzeyde de belirginleşmekte ve daha net bir hukuki rejim ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası yatırım hukukunun kaynakları hakkında özetle uluslararası hukuka paralel şekilde ilk olarak her ne kadar sömürü sistemi dolayısıyla askeri ve diplomatik güç unsurları etkili olsa da uluslararası teamüllerin varlığından bahsedilebilecektir. Uluslararası teamüller sonrasında ise özellikle sömürü sisteminin sona erdiği 20. yy. itibariyle iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar, sonrasında devletlerin ulusal mevzuatında yabancı yatırım düzenlemelerine yer vermeye başlamaları ile ulusal mevzuat, tüm bu gelişmelerin etkisi ile artan yabancı yatırım sözleşmeleri uluslararası yatırım hukukunun kaynakları arasındadır. Elbet bu kaynaklar ile hukuki bir rejimin oluşması ve bunun yatırımcılara güvence vermesi ile artış gösteren yabancı yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü hakkında geliştirilen içtihat da yine uluslararası yatırım hukuku alanında çok önemli bir kaynak olmakta ve uluslararası yatırım hukukunun gelişimine önemli katkılar sunmaktadır. Şimdi sırasıyla uluslararası yatırım hukukunun kaynakları, yabancı yatırımın uluslararası hukuka ilişkin bir alan olduğu da göz önüne alınarak uluslararası hukukun kaynaklarına atıfla incelenecektir.

Bu bağlamda uluslararası yatırım hukukunun kaynakları, uluslararası hukukunun kaynaklarının sayıldığı Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38/1⁵⁰ ve uluslararası hukuka atıfta bulunan ICSID Antlaşması madde 42⁵¹ kapsamında sırasıyla uluslararası teamül, uluslararası antlaşmalar, ulusal mevzuat ve yabancı yatırım sözleşmeleri şeklinde incelenecektir.

1.2.1. Uluslararası Teamül Hukuku Kuralları

⁵⁰ Uluslararası hukukun ana kaynakları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü M. 38/1'de sayılmıştır: "1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan: a. Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; b. Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıt olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını; c. Uygur uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini; d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü metni için bkz. Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1994, s. 89.

⁵¹ "Heyet, anlaşmazlığı, tarafların üzerinde anlaşacağı hukuk kurallara uygun olarak çözecektir. Böyle bir antlaşmanın bulunmaması durumunda Heyet, anlaşmazlığı taraf devletin hukukunu (kanunlar ihtilafına ilişkin kurallar da dahil) ve uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarını uygulayacaktır.", ICSID, MADDE 42/1.

Uluslararası yatırım hukukunun ilk kaynağı olarak teamülden bahsedilebilir. Zira teamül kavram olarak sürekli tekrar eden ve öteden beri olagelen davranıştır.⁵² Bu yüzden uluslararası yatırım hukukunda, uluslararası antlaşmalar öncesinde her ne kadar sömürü sisteminin hakimiyeti hissedilse de en baştan günümüze kadar uluslararası teamülün etkisi görülmektedir.

Genel hatlarla teamül, sürekli tekrar eden ve öteden beri olagelen davranış olarak tanımlanmakla birlikte uluslararası hukukta teamülün tanımı için farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden biri Devletlerin İradelerinin Üstü Örtülü Uyuşumu Görüşüdür.⁵³ Bu görüşe göre teamülün dayanağı, devlet iradelerinin üstü örtülü uyuşumu yani zımni uyuşmadır. Üstü örtülü uyuşma sağlayan bu irade, belirli bir durumda, belirli bir şekilde hareket etmeyi sürekli olarak tekrarlama üzerinedir.⁵⁴

Bu görüşe göre, teamülün oluşumunu sağlayan ilgili irade uyuşumuna katılmayan devletler için, bu teamül kuralı geçerli olmamaktadır. Yani ilgili teamül kuralı katılımcı devletler için bağlayıcı iken, diğer üçüncü devletler için değildir.⁵⁵ Bu görüşün savunucuları uluslararası hukukun kuramları başlığında incelemiş olduğumuz idareci kuram taraftarlarıdır. Yani bu görüşe göre uluslararası bir teamül kuralının oluşumu için tüm devletlerin olumlu yöndeki görüşlerinin alınması gerekmektedir.⁵⁶

Uluslararası teamül hukuku hakkındaki bir diğer görüş Savigny'nin Tarihi Ekol Görüşüdür.⁵⁷ Bu görüşe göre hukuk, insan iradesi ve şuuru ile yapılamaz, kendiliğinden halk içinde ve halkın ruhundan doğar. Yani hukukun kaynağı, insan iradesi değil, halkın ruhudur. Neticede de hukukun ideal kaynağı ve oluşum şekli kanun değil, teamüldür.⁵⁸

Savigny'nin tarihi ekol görüşüne benzer bir görüş de Mantıksal Gerekliklik Görüşüdür.⁵⁹ Bu görüşe göre uluslararası bir teamülün oluşumu için devlet iradesinin gerekli olmadığı ileri sürülür. Genel bir uygulama, teamülün oluşumu için yeterli görülmektedir. Teamülün oluşumuna iştirak etmeyen veya açıkça katıldığını bildirmeyen devletler için

⁵² <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 31.08.2023.

⁵³ Öktem, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, BETA Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2013, sa. 23-36.

⁵⁴ Meray, Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. Cilt, Sayı: 177-99, 1960, s. 82.

⁵⁵ Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi, Cilt:1, 6. Baskı, Ankara, 1997, s. 213.

⁵⁶ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 120.

⁵⁷ Öktem, Uluslararası Teamül, s. 26.

⁵⁸ Meray, Devletler Hukukuna Giriş, s. 82, 83.

⁵⁹ Öktem, Uluslararası Teamül, sa. 36-44.

dahi oluşan bu kural bağlayıcıdır. Yani ilgili kuralın bağlayıcılığı için uygulamanın genel olması yeterlidir.⁶⁰

Uluslararası teamül hukuku hakkında bir başka görüş de Sürekli İtirazcı Görüşüdür.⁶¹ Bu görüş teamülün bağlayıcılığı noktasında fikir ileri sürer. Görüşe göre, uluslararası teamülün oluşumu aşamasında bu teamüle katılmadığını ve bağlayıcı olmadığını sürekli ileri sürerek itiraz eden devletler, bu teamül ile bağlı olmazlar⁶².

Günümüzde hakim olan görüşün sürekli itirazcı görüşe yakın olduğunu söyleyebiliriz. Zira UAD'nın 18.12.1951 tarihli kararında, bir uluslararası teamül kuralına şüpheye yer vermeyecek şekilde sürekli itiraz eden bir devlet için bu norm uygulanmayacaktır, ifadesi mevcuttur.⁶³ Bununla birlikte ayrıca günümüzde kabul gören görüş, uluslararası teamül için iki kurucu unsurun varlığını aramaktadır:⁶⁴

Bu unsurlardan ilki maddi unsurdur. Buna göre teamül, örneklerle veya örnek teşkil eden tutum veya davranışların tekrarlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu husus uluslararası teamülün maddi ögesidir. Maddi unsura göre benzer olaylar karşısında, aynı tutum ve davranışların tekrarının süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Benzer olaylar karşısındaki tutum ve davranışların genel bir uygulama olması gerekmektedir. Bu tutum ve davranışlar, uluslararası alanda ve uluslararası ilişkilerde uygulananlar olmalıdır. Ayrıca olumlu, aktif tutum ve davranışlar yanında, olumsuz, pasif tutum ve davranışlar da uluslararası teamülün maddi ögesi olabilmektedir.⁶⁵

Uluslararası teamül hukukunun diğer kurucu unsuru ise psikolojik unsurdur. Buna göre uluslararası hukuk kişilerinde, benzer durum ve olaylar karşısında aynı tutum ve davranışlara yönlendiren bir hukuksal yükümlülük, bir yasal görev inancı olmalıdır. Yani teamülün oluşumunda, davranışların tekrarı yeterli olmamaktadır. Ayrıca bu davranışların zorunlu olduğu konusunda uluslararası hukuk süjeleri arasında bir inancın olması gerekmektedir.⁶⁶

Uluslararası yatırım hukukunun bir diğer kaynağı da iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalardır.

⁶⁰ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk 1997, s. 213.

⁶¹ Öktem, Uluslararası Teamül, s. 27, 28.

⁶² Öktem, Uluslararası Teamül, s. 30; VERHOEVEN, Joe, Droit International Public, Editions Larcier, Bruxelles, 2000, s.326,327, aktaran REÇBER, Uluslararası Hukuk, s. 122.

⁶³ <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

⁶⁴ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 125, 126; ÖKTEM, Uluslararası Teamül, s. 49.

⁶⁵ Öktem, Uluslararası Teamül, s. 26, 56-60.

⁶⁶ Öktem, Uluslararası Teamül, sa. 102-142.

1.2.2. Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası hukuk ve dolayısıyla uluslararası yatırım hukukunda bir diğer kaynak ve aslında bu hukuki rejimi ortaya çıkaran en zengin ve önemli kaynaklardan biri uluslararası antlaşmalardır.⁶⁷ Zira bizatihi hukuk disiplinlerinin doğal bağlantılarından öte ayrıca uluslararası yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunun, uluslararası hukuka atıfta bulunarak yatırım antlaşmaları ile uluslararası hukukun beraber uygulanmasını öngördüğü görülmektedir.⁶⁸

Tanım olarak uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukuk sùjeleri arasında ekonomik, kültürel, siyasi vb. gibi çeşitli konularda iş birliğini amaçlayan irade uyuşumudur.⁶⁹ İlk dönemlerde, uluslararası antlaşmaların yapılışında ve yürürlüğe konulmasında teamüllere göre işlem yapılmış ancak zamanla bir düzenlemeye gidilmiş ve ilgili teamüller derlenip kodifiye edilerek Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁷⁰ düzenlenmiştir. Ancak tüm uluslararası hukuk sùjeleri Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (bundan sonra VAHS) taraf değildir ve bu yüzden hala uluslararası antlaşmaların yapılışında ve yürürlüğe konulmasında teamül hukukunu da takip eden sùjeler bulunmaktadır.⁷¹

Uluslararası antlaşmalar birçok çeşit konu, içerik veya biçimde yapılabilmektedir. Örneğin konu olarak yatırım antlaşmaları, ticaret antlaşmaları, konsolosluk antlaşmaları, ateşkes, barış, dostluk, saldırmazlık antlaşmaları, sınır antlaşmaları, uluslararası örgütlerle ilgili antlaşmalar gibi doğrudan pozitif hukuki düzenlemelere ilişkin antlaşmalar veya biçim açısından iki taraflı veya çok taraflı antlaşmalar ya da bu ikisini de belli oranda barındıran karma antlaşmalar şeklinde antlaşmalar olabilmektedir.

Burada önemli bir konu antlaşmaların yapılmasında takip edilmesi gereken ya da takip edilen usulün ne olduğudur. Enerji Konulu Uluslararası Antlaşmalar ve ICSID Antlaşması açısından bu konuda da kısa bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Antlaşmaların yapılış usulü, ilgili antlaşmanın iki taraflı ya da çok taraflı olmasına göre değişmektedir. Çok taraflı antlaşmalar ise bir konferans veya kongre sonrası hazırlanan

⁶⁷ Banifatemi, Y.: "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration" (Applicable Law), The Oxford Handbook of International Investment Law (eds. Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C.), Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 2008, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 458.

⁶⁸ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 450, 459.

⁶⁹ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 39.

⁷⁰ Sözleşme metni için bkz. https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438, E.T.: 31.08.2023.

⁷¹ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 38, 39.

ya da uluslararası örgütler tarafından hazırlanan antlaşmalar olarak yine usul konusunda bir farklılaşma göstermektedir.

Kongre veya konferansların yürütülmesi genellikle davet eden devletin temsilcisi başkanlığında davet edilen devletlerin temsilcileriyle görüşme şeklindedir. Ayrıca uzmanlık gerektiren konular ile ilgili gerekliyse komiteler veya komisyonlar kurulmaktadır. Bu komite ve komisyonlar konuyla alakalı uzman kişilerden oluşmakta ve antlaşma metinlerinin görüşülmesi, yazılması vb. konularda yetki kullanmaktadır. Neticede bu uzmanların çalışmaları kongre veya konferansta nihai kararı verecek temsilcilere büyük kolaylık sağlamak ve ayrıca yerinde kararlar için bir rehberlik sağlamaktadır.⁷²

Burada bir önemli konu da temsilcilerin temsil yetkilerine ilişkin düzenlemelerin neler olduğudur. Burada kimi temsilciler için yetki belgesi gerekliken kimi temsilciler ise doğrudan VAHS'de temsille yetkili olarak düzenlenmiştir. Bu kısmı çalışmanın amacından şaşmamak için daha fazla açmıyoruz.⁷³

Antlaşmaların metni ise genel olarak önsöz, maddeler ve varsa eklerden oluşmaktadır. Dili konusunda ise metnin iki veya daha fazla dilde yazılması benimsenmekte ve bu metinlerin aynı derecede geçerli oldukları kabul edilmektedir. Ayrıca özel olarak ilgili antlaşmaların son düzenlemelerinde dile ve geçerli nüshalara ilişkin açıklama yapılabilmektedir.⁷⁴

Bu antlaşmalara ilişkin bir diğer önemli konu ise antlaşmaların bağlayıcılık kazanmasıdır. Bağlayıcılık genel olarak devletler arasında ilgili belgelerin karşılıklı teatisi ile gerçekleşmektedir. İki taraflı antlaşmalarda durum böyleyken çok taraflı antlaşmalarda ise bu teati genellikle bir depoziter devletin belirlenmesi ve belgelerin bu devlete gönderilmesi ile yapılmaktadır. Bağlayıcılık kazanan antlaşma neticede yürürlüğe giren ve artık hüküm doğuran bir hukuki metin olarak uluslararası hukuk sisteminde yerini almaktadır.⁷⁵

Genel anlatımla uluslararası antlaşmalar hakkında değerlendirme yaptıktan sonra artık sırasıyla çok taraflı yatırım antlaşmalarını ve iki taraflı yatırım antlaşmalarını inceleyebiliriz.

⁷² Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 50, 51.

⁷³ İlgili düzenlemeler için VAHS madde 7 vd. incelenebilir.

⁷⁴ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 52, 53.

⁷⁵ Reçber, Uluslararası Hukuk, s. 58.

1.2.2.1. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları

a. Başarısız Girişimler

Uluslararası yatırım hukuku kaynak bakımından, uluslararası dış ticaret hukuku veya uluslararası deniz hukuku⁷⁶ gibi alanlar aksine küresel ölçekte kapsayıcı bir yazılı kaynağa sahip olmayan bir hukuk alanıdır. Bu niteliği dolayısıyla uluslararası yatırım hukuku yamalı bir bohçaya benzetilmektedir.⁷⁷ Yani farklı taraflar ve sektörler tarafından çeşitli açılardan ele alınan uluslararası yatırım hukuku, küresel kapsayıcılığı olan tek bir hukuki kaynağa sahip değildir. Uluslararası yatırım hukuku birbirini tamamlayan farklı tür kaynaklara sahip olan bir hukuk alanıdır.⁷⁸

Uluslararası yatırım hukuku alanında, özellikle 1962 yılında BMGK tarafından kabul edilen "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı" sonrasında millileştirme hareketlerinin meşruiyet kazanması sonucunda artan millileştirmeler karşısında kaynak bulmada zor bir durumda kalan gelişmiş ülkelerin bu zorluğu aşma çabaları, diğer yandan her ne kadar millileştirme hareketleri ile yabancı yatırıma mesafeli de dursalar sermayeye duydukları ihtiyaçtan dolayı gelişmekte olan ülkelerin kendilerince kabul edilebilir yeni şartlarda uluslararası yatırıma yönelme istekleri oluşmuştur. Bu istek doğrultusunda ülkeler, 1970'li yıllar itibariyle, bir başka değişle ekonomik serbestleşme döneminin başlangıcı olarak da adlandırılan dönemde⁷⁹ uluslararası yatırımlar alanında çok taraflı küresel bir antlaşma yapmaya yönelmişlerdir. Bu yönde özellikle gelişmiş ülkelerin önemli girişimlerde bulunduğu söylenebilir.⁸⁰

Bu yöndeki ilk çalışmalardan biri 1995 yılında OECD⁸¹ bünyesinde başlatılan çalışmalardır. 1995 yılında, çok taraflı bir yatırım antlaşması çalışması olan Multilateral Agreement on Investment (budan sonra MAI) hakkında OECD üye ülkeleri müzakerelere

⁷⁶ Sözleşme metni için bkz. <http://www.turkishgreek.org/index.php/kuetuephane/item/153-unclos-turkish>, E.T.: 31.08.2023.

⁷⁷ Schill, Stephan W., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, 2009, s. 324.

⁷⁸ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 51.

⁷⁹

<https://www.mevzuatdergisi.com/2011/06a/01.htm#:~:text=G%C3%BCn%C3%BCm%C3%BCzde%20d%C3%BCnya%20ekonomisinde%20ya%C5%9Fanan%20en.par%C3%A7as%C4%B1%20olarak%20sermaye%20hareketlerinin%20serbestle%C5%9Fmesidir>, E.T.: 08.09.2023.

⁸⁰ Salacuse, Investment Treaties, s. 104.

⁸¹ Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (Organization for Economic Cooperation and Development) İngilizce kısaltmasıdır. Resmi internet sitesi için bkz. <https://www.oecd.org/about/>, E.T.: 31.08.2023.

başlamıştır.⁸² Ancak bu müzakerelerin yürütülmesinin, üyelerinin çoğunluğunun gelişmiş ülkelerden oluştuğu OECD kapsamında gizli olarak gerçekleştirilmesi ve kamuya açıklamada bulunulmaması, özellikle OECD üyesi olmayan az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin tepkisini çekmiştir.⁸³

İlerleyen süreçte gizli olarak gerçekleştirilen bu müzakerelerin metinleri kamuoyuna sızmıştır. Özellikle bu metinlerde, işçi hakları, sağlık, çevre gibi konularda sorumluluğun ev sahibi devlete bırakılması, ev sahibi ülkelerin eylemlerinden kaynaklanan zararlara karşı yabancı yatırımcıların son derece korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olması kamuoyunca ağır şekilde eleştirilmiştir.⁸⁴ Artan eleştiriler üzerine yapılan çalışmalar, ilerleyen süreçte sivil toplum kuruluşları ile üye olmayan ülkelerin görüşlerine de arz edilmiştir.⁸⁵ Ancak süreç içerisinde tartışmalı konularda bir çözüme varılamaması ve özellikle yatırımların liberalleşmesi konusunda ABD ile Avrupa ülkelerinin farklı ekonomik politikalar gütmesi sebebiyle anlaşma sağlayamamaları sonucu önce 1998 yılında Fransa'nın müzakerelerden çekilmesi ve ardından diğer ülkelerin de çekilmeye başlaması ile OECD bünyesinde yapılan çalışmalar başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁸⁶ Bu başarısızlık sonrasında ortaya atılan görüşlerde, yabancı yatırımların korunması için katılımların daha geniş olacağı ve bu katılımlara sivil toplumun da dahil olacağı entelektüel temelli müzakerelerin yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede yapılacak antlaşmada, çevrenin korunması, az gelişmiş ülkelere teknik destek sunulması ve bölgesel iş birliği sağlanması gibi hükümlere yer verilmesi gerektiği yönünde yaklaşımlar gelişmiştir.⁸⁷

Uluslararası yatırımlar alanında çok taraflı küresel bir antlaşma yapmaya yönelik çalışmalardan biri de Dünya Ticaret Örgütü (bundan sonra DTÖ) bünyesinde gerçekleştirilmiştir. 1998 ila 2003 yıllarına denk gelen bu çalışmalar AB başta olmak üzere pek çok gelişmiş ülke tarafından desteklense de ABD tarafından yeterince destek

⁸² "OECD Begins Negotiations on a Multilateral Agreement on Investment" başlıklı 27.09.1995 tarihli OECD Basın Bildirisi. Bildi metni için bkz. [43389907.pdf \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/dataoecd/43/38/43389907.pdf), E.T.: 31.08.2023.

⁸³ [Multilateral Agreement on Investment \(globalpolicy.org\)](https://www.globalpolicy.org/), E.T.: 31.08.2023.

⁸⁴ [Multilateral Agreement on Investment \(globalpolicy.org\)](https://www.globalpolicy.org/), E.T.: 31.08.2023.

⁸⁵ Sornarajah, International Law 2011, s. 257.

⁸⁶ Schill, Stephan W., "Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective", In: International Investment Law and Comparative Public Law, UK: Oxford University Press, 2010, sa. 49-75; Salacuse, Investment Treaties, s. 106; Keskin, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 189.

⁸⁷ Z. Drabek, "A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics", Staff Working Paper ERAD-98-05, Şubat 1998 World Trade Organization, s.15-16, aktaran Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 45.

görmemesi ve ayrıca yine gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerce kabul görmemesi sonucunda başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁸⁸

Gelişmiş ülkelerin, yabancı yatırımların korunması bakımından ileri sürdükleri genel geçer ilke ve kuralların gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerce reddedilmesi, gelişmekte olan ülkelerin de yabancı yatırımların kendileri için daha lehe olan yeni şartlar altında gerçekleştirilmesi yönünde önerdikleri genel geçer ilke ve kuralların gelişmiş ülkelerce reddedilmesi, son tahlilde ülkeleri, uluslararası yatırımlarının korunması konusunda uluslararası bir antlaşma yapmaktansa iki taraflı antlaşmalar yapmaya yönlendirmiştir.⁸⁹

Neticede günümüz için uluslararası yatırım hukukuna ilişkin her açıdan düzenlenmiş küresel bir uluslararası antlaşmadan bahsedilememektedir. Diğer yandan küresel çapta olmasa da yabancı yatırımların korunmasına yönelik hükümler içeren çok sayıda çok taraflı antlaşmalar bulunmaktadır. Bu antlaşmalar incelendiğinde, başarıya ulaşan ve imza edilen çok taraflı antlaşmaların bölgesel ve/veya sektörel bir yaklaşımla imza edildiği görülmektedir. Şimdi ayrı ayrı taraflarının anlaşma sağlayabildiği ve başarıyla sonuçlandırdıkları bu çalışma ve antlaşmalardan önemli gördüklerimiz incelenecektir.⁹⁰

b. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (MIGA)

Hazırlık çalışmalarının başarı ile sonuçlandığı çok taraflı antlaşmalardan biri Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (bundan sonra MIGA)'dır. Dünya Bankası himayesinde hazırlanmış olan MIGA ile yabancı sermaye yatırımların gayri ticari risklerini karşılamak için bir garanti fonu oluşturulmuştur. Bir başka deyişle, sigorta benzeri bir mekanizma kurulmak suretiyle yabancı yatırımlar açısından güvencenin artırılması amaçlanmıştır. Böylece MIGA ile gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı özendirilmiştir.⁹¹

c. Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)

⁸⁸ [Multilateral Agreement on Investment \(globalpolicy.org\)](https://www.globalpolicy.org), E.T.: 31.08.2023.

⁸⁹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 21.

⁹⁰ Çalışmada incelenmeyecek olmakla birlikte yabancı yatırımların korunması hususunda katkı sunan diğer bazı uluslararası antlaşmalar şöyledir: Uluslararası Para Fonu Antlaşması ve Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşmasını, Ticaretle İlgili Yatırım Düzenlemeleri, Ticaretteki Hizmetlere İlişkin Genel Antlaşma, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Hususları. İlgili antlaşmalar hakkında bkz. Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 51.

⁹¹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 52; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 383, 384.

ICSID uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynaklarından biridir. Küresel ekonominin kalkınmasını ve sürdürülebilir ekonomik büyümenin sağlanmasını, uluslararası yatırımların gelişimini ve uluslararası ticaretin uzun vadede dengeli olarak büyümesini amaçlayan Dünya Bankası⁹², bünyesinde gerçekleştirdiği uzun çalışmalar sonucunda, uluslararası yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda hizmet verecek bir merkez olan ICSID'in oluşturulmasını sağlamıştır.⁹³ ICSID, DB Direktörler Kurulu tarafından hazırlanarak 18 Mart 1965 tarihinde akit devletlerin onayına sunulan ve 166 ülkenin katılımıyla imza edilen ICSID Antlaşması ile kabul edilmiştir. Sorasında ICSID Antlaşması 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹⁴ ICSID ilk günden bugüne uluslararası yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için önemli bir merkez durumundadır.

d. Enerji Şartı Antlaşması (EŞA)

Hazırlık çalışmalarının başarı ile sonuçlandığı çok taraflı antlaşmalardan bir diğeri de Enerji Şartı Antlaşması⁹⁵ (bundan sonra EŞA)'dır. Ancak çok taraflı yatırım antlaşmaları arasında EŞA, diğer çok taraflı antlaşmalardan farklı şekilde konusu sektörel olan bir antlaşmadır.⁹⁶

EŞA'ya ilişkin çalışmalar özellikle Soğuk savaş sonrası dönem ile ortaya çıkan enerji tedarik ve piyasalarındaki belirsizlikler üzerine başlamıştır. Soğuk savaş döneminin sona ermesi ve Doğu Bloku'nun çökmesiyle birlikte, enerji kaynakları açısından zengin olan Rusya Federasyonu, Kazakistan, Azerbaycan, Türkmenistan gibi Demir Perde ülkelerindeki ekonomik ve siyasal düzenin belirsizliği, özellikle enerji kaynağı noktasındaki ihtiyaçlarının büyük kısmını bu Demir Perde ülkelerinden karşılayan Avrupa ve Batı ülkelerini ciddi şekilde tedirgin etmiştir.⁹⁷ Yaşanan bu belirsizlik ve tedirginlikler, 1991 yılında Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu'nun kabul edilmesine

⁹² <https://www.worldbank.org/en/home>, E.T.: 27.04.2023.

⁹³ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 383, 384; Houtte, International Trade, s. 241, 242, 247.

⁹⁴ Ormanoğlu, Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004, s. 95, 96.

⁹⁵ Antlaşma metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

⁹⁶ EŞA, madde 2; Salacuse, Investment Treaties, s. 102.

⁹⁷ Konoplyanik, Andrey Alexandrovich / Walde, T., "Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy", Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol: 24, No: 4, 2006, s. 524.

zemin hazırlamıştır. Bu deklarasyon, enerji alanında serbest piyasa kuralları, şeffaflığa ve rekabetçi temellere dayalı bir iş birliği gerektiğini vurgulamaktadır.⁹⁸

Takip eden başarılı müzakereler sonucunda EŞA, 17 Aralık 1994'te Lizbon'da 50 ülke ve AB katılımı ile imzalanmış ve antlaşma hükümleri gereği 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹⁹ Diğer yandan EŞA'yı imzalamış olsa da antlaşmanın onaylanması için iç hukuklarında öngörülen usuli işlemleri yerine getirmeyen bazı devletler olmuştur. Bu devletler, Avusturalya, İzlanda, Beyaz Rusya ve Rusya Federasyonu'dur. Rusya Federasyonu daha sonra 2009 yılında EŞA'dan çekilmiştir.¹⁰⁰

EŞA ile antlaşmaya katılan ülkeler arasında enerji yatırımları, enerji ticareti, enerji taşıma işleri, ilgili uyumsuzlukların çözümü, enerji yeterliliği, çevre ve rekabet konuları gibi alanlarda uluslararası bir antlaşmaya, hukuki bir metne ulaşılmıştır. EŞA, bu denli kapsamlı hükümler içermesine rağmen antlaşmaya ilişkin müzakereler üç yıl gibi kısa bir sürede tamamlanmıştır. Bu durum antlaşma hakkındaki hazırlık çalışmalarının başarısına bir işarettir.¹⁰¹

EŞA'da, enerji kaynakları üzerinde ulusal egemenliğin varlığı kabul edilmekte ve devletlerin, enerji üretim alanlarının seçimini, enerji kaynaklarının geliştirilmesinde izlenecek politikaların belirlenmesini, mali politikaların tespiti ve arama ve üretime katılım konularında karar alma haklarını tanımaktadır. EŞA'nın amacı, enerji arz güvenliğinin artırılması, enerji üretimi, dönüştürülmesi, lojistiğinin gerçekleştirilmesi ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek düzeyde sağlanması ve enerji çalışma ve saha güvenliğinin güçlendirilmesidir. Bununla birlikte, çevreye verilmesi muhtemel zararların

⁹⁸ <https://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, E.T.: 29.04.2023.

⁹⁹ EŞA'yı imzalayan ülkeler; Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Avustralya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, GKRY, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Moldova, Moğolistan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovakya, Tacikistan, Makedonya, Özbekistan, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna ve Yunanistan'dır. Türkiye, Enerji Şartı Antlaşmasını 17 Aralık 1994'te Lizbon'da imzalamıştır. 1 Şubat 2000 tarih ve 45119 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 12 Temmuz 2000 tarih ve 24107 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Onay Belgesi 5 Nisan 2001'de depoziter ülke olan Portekiz makamlarına tevdi edilmiş ve Türkiye Enerji Şartı Antlaşması'nı onaylayan 42. ülke olmuştur. Bkz. <https://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, E.T.: 29.04.2023.

¹⁰⁰ McLahlan, Campbell / Shore, Laurence / Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration-Substantive Principles, Oxford University Press, 2010, s. 39.

¹⁰¹ Mistelis, Loukas A. / Baltag, Crina Mihaela, "Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty", Penn State University Law Review, 2009, sa. 1301-1321.

en aza indirgenmesi, yatırımların teşvik edilmesi ve korunması, enerji ticaretinin serbestleştirilmesi gibi konular da antlaşmanın hedefleri kapsamındadır.¹⁰²

Kısaca EŞA ile taraf devletlerin arasındaki enerji yatırımı ve ticaretine bir uluslararası hukuki koruma hedeflenmiştir. Bu hedef üzere antlaşmanın hükümleri şu şekilde 5 grup halinde sıralanabilir:¹⁰³

- Yerli yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında ayırım yapılmaması, yerli yatırımcının tâbi olduğu kuralların yabancı yatırımcıya da uygulanması, farklı bir ülkeye sağlanan daha lehe olan hükümlerin tüm taraf devletlere de uygulanması, taraf devletler arasında sermaye akışını teminat altına alan koruma standartları ve kamulaştırmaya ilişkin hükümler,
- Dünya Ticaret Örgütü kuralları uyarınca enerji maddeleri ve enerji ile ilgili ürünlerin serbest ticaretine hizmet eden kurallar,
- Serbest enerji iletimini amaçlayan hükümler,
- Taraf devletler ile devletler ve yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü yöntemleri,
- Hukuki şeffaflığın artırılmasına yönelik hükümler.

Toplam 50 maddeden oluşan EŞA, 8 bölüm üzerinden yazılmıştır. Başlıkları itibariyle Antlaşmadaki bölümler sırasıyla “Amaç ve Tanımlar”, “Ticaret”, “Yatırım Teşvik ve Koruması”, “Çeşitli Hükümler”, “Uyuşmazlık Çözümü”, “Geçici Hükümler”, “Yapı ve Kurumlar” ve son bölüm olarak da “Nihaî Hükümler” şeklindedir.

EŞA, uluslararası yatırım hukukunun kaynakları olan diğer iki taraflı veya çok taraflı antlaşmalara kıyasla devletin sorumluluğunu çok daha genişleten hükümler içermektedir.¹⁰⁴ Zira antlaşmaya taraf devletlerin yukarıda saymış olduğumuz yükümlülüklerin kapsamı, devletin kontrolünde olan teşebbüslerin ve tüm tüzel kişi kurumlarının da işlem ve eylemlerini kapsayan şekilde geniş bir çerçevede düzenlenmiştir.¹⁰⁵ Ayrıca enerji yatırımları alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için ICSID bünyesinde EŞA hükümlerine dayanılarak açılan dava sayısının günümüzde 101’i

¹⁰² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

¹⁰³ Konoplyanik/Walde, s. 529; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

¹⁰⁴ Turinov, Anna, “Investment’ and ‘Investor’ in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration*, 26(1), 2009, s. 5.

¹⁰⁵ T.N. Grigoriadis, “State Responsibility and Antitrust in the Energy Charter Treaty: Socialization vs. Liberalization in Bilateral Investment Relations”, *Texas International Law Journal* Vol.44, 2008, 45-63, s.46, aktaran Kaya, *Uluslararası Tahkim*, s. 53.

bulmuş olması ve bu davaların büyük çoğunluğunun yabancı yatırımcıların lehine sonuçlanmış olması EŞA'nın enerji yatırımlarının korunmasında önemli bir dayanak ve uluslararası yatırım hukuku bakımından güçlü bir kaynak olduğunu göstermektedir.¹⁰⁶

e. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA)

Uluslararası yatırım hukuku kaynaklarından bir diğerinin de Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması¹⁰⁷ (bundan sonra NAFTA) olduğu söylenebilir. Amerika Birleşik Devletleri, Meksika ve Kanada arasında yaklaşık 5 yıl süren çok taraflı müzakerelerin ardından, 17 Aralık 1992 tarihinde bu ülkeler arasında akdedilmiştir. Sonrasında NAFTA 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. NAFTA ile antlaşmaya taraf devletlerin aralarındaki ticari engellerin aşamalı şekilde kaldırılması ve karşılıklı yatırımların teşviki amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda NAFTA'da, antlaşmaya taraf devlet yatırımcılarının taraf devlet piyasalarında, kolayca giriş sağlayabilmelerini ve hareket edebilmelerini düzenleyen hükümlere yer verilmiştir.¹⁰⁸ Ayrıca Antlaşmanın 5. Kısmında yer alan 11 No'lu Bölümünde, doğrudan taraf devletler ile yatırımcılar arasındaki yatırım ilişkileri düzenlenmiştir.¹⁰⁹

NAFTA'da uluslararası yatırımlara ve yabancı yatırımcının korunmasına ilişkin düzenlemeler şu şekilde 5 ana başlık halinde sıralanabilir: madde 1102'de düzenlenmiş olan ulusal muamele kaydı, madde 1103'te düzenlenmiş en çok gözetilen ulus kaydı ve madde 1105'te düzenlenmiş olan âdil ve hakkaniyete uygun muameleyi içerecek şekilde asgarî koruma ilkeleridir. Ayrıca madde 1110'da, taraf devletlerin yatırımcılarının, yatırımlarının doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırılmamasına ev sahibi devletlerce başvurulmaması düzenlemesi de yine yabancı yatırım ve yatırımcıların korumasını temin eden önemli hükümlerdendir.¹¹⁰

1.2.2.2. İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları

Uluslararası yatırım hukukunun en zengin ve en önemli kaynaklarından biri olan uluslararası antlaşmaların büyük bölümü Yatırımların Teşviki ve Korunmasına Dair İki

¹⁰⁶ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, E.T.: 08.09.2023.

¹⁰⁷ Antlaşma metni için bkz. [North American Free Trade Agreement \(jusmundi.com\)](https://www.jusmundi.com), E.T.: 31.08.2023.

¹⁰⁸ NAFTA, madde: 1001, 1002.

¹⁰⁹ [North American Free Trade Agreement \(jusmundi.com\)](https://www.jusmundi.com), E.T.: 31.08.2023.

¹¹⁰ [North American Free Trade Agreement \(jusmundi.com\)](https://www.jusmundi.com), E.T.: 31.08.2023.

Tarafli Yatirim Antlasmlaridir.¹¹¹ Bu bakımdan iki tarafli yatırım antlaşmalarının uluslararası yatırım hukukunun birincil kaynaklarından biri olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.¹¹² Zira iki tarafli yatırım antlaşmalarının sayısı günümüzde 3000'i aşan bir seviyeye ulaşmıştır.¹¹³

İki tarafli yatırım antlaşmaları genel bir tanımla, antlaşmaya taraf devletin topraklarında diğer antlaşma tarafı devlet yatırımcılarının yatırımlarının ticarî olmayan risklere karşı karşılıklı olarak korunması hakkında düzenlemeler içeren hukuki metinlerdir.¹¹⁴ Bu metinlerin taslağı standart sözleşme taslaklarından farklı olmayıp öncelikle tanımlara yer verilmek suretiyle yatırımcı, yatırım, gelirler ve sonrasında en çok gözetilen ulus kaydı, kamulaştırma, zararların tazmini, akit taraflar arasındaki uyumsuzlukların çözümü, özel taahhütler, antlaşmanın uygulanabilirliği ve yürürlüğe girmesi, yürürlük süresi ve yürürlükten kalkma konularında yazılmaktadır.¹¹⁵

İki tarafli antlaşmalar, tipik olarak sermaye ihraç ve ithal eden devletlerin arasında imzalanmaktadır. Zira antlaşmanın bir tarafı olan sermaye ithal eden devlet, bu yatırım antlaşması vasıtasıyla yabancı sermaye çekmeyi, antlaşmanın diğer tarafı olan sermaye ihraç eden devlet de kendi yatırımcısına koruma sağlamayı hedeflemektedir.¹¹⁶

Tarihte ilk iki tarafli yatırım antlaşması olarak bilinen antlaşma, 1959 yılında Pakistan ve Almanya arasında yapılmıştır.¹¹⁷ İki tarafli yatırım antlaşmaları, 1970 yılında 72, 1980 yılında 165, 1990 yılında 385'e yükselerek 2005 yılında 2495'e ulaşmış, 2018 yılına gelindiğinde United Nations Conference on Trade and Development (bundan sonra UNCTAD) tarafından açıklanan verilere göre, iki tarafli yatırım antlaşmalarının sayısı 2946'ya kadar çıkmıştır.¹¹⁸ Günümüzde ise bu sayı 3000'i aşmış olup¹¹⁹ gelişmiş ülkelerin

¹¹¹ İki tarafli yatırım koruma ve teşvik antlaşmalarını ifade etmek üzere çalışmamızda “iki tarafli yatırım antlaşmaları” terimi kullanılacaktır.

¹¹² UNCTAD, State Contracts, s. 16.

¹¹³ Alvarez, Jose E., “The Once and Future Foreign Investment Regimeé, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2010, s. 608.

¹¹⁴ Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 175.

¹¹⁵ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 398.

¹¹⁶ UNCTAD: Bilateral Investment Treaties 1959-1991, United Nations, New York, 1992, s. iii; UNCTAD: World Investment Report 2011, United Nations Publications, Switzerland, 2011, s. 100.

¹¹⁷ Pakistan-Federal Almanya İYA metni için bkz. [International Sealing Distribution Association \(isd.org\)](http://www.isd.org), E.T.: 31.08.2023.

¹¹⁸ UNCTAD: World Investment Report 2013, United Nations Publications, Switzerland, 2013, s. x.

¹¹⁹ Alvarez, Investment Regimeé, s. 608.

çoğu mevcutta yüzlere varan iki taraflı yatırım antlaşmalarına taraf olmuştur.¹²⁰ Verilerden anlaşıldığı üzere özellikle 20. yy. 'ın sonları itibariyle iki taraflı yatırım antlaşmalarının sayısı hızla ve hatta katlanarak artmıştır. Bu artışın sebebi, çalışmamızın birinci bölümünün tarihsel gelişim süreci başlığında da ifade ettiğimiz üzere 20. yüzyılın sonları itibariyle sömürü sisteminin sona ermiş olması, yeni daha eşit dünya ekonomik düzenine geçilmesi ve serbest ekonomik düzenin yerleşmeye başlamasıdır.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında genel olarak taraf devletlerin karşılıklı yabancı yatırımlarının korunmasına odaklanılmış ve çoğunlukla bu yönde hükümler düzenlenmiş olsa da günümüz iki taraflı yatırım antlaşmalarının bazılarında yeni yaklaşımlar göze çarpmaktadır. Özellikle yatırım tahkimi kararlarına ilişkin yargı içtihatlarının da etkisiyle günümüzde bazı iki taraflı yatırım antlaşmalarında, kamu politikalarında ev sahibi devletlere daha fazla serbestinin tanındığı ve tahkim yargılamasına erişimin kolaylaştırıldığı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Yine benzer şekilde çevre, iklim değişikliği, toplum sağlığı gibi günümüz mühim konuları da dikkate alınarak bazı antlaşmalar yenilenmektedir.¹²¹ Bunlarla birlikte iki taraflı yatırım antlaşmalarının mahiyeti incelendiğinde yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin belli başlı temel ilke ve kuralların benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bunlar şu şekilde ana başlıklar halinde sayılabilir: Yatırım kavramı altında tarafların maddi hak ve yükümlülükleri, muamele standartları, şemsiye hükümler, tazminat hükümleri ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler.¹²²

İki taraflı antlaşmalarda yatırım kavramına ilişkin hükümleri çalışmamın tanımlar başlığında incelediğimiz için buna burada tekrar değinmiyoruz. Diğer yandan tanım bölümünde ele almadığımız için ilgili yatırım kavramı ile taraflar hakkında düzenlenen hak ve yükümlülüklerden bahsetmek gerekmektedir.

İki taraflı antlaşmalarında ilgili yatırım kavramı altında tarafların maddi hak ve yükümlülükleri, yabancı yatırımcıların, yerli yatırımcılarla adil ve eşit bir muameleye tabi

¹²⁰ Yackee, Jason Webb, "Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality", *Fordham International Law Journal*, Volume 32, Issue 5, 2008, s. 1554.

¹²¹ [Home | UNCTAD Investment Policy Hub](#), E.T.: 20.10.2023.

¹²² Yackee, *Pacta Sunt Servanda*, s. 1554; Cameron, Peter, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, Oxford University Press, 2010, s. 28; Roe, Thomas / Happold, Matthew / Dingemans, James, *Settlement of Investment Disputes Under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 5; UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (BITs)*, United Nations, New York and Geneva, 1998, sa. 5-7; Schill, *Multilateralization*, s. 5.

tutulması, tam koruma ve güvenlik sağlanması ve kamulaştırmaya karşı güvence hükümlerinden oluşmaktadır.¹²³

Muamele standartları ise esas itibariyle ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya sunacağı korumanın çerçevesini belirlemektedir. Ancak muamele standartları ekseriyetle muğlak ifadeler içermektedir. Bununla birlikte aslında bu şekilde muğlak ifadelerin kullanılması, ileride muhtemel bir uyuşmazlığın doğması halinde, uyuşmazlığa bakan hakem heyetinin yabancı yatırımcı lehine yorum yapmasına imkân tanımaktadır. Muamele standartlarının genellikle âdil ve hakkaniyete uygun muamele, ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kayıtlarının olduğu söylenebilir.¹²⁴

İki taraflı yatırım antlaşmalarında karşılaşılan bir diğer hüküm grubu ise tazminat hükümleridir. Tazminat hükümlerinin içeriği, ilgili antlaşmada tanımlanan yatırımların, kamulaştırılması veya benzeri işlemlerin gerçekleştirilmesi halinde yabancı yatırımcıya tazminat ödenmesi, miktarının ne olacağı, tazminatın hangi miktar ve sınırlarda ne şekilde belirleneceği hakkındaki hükümlerden oluşmaktadır.¹²⁵

Şemsiye hükümler ise genel bir tanımla ev sahibi devletin, yatırımcının mensubu olduğu devlete verdiği taahhütleri açıkça teyit ettikleri çerçeve hükümlerdir. Bu hükümler genel olarak ev sahibi devlet için “girmiş olduğu tüm taahhütlere bağlı kalmak”, “üstlenmiş olduğu tüm yükümlülüklerle bağlı kalmak” veya “girmiş olduğu taahhütlere daimî olarak bağlı kalınacağını garanti etmek” şeklinde kaleme alınmaktadır.¹²⁶

Görüldüğü üzere bu hükümler bir genelleme ve muğlaklık içermektedir. Bu sebeple ev sahibi devletlerce bu hükümler, yani yabancı yatırımcının mensubu olduğu ülkeye karşı verdikleri taahhütler dikkatlice kaleme alınmakta, hükümlerin niteliği ve niceliği dikkatle belirlenmeye çalışılmaktadır. Zira muamele standartlarında olduğu gibi şemsiye hükümler de muğlak ifadelerden oluşmaktadır.¹²⁷ Bu da muamele standartlarında da olduğu gibi muğlak ifadelerin uyuşmazlık halinde uyuşmazlığa bakan hakem heyetince yabancı yatırımcı lehine yorum yapmasına imkân sağlamaktadır. Diğer yandan hakem kararlarının büyük çoğunluğunda, ilgili uyuşmazlığın çözümünde şemsiye hükümlere

¹²³ Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 24.

¹²⁴ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 61.

¹²⁵ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 61.

¹²⁶ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 200; Çal, Sedat, Uluslararası yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006, sa. 314-346.

¹²⁷ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 62.

gidilebilmesi için ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdi bir ilişkinin kurulmuş olmasının şart koşulduğu görülmektedir.¹²⁸

1.2.3. Ulusal Düzenlemeler

Uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarından bir diğeri devletlerin yabancı yatırım hakkındaki mevzuattır. Yabancı sermaye akışını teşvik etmek ve yabancı yatırımcıları kendilerine çekmek isteyen ülkeler, bilhassa gelişmekte olan ülkeler, özellikle 1990'ların ilk yıllarından itibaren artan bir hızla ulusal kanunlar ve diğer düzenlemelerle yabancı yatırımları korumayı ve desteklemeyi amaçlayan, yabancı sermayenin ülkeye gelmesi ve yatırımı teşvik edici hukuki yapılar oluşturmuşlardır.¹²⁹ Bu düzenlemeler, yabancı yatırımın niteliği ve kapsamına ilişkin hükümler ile yabancı yatırımcılara sağlanacak hukuki korumanın kapsamını belirlemektedir.¹³⁰

Bu düzenlemelerin amacı, yabancı yatırımcıyı teşvik etmek, yerli yatırımcıyla eşit muamele görmelerini sağlamak, belli durumlarda yabancı yatırımcıya yerli yatırımcıya kıyasla daha iyi koşullar sağlamak, yatırımcının ticari faaliyetleri sonucunda elde ettiği kâr, satış, tazminat vb. kazançlarını yurt dışına transfer edebilmesini temin etmektir.¹³¹

1.2.4. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararası Kaynaklar İçerisindeki Yeri

Uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarından bir diğerinin de yatırım sözleşmeleri olduğu söylenebilir. Yatırım sözleşmeleri, yabancı yatırımcıların, menşei oldukları ülkeden bağımsız hareket ederek bizatihi kendilerinin, para veya sermaye transferi taahhüdünde bulunarak ev sahibi devletle bir girişim hakkında doğrudan akdettikleri ve yatırımcıların ev sahibi devlette gerçekleştirilecek yatırım projesi hakkındaki hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmedir.¹³²

Yatırım sözleşmeleri, yabancı yatırımcının kâr elde etme amacını taşıdığı uluslararası ticari bir sözleşmedir. Dolayısıyla esasında yatırım sözleşmeleri, doğrudan bir uluslararası hukuk koruması altında değildir. Bununla birlikte yabancı yatırımcının

¹²⁸ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award dated 12 May 2005, EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13), Karar, 8 October 2009.

¹²⁹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 10.

¹³⁰ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 75.

¹³¹ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 77.

¹³² Wolfgang, Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Kluwer Law International, London, 1995, s. 9.

menşei devlet ile kaynak devlet arasında yapılmış iki taraflı veya çok taraflı bir yatırım antlaşmasında, koruma altında alınan yatırımın tanımı yapılırken yatırım sözleşmelerinin de bu tanıma dahil edilmesi ile otomatik olarak yatırım sözleşmelerinin de uluslararası yatırım hukukunun koruması altına alınması sağlanabilmektedir. Nitekim iki taraflı yatırım antlaşmalarında da bu yönde bir tutum sergilenmektedir.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında, yatırım sözleşmeleri ya tam bir kapsayıcılıkla yatırım tanımına dahil edilmekte ya da korumadan yararlanabilecek sözleşme türlerinin sayılması suretiyle yabancı yatırımların kapsamında değerlendirilmektedir.¹³³ Böylece ilgili yatırım sözleşmesinde bir ihlal gerçekleşmesi durumunda aynı zamanda iki taraflı yatırım antlaşmasında da bir ihlal meydana gelmiş olmakta ve dolayısıyla yatırım sözleşmesinin tarafı olan yabancı yatırımcı, bu ihlal için uluslararası hukuk kapsamında bir korumaya başvurabilmektedir.¹³⁴

Yatırım sözleşmelerinin konuları genellikle uzun süreli hukuki ilişkiler gerektiren ve çoğunlukla doğal kaynakların aranması ve geliştirilmesine ve alt yapıya ilişkin işler hakkındadır.¹³⁵ Yatırım sözleşmeleri genellikle imtiyaz sözleşmeleri, yap-işlet-devret sözleşmeleri ve garanti sözleşmeleri olarak gruplandırılabilir.¹³⁶

1.3. Uluslararası ve Ulusal Düzenlemelerde Uluslararası Yatırım Hukukunun Kavramları

1.3.1. Yabancı Yatırım Kavramı

1.3.1.1. Yabancı Yatırım Kavramına Genel Bakış

Bir olgu, durumu incelemeye başlarken öncelikle ilgili olgunun ne olduğunun incelenmesi ve tanımının yapılarak sınırlarının belirginleştirilmesi önemlidir.¹³⁷ Terminolojik olarak yatırım kavramı, TDK Güncel Sözlüğünde: “Parayı, gelir getirici, taşınır veya taşınmaz bir mala yatırma, mevduat, plasman.” şeklinde tanımlanmıştır.¹³⁸ Yatırım kavramının İngilizce karşılığı investment kelimesi de benzer yönde “kar elde etmek veya bir sonuç elde etmek için bir şeye para veya çaba koyma eylemi” şeklinde

¹³³ UNCTAD, State Contracts, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, s. 47.

¹³⁴ UNCTAD, Bilateral Investment Treaties, s. 26.

¹³⁵ Salacuse, Investment Treaties, s. 32, 33.

¹³⁶ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 401.

¹³⁷ Eemiroğlu, İbrahim, Klasik Mantığa Giriş, Elis Yayınları, 2022, s. 57.

¹³⁸ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 25.12.2022.

tanımlanmıştır.¹³⁹ Genel bir ifadeyle yatırım, kaynakların gerçek veya tüzel kişilerce kazanç sağlanmak maksadıyla belirli bir amaca yönlendirilmesi olarak ifade edilmektedir.¹⁴⁰ Bununla birlikte konumuz her türlü yatırım olmayıp yabancı yatırım olduğu için esasında çalışmamız için önemli olan kavram yabancı yatırım kavramıdır.

Uluslararası hukukta yatırım kavramı için kavramın tüm veçhelerinin ele alındığı tek bir tanım yapılmış değildir. Zira yabancı yatırım, uluslararası hukuk açısından tanımında en zorlanılan ve tüm unsurları ile tanımı konusunda bir uzlaşmaya varılamayan kavramların başında gelmektedir.¹⁴¹ Bu sebeple uluslararası hukukta yatırımın tanımlanmasının bilinçli bir tercih olarak yatırım antlaşmalarına bırakıldığı görülmektedir.¹⁴²

Yabancı yatırım için uluslararası hukukta genel geçer bir tanım yapılmayarak tanımın devletlere bırakılması daha faydalı olarak görülmektedir. Zira devletlerin, başta gelişmişlik düzeylerindeki farklılıklardan kaynaklanan sebeplerle uluslararası yatırım hakkındaki düşünceleri ve yabancı yatırımlara karşı isteklilik ve yabancı yatırımcıları teşvik motivasyonları aynı değildir. Dolayısıyla devletten devlete yatırımın çerçevesi farklı sınırlarda çizilebilmektedir. Ayrıca zaman içerisinde küresel düzlemdeki ekonomik ve teknolojik şartlardaki değişim, bilinen ve uygulanan yatırım türlerinde de değişime ve yeni bazı yatırım türlerinin işlerliğini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu gelişim ve değişim süreci sebebiyle uluslararası hukukta yabancı yatırım kavramının tüm veçhelerinin ele alındığı net bir yatırım tanımı yapılmaktan kaçınılmaktadır. Bunun yerine yatırım kavramının unsurlarının tespiti ile yetinilme eğilimi gösterilmektedir.¹⁴³

Esasında yatırım kavramının tüm veçheleri ile tanımlanmama anlayışının iki taraflı yahut çok taraflı yatırım antlaşmalarında da mevcut olduğu söylenebilir. Yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler nedeniyle iki taraflı veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında da doğrudan açık ve net bir yabancı yatırım tanımının yapılmasından imtina edilmektedir. Bu antlaşmalarda da yatırım hakkında net bir tanım vermekten kaçınılmakta, bunun

¹³⁹ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/investment>; E.T.: 19.03.2023.

¹⁴⁰ Vandavelde, K.: *Bilateral Investment Treaties*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 121.

¹⁴¹ Tiryakioğlu, Bilgin., “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi”, *Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları Mecmuası*, 2007, S: 1/2, s. 170; Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 2011, s. 1.

¹⁴² Salacuse, *Investment Treaties*, s. 20; Karan, N.: “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, s. 268; Tiryakioğlu, Bilgin, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınarlı Hukuk Yayınları*, Ankara 2003, s. 9.

¹⁴³ Tiryakioğlu, *Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki*, sa. 169-184; Salacuse, *Investment Treaties*, s. 162.

yerine yatırımın kapsamına giren hususların listeleme yöntemi ile belirlenmesi tercih edilmektedir.¹⁴⁴

Dolayısıyla, uluslararası yatırım hukukunda, bir ekonomik faaliyetin yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceği, esas itibariyle tarafların yatırım antlaşmalarının kapsamına göre belirlenmektedir. Eğer ilgili ekonomik faaliyet, taraf olunan ilgili yatırım antlaşmasında belirlenmiş yatırım tanımına uyuyorsa diğer başka yatırım antlaşmalarında yapılmış yatırım tanımına uymasa dahi ilgili taraflar için yatırım olarak kabul edilmektedir. Aksi deyişle de ilgili ekonomik faaliyet, diğer birçok yatırım antlaşmasında yapılmış yatırım tanımlarına uysa dahi ilgili taraf olunan yatırım antlaşmasındaki tanıma uymaz ise bu durumda bu ekonomik faaliyet ilgili ekonomik faaliyetin tarafları açısından yatırım olarak değerlendirilmemektedir.¹⁴⁵

Yatırımın tanımı hakkında genel, kapsayıcı ve net bir tanımın yapılmayarak kavramın içeriğinin devletlere bırakılmış olması¹⁴⁶ belli başlı noktalardan önemli avantajlar sağlamaktadır. Yatırım kavramının tanımında devlet iradelerinin ön plana çıkması ile yatırım kavramının, ilgili devletin ihtiyaçlarına, ekonomik önceliklerine, dış politikalarına göre tanımlanabilmesini sağlanmakta ve ayrıca kavramın zaman içerisindeki değişikliklere karşı esnek olması sağlanarak yatırım kavramı durağanlıktan kurtarılabilir.¹⁴⁷ Devletler tarafından bu yaklaşımın benimsendiği, yapılmış olan birden fazla yatırım yasa ve antlaşmalarında görülmektedir. Devletler, yatırım yasa ve antlaşmalarında yatırımın tanımını, kendi ekonomik ihtiyaç ve faydalarına göre gerçekleştirmektedirler.

Her ne kadar uluslararası hukukta genel geçer bir yatırım tanımı yapılmamış da olsa yatırım hukukunun kaynakları incelendiğinde, yatırım kavramının tanımı hakkında belirli ortak unsurların varlığı fark edilmektedir.

1.3.1.2. Uluslararası Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırım Kavramı

¹⁴⁴ Tiryakioğlu, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki, sa. 169-184.

¹⁴⁵ Salacuse, Investment Treaties, s. 20; Tiryakioğlu, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki, sa. 169-184.

¹⁴⁶ Salacuse, Investment Treaties, s. 20.

¹⁴⁷ Tiryakioğlu, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki, s. 170; Brownlie, I., Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York, 2008, s. 520; Salacuse, Investment Treaties, s. 161; UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking, New York/Geneva, 2007, s. 9.

a. İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırım

İki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı, aslında yukarıda bahsetmiş olduğumuz şekilde açık, net ve belli bir çerçevede tanımlanmayıp genel bir tanım ve akabinde sınırlandırıcı olmayacak şekilde sayma usulü ile ele alınmaktadır.¹⁴⁸ Bazı yatırım türlerinin özel olarak belirtildiği görülmekle birlikte genellikle yatırımlar tüketici olmayan bir şekilde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte Antlaşmalardaki yatırım tanımları temel olarak birbirine benzemektedir.¹⁴⁹

İki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı genellikle tüketici olmayan şekilde “yatırım, her tür varlığı ve sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri kapsar” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵⁰ Bu durumda burada önemli olan husus, “varlık” kavramı ile neyin kastedildiğidir. Sözlük manası itibariyle varlık, “para, mal, mülk, mülkün tamamı”¹⁵¹, “bir kişinin veya şirketin sahip olduğu, değeri olan şey”¹⁵², “herhangi bir değer veya sahip olunan değerli bir madde”¹⁵³ şeklinde oldukça geniş bir kapsamda kullanılmaktadır.

Tüketici olmayan şekilde örnek verilmek suretiyle yatırımların sayıldığı ikili yatırım antlaşmalarında ise ilgili ekonomik ilişkilerin yatırım olduğuna ilişkin metne genellikle “...her tür mal varlığı değeri” ifadesi eklenmekte ve hemen sonrasında, sınırlayıcı nitelikte olmadığı ifade edilerek çeşitli yatırım türlerinden oluşan bir listeye yer verilmektedir. Sınırlayıcı nitelikte olmayan sayma şeklindeki düzenlemeler genel itibariyle şu şekildedir:¹⁵⁴

- Hisseler, hisse senetleri veya şirketlere ortaklığın diğer yöntemleri,
- Yatırımla ilgili mali değer taşıyan haklar,
- Mal varlığına ilişkin haklar ve ev sahibi devletin kanunlarına göre tanımlanan benzeri diğer haklar,

¹⁴⁸ Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 400.

¹⁴⁹ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 99.

¹⁵⁰ Örneğin bkz. Türkiye-Arnavutluk, m. 1/2 (a), (RG: 27.6.1996-22679).

¹⁵¹ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 23.08.20223.

¹⁵² <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/asset>, E.T.: 23.08.2023.

¹⁵³ Salacuse, Investment Treaties, s. 160.

¹⁵⁴ American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, <https://www.italaw.com/cases/76>; E.T.: 23.10.2023; UNCTAD, Bilateral Investment Treaties, s. 8.

- Patentler, sınaî tasarımlar, teknik hakları gibi sınaî ve fikrî mülkiyet haklarına ilave ticarî markalar, know-how ve diğer benzer haklar,

- Doğal kaynakları arama, çıkarma veya işleme gibi konularda imtiyazlar.

Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarında da çoğunlukla sınırlayıcı olmayan bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu yaklaşım genellikle örnekleyici liste şeklindedir. Örneğin, Türkiye ve Arjantin arasında imzalanan iki taraflı yatırım antlaşmasında¹⁵⁵ yatırım kavramı öncelikle “âkit taraflardan birinin yatırımcısının, diğer âkit taraf ülkesindeki her türlü yatırımı” şeklinde tanımlanmıştır. Bu genel tanımdan sonra da örnekleyici bir liste ile yatırım türleri belirtilmiştir. Benzer olarak Türkiye ve Finlandiya arasında imzalanan iki taraflı yatırım antlaşmasında¹⁵⁶ da yatırımın tanımında, “her türlü mal varlığı” ve “sınırlayıcı olmamakla birlikte” ibareleri yer almıştır. Yine Türkiye ve Almanya arasında imzalanan iki taraflı yatırım antlaşmasında¹⁵⁷ da yatırım tanımının “tahdidi olmadığı” net bir şekilde düzenlenmiştir.

Diğer yandan iki taraflı yatırım antlaşmaları arasında yatırım kavramının sınırlayıcı liste yaklaşımı ile yapıldığı antlaşmalar da vardır. Doğrudan bu yaklaşımın tercih edildiği antlaşmalarda, antlaşmasının sunduğu hukuki korumanın hangi yatırım türlerinde geçerli olduğunun tespiti doğrudan ve net şekilde yapılabilmektedir.¹⁵⁸ Dolayısıyla bu tür antlaşmalarda yatırım türleri örnekleyici olarak değil, tanımlayıcı olarak belirtilmektedir.¹⁵⁹ Bununla birlikte uygulamada, genellikle yatırım kavramına ilişkin sınırlayıcı nitelikteki bu listelerin içeriğinin oldukça geniş tutulduğu ve örnekleyici liste yaklaşımına benzer bir koruma alanı sağladığı gözlemlenmektedir.¹⁶⁰

b. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırım

a) Enerji Şartı Antlaşması (EŞA)

Enerji Şart Antlaşması (bundan sonra EŞA olarak adlandırılacaktır.), enerji sektöründeki yatırımlara ilişkin olan bir hukuki düzenlemedir. İki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı herhangi bir sektörden bağımsız olan bir bakış açısıyla

¹⁵⁵ RG. 30.03.1995/22243.

¹⁵⁶ RG. 26.01.2006/26061.

¹⁵⁷ RG. 27.07.1963/11465.

¹⁵⁸ Yılmaz, Alper Çağrı, Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2013, s. 68.

¹⁵⁹ Salacuse, Investment Treaties, s. 165.

¹⁶⁰ Salacuse, Investment Treaties, s. 165.

ele alınırken EŞA, bunun istisnasını oluşturmaktadır. Belirli bir sektörde düzenlenen ilk uluslararası antlaşma olan EŞA, yatırım kavramını yine bu sektör bağlamında ve oldukça geniş bir bağlamda ele almıştır. Antlaşmaya göre enerji yatırımı, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı biçimde sahip olduğu veya kontrol ettiği her türlü mal varlığı değerini ifade eder.¹⁶¹ Görüldüğü üzere hükümde geçen “her türlü mal varlığı” ibaresi de EŞA’nın yatırım kavramına ne derece geniş bir bağlamda yaklaştığını göstermektedir. EŞA’da kapsamlı bir yatırım tanımına yer verilmekle yatırımcıların mümkün olduğunca koruma altına alınması amaçlanmıştır.¹⁶²

Enerji Şartı Antlaşması madde 1/6-1’ de yatırım kavramının tanımı genel olarak belirtildikten sonra kavramın kapsamında yer alan alanlar sınırlayıcı yöntem ile altı bentte sayılmıştır:

- a) aynı veya aynı olmayan, taşınmaz ve taşınır servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;
- b) bir firma veya teşebbüs ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer ortaklık şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları;
- c) bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performans talepleri;
- d) Fikri mülkiyet;
- e) Kazanç,
- f) Yasalarla, kontratla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar.¹⁶³

Devamında aynı madde 1/6-3’te ise ilgili faaliyetlerin “enerji bağlantılı” olması, söz konusu faaliyetlerin enerji yatırımı olarak nitelendirilebilmesinde yeterli görülmüştür. Bu sayede yukarıda ifade edilen sınırlayıcı liste “bağlantılı faaliyetleri” de içerecek şekilde genişletilmiştir.¹⁶⁴ Özetle yatırım kavramı, EŞA kapsamında, sınırlayıcı liste şeklinde düzenlenmiş olsa da gerek kavramın tanımında kullanılan “her türlü mal varlığı” ibaresi ile gerek de enerji bağlantılı faaliyetlerin de yatırıma konu olduğunun düzenlenmiş olmasıyla oldukça geniş bir şekilde ele alınmış ve tanımlanmıştır.

¹⁶¹ EŞA, madde 1/6.

¹⁶² Köşgeroğlu, Banu Şit, Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Antlaşmaları ile Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 28.

¹⁶³ EŞA, madde 1/6-1.

¹⁶⁴ EŞA, madde 1/6-3.

b) Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)

ICSID'in hukuki dayanağı olan ICSID Antlaşması'nda, yatırım kavramının tanımı konusunda Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında yoğun analiz ve tartışmalar yaşanmıştır. Ancak bu yoğun mesaiye rağmen yatırımın unsurları hakkında, nihai Sözleşme metninde uzlaşılan bir yatırım tanımına varılamamıştır.¹⁶⁵ Bu durumun başlıca sebebi yatırımın genel geçer bir tanımının yapılmasının uluslararası yatırımların teşvikini olumsuz etkileyeceği düşüncesi olmuştur.¹⁶⁶ Bu sebeple yatırımın tanımında devlet iradelerine öncelik tanınmış ve tanım, yatırım antlaşmalarına bırakılmıştır.¹⁶⁷ Dolayısıyla Sözleşme'de, yatırım tanımının yapılmamış olması bilinçli bir tercihtir. Yine 1993 tarihinde yayınlanmış olan DB Murahhas Üyeler Raporu'nda Konvansiyon müzakere edilirken “yatırım kavramının tanımı hakkında herhangi bir girişimde bulunulmadığı” ifade edilmiş olması bu tercihin bilinçli bir şekilde yapıldığına işaret etmektedir.¹⁶⁸

Yatırımın tanımına Sözleşme'de yer verilmemesi gerek taraflar gerek ICSID'in yetkisini tayin konusunda hakemlere geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır. Dolayısıyla taraflar, yatırımdan kaynaklanmayan bir uyuşmazlıkta ICSID tahkimini yetkili seçseler bile bu tek başına yeterli olmayacak, hakemler, ilgili ekonomik faaliyetin bir yabancı yatırım olup olmadığı ve ICSID'in ilgili uyuşmazlığın çözümüne yetkili olup olmadığını Sözleşme'yi temel alarak değerlendireceklerdir.¹⁶⁹

Her ne kadar ICSID Antlaşması'nda yatırım kavramı tanımlanmamış olsa da ICSID hakem kararları ışığında değerlendirildiğinde ICSID'in yatırım kavramı hakkında belli başlı temel unsurları benimsediği gözlemlenebilmektedir. Öncelikle yatırımla ilişkilendirilen ilgili ekonomik faaliyetin bir sürece yayılması ve bu sürenin çok kısa olmaması aranmaktadır. Sonrasında ilgili ekonomik faaliyet belli bir düzen ve sıklık içerisinde kar getirmelidir. Ekonomik faaliyet her iki taraf için risk barındırmalıdır. Taraflarca yüklenen edimlerin bir ağırlığı olan edimler olması gerekmektedir. İlgili

¹⁶⁵ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 89.

¹⁶⁶ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 96.

¹⁶⁷ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 9; Salacuse, Investment Treaties, s. 20; Karan, İdari Uyuşmazlıklar, s. 268.

¹⁶⁸ ICSID Convention, Regulations and Rules, Report of the Executive Directors on the Convention, ICSID/15, April 2006, s. 44, Para. 27, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, E.T.: 23.10.2023.

¹⁶⁹ Broches, Aron: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States” Rec. des Cours, 1972/II, C. 136, Leyden, 1973, s. 362; Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 129-133.

ekonomik faaliyet, ev sahibi devletin gelişimine yönelik belli bir pay öngörmelidir. İlgili ekonomik faaliyetin bir yatırım olarak tanımlanabilmesi için tüm bu unsurları aynı anda içermesi gerekmektedir.¹⁷⁰

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ICSID'e göre yatırımın ne olduğu ve hangi ekonomik faaliyetlerde ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında ICSID'in yetkili olduğu detaylıca ele alınacaktır.

1.3.1.3. Yatırım Sözleşmelerinde¹⁷¹ Yabancı Yatırım Kavramı

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı akdetmiş oldukları yatırım sözleşmesinde, ilgili ekonomik faaliyeti yatırım olarak tanımlayabilmektedirler. ICSID de bu anlayışa sahip olduğunu, 1993 tarihli Model Klotlarda göstermiştir. İlgili 3. Klot hükmü şu şekildedir: "Bu antlaşmanın ilgili olduğu işlemin bir yatırım olduğu bu hükümlerle şart koşulmuştur."¹⁷² Bu hükme göre taraflar, söz konusu ekonomik faaliyetin bir yatırım olduğunda anlaşabilirler. Dolayısıyla ICSID açısından da bir ekonomik faaliyetin taraflar arasındaki yatırım sözleşmesi ile yatırım olarak tanımlanması mümkündür.

Taraflar arasında yatırımın tanımına ilişkin mutabakata, yatırım sözleşmesi ile açıkça varılabileceği gibi örtülü olarak da varılabilir. Örneğin taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde, muhtemel uyuşmazlıklar hakkında ICSID'in yetkili olacağını kabul edilmiş olması, yatırım sözleşmesine konu edilen ilgili ekonomik işlemin ICSID Antlaşması kapsamında bir yatırım olduğuna dair örtülü mutabakat olduğunu göstermektedir. Bu çıkarıma, yatırım sözleşmesine konu ilgili ekonomik işlemin bir yatırım olmaması halinde, tarafların ICSID'in yetkisini kabul etmeyeceklerini farz ederek ulaşılır. Bazı ICSID kararlarından bu tespiti açıkça ulaşılabilmektedir.¹⁷³

1.3.1.4. Ulusal Düzenlemelerde Yabancı Yatırım Kavramı

¹⁷⁰ Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 176-178.

¹⁷¹ Çalışmada, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmeyi ifade etmek için "yatırım sözleşmesi", devletlerin kendi aralarında akdettikleri sözleşmeler için ise "iki taraflı yatırım antlaşması" ifadeleri kullanılmaktadır.

¹⁷² <https://icsid.worldbank.org/resources/lists>, E.T.: 20.10.2023.

¹⁷³ Örneğin, CSOB v Slovakia davasında, hakem mahkemesi tarafından belirtildiği üzere, taraflar arasındaki antlaşmadan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin Merkez tarafından yetkilendirilmesi, bu işlemin yatırım olarak kabul edildiğine dair güçlü bir işaret oluşturur. Ayrıca, aynı şekilde, tarafların ICSID tahkimini öngören ilgili iki taraflı yatırım antlaşmasına yaptıkları atıf özel bir önem verilmelidir. Bu atıf, tarafların ilgili işlemi söz konusu iki taraflı yatırım antlaşması çerçevesinde de bir yatırım olarak gördükleri anlamına gelir. Yılmaz, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 150,151.

Ulusal mevzuatta yatırım kavramının ele alınışı, esas itibariyle yatırım antlaşmalarından farklı değildir. Yatırım antlaşmalarında olduğu gibi ulusal mevzuatta da yatırımın tanımı yapılırken kavram tüm veçheleri ile saptanmamakta, genel olarak nelerin yatırım olduğunun tespiti yapılmaktadır. Yatırım aynı şekilde tanımlandığı 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu bu konuda önemli bir örnektir.¹⁷⁴

Özetle, kavramsal olarak yabancı yatırımın “Yabancı bir gerçek veya tüzel kişi tarafından uzun dönemli risk barındıran bir proje kapsamında, kâr veya kazanç elde etmek amacı ile ev sahibi devletin gelişimine katkı sunacak derecede önemli bir kaynak taahhüdünde bulunulması” olarak tanımlanması mümkündür.

Görüldüğü üzere belli unsurlar dahilinde yabancı bir yatırımcının kendi ülkesinden başka bir ülkeye kaynak aktarımını yabancı yatırım olarak tanımlamaktayız. Diğer yandan burada yabancı yatırımcının da ilgili tanımın anlaşılabilirliği için önemli bir kavram olduğu ortada olup yabancı yatırımcı kavramının da incelenmesi yerinde olacaktır.

1.3.2. Yabancı Yatırımcı Kavramı

1.3.2.1. Yabancı Yatırımcı Kavramına Genel Bakış

Yatırım kavramı gibi yabancı yatırımcı kavramının da uluslararası hukukta tek bir tanımı bulunmamaktadır.¹⁷⁵ Diğer yandan yatırım hukukuna ilişkin kaynaklar incelendiğinde, yabancı yatırımcı kavramının tanımlanmasında genellikle ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Yabancı yatırımcı kavramına ilişkin bu ayırım, yatırımcının gerçek kişi veya tüzel kişi olması ayırımıdır.¹⁷⁶

1.3.2.2. Uluslararası Yatırım Antlaşmalarında Yabancı Yatırımcı Kavramı

a. İki Taraflı Antlaşmalarda Yabancı Yatırımcı

a) Gerçek Kişiler

İki taraflı antlaşmalarda genellikle yabancı yatırımcı kavramı ilk olarak gerçek kişi yabancı yatırımcılar açısından tanımlanmaktadır. Yabancı yatırımcıya ilişkin bu tanımlar

¹⁷⁴ Resmî Gazete Tarihi: 17.06.2003 Resmî Gazete Sayısı: 25141, madde 2.

¹⁷⁵ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 171.

¹⁷⁶ DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4875&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T.: 23.08.2023. RG. 03.01.2004/25335, RG. 25.03.2010/27532, RG. 01.12.1997/23187. Benzer nitelikteki hükümleri için bkz. Türkiye ile İsveç (m. I/2/a), İtalya (m. I/3), Özbekistan (m. I/1/a), İran (m. I/2/a) ve Lübnan (m. I/1/a) arasındaki İkili Yatırım Antlaşmaları.

çoğunlukla yeknesaktır. Buna göre antlaşmaya taraf devletlerden birinin mevzuatına göre vatandaş sayılanlar, yabancı yatırımcı olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁷

Görüldüğü üzere yabancı yatırımcı tanımında en önemli konu, gerçek kişinin tabiiyetinin tespiti. Bu tespit ise gerçek kişilerin vatandaşlığına ilişkin uluslararası hukukta yerleşik bir kural bulunması sayesinde oldukça kolaydır. Bu kabul görmüş kurala göre, bir gerçek kişinin vatandaşlığı, o kişinin vatandaşlık iddiasında bulunduğu devletin mevzuatınca belirlenmektedir.¹⁷⁸ Dolayısıyla, gerçek kişi yatırımcının tâbiyetinin belirlenmesinde, yatırımcının tâbiyet iddiasında bulunduğu ilgili devletin mevzuatının incelenmesi yeterli olacaktır.¹⁷⁹

Her ne kadar gerçek kişi bakımından yabancı yatırımcının tespiti konusu, gerçek kişinin tabiiyetinin belirlenmesinin kolaylığı yönünden bir zorluk oluşturmasa bile gerçek kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması hallerinde, gerçek kişinin yabancı yatırımcı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu biraz zorlaşmaktadır. Bununla birlikte iki taraflı antlaşmalarda bu ihtimal büyük çoğunlukla göz önüne alınmaktadır. Bu antlaşmalarda, birden fazla vatandaşlığa sahip gerçek kişilerin vatandaşlığına ilişkin kuralın uygulanması yanı sıra ayrıca yatırımcı ile kaynak devlet arasında “gerçek bir vatandaşlık bağının bulunması” koşulunun da varlığının arandığı düzenlemelere yer verilmektedir.¹⁸⁰

Gerçek vatandaşlık bağı, gerçek kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması halinde bu kişinin vatandaşlıklarından birinin esas alınarak kişinin yatırımcı sıfatının bu vatandaşlığına göre belirlenmesini ifade eder.¹⁸¹ Birden fazla vatandaşlığa sahip olan gerçek kişinin hangi vatandaşlığının esas alınacağını belirlemesi ise iki taraflı antlaşmalarda belli başlı ölçütlere yer verilmek suretiyle öngörülmektedir. Bu konuda en sık başvurulan ölçütlerin başında yatırımcının ikametgahı gelir. Bir gerçek kişinin birden fazla vatandaşlığı olması halinde bu kişinin gerçek vatandaşlığı, ikamet ettiği ülkeye göre

¹⁷⁷ Örneğin bkz. Türkiye-Bulgaristan, m. 1/2 (a), (RG: 4.5.1997-22970).

¹⁷⁸ Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003, s. 6; Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 5; Uluocak, Nihal, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 8; Turhan, Turgut / Tanrıbilir, Feriha Bilge, *Vatandaşlık Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, sa. 29-30; Erdem, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007, sa. 3-12 ve s. 25 vd.

¹⁷⁹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 169; Vandeveld, *Investment Treaties*, s. 157.

¹⁸⁰ Almanya-İsrail İYA m. 1/3(b), aktaran Ünsal, *Yetki Sorunu*, s. 175.

¹⁸¹ Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 39.

belirlenmekte, yatırım hukuku açısından ikamet ettiği ülke vatandaşlığı asıl vatandaşlığı olarak kabul edilmektedir.¹⁸²

Gerçek kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi hakkında uluslararası hukukta kabul görmüş kuralların bulunması, gerçek kişi yatırımcıların tabiiyetinin belirlenmesinde bir problem yaşanmasını büyük ölçüde engellemektedir.¹⁸³ Buna karşın, tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi hakkında uluslararası hukukta kabul görmüş bir kural yoktur. Bu durum, tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesinde devletleri, kendi sistem ve ölçütlerini belirlemeye itmektedir.¹⁸⁴

b) Tüzel Kişiler

İki taraflı yatırım antlaşmalarında, gerçek kişiler haricindeki yatırımcılar, söz konusu âkit ülkede bulunan şirket, firma veya iş ortaklıklarıdır. İki taraflı yatırım antlaşmalarında, gerçek kişi yabancı yatırımcılarda olduğu gibi tüzel kişi yabancı yatırımcılarda da ilgili kişiliğin tabiiyeti belirleyici unsurdur. Bununla birlikte tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi için uluslararası hukukta kabul görmüş bir kuralın bulunmaması, tüzel kişi tabiiyetinin belirlenmesi konusunda devletleri belli başlı sistemleri kullanmaya itmiştir.¹⁸⁵ Bu sistemlerden başlıcaları, şirket merkezi sistemi, kuruluş yeri sistemi, tescil yeri sistemi, ortakların tâbiyetini esas alan sistem ve bu sistemlerin birkaçından oluşan karma sistemlerdir.¹⁸⁶

Bununla birlikte günümüzde, özellikle “kuruluş yeri” ve “idare merkezi” sistemlerinin kullanılmakta olduğu ve diğer sistemlerin kullanımının önemli ölçüde sona erdiği söylenebilir.¹⁸⁷ Ayrıca iki taraflı yatırım antlaşmalarında genellikle “kuruluş yeri” ve “idare merkezi” sistemlerinin “kontrol sistemi” ile sınırlandırıldığı görülmektedir.¹⁸⁸ Özetle iki taraflı yatırım antlaşmaları çerçevesinde tüzel kişi yabancı yatırımcıyı

¹⁸² ABD 2004 Model Yatırım Antlaşması m. 1, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 177.

¹⁸³ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 174.

¹⁸⁴ Güngör, Gülin, Tâbiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 201.

¹⁸⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Arat, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, AÜHF Yayınları: 269, 1970; Aygül, Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007; Güngör, Tâbiyet, s. 199 vd.; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 169.

¹⁸⁶ Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 232; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 170; Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 206; Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009, sa. 87-90; Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, sa. 189-191.

¹⁸⁷ Güngör, Tâbiyet, s. 201.

¹⁸⁸ Ünsal, Yetki Sorunu, s.179.

tanımlamak için kullanılmakta olan üç temel sistem vardır: Kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi ve şirket kontrol sistemi.¹⁸⁹

İki taraflı yatırım antlaşmalarında, bu sistemler bazen antlaşmanın kapsamını daraltmak için¹⁹⁰ beraber kullanılabilen¹⁹¹, bazen de kuruluş yeri sistemi¹⁹² veya merkez yeri sistemlerinden¹⁹³ biri tercih edilmekte ve şirket kontrol sistemi de¹⁹⁴ alternatif olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, antlaşma içerisindeki yabancı yatırımcıya ilişkin tanımın çerçevesi genişlemektedir.¹⁹⁵ Zira iki taraflı yatırım antlaşmasında, tüzel kişinin tabiiyetinin belirlenmesinde kontrol sisteminin de antlaşmaya dahil edilmesi ile antlaşmanın tarafı olan devletlerden birinin tabiiyetine bağlı olan şirketlerin, diğer bir taraf devletin vatandaşları veya şirketlerince kontrol edilmesi halinde, bu şirketler, tabiiyeti oldukları devlete karşı yabancı yatırımcı haline geleceklerdir.¹⁹⁶

ba) Kuruluş Yeri Sistemi

İki taraflı yatırım antlaşmalarında, tüzel kişiler bakımından yabancı yatırımcı tanımlanırken kullanılan sistemlerin başında kuruluş yeri sistemi gelmektedir. Kuruluş yeri sisteminde, başkaca bir ölçüt aranmaksızın tüzel kişilerin kuruldukları veya tüzel kişilik kazandıkları devlet, ayrıca tâbiyetinin olduğu devlet olarak da kabul edilmektedir.¹⁹⁷

Kuruluş yeri sistemi, tüzel kişiler için en sık tercih edilen yöntemdir zira bu sistem, uygulamada kolaylık ve belirlilik sağlamaktadır.¹⁹⁸ Ancak, tüzel kişinin kuruluş yeri, mal varlığının bulunmadığı ya da idare merkezinin bulunmadığı hallerde tüzel kişi için gerçek bir tabiiyet göstergesi olmayabilir. Bu durum, devletler açısından bazı sakıncaları

¹⁸⁹ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 62.

¹⁹⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 170.

¹⁹¹ Örneğin, Türkiye'nin Gürcistan, Pakistan, Arnavutluk, Hırvatistan ve Küba ile yaptığı İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları, aktaran TUNÇ, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 62.

¹⁹² Örneğin, Türkiye-Çin Halk Cumhuriyeti, m. 1/a, (RG: 1.5.1994-21921); Türkiye-Kore Cumhuriyeti, m. 1/4, (RG: 16.7.1994-21922), TürkiyeRomanya, m. 1/a, (RG: 16.7.1994-21922) İki Taraflı Yatırım Anlamaları.

¹⁹³ Örneğin, Türkiye-Federal Almanya, m. 8/4 (a-b), (RG: 8.10.1963-11525) İki Taraflı Yatırım Antlaşması.

¹⁹⁴ Örneğin, Türkiye-ABD, m. VI/6, (RG: 13.8.1989- 20251); Türkiye-Hollanda, m. 8/4, (RG: 8.9.1989-20276); Türkiye-İsviçre, m. 8/4, (RG: 6.10.1989-20304); Türkiye-Japonya, m. 11/3, (RG: 16.1.1993-21467) İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları.

¹⁹⁵ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 170.

¹⁹⁶ Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 87,88.

¹⁹⁷ Güngör, Tabiiyet, s. 202.

¹⁹⁸ Vandeveldel, Investment Treaties, s. 159.

beraberinde getirebilmektedir. Örneğin, yatırımcılar, avantajlı koşullar sunan bir antlaşmaya taraf herhangi bir devlette şirket kurarak, antlaşmanın hükümlerinden faydalanabileceklerdir. Bu sayede, yatırımcılar, kendileri için en avantajlı antlaşmaları seçebileceklerdir.¹⁹⁹

Bu şekilde yatırımcıların kendileri için daha avantajlı hükümler barındıran antlaşmalara yönelerek antlaşmalar arasında seçim yapma imkânına sahip olmaları (treaty shopping), devletler için sorun teşkil edebilmektedir.²⁰⁰ Zira yatırımcılar, farklı devletler arasındaki antlaşmaları karşılaştırarak kendileri için en avantajlı olanını seçebilmektedirler. Bu yüzden treaty shopping, ev sahibi devletler için istenmeyen bir durumdur. Bu bakımdan ayrıca treaty shopping, yatırım hukukunda en çok eleştirilen konulardan biridir. Bu yüzden doktrinde, kuruluş yeri sisteminin beraberinde getirdiği dezavantajları azaltmak amacıyla diğer ölçütlerle sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır.²⁰¹ Nitekim yatırım antlaşmalarının önemli bir bölümü, antlaşma seçiminin önüne geçmek amacıyla "faydalanmanın reddi" hükümlerini içermektedir.²⁰²

Faydalanmanın reddi hükümlerinin temel amacı, antlaşmaya taraf devlette tescilli olmalarına rağmen üçüncü bir devletin vatandaşları tarafından kontrol edilen şirketlerin, ilgili yatırım antlaşmasıyla sağlanan korumadan yararlanmalarını engellemektir. Ayrıca, faydalanmanın reddi hükümleri, ev sahibi devletin vatandaşlarının kaynak devlette şirket kurarak vatandaşlıklarını taşıdıkları devlete karşı talepte bulunmalarını da engellemek için hükümler içermektedir. Bu şekilde, kuruluş yeri sistemi, kontrol sistemiyle sınırlandırılmaktadır.²⁰³

bb) İdare Merkezi Sistemi

İki taraflı yatırım antlaşmalarında, tüzel kişiler bakımından yabancı yatırımcı tanımlanırken tercih edilen bir başka sistem de idare merkezi sistemidir. Antlaşmalarda idare merkezi sisteminin kullanıldığı durumlarda, tüzel kişinin tabiiyeti, idare merkezinin

¹⁹⁹ Peterseon, Human Rights, s. 18.

²⁰⁰ Peterson, Human Rights, s. 18.

²⁰¹ Sornarajah, M.: The Settlement of Foreign Investment Disputes (Investment Disputes), Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, s. 196.

²⁰² EŞA, madde 17/1; NAFTA, madde 1113/1.

²⁰³ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 181.

olduğu yere göre belirlenmektedir. İdare merkezi, tüzel kişinin idari organlarının ve idarecilerinin bulunduğu, şirket işlerinin müzakere edildiği yerdir.²⁰⁴

Kaynak devlet ile tüzel kişi yatırımcı arasında daha gerçekçi bir bağ kurulmasını sağladığı için antlaşmalarda sıklıkla yer bulan yöntem, idare merkezi sistemi olmuştur.²⁰⁵ Ancak, teknolojik ilerlemelerle birlikte şirket yönetiminin birden fazla yerden yapılabilir hale gelmesi, hangi yerin idare merkezi olarak kabul edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır.²⁰⁶ Dolayısıyla idare merkezi sistemi, özellikle çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin artmasıyla birlikte, giderek daha az kullanılmaya başlanmıştır.²⁰⁷

bc) Kontrol Sistemi

Yatırım antlaşmalarının birçoğunda, kuruluş yeri ve idare merkezi sistemlerinin sebep olduğu sorunları önlemek için kontrol sisteminin uygulandığı görülmektedir.²⁰⁸ Kontrol sistemi, tüzel kişinin kuruluş veya idari merkezinin bulunduğu yerin tabiiyetine dayanmak yerine, tüzel kişinin fiili ya da hukuki kontrolünü sağlayan kişi veya kişilerin vatandaşlığına dayanmaktadır.²⁰⁹

Yatırım hukukunda kontrol kavramı, yatırımcının yatırıma ilişkin kararları belirleme yetkisini ifade etmektedir.²¹⁰ Ancak, kontrolün belirlenmesinde hangi ölçütlerin kullanılacağı, bu kontrolün nitel ya da nicel temelli mi olacağı hususu tartışmalıdır.

Niteliksel yaklaşım kabul edildiğinde, kontrolün yatırım hisselerinin belirli bir oranına ya da yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleme hakkına sahip kişilerde olup olmadığına bakılır. Niteliksel yaklaşım kabul edildiğinde ise, kontrolün işletme yönetimindeki etkili kadroların elinde olup olmadığına bakılmaktadır.²¹¹

Niteliksel yaklaşımın esas alındığı durumlarda, etkinin hangi ölçütler kullanılarak tespit edileceği kolay olmayan ve dolayısıyla ayrıyeten ele alınması gereken ve zor olan bir

²⁰⁴ Güngör, Tabiiyet, s. 244.

²⁰⁵ Arat, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, s. 79.

²⁰⁶ Erkan, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 244.

²⁰⁷ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 184.

²⁰⁸ ABD-Türkiye İYA m. 6/6; Hollanda-Türkiye İYA m. 8/4; Türkiye-Kuveyt İYA m. 8/4 (RG: 05.07.1995/20920).

²⁰⁹ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 185.

²¹⁰ Salacuse, Investment Treaties, s. 21.

²¹¹ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 186.

konudur. Bu sebeple, hakem kurullarının kontrolün belirlenmesinde genellikle nitel ölçütler yerine nicel ölçütlere başvurdukları görülmektedir.²¹²

b. Çok Taraflı Antlaşmalarda Yabancı Yatırımcı

Çok taraflı yatırım antlaşmalarında yabancı yatırımcı, iki taraflı yatırım antlaşmalarında olduğu gibi gerçek ve tüzel kişi ayrımı esas alınarak tanımlanmaktadır. Buna rağmen çok taraflı antlaşmalar hakkında ayrı bir başlık açmamızın sebebi çok taraflı antlaşmalardan olan ICSID Antlaşması ve EŞA bağlamında yabancı yatırımcıyı ele alacak olmamızdır.

a) ICSID Antlaşması'nda Yabancı Yatırımcı

Yatırım antlaşmalarındaki genel yaklaşım ICSID Antlaşması'nda da benimsenmiştir. Yani yabancı yatırımcı kavramı, gerçek ve tüzel kişi ayrımı üzerinden ele alınmıştır. Bununla birlikte, Antlaşma'da yapılan yabancı yatırımcı tanımı, diğer uluslararası antlaşmalara kıyasla daha kapsamlı bir şekilde yapılmıştır.²¹³

ICSID Antlaşması madde 25/1' e göre Merkez, taraf devletlerden biri ile diğer taraf devletin tabiiyetinde olan kişi arasındaki, bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlığı yargılama yetkisine sahiptir. Maddenin tanımından yola çıkarak yatırımcı kavramıyla ilgili bazı tespitler yapmak mümkündür. Bu hüküm, gerçek kişi yatırımcıları tanımlarken ev sahibi devletin dışında bir başka üye devletin vatandaşı olmayı aramaktadır. Madde, "başka bir devletin tâbiyetinde bulunma" ifadesinin gerçek kişiler açısından ne anlama geldiğine dair, Antlaşma'nın 25/2(a) maddesinde açıklama yapmaktadır. Bu madde uyarınca ev sahibi devletin dışında Antlaşma'ya taraf olan diğer devletlerin vatandaşı olan gerçek kişiler, "başka bir devletin tâbiyetinde" oldukları kabul edilmektedir.²¹⁴

Antlaşma'nın aynı maddesinde, bir başka devletin tabiiyetinde oldukları "kabul olunmayan" kişiler de tanımlanmıştır. Antlaşma madde 25/2(b) incelendiğinde, ev sahibi devletin ve diğer taraf devletin vatandaşlığına eş zamanlı olarak sahip olan gerçek kişiler, bir başka devletin tabiiyetinde bulunduğu ve yabancı yatırımcı sıfatını kazanabildiği kabul edilmeyecektir. Görüldüğü üzere ICSID Antlaşması, birden fazla vatandaşlık

²¹² Yılmaz, Enerji Yatırımları, sa. 183-185; Denetimin belirlenmesinde nicelik ölçütünü esas alan bir antlaşma için bkz. Avusturya-Hindistan m. 1/h, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 186.

²¹³ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 176.

²¹⁴ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 176.

konusunda net bir tutum sergileyerek hem ev sahibi devletin hem de başka bir taraf devletin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişilerin yatırımcı olarak kabul edilemeyeceğini açık bir şekilde belirtmiştir.²¹⁵

Gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişilerde de yabancı yatırımcı için bir başka devletin tabiiyeti aranmaktadır. Antlaşmanın 25/2(b) maddesi uyarınca ev sahibi devletin dışında Antlaşmaya taraf başka bir devletin tabiiyetinde olan tüzel kişiler yabancı yatırımcıdır. Bununla birlikte, bazı durumlarda tüzel kişi, ev sahibi devletin tabiiyetinde olsa bile, bu ülkedeki yatırımları nedeniyle "bir başka devletin tabiiyetinde olan tüzel kişi" olarak kabul edilebilmektedir. Bu istisnanın sebebi, ev sahibi devlette bulunan ilgili tüzel kişinin yöneticilerinin, Antlaşma tarafı bir başka devlet vatandaşlarından oluşmasıdır. Diğer yandan bu istisnai durumun geçerli olması için ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında bu yönde bir antlaşma sağlanmış olmalıdır.²¹⁶

b) EŞA'da Yabancı Yatırımcı

Yatırım antlaşmalarındaki genel yaklaşım EŞA'da da benimsenmiş ve yabancı yatırımcı kavramı, gerçek ve tüzel kişi ayrımı üzerinden tanımlanmıştır.²¹⁷ Bununla birlikte, tanımların çerçevesinde bazı farklılıklar vardır.

Yukarıda iki taraflı antlaşmalarda değindiğimiz üzere gerçek kişi yatırımcılar için esas unsur, ilgili devletin vatandaşı olunmasıdır. Diğer bir deyişle yatırım antlaşmalarında yatırımcının kaynak devlet vatandaşlığı, sağlanan hak ve korumalardan yararlanabilmesinin ana şartı olarak kabul edilmektedir. EŞA ise yatırımcılık sıfatını yerel vatandaşlığa bağlı olma koşuluna bağlamamakta ve gerçek kişi yatırımcıyı "antlaşma yapılan devletin vatandaşlığını veya bu devlette uygulanabilir yasalar uyarınca sürekli şekilde ikamet eden kişi" olarak tanımlamaktadır.²¹⁸ Yani bir gerçek kişinin EŞA açısından bir yabancı yatırımcı olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla antlaşmanın korumasından faydalanabilmesi için illa ki gerçek kişinin vatandaşlığı aranmamakta, ilgili devlette sürekli ikamet etmesi de yeterli görülmekte ve yatırımcı olarak kabul edilmektedir. Böylece EŞA bağlamında yabancı yatırımcı tanımı için mutlaka

²¹⁵ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 177.

²¹⁶ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 182.

²¹⁷ EŞA, madde 1/7(a).

²¹⁸ EŞA, madde 1/7-a (i)

vatandaşlığa ilişkin bir koşul aranmadığı, sürekli ikamet durumunun da antlaşmaya ilave edilmesi ile yatırımcı kavramının kapsamının genişletildiği görülmektedir.²¹⁹

Gerçek kişi yatırımcılarda olduğu gibi tüzel kişi yatırımcılarda da tanımın çerçevesi geniş tutulmuştur. EŞA madde 1/7-a, yatırımcı olarak kabul edilecek tüzel kişiler konusunda sınırlama getirmemiş, “şirket veya diğer kuruluşlar” demek suretiyle her türlü kuruluşu yatırımcı tanımı kapsamına almıştır.²²⁰

1.3.2.3. Ulusal Düzenlemelerde Yabancı Yatırımcı Kavramı

Yabancı yatırımcının ulusal mevzuattaki tanımının yatırım antlaşmalarına benzer şekilde yapıldığı ve burada da gerçek ve tüzel kişi şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda²²¹ (bundan sonra DYYK) gerçek ve tüzel kişiler açısından yabancı yatırımcı ayrı şekilde ele alınmaktadır. Kanuna göre, gerçek kişi yabancı yatırımcı, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülke vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ifade etmektedir.²²² Yani, yabancı yatırımcı gerçek kişiler, sadece Türk vatandaşı olmayan kişileri değil, aynı zamanda Türk vatandaşı olmakla birlikte yurtdışında ikamet etmesi şartıyla bu Türk vatandaşlarını da içermektedir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde (bundan sonra DYYKUY) de " Yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşları, Kanun'un uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar" denmekle aynı yaklaşım izah edilmektedir.²²³ Dolayısıyla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları da Türkiye'de yatırım yapmak istediklerinde DYYK kapsamında yabancı yatırımcı olarak değerlendirilecektir.²²⁴

DYYK'de gerçek kişilerin yanı sıra, diğer ülkelerin kanunları uyarınca kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların da yabancı yatırımcı sıfatına sahip olduğu belirtilmiştir.²²⁵

²¹⁹ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 188.

²²⁰ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 173.

²²¹ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Kanun Numarası: 4875, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4875&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T.: 31.08.2023.

²²² DYYK, madde 2/a/1.

²²³ DYYK, madde 10

²²⁴ Turanlı, Hüsnü, Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 204.

²²⁵ DYYK, madde 2/a/2.

Çalışmanın bu kısmına kadar yatırım kavramı hakkında terminolojik olarak bir inceleme yapmıştır. Bununla birlikte uluslararası yatırım hukuku ve bu alanda ortaya çıkan uyumsuzluklara konu ekonomik faaliyetlerin ne olduğu, bir başka deyişle yatırımın çerçevesinin sınırları, bu hukuk alanının kaynakları üzerinden ele alınmakla daha da anlaşılır olacaktır. Bu sebeple sırada uluslararası yatırım hukukunun kaynakları irdelenecek ve uluslararası yatırım hukukunun çerçevesi ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

1.4. Uluslararası Enerji Yatırımları

1.4.1. Enerji Yatırımlarına Genel Bakış

Uluslararası yatırımların konuları analiz edildiğinde aslında görülmektedir ki bu yatırımların büyük çoğunluğu enerji alanındadır.²²⁶ Yatırımın tanımı bölümünde de incelediğimiz üzere yatırım hakkında üzerine uzlaşmış yeknesak evrensel bir tanımın yapılamamış olması, yatırımın tanımını devletlere bırakmıştır. Bu durum enerji yatırımı kavramı için de geçerlidir. Enerji kavramı, yatırım antlaşmalarında temel unsurları ortak olmakla birlikte çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bununla birlikte doğrudan enerji sektörüne ilişkin akdedilen bir uluslararası antlaşma olan EŞA'da, enerji yatırımı kavramı oldukça geniş bir bağlamda ele alınmıştır.²²⁷ Kavramın bu kadar geniş ele alınmış olması enerji yatırımlarının da tür ve çeşitliliğini artırmaktadır.

İki taraflı veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında ön görülen enerji yatırım türleri, bu antlaşmalarda düzenlenmiş olan enerji yatırımı kavramının tanımından yola çıkarak değerlendirilmiştir.

Uluslararası yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı net ve belli bir çerçevede tanımlanmayıp genel bir tanım ve akabinde sınırlandırıcı olmayacak şekilde sayma usulü ile ele alınmaktadır.²²⁸ Temel olarak birbirine benzeyen antlaşmalardaki yatırım tanımları genellikle, tüketici olmayan bir şekilde tanımlanmakta, bazı yatırım türleri ise ayrıca özel olarak belirtilmektedir.²²⁹

Yatırımların tüketici olmayan şekilde sayıldığı iki taraflı yatırım antlaşmalarında, yatırım için “her türlü mal varlığı değeri” ifadesi kullanılmakta ve sonrasında tahdidi nitelikte

²²⁶ Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 85.

²²⁷ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 113.

²²⁸ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 400.

²²⁹ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 99.

olmadığı belirtilerek çeşitli yatırım türlerine ilişkin bir liste düzenlenmektedir.²³⁰ Sayma şeklindeki bu listeler genel itibariyle şu şekildedir:

- Hisseler, hisse senetleri veya şirketlere ortaklığın diğer şekilleri,
- Yatırıma ilişkin mali değer taşıyan ve yasalara uygun olarak kabul edilen diğer haklar,
- Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir ve rehin gibi mal varlığına ilişkin haklar ve malın bulunduğu ülkedeki âkit tarafın kanunlarına göre tanımlanan diğer haklar,
- Patent, sınaî tasarım gibi sınaî ve fikrî mülkiyet hakları yanında ticarî markalar, know-how ve diğer benzer haklar,
- Doğal kaynaklar, araştırma, işleme, çıkarma veya kullanma gibi konularda imtiyazlar.²³¹

Bu tanımlardan yola çıkarak konusu enerji olabilecek her tür yatırım tanımının aynı zamanda bir enerji yatırımı olduğu doğal olarak söylenebilecektir. Ancak özellikle doğal kaynaklara, diğer bir deyişle enerji kaynaklarına ilişkin yapılmış olan tanımlar bize doğrudan enerji yatırım türlerini işaret etmektedir. Buradan yola çıkarak yapılabilen yorum, enerji kaynakları hakkında yapılan araştırma, işleme, çıkarma veya kullanma gibi konularda yapılan sözleşmelerin de birer enerji yatırımı olduğudur.

EŞA'da enerji yatırım türleri, enerji yatırımı kavramının tanımı sonrasında tahdidi liste yöntemiyle detaylı bir şekilde sayılmıştır. Enerji yatırımı hakkında, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı biçimde sahip olduğu veya kontrol ettiği her tür mal varlığı değerini ifade eder şeklinde tanım yapıldıktan sonra enerji yatırım türlerinin, enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler, hisse senedi ve tahviller, enerji yatırım sözleşmeleri, fikri mülkiyet hakları ve kazançlar olduğu düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere uluslararası yatırım antlaşmalarında pek çok farklı enerji yatırım çeşidinden bahsedilmiştir. Bununla birlikte uygulamada büyük çoğunlukla diğer yatırım türlerini de içine alan belli başlı yatırım türleri ön plana çıkmakta ve uygulanmaktadır.²³²

1.4.2. Enerji Yatırım Türleri

1.4.2.1. İmtiyaz Sözleşmeleri

İmtiyaz sözleşmesi, ev sahibi devletin bir ücret karşılığında enerji alanına ilişkin belirli bir hizmet sağlama, belirli bir yatırımın gerçekleştirilmesi ve/veya işletilmesini sağlama

²³⁰ Yılmaz, Enerji Yatırımları, sa. 62-64.

²³¹ American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, s. 60; UNCTAD, Bilateral Investment Treaties, s. 8.

²³² Cameron, Energy Investment, s. 37.

yetkisini yabancı yatırımcıya devrettiği bir sözleşmedir.²³³ İmtiyaz sözleşmeleri temelde bir kamu hizmetine ilişkindir.²³⁴ İmtiyaz sözleşmenin tarafları, kamu hizmetinin sağlanmasını sözleşme ile devreden kamu idaresi ile kendisine sözleşmeyle kamu hizmeti devredilen kamu veya özel kişisidir.²³⁵

Yabancı yatırımcı, imtiyaz sözleşmesi ile belirli bir alanda enerji kaynaklarının araştırılması, çıkarılması, üretilmesi, pazarlanması gibi konularda idari olarak yetkilendirilmekte ve o bölgenin tüm haklarını kullanma hakkını elde etmektedir. Bir başka deyişle ev sahibi devlet, belirli bir ücret (royalty) karşılığında yatırımcıya bölgeyi ve yeraltı kaynaklarını muhtemel tüm kar ve zararları ile devretmektedir.²³⁶

İmtiyaz sözleşmelerinin sömürü dönemi ve sömürü dönemi sonrası farklılaştığı görülmektedir. Bu sözleşmeler sömürü dönemi için geleneksel imtiyaz sözleşmeleri, sömürü sonrası dönem için ise modern imtiyaz sözleşmeleri olarak isimlendirilmektedir.²³⁷

a. Geleneksel İmtiyaz Sözleşmeleri

Geleneksel imtiyaz sözleşmelerinde yabancı yatırımcıya, ev sahibi devletin enerji kaynakları üzerinde neredeyse bir egemenlik hakkı bahşedilmekteydi.²³⁸ Bu sözleşmelerin süresi bir hayli uzun belirlenmekte, öyle ki bu süre bazen bir asrı bulmaktaydı. Yabancı yatırımcı geleneksel imtiyaz sözleşmeleri ile enerji kaynaklarının çıkarılması, taşınması ve satışı gibi faaliyetlerde, ev sahibi devletin hukuki yapısında ayrıcalıklı bir statü sağlamakta, böylece tüm idari süreci kendi tercihlerine göre yönetme hakkına sahip olmaktaydı.²³⁹

²³³ Brownlie, Public International, s. 546; Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2004, s. 114; Soysal, Mümtaz / Ertuğrul, İlter, Kamu Hizmeti ve Tahkim, Mülkiye Dergisi, C. XXIII, S. 217, s. 63; Cameron, Energy Investment, s. 40.

²³⁴ Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Antlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 63-4, sa. 89-134, 2008, s. 113, 114; Soysal/ Ertuğrul, s. 63.

²³⁵ Güler, Zafer, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Anabilim Dalı, Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Doktora Programı, Enerji Yatırım Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Süreci, Doktora Tezi, 2020, s. 30.

²³⁶ Erkan, Mustafa, Mitigating Political Risks for Transnational Energy Projects Through Contractual Mechanisms, Doctoral Dissertation University of Exeter, 2009, s. 8; Cameron, Energy Investment, s. 40.

²³⁷ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 232.

²³⁸ Sornarajah, International Law 2004, s. 40.

²³⁹ Cameron, Energy Investment, s. 125.

Geleneksel imtiyaz sözleşmelerinde taraflar arasındaki dengeler yabancı yatırımcılar lehinedir.²⁴⁰ Geleneksel imtiyaz sözleşmeleri ile gerçekleştirilen yatırımlarda, ev sahibi devlet, en temel karar alma süreçlerinde dahi söz sahibi olamamaktadır. Yabancı yatırımcı, burada kazancın tümüne hak kazanmaktadır. Yatırımcı yalnızca ev sahibi devlete her bir ton karşılığında bir ödeme (royalty) yapmaktadır.²⁴¹ Bununla birlikte ev sahibi devlete yapılan bu ödemeler, yabancı yatırımcıların elde ettiği karla kıyaslandığında oldukça düşüktür.²⁴²

Yatırımcı, yaptığı ödeme karşılığında imtiyaz bölgesinde petrol çıkarma, üretme ve satma konusunda tekel konumuna da gelebilmektedir. Zira geleneksel imtiyaz sözleşmeleriyle, stratejik öneme sahip enerji kaynaklarının kontrolünü ele geçirmek oldukça kolaylaşmaktadır. Yabancı yatırımcının, imtiyaz elde ettiği enerji alanında tekel duruma gelmesi halinde, ev sahibi devletin üzerinde bir nüfus etkisi oluşturabilmektedir. Bu durum petrol şirketlerinin enerji arz ve talebini kontrol etme kabiliyetlerini artırır. Ev sahibi devlet, kendi topraklarından çıkan petrolün kontrolünü kaybettiği için vergilendirmeyi, fiyatlandırma ve pazarın özelliklerini yönlendirememekte ve bu nedenle şirketlerin keyfi hükümlerine maruz kalabilmektedir.²⁴³

İkinci Dünya Savaşı sonrasında birçok sömürgeci ülke güç kaybetmiş veya tamamen ortadan kalkmıştır. Bu durum, daha önce sömürülen ülkelerin kendi petrol kaynaklarına sahip çıkma fırsatını ortaya koymuştur. Ayrıca bazı yeni gelişmekte olan petrol üreticisi ülkelerin sosyalist düzene geçmeleri, geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin yerini, 1950'ler sonrası ev sahibi devletin çok daha fazla çıkarına olan modern imtiyaz sözleşmelerine bırakmıştır.²⁴⁴

b. Modern İmtiyaz Sözleşmeleri

Modern imtiyaz sözleşmeleri, yabancı yatırımcılara enerji kaynağını arama, çıkarma, işleme ve/veya pazarlama noktalarında yetkiler ve haklar tanıma gibi temelde geleneksel

²⁴⁰ Blyschak, P. M.: "Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breachs of Contract Versus Breaches of Treaty", *Journal of International Arbitration*, Y. 2010, V. 26, s. 582, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 37.

²⁴¹ Ercan Metin, *Uluslararası Petrol Arama ve Üretim Yatırımlarının Yapısı ve Finansal Yönden İncelenmesi*, Ankara, 1996, s. 33, 61.

²⁴² Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 250.

²⁴³ Maniruzzaman, Abul F.M. "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections". *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Y. 11. S. 4. 1993. S. 208, aktaran Güler, Tahkim Süreci, s. 36.

²⁴⁴ Güler, Tahkim Süreci, s. 37.

imtiyaz sözleşmelerine bağlı kalınmakla birlikte, ev sahibi devletlerin kaynaklar üzerindeki kontrolünü arttıracak yönde önemli değişiklikler barındırmaktadır.

Modern imtiyaz sözleşmelerinde ev sahibi devlet, sözleşmeye konu doğal kaynağın mülkiyet hakkına sahiptir. Bu sözleşmelerde, ev sahibi devletler yatırım üzerinde daha geniş bir gözetim ve denetim hakkına sahiptir. Ayrıca bu haklar yanında ev sahibi devlet, yatırımın sevk ve idaresine ilişkin yetkilere de sahiptir.²⁴⁵

Modern imtiyaz sözleşmelerinin amacı doğal kaynakların paylaşımı üzerinedir. Sözleşme süresi geleneksel imtiyaz sözleşmelerine kıyasla çok daha kısa ve doğal kaynağın çıkartıldığı alan çok daha küçüktür.²⁴⁶

1.4.2.2. Ürün Paylaşım Sözleşmeleri

Ürün paylaşım sözleşmeleri, temelde enerji kaynaklarının keşfedilmesi ve çıkarılması aşamalarını konu edinmekle birlikte münhasır niteliğini enerjinin üretim aşamasına yoğunlaşmasından almaktadır. Bu sözleşmelerde, enerji kaynakların mülkiyeti ev sahibi devlettedir. Yabancı yatırımcı, sözleşme konusu kaynakların aranması çalışmalarını açısından ihtiyaç duyulan sermaye, uzmanlık ve teknoloji gibi her çeşit çalışma, masraf ve riski bizzat üstlenmekte, enerji kaynağının çıkartılması sorumluluğunu yüklenmektedir.²⁴⁷

Ürün paylaşım sözleşmelerinin ticari boyutu, kaynağın çıkartılıp değerlendirilmesiyle belirginleşmektedir. Enerji kaynağının elde edilmesi ile ilk olarak bu kaynağın satışı ve gelir elde edilmesi ve öncelikle yatırımcı şirketin masraflarının karşılanması amaçlanmaktadır. Üretimden gelen sonraki gelirler ise devlet ve yabancı yatırımcı arasında sözleşmede belirlenmiş oranlarda paylaşılmaktadır.²⁴⁸ Sözleşmede belirlenen bu oran, yatırım işinin karada, kıyıda, deniz yatağında yapılmasına göre işin zorluğu ve masraf miktarı eksenli değişmektedir.²⁴⁹

²⁴⁵ Maniruzzaman, Abul F.M. "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections". *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Y. 11. S. 4. 1993. S. 208, aktaran Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 86.

²⁴⁶ Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 82.

²⁴⁷ Maniruzzaman, Abul F.M. "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections". *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Y. 11. S. 4. 1993. S. 214, aktaran Güler, Tahkim Süreci, s. 31, 52.

²⁴⁸ Bishop, R. Doak / Crawford, James / Reisman, W. Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 214; Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 73.

²⁴⁹ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 138.

Ürün paylaşım sözleşmelerini imtiyaz sözleşmelerinden ayıran temel farkın, yatırıma konu kaynakların kontrolünün çok daha büyük oranda ev sahibi devlete bırakılması olduğu söylenebilir. Ancak bu durum ev sahibi devletlere bir avantaj sağlamamıştır.²⁵⁰

Doktrin çoğunluk görüşüne göre üretim paylaşım sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasında önemli bir fark yoktur.²⁵¹ Nitekim imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz alanının sözleşme kapsamında devletin hukukundan bağımsızlığa ve vatandaşlara kıyasla ayrıcalıklı haklara sahip olması gibi üretim paylaşım sözleşmelerinde de yabancı yatırımcı, devletin bazı vergilerinden muaf olarak bir bağımsızlık ve ayrıcalık sahibi olmaktadır.²⁵² Bir diğer deyişle aslında bir imtiyaz elde etmektedir. Ayrıca bu imtiyaz, sözleşmeye dahil edilen istikrar kayıtları ile bir bakıma daha da genişletilmekte ve ev sahibi devletin inisiyatifini bir hayli kısıtlamaktadır. Bu durum, imtiyaz sözleşmeleri ile üretim paylaşım sözleşmeleri arasında teknik anlamda bir farklılık olmadığını göstermektedir.²⁵³

Üretim paylaşım sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasındaki sembolik farklılıkların, sömürge dönemindeki istenmeyen yaklaşımı gizlemek amacıyla politik bir strateji olarak kullanıldığı düşünülmektedir. Bu farklılıklar, daha adil ve dengeleyici bir görüntü yansıtma amacı taşımaktadır. Ancak, temelde söz konusu sözleşmeler arasında önemli bir teknik veya hukuki fark bulunmadığı görüşü yaygındır.²⁵⁴ Bu yaklaşım, aslında üretim paylaşım sözleşmelerinde de esasen sömürgeci ilişkilerin devam ettiği ve sömürgeci güçlerin etkisini sürdürdüğü şeklinde yorumlanabilir.

1.4.2.3. Ortak Girişim Sözleşmeleri

Ortak girişim sözleşmeleri, belirli bir alanda faaliyet göstermek için bir araya gelen şirketleri konu almaktadır. Bu sözleşme ile bir tarafı ev sahibi devletteki bir şirket ve diğer tarafı yabancı yatırımcı bir şirket olmak üzere iki veya daha fazla şirket bir araya gelmektedir. Bu şirketler sermaye, teknoloji, know-how ve insan güçlerini, pazar alanları ve dağıtım kanalları hakkındaki bilgilerini birleştirmektedirler. Böylece ortaklığın

²⁵⁰ Zaki El Chiati, Ahmed, Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, s. 57.

²⁵¹ Johnson, D.: How to Evaluate the Fiscal Terms of Oil Contracts, Escaping the Resource Curse, Ed. M. Humphreys/ New York 2007, s.53-88, aktaran Güler, Tahkim Süreci, s. 53.

²⁵² Cameron, Energy Investment, s. 37, 38.

²⁵³ Fabrikant, Robert, Production Sharing Contracts in the Indonesian Petroleum Industry, Harvard International Law Journal, Vol. 16, Issue 2, sa. 303-351, 1975, s. 335.

²⁵⁴ Fabrikant, Indonesian Petroleum, s. 350; Zaki El Chiati, s. 63; Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 101.

tarafları arasında eksik olan kaynaklar karşılıklı sağlanmakta ve sözleşmeye konu yatırım faaliyetinin riskleri ve kazançları paylaşılmaktadır.²⁵⁵ Paylaşım oranları her bir sözleşme kapsamında taraflarca özel olarak belirleniyor olmakla birlikte ilgili sözleşmeler incelendiğinde büyük çoğunlukla, devletlerin, paylaşımında yarısı ya da yarıdan çok az fazla oranında hakka sahip oldukları görülmektedir.²⁵⁶

Ortak girişim, bir enerji yatırımı veya projesinin üstlenilmesi için bir araya gelen iki veya daha fazla şirketin bir sözleşme ile ortak bir girişim oluşturması anlamına gelir.²⁵⁷ Diğer yandan ortak girişim için herhangi bir tüzel kişilik oluşturma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan ortak girişim sözleşmeleri, iki veya daha fazla şirket arasında bir iş birliği şeklinde de kurulabilir.²⁵⁸

Ortak girişim sözleşmeleri, çoğunlukla doğal kaynak açısından zengin veya gelişmekte olan ülkelerde tercih edilmektedir. Bu ülkelerin ulusal mevzuatından kaynaklanan düzenlemelerin gereği olarak veya pazar stratejisi olarak yabancı yatırımcıların, doğal kaynakların aranması ve üretimi gibi faaliyetleri yürütebilmesi için ev sahibi devlette bir veya daha fazla sayıdaki yerleşik şirketlerle ortak girişimler oluşturması öngörülebilmektedir.²⁵⁹

Ortak girişimler, belli başlı faaliyet alanlarında kurulurlar. Söz konusu bu alanlar teknik veya ticari olabilir. Ortak girişim sözleşmelerine konu faaliyet alanlarına örnek olarak şunlar sayılabilir: “Petrol ve doğal gazın çıkarılması ve taşınması, nükleer santral kurulumu, yenilenebilir ve alternatif enerjilerin, geleneksel ve geleneksel olmayan enerjilerin, hidrokarbon enerjilerinin teknik ve ticari işlemleri, kömüre dayalı elektrik santrallerinin, hidroelektrik santrallerinin işletilmesi, enerji kaynaklarının taşınması ve dağıtımı, doğal gaz üretimi ve satışı, enerji kaynaklarının boru hatları ve deniz yoluyla taşınması, sıvılaştırılmış petrol gazı (LNG) ticareti, özelleştirme ve enerji sektöründe kamu ve özel tüzel kişiliklerin yapılandırılması konuları.²⁶⁰

²⁵⁵ Zakariya, Hasan S., New Directions in the Search for and Development of Petroleum Resources in the Developing Countries, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol: 9, Issue: 3, sa. 545-578, Summer 1976, s. 554; Ulaş, Dilber, Çokuluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 59-2, sa. 151-178, 1999, s. 153.

²⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Bondzi Simpson, Philip E., Legal Relationships Between Transnational Corporations and Host States, Quorum Books, London, 1990.

²⁵⁷ Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 2012, s. 277.

²⁵⁸ Sornarajah, International Law 2010, s. 117.

²⁵⁹ Ulaş, Ortak Girişim Ortak Girişim, s. 153; Sornarajah, International Law 2004, s. 64.

²⁶⁰ Güler, Tahkim Süreci, s. 32.

Ortak girişim sözleşmelerinde, yabancı yatırımcıların hakları ve yetkileri imtiyaz sözleşmelerine kıyasla daha kısıtlıdır. Bu sözleşmelerde ev sahibi devlet şirketleri, en az %51 hisseye sahip olmakla asıl hakim taraftır. Devlet şirketleri, karar alma ve uygulama süreçlerinde yabancı yatırım şirketinden daha fazla hak ve yetkiye sahiptir. Ortak girişim sözleşmelerinde bu şekilde bir yaklaşımın gelişme sebebi, yabancı şirketlerin genellikle kendi ülkelerinin çıkarlarını gözetme endişesiyle hareket etmelerindedir. Bu sebeple ev sahibi devlet, çıkarlarını öncelikli olarak gözetmektedir.²⁶¹

1.4.2.4. Hizmet Sözleşmeleri

Hizmet sözleşmeleri, enerji yatırım alanlarının devletin egemenliği ve denetimi altında bulunan bir ortamda, petrol faaliyetlerinin yürütülmesi ve hizmetlerin sağlanması faaliyetleri için yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerde, ev sahibi devletin yetkili kurumları bir tarafı oluştururken, diğer tarafı ise operasyonları gerçekleştirecek ve karşılığında bir ücret alacak olan şirket veya şirket ortaklıkları oluşturur.²⁶²

Hizmet sözleşmeleri, basit ve sade sözleşmelerdir. Üretim paylaşım sözleşmelerindeki gibi yabancı şirketlere petrol veya doğal gazın üretimi ve satışı operasyonlarında pazarlama ve diğer faaliyetlere izin verilmez.²⁶³ Bu sözleşmelerde, üretim ve satışa ilişkin kararlar ev sahibi devletin yetkili kurumlarınca alınır. Yani yabancı yarımcı, enerji kaynağı üzerinde herhangi bir ayni hak sahibi değildir. Üretilen ürünün mülkiyeti tamamen devlete aittir ve şirketin bunun üzerinde bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Yabancı şirket, sadece devlete ilgili yatırım sürecinde hizmet sağlayan ve buna karşılık bir ücret alan bir kuruluştur. Şirketin rolü, teknik hizmetlerin sunulması ve operasyonel destek sağlanmasıdır.²⁶⁴ Bir başka deyişle ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının bir nevi işverenidir.²⁶⁵

Hizmet sözleşmelerinde yabancı yatırımcı, enerji kaynağının aranması ve geliştirilmesi sürecindeki tüm riskleri üstlenmektedir. Burada ev sahibi devlet ise bu kaynağın

²⁶¹ Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 92.

²⁶² Maniruzzaman, Abul F.M. "The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections". Journal of Energy & Natural Resources Law. Y. 11. S. 4. 1993. S. 215, aktaran Güler, Tahkim Süreci, s. 56.

²⁶³ Al-Emadi, Talal Abdulla, The Renegotiating Clause in Petroleum International Joint Venture Agreements, Oxford Student Legal Studies Paper, Issue: 4, 2012, s. 9.

²⁶⁴ Bernardini, Piero, Development Agreements with Host Governments, Economic Development, Foreign Investments and the Law, International Bar Association Series, Kluwer Law International, New York, 1996, s. 168.

²⁶⁵ Cameron, Energy Investment, s. 42.

satışından sonra yatırımcının masraflarını geri ödemeyi ve hizmetin bedelini ödemeyi taahhüt eder. Ancak ilgili enerji kaynağın aranması ve çıkarılmasında başarı sağlanamazsa, örneğin yabancı yatırımcı, yapılan sondaj ve aramalar sonucunda üretimi ticari olarak elverişli olan bir rezerv bulamazsa herhangi bir hak sahibi olamamakta, tüm masraf ve giderleri tarafında kalmaktadır. Dolayısıyla hizmet sözleşmelerinde yatırımcının kazanç sağlaması, enerji kaynağının bulunması, üretimi ve satışına bağlıdır.²⁶⁶

Hizmet sözleşmelerinin kapsamı enerji kaynağının aranması ve üretilmesi şeklinde genel çerçevede ifade edilse de bu süreç, birçok farklı faaliyeti kapsayabilmektedir. Bu faaliyetler, enerji kaynağının bulunduğu coğrafyanın araştırılması, bölgeye erişim ve sondaj çalışmaları, enerji kaynağının taşınması için nakliye faaliyetleri, enerjinin işlenmesi ve ürünlerin pazarlanması gibi alanları kapsayabilir. Bu çeşitli faaliyet alanları yanında sözleşme ayrıca farklı çalışma usulleri ile de hazırlanabilmesi yönüyle çeşitlenebilmektedir. Bu kapsamda hizmet sözleşmesi, iş başına veya bölüm başına çalışma anlaşması, kısa süreli işlerin tamamlanması anlaşması, tesis ve kalıcı ekipman kurulumu anlaşması, üretim paylaşımı sözleşmeleri gibi kapsamlara ayrılmış alanları içerebilir.²⁶⁷

²⁶⁶ Cameron, Energy Investment, s. 42; Kaya, Uluslararası Tahkim, s. 82.

²⁶⁷ Zakariya, Petroleum Resources, s. 562.

2. BÖLÜM: ULUSLARARASI ENERJİ YATIRIMI UYUŞMAZLIKLARININ ICSID TAHKİMİ VASITASIYLA ÇÖZÜMLENMESİ

2.1. Uluslararası Enerji Yatırım Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları

2.1.1. Uluslararası Enerji Yatırım Uyuşmazlıkları

Uluslararası yatırım hukukunda, ilk dönemlerde yatırımcıların ev sahibi devletlerde gerçekleştirdikleri yatırım faaliyetleri, yatırım sözleşmeleri aracılığıyla korunmaktaydı. Bu sözleşmeler, yatırımcılara belirli haklar tanımakta ve devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerinin sınırlanmasını sağlamaktaydı. Yatırım sözleşmeleri ile yabancı yatırımcılara sağlanan bu hakların ihlal edilmesi, bu dönemlerde yatırım uyuşmazlıklarının esas nedeniydi.

Yatırım sözleşmeleri, uzun bir süre boyunca yabancı yatırımcıların korunmasında temel kaynak olmuştur. Ancak, bu sözleşmeler iç hukuk düzenlemelerine tabi oldukları için sağladıkları koruma kapsamı da iç hukukla kısıtlı olarak sınırlı kalmıştır.²⁶⁸ Bu durum ise yabancı yatırımcı için yeterli bir koruma sağlayamamış, yatırım sözleşmeleri, yabancı yatırımlar üzerinde devlet müdahalelerini tamamen engelleyebilen bir hukuki koruma sağlamaktan uzak kalmıştır.

İlerleyen dönemlerde korumaya ilişkin aksaklıkların giderilmesi ve yabancı yatırımların daha etkin şekilde korunması amacıyla ulusal hukuk sistemlerinin ötesinde uluslararası hukuk düzeninde sağlanacak bir hukuki koruma için çalışmalar başlatılmıştır. Nihayet bu amaca yatırım hukukuna ilişkin uluslararası antlaşmaların imzalanmasıyla erişilmeye başlanmıştır. Uluslararası yatırım antlaşmaları ile devletlere, yatırımların korunması ve yatırımlara ve yabancı yatırımcılara muamelelere ilişkin yükümlülükler getirilmiştir.²⁶⁹ Ev sahibi devletlerin ilgili yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri durumunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ise yine aynı antlaşmalarda belirlenen uyuşmazlık çözüm yollarınca uluslararası hukuk düzleminde çözüme kavuşturulabilecektir.

²⁶⁸ Voss, Jan Ole, *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, s. 161.

²⁶⁹ Schill, *Multilateralization*, s. 3; Erkan, Mustafa, *International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses*, Kluwer Law International, London, 2011, s. 26, 28.

Uluslararası yatırım hukukunda, uluslararası yatırım antlaşmalarının da varlık bulması ile yabancı yatırımcılara tanınan haklar iki kaynaktan düzenlenmeye başlamıştır. Dolayısıyla artık ev sahibi devletlerin yabancı yatırımlara ilişkin yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar, farklı kaynaklarda düzenlenen yükümlülüklerin ihlalden doğmaya başlamıştır. Bu nedenle, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları, ihlal edilen hakların hangi kaynak altında düzenlendiğine bağlı olarak "yatırım sözleşmelerinden kaynaklı uluslararası yatırım uyuşmazlıkları" ve "uluslararası yatırım antlaşmalarından kaynaklı uluslararası yatırım uyuşmazlıkları" olarak iki farklı başlık altında değerlendirilmeye başlanmıştır.²⁷⁰

Uluslararası yatırım antlaşmalarında düzenlenen hükümler genel olarak aynı çerçevede, yatırım hakkında devletler için öngörülen standart yükümlülüklerden oluşmaktadır. Yani antlaşma hükümleri, genel koruma hükümleri olup özel bir yatırım hakkında teknik mevzuların da konu edildiği bir nitelik göstermemektedir. Dolayısıyla standart hükümler içeren antlaşmalarda ortaya çıkan uyuşmazlık konuları da benzerdir. Buna karşın yatırım sözleşmelerinin içeriği, yatırım hakkında pek çok detay teknik hüküm ve yükümlülükler içermekte, içerik, sözleşmenin niteliğine göre değişmektedir. Bu yüzden, yatırım sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıklar birbirinden farklılaşmaktadır.²⁷¹

Konumuz antlaşma kaynaklı uyuşmazlıklar olduğu için sözleşme kaynaklı uyuşmazlıklar doğrudan incelenmeyecektir. Bununla birlikte özellikle son dönem uluslararası yatırım antlaşmalarında, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin hükümlere yatırım kapsamına alınmak suretiyle yatırım sözleşmelerinin de dahil edilmesi, aslında yatırım sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıkların da antlaşma kaynaklı uyuşmazlık haline gelmesini sağlamıştır. Dolayısıyla son yıllarda yatırım antlaşmalarında yatırımlar arasında sayılan ve bu sayede koruma kapsamına alınan yatırım sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar da antlaşma kapsamında korunmakta ve antlaşma kaynaklı uyuşmazlık olarak değerlendirilmektedir.²⁷²

2.1.1.1. Yatırım Antlaşmalarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Enerji konulu yatırım antlaşmalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, bu antlaşmalarda devletlere yüklenen yatırımların korunması ve yatırımlara ve yabancı yatırımcılara

²⁷⁰ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 198,199.

²⁷¹ Voss, Host States, s. 162.

²⁷² Ünsal, Yetki Sorunu, s. 201.

muamelelere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bunların pratikte ekonomik istikrarsızlık, ev sahibi devletin hukuki ve politik değişiklikleri, kamulaştırma, yatırımcının aleyhine vergisel değişiklikler, yolsuzluk ve kuralsızlıklar, ev sahibi ülkede iç karışıklıklar, savaş, ev sahibi devletin uluslararası antlaşmalara uymaması, ev sahibi yargı sisteminin işlevsizliği ve devletin otoriter baskıcı kontrolü gibi pek çok sebebi vardır.²⁷³

Yukarıda sayılan bu riskler dolayısıyla uluslararası yatırımlarda ciddi anlaşmazlıklar yaşanmakta ve neticede ortaya çeşitli uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Örneğin üretim paylaşım antlaşması ile yatırımını gerçekleştirmeye başlayan yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin sonradan yeni vergilendirme ve benzeri işlemler kapsamında öngördüğü yeni malî yükümlülükleri uygulaması ile yatırımı üzerindeki kontrol, etkinlik ve kazançlarında olumsuz etkilenmekte, mali kayıplar yaşamaktadır. Bu durumlar ise taraflar arasında uyuşmazlıklara sebebiyet vermektedir.²⁷⁴ Ya da risk hizmeti sözleşmelerinde sözleşmenin yapıldığı dönem ile üretimi bu dönemden çok sonraya kalan petrol ve/veya doğal gazın satışı sırasında, petrol fiyatlarının iki dönemde farkı olması neticesinde elde edilen gelire ev sahibi devletin el koyması gibi müdahale ve uygulamalar da önemli yatırım uyuşmazlıkları olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷⁵ Özellikle imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının ise oldukça fazla olduğu söylenebilir. Yabancı yatırımcıların, imtiyaz sözleşmeleri kaynaklı haklarının ihlali iddiası ile taleplerini tahkime taşıdıkları sıklıkla rastlanan bir durumdur.²⁷⁶

Yatırım uyuşmazlıklarının tespitinde en önemli konuların başında, yatırımın, yatırım antlaşmasında ne şekilde tanımlandığı gelmektedir. Zira yatırım antlaşmasında tanımlanan yatırımdan doğan uyuşmazlıklar, ilgili yatırım antlaşması çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilecektir.²⁷⁷ Dolayısıyla yatırım antlaşmalarında yatırımın tanımı, doğrudan hangi uyuşmazlıkların yatırım uyuşmazlığı olarak ele alınacağını etkilemektedir.

²⁷³ Sornarajah, *International Law* 2010, s. 69; *The Energy Journal on JSTOR*, E.T.: 01.09.2023; Krane, Jim, *Stability Versus Sustainability: Energy Policy in the Gulf Monarchies*, *The Energy Journal*, Vol: 36, S. 4, sa. 1-21, 2015; *Stability versus Sustainability: Energy Policy in the Gulf Monarchies on JSTOR*, E.T.: 01.09.2023.

²⁷⁴ *Burlington v. Ecuador, Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5.

²⁷⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467.

²⁷⁶ Kaya, *Uluslararası Tahkim*, sa. 87-89.

²⁷⁷ Şanlı, *Akitlerin Hazırlanması*, s. 400,401; Nomer/ Ekşi/ Öztekin, s. 89.

Yatırım uyuşmazlıkları, çoğunlukla yatırım antlaşmalarının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bölümlerinde ele alınmaktadır. Bazı yatırım antlaşmalarında ise nelerin yatırım uyuşmazlığı oluşuna dair herhangi bir düzenlemeye gidilmeyip doğrudan ilgili uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği düzenlenmektedir.²⁷⁸

Yatırım antlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının neler olduğuna ilişkin düzenlemeler büyük çoğunlukla tüketici olmayan bir şekilde sayılmakta ve yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar, yatırım antlaşmaları çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilmektedir.²⁷⁹ Bununla birlikte, yatırım antlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının neler olduğuna ilişkin düzenlemeler genel olarak şu şekilde kaleme alınmaktadır:

“Bu maddenin amacına uygun olarak, “yatırım uyuşmazlığı” aşağıdaki hususları kapsar:

- a) Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili mercii, diğer âkit tarafın vatandaş ve şirketine sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanmaması veya farklı yorumlanması, veya;
- b) Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili mercii ile diğer âkit tarafın bir vatandaş veya şirketi arasındaki herhangi bir yatırım sözleşmesinin uygulanmaması veya farklı yorumlanması, veya;
- c) Bir yatırımla ilgili olarak işbu antlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın ihlalinin iddia edilmesi.”²⁸⁰

Bu hükümler çerçevesinde, bir yatırım izninin veya yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili veya ilgili yatırım antlaşması ile verilen bir hakkın ihlali iddiasına dayanan uyuşmazlıklar, yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilecektir.²⁸¹

Yatırım ilişkisinin başında taraflar arasında uzlaşma içinde olan çıkarlar, zaman içerisinde farklılaşa bilmekte ve bu farklılaşma ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında uyuşmazlık doğurabilmektedir. Bu durum özellikle zamansal bakımdan uzun bir sürece yayılan enerji yatırımlarında çok daha muhtemeldir. Bu süreç içerisinde pek çok etken taraflar arasındaki yatırım ilişkisini etkilemektedir. Örneğin yatırım sürecinde tarafların pazarlık güçleri arasında değişim yaşanması yüksek olasılıklıdır. Zira yatırımcıların ev sahibi devlete giriş yapmadan önceki pazarlık gücü, ev sahibi devletin yabancı sermayeyi ülkesine çekme arzusu nedeniyle daha yüksektir. Bu aşamada yabancı yatırımcı, ev sahibi

²⁷⁸ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, sa. 397-400.

²⁷⁹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 400,401.

²⁸⁰ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 37, 38.

²⁸¹ Nomer/ Ekşi/ Öztekin, s. 88, 89.

devlete girişi öncesinde önemli bir pazarlık gücüne sahip olmakta ve yatırımı için en geniş korumayı sağlayabilecek şartları öne sürebilmektedir. Ancak, yatırımcı, ülkeye giriş yaparak yatırım işlemine başlamasıyla artık ev sahibi devlet kurallarına tâbi olmaktadır. Bu durum ise devletin yatırımcı karşısında gücünü artırmaktadır.²⁸²

Taraflar arasındaki yatırım ilişkisini etkileyen ve yatırımın başında üzerinde uzlaşma sağlanmış olan çıkarlar dengesini bozan bir diğer önemli etken de küresel gelişmelerdir.²⁸³ Dünyada yaşanan gelişmeler, başta petrol ve doğal gaz olmak üzere enerji fiyatlarını önemli ölçüde etkilemekte, fiyatlarda gerçekleşen aşırı yükselme veya düşüşler, yatırım ilişkisi taraflarının sözleşme hükümlerinde değişiklik istemesine neden olabilmektedir.²⁸⁴

İfade etmiş olduğumuz bu uyuşmazlıkların kaynakları genel olarak kamulaştırma ve kamulaştırmaya eş değer tedbirler kaynaklı uyuşmazlıklar, ödemelerin serbestçe transferinin engellenmesi sebepli uyuşmazlıklar, yatırım antlaşmaları ile getirilen muamele standartlarının ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar ve yatırım sözleşmelerinin ihlâl edilmesi kaynaklı uyuşmazlıklar olarak sayılabilir.²⁸⁵

2.1.1.2. Kamulaştırma veya Kamulaştırmaya Eş Değer Tedbirler Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Yabancı yatırımların ev sahibi devlet tarafından haksız şekilde kamulaştırılması ve mülkiyet haklarının ihlal edilmesi, yabancı yatırımlar için tarihsel olarak en büyük tehditlerden biri olmuştur. Bu durum, yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarına saygı gösterilmesi ve haksız kamulaştırmaların önlenmesi gerektiği konusunda uluslararası yatırım hukukunda önemli bir ilke olarak kabul edilmektedir.²⁸⁶

Kamulaştırma, uluslararası bir yatırımda ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcının mal varlığı veya zilyetliğinin tamamına veya bir kısmına, kendi veya üçüncü bir kişinin kullanımını için el koymasüdür. Doğrudan kamulaştırma olarak da adlandırılan bu tür kamulaştırmalarda, yatırıma ait mal varlığı hakları ve fiziksel kullanım devlete geçer ve

²⁸² Schill, Multilateralization, s. 3; Erkan, International Energy, s. 26, 28.

²⁸³ Schill, Multilateralization, s. 3; Erkan, International Energy, s. 26.

²⁸⁴ Walde, Thomas W., Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries, The Journal of World Energy Law and Business, Vol: 1, Issue: 1, sa. 55-97, 2008.

²⁸⁵ Walde, Thomas W., Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty–From Dispute Settlement to Treaty Implementation, Arbitration International, Vol: 12, Issue: 4, sa. 429-466, 1996, s. 431.

²⁸⁶ Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, sa. 165-181, 2001, s. 169.

devlet, yatırımın yönetimini üstlenme, fiili kontrolü ele geçirme veya yatırımın kullanımına el koyma gibi önlemler alır.²⁸⁷

İlerleyen süreçte uluslararası yatırım hukukunun gelişmesiyle birlikte, doğrudan kamulaştırmanın yanı sıra ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcının yatırımdan beklediği faydaları azaltan önlemlerin alınması da kamulaştırma kapsamında kabul edilmeye başlanmıştır.²⁸⁸ Dolaylı kamulaştırma kavramı ile ifade edilen bu kamulaştırmalarda, ev sahibi devlet, yatırımcının mal varlığına veya fiziksel varlığına doğrudan müdahale etmemekte ancak yatırımın değerini düşürerek yabancı yatırımcıyı beklediği faydadan mahrum bırakmakta veya yatırım faaliyetini sürdürmesini imkânsız hale getirmektedir.²⁸⁹ Örneğin ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı ile yapmış olduğu yatırım sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini aksatarak veya yerine getirmeyerek açıkça kabul etmese dahi yabancı yatırımcının işletmesine ve varlıklarına el atmaktadır. Ev sahibi devletin bu şekilde yatırım sözleşmesini ihlal etmesi kamulaştırma olarak kabul edilebilmektedir.²⁹⁰

Her ne kadar doğrudan ve dolaylı olarak kamulaştırma kavramı iki farklı şekilde ele alınabilmekteyse de uluslararası yatırım antlaşmalarında genellikle doğrudan ve dolaylı kamulaştırma önlemleri arasında ayırım yapılmamaktadır. Yatırım antlaşmalarında yer alan "kamulaştırmaya denk önlemler" ifadesi, doğrudan ve dolaylı kamulaştırmanın aynı sonuçlara yol açması durumunu ifade etmektedir.²⁹¹ Burada odaklanılan konu kamulaştırma önlemlerinin sonuçlarıdır. Kamulaştırmanın doğrudan ya da dolaylı olma farkı gözetilmeksizin kamulaştırma işlemlerinin hepsi için aynı hukuki koruma sağlanmaktadır.²⁹²

Kamulaştırma, yabancı yatırımcıların en çok endişe duyduğu önlem türüdür. Zira kamulaştırma yapılması, yabancı yatırımcıların yatırımları üzerindeki haklarının kısmen veya tamamen ev sahibi devlet tarafından engellenmesine neden olabilir.²⁹³ Bu nedenle, neredeyse tüm yatırım antlaşmaları kamulaştırmaya ilişkin ev sahibinin tasarrufunu

²⁸⁷ UNCTAD, Taking Of Property, United Nations, New York and Geneva, 2000, s. 6.

²⁸⁸ UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issues Volume I, United Nations, Geneva and New York, 2004, s. 206.

²⁸⁹ UNCTAD, Taking Of Property, s. 7.

²⁹⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 236, 237.

²⁹¹ EŞA, madde 13/1; NAFTA, madde 1110/1; Mısır-Almanya İYA m. 4/2; Meksika-İngiltere m. 7.

²⁹² Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 178.

²⁹³ UNCTAD, Key Issues, s. 29.

sınırlayıcı hükümler içermektedir.²⁹⁴ Ancak kamulaştırmaya ilişkin bu hükümler yalnızca kamulaştırmayı belli şartlara bağlamak suretiyle zorlayıcı niteliktedir. Uluslararası yatırım antlaşmalarında kamulaştırmanın önüne tamamen geçilememektedir.²⁹⁵ Zira uluslararası hukuk, Doğal Kaynaklar Üzerindeki Sürekli Egemenlik Kararı uyarınca kamulaştırma yetkisini, devlet egemenliğinden kaynaklanan ve engellenemeyecek bir yetki olarak kabul etmiştir.²⁹⁶ Bu kararda, ilk olarak devletlerin doğal kaynaklar ve zenginlikler üzerinde egemenlik haklarının olduğu vurgulanmış, ardından devletleştirme, kamulaştırma ve el koymaya değinilmiştir. Bununla birlikte, uluslararası yatırım hukukunda hangi kamulaştırmaların hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak kabul edileceği konusu net olmayıp bu konuda tartışmalar bulunmaktadır.

Devletlerin egemenlik haklarına dayanarak belirli koşullar altında, yabancıların mallarına el koyabileceği ve kamulaştırma işlemi yapabileceği kabul edilmektedir. Ancak gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında farklı yaklaşımlar bulunduğu için kamulaştırmaya ilişkin uluslararası hukuk kuralının içeriği konusunda bir fikir birliği sağlanamamıştır.²⁹⁷ Bu nedenle, kamulaştırma konusunda hukuki bir standart belirlemek ve evrensel bir kabul görmek zor olmaktadır. Hangi tür kamulaştırmaların hukuka uygun olduğunun değerlendirilmesinde uluslararası yatırım antlaşmaları ve hakem kurulu kararları önemli rol oynamaktadır.

Diğer yandan EŞA'da, yabancı yatırımcı tarafından gerçekleştirilmiş enerji yatırımlarına ev sahibi devlet tarafından el koyulması konusunda özel bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, antlaşma tarafı bir devletin yatırımcılarının, diğer antlaşma tarafı devletteki yatırımları, kamu yararı amacıyla ayırım gözetmeksizin ve tazminat ödenmesi şartıyla kamulaştırılabilir.²⁹⁸

Uluslararası yatırım hukuku, temelde yatırımcıların yatırımlarını güvence altına almayı ve mülkiyet haklarını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, yatırımcıların yatırımlarının haksız şekilde kamulaştırılmasıyla ilgili koruma sağlanması önemlidir. Ev sahibi devletin yatırımların kamulaştırılması gibi müdahaleleri yaparken haklı bir sebebe

²⁹⁴ UNCTAD, Bilateral Investment, s. 65.

²⁹⁵ Sornarajah, M., The Pursuit of Nationalized Property, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, s. 169.

²⁹⁶ Salacuse, Investment Treaties, s. 54.

²⁹⁷ Energy Charter Secretariat, Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty, Energy Charter Secretariat, 2012, s. 9, <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/investment-thematic-reports/expropriation-regime-under-the-energy-charter-treaty-2012/>, E.T.: 24.10.2023.

²⁹⁸ EŞA, madde 13.

dayanması gerekmektedir. Haksız kamulaştırma, ev sahibi devletin yatırımcının mülkiyet haklarını keyfi bir şekilde ihlal etmesi anlamına gelir.

Özetle uluslararası yatırım hukukunda, kamulaştırmanın haklı şekilde yapılabilmesi için ön görülmüş bazı önemli şartlar vardır. Bunlar genel olarak üç temel koşula bağlanmaktadır. Buna göre kamulaştırmaların uluslararası hukuka uygun olabilmesi için kamulaştırmanın kamusal amaçla gerçekleştirilmesi, kamulaştırmada ayrımcılık yapılmamış olması ve tazminat ödenmesi gerekmektedir.²⁹⁹

a. Kamusal Amaçla Gerçekleşme

Kamulaştırmanın uluslararası yatırım hukukuna uygun olması için antlaşmalarda ön görülen koşullardan biri kamulaştırmanın kamusal amaçla gerçekleştirilmesidir. Uluslararası hukukta kamu yararı kavramına ilişkin genel kabul görmüş bir tanım bulunmamaktadır.³⁰⁰ Bu durum devletlere, kamulaştırma işlemlerinde kamu menfaatine hareket ettikleri yönünde geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır.³⁰¹ Dolayısıyla bu durum, kamu yararının sınırlarının netleştirilmesini ve kamu yararını gözetme standartlarının belirlenmesini zorlaştırmaktadır.³⁰²

Kamulaştırmada kamu yararı varlığının tespiti için öncelikle kamulaştırma önleminin kimin yararına olduğu araştırılmaktadır. Kamulaştırmanın özel çıkarları gözetmeye yönelik olduğu durumlarda, kamu yararının değil özel çıkarların gözetildiği kabul edilmektedir.³⁰³ Örneğin kamulaştırılan mal varlığının kamulaştırma işleminden sonra üçüncü bir özel kişiye devredilmesi, kamu menfaati olmayıp özel çıkarların gözetilmesidir.³⁰⁴ Diğer yandan serbest piyasanın devletlere, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde imtiyazlı lehine kamulaştırma yapma yetkisi verdiği göz önüne

²⁹⁹ Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 290; Sornarajah, International Law 1996, s. 253; Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Bakımından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, sa. 256-259, İstanbul, 2000; Schreuer, Christoph H., The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, sa. 108-159, New York, 2006, s. 109.

³⁰⁰ De Lupis, Ingrid Detter, Finance and Protection of Investments in Developing Countries, Gower Publishing, Hants, 1988, s. 77.

³⁰¹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 178; UNCTAD, Bilateral Investment, s. 67.

³⁰² De Lupis, Finance, s. 78; Salacuse, Investment Treaties, s. 57.

³⁰³ Vandeveld, Investment Treaties, s. 271.

³⁰⁴ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 651,652.

alındığında, bu ölçütün kamu yararı konusunda mutlak bir belirleme yapmada yeterliliğini tartışmalı kılmaktadır.³⁰⁵

b. Ayrımcılık yapmama

Kamulaştırmanın uluslararası yatırım hukukuna uygun olması için antlaşmalarda ön görülen bir diğer koşul da kamulaştırmada ayrımcılık yapılmamasıdır.³⁰⁶ Kamulaştırmada ayrımcılık yapma, kamulaştırmanın, asıl neden dışında bir nedenle belirli bir kişi veya gruba yönelik olarak uygulanmasıdır. Ev sahibi devletin, yabancı yatırımcı aleyhine ve ev sahibi devlet vatandaşlarının lehine olacak şekilde işlem yapması, ayrımcılık yapmama yükümlülüğüne aykırılıktır.³⁰⁷ Ayrımcı muamele, sadece belirli bir ırk veya din mensuplarının yatırımlarına yönelik olabileceği gibi tüm yabancı yatırımcılara yönelik de olabilir.³⁰⁸

Ayrımcı muamelenin tespiti için antlaşma metinlerinde veya uluslararası yatırım hukuku kaynaklarında belirtilmiş kesin bir ölçüt bulunmamaktadır.³⁰⁹ Bir yabancı yatırımcı hakkında yapılan kamulaştırmanın, kamulaştırma işleminin yalnızca yabancı yatırımcı hakkında yapılmış olmasına dayanılarak bir ayrımcı muamelede bulunduğu sonucunu vermesi tek başına mümkün değildir.³¹⁰ Örneğin yeni bir ekonomik düzenlemenin gerekli olduğu her hangi bir sektörde yalnızca yabancı yatırımcıların faaliyet gösteriyor olması, bu sektörde yapılan her kamulaştırmanın mecburen yabancı yatırımcılar hakkında gerçekleştirileceği sonucunu doğurur. Dolaysıyla ilgili sektörde yapılan bir kamulaştırma hakkında sırf yabancılığın dolaylı her hangi bir yatırımcıya ayrımcılık yapıldığının iddiası yerinde olmayacaktır.³¹¹ Bu tarz sektörlerde yapılan kamulaştırmalarda, yerli ve yabancı yatırımcıların birlikte faaliyet gösterdiği sektörlerle kıyasla ayrımcılığın tespiti daha zor olabilmektedir.³¹² Ayrımcılığın tespitinde, yerli ve yabancı yatırımcılara gösterilen muameleler arasında adil olmayan ve açıklanamaz farklılıkların bulunması, ayrımcılığın tespitine ilişkin önemli bir işaret olarak görülmektedir.³¹³

³⁰⁵ Toluner, Sevin, Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1374, İstanbul, 1968, s. 34.

³⁰⁶ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 178, 179.

³⁰⁷ Salacuse, Investment Treaties, s. 241.

³⁰⁸ Vandeveld, Investment Treaties, s. 271.

³⁰⁹ Salacuse, Investment Treaties, s. 57.

³¹⁰ Salacuse, Investment Treaties, s. 57; Sornarajah, Property, s. 185.

³¹¹ Sornarajah, Property, s. 185.

³¹² De Lupis, Finance, s. 69.

³¹³ Salacuse, Investment Treaties, s. 57.

c. Tazminat

Kamulaştırmanın uluslararası yatırım hukukuna uygun olması için antlaşmalarda ön görülen bir diğer koşul da kamulaştırmanın karşılığı olarak yabancı yatırımcıya tazminat ödenmesidir. Bununla birlikte ödenecek tazminatın ne şekilde belirleneceği ve ne miktarda olacağı konusu tartışmalıdır.³¹⁴

Yatırım antlaşmalarının büyük çoğunluğunda kamulaştırma karşılığında ödenecek tazminatın niteliği hakkında anında, yeterli ve etkin kavramları kullanılmaktadır.³¹⁵

Bununla birlikte Sosyalist devletlere göre özel mülkiyetteki varlıkların kamusal mülkiyete aktarılması tazminat ödemesini gerektirmemelidir.³¹⁶ Latin Amerika devletleri ise Calvo Doktrinini³¹⁷ benimsemişlerdir. Bu doktrin, uluslararası hukukun tazminat kriterlerinin sermaye ihraç eden devletler tarafından belirlendiğini öne sürmektedir. Calvo doktrinine göre, yabancı yatırımcılara ödenecek tazminat üst sınırı, ev sahibi devletin kendi vatandaşları için belirlediği tazminat miktarıdır. Dolayısıyla ev sahibi devletin, kendi vatandaşları için belirlediği miktarı aşan tazminat taleplerini dikkate alma mecburiyeti bulunmamaktadır.³¹⁸

Sermaye ihraç eden devletler tarafından kabul edilen yaklaşım ise Hull Formülü³¹⁹ olarak ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre kamulaştırmalar karşılığında yapılacak tazminat ödemesinin derhal, yeterli ve etkili şekilde yapılması gerekmektedir.³²⁰

Sömürgecilik döneminden sonra gerçekleşen kamulaştırmalarda büyük çoğunlukla Hull Formülü kullanılmıştır.³²¹ Diğer yandan özellikle gelişmekte olan ülkelerce bu formül eleştirilmiş, bunun yerine "uygun tazminat" yaklaşımı³²² desteklenmiştir.³²³ Buna rağmen

³¹⁴ Mafi, H.: "Controversial Issues of Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal" (Nationalization), Intl. J. Humanities (2011), V. 18(1), s. 84, aktaran Ünsal, Yetki Sorunu, s. 217.

³¹⁵ Sornarajah, International Law 1996, S. 254; Eşa, Madde 13/1; Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 286.

³¹⁶ UNCTAD, Taking Of Property, s. 14.

³¹⁷ Doktrini hakkında bkz. Izzeddin, Ahmed Kamal, The Calvo Doctrine and the Hull Formula: Prospects for Harmony, Book Venture Publishing LLC, 2017.

³¹⁸ Comeaux, Paul E. / Kinsella, Stephan N., Protecting Foreign Investment Under International Law, Legal Aspects of Political Risk, Oceana Publications, New York, 1997, s. 61.

³¹⁹ Hull Formülü hakkında bkz. Izzeddin, The Calvo Doctrine and the Hull Formula.

³²⁰ Baklaci, Pınar, Uluslararası Yatırımlarda "Dolaylı Kamulaştırma" ve Düzenleyici Yetkiler, MHB, Cilt: 28, Sayı:1-2, 2008, s. 5; Hull Formülü hakkında bkz. Izzeddin, The Calvo Doctrine and the Hull Formula.

³²¹ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 219.

³²² Uygun tazminat terimi, gelişmekte olan devletlerin Hull formülüne karşı geliştirdikleri tazminat standardıdır, bkz. UNCTAD, Key Issues, s. 236; UNCTAD, Taking Of Property, s. 14; Salacuse, Investment Treaties, s. 58.

³²³ UNCTAD, Taking Of Property, s. 14.

Hull formülü, bugünün yatırım antlaşmalarında kamulaştırma tazminatında en sık kullanılan kayıt olma özelliğini korumaktadır.³²⁴ Nitekim bu genel yaklaşıma uygun olarak EŞA'da da Hull formülüne yer verilmiş ve tazminatın derhal, yeterli ve etkili olarak ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.³²⁵

2.1.1.3. Ödemelerin Serbestçe Transferinin Engellenmesi Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Yabancı yatırımcılar için yatırımlarından kar elde etmek kadar önemli olan bir konu, kazançlarının öz kaynaklarına transfer edilebilmesidir.³²⁶ Bu bağlamda, ev sahibi devletlerin para transferini engelleyen önlemleri, yatırımcılar için önemli sorunlar oluşturabilmektedir. Bu noktada yatırım yasaları ve antlaşmaları, "ödemelerin transferi" kayıtları ile yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere serbestçe para transferi yapabilmelerini güvence altına almakta ve yabancı yatırımcıların bu konudaki endişelerini gidermeye çalışmaktadır.³²⁷ Dolayısıyla ev sahibi devletler ve yabancı yatırımcılar için hassas bir konu olan ödemelerin transferi konusunda muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçebilmek amacıyla yatırım antlaşmalarında, ödemelerin transferi hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Diğer yandan ev sahibi devletler, ödemelerin transferi kayıtları ile büyük miktarda dövizin ülke dışına çıkmasını da engellemeyi amaçlamaktadırlar. Ancak bunun yabancı yatırımcıyı da kaçırmaması gerekmektedir. Dolayısıyla ev sahibi devletler bir yandan büyük miktarda dövizin ülke dışına çıkmasını engellemeyi amaçlarken diğer yandan da yabancı yatırımcıları cezbetme kaygısı gütmektedirler. İşte, yatırım yasaları ve antlaşmalarındaki ödemelerin transferlerine ilişkin hükümler, ev sahibi devletlerin bu gibi farklı düşünceleri doğrultusunda şekillenmektedir.³²⁸

Ödeme transferine ilişkin hükümler devletlerin para politikaları ve döviz rejimlerine göre de değişiklikler göstermektedir. Bu transfer hükümlerinin çoğunlukla tüketici olmayan liste ile devletlerin ekonomik politika ve rejimlerine göre çeşitli şekillerde belirlendiği görülmektedir.³²⁹ Bununla birlikte ödeme transferlerinin gecikmeksizin ve değiştirilebilir

³²⁴ Kırlı Aydemir, Deniz, *Yabancı Yatırımların Korunması*, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 52.

³²⁵ EŞA, madde 13/1-d.

³²⁶ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 176; Salacuse, *Investment Treaties*, s. 256.

³²⁷ Vandeveld, *Investment Treaties*, s. 316.

³²⁸ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 258.

³²⁹ EŞA, madde 14/1; NAFTA, madde 1109/1.

bir para birimi ile gerçekleştirileceği hükmü tüm ödeme transferi hükümlerinde düzenlenen değişmez bir konudur.³³⁰

2.1.1.4. Uluslararası Yatırım Antlaşmaları ile Getirilen Muamele Standartlarının İhlâli Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Uluslararası yatırım antlaşmaları ile getirilen muamele standartları, ev sahibi devletlerin yabancı yatırım ve yatırımcılara karşı tutumlarında gözetmeleri gereken standartların belirlendiği hükümlerdir. Bu hükümler, devletlerin kendi ülkelerindeki yabancı yatırımcılara diledikleri gibi muamele etme özgürlüğünü sınırlamaktadır.³³¹ Bu şekilde, devletlerin yabancı yatırımcıya yönelik tutum, işlem ve eylemlerin belirli bir standartta tutulmasının güvence altına alınması amaçlanır.³³²

Uluslararası yatırım antlaşmalarındaki muamele standartları genellikle mutlak standartlar ve görelî standartlar şeklinde iki başlıkta incelenmektedir.³³³ Ev sahibi devletlerin mutlak standartlara uyup uymadığı, dış etkenlerden bağımsız olarak belirlenirken³³⁴ görelî standartlara uyup uymadığı ise farklı yatırımlara gösterilen muamelelerin karşılaştırılması yoluyla değerlendirilmektedir.³³⁵

Yatırım antlaşmaları kapsamında en yaygın standartlar, tam koruma ve güvenlik, adil ve hakkaniyete uygun muamele, en çok gözetilen ulus ve ulusal muamele standartlarıdır. Bu standartlar, yatırımcılara sağlanan koruma ve hakların belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

a. Tam Koruma ve Güvenlik Standardı

Uluslararası yatırım antlaşmalarında yer verilen tam koruma ve güvenlik standartları ile yabancı yatırım ve yatırımcıların olumsuz etkilerden korunması hakkında devletin yükümlülükleri belirlenmektedir. Ancak yatırım antlaşmalarında yer alan bu hükümler, devletin yatırımcıya sağladığı korumayı ve olumsuz etkilerden kaçınma yükümlülüğünü belirtirken, özel durumlar ve olaylar için detaylı kılavuzlar sağlamamaktadır. Dolayısıyla

³³⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 176; UNCTAD, Key Issues, s. 257.

³³¹ Bronfman, Marcela Klein, Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard, Max Planck UNYB, Vol: 10, 2006, s. 612.

³³² Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 173; Salacuse, Investment Treaties, s. 205; Sornarajah, Property, s. 250.

³³³ Salacuse, Investment Treaties, s. 205.

³³⁴ UNCTAD, Bilateral Investment, sa. 53-55.

³³⁵ Salacuse, Investment Treaties, s. 206.

antlaşmaların önemli bir kısmında ev sahibi devletin bu yükümlülüğünün sınırlarının net olarak belirlenmiş olmadığından, koruma kavramının yorumlanmasında hakem kurullarının kararları önemli bir rol oynamakta ve belirleyici olabilmektedir.³³⁶

Tam koruma ve güvenlik hükümlerinin yorumlanmasında önemli olan hususlar, yatırımın kimlere, hangi eylemlere karşı korunacağı ve korumanın nasıl gerçekleştirileceğidir. Net bir tanım olmamakla birlikte koruma ve güvenlik hükümlerinin, yabancı yatırımcıları, hem ev sahibi devletlerin eylem ve işlemlerinden doğacak zararlara karşı hem de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen saldırılar, isyanlar ve sabotajlar gibi zararlara karşı koruma işlevine sahip olduğu kabul edilmektedir.³³⁷ Yani ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıyı hem kendi işlem ve eylemlerinden hem de üçüncü kişilerin eylem ve işlemlerinden doğacak zararlara karşı korumakla yükümlüdür.³³⁸ Devlet, bu sorumluluktan yalnızca yeterli tedbirler aldığı kanıtlandığında kurtulabilecektir.³³⁹

b. Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele Standardı

Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına, ilk olarak ABD tarafından akdedilen uluslararası antlaşmalarda yer verilmeye başlanmıştır.³⁴⁰ Daha sonra zamanla diğer uluslararası yatırım antlaşmalarında da bu standart düzenlenmeye başlanmış ve özellikle 1980 sonrası yatırım antlaşmalarının neredeyse hepsinde adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına yer verilmiştir.³⁴¹ Bununla birlikte adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, yatırım antlaşmalarında net olarak tanımlanmamaktadır.³⁴² Bu durum adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının geniş bir şekilde yorumunu mümkün kılmaktadır. Böylece adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı ile daha özel bir

³³⁶ Çalışkan, Yusuf, Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya'daki Türk Yatırımları, Küre Yayınları, İstanbul, 2011, s. 81.

³³⁷ Salacuse, Investment Treaties, s. 207; Çalışkan, Libya, s. 75.

³³⁸ Peterson, Human Rights, s. 33.

³³⁹ Çalışkan, Libya, s. 77; Salacuse, Investment Treaties, s. 217; Vandeveld, Investment Treaties, s. 244, 245.

³⁴⁰ Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında, ABD'nin Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşmaları, 1959 tarihli Yurtdışındaki Yatırımlar Hakkındaki Konvansiyon Taslağı ve 1967 tarihli Yabancıların Mülklerinin Korunması Hakkındaki Konvansiyon Taslağı gibi antlaşmalarda, antlaşmanın taraflarının vatandaşlarının diğer antlaşma tarafı devletlerde adil ve hakkaniyetli muameleye tabi tutulacağı belirtilmiştir. Bkz. Vandeveld, K., A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law and Politics, Vol:43, sa. 43-106, 2010, s. 44; UNCTAD, Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva, 1999, s. 7.

³⁴¹ Vandeveld, Equitable Treatment, s. 44, 45; Salacuse, Investment Treaties, s. 218.

³⁴² UNCTAD, Bilateral Investment, s. 53.

kapsamı koruyan muamele standardı kapsamı dışında kalan alanların da koruma kapsamına dahil edilmesi sağlanmakta ve yatırım antlaşmalarının temel amacı olan yabancı yatırımların korunması önemli ölçüde sağlanmaktadır. Bir başka deyişle, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, yatırım antlaşmalarında, diğer koruma standartlarına yer verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan eksikliği gideren bir görev üstlenmektedir.³⁴³

Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı yatırım antlaşmalarında net olarak tanımlanmayıp genel bir şekilde ele alınmaktadır. Bu standardın bu şekilde net olarak ele alınmamasının bilinçli bir tercihe dayandığı ifade edilebilir.³⁴⁴ Zira yatırımlarla ilgili anlaşmazlık türlerinin önceden belirlenebilmesi, yatırım kavramının sürekli şekilde gelişim göstermesinden dolayı kolay değildir. Bu nedenle koruma tedbirinin sınırlarının net olarak çizilmesi, yeni anlaşmazlık türlerinin koruma kapsamı dışında kalması ve zamanla mevcut korumanın da işlevsiz hale gelmesi riskini taşır. Bu bağlamda adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının sınırlarının kesin çizgilerle belirlenmemesi, ev sahibi devletler ve yabancı yatırımcılar açısından tercih edilen bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Diğer yandan adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının geniş bir kapsama sahip olması, ilgili hükümlerin uygulanmasında ve yorumlanmasında zorluklara yol açmaktadır.³⁴⁵ Bu konuda hakem kararları ön plana çıkmakta ve etkili bir rol oynamaktadır.³⁴⁶ Hakem kurulları kararları da göz önüne alınarak âdil ve hakkaniyete uygun muamele standardı kapsamında, şeffaflık, istikrar ve haklı beklentilerin korunması, sözleşme yükümlülüklerine uyma, kanun yollarının takip edilmesi, iyi niyet gözetilmesi, tehdit ve baskı kurulmaması gibi hususlar sayılabilir. Tüm bunlar adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının yatırım sürecinde uygulanması gereken temel prensipleridir.³⁴⁷

³⁴³ Dolzer/ Schreuer, s. 122.

³⁴⁴ Schreuer, Christoph H., Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment & Trade, Vol: 6, No: 3, Geneva, 2005, s. 365; UNCTAD, Issues, s. 11.

³⁴⁵ Salacuse, Investment Treaties, s. 225; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 174; Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 273; Malik, Mahnaz, Fair and Equitable Treatment, IISD, Bulletin 3, September 2009, s. 7.

³⁴⁶ UNCTAD, Key Issues, s. 209.

³⁴⁷ Schreuer, Equitable Treatment, s. 373, 374; Salacuse, Investment Treaties, sa. 228-243; Dolzer/ Schreuer, sa. 133-147.

Şeffaflık, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılara açık ve anlaşılır bilgi sağlaması, hukuki düzenlemelerinin açık olması, yatırımcıya karşı muamelelerinde şeffaf olması ve yatırımcı hakkındaki tüm kararları, bu düzenlemelere uygun biçimde almasıdır. Dolayısıyla yatırım sürecinin ve düzenlemelerin şeffaf bir şekilde uygulanması son derece önemlidir.³⁴⁸

İstikrar, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılara karşı muamelelerinde beklenmedik değişimlerden kaçınması ve öngörülebilirliği sağlamasıdır. Bu prensip ile yabancı yatırımların istikrarlı olan bir hukuki ve ekonomik ortamda gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır.³⁴⁹

Haklı beklentilerin korunması, yabancı yatırımlara ilişkin ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcılara verilmiş olan taahhütlerin yerine getirilmesidir. Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcıların meşru beklentileri korunmalıdır.³⁵⁰ Zira yabancı yatırımcının, ev sahibi devlette yatırım yapma kararı üzerinde etkili olan faktörlerden biri, yatırımın gerçekleştirildiği dönemde geçerli olan hukuki düzenlemeler ve ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya yapılan taahhütlerdir.³⁵¹ Yani, yatırımcının, ev sahibi devletteki hukuk veya yönetim çerçevesinin istikrarlı³⁵² bir şekilde korunacağına olan inancı, yatırım yapma kararında temel bir rol oynamaktadır.

Usule uygunluk, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlette, haklarının korunması için gerekli olan prosedürler takip edebilmesidir. Ev sahibi devletin, yabancı yatırımcıya karşı usule aykırı işlemlerden kaçınması, keyfi müdahalelerde bulunmayarak yatırım sürecindeki prosedürlere uyması gerekir.³⁵³

İyi niyet, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcı ile arasındaki ilişkide adil ve hakkaniyete uygun bir ortam tesis etmesi, iyi niyetle hareket etmesi ve yatırımcıya karşı gerekçesiz,

³⁴⁸ Dolzer/ Schreuer, sa. 133, 134; Schreuer, *Equitable Treatment*, s. 374.

³⁴⁹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11.

³⁵⁰ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 230; Köşgeroğlu, *Yatırım Sözleşmeleri*, sa. 276-289; Salacuse, *Investment Treaties*, s. 230; Dolzer/ Schreuer, s. 137; Schreuer, *Equitable Treatment*, s. 376,377.

³⁵¹ Schreuer, *Equitable Treatment*, s. 374; Dolzer/ Schreuer, s. 134.

³⁵² UNCTAD, *Issues*, s. 35. ‘Yatırım sözleşmelerinde genellikle istikrar kaydı olarak isimlendirilen bir kayda yer verilmektedir. Bu kayıt ile ev sahibi devlet, yatırımcıyla anlaşılardan sonra, yatırım sözleşmesini ihlal edecek türden mevzuat değişikliklerinden kaçınmayı taahhüt eder. Bu kayıt ile devlet, yatırım sözleşmesinin yapıldığı anda geçerli olan yasal ve idari şartları sabitler. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıyla yapılan yatırım sözleşmesinden sonra yatırım mevzuatını değiştirirse, bu değişiklik mevcut yatırım sözleşmesini etkilemez, yalnızca gelecekte yapılacak yatırımları etkiler. Tiryakioğlu, *Uluslararası Düzenlemeler*, sa. 177-179.

³⁵³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

tehditkâr, kötü niyetli muameleden kaçınmasıdır. Yatırım sürecinde taraflar arasında iyi niyetle hareket edilmesi yabancı yatırımın korunması konusunda oldukça önemli ve temel bir prensiptir.³⁵⁴

Tehdit ve baskı yapılmaması, ev sahibi devletin, yabancı yatırımcılara karşı tehdit veya baskı uygulamaması ve yatırımcıların yatırımlarını güvenli, adil ve adalete erişimin açık olduğu bir ortamda gerçekleştirmesini temin etmesidir.³⁵⁵

Görüldüğü üzere âdil ve hakkaniyete uygun muamele hükümleri, yabancı yatırımcılar lehine geniş bir koruma sağlamaktadır.³⁵⁶

Bir diğer muamele standardı grubu görelî muamele standartlarıdır. Görelî muamele standartları, aynı konumda olan yatırımcılara farklı muamele uygulanmasını önlemeye yönelik standartlardır.³⁵⁷ Bu yönden görelî muamele standartları ayrımcı olmayan muamele standartları şeklinde de ifade edilmektedir.

Görelî muamele standartları, ulusal muamele standardı ve en çok gözetilen ulus standardıdır.³⁵⁸ Ulusal muamele standardı, yerli ve yabancı yatırımcıların eşit muamele görmesini amaçlar ve karşılaştırma yerli ve yabancı yatırımcılar arasında gerçekleştirilir. En çok gözetilen ulus standardı ise ev sahibi devlette faaliyet gösteren yabancı yatırımcılar arasında ayırım yapılmasını engellemeyi amaçlar ve karşılaştırma, yabancı yatırımcılar arasında yapılır.³⁵⁹

c. Ulusal Muamele Standardı

Ulusal muamele standardı ile yabancı ve yerli yatırımcılar arasında eşit rekabet koşullarının oluşturulması hedeflenir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımlara, benzer nitelikteki yerli yatırımlara kıyasla daha düşük koruma sağlamayacağını taahhüt eder.³⁶⁰

Bir başka deyişle ulusal muamele standardı, ev sahibi devlete, yerli yatırımcıya sağladığı avantajlı muameleyi yabancı yatırımcıya da aynı şekilde uygulama yükümlülüğü

³⁵⁴ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, October 11, 2001; Dolzer/ Schreuer, s. 144.

³⁵⁵ Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Arbitration, Final Award, December 30, 2002.

³⁵⁶ Malik, Fair and Equitable, s. 18; Salacuse, Investment Treaties, sa. 230-232.

³⁵⁷ UNCTAD, Bilateral Investment, s. 57.

³⁵⁸ Klaeger, Roland, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 281.

³⁵⁹ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 174.

³⁶⁰ [Home page - OECD](#), E.T.: 01.09.2023.

getirir.³⁶¹ Bu yükümlülük, yabancı ve yerli yatırımcının aynı rekabet koşullarına tabi tutulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülük, ev sahibi devletlerin yerli yatırımcıların kayırılmasını önleyecek önlemler almasını gerektirir.³⁶²

Ulusal muamele standardı ihlalinin tespiti için üç aşamalı bir inceleme gerekmektedir. İlk aşamada, hakkında ulusal muamele standardının ihlal edildiği iddia olunan yabancı yatırım ile kıyaslanabilecek yerli bir yatırım grubu belirlenir. Ardından, iki yatırım grubuna uygulanan muamele karşılaştırılır ve aralarında bir farklılık olup olmadığı ve varsa yatırımlar arasındaki bu farklılıkların ne olduğu ortaya konur. Son aşamada da yerli ve yabancı yatırıma farklı muamelede bulunmuş olmasının meşru olup olmadığı değerlendirilir.³⁶³ Eğer ev sahibi devletin işlemi meşru bir gerekçeye dayanıyorsa bu halde ulusal muamele standardının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabacaktır.³⁶⁴

Ulusal muamele standardı ihlalinin tespitinde incelenmesi gereken temel unsur, ev sahibi devlet işlemi bakımından kıyaslanan yabancı ve yerli yatırımların benzerliğidir. Ulusal muamele standardının ihlalinin tespiti için yerli yatırımların hangi kıstaslar çerçevesinde yabancı yatırımla benzer kabul edileceğinin belirlenmesi gereklidir. Ancak bu konuda belirsizlikler vardır. Genel olarak kabul edilen yaklaşım, karşılaştırmanın "aynı" veya "benzer" koşullardaki yatırımlar arasında yapılması gerektiğidir. Ancak bazı yatırım antlaşmalarında, sadece "aynı koşullardaki" yatırımlar arasında karşılaştırma yapılabileceğinin kabul edildiği de görülmektedir.³⁶⁵

Burada "benzer koşullar" veya "aynı koşullar" kavramları da bir tanımlamaya ihtiyaç duymaktadır.³⁶⁶ Öğretide, yatırımların farklı endüstri dallarında, farklı ölçeklerde veya önemli farklılıklar göstermesinin "benzer koşulların" oluşmasını engelleyebileceği ve bu sebeple farklı muameleyi meşru kılabileceği ileri sürülmüştür.³⁶⁷ Bununla birlikte konuya ilişkin bu belirsizlikler, "benzer koşullar" ibaresinin çerçevesinin belirlenmesinde hakem kararlarını ön plana çıkarmakta ve etkin bir rol almasına yol açmaktadır.³⁶⁸

³⁶¹ UNCTAD, *Bilateral Investment*, s. 59.

³⁶² UNCTAD, *National Treatment*, United Nations, New York and Geneva, 1999, s. 8.

³⁶³ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 248.

³⁶⁴ Dolzer/ Schreuer, s. 181,182.

³⁶⁵ Belize-İngiltere İYA m.3/1, aktaran Ünsal, *Yetki Sorunu*, s. 236.

³⁶⁶ Dolzer, Rudolf, *National Treatment: New Development, Making the Most of International Agreements: A Common Agenda*, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris, 12 December 2005, s. 1,2.

³⁶⁷ Vandeveld, *Investment Treaties*, s. 189.

³⁶⁸ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 249; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, July 1, 2004.

d. En Çok Gözetilen Ulus Standardı

En çok gözetilen ulus standardı, günümüzde yatırım antlaşmalarında sıkça düzenlenen bir standarttır.³⁶⁹ Bu standart ile ev sahibi devletlerde faaliyet gösteren yabancı yatırımcılar arasında eşitlik ilkesi gözetilmektedir.³⁷⁰ En çok gözetilen ulus standardına göre ev sahibi devlet, kaynak devletin yatırımcılarına, üçüncü bir devlet yatırımcılarına sağladığı muameleden daha aleyhe bir muamele sağlamayacağını ve üçüncü devlet yatırımcıları lehine tanınmış hakların aynılarının kaynak devlet yatırımcılarına da tanınacağını taahhüt etmektedir.³⁷¹

Ulusal muamele standardında olduğu gibi en çok gözetilen ulus standardında da yatırımlar arasındaki kıyaslama, aynı veya benzer durumdaki yatırımların arasında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

En çok gözetilen ulus standardı, ulusal muamele kayıtlarına göre daha az sorunlu görülmesi, bu kayıtların antlaşmalarda yaygın şekilde kullanımını sağlamıştır.³⁷² Ancak zaman içinde en çok gözetilen ulus kayıtları, yatırım hukukunda en sorunlu ve tartışmalı konularından biridir. Özellikle bir yabancı yatırımcıya tanınan hakların, en çok gözetilen ulus standardı dolayısıyla anlaşılmamış bir konu hakkında diğer bir yabancı yatırımcıya da taahhüt edilmiş sayılması,³⁷³ yani bu standart sebebiyle yatırımcılara tanınan hakların ev sahibi devletin isteği dışında genişletilmesi, eleştirilerin en yoğunlaştığı konu olmuştur.³⁷⁴ Ayrıca en çok gözetilen ulus standardı, ev sahibi devletlerin düzenlemelerini ve politikalarını değiştirmek istediklerinde esnekliği azaltıcı bir rol oynadığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir.³⁷⁵ Dolayısıyla devletler, en çok gözetilen ulus kaydına temkinli yaklaşmaktadırlar.³⁷⁶

2.1.1.5. Yatırım Sözleşmeleri Kaynaklı Uyuşmazlıklar

³⁶⁹ Yılmaz, Enerji Yatırımları, s. 255.

³⁷⁰ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 174.

³⁷¹ En çok gözetilen Ulus Kaydı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelikel, Aysel / Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2010, sa. 60-62; FİGANMEŞE Ataman, İnci, The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, Ankara Law Review, Vol: 8, No: 2, 2011, s. 225; Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 60.

³⁷² UNCTAD, Key Issues, s. 189.

³⁷³ Çalışkan, Yusuf, İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2012, s. 307.

³⁷⁴ UNCTAD, Bilateral Investment, s. 61.

³⁷⁵ UNCTAD, Key Issues, s. 191.

³⁷⁶ UNCTAD, Bilateral Investment, s. 65.

Bir yatırım sözleşmesinin ihlal edilmesinden ya da uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlığın, yatırım antlaşması kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle bu türdeki bir uyuşmazlığın yatırım antlaşmasında yatırım uyuşmazlığı olarak belirtilmiş olması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, yatırım sözleşmelerinin ihlalleri, antlaşma hükümlerini de ihlal edecek nitelikte olduğunda, yabancı yatırım antlaşma hükümlerince korunmaya hak kazanabilmektedir.

Örneğin yatırım sözleşmesinin ihlalinin kamulaştırma sebebiyle gerçekleşmesi halinde, bu sözleşme ihlali yatırım antlaşması kapsamında korunacaktır. Ancak, sözleşme ihlalleri saf sözleşmeye dayalı olduğu durumlarda, örneğin yabancı yatırımcının yatırım yaptığı ev sahibi devlet ile mensubu olduğu kaynak devlet arasında bir yatırım antlaşmasının olmadığı durumda, yatırım, yatırım antlaşmalarıyla sağlanan korumanın kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumda, yatırım ilişkisi sadece yatırım sözleşmesinde belirlenen düzenlemelere tabi olacaktır. Kaynak devletin yatırımcısı için sahip olduğu diplomatik himaye istisna tutulmak kaydıyla³⁷⁷, ev sahibi devletin, yatırım sözleşmesi ihlali karşısında doğrudan herhangi bir uluslararası sorumluluğu doğmayacaktır.

Hem diğer devletlerdeki kendi yatırımcılarını düşünen hem de ülkelerine de yabancı yatırımcıyı çekmek isteyen devletler, uluslararası bağlamda bu yönde bir sorumsuzluğun önüne geçmek istemektedirler. Bir başka deyişle, özellikle sermaye ihraç eden devletler, yatırım antlaşmalarında koruma kapsamı dışında kalan saf ticari nitelikteki uyuşmazlıklar için de uluslararası hukuk koruması sağlamaya çalışmaktadır.³⁷⁸ Bunun için devletler, yatırım sözleşmelerine ilişkin yükümlülüklerini kendi rızalarıyla yatırım antlaşması yükümlülüğü haline getirmektedirler.³⁷⁹ Bu durum, yatırım antlaşmalarında, şemsiye hükümlere yer verilerek gerçekleştirilmektedir. Şemsiye hükümler, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcının tabiiyeti bulunduğu devlete karşı vermiş oldukları taahhütleri yerine getireceklerini açıkça kabul ettikleri çerçevede hükümlerdir. Bu sayede ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmesi hükümleri, uluslararası bir nitelik kazanmaktadır.³⁸⁰

³⁷⁷ Diplomatik himaye hakkı, devletlerin uluslararası hukukça tanınan vatandaşlarına belli bir biçimde davranılmasını isteme hakkıdır. Detaylı bilgi için bkz. Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, sa. 359-372.

³⁷⁸ Çal, Yatırım Tahkimi, s. 238,239,338,339.

³⁷⁹ Köşgeroğlu, Yatırım Sözleşmeleri, s. 303.

³⁸⁰ Walde, Thomas W, Contract Claims Under Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions Versys Emerging Jurisprudence, Investment Arbitration and Energy Charter Treaty, Juris Publishing, sa. 206-237, 2006, s. 232.

Yatırım antlaşmalarında şemsiye hükümlere yer verilerek yatırım sözleşmesi ihlalleri, yatırım antlaşmasının ihlali haline dönüştürülmektedir. Bu şekilde, hakem kurulları, antlaşma temelli uyuşmazlıkların yanı sıra sözleşme temelli uyuşmazlıklarda da yetki sahibi olabilmektedir. Böylece şemsiye hükümlerce koruma altına alınmış yatırım sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıklara ev sahibi devletin hukuku yerine, ilgili uluslararası antlaşmaların tabi olduğu hukukun uygulanması mümkün hale gelmektedir.³⁸¹

Şemsiye hükümler, ilk kez 1950'li yıllarda sözleşmelerin uluslararasılaşması fikirleriyle birlikte tartışılmaya başlanmıştır.³⁸² Bu hükümler, bir nevi pacta sunt servanda ilkesinin yatırım hukukuna yansımalarıdır.³⁸³ Şemsiye hükümler sayesinde, ev sahibi devletlerin sözleşmelerle üstlendikleri yükümlülüklerin ihlali, bu ihlaller tamamen ticari nitelikte olsalar dahi yatırım antlaşması ihlali olarak kabul edilmektedir.³⁸⁴

Şemsiye hükümler, ikili yatırım antlaşmalarında giderek daha fazla yer bulmaktadır. Bununla birlikte, şemsiye hükümlerin yatırım antlaşmalarında farklı içeriklerde düzenlenmesi, hükümlerin standartlaşmasını engellemektedir. Şemsiye hükümlerin yorumlanmasında, yatırım antlaşmalarının mahiyeti ve hakem kurullarının yorumları öne çıkmaktadır.³⁸⁵

Şemsiye hükümler özellikle enerji yatırım sözleşmeleri için daha fazla önem arz etmektedir. Zira enerji yatırımlarının uzun süreleri kapsaması ve kritik niteliği dolayısıyla değişimlerden etkilenmeye açık bir yapısı vardır. Dolayısıyla enerji yatırımları için bu etkilere karşı şemsiye hükümler vasıtasıyla sağlanacak yatırım antlaşması korumaları oldukça önemli hale gelmektedir. Nitekim EŞA'da da bu bağlamda, taraf devletlerde gerçekleştirilecek enerji yatırımları için en geniş kapsamda koruma sağlamak amacıyla şemsiye hükmüne yer verilmiştir.³⁸⁶ İlgili hükümde: "Her Antlaşma Tarafı, bu Antlaşma'nın hükümleri uyarınca diğer Antlaşma Taraflarının Yatırımcılarının kendi alanında yatırım yapması için istikrarlı, adil, uygulanabilir ve şeffaf şartları teşvik ve tesis edecektir..." demek suretiyle yabancı yatırımın koruma kapsamı genişletilmiştir.

³⁸¹ Jennings, R. Y., *State Contracts in International Law*, 37 B.Y.I.L., 1961, s. 156.

³⁸² Çal, *Yatırım Tahkimi*, s. 314, 315; Köşgeroğlu, *Yatırım Sözleşmeleri*, s. 303, 304.

³⁸³ Jennings, *State Contracts*, s. 156; Salacuse, *Investment Treaties*, sa. 70-74; Sornarajah, *Investment Disputes*, sa. 76-78. Pacta sunt servanda ilkesi, uluslararası kamu hukuku kurallarının bağlayıcılığının ahdi vefadan aldığını ifade etmektedir. Ayrıca bakmak için bkz. Bozkurt, Enver / Kütükçü, M. Akif / Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2009, s. 43; Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2010, s. 47.

³⁸⁴ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 272; Çal, *Yatırım Tahkimi*, s. 314.

³⁸⁵ Salacuse, *Investment Treaties*, s. 271.

³⁸⁶ EŞA, madde 10/1.

EŞA'da yer verilen bu şemsiye hüküm sayesinde ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının ticari borçlarını da yatırım antlaşması altında gözetme yükümlülüğü altına girmektedir. EŞA'daki bu hükmü, şemsiye hükümlerinin en geniş kapsamlı örneklerinden biridir.³⁸⁷ Diğer yandan şemsiye hükme yer verilmeyen antlaşmalar da bulunmaktadır. Örneğin NAFTA kapsamında şemsiye hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, NAFTA hükümleri uyarınca başlatılan bir tahkim sürecinde, hakem kurulu, yatırım sözleşmesinin ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip olmayacaktır.³⁸⁸

2.1.2. Enerji Yatırımı Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları

Uyuşmazlıkların çözümünde, birden fazla çözüm yöntemi vardır. Tez konumuz olan ICSID Tahkim yöntemi de bir tahkim yöntemi olarak bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Çalışmanın bu kısmında, enerji yatırımlarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim uyuşmazlık çözüm yöntemi ile çözümlenmesi incelenecektir. Bununla birlikte tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu göz önüne alındığında, öncelikle uyuşmazlık konusunda da kısa bir inceleme yapmak ve enerji yatırımlarındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim haricinde diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de kısaca değinmek yerinde olacaktır.

2.1.2.1. Uyuşmazlık

Terminolojik olarak uyuşmazlık kavramı, TDK Güncel Sözlüğünde, uyuşmama durumu olarak çok sade bir biçimde tanımlanmıştır.³⁸⁹ Bu tanıma genişlettiğimizde en genel anlamda uyuşmazlık, taraflar arasındaki bir eylem, olgu ya da hukuk kuralı hakkında taraflardan birince ileri sürülen iddia veya talebin, diğer tarafça itiraz, karşı iddia ya da inkarla karşılanması sonucu ortaya çıkan bir tür anlaşmazlık durumu olarak tanımlanabilir.³⁹⁰

Her tür anlaşmazlık, bir uyuşmazlık teşkil etmez.³⁹¹ Örneğin bir kişinin diğer bir kişiden kendisine yöneldiğine inandığı herhangi bir eylem dolayısıyla sıkıntı, kırgınlık veya

³⁸⁷ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 245.

³⁸⁸ Ünsal, Yetki Sorunu, s. 246.

³⁸⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 17.02.2023.

³⁹⁰ Şahin Ceylan, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s. 75.

³⁹¹ Pekcanıtez, Hakan / Özekes, Muhammed / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 15. Baskı, İstanbul, 2018, s. 8; Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022.

adaletsizlik hissetmesi ve bu durumu karşısındaki kişiye iletmesi, diğer bir deyişle şikayetini dile getirmek suretiyle bir talepte bulunması sonucunda muhatap kişinin bu şikayeti dikkate almaması, kendisine yöneltilen talebe karşılık vermemesi ve/veya aksi bir tutum sergilemesi bir anlaşmazlık olmakla beraber bir uyuşmazlık teşkil etmemektedir. Genel görüşe göre burada bir tür anlaşmazlık olan bir çatışma söz konusudur.³⁹² Bu durumda bir uyuşmazlık yoktur zira ilgili anlaşmazlık taraflar arasında kapalı kalmış ve harici bir kişi veya kurum bu anlaşmazlık sürecine dahil edilmemiştir. Ancak ne zaman ki taraflardan birinin isteğiyle üçüncü bir kişi anlaşmazlığa dahil edilir, bu durumda artık ilgili anlaşmazlık taraflar arasında kapalı kalmış bir anlaşmazlık olmaktan, diğer bir deyişle çatışma durumunda olmaktan çıkıp uyuşmazlık durumuna geçer.³⁹³ Yani taraflar arasındaki anlaşmazlığın kamu alanına taşınması ile anlaşmazlık artık uyuşmazlık sürecine geçmiş olur. Böylece taraflar arasındaki anlaşmazlık, üçüncü kişi tarafından çözülebilir ya da en azından değerlendirilebilir nitelikteki bir anlaşmazlık durumunu almakta, çatışmadan ayrılıp uyuşmazlık aşamasına geçmektedir.³⁹⁴ Uyuşmazlık aşamasında üçüncü kişinin, taraflardan birinin isteğiyle mi yahut tüm tarafların ortak iradesi ile mi ya da üçüncü kişinin sadece kendi inisiyatifi ile kendiliğinden mi anlaşmazlık sürecine dahil olduğunun bir önemi yoktur. Burada önemli olan taraflar arasındaki anlaşmazlığa üçüncü kişinin dahil olması ile anlaşmazlığın kamu alanına taşınmasıdır. Özetle bir anlaşmazlığın uyuşmazlık olarak tanımlanabilmesi için bu anlaşmazlığın taraflar arasında kalmaması, üçüncü kişi/kişilerin bu anlaşmazlık sürecine dahil olması ile anlaşmazlığın kamu alanına taşınması gerekir.³⁹⁵ Enerji konulu

³⁹² Çatışma kavramının uyuşmazlıktan farklı olarak kullanılması ve ayrı değerlendirilmesi uyuşmazlık aşamaları hakkındaki farklı değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Laura Nader ile Harry F. Todd ve P.H. Gulliver'e göre çatışma, anlaşmazlık sürecinin bir bölümü olup taraflar arasındaki anlaşmazlığın taraflar arasında kaldığı, üçüncü bir kişiye, kamu alanına yansımadağı süreci ifade etmektedir. Uyuşmazlık süreci ise çatışma sürecinden sonra gelen ve çatışma sürecine üçüncü kişilerin/kamu alanının dahil olması ile varlık kazanan bir süreçtir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın üçüncü kişilere/kamu alanına taşınması ile artık çatışma sona ermiş olup anlaşmazlık uyuşmazlık sürecine girmiş olur. Biz de bu yazarların görüşüne katılmakla tezimizde çatışma ve uyuşmazlık kavramlarını bu yazarların görüşleri doğrultusunda kullandık. Bununla birlikte belirtmekteyiz ki uyuşmazlığın taraflar arasındaki ilişki içerisinde de ortaya çıkabileceği, bu anlamda taraflar arasındaki anlaşmazlığa üçüncü kişi/kamu alanının dahil edilme zorunluluğunun bulunmadığı hakkında değerlendirme yapan görüşler de mevcuttur. Çatışma, uyuşmazlık ve uyuşmazlık aşamaları hakkında bkz: Nader, Laura / Todd, Harry F., Introduction: The Disputing Process, The Disputing Process- Law in Ten Societies, Columbia University Press, 1978; Gulliver, P.H., Dispute and Negotiations A Cross-Cultural Perspective, New York: Academic Press, 1979.

³⁹³ Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı 3-4, 2006, s. 463.

³⁹⁴ Brown, Henry J. / Marriott, Arthur, ADR Principals and Practice, 2. Edition, London, 2002, s. 652.

³⁹⁵ Nader/ Todd, s. 15.

yabancı yatırımlarda çıkan uyuşmazlıklar da aynı şekilde ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki anlaşmazlığın harici bir kişi veya kuruma taşınması, bir başka deyişle üçüncü bir kişinin anlaşmazlık sürecine dahil edilmesi ile ortaya çıkmaktadır.

2.1.2.2. Uyuşmazlık Çözümü ve Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Çözüm, taraflar arasındaki anlaşmazlığı sona erdiren ve tarafların bu sonuca ikna olduğu neticeyi ifade etmektedir.³⁹⁶ Bu durumda aynı çıkarım, bir tür anlaşmazlık olan uyuşmazlık için de geçerlidir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki ilgili anlaşmazlığın, tarafların ikna edilmesi suretiyle sona erdirilmesidir.

Uyuşmazlığın çözümü sürecinde tek bir yöntem olmayıp birbirinden farklı ve hatta birbirine alternatif birden fazla uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bu yöntemleri, yasal sistem içerisinde resmi yargısal yöntemler, resmi yargısal yöntemlere karşı seçenek olan alternatif yöntemler ve yasal sistem içinde olmayıp gelenek, örf ve adetler temelli geleneksel yöntemler olarak sınıflandırabiliriz.³⁹⁷

Geleneksel yöntemler, temel anlamda ihtisaslaşmamış, birbirlerinden farklılaşmamış ve bürokratikleşmemiş çözüm yöntemleri olarak tanımlanabilir.³⁹⁸ Yasal sistemler içerisindeki uyuşmazlık çözüm yöntemleri aksine geleneksel olan bu yöntemlerde uyuşmazlık sürecinin takip ve yönetimine yargıç, avukat, polis gibi belirli yetkilerle donatılmış uzman kişiler dahil olmamakta, sürecin takip ve yönetimi, genellikle tarafları ortak rızada buluşturmayı amaçlayan ve taraflarca güven duyulan, mensubu buldukları toplum içinde saygın ve sözüne itibar edilebilir biri/birileri olarak görülen üçüncü kişilerce gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda tarafların, gerçek kişi olan üçüncü kişileri uzlaştırmacı, arabulucu, hakem olarak tayin etmeleri, geleneksel çözüm yöntemleri için örnek verilebilir.³⁹⁹

Diğer bir sınıf olan resmi yargısal uyuşmazlık çözüm yönteminde ise uyuşmazlığın çözümü mahkemeler yolu ile gerçekleştirilmektedir. Mahkemeler, ihtisaslaşmış ve bürokratikleşmiş kurumlardır. Ahlaki, ekonomik, siyasi gibi çekişmeleri dışarıda

³⁹⁶ David, Jenny, Alternative Dispute Resolution - What is it?", Alternative Dispute Resolution Proceedings, sa. 25-63, July 1986, s. 25.

³⁹⁷ David, Dispute Resolution, s. 25.

³⁹⁸ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, s. 141.

³⁹⁹ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, sa. 146-148.

bırakarak sadece hukuki uyuşmazlıkları konu edinmektedirler.⁴⁰⁰ Yargısal yöntemde, üçüncü kişi/yargıç, taraflar arasındaki uyuşmazlık sürecine taraflardan bir veya daha fazlasının talebi ile ya da kendiliğinden dahil olmakta ve dahil olduktan sonra süreci ait olduğu hukuk düzeni ve mevzuatı uyarınca kendi hukuki tasarrufuyla yürütmekte, karar vermekte ve tarafları bu karara uymaya zorlayabilmektedir.⁴⁰¹ Diğer yandan geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile kıyaslandığında mahkemelere erişim daha güç, masraflı ve zahmetlidir. Ayrıca çoğunlukla mahkemelerin iş yükünün fazla olmasından dolayı uyuşmazlığın çözümü uzun zaman almaktadır.⁴⁰²

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemlerde bir diğer sınıf da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Yargısal uyuşmazlık çözüm yöntemi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de yasal bir sistem içerisinde yer almaktadır. Bu yönüyle geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılırken mahkeme yoluyla yargılamaya bir alternatif oluşturması yönüyle de resmi yargısal uyuşmazlık çözüm yönteminden ayrılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri söz konusu olduğunda, tarihsel köken ve uygulama bakımından ilk akla gelenler uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim gibi yöntemler de olsa alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bunlar ile sınırlı değildir. Ayrıca tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması yöntemi, ombudsman, yargıç kiralama, ılımlı çözüm konferansı, arabuluculuk- tahkim, mini yargılama, kısa jüri duruşması gibi yöntemler de anlaşmazlığa düşen taraflar arasında tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindedir.⁴⁰³ Enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile çözümüne geçmeden önce bu uyuşmazlıkların diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile de çözüme kavuşturulmasına genel çerçevede değinmek, tahkim uyuşmazlık çözüm yönteminin çerçevesinin belirlenmesine katkı sağlayacaktır.

a. Arabuluculuk

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Genel bir tanımla arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlık sürecine bağlayıcı bir karar verme yetkisi ve

⁴⁰⁰ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, s. 152.

⁴⁰¹ Nader/ Todd, s. 11.

⁴⁰² Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, s. 152.

⁴⁰³ Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, sa. 467-471; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında ayrıca bkz: Göksu, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk - Uzlaştırma), Seçkin Yayınevi, 2022; Muratoğlu, Tahir / Buluttekın, Burak, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, 2018.

gücüne sahip olmayan üçüncü kişinin katılımı ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu bir yöntemdir.⁴⁰⁴ Burada uyuşmazlık sürecine dahil olan üçüncü kişi, arabulucu olarak adlandırılmaktadır. Arabulucunun görevi, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözmelerini kolaylaştırmak, tarafların istek ve ihtiyaçlarını dikkate alarak tarafları uzlaşmaya teşvik etmek ve böylece taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi için taraflara yardımcı olmaktır.

Arabulucu, tarafları birbirleri ile müzakerede bulunmaya yönlendirerek tarafların bakış açılarını geliştirmelerine, şimdiye dek ne olduğunu ve bundan sonra ne olabileceğini düşünmelerine, menfaat ve isteklerinin sebep ve sonuçlarını ayırt etmelerine, uyuşmazlık konusu hakkında tüm olasılıkları göz önünde bulundurmalarına yardımcı olarak uyuşmazlık konusu hakkında farklı çözüm imkan ve yollarının araştırılması ve geliştirilmesini, farklı çözüm seçeneklerinin üretilmesini mümkün kılar.⁴⁰⁵ Özetle arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesinde yardımcı ve kolaylaştırıcı bir rol üstlenen ancak her hangi bir karar verme sorumluluk ve yetkisi olmayan tarafsız bir üçüncü kişidir.⁴⁰⁶

Arabuluculuk ile tahkim arasındaki temel fark da tam olarak bu durumdur, yani üçüncü kişinin uyuşmazlık sürecindeki konumu. Arabuluculukta üçüncü kişi, taraflara uyuşmazlığın çözümü konusunda yalnızca yardımcı olabilen ancak uyuşmazlık üzerinde bir yargılama yapma ve karar verme yetkisi bulunmayan bir üçüncü kişidir. Tahkimde ise uyuşmazlığın çözümüne dahil olan üçüncü kişinin, yargılama yapma ve uyuşmazlığı sonlandırabilecek şekilde karar verme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁰⁷

Taraflar arasındaki anlaşmazlığın arabuluculuğa taşınması, diğer bir deyişle tarafların arabuluculuktan yararlanabilmesi farklı şekillerde sağlanabilir. Örneğin taraflar, aralarında kuracakları veya kurmuş oldukları bir ilişkide olası bir uyuşmazlık halinde, bu uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözüleceğini bir sözleşmeyle önceden kararlaştırabilirler. Veya diğer bir şekilde taraflar, anlaşmazlık çıkmadan önce değil de anlaşmazlık çıktıktan sonra arabuluculuğa başvurabilirler. Bu durumda taraflar, aralarında ortaya çıkmış olan anlaşmazlığın çözümü için üçüncü bir kişinin sürece dahil edilmesinin faydalı olacağını düşünür ve arabuluculuk hizmeti veren bir gerçek kişi veya

⁴⁰⁴ Pekcanitez/ Özekes/ Akkan, s. 607; Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, s. 465.

⁴⁰⁵ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, sa. 298-301; Pekcanitez/ Özekes/ Akkan, s. 608.

⁴⁰⁶ Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, sa. 460-465.

⁴⁰⁷ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 135.

bir şirkete başvuruda bulunabilirler. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın arabuluculuğa taşınması şekillerinden bir diğeri de ilgili hukuk sisteminde arabuluculuk yöntemine başvurunun zorunlu kılınması veya mahkemelerin taraflara arabuluculuğu önermesi ve yönlendirmesi ve tarafların bu durumlarda arabuluculuğa başvurabilecek olmasıdır.⁴⁰⁸

Arbuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümü, enerji yatırımlarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için de özellikle tahkim öncesinde tercih edilen bir uygulamadır. Nitekim ICSID'de de arabuluculuk öngörülmüştür. ICSID Antlaşması 28-31 maddeleri arabuluculuk yöntemini düzenlemektedir. Konumuzun kapsamı dışında kaldığı için ICSID Arabuluculuk yöntemine burada yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

b. Uzlaştırma

Uzlaştırma, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir diğeridir. Uzlaşma kavramı, sözlük anlamı itibariyle, ortaya çıkan uyuşmazlıkların barış içinde çözümlenmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰⁹ Uzlaştırma ise TDK'de uzlaştırmak, uzlaşma işi olarak tanımlanmış olup bu minvalde düşünceleri birleştirme, bir araya getirme anlamlarına gelmektedir.⁴¹⁰

Uzlaştırma yönteminde, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi, taraflardan birinin veya daha fazlasının talebi ile tarafların arasındaki anlaşmazlık sürecine dahil olur. Uzlaştırmacının uyuşmazlık sürecindeki rolü, olayın özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerilerini uyuşmazlığın taraflarına sunup onların bu çözüm önerilerini müzakere etmelerine ve bu çözüm önerilerinden birisinde anlaşmalarına yardımcı olmaktır.⁴¹¹

Uzlaştırmacı da arabulucu gibi uyuşmazlığın çözüm sürecinde yalnızca taraflara yardımcı olmakla görevlidir. Uzlaştırmacının uyuşmazlık üzerinde yargılama yapma ve uyuşmazlığı sona erdirecek bir karar verme yetkisi yoktur.⁴¹² Bu yönler itibariyle uzlaştırma ve arabuluculuk arasında ayırım yapılmasında güçlük çekilse de uzlaştırmada arabuluculuğa kıyasla genellikle daha az resmi bir süreç işlemekte veya üçüncü kişi

⁴⁰⁸ Özbek, Mustafa Serdar, Avukatlık Kanunu'nun 35/ A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 115; Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara- 2003, s. 28, 29.

⁴⁰⁹ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s.846.

⁴¹⁰ TDK, E.T.: 17.02.2023; Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?, ABD. S. 1999/ 2- 3, s. 199; Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s.105; Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara, 1. Baskı, 2003, s. 78.

⁴¹¹ Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı: 64, 2006, sa. 151- 177; Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, s. 464, 465.

⁴¹² Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, s. 466.

konumundaki uzlaştırmacı arabulucuya kıyasla uyuşmazlık sürecinde daha az etkin bir rol almaktadır.⁴¹³

c. Arabuluculuk-Tahkim

Arabuluculuk- tahkim yöntemi, arabuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimaline karşılık, tahkim yönteminden istifade edilen karma bir yöntemdir.⁴¹⁴ Bu yöntemin amacı, arabuluculuğun başarısız olması durumunda, tarafların devlet mahkemelerine başvurmasına gerek kalmaksızın bağlayıcı bir çözüm aşamasına geçebilmeleridir.

Arabuluculuk-Tahkim yönteminde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözüme kavuşturulamaması halinde, aynı üçüncü kişinin yahut yeni bir üçüncü kişinin hakem rolünü üstlenmesi ile ilgili uyuşmazlık çözüme kavuşturulmaktadır.⁴¹⁵ Burada arabulucu ve hakemin aynı kişi olması, uyuşmazlığın daha hızlı şekilde çözüme kavuşturulmasına avantaj sağlayabilmektedir. Zira arabuluculuk aşamasında zaten uyuşmazlık konusu hakkında bilgi edinmiş olan üçüncü kişi, uyuşmazlık konusundan hiç haberdar olmayan yeni bir üçüncü kişiye kıyasla çok daha hızlı bir şekilde uyuşmazlığın çözümlerini hakkında nihai karara varabilecektir. Diğer yandan arabuluculuk sürecinde tarafların uzlaşmamalarının, taraflar nezdinde arabulucunun başarısızlığından kaynaklandığının düşünülmesi halinde ise hakemin yeni bir üçüncü kişi olması taraflar açısından daha tercih edilebilir olacaktır. Özetle Arabuluculuk- tahkim yöntemi, bağlayıcılığı olmayan arabuluculuk yöntemi ile bağlayıcılığı olan tahkim yönteminin bir araya gelmesi ile oluşan karma bir yöntemdir.

d. Mini Yargılama

Mini yargılama, tarafsız üçüncü kişilerden ve her iki tarafın temsilcilerinden oluşan bir kurulun, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmek veya bir çözüm önerisi getirmek üzere, gizliliğin esas alındığı, bağlayıcı olmayan bir yöntemdir.⁴¹⁶ Taraflar, bu yöntemin kapsamını, sürecin hangi aşamalardan oluşacağını ve sürece kimlerin dahil edileceğini serbestçe belirleyebilirler.⁴¹⁷

⁴¹³ Riskin, Leonard L. / Westbrook, James E. / Guthrie, Chris, Dispute Resolution and Lawyers (Amerikan Casebook Series), West Publishing, 1987, s. 5.

⁴¹⁴ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık, s. 100; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 201.

⁴¹⁵ Goldberg, Stephen B. / Green, Eric D. / Sander, E. A., Dispute Resolution, Little, Brown, 1985, s. 12; Polat, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 48.

⁴¹⁶ Özbay, Alternatif Uyuşmazlık, s. 470.

⁴¹⁷ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık, s. 108.

Bu yöntem ile tarafların arasındaki uyuşmazlığın analizinin yapılarak taraflara kendi güçlü ve zayıf yanlarının sunulması ve her iki tarafın da onaylayacağı bir çözüme, kısa sürede ulaşılmak amaçlanmaktadır.⁴¹⁸

Özetle tahkimin aksine diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargılama ve nihai bir karar verme yetkisi ile donatılmış olmayıp yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü konusunda üçüncü kişilerce taraflara yardımcı olunan, farklı açılardan uyuşmazlığın analiz edilip taraflara sunulduğu, uyuşmazlık hakkında çeşitli çözüm önerilerinin tavsiye edildiği yöntemlerdir.

2.1.2.3. Tahkim

Tahkim kavramı, TDK'de anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi yöntemi olarak temel düzeyde tanımlanmıştır.⁴¹⁹ Daha ayrıntılı bir tanımla tahkim, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflarca, bu uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine gitmek yerine üçüncü bir kişi veya kişileri hakem olarak görevlendirmek suretiyle yargılamanın yapıldığı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴²⁰ Burada, taraflar kendi aralarında anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere veya resmi olmayan kurumlara bırakmakta ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasını kararlaştırmaktadırlar.⁴²¹

Yukarıda ifade edildiği üzere tahkim yöntemi, resmi yasal düzenlemeler içerisindeki çözüm yöntemlerine/devlet yargılamasına seçenек olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Bununla birlikte tahkim yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bazı önemli özellikler bakımından ayrılmaktadır. Bu ayrışmada en önemli özellik ise tahkim yönteminin yargılama esasına dayanması ve bu yönüyle devlet yargılamasına benzemesidir. Uyuşmazlığa düşen tarafların aralarındaki anlaşmazlığa dahil ettikleri üçüncü kişi veya kişilerin rolü, tahkimde hüküm vermek iken uzlaşma, arabuluculuk, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması yöntemi, ılımlı çözüm konferansı gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerindeki rolü ise tarafları

⁴¹⁸ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, s. 309.

⁴¹⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 17.02.2023.

⁴²⁰ Koral, Rabia, Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İÜHFMD, Cilt: 13, sa. 193-218, 1947, s.193; Koruyucu, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 4; Yılmaz, Ejder, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, DEÜHFMD, Cilt: 16, Özel Sayı, sa. 531-554, 2014, s. 539.

⁴²¹ Kuru, Baki / ARSLAN, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara, 2014, s. 779.

diyaloğa ve müzakereye ikna etmekten ve uyuşmazlığın çözümü hakkında yardımcı olmaktan ibarettir.⁴²²

a. Tahkim Yönteminin Tarihsel Gelişimi ve Kaynağı

Toplum halinde yaşamının doğal bir sonucu olarak toplum üyeleri arasında her an bir uyuşmazlığın yaşanabilmesi kaçınılmazdır.⁴²³ Dolayısıyla düzen içerisinde bir yaşamın sağlanması ve bu düzenin devamlığı için toplumun yalnızca normlar üretmesi yeterli olmayıp ayrıca bu düzende ortaya çıkan uyuşmazlıkları da çözüme kavuşturması gerekmektedir. Bu sebeple toplumlar uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için belli başlı uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirmişlerdir.

İnsanların tarih boyunca aralarındaki ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların giderilmesi için üretilen ve geliştirilen yöntemler, zaman içerisinde adalet kavramının ve buna bağlı olarak da yargı sisteminin doğumunu sağlamıştır. Bu süreçte devlet eliyle yürütülen resmi makamlarca yapılan yargılama yanında özel kişilerce devlet yargısından bağımsız olarak yürütülen ve daha eskiye dayanan tahkim yargılamaları da yer almıştır.⁴²⁴ Tahkim yöntemi, mahkemelerin oluşmasından önceki çok eski dönemlere kadar gitmektedir.⁴²⁵ Nitekim tahkim kavramının varlığı, eski Yunan ve Roma hukukunda, Kur'an-ı Kerim'deki bazı ayetlerden hareketle İslam Hukukunda, Türk hukuku bakımından Mecelle'de görülmektedir.⁴²⁶

Yukarıda da ifade edildiği üzere geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden de biri olan tahkim, toplum içinde ilk olarak bu bağlamda ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlık yaşayan

⁴²² Tekinalp, Ünal, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 16; Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 354; Yılmaz, Ejder, Tahkim Hukukuna Giriş ve Ülkemizdeki Gelişimi, Makaleler (1973-2013), Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1177; Dayınlarlı, Kemal, HUMK'ta Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004, s. 19; Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 22; Alangoya, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Hukuki Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973, s. 81; Selçuk, Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 24; Özbek, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 408; Yücel, Müjgan Tunç, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 104; Nader/ Todd, s. 11.

⁴²³ Şahin Ceylan, Alternatif Uyuşmazlık, sa. 86-89.

⁴²⁴ Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 1; Koral, Rabi, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHF, Cilt: 13, Sayı: 3, 1947, s. 1039.

⁴²⁵ Erten, Rifat, Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 2.

⁴²⁶ Akıncı, Ziya, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, sa. 107-112.

taraf, anlaşmazlığın giderilmesi için toplumda güvenilir ve toplumun örf ve adetlerini iyi bilen kişilere başvurmuşlardır. Diğer bir deyişle taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü için adil ve tarafsız olduklarına inandıkları üçüncü bir kişinin vereceği hükme razı olmuşlardır. Böylece bilinen ilk tahkim usulü ortaya çıkmıştır.⁴²⁷

Modern anlamda resmi düzenlemeler içerisindeki tahkimin ise 18. yy.' dan itibaren özellikle Avrupa'da gelişmeye başladığı söylenebilir. Bu dönemde resmi mahkemelerde uzun süre çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklar ve yaşanan suiistimler karşısında tahkim, uyuşmazlıkların daha hızlı ve zahmetsiz şekilde çözümü konusunda uyuşmazlığa düşen tarafların tercih ettiği bir alternatif çözüm yöntemi olmaya başlamıştır.⁴²⁸ Sonrasında 19. yy.'da sanayileşmenin doğurduğu hız ve gelişen teknoloji ile insanlar arasındaki ilişkiler ve ilişki çeşitliliği artmış, dolayısıyla artan ve çeşitlenen ilişkiler oranınca uyuşmazlıklar da çoğalmış ve çeşitlenmiştir. Bu durum devlet yargılarında yükün artmasına sebep olmuş ve mahkemeler eliyle yürütülen yargılamalar bir hayli yavaş işlemeye başlamıştır. Neticede mahkemelere bir alternatif olarak tahkim yöntemi önemli bir gelişim göstermiş ve önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir.⁴²⁹

Tahkimin tarih içerisinde devlet yargılamasına alternatif olarak ortaya çıkması, hızlı bir gelişim göstermesi ve önem kazanması tahkime özgü özelliklerden kaynaklanmıştır. Tahkim yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi esas itibariyle taraf iradesine dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir ve bu yönü tahkimi devlet yargısından ayıran en belirgin özelliğidir. Taraflar, aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakemlerce çözüme kavuşturulmasını, uyuşmazlık doğmadan önce ya da doğmasından sonra kararlaştırabilirler.

Esas itibariyle yargı yetkisi, egemenlik hakkının da bir yansıması olarak devlete aittir.⁴³⁰ Devlet bu yetkiyi, kurduğu mahkemeler aracılığı ile kullanmaktadır.⁴³¹ Bununla birlikte farklı ülke hukuk sistemlerindeki tüm uyuşmazlıkların her zaman sadece devlet

⁴²⁷ Söğüt, İpek Sevdâ, Roma Hukukunda Tahkim, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 13.

⁴²⁸ Koral, İç Hukukumuzda, s. 1039.

⁴²⁹ Şanlı, Cemal / Esen, Esmâ / Ataman Figenmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 23; Koruyucu, Hukuk Muhakemeleri, s. 3; Taşkın, Hakem Sözleşmesi, s. 1.

⁴³⁰ Yeğengil, Rasih, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974, s. 102.

⁴³¹ Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 44; Postacıoğlu, İlhan Ethem / Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 3; Yeğengil, L'arbitrage, s. 95; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 37.

mahkemelerince çözülmesi gerektiği ve çözüldüğü söylenemez. Devletin müsaade ettiği, bir diğer deyişle ilgili hukuk sisteminin öngördüğü bazı alanlara ilişkin uyuşmazlıkların yargılaması, devlet mahkemelerine alternatif olan tahkim yöntemi ile de gerçekleştirilebilmektedir.⁴³² Dolayısıyla tarafların ilgili alanlarda yaşadıkları uyuşmazlık için tahkim yöntemine başvurmaları ile uyuşmazlık konusu, devlet mahkemelerinde olduğu anlamda yargılamaya konu olacak ve yargılamanın sonunda hakemin verdiği karar mahkeme kararları gibi nihai karar niteliğinde ve icra edilebilir olacaktır.⁴³³

Tahkimin temeli kural olarak taraflarca yapılacak bir tahkim sözleşmesine dayanmaktadır.⁴³⁴ Tahkim sözleşmesi, tarafların aralarında kurmuş oldukları hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek her hangi bir uyuşmazlığın tamamının veya bir kısmının hakem veya hakemlerce çözüme kavuşturulacağını kararlaştırdıkları ve serbest iradelerince akdettikleri bir sözleşmedir.⁴³⁵ Yani taraflar her hangi bir uyuşmazlığa düşmeden de aralarındaki ilişkiden doğabilecek bir uyuşmazlık ihtimalinin tahkim yöntemi ile çözüleceğini önceden bir sözleşme ile kararlaştırabilirler. Tahkim yöntemine ilişkin bu sözleşme taraflarca ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak yapılabilmesinin yanında, eğer tarafların arasındaki hukuki ilişki yazılı bir sözleşmeden doğuyorsa bu asıl sözleşmeye eklenecek bir hüküm, kayıt, şart, kloz şeklinde de tahkime ilişkin bir akit yapılabilir.⁴³⁶

Tahkim yönteminin tahkim sözleşmesi ile ya da tahkim kaydı ile öngörülmesinin tahkim yöntemine başvuru açısından hiçbir farkı bulunmamaktadır.⁴³⁷ Burada önemli olan tarafların tahkim iradelerini net bir şekilde ortaya koymalarıdır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi tahkim yargılaması, devlet mahkemelerine seçenek olan ve bünyesinde

⁴³² Pekcanitez/ Özekes/ Akkan, s. 583.

⁴³³ Taşkın, Hakem Sözleşmesi, s. 7; Pekcanitez/ Özekes/ Akkan, s. 583.

⁴³⁴ Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 6; Dayınlarlı, İç Tahkim, s. 19; Akıncı, Tahkim, s. 109.

⁴³⁵ Seviğ, Vasfi Raşit, Mukavelelerin Tasnifi ve B.K. Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukavelesi, AÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 2, sa. 1185-1206, 1949, s. 142; Koral, İç Hukukumuzda, s. 1042; Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 95; Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 6; Dayınlarlı, İç Tahkim, s. 19; Akıncı, Tahkim, s. 109.

⁴³⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006, s. 4; Seviğ, Mukaveleler, s. 142; Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 6; Akıncı, Tahkim, s. 109; Dayınlarlı, İç Tahkim, s. 14; İlhan, Hüseyin Afşin, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 6; Aydemir, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 84; Taşkın, Alim, Tahkim Hukukunda Tahkim Antlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 26. Belirtmemiz gerekir ki çalışmada, asıl sözleşmeye koyulan bir kayıt ile tahkimin öngörüldüğü hallerin anlatımı için tahkim kaydı kavramı kullanılmıştır.

⁴³⁷ Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 7.

yargılamayı barındıran önemli yetkilerle donatılmış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Taraflar yalnızca ilgili hukuk sisteminde öngörülmüş olan hallerde tahkim yöntemini seçebilirler. Zira yargılama yetkisi kural olarak devletin tek elinde olup tahkim yöntemi istisnai niteliktedir. Dolayısıyla istisnai nitelikte olan tahkim yönteminin taraflarca seçildiğinin kuşku barındırmayacak şekilde anlaşılması, yani tarafların bu yöndeki iradelerinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde, net ve kesin olarak ortaya konması gerekmektedir.⁴³⁸ Örneğin tahkim sözleşmesinde, taraflar arasında ortaya çıkmış veya çıkacak olan bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında hem devlet mahkemesinin hem de tahkimin yetkili kılınması, taraflarca tahkim yönteminin seçildiği konusuna şüphe getirdiğinden yapılan tahkim sözleşmesini geçersiz kılmaktadır.⁴³⁹ Zira ortada devlet yargılaması karşısında istisnai nitelikte olan tahkim yönteminin seçildiğine dair net ve açık taraf iradeleri mevcut değildir.

Tahkim, taraf iradesine dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular hakkındaki uyuşmazlıklar tahkime taşınabilir. Kamu düzenine ilişkin konular gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği konular ya da ilgili hukuk düzeninde açıkça tahkime taşınamayacağı belirtilen konular hakkında taraflar tahkim yöntemini seçemeyeceklerdir.

Tahkimin dayanağı genel olarak taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi olsa da bazı durumlarda tahkim taraf iradelerinden doğmayabilir. Hukuk sistemlerinde doğrudan devlet yargılaması yerine tahkim yöntemine başvurulacağı öngörülerek bazı uyuşmazlıklar için tahkime başvurulması zorunlu kılınabilmektedir. Bu durumda tahkime, taraflar arasındaki bir anlaşma sebebiyle değil, ilgili hukuk düzeni içinde kanun koyucunun daha önceden, objektif ve soyut bir hukuk normu ile ortaya koyduğu iradesi sebebiyle gidilmektedir.⁴⁴⁰ Böyle durumlarda tahkim yöntemi, taraflarca seçilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil doğrudan ilgili hukuk düzeninin öngörmüş olduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktadır.⁴⁴¹ Diğer bir deyişle bu durumda tahkimin dayanağı, taraflarca yapılmış tahkim sözleşmesi, bir diğer deyişle taraf

⁴³⁸ Ekşi, Tahkim, s. 75.

⁴³⁹ Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 20; Akıncı, Tahkim, s. 109.

⁴⁴⁰ Ekşi, Tahkim, s. 15.

⁴⁴¹ Yeğengil, L'arbitrage, s. 94; Özbek, Selçuk, Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009, s. 339.

iradeleri değil, ilgili uyuşmazlığın tahkim yöntemi ile çözüleceğini öngören hukuk normu, yani ilgili hukuk sistemindeki kanun koyucunun iradesi olmaktadır.⁴⁴²

b. Tahkimin Avantajları

Tarafların devlet yargılaması aksine tahkim yöntemine başvurmalarının sebepleri devlet yargısına kıyasla tahkimin belli başlı avantajlar barındırmasıdır. Bu avantajların en başında uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile kısa sürede çözüme kavuşturulmasıdır.

Devlet yargılamasında yoğunluk, iş yükünün fazla olması, uzmanlık gerektiren konularda yeterli adli personelin olmaması vb. nedenlerden ötürü, uyuşmazlıkların çözümü bir hayli zaman almaktadır. Uyuşmazlığa düşen taraflar için elbet de bu hiç arzulanan bir durum değildir. Taraflar içerisine düştükleri uyuşmazlık sürecinin bir an önce sonuçlanmasını isterler. Zira uyuşmazlık konusu hakkında hem hali hazırda devam eden belirsizlik hem de uyuşmazlık hakkında karar verildiği zamandaki şartların ne olacağı konusundaki bilinmezlik her iki taraf için de sürekli dikkate alınması gereken riskler barındırmaktadır. Örneğin davaların yıllarca sürmesi sonucunda, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin sermaye sıkıntısı yaşayarak ödeme güçlüğüne düştüğü ve iflas ettiği sıklıkla karşılaşılan durumlar arasındadır.⁴⁴³ Dolayısıyla devlet yargılamasına kıyasla çok daha kısa bir sürede uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabildiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yöntemi, uyuşmazlığa düşen taraflar için daha tercih edilebilir bir yöntem olmaktadır.

Tahkim yönteminde uyuşmazlık, devlet yargısına göre daha hızlı çözüme kavuşturulabilmektedir. Bunu mümkün kılan durum, tahkim yönteminin niteliği ile ilgilidir. Tahkim yöntemi, tarafların iradesini esas alan bir yargılama imkanından oluşmaktadır. Taraflar, uyuşmazlık hakkında yapılacak yargılama işleminde, uygulanacak hukuktan takip edilecek usule kadar istedikleri şekilde bir belirleme yapabildiklerinden oyalayabilici olan usul işlemlerinden uzaklaşabilmekte ve ayrıca doğrudan uyuşmazlık konusuna ilişkin uzman kişileri hakem seçerek ilgili uyuşmazlık konusunda daha hızlı analiz ve çözümlenme yapılmasını sağlayabilmektedirler. Neticede tüm bunlar yargılamada önemli derecede zamandan tasarruf sağlamayı mümkün kılmakta

⁴⁴² Ekşi, Tahkim, s. 15.

⁴⁴³ Yıldırım, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, sa. 37-44, 2002.

ve haliyle uyuşmazlıkların daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır.⁴⁴⁴

Tahkim yönteminin bir önemli avantajı da tahkime konu olan uyuşmazlığın uzman kişilerce çözüme kavuşturulmasıdır. Tahkim yönteminde uyuşmazlığa düşen taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için ilgili alanda uzmanlaşmış ve deneyimli hakemleri seçebilmektedirler.⁴⁴⁵ Böylece yargılama daha hızlı yürütülmekte ve hem ilgili uyuşmazlık konusu açısından hem de tarafların adaletin sağlandığına olan inançları açısından daha güvenilir ve doğru bir karar elde edilmesi sağlanmaktadır.

Buna karşılık devlet mahkemelerinde, tarafların bu şekilde bir uzman seçme ve belirleme imkanları bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle taraflar, uyuşmazlığa düştükleri alandaki en uzman ve deneyimli hakimleri seçememekte, bu yönde bir imkan kendilerine tanınmamaktadır. Oysa günümüzde teknolojik gelişmelerin varmış olduğu düzey düşünüldüğünde, oldukça hızlanan ve çeşitlenen insan yaşamı içinde pek çok farklı alanda teknik ve özel bilgi gerektiren konular ortaya çıkmaktadır. Bu da bazı uyuşmazlıkların oldukça özel ve teknik bilgi gerektiren konularda ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla süreç içerisinde oldukça teknik ve özel bilgi gerektiren benzer pek çok konuda hakimlerin yeterli deneyim ve tecrübeye sahip olmaması ve bilgilerinin yetersiz kalması kaçınılmaz hale gelmektedir.⁴⁴⁶

Hakimlerin ilgili konulardaki yetersizlikleri dolayısıyla uzman görüşlerinin sorulması, zaten yavaş işleyen dava sürecinin bir hayli uzamasına ve yargı masraflarının artmasına neden olmaktadır. Neticede bu durum tarafların uyuşmazlık çözüm sürecine ve nihai karara olan güven duygularına zarar verebilmektedir.⁴⁴⁷ Dolayısıyla tüm bu muhtemel olumsuzlukların bertaraf edilebilmesi uyuşmazlığa düşen taraflar için önemlidir. Bu yüzden tahkim yöntemi uyuşmazlığa düşmüş olan taraflar için devlet mahkemelerine kıyasla daha güven verici ve tercih edilebilir olabilmektedir. Zira tahkim yönteminde, çözüme kavuşturulmaya çalışılan uyuşmazlık konusu, ilgili konuda hem hukuki hem de teknik bilgiye sahip olan uzmanlarca ele alınmakta ve daha hızlı şekilde karara bağlanmaktadır.

⁴⁴⁴ Nomer, Ergin, EKŞİ, Nuray, Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul, 2008, s. 16.

⁴⁴⁵ Akıncı, Tahkim, s. 8.

⁴⁴⁶ Nomer/ Ekşi/ Öztekin, Tahkim Hukuku, s. 16.

⁴⁴⁷ Kaplan, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 26.

Tahkim yönteminin bir diğer avantajı maliyete ilişkindir. Tahkim yönteminin düşük maliyetli olup olmadığı tartışmalı bir konu olmakla birlikte özellikle büyük miktarlardaki uyuşmazlıklar bakımından devlet mahkemelerine kıyasla daha düşük maliyetlidir.⁴⁴⁸ Bununla birlikte tahkim yönteminde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çok daha kısa bir sürede çözüme kavuşturulabildiği düşünüldüğünde, burada kazanılmış olan zaman sayesinde bu zaman boyunca maruz kalınacak masraflardan kaçınılabilmiş olunması ve ayrıca tarafların, ilgili uyuşmazlığın hızla çözümü sayesinde her hangi bir sekteye uğramadan işlerine devam edebilmeleri ile kazanımlarını sürdürebilmeleri düşünüldüğünde, pek çok uyuşmazlık açısından tahkimin daha düşük maliyetli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilecektir.

Diğer yandan tahkim yönteminde, devlet mahkemelerine kıyasla daha az harçların ödenmesi veya hiç ödenmemesi ve ayrıca tahkimde, ilgili uyuşmazlığın zaten alanında uzman kişilerce incelenmesi sebebiyle bilirkişi, uzman görüşü vs. masrafların da olmayışı yine tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine kıyasla daha düşük maliyette olduğunu destekleyen durumlardır.⁴⁴⁹

Devlet mahkemelerine kıyasla tahkim yönteminin uyuşmazlık halindeki taraflara sunduğu en önemli avantajlarından bir diğeri de yargılamanın gizli yürütülebilmesidir. Tahkim yargılaması, devlet mahkemeleri aksine sabit olmayan ve taraflarca seçilebilen özel bir ortamda, taraflarca seçilmiş olan hakem veya hakemler huzurunda, tarafların bizzat kendilerinin ve/veya vekillerinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir.⁴⁵⁰ Bu yargılama sürecinde yapılan her türlü görüşme, sunum, müzakere, duruşma yalnızca hakem/hakemler, hakem sekreteri, yazman gibi ilgili personel, taraflar ve taraf vekilleri arasında gerçekleşmekte, devlet mahkemelerinde olduğu gibi alenilik teşkil etmemektedir. Böylece uyuşmazlığa düşen taraflar, gizli kalmasını istedikleri tüm bilgileri muhafaza altına alabilme imkanına sahip olmaktadır.⁴⁵¹

Tahkim yönteminde uyuşmazlık sürecinin gizlilik ile yürütülebilmesinin mümkün olması özellikle yatırımcı, tacir gibi taraflar için önem arz etmektedir. Zira uyuşmazlık yaşayan tacirler, rakip şirketlere, içerisinde buldukları piyasa unsurlarına veya müşteri portföyüne karşı herhangi bir ticari sır yahut kişisel veri paylaşmak istemezler. Bu

⁴⁴⁸ Akıncı, Tahkim, s. 9.

⁴⁴⁹ Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 24.

⁴⁵⁰ Dayınlarlı, Kemal, Milletlerarası Tahkim Rehberi, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 8.

⁴⁵¹ Akıncı, Tahkim, s. 9.

noktada alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim ile tacirler, her hangi bir ticari sır veya kişisel veri paylaşmak zorunda kalmadan ve hatta karşılıklı kararlaştırmaları halinde şirketlerinin mali durumlarını ve ticari defter kayıtlarını açıklamadan aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturma fırsatı bulmaktadırlar.⁴⁵²

Bunlara ilave olarak uyuşmazlığa düşen tacirler, tahkim yargılamasının gizliliği imkanı sayesinde aralarında uyuşmazlık yaşadıkları gerçeğini dahi gizleyebilmekteler ve ticari itibar ve marka değerlerine gölge düşmesinin önüne geçebilmektedirler.⁴⁵³

Tahkim yönteminin yukarıda da belirttiğimiz üzere aynı zamanda temel özelliği de olan en önemli avantajı ise tahkim yargılamasında taraf iradelerine öncelik tanınmasıdır. Tahkimin temel niteliği, bu yöntemin uyuşmazlığa düşen taraf iradelerince teşkil edilmesidir. Bu sayede uyuşmazlığa düşen taraflar, devlet mahkemeleri aksine uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak maddi hukuku, usul hukukunu, yargılamanın dilini, yargılamayı gerçekleştirecek hakemleri, yargılamanın nerede yapılacağını iradelerince belirleme serbestisine sahiptirler.⁴⁵⁴

Enerji konulu yabancı yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların ICSID Tahkiminde çözümü de temelde yukarıda incelemiş olduğumuz tahkim niteliğine dayanmaktadır. Enerji yatırımlarındaki uyuşmazlıkların ICSID’de çözümü tarafların iradelerince oluşturulan hakem heyeti, maddi ve usul hukuku seçimi ile gerçekleştirilmekte, uyuşmazlık uzman kişilerce, daha düşük maliyetlerde ve daha hızlı şekilde çözüme kavuşturulabilmektedir. Ayrıca ICSID Antlaşması madde 48/5 uyarınca tarafların onayı olmadığı sürece yargılama gizli yapılmakta ve karar yayınlanmamaktadır.

c. Tahkim Türleri

Farklı ölçütler temelinde birden fazla tahkim türü vardır. Biz burada çalışmamız için daha ilgili olan tahkim türlerini ele alacağız. Bunlar, “zorunlu tahkim-ihiyari tahkim”, “ad-hoc tahkim-kurumsal tahkim”, “milli tahkim-milletlerarası tahkim”dir.

a) Tahkime Başvurmada Taraf İradelerinin Etkisine Göre: Zorunlu Tahkim - İhtiyari Tahkim

⁴⁵² Akıncı, Tahkim, s. 9.

⁴⁵³ Yasan, Candan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sa. 777-806.

⁴⁵⁴ Akıncı, Tahkim, s. 8; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2018, s. 583, 584.

Tahkim, başvuru aşamasında taraf iradelerinin etkisine göre ihtiyari tahkim ve zorunlu tahkim olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.

- İhtiyari Tahkim

Tarafların, kendi serbest iradelerince aralarında yapmış oldukları sözleşme uyarınca başvurdukları tahkim, ihtiyari tahkim olarak adlandırılmaktadır.⁴⁵⁵ Alternatif uyuşmazlık yöntemi olduğu da göz önüne alındığında tahkim yöntemi kural olarak ihtiyari olup tarafların iradesine bağlıdır.⁴⁵⁶

İhtiyari tahkimde taraflar, bir tahkim sözleşmesi veya bir tahkim kaydı ile aralarında meydana gelen uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakemler aracılığı ile çözüme kavuşturulmasında anlaşırlar. Taraflar, bu yönde bir tahkim anlaşmasına varmazlar ise ilgili uyuşmazlığın çözümü devlet mahkemelerinde gerçekleştirilir. Yani tarafların, aralarında vuku bulmuş uyuşmazlığı tahkime taşıma zorunluluğu olmayıp kural olarak yargılamanın yapılacağı yer devlet mahkemeleridir. Ancak burada taraflar ilgili uyuşmazlık devlet mahkemelerinde yargılanabilecekken bunu tercih etmeyip aralarında anlaşmak suretiyle uyuşmazlığın çözümü için tahkim yöntemini tercih etmektedirler. Özetle ihtiyari tahkim, taraflarca yapılan tahkim sözleşmesi veya tahkim kaydı uyarınca başvuru tahkim türüdür.⁴⁵⁷

- Zorunlu Tahkim

Tahkim yönteminin ihtiyari olması kural olmakla birlikte, hukuk sistemlerinde, bazı belli başlı alanlardaki uyuşmazlıkların nitelikleri, konuları ve tarafları göz önüne alınarak devlet mahkemeleri yerine tahkim uyuşmazlık çözüm yöntemine tabi tutulması zorunlu kılınabilmektedir.⁴⁵⁸ Bunun sebebi, yukarıda bahsedilmiş olan tahkim yönteminin sahip olduğu uzmanlık, hız, kolaylık gibi özelliklerinin yargılama açısından önemli avantajlar sağlamasıdır.

Hukuk sistemlerinde, belli başlı konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile çözüme kavuşturulacağına öngörülmüş olması, bu konuda tarafların bir tahkim sözleşmesi veya bir tahkim kaydı yapmalarına gerek bırakmadan ilgili uyuşmazlıklar için tahkim yöntemini mecburi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline getirmektedir.⁴⁵⁹ Zorunlu tahkimin söz konusu olduğu ilgili uyuşmazlık konularında taraflar, aralarındaki

⁴⁵⁵ Yeğengil, L'arbitrage, s. 102.

⁴⁵⁶ Öztekin, Yargılama Usulü, s. 339.

⁴⁵⁷ Alangoya, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 6; Dayınlarlı, İç Tahkim, s. 19.

⁴⁵⁸ Yeğengil, L'arbitrage, s. 102.

⁴⁵⁹ Yeğengil, L'arbitrage, s. 102.

uyuşmazlığı devlet mahkemelerine taşıyamamakta ve mecburen tahkim yöntemine başvurmak zorunda kalmaktadırlar.

ICSID Tahkimi ise tarafların kendi serbest iradelerince aralarında yapmış oldukları sözleşme uyarınca başvurdukları bir tahkim olduğundan bir ihtiyari tahkimdir. Zira ICSID Tahkiminin yargılama yetkisi ICSID Antlaşması madde 25/1 uyarınca tarafların karşılıklı rızalarına bağlıdır.

b) Tahkimin Belli Bir Kurumun Güvencesi ve Denetimi Altında Olup Olmamasına Göre: Ad-Hoc Tahkim - Kurumsal Tahkim

Tahkim, yargılama sürecinin belli bir kurum bünyesinde ve kurumun önceden belirlediği kurallar çerçevesinde yürütülüp yürütülmemesi bakımından Ad-Hoc tahkim veya kurumsal tahkim olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.⁴⁶⁰

- Ad-Hoc Tahkim

Kavramsal olarak “ad hoc”, önceden planlanmayıp sadece belirli bir amaç veya ihtiyaç için yapılan, bu duruma mahsus, bunun için anlamlarına gelmektedir.⁴⁶¹ Ad-Hoc tahkim de bu yönde bir tahkim türü olup bu tahkim türünde, önceden oluşturulmuş bir tahkim organizasyonuna ve bunların tahkim kurallarına bağlı olmaksızın yargılama yapılmaktadır. Yani Ad-Hoc tahkimde, uyuşmazlığın yargılması ve çözümü, taraflarca özel olarak seçilen hakemler vasıtasıyla ve yine yalnızca taraflarca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yapılmaktadır.⁴⁶² Taraflar, yargılamanın kaç tane hakem tarafından yürütüleceğini, bu hakemlerin kimler olacağını, yargılamanın nerede, hangi mekânda yapılacağını herhangi bir kurumun kurallarına bağlı olmaksızın serbestçe belirleyerek tahkim yargılmasının yapılmasını sağlayabileceklerdir.⁴⁶³

Özetle Ad-Hoc tahkim, belli bir uyuşmazlık için varlık bulan tek seferlik bir tahkim yargılması olup birbirinden farklı uyuşmazlıkların yargıldığı süreklilik arz eden bir tahkim süreci değildir. Ad-Hoc tahkimde, seçilen hakemlerin işi sadece görevlendirildikleri uyuşmazlığı çözmekten ibaret olup bu süreç tamamlanıp sona ermesi ile hakemlerin de görevi sona ermektedir.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Akıncı, Tahkim, s. 108.

⁴⁶¹ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ad-hoc>, E.T.: 25.02.2023.

⁴⁶² Erdoğan, Tahkim, s. 136.

⁴⁶³ Akıncı, Tahkim, s. 108; Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s. 140.

⁴⁶⁴ Akıncı, Tahkim, s. 108.

- Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkimde, tahkim yargılaması, belirli bir kurum bünyesinde ve bu kurumun mevcut usul kuralları çerçevesinde yürütülmektedir.⁴⁶⁵ Bu tahkim türünde, uyuşmazlıklar hakkında kurumun önceden hazırlanmış tahkimin işleyişi hakkındaki usule ilişkin kuralları bulunduğundan tahkim yargılamasının işleyişi, kurumun bu kurallarına göre gerçekleştirilmektedir.⁴⁶⁶ Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak usul kuralları zaten mevcut olduğundan tarafların, tahkimin işleyişine ilişkin usul ve kuralları belirlemelerine gerek yoktur.⁴⁶⁷

Kurumsal tahkim söz konusu olduğunda tarafların yapacağı şey, aralarındaki uyuşmazlığı hangi kurumsal tahkime götüreceklerini belirlemek olacaktır. Sonrasında ilgili uyuşmazlık, taraflarca seçilen tahkim kurumu ve kurumun usul ve kurallarına göre çözüme kavuşturulacaktır.⁴⁶⁸

Kurumsal tahkimde, kurumun uyuşmazlık çözüm sürecine ilişkin sahip olduğu kurallara ilave olarak yine bu kurallar çerçevesinde oluşturulmuş bir idari organizasyon vardır. Kurumsal tahkimin bu şekilde bir idari organizasyona sahip olması sayesinde uyuşmazlıkların çözüm süreci başından sonuna kadar daha sistemli bir şekilde idare edilebilmekte, taraflara etkili bir sekretarya hizmeti sunulabilmektedir.⁴⁶⁹ İfade edilmelidir ki burada kurumsal tahkimin sistemi, yargılamanın usulüne ilişkin olup uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk yine taraflarca seçilmekte ve yargılama tarafların seçtiği hakemlerce gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda ICSID Tahkimi de ICSID Antlaşması uyarınca öngörülmüş olan ve idari konsey, sekretarya ve panellerden oluşan bir tahkim olarak bir kurumsal tahkimdir.

c) Tahkimin Milletlerarası Bir Unsur İçerip İçermemesine Göre: Milletlerarası Tahkim-Milli/İç Tahkim

Değınmek istediğımız son tahkim türü grubu ise milletlerarası tahkim – milli/iç tahkim ayrımının yapıldığı tahkim türleridir. Bu ayrımında referans alınan temel ölçüt, yabancılık unsurudur.

⁴⁶⁵ Ekşi, Nuray, Türkiye’de Kurumsal Tahkim, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020, s. 9.

⁴⁶⁶ Akıncı, Tahkim, s. 4.

⁴⁶⁷ Konuralp, Tahkim, s. 141.

⁴⁶⁸ Erten, Geçici Hukuki Koruma, s. 6.

⁴⁶⁹ Yılmaz, Halil, Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri, Ankara Barosu Dergisi, sa. 75-104, 2004, s. 78.

Milletlerarası tahkim, tarafları, uyuşmazlık konusu ya da uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk konularında tek bir ülke ve hukuk sistemi sınırlarında kalmayıp birden fazla hukuk sistemi ile ilgili olan, en az bir yabancılik unsurunun bulunduğu bir tahkim türüdür.⁴⁷⁰

Milli/iç tahkim ise tarafları, uyuşmazlık konusu ya da uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk konuları bakımından tek bir hukuk sistemi sınırları içinde kalan ve herhangi bir yabancılik unsurunun bulunmadığı bir tahkim türüdür.⁴⁷¹

ICSID Tahkimi uluslararası yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüldüğü bir tahkim merkezi olarak bir milletlerarası tahkim merkezidir.

2.2. Uluslararası Enerji Yatırımı Uyuşmazlıklarının ICSID Tahkiminde Çözümü

2.2.1. ICSID'İN Kurumsal Yapısı

ICSID, uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu bir uyuşmazlık çözüm merkezidir.⁴⁷² ICSID kavramı, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez” anlamında olan “International Center for Settlement of Investment Disputes” kelimelerinin baş harflerinden oluşmaktadır. ICSID'in konusu, taraflardan birinin devlet, diğerinin ise Antlaşmaya⁴⁷³ dahil olan başka bir devletin vatandaşının olduğu uluslararası yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasıdır.⁴⁷⁴

ICSID, Dünya Bankacılığı öncülüğünde imzalanmış ve çok taraflı bir antlaşma niteliğinde olan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States) (bundan sonra ICSID Antlaşması) kapsamında kurulmuştur.⁴⁷⁵ Bir diğer deyişle ICSID'in hukuki kaynağı ICSID Antlaşmasıdır.

⁴⁷⁰ Kalpsüz, Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 16; Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 73.

⁴⁷¹ Tanrıbilir Feriha Bilge / ŞİT, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, Cilt: 22, sa. 819-837, 2002, s. 821.

⁴⁷² <https://icsid.worldbank.org/>, E.T.: 03.03.2023.

⁴⁷³ ICSID Antlaşması (Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme / Washington Sözleşmesi)

⁴⁷⁴ ICSID Sözleşmesi, madde 1.

⁴⁷⁵ <https://icsid.worldbank.org/>, E.T.: 03.03.2023; sözleşme metni için bkz: RG. 06.12.1988-20011.

ICSID Antlaşması'nın hazırlanmasında ilk girişim Dünya Bankası tarafından başlatılmıştır. 1961 yılında dönemin Dünya Bankası Genel Konsülü Aron Broches, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir sözleşme hazırlama fikrini belirtmiştir. Aynı dönemde, genel anlamda uluslararası yatırımların teşviki amacıyla Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü kurulmuş; ayrıca OECD, millileştirmeler karşısında Yabancı Varlıkların Korunması Sözleşmesi için çalışma başlatmıştır.⁴⁷⁶ Benzer çalışmaların zaten var olduğunu gören Broches, uluslararası yatırım hukuku rejimine ilişkin bir sözleşme yerine uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir çalışma gerçekleştirmenin uluslararası yatırımları daha teşvik edici olabileceğini düşünmüştür.⁴⁷⁷ Zira bu şekilde, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü yerel yargılara ve politik risklere terk edilmeyecek, yatırımcının bu yöndeki korkularının giderilebilmesi mümkün hale gelecekti.⁴⁷⁸ Bu düşünceler doğrultusunda 1961'de Dünya Bankası, uluslararası sermayenin gelişmekte olan ülkelere akışını geliştirmek ve kolaylaştırmak amacıyla uluslararası yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hakkında bir çalışma başlatıldığını üye hükümetlere duyurmuştur.⁴⁷⁹

18 Eylül 1962 yılına gelindiğinde, Washington'da yapılan Bankanın Governörler Kurulunun 17. Toplantısında, 174 numaralı karar ile Dünya Bankası, uluslararası yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir çalışmanın başlatılmasına karar vermiş ve bu çalışma için İcra Direktörleri görevlendirmiştir.⁴⁸⁰ Geçen sürede İcra Direktörleri tarafından, Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme metni hazırlanmış ve Sözleşme 18.03.1965 tarihinde Washington'da imzaya açılmıştır.⁴⁸¹ İmzaya açılan Sözleşme, 68/2. maddede öngörülen 20 onayın tamamlanmasından 30 gün sonra 14 Ekim 1966 tarihinde

⁴⁷⁶ Zenginkuzucu, Dikran Migirdiç, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 99.

⁴⁷⁷ Schreuer, Christopher H., The ICSID Convention - A Commentary, Cambridge University, Press, New York, 2001, s. xi.

⁴⁷⁸ Dikran Migirdiç, Zenginkuzucu, s. 99 dipnot 240. Peter, Wolfgang / Quentin De Kuyper, Jean / De Candolle, Bénédicte, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2. Baskı, Kluwer Law International, 1995, s. 303.

⁴⁷⁹ Dikran Migirdiç, Zenginkuzucu, s.99 dipnot 241. Broches, Aron, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1995, s. 80, 81.

⁴⁸⁰ Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 80.

⁴⁸¹ Karayel, İsmail Emrah, ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020, s. 70.

yürürlüğe girmiştir.⁴⁸² Diğer yandan ilgili Sözleşme Washington'da imzaya açıldığı için Washington Sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁸³ Biz diğer bir kullanım olan ve çalışma konusunun takibinin kolay olacağı nedeniyle çalışmamızda bu Sözleşmeyi, ICSID Antlaşması olarak ifade ettik.

ICSID Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği bu ilk imzada, Antlaşma'ya katılım ve imza eden ülke sayısı 20' dir.⁴⁸⁴ Günümüzde, 05.03.2023 tarihi itibariyle Antlaşma'yı 172 ülke imzalamış, 165 ülke onaylamıştır.⁴⁸⁵ Türkiye ise ICSID Antlaşması'nı, çekince koymak suretiyle 24.06.1987 tarihinde imzalamış, 03.03.1989 tarihinde onay belgesini sunmuştur. ICSID Antlaşması 6 Aralık 1988 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış ve daha sonra 02.04.1989 tarihi itibariyle de ülkemizde yürürlüğe girmiştir.⁴⁸⁶

ICSID, ilk yıllarda beklenen ilgiyi bulamamıştır. 1984 yılına kadar ICSID tahkimine sadece 21 uyuşmazlık için başvurulduğu görülmektedir. Ancak ilerleyen süreçte ICSID'de başvuru sayısı oldukça artmıştır. Merkeze bugüne kadar 984 tahkim başvurusu yapılmış olup bunlardan 684 adedi sonuçlanmıştır.⁴⁸⁷ ICSID'e yapılan başvuruların tarım, inşaat, enerji, sanayi, madencilik, bankacılık ve turizm alanlarında olduğu görülmektedir.⁴⁸⁸

ICSID'de birden fazla uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanılmaktadır. Bununla birlikte kullanılan asıl yöntem tahkim yöntemi olup tahkim haricinde kullanılan diğer yöntem ise arabuluculuktur.⁴⁸⁹

ICSID tahkim yöntemi, 1967 yılında ICSID Tahkim Kurallarının kabul edilmesi ile varlık kazanmıştır. Bu kurallar ile hakem heyetinin oluşturulması, yargı süreleri, yazılı ve sözlü usul, karar, karar düzeltme ve iptal gibi usuli aşamalar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁴⁹⁰

ICSID tahkimi bir kurumsal tahkim olup en çok tercih edilen kurumsal tahkimlerin başında gelmektedir. UNCTAD'ın (United Nations Conference on Trade and

⁴⁸² Karayel, ICSID Tahkimi, s. 70.

⁴⁸³ Karayel, ICSID Tahkimi, s. 74; Tunç, İki Taraflı Yatırımların Korunması, s. 22.

⁴⁸⁴ Karayel, ICSID Tahkimi, s. 74.

⁴⁸⁵ Üye devletler hakkında bkz. [ICSID Üye Devletleri Veritabanı | ICSID \(Uluslararası Çip Teknolojisi\)](https://icsid.worldbank.org/cases/concluded) ([worldbank.org](https://icsid.worldbank.org)), E.T.: 28.10.2023.

⁴⁸⁶ Sözleşme metni için bkz: RG. 06.12.1988-20011.

⁴⁸⁷ <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>, E.T.: 11.10.2023.

⁴⁸⁸ <https://icsid.worldbank.org/cases/pending>, E.T.: 20.10.2023;
<https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>, E.T.: 20.10.2023.

⁴⁸⁹ Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 387, 388; Houtte, International Trade, s. 247.

⁴⁹⁰ Şu an için ICSID Antlaşması'nın 2006'da revize edilen versiyonu kullanılıyor. Bu antlaşma, daha önce 1984 ve 2002 yıllarında iki kez değiştirilmiştir.

Development) verilerine göre 2023 yılında yatırım teşviki ve korunması sözleşmeleri bağlamında açılmış 1257 davanın 746'sı ICSID'dedir.⁴⁹¹ Bu veriler göstermektedir ki uluslararası yatırım alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda ICSID önemli bir rol oynamaktadır.

ICSID Antlaşması'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında ICSID'in amacı, bu Antlaşma'nın hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile âkit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak olarak belirtilmektedir. Diğer bir deyişle taraflar arasında ortaya çıkan ilgili yatırım uyuşmazlıkları için tarafların ICSID'e başvurmaları halinde uyuşmazlığın çözüm sürecinin işleyişi, ICSID (bundan sonra Merkez olarak adlandırılacaktır⁴⁹²) tarafından yürütülecektir. Bu doğrultuda Antlaşma'nın hemen devam eden maddelerinde, Merkez'in nerede kurulacağı, idari yapılanmanın ne şekilde oluşturulacağı, finansmanın nasıl sağlanacağı ve personelinin özerklik halleri düzenlenmiştir.⁴⁹³

ICSID Antlaşması'nın 2. maddesinde Merkez'in yerleşim yerinin Dünya Bankası'nın merkezi içerisinde olacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte maddenin devamında bu yerleşim yerinin İdari Konsey'in 2/3'lük çoğunlukla alacağı bir kararla değiştirilebileceği düzenlenmiştir. İfade edilmelidir ki 12.03.2023 itibariyle Merkez hala Dünya Bankası'nın merkezi içerisinde.⁴⁹⁴

Merkez'in yapılanması ise üç açıdan kurgulanmış olup bunlar İdari Konsey, Sekreteryaya, Arabulucular ve Hakemler Panelidir. Merkez işleyişini bu organlar aracılığıyla gerçekleştirmektedir.⁴⁹⁵ Bununla birlikte altı çizilmelidir ki İdari Konsey ve Sekreteryaya yalnızca Merkez'in işleyişi ile ilgilenmekte ve hiçbir şekilde Merkez'e gelen uyuşmazlıkların çözümüne müdahale edememekte, çözüm sürecine dahil olmamaktadırlar.⁴⁹⁶

2.2.1.1. Merkez'in Organizasyonel Yapısı

⁴⁹¹ Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü | UNCTAD Yatırım Politikası Merkezi, E.T.: 28.10.2023.

⁴⁹² ICSID Antlaşması'nın 1. maddesinde de aynı adlandırmaya işaret edilmiş olup Antlaşma'nın devam eden hükümlerinde ICSID, Merkez olarak ifade edilmiştir. Biz de Antlaşma'nın sistemine uygun olarak çalışmanın devamında ICSID yerine Merkez kavramını kullanacağız.

⁴⁹³ Bkz. ICSID Antlaşması. 1. Kısım.

⁴⁹⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

⁴⁹⁵ ICSID Antlaşması, madde 3.

⁴⁹⁶ ICSID Antlaşması, madde 6.

a. İdari Konsey

ICSID Antlaşması'nın 1. kısım 2. bölümünde Merkez'in işleyişini sağlayan organlarından biri olan İdari Konsey düzenlenmiştir. Antlaşma'nın 4. maddesine göre Konsey, her âkit devletten gelen birer temsilciden oluşmaktadır. Temsilcinin toplantıya katılmadığı veya görevini yapamadığı durumlarda yardımcısı vekil olarak hareket edebilir.

Antlaşma'nın 5. maddesine göre Konsey'e başkanlık edecek kişi, re'sen Dünya Bankası'nın başkanıdır. Bununla birlikte başkanın Konsey'de oy hakkı bulunmamaktadır. Başkanın yokluğunda veya görevlerini yapamadığı durumda Banka Başkanı olarak görev yapan kişi, İdarî Konseyin Başkanı olarak da görev yapar.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Konsey, Merkez'e gelen uyuşmazlıklara müdahale edememektedir. Konsey'in amacı Antlaşma çerçevesinde, Merkez'in kurumsal işleyiş ve idaresini sağlamaktır. Bu bağlamda Antlaşma'nın 6. maddesinde Konsey'in yetki ve görevleri düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre Konsey'in görevlerinden bazıları şu şekildedir: Merkez'in idari ve mali tüzüklerini kabul edecektir, Arabuluculuk ve Hakemlik işlemlerinin tesisine ilişkin usul kurallarını kabul edecektir, Dünya Bankası'nın sunduğu hizmet ve tesislerin kullanımı hakkında düzenlemeleri onaylayacaktır, Merkez'in gelir ve harcamalarının yıllık bütçesini kabul edecektir.

Antlaşma'nın 7.maddesinde düzenlendiği üzere Konsey, her yıl en az bir kez toplanmak zorundadır. Bunun yanında ayrıca Konsey veya en az beş Konsey üyesinin teklifiyle Başkan veya Genel Sekreter tarafından toplanacak olağanüstü toplantılar da mümkündür. Antlaşma'nın 7. maddesi gereği Konsey'de her üyenin bir oy hakkı vardır. Konsey, kararlarını, Antlaşma'da belirtilen istisnalar hariç tüm kararlarını oy çoğunluğu ile alır. İdari Konsey haricinde bir diğer Merkez organı da Sekreteryaya olup Antlaşma'da, hemen İdari Konsey hakkındaki maddeler sonrasında düzenlenmiştir.

b. Sekreteryaya

Merkez Sekreteryası, Antlaşma'nın 9. maddesine göre bir Genel Sekreter, bir veya birden fazla Yardımcı Sekreter ve personelden oluşacaktır. Sekreteryaya, İdari Konseyin aksine avukatlar, paralegaller, hukuk asistanları ve mali memurlar gibi profesyonel kişilerden oluşmaktadır. Sekreteryaya'nın ana rolü, Merkez'e gelen uyuşmazlıklarının çözümünde uyuşmazlık sürecinin yürütülmesine destek vermek ve Merkez'in işleyişini sağlamaktır.

Antlaşma'nın 10. maddesine göre Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcılığı ofisleri herhangi bir siyasi işlevin yerine getirilmesiyle bağdaşmaz. Ne Genel Sekreter ne de herhangi bir Genel Sekreter Yardımcısı, İdarî Konseyin onayı dışında başka bir işte çalışamaz veya başka bir meslekle iştigal edemez.

Sekreteryaya, 12.03.2023 itibariyle farklı milletlerden yaklaşık 70 personelden oluşmaktadır. Mevcut Genel Sekreter Meg Kinnear, Antlaşma'nın 10. maddesi uyarınca önce 2009'da seçilmiş ve daha sonra 2015 yılında tekrardan seçilmiştir. Genel Sekreter'e iki Genel Sekreter Yardımcısı, Gonzalo Flores ve Martina Polasek yardımcı olmaktadır. Personel, beş tane dava yönetim ekibi, bir genel yönetim ve bir finansal yönetim ekibi ve bir de ön büro halinde organize edilmiştir.⁴⁹⁷

Merkez'in resmi dilleri İngilizce, Fransızca ve İspanyolcadır. Dava yönetim ekipleri esas olarak bu diller ile organize edilir. Bununla birlikte hali hazırda Sekreteryaya, 25'ten fazla dilde iletişim kurma kapasitesine sahiptir.⁴⁹⁸ Tarafların anlaşması durumunda Genel Sekreterlikten yazılı izin alınarak ilgili uyuşmazlığın çözümünde bu dillerden bir veya birkaçı kullanılabilir.⁴⁹⁹

Genel yönetim ve finansal yönetim ekibi, dava yönetiminin ve Merkez bütçesinin tüm finansal yönlerini denetler. Ayrıca Merkez'in arşivlerini, insan kaynaklarını ve bilgi teknolojilerini de ele almaktadır. Ön büro ise devletlerin ICSID'e katılım süreçlerini, ICSID Arabulucular ve Hakemler Panellerini tutulmasını ve ICSID'nin yayınlarını yönetir.⁵⁰⁰

Sekreteryaya, doğrudan Merkez görevleri ve dava yönetimi haricinde ayrıca kurumsal konular ve bilginin yayılması ile ilgili de bir dizi görev üstlenmektedir. ICSID faaliyetleri hakkında raporlar yayınlamak, web sitesinde hakem kararlarını, bibliyografyalar, yatırım antlaşmaları listeleri, Yabancı Yatırım Hukuku Dergisi ve Dünya Yatırım Yasaları ve Yatırım Antlaşmalarının çok ciltli koleksiyonları gibi kaynakları yayınlamak suretiyle ICSID uyuşmazlık çözüm süreci ve yabancı yatırımlarla ilgili uluslararası hukukun gelişimi hakkında katkı sağlamak ve ilgili konularda farkındalığı teşvik etmektedir.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ Sekreteryaya - Genel Bakış | ICSID (Uluslararası Toplum Örgütü) (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

⁴⁹⁸ Sekreteryaya - Genel Bakış | ICSID (Uluslararası Toplum Örgütü) (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

⁴⁹⁹ Tuygun, Salih, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, s. 92; ÖZTÜRK, Neva Övünç, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Devletler Özel Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 20.

⁵⁰⁰ Sekreteryaya - Genel Bakış | ICSID (Uluslararası Toplum Örgütü) (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

⁵⁰¹ Sekreteryaya - Genel Bakış | ICSID (Uluslararası Toplum Örgütü) (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

c. Paneller

Merkez'in işlerliğini sağlayan bir diğer organ ise panelleridir. Antlaşma'nın 12. maddesinde düzenlenmiş olan Paneller, Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli olmak üzere iki gruptan oluşur. Arabulucular Paneli ve Hâkemler Paneli, her biri nitelikli kişilerden, burada çalışmaya gönüllü ve atanacak personelden oluşur.

Antlaşma'da bu şekilde Panellerin düzenleneceğinin öngörülmesinin sebebi, uyumsuzluğa düşen tarafların hakem seçimi konusunda kararsız kalmalarının önüne geçilmek istenmesindedir.⁵⁰² Yoksa tarafların panel içinden veya dışından hakem atamaları mümkündür. Diğer yandan taraflar, tahkim talep kaydının Genel Sekreterlikçe dağıtımını izleyen 90 gün içinde veya tarafların daha önce üzerinde anlaştığı bir sürede hakem seçimini gerçekleştirmezler ise Konsey Başkanı, taraflardan birinin istemi üzerine her iki tarafa da mümkün olduğunca danışarak atanamayan hakem veya hakemleri kendi atayacaktır. Bu maddeye göre Başkanca atanan hakemler, anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı veya Âkit ülkelerin vatandaşlarından birinin taraf olduğu anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı olamazlar.

Antlaşma'nın 14. maddesine göre Panellerde görev yapmak üzere görevlendirilecek kişiler, yüksek ahlaki karaktere sahip ve hukuk, ticaret, sanayi veya maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaklardır. Hâkem heyetinde görev alacak kişilerin hukuk alanındaki yetkinliği özellikle önem taşımaktadır.

Arabulucular ve Hakemler Panelleri, ICSID Akit Devletlerinin ve İdari Konsey Başkanının atadığı kişilerden oluşur. Paneller'e yapılacak atamaya ilişkin usul, Antlaşma'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre her âkit devlet, her bir Panel'e kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından en fazla 4 kişi atayabilecektir.⁵⁰³ Konsey Başkanı ise 13. maddenin ikinci fıkrasına göre her bir panele en fazla 10 kişi atayabilmektedir. Ancak Başkan tarafından atanan her kişi farklı ülke vatandaşı olmalıdır.

Panellere atanan kişiler Antlaşma'nın 15. maddesi gereği 6 yıl boyunca ancak yenilenebilir dönemlerle hizmet verebilmektedirler. Diğer bir deyişle Panellere atanan bir

⁵⁰² Erten, Rıfat, ICSID TAHKİMİ, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 4, Ankara, 1998, s. 214.

⁵⁰³ Türkiye, Hakemler Paneline kimseyi atamışken Arabulucular Paneline Ziya AKINCI, Fatma Aslı BAŞGÖZ, Arslan KAYA ve Cemal ŞANLI'yı atamıştır. Bkz. [ICSID Panelleri Veritabanı | ICSID \(Uluslararası Toplum Örgütü\) \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/), E.T.: 12.03.2023.

kişinin 6 yıl sonra tekrar atanması mümkündür. Ayrıca Antlaşma'nın 16.maddesi uyarınca bir kişi hem Arabulucular Paneline hem de Hakem Paneline aynı anda atanabilirler. Yani bir kişinin hem arabulucular paneli hem de hakemler panelinde görevli olması mümkündür. Atamaların geçerlilik kazanması, ilgili atamaların Genel Sekreterliğe bildirilmesi ile gerçekleşmektedir.⁵⁰⁴

2.2.1.2. Merkez'in Finansmanı

Merkezin finansmanına ilişkin düzenleme Antlaşma'nın 17. maddesinde kaleme alınmıştır. Bu maddeye göre eğer Merkezin harcamaları, tesislerin kullanım ücretlerinden veya diğer gelirlerden karşılanamıyorsa fazla olan kısım, Bankaya üye olan ülkelerin Banka sermayesine katkı payları oranında karşılanacaktır. Bankaya üye olmayan ülkelerden ise İdarî Konseyin belirleyeceği kurallara göre katkı sağlanacaktır.

2.2.1.3. Merkez'in Statüsü ve İmtiyazları

Merkez, Antlaşma'nın 18. maddesine göre uluslararası bir tüzel kişiliğe sahiptir. Dolayısıyla ilgili maddede de tek tek sayıldığı üzere Merkez, taşınır ve taşınmaz mal edinmek, satmak, hukuk davaları açmak yetkilerine sahiptir.

Merkez, Antlaşma'nın 19. maddesi uyarınca işlemlerini tam olarak yapabilmek için Akit ülke sınırları içinde Antlaşma'nın 6. bölümünde sayılmış olan dokunulmazlık ve imtiyazları kullanabilecektir. Ayrıca Merkez feragat etmedikçe menkul ve gayrimenkulleri hakkında da aynı dokunulmazlık ve imtiyazlardan yararlanılacaktır.⁵⁰⁵

Antlaşma'nın 21. maddesine göre Başkan, İdarî Konsey üyeleri, arabulucular, hakemler veya Komite üyeleri ve Sekreterlik çalışan ve memurları dokunulmazlık haklarına sahiptirler. Bu bağlamda Antlaşma'da gösterilen bazı ulusal yükümlülüklerden muaf tutulmakta ve kolaylıklardan yararlanabilmektedirler. Bu muafiyet ve kolaylıklar, Antlaşma'nın 22. maddesi uyarınca Antlaşma çerçevesinde davaya katılan taraflara, temsilcilere, danışmanlara, avukatlara, şahitlere ve uzmanlara da uygulanacaktır.

Dokunulmazlığın tanındığı bir başka şey de Merkez arşivleridir. Antlaşma'nın 23. maddesine göre Merkez arşivleri ve yazışmaları, gerekli olduğu yerlerde dokunulmaz

⁵⁰⁴ ICSID Antlaşması, madde 16.

⁵⁰⁵ ICSID Antlaşması, madde 20.

olacaktır. Ayrıca Merkezi'nin değerleri, malları, gelirleri, işlemleri ve faaliyetlerinden vergi kesilmeyecektir.⁵⁰⁶

2.2.2. ICSID Tahkiminde Yargılama Yetkisi

2.2.2.1. Yetki Kavramı

Yetki, bir uyuşmazlık çözüm merciinin belirli bir uyuşmazlığı incelemesi ve çözmesi konusundaki hakkı olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰⁷ ICSID merkezinin yargılama yetkisi ICSID Antlaşması'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁰⁸ Bu maddeye göre Merkez'in yargılama yetkisi, akit ülkeler ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızası Merkez'e sunulmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere Merkez'in yargılama yetkisine sahip olması için üç şartın varlığı gerekmektedir. Merkezin yetkili olması için ilk olarak tarafların rızasının ya da onayının alınmış olması, diğer şart olarak Merkez'in kişi bakımından yetkili olması ve son şart olarak konu bakımından yetkili olması⁵⁰⁹, yani hukuki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir.⁵¹⁰ ICSID tahkim merkezinin yetkili olması için bu üç şart zorunlu şartlar olup birlikte bulunması gerekli şartlardır.⁵¹¹

2.2.2.2. Yetkinin şartları

a. Tahkime Rıza

ICSID Antlaşması madde 25/1'e göre ICSID Tahkim merkezinin yargılama yetkisi, Antlaşma'ya taraf devletler ile uyuşmazlık hali için yazılı rızasını Merkez'e sunmuş diğer

⁵⁰⁶ ICSID Antlaşması, madde 24.

⁵⁰⁷ Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 303; Sornarajah, Investment Disputes, s. 208.

⁵⁰⁸ Broches, The Convention, s. 362.

⁵⁰⁹ Yıldırım, Aslı, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009, s. 295.

⁵¹⁰ Tuğgun, ICSID, s. 82; Dost, Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s. 155; Erten, Rıfat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2005, sa. 204-207; Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 34-38.

⁵¹¹ Tuğgun, ICSID, s. 82; Egemen Demir, Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 20; Erdoğan, Tahkim, s. 173; Yılmaz, Uluslararası Yatırım, s. 45; DOST, Yabancı Yatırım, sa. 155-163; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku, s. 156.

akit taraf devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır.⁵¹² Antlaşma hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere ICSID Tahkim merkezinin yetkili olması için uyuşmazlık taraflarının bu yönde açık rızalarının bulunması gerekmektedir.⁵¹³ Yatırım hukukunda tahkim yargılamasına rıza, yatırım sözleşmeleri, yatırım yasaları veya yatırım antlaşmaları aracılığıyla verilebilmektedir.⁵¹⁴ Bu bağlamda devletler arasında imza edilen iki taraflı veya çok taraflı yatırım antlaşmaları ile ICSID'in yetkili kılınması mümkündür.

Karşılıklı yapılan yatırımlar için koruma sağlayan yatırım antlaşmaları sayesinde bir taraf devletin diğer taraf devlet vatandaşı ile yaşayacağı yatırım uyuşmazlığı, ICSID'in yetkisi kapsamına alınabilmektedir. Bu durumda, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmesinde doğrudan ICSID hakkında bir rızaya yer verilmemiş olsa dahi devletler arasında imza edilen iki taraflı veya çok taraflı yatırım antlaşmaları sayesinde ICSID yetkili kılınmaktadır.⁵¹⁵

Yatırım antlaşmalarında devletlerin ICSID Antlaşması'nı imzalamış olmaları, bu devletlerin yaşayacakları tüm yatırım uyuşmazlıklarında ICSID'i yetkili kıldıkları anlamına gelmemektedir.⁵¹⁶ Devletlerin ICSID Antlaşması'na katılmaları, bu devletlerin yapacakları yatırım antlaşmalarında ICSID'i yetkili kılma imkanını sağlar.⁵¹⁷ Nitekim yatırım antlaşmalarında uyuşmazlığın çözümü için yalnızca ICSID Tahkim merkezi yetkili kılınmamaktadır. Farklı tahkim merkezleri de bu antlaşmalarda yetkili olarak belirtilebilmektedir. ICSID Tahkim merkezi, tahkim merkezlerinden yalnızca biridir.⁵¹⁸

⁵¹² ICSID Antlaşması, madde 25/1.

⁵¹³ Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 34-39; Tuysun, ICSID, s. 82 vd; Ekşi, Nuray, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, sa. 29-34; Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2007, 50 vd.; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 259.

⁵¹⁴ UNCTAD: Dispute Settlement International Center for Settlement of Dispute (ICSID), New York and Geneva, 2013, s. 31.

⁵¹⁵ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 55 vd.; Polat, Malike, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Antlaşmalarının Mukayesesine İlişkin Bir İnceleme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sa. 195-220, 2010, sa. 214-220.

⁵¹⁶ Tuysun, ICSID, s. 82, 83; Dost, Yabancı Yatırım, s. 162; Erten, ICSID TAHKİMİ, s. 218.

⁵¹⁷ Kayıhan, Şaban / Eski, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku: Cilt 1, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2015, s. 270.

⁵¹⁸ Bkz. Fransa-Moğolistan İYA m.8, Hollanda-Litvanya İYA m.9, İsrail-Ukrayna İYA m.8, İsrail-Türkiye İYA m.8. İkili yatırım antlaşmalarının bir kısmında uyuşmazlığın, tarafların ICSID Antlaşması'na taraf olmamaları halinde ICSID Yedek Kurallarınca çözüme bağlanması öngörülmektedir. Bkz. Japonya-İsviçre İYA m. 94/3 (b); Peters, Dispute Settlement, s. 120.

ICSID Tahkim merkezinin yetkili olması için uyuşmazlık taraflarının bu yönde açık rızalarının bulunması gerekmektedir.⁵¹⁹ Taraflar, Merkezin yetkisi hakkındaki onaylarını yatırım antlaşmasını yaptıkları sırada antlaşmaya madde olarak bu rızayı eklemek suretiyle yapabildikleri gibi⁵²⁰ sonradan ortaya çıkan bir uyuşmazlık için bir tahkim anlaşması yaparak da ICSID Tahkim merkezini yetkilendirebilmektedirler.⁵²¹ Onay için yazılı olmak dışında başka bir şekil şartı aranmamaktadır.⁵²²

Devletler, Merkez'in yetkisi hakkındaki onaylarını sınırlandırabilir veya şarta bağlayabilirler.⁵²³ Örneğin Antlaşma'da madde 26'da düzenlenen hüküm⁵²⁴ bağlamında Merkez'in yetkili olması, ev sahibi devlette tüm adli ve idari başvuru yollarının bitirilmiş olmasına bağlanabilmektedir.⁵²⁵ Yani ICSID'e başvurmadan önce yabancı yatırımcının öncelikle ev sahibi devletin mahkemelerine başvurması bir şart olarak belirlenmekte ve böylece ev sahibi devlet, Merkez'in yetkisi hakkında şarta bağlı bir onay vermektedir.⁵²⁶ Bu durumda yabancı yatırımcı, öncelikle ev sahibi devlet mahkemelerine başvuracak, eğer yerel mahkemelerde ilgili uyuşmazlık taraflarca sözleşmede belirlenen süreler içinde karara bağlanmazsa uyuşmazlık Merkez'e taşınacaktır.⁵²⁷ Benzer şekilde dostane çözüm yollarının tüketilmesinin şart koşulması da devletlerin, Merkez'in yetkisi hakkındaki onaylarını şarta bağladıkları durumlar arasındadır.⁵²⁸

⁵¹⁹ Yılmaz, Uluslararası Yatırım, s. 34; Tuygun, ICSID, s. 82 vd.; Ekşi, Kararlarının Tanınması, sa. 29-34; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 50 vd.; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 259; Çal, Yatırım Tahkimi, s. 24; Salacuse, Investment Treaties, s. 369; Sornarajah, Investment Disputes, s. 208.

⁵²⁰ Yıldırım, Yatırım İhtilafları, sa. 294-296.

⁵²¹ Günöğür, Haluk, Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü, Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1999, s. 339.

⁵²² Washington Sözleşmesi, madde 25/1; Erdoğan, Tahkim, s. 172, 173; Akyüz, Şule, The Jurisdiction of ICSID: The Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 3, sa. 333-362, 2003, s. 348; Yeşilirmak, Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, BATİDER, Cilt: 20, Sayı: 2, sa. 1300-1396, 1999, s. 168.

⁵²³ ICSID Antlaşması, madde 25/1; Dost, Yabancı Yatırım, s. 162, 163.

⁵²⁴ ICSID Antlaşması, madde 26/2.

⁵²⁵ Sornarajah, Investment Disputes, s. 217; UNCTAD, Bilateral Investment, s. 93.

⁵²⁶ Karayel, ICSID Tahkimi, s. 83.

⁵²⁷ Türkiye-Hollanda arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Antlaşma m. 8/2.; Türkiye-Danimarka arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Antlaşma m. 8/2.; Türkiye-Avusturya arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Antlaşma m. 9/2.

⁵²⁸ EŞA, madde 26/1; NAFTA, madde 1118; Türkiye Cumhuriyeti ve ABD Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine Dair Antlaşma, 20.04.1989 tarih ve 20145 sayılı Resmi Gazete, Madde: VI.

Merkez'in yetkisine rıza gösterilmesi konusunda bir önemli husus da Antlaşma'da düzenlendiği üzere rızanın tek taraflı olarak geri alınamamasıdır.⁵²⁹ Taraflar, Antlaşma'yı onayladıktan sonra bundan tek taraflı vazgeçemezler.⁵³⁰

b. Kişi Bakımından Yetki

ICSID'in kişi bakımından yetkili olması için uyuşmazlığın taraflarından birinin yatırım antlaşması tarafı devlet veya onun alt bir birimi⁵³¹ ya da temsilcisi⁵³², diğerinin de aynı yatırım antlaşmasının diğer tarafı devletin vatandaşının olması gerekir.⁵³³ Dolayısıyla ICSID'e gelen bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığın taraflarının her ikisinin de devlet olması veya her ikisinin de özel kişi olması ICSID'in yetkili olmasını engellemektedir. ICSID'in yetkisi dışında kalacak bir başka ihtimal de uyuşmazlık taraflarından birinin devlet diğerinin de bu devletin kendi vatandaşının olması halidir. Bu durum, kişilerin vatandaş oldukları ülkelere karşı başvuruda bulunamayacakları şeklinde ifade edilebilir.⁵³⁴ Bu saydığımız ihtimallerin her birinde ICSID kişi yönünden yetkisizdir ve bu hallerde yetkisizlik kararı vererek uyuşmazlığın esasına girmemektedir.⁵³⁵

c. Konu Bakımından Yetki

ICSID'in konu bakımından yetkili olması, Antlaşma madde 25'te, "... arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır." şeklinde ifade edilmiştir.⁵³⁶ Burada üç unsur vardır. Bunlardan ilki "hukuki uyuşmazlık"tır.⁵³⁷ ICSID'in konu bakımından yetkili olması için öncelikle ortada hukuki bir uyuşmazlık

⁵²⁹ ICSID Antlaşması, madde 25/1.

⁵³⁰ Dost, Yabancı Yatırım, s. 162.

⁵³¹ Erten, ICSID TAHKİMİ, s. 216.

⁵³² Devletler Hukuku çerçevesinde devletin temsili, devletin bir tüzel kişilik olarak, uluslararası alanda yetkili şahıslar aracılığıyla faaliyet göstermesi anlamına gelir. Devleti temsil etme yetkisine sahip olan devlet temsilcileri, aynı zamanda devletin iç organları olan devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri başkanını içerir. Diplomatik misyonlar, özel misyonlar ve uluslararası örgütlerdeki daimi temsilcilikler ise devletin dış organları olarak kabul edilir ve devleti yalnızca belirli bir devlet veya kuruluşla ilişkide temsil etme yetkisine sahiptir. Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 396 vd.; Sur, Hukukun Esasları, s. 213 vd; ICSID Antlaşması, madde 25.

⁵³³ ICSID Antlaşması, madde 25/1; Dost, Yabancı Yatırım, s. 158; Erten, Yeri ve Rolü, s. 204, 205; Erten, ICSID TAHKİMİ, s. 216.

⁵³⁴ Egemen Demir, ICSID, s. 106; Dolzer/ Schreuer, s. 47.

⁵³⁵ Dost, Yabancı Yatırım, s. 158.

⁵³⁶ ICSID Antlaşması, madde 25/1; Akyüz, States and Nationals, s. 338.

⁵³⁷ Dost, Yabancı Yatırım, s. 156; Şanlı, Cemal, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu, Bildiriler/Panel, İstanbul, 1998, s. 103.

bulunmalıdır.⁵³⁸ Düzenlemedeki ikinci unsur “yatırım”⁵³⁹ ve üçüncü unsur da “uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması” gerekliliğidir.

ICSID’in konu bakımından yetkisi incelenirken özellikle yukarıda ikinci unsur olarak belirttiğimiz yatırım unsuru önemlidir. Antlaşma’da, doğrudan bir yatırım tanımı yapılmamış, kavramın çerçevesi net çizgilerle çizilmemiştir.⁵⁴⁰ Dolayısıyla ICSID’e gelen bir uyuşmazlığın yatırıma ilişkin bir uyuşmazlık olduğunun tespiti kolay olmayan kritik bir konudur. Bu konunun tespitinde hakem kararları önemli rol oynamaktadır.⁵⁴¹ Bu noktada en önemli karar da Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Kingdom of Morocco davası kararıdır.⁵⁴²

Bu karar ile yatırım hakkında önemli kriterler belirlenmiştir. Buna göre bir işin yatırım olarak değerlendirilmesi için bu işin belirli ve uzun bir sürece yayılması, ev sahibi devlet ekonomisine önemli bir katkıda bulunması, her iki taraf için de risk unsurlarının var olması gerekmektedir.⁵⁴³

2.2.3. ICSID Tahkimi Yargılama Prosedürü

ICSID Tahkimi yargılama prosedürü ICSID Antlaşması madde 36 ve devamında düzenlenmiştir.

⁵³⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku, s. 134; Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 134-140.

⁵³⁹ Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 134-140.

⁵⁴⁰ Tuygun, ICSID, s. 87; Erkan, Yetki Sorunları, s. 178.

⁵⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID): SALINI COSTRUTTORRI S.P.A AND ITALSTRADE S.P.A V. KINGDOM OF MOROCCO (DECISION ON JURISDICTION)' [July 23, 2001]: ([/grouse/HeinTemp/temp13470.ps](#)) ([italaw.com](#)), E.T.: 06.09.2023; Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. CLAIMANTS v. Arab Republic of Egypt RESPONDENT ICSID Case No. ARB/04/13: [International Centre for Settlement of Investment Disputes \(italaw.com\)](#), E.T.: 06.09.2023; CASE No. ARB/01/13 SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Islamic Republic of Pakistan (Respondent): [13SGSvPak Case \(italaw.com\)](#), E.T.: 06.09.2023; Joy Mining Machinery Limited (CLAIMANTS) and The Arab Republic of Egypt (RESPONDENT) (ICSID Case No. ARB/03/11): [JOY MINING MACHINERY LIMITED V \(italaw.com\)](#), E.T.: 06.09.2023; CHAMPION TRADING COMPANY AMERITRADE INTERNATIONAL, INC. JAMES T. WAHBA JOHN B. WAHBA TIMOTHY T. WAHBA (HEREAFTER “THE CLAIMANTS”) AGAINST ARAB REPUBLIC OF EGYPT (HEREAFTER “THE RESPONDENT”) CASE N° ARB/02/9: [DRAFT AWARD 1 220903 \(italaw.com\)](#), E.T.: 06.09.2023.

⁵⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID): SALINI COSTRUTTORRI S.P.A AND ITALSTRADE S.P.A V. KINGDOM OF MOROCCO (DECISION ON JURISDICTION)' [July 23, 2001]: ([/grouse/HeinTemp/temp13470.ps](#)) ([italaw.com](#)), E.T.: 06.09.2023; Demir, Egemen, ICSID, s. 63, 64.

⁵⁴³ Kayhan, Ekonomi Hukuku, s. 26; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID): SALINI COSTRUTTORRI S.P.A AND ITALSTRADE S.P.A V. KINGDOM OF MOROCCO (DECISION ON JURISDICTION)' [July 23, 2001]: ([/grouse/HeinTemp/temp13470.ps](#)) ([italaw.com](#)), E.T.: 06.09.2023.

2.2.3.1. Hakem Heyetinin Oluşturulması ve Yargılama

ICSID Antlaşması madde 36'ya göre dava açmak isteyen herhangi bir Âkit Ülke veya vatandaşı konuyu Genel Sekreterliğe yazılı olarak iletir ve Genel Sekreterlik, talebin bir örneğini diğer tarafa gönderir. Talep, uyuşmazlık konularını, taraf bilgilerini, tarafların hakemliğe rızalarını içeren belgelerden oluşur. Genel Sekreter, talebi inceledikten sonra anlaşmazlığın Merkezin yargı alanında olduğuna karar verirse talebi kaydeder. Aksine talebin yargı alanı içinde olmadığına karar verirse de talebi reddeder. Genel Sekreter verdiği kararı derhal taraflara bildirir.

Hakem Heyeti (bundan sonra Heyet), madde 36'ya uygun olarak talep kaydedildikten sonra en kısa zamanda oluşturulur. Heyet, sadece bir hakemden veya tarafların anlaşması durumunda tek sayıda olacak şekilde hakemlerden oluşacaktır. Taraflar, hakemlerin sayısı veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamazlar ise Heyet, taraflarca atanan birer hakemden ve Heyetin Başkanlığını yapmak üzere tarafların ortak atadığı bir hakemden olmak üzere üç hakemden oluşacaktır.⁵⁴⁴

Eğer Heyet Antlaşma madde 36 paragraf 3 uyarınca Genel Sekreter tarafından talebin kaydedildiğine ilişkin bildirim gönderilmesinden sonraki 90 gün içinde veya tarafların kararlaştıracığı başka bir süre içinde Heyet oluşturulmazsa, İdari Konsey Başkanı herhangi bir tarafın talebi üzerine ve olabildiğince her iki tarafa da danışarak atanmamış hakemleri atar. Başkan tarafından atanan bu hakemler, anlaşmazlığa taraf olan Akit Devletlerin vatandaşı olamaz.⁵⁴⁵

Hakem heyeti, öncelikle yetkili olup olmadığını kararlaştırır.⁵⁴⁶ Kendini yetkili gören heyet sonrasında uyuşmazlığı, tarafların üzerinde anlaştığı hukuk kurallarına uygun olarak yargılar ve çözer. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, Heyet, uyuşmazlığa Akit Devletin hukukunu ve uygulanabilecek uluslararası hukuk kurallarını uygular. Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu yönünde bir karar veremez, bu duruma bir çözüm getirmeyi bilir. Diğer yandan tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmiş olmaları, Heyetin bu uyuşmazlığı hakkaniyet kuralları çerçevesinde çözmesine engel değildir.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ ICSID Antlaşması, madde 37.

⁵⁴⁵ ICSID Antlaşması, madde 38.

⁵⁴⁶ ICSID Antlaşması, madde 41.

⁵⁴⁷ ICSID Antlaşması, madde 42.

Taraflar farklı yönde anlaşmadığı takdirde, Heyet davanın her aşamasında tarafları belge ve delil göstermeye çağırabilir veya anlaşmazlık alanını ziyaret edebilir ve soruşturma yürütebilir.⁵⁴⁸

Taraflardan biri yargılamadaki herhangi bir aşamada duruşmaya gelmez veya davasını sunmazsa, diğer taraf Heyetin yargılamaya devam etmesini ve karar vermesini isteyebilir. Karar verilmeden önce Heyet, duruşmada bulunmayan veya savunmasını sunmayan tarafın bunu kasıtlı olarak yapmadığı düşüncesindeyse ek bir süre vererek bu tarafı uyarır.⁵⁴⁹

ICSID Tahkimi yargılama prosedüründe ihtiyati tedbir de mümkündür. ICSID Antlaşması madde 47'ye göre Heyet, taraflar aksi yönde anlaşmamış ise her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyatî tedbirler tavsiye edebilir.

ICSID Tahkiminde davalar kural olarak Merkez'de görülür.⁵⁵⁰ Ancak taraflar anlaşır ise dava, Merkezin bu amaçla belirleyeceği resmî ve özel bir kuruluşta, Daimî Hakemlik Divanında veya Genel Sekretere danıştıktan sonra Komisyon veya Heyetçe uygun görülecek bir yerde görülebilir.⁵⁵¹

Yargılama giderlerinin belirlenmesi ve taraflara yükletilmesi ise taraflarca aksi yönde bir anlaşma olmadıysa Heyet tarafından belirlenir. Heyet, heyet üyelerinin ödenek ve masraflarını ve Merkez olanaklarını kullanmandan doğan masrafları belirler, tarafların yargılamayla bağlantılı olarak yaptığı masrafları değerlendirir ve bu masrafların nasıl ve kim tarafından yapıldığını belirler. Sonrasında tüm bu masraf ve giderlerin ne şekilde ve kim tarafından ödeneceğine karar verir. Bu karar, nihai kararın bir parçasıdır.⁵⁵²

2.2.3.2. Karar

ICSID Antlaşması madde 48 uyarınca Hakem Heyeti kararını oy çokluğu ile alır. Heyetin kararı yazılı olur. Kararda, Heyete sunulan tüm sorunlar ele alınmalı ve temel alınan gerekçeler belirtilmelidir. Heyetin herhangi bir üyesi karara muhalefet şerhi ekleyebilir.⁵⁵³

⁵⁴⁸ ICSID Antlaşması, madde 43.

⁵⁴⁹ ICSID Antlaşması, madde 45.

⁵⁵⁰ ICSID Antlaşması, madde 62.

⁵⁵¹ ICSID Antlaşması, madde 63.

⁵⁵² ICSID Antlaşması, madde 61.

⁵⁵³ ICSID Antlaşması, madde 48.

Kararın tasdik edilmiş örnekleri taraflara tebliğ edilir. Genel Sekreterlikçe tebliğ edilen karar, tebliği tarihinde yürürlüğe girer. Kararın tebliğini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde Heyet diğer tarafı da haberdar ederek kararda atladığı bir husus hakkında karar verebilir ve karardaki yazım hatalarını düzeltebilir. Heyetin bu kararı asıl kararın bir parçası olur ve asıl karar gibi tebliğ edilir.⁵⁵⁴ Ayrıca Kararın anlamı veya kapsamı hakkında bir anlaşmazlık olursa, taraflar Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumunu isteyebilir. Bu başvurunun taraflardan sadece biri tarafından gerçekleştirilmesi yeterlidir.⁵⁵⁵

Yargılama aşamasında olduğu gibi karar da taraflar arasında gizli kalır. Ancak tarafların rıza göstermesi halinde Merkez, kararı yayımlayabilecektir.⁵⁵⁶

Hakem heyetinin verdiği kararın sonrasında düzeltilmesini istemek de belli durumlarda mümkündür. Taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak karar verildiğinde Heyetçe ve başvuruda bulunan tarafça ihmal olunmaksızın bilinmeyen ve bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir gerçeğin ortaya çıkmasını gerekçe göstererek kararın düzeltilmesini isteyebilir. Başvuru, gerçeğin ortaya çıkmasından sonraki 90 günde ve her halükârda kararın verilmesinden sonraki 3 yılda yapılmalıdır. Heyet, güncel şartlar gereği eski kararın uygulanmasını durdurabilir. Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın ertelenmesini talep ederse Heyet, bu talebi hükme bağlayana kadar karar ihtiyarî olarak ertelenir.⁵⁵⁷

Hakem heyetinin kararı belli durumlarda geçersiz de kılınabilmektedir. Taraflardan biri ICSID Antlaşması madde 52’de düzenlenmiş olan hallerden birini veya birkaçını öne sürerek Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.⁵⁵⁸

Maddede düzenlenen haller şu şekildedir:

- Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- Heyetin yetkisini aştığı,
- Heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı,
- Mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- Kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmediği.

⁵⁵⁴ ICSID Antlaşması, madde 49.

⁵⁵⁵ ICSID Antlaşması, madde 50.

⁵⁵⁶ ICSID Antlaşması, madde 48.

⁵⁵⁷ ICSID Antlaşması, madde 51.

⁵⁵⁸ ICSID Antlaşması, madde 52.

Kararın geçersizliğine ilişkin başvuru, kararın verildiği tarihten itibaren 120 gün içinde yapılmalıdır. Ancak yolsuzluk gerekçesiyle iptal talebinde bulunulması halinde, bu başvuru yolsuzluğun ortaya çıkmasından itibaren 120 gün içinde ve her halükârda kararın verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde yapılmalıdır. İdari Konsey Başkanı tarafından Hakem Panelinden 3 kişinin atanması ile oluşturulacak komite tarafından başvuru incelenir. İnceleme neticesinde başvuru haklı görülür ve karar geçersiz sayılırsa uyuşmazlık taraflardan birinin istemi halinde, ICSID Antlaşmasının 4. Kısım 2. Bölümüne göre oluşturulacak yeni bir Heyette görülmeye başlanır.⁵⁵⁹

Hakem heyetinin verdiği kararın tanınması ve tenfizi ise ICSID Antlaşmasının 4. Kısım 6. Bölümünde düzenlenmiştir. Antlaşma madde 53'e göre Heyetin verdiği karar taraflar için bağlayıcı olacak ve bu Sözleşmede öngörülenler dışında herhangi bir itiraza veya başka bir çözüm yoluna tabi olmayacaktır. Taraflar, kararın icrası durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir. Her Akit Devlet, bu Sözleşme uyarınca verilen kararları bağlayıcı olarak tanıyacak ve karardaki yükümlülüklerini kendi Devletinin mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getirecektir.⁵⁶⁰

2.2.4. Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Tahkimi Davalarına Bakış

Merkezde bugüne kadar 978 dava açılmıştır. Bu davalardan 686 adedi sonuçlanmıştır. Geriye kalan 292 dava ise halen devam etmektedir.⁵⁶¹ Türkiye Cumhuriyeti ve kişilerinin taraf olduğu dava sayısı 48'dir. Bu davaların 33'ünde Türkiye Cumhuriyeti veya kişileri davacı iken 15'inde davalı taraftır. Davacı olunan davaların 25'i tamamlanmış olup karar verilmiştir. Halen 8'i ise devam etmektedir. Davalı olunan davaların ise 12'si tamamlanmış olup kalan 3'ünün ise yargılaması devam etmektedir.⁵⁶² İlgili davalar şunlardır:⁵⁶³

2.2.4.1. Türkiye Cumhuriyeti ve Kişilerinin Taraf Olduğu Davalar

a. Davacı Olunan Davalar

a) Tamamlanan Davalar

⁵⁵⁹ ICSID Antlaşması, madde 52.

⁵⁶⁰ ICSID Antlaşması, madde 54.

⁵⁶¹ [Arama Vakaları | ICSID \(worldbank.org\)](#), E.T.: 06.09.2023.

⁵⁶² [Arama Vakaları | ICSID \(worldbank.org\)](#), E.T.: 06.09.2023.

⁵⁶³ [Arama Vakaları | ICSID \(worldbank.org\)](#), E.T.: 06.09.2023.

1. ARB/21/20, Visor Mühendislik Insaat Turizm Gida ve Mekanik Elektrik Taahhüt Ticaret Limited Sirketi and Gökhan Arasli – Turkmenistan
2. ARB/20/32, Setta Insaat Taahhüt Turz. Tekstil Gida San. Ve Tic. AS – Turkmenistan
3. ARB/19/32, DSG Yapi Sanayi Ticaret Anonim Sirketi - Kingdom of Saudi Arabia
4. ARB/18/34, SECE İnsaat ve Ticaret A.S. – Turkmenistan
5. ARB/18/6, Cem Selçuk Ersoy - Republic of Azerbaijan
6. ARB/17/30, United Agencies Limited SA, Mediterranean Shipping Company Algérie SARL and Maghrebine des Transports & Auxiliaires SARL-Turkmenistan
7. ARB/16/30, Görkem İnsaat Sanayi ve Ticaret Limited Sirketi – Turkmenistan
8. ARB/15/8, Enerflex US Holdings Inc. and Exterran Energy Solutions, L.P. - Republic of Kazakhstan
9. ARB/14/35, AVZ International Pty Ltd., Dathcom Mining SA and Green Lithium Holdings Pte Ltd. - Democratic Republic of the Congo
10. ARB/13/22, Zenith Energy Africa Ltd., Zenith Overseas Assets Ltd. and Compagnie du Désert Ltd. - French Republic
11. ARB/13/19, Günes Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Limited Sirketi and others - Republic of Uzbekistan
12. ARB/13/9, Federal Elektrik Yatırım ve Ticaret Anonim Sirketi ve diğerleri - Republic of Uzbekistan
13. ARB/13/1, Karkey Karadeniz Elektrik Üretim Anonim Sirketi - Islamic Republic of Pakistan
14. ARB/12/6, Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. - Turkmenistan
15. ARB/11/2, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı - Republic of Kazakhstan
16. ARB/10/24, İçkale İnsaat Limited Sirketi - Turkmenistan
17. ARB/10/22, Ömer Dede and Serdar Elhüseyni – Romania
18. ARB/10/1, Kılıç İnsaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.S. - Turkmenistan
19. ARB/08/19, Karmer Marble Tourism Construction Industry and Commerce Limited Liability Company – Georgia
20. ARB/08/2, ATA Construction, Industrial and Trading Company - Hashemite Kingdom of Jordan

21. ARB/02/5, PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi - Republic of Turkey
22. ARB/06/16, Barmek Holding A.S. - Republic of Azerbaijan
23. ARB(AF)/06/1, Sistem Mühendislik İnfaat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi - Kyrgyz Republic
24. ARB/03/29, Bayındır İnfaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. - Islamic Republic of Pakistan
25. ARB/05/16, Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. - Republic of Kazakhstan

b) Devam Eden Davalar:

1. ARB/23/36, Inversiones y Desarrollos Energéticos, S.A. - Kingdom of Saudi Arabia
2. ARB/22/16, Ozkartallar Infaat Sanayi Ve Ticaret A.S. and Campak Temizlik Bilgi İşlem Otomasyon Sağlık Hizmetleri İletişim Sanayi Ve Ticaret A.S. - Islamic Republic of Pakistan
3. ARB/21/48, Afriland First Group SA and others - Islamic Republic of Pakistan
4. ARB/21/32, Mehmet Zeki Obuz and others - Republic of Uzbekistan
5. ARB/21/23, İmeks İnfaat Makina Elektrik Konstrüksiyon Sanayi Limited Sirketi – Turkmenistan
6. ARB/17/24, Bursel Tekstil Sanayi Ve Dis Ticaret Anonim Sirketi, Burhan Enuştekin and Selim Kaptanoğlu - Republic of Uzbekistan
7. ARB/17/20, First Majestic Silver Corp. - United Arab Emirates
8. ARB/16/7, Attila Doğan Construction & Installation Co. Inc. - Sultanate of Oman

b. Davalı Olunan Davalar:

a) Tamamlanan Davalar

1. ARB/18/46, Westwater Resources, Inc. - Republic of Türkiye
2. ARB/18/18, İpek Investment Limited - Republic of Türkiye
3. ARB/18/4, Cascade Investments NV - Republic of Turkey
4. ARB/15/26, Nabucco Gas Pipeline International GmbH in Liqu. - Republic of Turkey
5. ARB/11/28, Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. - Republic of Turkey
6. ARB/08/13, Alapli Elektrik B.V. - Republic of Turkey

7. ARB/07/20, Saba Fakes - Republic of Turkey
8. ARB(AF)/07/2, Europe Cement Investment and Trade S.A. - Republic of Turkey
9. ARB/06/8, Libananco Holdings Co. Limited - Republic of Turkey
10. ARB(AF)/06/2, Cementownia "Nowa Huta" S.A. - Republic of Turkey
11. ARB/04/21, Motorola Credit Corporation, Inc - Republic of Turkey
12. ARB/02/5, PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi - Republic of Turkey

b) Devam Eden Davalar

1. ARB/21/61, Inversiones y Desarrollos Energéticos, S.A. - Republic of Türkiye
2. ARB/21/33, Alamos Gold Holdings Coöperatief U.A. and Alamos Gold Holdings B.V. - Republic of Türkiye
3. ARB/20/36, Akfel Commodities Pte. Ltd. and I-Systems Global B.V. - Republic of Türkiye

Şimdi yukarıda saydığımız davalardan bazılarını özel olarak inceleyeceğiz.

2.2.4.2. Somut Dava Örneklerinin İncelenmesi

a. DAVA 1: “ICSID Case No. ARB(AF)/06/2” referans numaralı dava / Libananco Holdings ve Türkiye Cumhuriyeti Tahkimi⁵⁶⁴ ve Değerlendirmelerimiz

a) Hakem Heyeti

ICSID Tahkim Merkezinde çözülen davalardan biri, Cementownia "Nowa Huta" SA v. Türkiye Cumhuriyeti (I) başlıklı, ARB(AF)/06/2 numaralı davasıdır. Yargılamada uygulanan hukuk, ICSID Tahkim Ek Tesis Kuralları 2006’dır. Hakem heyeti 3 kişiden oluşturulmuştur. Bu hakemlerden biri yabancı yatırımcı olan davacı NOWA HUTO S. A.’nin atadığı Kanadalı hakem Marc Lalonde’dır.⁵⁶⁵ Diğer hakem, ev sahibi devlet olan Türkiye Cumhuriyeti’nin atadığı Kanadalı hakem J. Christopher Thomas’tır.⁵⁶⁶ ICSID kuralları uyarınca atanan üçüncü ve aynı zamanda tahkim heyetinin başkanı olan hakem ise İsveçli Pierre D. Tercier’dır.⁵⁶⁷

b) Taraflar

⁵⁶⁴ [Cementownia - Türkiye \(I\), Ödül, 17 Eylül 2009 \(jusmundi.com\)](#), E.T.: 15.08.2023.

⁵⁶⁵ Hakem hakkında detaylı bilgi için bkz.: [Marc Lalonde | Jus Connect by Jus Mundi](#), E.T.: 15.08.2023.

⁵⁶⁶ Hakem hakkında detaylı bilgi için bkz.: [Christopher Thomas - Türkiye | Jus Mundi tarafından Jus Connect](#), E.T.: 15.08.2023.

⁵⁶⁷ Hakem hakkında detaylı bilgi için bkz.: [Pierre Tercier | Jus Connect by Jus Mundi](#), E.T.: 15.08.2023.

İşbu davada davacı taraf yabancı yatırımcı, Polonya menşeli bir tüzel kişisidir. Şirket, Cementownia, Polonya merkezli kurulmuştur. Şirketin unvanı, Nowa Huta S. A.' dır.

Davalı taraf ev sahibi devlet ise Türkiye Cumhuriyeti devletidir.

c) Davanın Konusu

Davanın konusu, davacının 30 Mayıs 2003 tarihinde hisselerini satın aldığını iddia ettiği Çukurova Elektrik A.Ş. (bundan sonra ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk A.Ş. (bundan sonra KEPEZ) hakkında Türkiye Cumhuriyeti'nin aldığı tedbirlerle ilgilidir.

Davacı şirket, Türkiye Cumhuriyeti'nin ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait imtiyaz sözleşmelerini tek taraflı geçersiz kıldığı ve haksız kamulaştırma yaptığı iddiası ile konuyu ICSID Tahkim Yargılamasına taşımıştır. Ancak davacı yargılamanın ilerleyen safhalarında, yasal olarak hisse senetlerine sahip olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle 25 Mart 2009 tarihli dilekçesi ile talebini değiştirecek ve tahkim başvurusunun yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmesini talep edecektir.

Davalı ev sahibi devlet Türkiye ise yargılamanın yetki ve esas olarak ayrılmasını talebinde bulunmuştur. Uyuşmazlığın, hakem heyetinin yetkisi kapsamında olmadığını, davacının hileli işlemler gerçekleştirerek ICSID tahkim usulünü kötüye kullanmakta olduğunu, Cementownia şirketinin yatırımcı sıfatına sahip olmadığını, davacının dava ve taraf ehliyetinin olmadığını belirterek uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Yargılamanın ilerleyen safhalarında da 09 Şubat 2009 tarihindeki yetki konulu dilekçesinde, davacının tüm taleplerinin reddini, tahkim başvurusunun dayanaksız olduğunun ve davacı tarafından gerçek dışı belgeler kullanıldığının kararda yazılmasını, tarafına faizi ile maddi tazminatın ve yargılama masraflarının ödenmesini talep etmiştir.

d) Somut Olay

ÇEAŞ, merkezi Adana'da bulunan Türkiye menşeli bir şirkettir. 24 Aralık 1952 tarihinde Adana Ticaret Sicili'ne kaydı yapılmıştır. ÇEAŞ, dikey entegre elektrik tesisleri, elektrik santralleri ve Dünya Bankası kredileri ile finanse edilen enerji santrallerinin ve ilgili tesislerin inşası ve işletilmesi amacıyla özel mülkiyete açık bir anonim şirket olarak kurulmuştur. Kurulduğu sırada Türkiye, ÇEAŞ'ın hisselerinin yaklaşık %35'ini devlet kurumları ve şirketleri aracılığıyla kontrol etmektedir. 2003 tarihinde ÇEAŞ, elektrik hizmetleri, elektrik enerjisi dağıtımı, elektrik iletimi ve satışı alanlarında faaliyet göstermekteydi.

KEPEZ, merkezi Antalya'da bulunan Türkiye menşeli bir hidroelektrik şirkettir. 1953 yılında entegre elektrik tesislerinin işletme amacıyla kurulmuş bir anonim şirkettir. KEPEZ kurulduğunda, Türkiye hisselerinin yaklaşık %40'ını, devlet kurumları ve şirketleri kontrol etmekteydi.

Davaya konu her iki şirket de Türkiye yasalarına göre tescillidir. Faaliyetleri, T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (bundan sonra Bakanlık) ile imzalanan İmtiyaz Anlaşmalarına dayanmaktadır. 1953 yılında ÇEAŞ'a, Türkiye'nin güneyindeki üç bölgede elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve pazarlanması için imtiyaz tanınmıştır. 1956'da da KEPEZ'e, Antalya bölgesi ve Türkiye'nin güney merkezi bölgesi için eşdeğer bir imtiyaz verilmiştir.

1970 yılında, Türkiye'deki tüm elektrik endüstrisi faaliyetlerinin, yeni kurulan devlete ait ve devlet tarafından işletilen Türkiye Elektrik Şirketi'nde toplanmasına karar verildi. Ancak istisnai olarak ÇEAŞ ve KEPEZ, İmtiyaz Anlaşmaları uyarınca faaliyetlerine devam edebilmişlerdir.

1984 yılında, Türk enerji sektörünün serbestleştirilmesi amacıyla 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kurumlara Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Emanet Verilmesi Hakkında Kanun başlıklı yeni bir kanun çıkarılmıştır. Bu yasa, özel tarafların hükümetle "yetkilendirme anlaşmaları" yapmasına izin verdiğinden ÇEAŞ ve KEPEZ, İmtiyaz Anlaşmalarının yetkilendirme anlaşmalarına dönüştürülmesi için başvuruda bulunmuştur. Bu yeni anlaşmalar 1988 yılında imzalanmıştır.

1992 yılında Türkiye, ÇEAŞ'ta kalan %11,25 ve KEPEZ'deki %25,39 oranındaki hisselerini ihale sürecinde yerli ve yabancı yatırımcılara sunarak özelleştirme kararı almıştır. 81 milyon Amerikan doları karşılığında ÇEAŞ hisseleri ve 33 milyon Amerikan doları karşılığında da KEPEZ hisseleri, Uzan ailesine ait bir aile şirketi olan "Rumeli Elektrik Yatırım A.Ş." ye satılmıştır.

9 Mart 1998'de ÇEAŞ ve KEPEZ, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile kendilerine elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve pazarlanması için imtiyaz hakları veren yeni İmtiyaz Anlaşmaları "1998 İmtiyaz Anlaşmaları" imzalamışlardır. Bu anlaşmalar, imtiyazların yerine getirilmesinde kullanılan tesislerin Devlet malı olarak kalmasını ve imtiyazlar sona erdikten sonra Devlete geri döneceğini öngörmüştür.

20 Şubat 2001 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Birliği'ne katılım ortaklığı faaliyetleri kapsamında 20 Şubat 2001'de yeni bir Elektrik Piyasası Kanunu yürürlüğe

koymuştur.⁵⁶⁸ Kanuna göre iletim şebekesinin tamamı, Devlete ait olan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (bundan sonra TEİAŞ) tarafından işletilecektir. ÇEAŞ ve KEPEZ de dahil olmak üzere dikey olarak entegre olmuş şirketler artık TEİAŞ'a emanet edilecek olan iletim faaliyetinde bulunamayacaklardır.

28 Kasım 2002 tarihinde yürürlüğe giren Elektrik Piyasası Kanununun Yönetmeliği uyarınca, ÇEAŞ ve KEPEZ kategorisindeki firmaların 31 Aralık 2002 tarihine kadar iletim tesislerini TEİAŞ'a devredeceği düzenlenmiştir.

30 Aralık 2002 tarihinde, ÇEAŞ ve KEPEZ, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na yukarıda belirtilen Yönetmeliğe itiraz eden mektuplar göndermişlerdir. ÇEAŞ ve KEPEZ mektuplarında şunları belirtmiştir:

- ÇEAŞ ve KEPEZ'i imtiyazlarından feragat etmeye zorlamak yasadışı olacaktır;
- 1998 İmtiyaz Anlaşmaları, imzalanmadan önce Danıştay tarafından gözden geçirilmiş ve onaylanmıştır;
- İdare, imzalanan İmtiyaz Sözleşmelerini tek taraflı olarak kaldırma hakkına sahip değildir,
- ÇEAŞ ve KEPEZ, 2058 yılına kadar imtiyaz alanlarında elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını için kendi sermayeleriyle imtiyaz anlaşmaları uyarınca yatırımlar yapma hakkına sahiptir,
- 4628 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği Türk Anayasası'nı ihlal etmektedir,
- Yukarıda belirtilen Yönetmeliğe dayanılarak iletim hatlarının ve tesislerinin devri talebinin herhangi bir tazminat sağlanmadan yapılacak olması hukuka aykırılıktır,
- Devlet, İmtiyaz Anlaşmalarını değiştirmek için doğru prosedürü izlememektedir zira doğru prosedür, Danıştay'ın gözden geçirmesi ve onayı ve tarafların rızasını gerektirmektedir.

Bakanlık, 10 Şubat 2003 tarihinde, sırasıyla ÇEAŞ ve KEPEZ'e gönderdiği benzer iki yazıda, şirketlerin iletim tesislerini ve haklarını 31 Aralık 2002 tarihinden önce TEİAŞ'a devretmeyerek yasal yükümlülüklerini ihlal ettiklerini değerlendirdiğini belirtmiştir. Bu varlıkların TEİAŞ'a devredilmesi için 28 Şubat 2003 tarihine kadar yeni bir tarih belirlenmiştir. Bakanlık tarafından şirketler, 28 Şubat 2003 tarihine kadar devrin

⁵⁶⁸ ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMUNUN TEŞKİLAT VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN (1)(2) Kanun Numarası : 4628 Kabul Tarihi : 20/2/2001 Yayımlandığı R. Gazete : Tarih : 3/3/2001 Sayı : 24335.

gerçekleşmemesi halinde 1998 tarihli İmtiyaz Sözleşmesi'nin sona ereceği konusunda uyarılmıştır.

Davacıya göre, bu uyarı ile harekete geçen şirket ortaklarından biri olan Kemal UZAN, ÇEAŞ'daki toplam sermayesinin %12,23'ünü; KEPEZ'deki toplam sermayesinin de 10.74 oranını, 30 Mayıs 2003 tarihinde kendilerine devretmiştir. Davacı, işlemin Kemal Uzan ile Cementownia Yönetim Kurulu Başkanı Jerzy Capiela arasındaki bir telefon görüşmesi sırasında gerçekleştirildiğini iddia etmektedir. Uzan'ın ilgili hisse alım sözleşmelerini 30 Mayıs 2003 tarihinde İstanbul'da imzaladığı, Capiela'nın da Krakow'da imzaladığı iddia edilmektedir. Hisselerin devri ile ilgili olarak, devredilen hamiline yazılı payları temsil eden pay senetlerinin Cementownia'ya teslim edildiği beyan edilmektedir. Uzan'a göre, Rumeli Grubu'nun güvenilir çalışanları, hisseleri Cementownia'nın Krakow ve Viyana'daki banka mevduatlarına bizzat taşımışlardır.

Türkiye Devleti, ÇEAŞ ve KEPEZ'in tesislerini devretmedikleri ve imtiyaz sözleşmelerini ihlal ettikleri gerekçesiyle imtiyaz sözleşmelerini tek taraflı olarak feshetmiştir. Bundan sonra şirket malları devlet malı sayıldıkları için mallar haczedilmiştir. Ayrıca şirketlerin yazışma ve muhasebe evraklarına Türkiye tarafından el koyulmuştur. Bu gelişmelerden sonra davacı şirket Cementownia, tahkim başvurusunda bulunmuştur. Başvuruda, ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerinin hisselerinin bir kısmını 30 Mayıs 2003 tarihinde devraldığını iddia etmiştir. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin davalı ev sahibi devlet tarafından tek taraflı olarak feshedildiğini ve bu sebeple zarara uğradığını iddia etmiş ve 4.648.157.411 (Dört Milyar Altı yüz Kırk sekiz Milyon Yüz elli yedi Bin Dört yüz on bir) Amerikan doları tazminat talep etmiştir.

Davalı Türkiye Cumhuriyeti ise davacı Cementownia'nın yatırımcı sıfatını taşımadığını, hisse senetlerinin geçerli şekilde satın alındığı ve devredildiği iddialarının gerçeği yansıtmadığını, davacının işbu somut uyuşmazlıkta dava ve taraf ehliyetine sahip olmadığını belirterek davacının tüm taleplerinin reddini ve uğradığı zararın tazminini talep etmiştir.

e) Yargılama Süreci

Cementownia davasında ICSID Tahkim Yargılaması özetle şu şekilde ilerlemiştir:

1. 28 Ekim 2006 tarihinde Cementownia tahkim talebinde bulunmuştur.
2. 16 Kasım 2006 tarihinde, Cementownia'nın ICSID Tahkimine başvurusu, Genel Sekreterlik tarafından tescil edilmiştir.

3. 31 Ocak 2007 tarihinde, Davacı, Marc Lalonde'yi hakem olarak atamıştır. Davalı da 14 Şubat 2007 tarihinde, J. Christopher Thomas'ı seçerek hakemini atamıştır. Her iki hakem de kendi atamalarını kabul etmiştir.

4. 21 Şubat 2007 tarihinde Davalı, ICSID'den henüz atanmamış hakemi atamasını talep eden Tahkim (Ek Tesis) Kurallarının 6 (4) Maddesine başvurmuştur. 7 Mayıs 2007 tarihinde, Taraflarla yapılan istişarelerden sonra, ICSID Yönetim Konseyi Başkanı, Prof. Pierre Tercier'i üçüncü başkanlık hakemi olarak atamıştır. Prof. Pierre Tercier, 8 Mayıs 2007 tarihinde atamayı kabul etmiştir.

5. 11 Mayıs 2007 tarihinde Hakem Heyeti, Merkezin Tahkim (Ek Tesis) Kurallarının 13 (1) Maddesine uygun olarak kurulmuştur.

6. 23 Mayıs 2007 tarihinde Merkez, her bir Taraftan dava masraflarını karşılamak için 75.000 ABD doları tutarında bir miktar ödemesini talep etmiştir. Her iki taraf da avans ödemelerini yapmıştır.

7. 23 Ağustos 2007'de, hakem heyeti ilk oturumunu Paris'te gerçekleştirmiştir. Davacı, Prof. Dr. Kaj Hobér, Jakob Ragnwaldh ve Mannheimer Swartling Advokatbyrå'dan Dr. Nils Eliasson tarafından temsil edilmiştir. Davalı, Freshfields Bruckhaus Deringer'den Jan Paulsson, Lucy Reed ve Brian King, Coşar Avukatlık Bürosu'ndan Arzu Coşar ve Utku Coşar ile Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan Sami Demirbilek, Mustafa Çetin ve Pelin Güdüllüoğlu tarafından temsil edilmiştir. Taraflar, Mahkeme'nin ICSID Tahkim (Ek Tesis) Kurallarına uygun olarak 11 Mayıs 2007'de uygun şekilde oluşturulduğu ve herhangi bir üyesinin atanmasına itirazları olmadığı konusunda hemfikir olduklarını teyit etmişlerdir.

Hakem heyeti bu oturumda ücret ve giderleri, avans ödemeleri, duruşma kayıtları, iletişim araçları, Mahkeme kararları, tahkim dili, tahkim yeri gibi usul işlemlerinin nasıl yapılacağını, dilekçe teatisinin tarihlerini ve sonraki duruşma tarihleri gibi konularda karar vermiştir.

8. 18 Aralık 2007 tarihinde davacı, davalının davaya konu belgeleri saklaması konusunda tedbir talebinde bulunmuştur.

9. Aynı gün 18 Aralık 2007 tarihinde davalı da, davacının dava giderleri için teminat vermesini, ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisse senetlerinin satın alma sözleşmeleri veya diğer sözleşmelerini, Cementownia'nın ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisseleri satın almasının finansmanı için herhangi bir teminat veya teminatı kanıtlayan kredi sözleşmelerini ve

belgelerini, hisse senetlerinin Cementownia'ya nakliyesi ve teslimi kayıtlarını ve Cementownia'nın 2003-2006 yılları arasındaki vergi beyannamelerini sunmasını talep etmiştir. Ayrıca davalı, davacının iddia ettiği ÇEAŞ ve KEPEZ hisse senedi yüzdesine, meşru olarak sahip olduğunu kanıtlayana kadar yargılama işlemlerinin askıya alınmasını talep etmiştir.

10. 25 Ocak 2008 tarihinde hakem heyeti 1 No'lu Usul Kararını vermiştir. Kararda, davalının, davacının belge sunması ve yargılama giderleri için teminat göstermesi talepleri reddedilmiştir.

11. 28 Mart 2008 tarihinde hakem heyeti 3 No'lu Usul Kararını vermiştir. Kararda, tarafların dilekçe teatilerinin tarihleri belirlenmiştir.

12. 21 Mayıs 2008 tarihinde Merkez Sekreteryası, her bir tarafın 100.000 ABD doları tutarında bir avans daha ödemesini talep etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu talebe uymuştur.

13. 26 Mayıs 2008 tarihinde Paris'te belge ikamesi ve teminat konularıyla ilgili duruşma yapılmıştır.

14. 29 Mayıs 2008'de Hakem heyeti, 5 No'lu Usul Kararını vermiştir. Kararda davacının şirket hisseleri, defter ve belge ikameleri hakkında beyanda bulunmasına ve bu beyanların tarihleri hakkında çeşitli kararlar verilmiştir.

15. 5 Haziran 2008 tarihinde Davacı şu beyanda bulunmuştur: Eski hisse sertifikalarının artık Cementownia'nın elinde olmadığı, Cementownia, 29 Ekim 2006 tarihli hissedarlar toplantısının diğer tutanaklarının üretim için uygun olup olmadığını araştırıldığı, hisse sertifikalarının banka kasasında saklandığı, bu yüzden makbuz veya envantere kayıtlı olmadığı, sertifikaların taşınmasını yapan kişilerin uçak bileti ve pasaportları ile ilgili olarak, bunların mevcut olmadığı veya Cementownia'nın mülkiyetinde veya kontrolünde olmadığı, Türk devletinin satın almayı kanıtlayabilecek herhangi bir onay aramamış olduğunu belirtip defter ve belge ikamesine itirazlarını iletmiştir.

16. 16 Haziran 2008 tarihinde davalı, davacının beyanlarına itiraz etmiştir.

27. 16 Haziran 2008 tarihinde Hakem heyeti, 6 No'lu Usul Kararını vermiştir. Taraflar, asıl belgelerin ikamesi için anlaşmaya davet edilmiştir. Anlaşamazlarsa kararın heyet tarafından verileceğini belirtmiştir. Heyet, davacının hisse senedi asıllarının elinde olmadığı yönündeki beyanını kabul etmiştir.

18. Bazı belge ikamelerinin yapılması yönündeki davalı talebi doğrultusunda davacıya 8 Temmuz 2008 tarihine kadar süre verilmiştir. Heyet davacının yatırımcı sıfatına sahip olduğunun kabul edilmesi için ilgili tarihlerde ÇEAŞ ve KEPEZ'in hisselerine sahip olduğunu kanıtlamak zorunda olduğunu belirtmiş ve bunu gösteren belgeleri ibraz etmesi gerektiğini tekrar vurgulamıştır. Davacı şirket ise bazı belgeler üzerinde kontrolü olmadığını iddia etmiş ve bu belgelerin ibrazı talebini reddetmiştir. Ancak hakem heyeti, Kemal Uzan'ın beyanlarından yola çıkarak davacının bu belgelere erişim imkanının olduğunu anlaşıldığı yorumuna varmış, belgeleri ibraz etmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

19. 23 Haziran 2008 tarihinde Davacının avukatı, Hakem Heyetine herhangi bir sebep belirtmeksizin, Davacıyı temsil etmekten derhal geçerli olmak üzere istifa ettiğini bildirmiştir.

20. 30 Temmuz 2008 tarihinde Hakem Heyeti 7 No'lu Usul Kararını vermiştir. Kararda, avukatın belirlenmesi ve bilgilendirme için davacıya 45 günlük süre verilmiştir. Ayrıca hisse senedi sertifikasının teslim edilmesi konularında da karar verilmiştir.

21. 22 Eylül 2008 tarihinde Hakem Heyeti 8 No'lu Usul Kararını vermiştir. Bu kararda, davacının avukatını 15 Ekim 2008 tarihini geçmeden belirlemesi, bundan sonra emanet sözleşmesini imzalaması hakkında ve belge teslimleri hakkında çeşitli hükümler yer almıştır.

22. 15 Ekim 2008 tarihinde Davacı Hakem Heyetine avukat seçiminin son aşamasında olduğunu bildirmiş ve bu nedenle 30 günlük bir süre uzatma talep etmiştir.

23. 23 Ekim 2008 tarihinde, Hakem Heyeti 9 No'lu Usul Kararını vermiştir. Karar aynı yöndeki hakem kararlarını ısrarla gerçekleştirilmeyen davacıya tekrar niteliğinde bir karardır. Bu kararda farklı olan kısım, tarih olarak davacıya tanınan sürenin 14 Kasım 2008 olarak güncellenmiş olmasıdır.

24. 4 Aralık 2008 tarihinde davacı, Hakem Heyetinin emirlerine uyamayacağı sonucuna varmış ve bu nedenle haklarına hanel getirilmeksizin davanın durdurulmasını istemiştir.

25. Davalı, davacının taleplerine karşı çıkarak 16 Aralık 2008 tarihinde esas ve yetki konularının ayrıldığını ifade etmiş ve erken tarihli bir duruşma yapılarak yetki itirazları hakkında karar verilmesini istemiştir.

26. 18 Aralık 2008 tarihinde Hakem Heyeti 10 No'lu Usul Kararını vermiştir. Heyet bu kararda davanın devam ettiğini belirtmiş ve 100.000 Amerikan doları kadar avans

yatırılmasına karar vermiştir. Ancak davacı ödeme yapmamıştır. Bunun sonrasında davalı, davacının yerine ödeme yapmak istediğini belirterek 16 Ocak 2009' da ödemeyi yapmıştır.

27. 22 Ocak 2009 tarihinde Hakem Heyeti 11 No'lu Usul Kararını vermiştir. Heyet bu kararında, davalının yetki itirazlarını bekletici mesele olarak inceleyeceğine, davanın esasının tahkim kurallarının 45/4. maddesi uyarınca bekletilmesine ve dilekçe teatisinin tarihlerine karar vermiştir.

28. 9 Şubat 2009 tarihinde Davalı, Hakem Heyetinden aşağıdaki tedbiri vermesini talep ettiği yargı yetkisine ilişkin dilekçesini sunmuştur. Bu dilekçe ile Cementownia'nın iddiasının tamamen reddi ile davacının davasının reddini, Cementownia'nın iddiasının açıkça temelsiz olduğuna ve gerçek olmayan belgeler kullanılarak ileri sürüldüğüne dair bir beyan yazılmasını, maddi tazminat ve tahkim masraflarını ödemesine karar verilmesi taleplerinde bulunmuştur.

29. Davacı 21 Şubat 2009 tarihinde hakem heyetine, hisse senetlerinin ibraz edilmediği gerekçesi ile dava yetkisizlikten reddedilirse bu karara karşı çıkmayabileceklerini belirtmiştir. Davacı ayrıca Hakem Heyeti Başkanı'nın, Davalının avukatlarından biri olan Bay Jan Paulsson ile başka bir ICSID davasında hakem olarak yer aldığını ve Ankara'da düzenlenen tahkim seminerine katıldığını açıklamadığını iddia etmiştir. Bu nedenle Davacı, tahkim işlemlerinin de bu gerekçeyle reddedilmesini veya durdurulmasını istemiştir.

30. 25 Mart 2009 tarihinde davalı, yetkisizlik kararının, davacı tarafından ÇEAS ve KEPEZ hisse senetlerinin yasal olarak alındığının ispatlanamaması sebebine dayanarak verilmesini talep etmiştir.

31. 6 Mayıs 2009 tarihinde Paris'te Davalının yargı yetkisine ilişkin itirazları ile ilgili bir duruşma yapılmıştır. Daha önce duruşmaya katılacağını bildirmesine rağmen, Davacının hiçbir temsilcisi katılmamıştır. Davalı ise Jan Paulsson, Lucy Reed, Brian King, Noah Rubins ve Freshfields Bruckhaus Deringer'den Jonathan Gass; Coşar Avukatlık Bürosu'ndan Arzu Coşar, Utku Coşar, Alper Arslan ve Özge Bilgi ve Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan Selahattin Çimen, Budak Dilli, Mustafa Çetin ve Sevim Argun tarafından temsil edilmiştir. Hakem Heyeti, Davacının yokluğuna dikkat çekmiştir. Hakem Heyeti, bilirkişi Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar'ı dinlemiş ve kendisine sorular yöneltmiştir. Davalı yasal başvurularını yapmıştır.

Duruşmanın sonunda, Hakem Heyeti her iki Tarafı da masraf beyanlarını 8 Haziran 2009 tarihine kadar dosyalamaya davet etmiştir.

32. 27 Mayıs 2009 tarihinde Davacı masraf beyanını sunmuştur. Davacının iddia ettiği toplam masrafları ve ücretleri 1.288.449,95 ABD dolarıdır.

33. 4 Haziran 2009 tarihinde Davacı, Tahkim Mahkemesine, Cementownia'nın "16 Haziran 2009 tarihine kadar Sayın Mahkemeye Yargı Konularında çok önemli bir dosyalama" yapmayı planladığını bildirmiş ancak herhangi bir dosya sunmamıştır.

34. 26 Haziran 2009'da Hakem Heyeti, 12 No'lu Usul Kararını vermiştir. Kararda, davacının dilekçesini sunması için süre verilmiştir, emanet sözleşmesini imzalaması istenmiş ve eğer bunlar yerine getirilmezse bu yönde yeni bir dilekçe sunma hakkı verilmeyeceği ve karar aşamasına geçileceği uyarısı yapılmıştır. Ancak usul kararı uyarınca verilen bu sürede davacı ilgili dilekçesini sunmamıştır.

35. 6 Temmuz 2009 tarihinde Davacı herhangi bir başvuruda bulunmamıştır. 12 No'lu Usul Emri uyarınca, Hakem Heyeti 7 Temmuz 2009 tarihinde Davacıya daha fazla başvuruda bulunma talebinin reddedildiğini bildirmiştir.

36. Yargılama, 1 Eylül 2009 tarihinde kapatılmıştır. Heyet yargılamanın kapatılması sonrasında kararını vermiştir.

f) Karar

Davacı, mevcut tahkim sürecini 28 Eylül 2006 tarihinde başlatmış, Tahkim Talebi ICSID tarafından 16 Kasım 2006 tarihinde tescil edilmiş, Hakem Heyeti 11 Mayıs 2007 tarihinde kurulmuştur. Taraflar, üyelerinin atanmasına herhangi bir itirazda bulunmamışlardır.

Yargılama, ICSID Tahkim (Ek Tesis) Kurallarına uygun olarak yürütülmüştür. Davalının talebini takiben Hakem Heyeti, 11 No'lu Usul Emrinde, yargılamanın yargı yetkisiyle ilgili sorular ile esasa ilişkin sorular arasında çatallanacağına karar vermiştir. Taraflar, Mahkemenin ilk oturumunda Uluslararası Ticari Tahkimde Delillerin Alınmasına İlişkin IBA Kurallarının uygulanmasına karar vermişlerdir.

Yargılamada, bir dizi prosedürel adımlar ağırlık basmıştır. Özellikle geçici önlem talepleri, belgelerin üretimi için talepler, birkaç ardışık süre uzatımı için istekler öne çıkmıştır. Hakem Heyeti bu bağlamda her bir Tarafa, özellikle de Davacıya defalarca dinlenme fırsatı verildiğini düşünmektedir.

fa) Tahkim Talebi

Davacının tahkim talebi değerlendirildiğinde talep şu unsurlara dayanmaktadır: Hem yabancı yatırımcının menşei ülkesi olan Polonya hem de ev sahibi devlet konumunda olan Türkiye, Enerji Şartı Antlaşması'nın taraflarıdır. EŞA'nın 44. maddesi uyarınca EŞA, Türkiye Cumhuriyeti için 4 Temmuz 2001 tarihinde, Polonya Cumhuriyeti için ise 23 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle EŞA, her iki Devlet için de yürürlükte ve geçerli bir antlaşmadır. Ayrıca EŞA, davaya konu yabancı yatırımın korunmasının bazı önlemler ile ihlal edildiği iddia edilen eylemlerin gerçekleştiği sırada da her iki ülkede yürürlükteydi.⁵⁶⁹

Davacı, iddiasını EŞA'nın III. Bölümü uyarınca sunmuştur. Davacıya göre Davalı, 1998 İmtiyaz Sözleşmelerini 13 Haziran 2003 tarihinde feshederek aşağıdaki EŞA hükümlerini ihlal etmiştir:

- Madde 10(1): Diğer Akit Tarafların yatırımcılarının yatırımlarının en sürekli koruma ve güvenliğe sahip olacağını ve hiçbir Akit Tarafın makul olmayan veya ayrımcı önlemlerle bunların yönetimini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını veya elden çıkarılmasını hiçbir şekilde bozmayacağını öngören hüküm ve

- Madde 13: Yatırımların kamulaştırılmayacağını veya belirli koşullar dışında kamulaştırma veya kamulaştırmaya eşdeğer etkiye sahip bir önlem veya tedbire tabi tutulamayacağını öngören hüküm.

Hakem heyeti tahkim talebi ve tarafların iddia ve taleplerini şöyle değerlendirmiştir:

Bir yatırım antlaşması uyarınca uluslararası yargı yetkisine erişmek isteyen bir yatırımcının, ilgili zamanda, yani iddiasının dayandığı olayların gerçekleştiği anda yatırımcı olduğunu kanıtlaması gerektiği tartışmasızdır. Bu bağlamda Hakem Heyeti, diğerlerinin yanı sıra, Davacının iddia ettiği tarihte iki Türk şirketinde gerçekten herhangi bir menfaat elde edip etmediği sorusuna ilişkin Taraflardan sunumlar almış ve 1 Ocak 2008 tarihli Usul Kararını vermiştir:

"- Davalı tarafından talep edilen belgelerin, iddianın bazı dayanaklarına, özellikle de Davacının yatırımcı olarak kabul edilme hakkına karar vermek için gerekli olduğu tartışılmaz. Nitekim, Davacı, Çukurova Elektrik A.Ş. (CEAS) ve Kepez Elektrik Türk A.A. (Kepez) hisselerinin mülkiyetini ve/veya kontrolünü ilgili tüm zamanlarda kanıtlayamazsa, bu durum itibarsız olur ve Hakem Heyeti de yargı yetkisinden yoksun kalır."

⁵⁶⁹ www.encharter.org, E.T.: 28.10.2023.

Yabancı yatırımcı, Hakem Heyetinin yargı yetkisini onaylaması için gerekli tüm koşulları kanıtlamalıdır. Bu bağlamda ilk koşul, davacı tarafından iddia edilen kamulaştırma sırasında Davacının hisse senetlerine sahip olmasıdır. Bu nedenle Davacı şunları kanıtlamalıdır:

- ÇEAŞ ve KEPEZ'in hisse senetlerini etkin ve geçerli bir şekilde aldığını ve
- Bunları iddia edilen kamulaştırmadan önce, yani 12 Haziran 2003'ten önce satın aldığını ve bu tarihte hala hisselerin sahibi olduğunu.

Davacı, Hakem Heyetinin bu gerekçesine itiraz etmemiştir. Bununla birlikte Hakem Heyetinin kararını, orijinal hisse senetleri sunulamadığı için talebin reddi gerektiğine dair basit bir ifadeyle sınırlaması gerektiğini düşünmektedir. Davalı, konuyu farklı bir şekilde ele alarak Hakem Heyetinden yalnızca Davacının orijinal hisse senetlerini sunamaması konusunda değil, aynı zamanda onun tarafından gündeme getirilen tüm yargı konularında da karar vermesini talep etmektedir.

Hakem Heyeti, görüşünü dört madde halinde sunmuş ve görüşleri doğrultusunda iddia ve delillerin değerlendirilmesine geçmiştir. Hakem Heyeti'nin görüşleri şu şekildedir:

- a) Taraflardan birinin, karar vermesi gereken konularda Hakem Heyetini yönlendiremeyeceği açıktır. Tüm yargı konuları Hakem Heyetine havale edilmiştir ve bu nedenle karar vermesi gereken konuları tespit etmek Hakem Heyetine düşmektedir.
- b) Davacının talebi reddetme talebi, talebin geri çekilmesine benzer. Hakem Heyeti, önyargısız olarak alınan bir kararla talebin geri çekilmesini kabul ederse Davacının yeni bir mahkemeyi esasa ikna etme umuduyla aynı temelde yeni bir talepte bulunmasına imkân sağlayacaktır. Tahkim (Ek Kolaylık) Kuralları'nın 50. maddesi uyarınca, bir talep sadece karşı tarafın rıza göstermesi sonucunda geri çekilebilir. Diğer taraf, kendi nedenleriyle, Hakem Heyetinden uyuşmazlık veya en azından belirli konularda karar vermesini talep etmeyi gerekli bulabilir. Bu, Davalının Hakem Heyeti'nin söz konusu yargı konularında karar vermesini talep etmek için yasal bir çıkarı olduğu sürece tam olarak eldeki durumdur.
- c) Tahkim (Ek Tesis) Kurallarınının 52 (1) (i) Maddesi, Hakem Heyetinin her talep hakkında karar vereceğini belirtir. Bununla birlikte bu, Hakem Heyetinin, ortaya atılan her bir iddia veya itirazla ilgili olarak yapılan her bir argümanı Kararında açıkça ele alması gerektiği anlamına gelmez. Ancak duruma göre her bir iddia veya itirazı hangi temele dayandırdığına karar verirken tüm bu argümanları dikkate almalıdır.

d) Davacının yatırımcı olduğunu kanıtlama yükümlülüğü olmasına rağmen, Davalının yatırımcı olunmadığına dair kanıt sunmasını engelleyen hiçbir şey yoktur. Bu nedenle Hakem Heyeti, pay senetlerinin devri ve geçerliliği ile ilgili tüm soruları inceleyecektir.

fb) Hakem Heyeti Tarafından Payların Devrinin Değerlendirilmesi

Hakem Heyeti, hisselerin iddia edilen satış ve alım tarihinden önce, şikâyet edilen konuların Türk Devleti ve Türk vatandaşlarını ilgilendirdiğini ve bunların hepsinin münhasıran Türk hukuku çerçevesinde faaliyet gösterdiğini gözlemlemektedir. Enerji Şartı Antlaşması uyarınca ÇEAŞ ve KEPEZ'de Türk uyruklu holding hisseleri olan Kemal Uzan, kendi Devletine karşı uluslararası bir dava açmamıştır. Bu, yalnızca yabancı uyruklu bir kişinin yatırıma sahip olması veya yatırımı kontrol etmesi durumunda ortaya çıkabilir.

Davacı, yabancı uyruğa ve özellikle Enerji Şartı Antlaşması'na taraf başka bir Devletin uyruğuna sahiptir. Bu durumda ilgili taraf, eğer davaya konu iki şirkette gerçekten bir hisse alımı olmuşsa, satın alma tarihinden sonra meydana gelen konularla ilgili olarak uluslararası hukuku uygulayan uluslararası bir tahkime talepte bulunabilecektir. Ancak somut olayda Uzan'ın iki elektrik şirketindeki hisseleri yabancı şirket olan Davacıya devredilmemişse, Davalı devlet Türkiye karşısındaki hakları münhasıran Türk hukuku tarafından tanımlanacak ve Türk hukuk sistemi ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından sağlanan çarelere tabi olacaktır.

Hakem Heyeti, Davacının, iddiayı desteklediği söylenen belgelerin orijinallerini sunmasını gerektiren prosedürel kararlar vermiştir. Böylece ilgili belgelerin sahte olup olmadıklarını belirlemek için adli inceleme mümkün olacaktır.

Ancak orijinal hamiline yazılı hisse senetleri heyete sunulmamıştır. Davacı, bu senetlerin var olduklarını iddia etmiş ve Hakem Heyeti'nin bunların sunulması kararına uymak için birkaç kez söz vermiştir. Örneğin, Davacının 6 Eylül 2008 tarihli mektubu ve Davacının Mannheimer Swartling'in istifasından önce 5 Haziran 2008 tarihli Redfern Listesi hakkındaki yorumları ve Davacının 6 Eylül 2008 tarihli mektubu bu ifade ve sözleri içermektedir. Ancak Davacı, senetleri sunmamıştır.

Davacı, senetlerin tarafından sunulamamasını koşullu engelleme ile açıklamıştır: "Cementownia Nowa Huta, hem CEAS hem de Kepez'deki sahipliğini şüphe gölgesinin ötesinde kanıtlamak için tüm belgelere sahiptir ancak hukuk müşavirinin temsili olmadan böyle bir görevi kendi başımıza üstlenmek sadece adaletin bir travestisi olmakla kalmaz

aynı zamanda hissedarlarıma karşı güven görevlerimin ihlali anlamına gelir. Bununla birlikte, talep edilen orijinalerin üretimi, bu orijinalerin Taraflarca kararlaştırılacak depozitene güvenli ve emniyetli bir şekilde teslim edilmesine yönelik önlemlerin uygulanmasına tabidir.”

Davacı, 2005 yılında düzenlendiği iddia edilen orijinal hisse senetlerinin fotokopilerini dilekçesinde sunmuş olsa bile hisse senetlerinde fotokopilerden anlaşıldığı kadarıyla satın alma tarihi belirtilmediğinden, 30 Mayıs 2003 tarihinde tartışmasız bir satın alma kanıtı oluşturmamıştır.

Davacının avukatının istifasından sonra orijinalleri incelemeye sunacak durumda olmadığını ancak yine de hisseleri yasal olarak ilgili zamanda satın almakta ısrar ettiğini beyan etmiştir. Hakem Heyeti'nin tekrar tekrar süre uzatımına rağmen Davacı, Heyet'in bunu yapmak için tekrarlanan talimatının aksine hisselerine sahip olduğu ancak bu gerçeği kanıtlayamadığı yönündeki avukatı istifa ettiğinden beri sürdürdüğü pozisyonunu değiştirmemiştir.

Hakem Heyeti, bu uzatmaların bir hukuk meselesi olarak usul açısından adil ve doğru olduğuna inanmaktadır. Ancak uzatmalar sonsuza dek verilemez ve bir mahkemenin, itiraz eden bir tarafa yeterli süre ve bildirimden daha fazla süre ve bildirim verdikten sonra, diğer tarafın iddiayı reddetme başvurusunu, eklendiği gibi deliller ışığında değerlendirmesi gerektiğine karar vermesi de tamamen adildir. Hakem Heyeti, delil niteliğindeki mükemmelliğin sağduyu ve yargının düşmanı olmasına izin veremez. İddia edilen işlemlerin 30 Mayıs 2003'te hiçbir zaman gerçekleşmediği sonucuna varmak için yeterli delil vardır.

Hakem Heyeti, bu sonuca nasıl vardığı hakkında geçerli ve ikna edici kabul ettiği delilleri sırayla açıklamaktadır.

Hakem Heyeti'ne göre öncelikle hisse senetlerinin işlem tarihi ile ilgili olarak, birkaç tutarsızlık vardır. İlk olarak Davalı, Davalı aleyhine yürütülen bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra AİHM) davasında Uzan adına sunulan ve ÇEAŞ ve KEPEZ hisselerini Haziran 2003 sonuna kadar, yani İmtiyaz Sözleşmelerinin 12 Haziran'da feshedilmesinden sonra, Cementownia'ya devretmediğinin iddia edildiği delillerini eklemiştir. Ayrıca Davacı tarafından sunulan tek tanığın hisselerin iddia edilen tasarrufunun zamanlaması konusunda tutarsız ifadeleri vardır. Bu davada Uzan, hisseleri 30 Mayıs 2003 tarihinde devrettiğini, AİHM yargılamasında ise 30 Haziran 2003

tarihinden sonra devrettiğini iddia etmiştir. İki ifade bir arada duramayacak olup net çelişki içermektedir.

Davalı, Uzan'ın ifadesiyle çelişen başka bir ifadenin kanıtlarını da eklemiştir. 8 Eylül 2003 tarihinde ÇEAŞ hisselerini Cementownia'ya devrettiğini iddia ettikten yaklaşık üç ay sonra, ÇEAŞ, Danıştay 10. Dairesi'ne "şirketin yatırımlarının tamamen yerli sermayeye dayandığını" savunmuştur. Uzan'ın ÇEAŞ hisselerini Cementownia'ya devrettiğini iddia etmesinden yaklaşık üç ay sonra, ÇEAŞ hakkında Türk mahkemelerine, şirketin "tamamen" Türk vatandaşlarına ait olduğu beyanında bulunmuş olması, beyanlarını yine net bir çelişki içine sokmaktadır.

Uzan'a göre hisse devri anlaşması, 30 Mayıs 2003 tarihinde Cementownia'nın Yönetim Kurulu Başkanı Bay Jerzy Ciepela ile yaptığı bir telefon görüşmesi sırasında yapılmıştır: "İşlem, Cementownia'yı temsil eden Cementownia'nın yönetim kurulu başkanı Bay Ciepela ile telefonda gerçekleştirildi." Daha sonra "30 Mayıs 2003 itibariyle" dört adet tek sayfalık sözleşme ile belgelendi. Ancak Heyet'e Ek C-60 olarak sunulan dört fotokopi sözleşmeden sadece biri imzalanmıştı ve bu da sadece taraflardan bir tarafından, Uzan tarafından imzalanmıştı. Oysa hisse senetlerine yasal mülkiyetin geçmesine ilişkin Türk hukukunun gerekliliklerinden oldukça ayrı olarak hareket edilmişti. Oysa genel kurumsal/ticari uygulama hakkında geçici bilgisi olan herkes için bile önemli kamu hizmetindeki iki şirketin hisse devri (özellikle imtiyaz sözleşmelerinin yerine getirilmesindeki eksiklik iddiaları ve devir haklarının zorunlu devri iddiaları nedeniyle Hükümetle halihazırda anlaşmazlık içinde olan iki şirket) tek bir sözleşmeyi tek bir tarafın imzası ile gerçekleştirilemeyeceği bilinir.

Hakem Heyeti "sözleşmeleri" yalnızca olağanüstü derecede ilkel olarak nitelendirebilmektedir. Dilekçede sunulan bu dört fotokopi belgeden hiçbiri Ciepela'nın imzasını taşımamaktadır. Bu da Uzan'ın " Ciepela'nın Krakow'da imzaladığına" dair tanıklık ettiği göz önüne alındığında çelişki oluşturmaktadır. Durum böyleyken Ciepela tarafından, Uzan'ın genel olarak anlatımını doğrulamak ve özellikle de işlemin kanıtı olarak eklenen fotokopilerin neden imzasını taşımadığını açıklamak için hiçbir tanık delili de eklenmemiştir. Uzan, dört belgeden sadece birinin neden açıkça imzasını taşıdığını da açıklamamıştır. Belgelerin yüzünde tanıkların imzası için herhangi bir hüküm de yoktur. Hisselerin satıcıdan alıcıya devri konusunda ise Davacı şunları iddia etmiştir: "Hisselerin devri ile ilgili olarak derhal hisse senetleri Cementownia'ya teslim edilmiştir. Rumeli

Grubu'nun güvenilir çalışanları, hisseleri Cementownia'nın Krakow ve Viyana'daki banka mevduatlarına bizzat taşıdılar." Bununla birlikte belgelerin Krakow ve İstanbul'da bulunan ve Uzan'ın ifadesine göre o gün telefonda anlaşmayı kabul eden ve daha sonra belgeleri imzalayan iki kişi tarafından nasıl yürütüldüğüne dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca bu iddiayı destekleyen hiçbir belgesel kanıt bulunmadığı gibi Davacı, hamiline yazılı hisseleri taşıdığı söylenen "güvenilir çalışanlardan" herhangi birinden herhangi bir tanık ifadesi sunmamıştır.

Davacının hamiline yazılı hisseleri Cementownia'nın Viyana ve Krakow'daki bankalarına yatırdığı iddia edilmektedir. Bununla birlikte, hiçbir belge bir banka güvenli mevduat sözleşmesinin varlığını veya bir güvenli mevduat tesisinin kiralandığını kanıtlamamaktadır. İddia edilen işlemleri desteklemek için sunulan hamiline yazılı hisseleri aldığı söylenen iki (tanımlanamayan) bankadan birinin temsilcisinden de herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Dört belgenin ilginç özellikleri ve Ciepiela'nın Davacının kayıt kanıtlarında göze çarpan yokluğu, kendi başına, işlemin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda Hakem Heyetinde yeterli şüphe uyandırmıştır. Ancak eşzamanlı kanıtlar Davacı için çok daha sorunlu haldedir.

fc) Hakem Heyeti Tarafından Davacının Finansal Tablolarının Değerlendirilmesi

Cementownia'nın iddia edilen işlemi ne o dönemde Polonya ve Türk makamlarına bildirdiği ne de ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisseleri satın almak için gerekli Türk mevzuatı düzenleyici onaylarını aradığı görülmemektedir. İddia edilen işlemin belgelendiğine dair ve ilgili makamlara temel düzeyde bir raporlamanın dahi yapıldığını gösterir herhangi bir delil sunulmamıştır. Cementownia'nın iddia edilen işlemi gerçekleştiği yıl veya takip eden yıllarda (2003 ve 2004) kendi finansal tablolarına dahi kaydetmediği bir gerçektir. Dahası, Uzan'ın tanıklık ettiği kişi olan Ciepiela, Cementownia adına dört "anlaşmayı" imzaladığını ve denetlenen finansal tabloların doğru olduğunu onaylamıştır. İlgili yıllara ilişkin olarak, Cementownia'nın finansal tabloları şunları ortaya koymaktadır:

a) 2003 yılı finansal tabloları, diğerlerinin yanı sıra, hisse alım sözleşmelerini imzaladığı iddia edilen Ciepiela tarafından imzalanmıştır. Bununla birlikte, bu ifadelerde, Cementownia'nın çok daha büyük iki şirkette hisse edindiği multimilyon PLN işleminin o mali yıl içinde gerçekleştiğine dair bir söz yoktur;

b) 2004 mali tabloları ile ilgili olarak, durum daha iyi değildir. Ciepiela bunları bir kez daha imzalamıştır ve yine bu finansal tablolarda bu tür işlemlerden söz edilmemektedir. Yukarıda belirtilen gözlemleri takiben Hakem Heyeti, Cementownia'nın 2003 ve 2004 tarihli denetlenmiş finansal tablolarının, iddia edilen işlemlerin gerçekleştiği iddia edilen tarihte herhangi bir kaydını ihmal etmesinin, bunların hiçbir zaman gerçekleşmediğinin kanıtı olduğu kanaatindedir. Mahkeme, (i) Ciepiela, Cementownia'yı iki Türk kamu kuruluşunda hisse satın almaya zorlayan Uzan ile yapılan telefon görüşmesine taraf olduğuna; (ii) Ciepiela daha sonra şirketin finansal tablolarını gözden geçirip doğru olarak onayladığına ve (iii) bunu yaparken yakın zamanda Cementownia adına, Cementownia'yı gölgede bırakan ve Cementownia'nın şu anda 4 milyar ABD Doları'nın üzerinde tazminat hakkına sahip olduğunu iddia ettiği iki şirket olan ÇEAŞ'ın %12,23 hissesini ve KEPEZ'in %10,74 hissesini satın almayı kabul ettiğini unuttuğuna inanmamıştır. Dolayısıyla Hakem Heyeti'nin önünde uzlaştırılmayan bir dizi işlem bulunmaktadır. Ancak davacı iddialarının inandırıcılığına daha da zarar verici kanıtlar vardır.

fd) Hakem Heyeti Tarafından Diğer Delillerin Değerlendirilmesi

Uzan, 1 Ocak 2005'te yeni Türk lirasının yürürlüğe girmesi ve Türk hukukundaki bir değişiklik nedeniyle, eski ÇEAŞ ve KEPEZ hisse senetlerinin yeni lira cinsinden yeni sertifikalarla değiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dilekçede sunulan deliller, 10 Ocak 2005'i Cementownia'nın eski hamiline yazılı sertifikalarını yeni hisse senetleriyle değiştirmek için ÇEAŞ ve KEPEZ'e teslim ettiği tarih olarak belirlemektedir. Bu değişimin delili olarak ihale edilen makbuzlar, Ciepiela'nın ve diğer iki Cementownia memurunun imzasını taşımakta ancak sadece dört gün sonra Ciepiela ve aynı memurlar, ikinci yıl boyunca, şirketin ÇEAŞ ve KEPEZ'de iddia edilen hisseyi satın almasından herhangi bir şekilde bahsetmeyen Cementownia'nın 2004 mali tablosunu da imzalamakta ve onaylamaktadırlar. Bu gerçekler net çelişkiler içermektedir.

Şirketin 2005 mali tablosu tamamlanana kadar ve 2006 yılında imzalanana kadar Cementownia, ÇEAŞ ve KEPEZ de dahil olmak üzere bir dizi yabancı şirketin hisselerini satın aldığını belirtmiştir. 2006 yılında tamamlanan bu finansal tablo, Davalı'nın ÇEAŞ ve KEPEZ'e karşı önlemleriyle ilgili olarak uluslararası taleplerde bulunulmaya başlandığı sırada ise önceki iki yılın denetlenmiş finansal tablolarından keskin bir şekilde sapmıştır. Bu olağan bir durum değildir.

30 Mayıs 2003 tarihinde gerçekleştirildiği iddia edilen işlemin aslında Davacı tarafından iddia edildiği gibi gerçekleştiğine dair inandırıcı bir delil Hakem Heyetine sunulmuş değildir. Bu nedenle Hakem Heyeti'nin, Davacı'nın Cementownia'nın hamiline yazılı hisseleri 12 Haziran 2003 tarihinden önce satın aldığı iddiasını kabul etmesi mümkün değildir. Davacı tarafından hazırlanan mali tablolar, Cementownia ve Kemal Uzan'ın 2005 yılında Uzan ailesinin maddi menfaatlerini koruma altına almak ve uluslararası yargı yetkisine erişmek için işlemi imal etmeye çalıştıklarını göstermektedir.

Bu noktaların her biri davacı iddiaları için son derece zararlı ve Davacının davası için neredeyse kendi başına ölümcüldür. Mahkeme daha sonra Davalı tarafından eklenen diğer kanıtları değerlendirdiğinde, davacı tarafından iddia edilen işlem daha da mantıksız hale gelmektedir.

Birincisi, 4,6 milyar dolarlık iddianın büyüklüğünün aksine, Cementownia, hisselerini satın aldığı iddia edilen iki şirkete kıyasla küçük varlıklara sahip küçük bir şirkettir. İddia edilen işlemlere bakan makul bir kişi, satın alınan varlıkların değeri ve alıcının işlemi etkilemek için finansal kapasitesi ile ilgilecektir. Burada, Davacının şu anda 51,852 milyar ABD dolarının üzerinde olduğu iddia edilen iki işletmedeki hisseler için toplam sadece 50.4,6 ABD doları ödemesi gerekmektedir. O zaman hisselerine atanan değer ile şimdi onlara tahsis edilen değer arasındaki orantısızlık – yaklaşık 77.000 kat daha fazla – onu mantıksızlıklar listesine eklemektedir.

ÇEAŞ ve KEPEZ, elektrik üretimi ve iletimi, sermaye piyasaları, yabancı yatırım hukuku ve genel ticaret yasasını düzenleyen yerel yasalar kapsamında kapsamlı düzenlemelere tabi tutulmuş şirketlerdir. Davalı, yürürlükteki Türk hukuku uyarınca, ÇEAŞ ve KEPEZ'deki önemli bir hissenin iyi niyetli bir şekilde satın alınmasının, işlemin taraflarının bildirimde bulunmalarını, onay almalarını ve farklı düzenleyicilerden onay almalarını gerektireceğini göstermiştir.

Bu davada davacının iddia ettiği söz konusu işlemler, Davacının lehine olan kanıtların en cömert şekilde tartılmasında bile, yürürlükteki Türk mevzuatının çeşitli zorunlu düzenleyici gerekliliklerine uyumun işaretlerinden hiçbirini taşımamaktadır. "Sözleşmeler", böyle bir işlemi yönetecek ve yapılandırılması üzerinde etkisi olacak farklı düzenleyici gerekliliklere herhangi bir referanstan yoksundur. Taraflardan herhangi biri tarafından işlemin ilgili Polonya ve Türk makamlarına kaydedilmesi için herhangi bir çaba sarf edildiğini veya ilgili Türk makamlarından alınmak şöyle dursun, gerekli

onayların uygulandığını göstermek için iddia edilen işlemin taraflarından herhangi birinin herhangi bir girişimine dair herhangi bir delili eklenmemiştir.

Türk yasalarına göre Cementownia gibi yabancı bir şirket, iki şirkette hissedarlık hissesi edinme niyetini çeşitli düzenleyicilere bildirmek zorundadır. Örneğin, Polonyalı bir şirket Türkiye Cumhuriyeti Yabancı Yatırımlar Genel Müdürlüğü'nün iznini almak zorundadır. Taraflar arasında Cementownia'nın hisselerin mülkiyetinde iddia edilen değişikliklerle ilgili olarak Türkiye'de hiçbir zaman herhangi bir dosyalama yapmadığı veya herhangi bir onay aramadığı açıkça anlaşılmış bir durumdur.

Üçüncüsü, Davacı, Türkiye'de herhangi bir belge sunmak veya iddia edilen hisse devrini gerçekleştirmek için herhangi bir izin almak amacıyla hiçbir adım atmamakla kalmamış, aynı zamanda Polonya yasalarına göre de bu denli büyük işlemleri, ilgili Polonya makamlarına bildirmek için hiçbir şey yapmamıştır. Polonya yasalarına göre yabancı bir şirketin sermayesinde en az %10 hisseye sahip (ve en az 10.000 € değerinde) Polonyalı şirketler, Polonya Ulusal Bankası'na "yurtdışında tutulan sermaye" hakkında ayrıntılı bir yıllık rapor sunmalıdır. Bununla birlikte zaten Davacı, "ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisselerin satın alınmasının Polonya hükümetine veya herhangi bir Polonya kurumuna bildirilmediğini" kabul etmiştir.

Dolayısıyla tüm bu değerlendirmeler sonucunda Heyet, delillerin işlemlerin 30 Mayıs 2003 tarihinde hiçbir zaman gerçekleşmediğini ve iddianın sahte olduğunu ezici bir çoğunlukla kanıtladığını düşünmektedir.

Neticede Hakem Heyeti, Davacının ilgili zamanda ÇEAŞ ve KEPEZ'deki payını veya EŞA anlamında bir yatırımcı olduğunu kanıtlayabilecek ikna edici bir kanıt üretmediğini düşünmektedir.

Hakem Heyeti tüm bu değerlendirmelerden sonra şu şekilde karar vermiştir:

fe) Hüküm

Yukarıda belirtilen hususlara dayanarak Hakem Heyeti, Davacının Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı hileli bir talepte bulunduğunu resmen beyan eder. Bu nedenle Davalının ilk çözüm talebi kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle Heyet, oybirliğiyle aşağıdaki hususlara karar vermiştir:

1. Davacı tarafından ileri sürülen dava iki nedenden dolayı tamamen reddedilmiştir:
 - a) Davacının Enerji Şartı Antlaşması'nın 1(6), 1(7) ve 26(1) Maddeleri uyarınca bir yatırıma sahip olduğunu veya yatırımı kontrol ettiğini kanıtlayamaması;

b) Mahkemenin davacının iddiasının hileli olduğunu ve kötü niyetle ileri sürüldüğünü tespit etmesi.

2. Davacı, Davalı'ya, Davalı'nın yasal ücret ve giderlerini ve Davalı'nın bu işlemlerin masraflarına katkısını temsil eden 5.304.822,06 ABD doları ödeyecektir.

3. Yukarıdaki (2) numaralı paragrafta belirtilen tutarın kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde ödenmemesi durumunda, faiz, kararın tebliğ tarihinden itibaren 6 gün içinde başlayarak, 2 aylık birbirini izleyen EURIBOR oranı artı her yıl veya bir kısmı için %30 oranında olacaktır. Faiz altı ayda bir birleştirilir.

4. Diğer tüm talepler reddedilir.

g) DAVA 1 Hakkında Değerlendirmelerimiz

Yargılama sürecinin özeti ve kararın içeriğine bakarak uyuşmazlığın temel konularını üç ana başlık altında inceleyebiliriz. İlk olarak, ICSID'in yargılama yetkisine dair olan mesele önemlidir. Uyuşmazlığın temel konusu olan davacının yatırımcı sıfatına sahip olup olmaması, ICSID'in kişi bakımından yetkili olması için zorunlu şarttır. Bu nokta, hakem heyetinin de üzerinde en çok durduğu ve davanın sonucunda belirleyici olan önemli bir konu olmuştur. İkinci olarak Davalı Devletin manevi tazminat talebinin haklı olup olmadığı bir diğer önemli konudur. Son olarak da yargılama masraflarının hangi tarafa veya taraflara ne derece yükletileceği konusudur.

ga) ICSID'in Yargılama Yetkisi

Yetki, belirli bir uyuşmazlığın incelenme ve çözme hakkını içeren bir kavramdır. ICSID merkezinin yargılama yetkisi, ICSID Antlaşması'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ICSID merkezinin yargılama yetkisi, akit ülkeler ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızası Merkeze sunulmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu madde hükmünden, ICSID merkezinin yetkisinin üç koşulu gerektirdiği anlaşılır. İlk olarak, tarafların rızası veya onayı gereklidir. İkinci olarak ICSID merkezi, kişi bakımından yetkili olmalıdır. Son olarak Merkez, konu bakımından yetkili olmalı, yani uyuşmazlık bir yatırımdan kaynaklanmalıdır. ICSID tahkim merkezinin yetkisinin sağlanması için bu üç koşul bir arada bulunmalıdır.

Dolayısıyla ilgili uyuşmazlıkta ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkili olması için sırasıyla tarafların rızalarının, sonrasında Merkez'in kişi bakımından yetkili olduğunun ve sonrasında da Merkez'in konu bakımından yetkili olduğunun incelenmesi gerekmektedir. ICSID' in yargılama yetkisinin sağlanması için ilk şart, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletin, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için merkezin uyuşmazlıkta karar noktası olacağına açık onaylarını vermeleri gerekmesidir. Zira ICSID Antlaşması madde 25/1'e göre ICSID Tahkim merkezinin yargılama yetkisi, Antlaşma'ya taraf devletler ile uyuşmazlık hali için yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit taraf devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır.⁵⁷⁰ Antlaşma hükmünde açık olduğu üzere ICSID Tahkim merkezinin yetkili olabilmesi için uyuşmazlık taraflarının bu yönde açık rızaları bulunmalıdır.⁵⁷¹ Yatırım hukukunda tahkime rıza, yatırıma ilişkin sözleşme, yasa veya antlaşmalar aracılığıyla sağlanır.⁵⁷² Bu davada, Merkezin yargılama yetkisine tarafların rıza gösterip göstermediği konusundaki inceleme için Polonya ile Türkiye arasında imzalanan iş birliği konusundaki antlaşmalar değerlendirilebilirdi. Ancak işbu davada, davacının ICSID'e başvurusu EŞA yetki hükümleri üzerinden olmuştur. Bu yüzden üzerine değerlendirilme yapılacak hükümler EŞA hükümleridir.

Enerji Şartı Antlaşması'nın 26. maddesinde ICSID tahkimine başvuru imkânı düzenlenmiştir. Öyle ki yatırımcının devlet olan kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında ikili yatırım antlaşması olmasa dahi veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde ICSID yetkisine ilişkin hüküm yer almasa dâhi enerji konulu uyuşmazlıklarda, ICSID'in yargılama yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷³

Davacının tahkim talebi değerlendirildiğinde, talep EŞA hükümlerine dayanmaktadır. Hem yabancı yatırımcının menşei ülkesi olan Polonya hem de ev sahibi devlet konumunda olan Türkiye, Enerji Şartı Antlaşması'nın taraflarıdır. EŞA'nın 44. maddesi uyarınca EŞA, Türkiye Cumhuriyeti için 4 Temmuz 2001 tarihinde, Polonya Cumhuriyeti için ise 23 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle EŞA, her iki Devlet için de yürürlükte ve geçerli bir antlaşmadır. Ayrıca EŞA, davaya konu yabancı yatırımın korunmasının bazı önlemler ile ihlal edildiği iddia edilen eylemlerin

⁵⁷⁰ ICSID Antlaşması, madde 25/1.

⁵⁷¹ Tuysun, ICSID, s. 82 vd.; Ekşi, Kararlarının Tanınması, sa. 29-34; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 50 vd.; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 259.

⁵⁷² UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement, United Nations, New York and Geneva, 2014, s. 31.

⁵⁷³ EŞA, madde 26/4-a.

gerçekleştiği sırada da her iki ülkede yürürlüktedir.⁵⁷⁴ Dolayısıyla ICSID Tahkim Merkezi, tarafların açık rıza göstermeleri bakımından yetkili konumdadır.

ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkili olmasına ilişkin bir diğer konu ise kişi bakımından yetkili olmasıdır. ICSID'in kişi bakımından yetkili olması için uyuşmazlığın taraflarından birinin yatırım antlaşması tarafı devlet veya onun alt bir birimi⁵⁷⁵ ya da temsilcisi⁵⁷⁶, diğerinin de aynı yatırım antlaşmasının diğer taraf devletin vatandaşının olması gerekir.⁵⁷⁷

Dolayısıyla davacının, EŞA'ya taraf olan Polonya devleti menşesinde olan bir şirket olması ve ev sahibi devlet olan Türkiye'ye yatırım yapmış olması gerekmektedir. Davacı, Cementownia şirketi olarak 30 Mayıs 2003 tarihinde ÇEAŞ ve KEPEZ şirket hisselerini iktisap ettiğini iddia etmiştir. Ancak davacı, şirket hisse senetlerinin devri belgelerini Heyet'e zamanında sunmamış ve Hakem Heyeti'nin talebini yerine getirmemiştir. Bu nedenle Hakem Heyeti, hisse senetlerinin geçerli bir şekilde devralınmadığı sonucuna varmış ve bu iddianın ICSID Yetki Kuralları'nın hileli kullanımına yönelik bir eylem olduğunu belirtmiştir.

Davada hisse senetlerinin durumu göz önünde bulundurulduğunda, davacının bu senetleri 12 Haziran 2003 tarihinden önce devraldığını ispatlayamadığı görülmüştür. Ayrıca hisse senetlerinin geçerli bir şekilde devredilmiş olsa bile, bu devir işleminin tarafsız iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edebileceği belirtilmiştir. Bu tür ticari işlemlerde, şeklen geçerli olan bir hisse senedi devri daha geniş bir perspektiften incelendiğinde, milli hukuk nitelikli bir uyuşmazlığın milletlerarası bir uyuşmazlığa dönüştürülmesi amacıyla yapılmış bir hile olarak yorumlanabilir. Hakem Heyeti de somut uyuşmazlığın geçmişini değerlendirerek hisse senedi devrinin hileli bir şekilde gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak araştırılan uyuşmazlık konusu, Hakem Heyeti'nin yetki sahibi olup olmadığına dair bir değerlendirmeyi içermektedir. Hakem Heyeti, davacının ICSID'in yetki kurallarını kötüye kullanma çabalarını dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Ayrıca Hakem Heyeti'nin talep ettiği hisse senedi devir belgelerini sunmayan davacının, EŞA uyarınca bir yatırıma sahip olduğu ve bunu kontrol ettiği iddialarını kanıtlayamadığına,

⁵⁷⁴ www.encharter.org, E.T.: 28.10.2023.

⁵⁷⁵ Erten, ICSID TAHKİMİ, s. 216.

⁵⁷⁶ Toluner, Milletlerarası Hukuk, s. 396 vd.; Sur, Hukukun Esasları, s. 213 vd; ICSID Antlaşması, madde 25.

⁵⁷⁷ ICSID Antlaşması, madde 25/1; Dost, Yabancı Yatırım, s. 158; Erten, Yeri ve Rolü, s. 204, 205; Erten, ICSID TAHKİMİ, s. 216.

davacının bir yabancı yatırımcı olmadığına hükmetmiştir. Bu nedenle Hakem Heyeti, davada kendi yetkisinin olmadığına karar vermiştir.⁵⁷⁸

gb) Ev Sahibi Devletin Manevi Tazminat Talebi

Davalı ev sahibi devlet, lehine hakem heyetince belirlenecek olan miktarda tazminata karar verilmesini talep etmiştir. Karşı taraf davacı, bu talebin reddini istemiştir.

Hakem Heyeti, davalının tazminat talebinin, davacı tarafından dava hakkının kötüye kullanılması ilkesine dayandığını ve bu ilkenin manevi zararlar açısından yeterli hukuki bir dayanak sağlayacağına şüpheli olduğunu değerlendirmiştir. Bu nedenle hakem heyeti, davacının üzerinde dava masraflarını bırakmanın yeterli olacağına karar vermiş ve tazminata hükmetmeye gerek görmemiştir. Hakem Heyeti, davanın açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, davacının düzmece iddialarda bulunduğunu ve davacının kötü niyetli olduğunu kararda tespit edilmiş olması ile ev sahibi devletin uluslararası platformda itibarının iade edilebileceğini ifade etmiştir. Bu sebeple Davalı Türkiye'nin tazminat talebini reddetmiştir.

Hakem Heyeti, uluslararası hukuka göre manevi tazminatın verilebileceğini belirtilmiş ancak davalının bu yöndeki talebinin amacına, davacının hileli davranışının tespiti ve bu tespitin dünya çapında duyurulmasıyla ulaşılabileceği değerlendirilmiştir. Sonuç olarak kararda, davacının tazminat talebi reddedilmiş, davacının kötü niyeti tespit edilerek devletin itibarının iadesine vurgu yapılmıştır.⁵⁷⁹

gc) Yargılama Masrafları

Uluslararası Hakem Heyetleri, çoğu dava için tarafların kendi masraflarını karşılaması gerektiğine karar vermekte olsa da bazı durumlarda kaybeden tarafın belirli masraflara katlanması gerektiğine karar verebilmektedirler.⁵⁸⁰ Nitekim bu davada Hakem Heyeti, davacının kasıtlı olarak usulü kötüye kullanmasını ve sürecin uzamasına neden olmasını göz önünde bulundurarak davacının tüm yargılama masraflarını karşılamasına hükmetmiştir.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Polat, Melike / Al Kılıç, Şengül, ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia “Nowa Huta” S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında “İyi niyet ve Manevi Tazminat” iddialarının Değerlendirilmesi, MHB, Cilt: 34, Sayı: 2, sa. 72-75.

⁵⁷⁹ Polat/Al Kılıç, s. 79.

⁵⁸⁰ [Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları* | TÜRKİYE HUKUK \(turkiyehukuk.org\)](http://turkiyehukuk.org), E.T.: 06.09.2023.

⁵⁸¹ [Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları* | TÜRKİYE HUKUK \(turkiyehukuk.org\)](http://turkiyehukuk.org), E.T.: 06.09.2023.

Davada, her iki taraf da tahkim masraflarının tamamını diğer tarafın karşılamasını talep etmiştir. Hakem Heyeti, Davacının dava hakkını kötüye kullanmak suretiyle düzmece bir dava açtığını, gerekli cevap ve delilleri sunmayarak tahkim yargılamasının uzamasına neden olduğunu, emanet sözleşmesini imzalamadığını ve davacının ödeme yapmadığı için davalının tahkim masraflarını üstlendiğini ifade etmiştir. Bu nedenlerle yargılama giderlerini davacının ödemesine hükmetmiştir.

c. DAVA 2: PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation and Konya İngin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5⁵⁸² ve Değerlendirmelerimiz

a) Hakem Heyeti

ICSID Tahkim Merkezinde çözülen davalardan bir diğeri, PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation and Konya İngin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi ve Republic of Turkey başlıklı, ARB/02/5 numaralı davasıdır. Tahkim talebi, Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında 3 Aralık'ta imza edilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma'da yer alan ICSID tahkim hükümlerine atıfta bulunmaktadır.⁵⁸³

Talebin kaydedilmesine müteakip hakem heyeti oluşturulmuştur. Hakem heyeti 3 kişiden oluşmuştur. Yabancı yatırımcı olan davacılar, Kanadalı L. Yves Fortier'i hakem olarak atamıştır.⁵⁸⁴ Diğer hakem, ev sahibi devlet olan Türkiye Cumhuriyeti'nin atadığı İsviçreli Profesör Gabrielle Kaufmann'dır.⁵⁸⁵ Tarafların anlaşması ile atadıkları üçüncü ve başhakem ise Şilili Profesör Francisco Orrego Vicuña'dır.⁵⁸⁶

b) Taraflar

İşbu davada davacı taraf yabancı yatırımcılar, New Jersey, Amerika Birleşik Devletleri yasalarına göre kurulmuş bir şirket olan PSEG Global Inc. (bundan sonra PSEG), ABD Delaware yasalarına göre kurulmuş bir şirket olan North American Coal Corporation

⁵⁸² PSEG v. Turkey, Award, 19 Jan 2007 (jusmundi.com), E.T.: 06.09.2023.

⁵⁸³ <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-pseg-global-inc-and-konya-ilgin-elektrik-uretim-ve-ticaret-limited-sirketi-v-republic-of-turkey-award-friday-19th-january-2007>, E.T.: 18.08.2023, para 2.

⁵⁸⁴ Hakem hakkında detaylı bilgi için bkz: <https://jusconnect.com/en/p/1-yves-fortier>, E.T.: 18.08.2023.

⁵⁸⁵ Hakem hakkında etaylı bilgi için bkz: <https://jusconnect.com/en/p/gabrielle-kaufmann-kohler>, E.T.: 18.08.2023.

⁵⁸⁶ Hakem hakkında detaylı bilgi için bkz: <https://jusconnect.com/en/p/francisco-orrego-vicuna>, E.T.: 18.08.2023.

(bundan sonra North American Coal) ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi'dir.

Davalı taraf ev sahibi devlet ise Türkiye Cumhuriyeti devletidir.

c) Davanın konusu

Davanın konusu, ABD'de kurulu PSEG şirketinin sahibi olduğu Türkiye'de kurulu Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi (bundan sonra Proje Şirketi) tarafından 1994 yılında Türkiye Cumhuriyeti ile gerçekleştirilmek üzere anlaşılması olan bir elektrik santrali projesinin ev sahibi devletin müdahaleleri nedeniyle gerçekleştirilemediği hakkındadır.

Davacı şirket, tahkim talebinde, Türkiye ve ABD arasındaki İki Taraflı Yatırım Antlaşması'nın ikinci maddesinde yer alan adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiğini, Türkiye'nin yatırıma yönelik uygulamalarının keyfi olduğunu ve bu durumun haklı beklentilerinin zarar görmesiyle sonuçlandığını iddia etmiştir. Davacı, bu görüşünü, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın tarife düzenlemesini onaylamaması ve fizibilite çalışmalarında ısrarcı olmasına dayandırmıştır. Bu durumu, yatırımın hukuki çerçevesi ve ortamının değiştirilmesi ve zorlaştırılması olarak nitelendirmiş ve bunun haklı beklentilerine ters düştüğünü ileri sürmüştür. Davacı aynı zamanda, yap-işlet-devret modeline ilişkin yasanın yabancı yatırımcıları çekmek amacıyla yapıldığını, böylece projelerin geliştirilmesine imkân tanındığını ve bu adımların yatırımcıda haklı beklentiler oluşturduğunu belirtmiştir.

Ayrıca davacı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın proje kapsamında tesisin kapasite artışına onay vermemesini ve yatırımcının imtiyaz haklarını bırakmaya zorlamasını egemenliğin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Bu çerçevede davacı şirketler, ev sahibi devletin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına aykırı davrandığını ve ICSID'de incelenmiş olan Metalclad Corporation v. The United Mexican States⁵⁸⁷, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain⁵⁸⁸ ve Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States⁵⁸⁹ gibi uyuşmazlıklarda olduğu gibi devlet iktidarının kötüye kullanımının projenin sona ermesine neden olduğunu iddia etmiştir.

⁵⁸⁷ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

⁵⁸⁸ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7.

⁵⁸⁹ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

Davacı şirket aynı zamanda Türkiye'nin getirdiği düzenlemelerin ve uygulamaların projenin tamamlanmasını engellediğini, fizibilite çalışmalarının maliyetini artırdığını ve Hazine garantisi koşullarını yerine getirilmediğini ileri sürmüştür.

Davacılar, yatırımın tanımının, devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında belirtilmemiş olmasına rağmen ilgili ikili anlaşmanın yatırımı geniş kapsamda ele aldığını, sözleşmede geçen "hizmet ve yatırım sözleşmeleri, ifayı talep hakkı ve gayrimaddi mal" tanımlarının imtiyaz sözleşmelerini de içerdiğini, Danıştay tarafından onaylanan imtiyaz sözleşmesinin geçerli olduğunu ve ek sözleşmelerin sonradan yapılmasının bu geçerliliği etkilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Ayrıca gerekli izinlerin hepsinin alınması ile kurulan proje şirketinin kendisinin de bir yatırım olduğunu ileri sürmüşlerdir. Veleve ki projenin bir yatırım olarak nitelendirilmesi gerekmeseydi bu projeyi oluşturan sözleşme ve hakların yatırım tanımına dahil olduğunu savunmuşlardır. Davalı ev sahibi devlet Türkiye ise projenin adil ve hakkaniyete uygun muamele standardına aykırılık dolayısıyla değil, teknik ve finansal açıdan sürdürülebilir olmadığı için sonuçlanmadığını iddia etmiş ve bu nedenle davacının iddiasının geçerli olmadığını öne sürmüştür.

Türkiye, projenin ve imtiyaz sözleşmesinin yatırım olamayacağını savunmuştur. Gerçekleşmemiş bir projeye dair sadece belirli masrafların yapılmasının yatırım oluşturmadığını, aynı zamanda imtiyaz sözleşmesinin esas ticari hükümler üzerinde bir anlaşma içermemesinden dolayı taraflar arasındaki karşılıklı rızayı ve sözleşmeye bağlılığı yansıtmadığını, dolayısıyla geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmenin olmadığını iddia etmiştir. Ayrıca Türkiye, proje şirketi olarak kurulan yatırımcı limited şirketin hazırlık aşamasında olan bir yatırım için geliştirme çalışmaları yaptığını ancak bu işlemlerin tam anlamıyla yatırım olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Özetle Türkiye, fizibilite çalışmalarının yatırım tanımına girmediğini, santralin üretim kapasitesini artırmaya yönelik Enerji Bakanlığı onayının Danıştay'dan geçmediğini ve Anayasa Mahkemesi'nin 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu'ndaki Hazine Garantilerini Anayasa'ya aykırı bulup iptal ettiğini ileri sürerek davacı şirketin iddialarının dayanaksız olduğunu savunmuştur.

d) Somut Olay

1994'de, PSEG - Ilgın girişimi ile Konya Ilgın bölgesinde linyit santrali yapımı için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında görüşmeler yapılmıştır. Müzakereler sonucunda

29 Kasım 1995 yılında PSEG - Ilgın girişiminin yaptıkları fizibilite çalışması onaylanmıştır. Bu çalışmada, 425 MW kapasiteli elektrik santralının inşa edilmesi ve yakınındaki linyit ocağından tedarik ile elektrik üretimi planlanmıştır.

İki yıl sonra, 1996 yılında PSEG ve Türkiye arasında Uzun Dönemli Elektrik Alım-Satım Anlaşması ve Türkiye Cumhuriyeti Hazine garantisi bulunan Uygulama Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşmalar, elektrik üretimi konularını ve projenin finansmanını düzenlemiştir. Danıştay onayına sunulan anlaşmanın 1998 yılında Danıştay tarafından onay süreci sonuçlanmış ve 1999 yılında Bakanlık ile davacı arasında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi imzalanmıştır.

Diğer yandan Danıştay onayı öncesindeki süreçte linyit madeni hakkında PSEG'in yaptığı yeni fizibilite çalışması, projenin maliyetinin arttığını göstermiştir. Bunun tarifeyi değiştirmemesi için santralin kurulu gücünün 425'ten 550 MW'a çıkarılması hususunda Bakanlıktan onay alınmıştır. İmtiyaz sözleşmesine göre sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ardından, 18 ay içerisinde taahhütler gerçekleşmediği için davacı şirketin isteği üzerine şirkete 6 ay ek süre verilmiştir. Diğer yandan bu arada yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Düzenleme Kanunu'nun geçici 8. Maddesinde yer alan Hazine garantisi verilebilecek projeler arasında bu proje yer almadığı için projeye Hazine garantisi verilmemiştir. Davacı, ek sürede de projeyi tamamlayamamış ve projenin tadiline yönelik müzakereler de sonuçlanamamıştır. Bu durum linyit madeni ve elektrik üretim santralının inşasının gerçekleşmemesi ile sonuçlanmıştır.

e) Yargılama Süreci

1. Hakem Heyeti ilk oturumunu 8 Ocak 2003'te Merkez'in, Washington DC' deki merkezinde gerçekleştirdi.

2. Hakem Heyeti, 4 Haziran 2004 tarihinde, oybirliğiyle aşağıdakilere karar verdiği Yetki Kararını yayınladı:

"(1) PSEG ve Konya Ilgın Ltd. tarafından ileri sürülen ihtilaf, Merkez'in yargı yetkisi ve Hakem Heyeti'nin yetkisi dahilindedir.

(2) North American Coal Corporation tarafından sunulan ihtilaf, Merkez'in yetkisi ve Hakem Heyeti'nin yetkisi dahilinde değildir.

(3) Tahkimin yargılama aşamasına ilişkin masraflar saklıdır."

3. Taraflar, müzakerelerin başarısızlığından nihai olarak hangisinin sorumlu olduğu konusunda karşılıklı suçlamalarda bulunmaktadırlar. Davacılar, Davalının politikasını

aniden değiştirdiğini ve keyfi bir şekilde bitirilmif veya m#zakerede edilmekte olan anlaşmalara aktif olarak m#dahale ettiğini ve Projenin nihai olarak tamamlanmasını imk#ns#z hale getirdiğini iddia etmektedir. Davalı ise m#zakereleri her zaman ilgi, #zen ve iyi niyetle s#rd#rd#đ#n# ancak nihayetinde Davacıların, Projeyi terk etmeye karar verdiklerini #nk#n# Projenin finanse edilemez ve teknik olarak uygulanabilir olmadığını g#rd#klerini iddia etmektedir. Davalının g#r#ř#ne g#re, Proje aslında 3 Mart 2001 tarihinde, yani Elektrik Piyasası Kanunu'nun y#r#rl#đe girdiği tarihte, iddia edilen kamulaştırmadan #nce terk edilmiştir.

4. Hakem Heyeti, Davacılar tarafından sunulan delillerle, davacıların Projeyi terk etmediklerine veya m#zakerelerden uzaklaşmadıklarına ikna olmuştur. Zira sunulan deliller g#stermektedir ki taraflar arası ilişki, 2000 yılı boyunca ve 2001 yılının başlarında y#r#t#len ve m#zakerelerin kilidini a#mak i#in devam eden bir #aba olduğunu ortaya koyan mektuplar, teklifler, toplantılar ve diğer faaliyetlerle doludur.

5. Projenin başarısızlığından nihai olarak kimin sorumlu olduğu konusundaki tartışma, tarafların da #ok farklı g#r#şlere sahip olduğu bir konu olan teknik ve ekonomik uygulanabilirlik ile de ilgilidir.

6. Davalı, 2000 yılının başlarında Projenin artık ekonomik olarak uygulanabilir olmadığını ve b#y#k olasılıkla hi#bir zaman finansal kapanışa ulaşamayacağını iddia etmektedir. Bu, daha #nce tartışılan maden maliyetlerindeki dramatik artışların yanı sıra dizel yakıt maliyetlerindeki artışın sonucuydu. Davalı ayrıca, santralin CFB teknolojisinin kanıtlanmadığını ve yukarıda da tartışılan bir konu olan gerekli kullanılabilirlik gereksinimlerini karşılayamadığını iddia etmektedir. Davalı ayrıca, Projenin finansmanının uluslararası veya ulusal kredi kuruluşları tarafından değerlendirilmesi i#in gerekli belgelerden yoksun olduğunu iddia etmektedir.

7. Davacılar, Projenin teknik ve ekonomik olarak uygulanabilir olduğunu iddia ettikleri i#in tam tersi bir g#r#ře sahiptir. Teknoloji diğer enerji santrallerinde kanıtlanmıştı. Yakıt maliyetlerindeki artış Davalı tarafından tasvir edildiği kadar şiddetli değildi ve etkileri ABD T#keticisi Fiyat Endeksi'ne dayanan ayarlamalarla hafifletilecekti. Ek olarak, madenin işletilmesi i#in teknolojinin #eşitli uygulanabilir se#enekleri vardı. Davacılar, Davalının eylemleri olmasaydı, Projenin finansmanının sorgusuz sualsiz sağlanmış olacağını ve bu kurumlarda başvurular ilerledik#e kredi kuruluşlarının ihtiya# duyduğu

gerekli belgelerin olağan uygulamaya uygun olarak sağlanmış olacağını iddia etmektedirler.

8. Hakem Heyeti, davacıların iddialarını, sundukları deliller ve tanık beyanları doğrultusunda ikna edici bulmuştur.

9. Davacılar, İki Taraflı Yatırım Antlaşması Madde II (3)'ünün adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Bu madde uyarınca "Yatırımlara uluslararası hukuka uygun bir şekilde ve her zaman adil ve hakkaniyetli davranılacaktır." derken, İki Taraflı Yatırım Antlaşmasının Önsözü, bu tür bir muamelenin "yatırım için istikrarlı sistem ve ekonomik kaynakların maksimum etkin kullanımı için arzu edilir" olduğunu hatırlatır. Davacılar bu bağlamda, Davalının davranışının keyfi olduğunu iddia etmektedirler.

10. Davalı, bu iddiaları, Projenin teknik ve finansal olarak uygulanamaz olduğu ve her bir tartışmanın önemli kusurları gideremeyeceği için çıkmaza yol açtığı gerekçesiyle reddetmektedir.

11. Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, uluslararası hukuk tarafından geleneksel olarak sağlanan diğer standartların her bir davanın koşullarında tamamen uygun olmayabileceği gerçeğinin bir sonucu olarak yatırım tahkiminde önem kazanmıştır. Adil ve hakkaniyete uygun muamelenin rolü vakadan vakaya değiştiğinden, bazen arzu edildiği kadar kesin değildir.

Son zamanlarda verilen kararlar, bu standardı düzenleyici çerçevenin keyfi olarak değiştirilmesi¹¹⁵ veya yatırımcının zararına sonsuz normatif değişiklikler yaparak öngörülebilir ve istikrarlı bir yasal ortam sağlanmaması gibi tutarsız Devlet eylemlerinden etkilenen hakların değerlendirilmesine uygulamıştır.

12. Ayrıca Davacılar, adil ve hakkaniyetli muamelenin ihlalinin, kötü niyet seviyesine ulaşacak kadar ileri gittiğini ve Davalı tarafından tazminat ödemediği yatırımını yok etmek için kasıtlı girişimde bulunduğunu iddia etmişlerdir. Bununla birlikte Mahkeme, Projenin kasıtlı olarak feshedilmesiyle sonuçlanabilecek şekilde kötü niyet veya nihayetinde bir tür komplo olduğuna dair hiçbir kanıt bulamamıştır.

13. Mahkeme, yine de adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edildiğine ve bu ihlalin sorumluluk doğuracak kadar ciddi olduğuna ikna olmuştur. Kötü niyet olmamakla birlikte mevcut davada öncelikle idarenin Davacılarla müzakerelerin yürütülmesinde açık bir ihmali vardır. Anlaşmazlığın kilit noktalarının cevapsız kalması ve zamanında

açıklanmaması, bu kadar ısrarlı ve ağırlaştırıcı anlaşmazlığın kanıtları varken sessizliğin korunması ve önemli iletişim çabalarına asla yeterli karşılık verilmemesi, hepsi ciddi idari ihmal ve tutarsızlığın tezahürleridir. Davacılar, müzakerelerin zaman zaman olduğu gibi yetkin ve profesyonel bir şekilde ele alınmasını bekleme hakkına sahiptir. Diğer yandan mevzuattaki sayısız değişiklik ve idarenin uygulamasındaki tutarsızlıklar, yetkinin kötüye kullanılması bağlamında adil ve hakkaniyetli muamele standardına uyma yükümlülüğünün ihlalini de ortaya çıkarmıştır.

14. Yukarıdaki tüm davranışlar, Anlaşma ve Türk hukuku uyarınca adil ve hakkaniyetli muamele standardında açık bir ihlali doğurduğunu ortaya koymaktadır. Bunun zarara neden olduğu ölçüde, tazmini zorunludur.

f) Karar

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Mahkeme aşağıdaki hususlara karar vermiştir:⁵⁹⁰

1. Davalı, yatırımcıya karşı Anlaşmanın II. Maddesinin (3) numaralı fıkrasında güvence altına alınan adil ve hakkaniyetli muameleyi sağlama yükümlülüğünü ihlal etmiştir.
2. Davalı, PSEG Global'a 9.061.479,34 ABD doları tutarında tazminat ödeyecektir.
3. Davalı, PSEG Global faizini 6 aylık ortalama LIBOR oranı artı borçlu olunan her yıl için yılda yüzde 2 ödeyecektir. Faiz altı ayda bir birleştirilir.
4. Yukarıdaki tutarın faizi, harcamaların yapıldığı dönemin ortalama vade tarihi olan 1 Ağustos 1998 tarihinden itibaren ödenecektir.
5. Yasal masraflar ve ücretler dahil olmak üzere tahkimin toplam maliyeti 20.851.636,62 ABD doları olarak belirlenmiştir.
6. Davalı, tahkim masraflarının ve yasal masraf ve ücretlerin 65.13.553,563 ABD dolarını, yani %80'ini ödeyecektir ve bunun 8.950.832,10 ABD dolarını önceden yatırmıştır. Davacılar, tahkim masraflarının ve yasal masraf ve ücretlerin 11.900.804,52 ABD dolarını ödeyecekler ve bunun 4.602.731,70 ABD dolarını önceden ödemişlerdir.
7. Diğer tüm talepler bu vesileyle reddedilir.

g) DAVA 2 Hakkında Değerlendirmemiz

Yargılama sürecinin özeti ve kararın içeriğine bakarak uyuşmazlığın temel konularını üç ana başlık altında inceleyebiliriz. İlk olarak, ICSID'in yargılama yetkisine dair olan mesele önemlidir. Tarafların ICSID Tahkim Merkezine ve tahkim yargılamasına açık rıza gösterip göstermedikleri ve konu bakımından yetki hususunda ortada bir yatırımın

⁵⁹⁰ PSEG - Türkiye, Ödül, 19 Ocak 2007 (jusmundi.com), E.T.: 20.10.2023.

mevcut olup olmadığı önemli bir konudur. İkinci olarak, Davalı Devletin hakkaniyete uygun ve adil muamele standardına aykırı davranıp davranmadığı bir diğer önemli konudur. Yargılama masraflarının hangi tarafa veya taraflara ne derece yükletileceği konusu ise Hakem Heyetince değerlendirilmiş olan bir diğer konudur.

ga) ICSID'in Yargılama Yetkisi

Yetki, belirli bir uyuşmazlığın incelenme ve çözme hakkını içeren bir kavramdır. ICSID merkezinin yargılama yetkisi, Washington Sözleşmesi'nin 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ICSID merkezinin yargılama yetkisi, akit ülkeler ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızası Merkeze sunulmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu madde hükmünden, ICSID merkezinin yetkisinin üç koşulu gerektirdiği anlaşılır. İlk olarak tarafların rızası veya onayı gereklidir. İkinci olarak ICSID merkezi, kişi bakımından yetkili olmalıdır. Son olarak Merkez, konu bakımından yetkili olmalıdır, yani uyuşmazlık bir yatırımdan kaynaklanmalıdır. ICSID tahkim merkezinin yetkisinin sağlanması için bu üç koşul bir araya gelmelidir.

Dolayısıyla ilgili uyuşmazlıkta ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkili olması için sırasıyla tarafların rızalarının, sonrasında Merkez'in kişi bakımından yetkili olduğunun ve daha sonra Merkez'in konu bakımından yetkili olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

ICSID' in yargılama yetkisinin sağlanması için ilk şart, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletin aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için merkezin uyuşmazlıkta karar noktası olacağına “açık onaylarını” vermeleri gerekmesidir. Zira ICSID Antlaşması madde 25/1'e göre ICSID Tahkim merkezinin yargılama yetkisi, Sözleşmeye taraf devletler ile uyuşmazlık hali için yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit taraf devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır.⁵⁹¹ Sözleşme hükmünde açık olduğu üzere ICSID Tahkim merkezinin yetkili olabilmesi için uyuşmazlık taraflarının bu yönde açık rızaları bulunmalıdır.⁵⁹² Yatırım hukukunda tahkime rıza, yatırım sözleşmeleri, yasaları veya antlaşmaları aracılığıyla sağlanır.⁵⁹³

⁵⁹¹ ICSID Antlaşması, madde 25/1.

⁵⁹² Tuygun, ICSID, s. 82 vd.; Ekşi, Kararlarının Tanınması, sa. 29-34; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 50 vd.; Şanlı, Akitlerin Hazırlanması, s. 259.

⁵⁹³ UNCTAD, Investor-State, s. 31.

Bu davada, Merkezin yargılama yetkisine tarafların rıza gösterip göstermediği konusundaki inceleme için Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri arasında yapılan İki Taraflı Yatırım Antlaşması değerlendirilmiştir. Hakem Heyeti, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri arasında 3 Aralık 1985 tarihinde imzalanan ve 18 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma' daki ICSID tahkim hükümlerinin, tarafların açık rızalarını ortaya koyduğunu değerlendirmiştir. Dolayısıyla ICSID Tahkim Merkezi, tarafların açık rıza göstermeleri bakımından yetkilidir.

Davada, detaylı bir şekilde incelenmiş olan ve ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkili olmasına ilişkin zorunlu şart olan bir diğer unsur da Merkez'in konu bakımından yetkili olmasıdır. ICSID'in konu bakımından yetkili olması, Antlaşma madde 25'te, "... arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır." şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁹⁴ Burada üç tane unsur vardır. Bunlardan birincisi "hukuki uyuşmazlık"tır.⁵⁹⁵ ICSID'in konu bakımından yetkili olması için öncelikle ortada hukuki bir uyuşmazlık bulunmalıdır.⁵⁹⁶ Düzenlemedeki ikinci unsur ise "yatırım" unsurudur. Son olarak üçüncü unsur da "uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması" gerekliliğidir.⁵⁹⁷

Davada davalı ev sahibi devlet Türkiye'nin iddiası davacı ile aralarında yatırım konulu taraflara sorumluluk yükleyen geçerli bir yatırım sözleşmesi yapılmadığı, yapılan görüşme ve müzakerelerin yalnızca hazırlık işlemleri olduğu ve bunların bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla ICSID Tahkim Merkez'inin yetkisiz olduğudur. Davacı ise bu iddiaların aksini ileri sürmüş, Merkez'in yetkili olduğunu iddia etmiştir.

Hakem Heyeti, yabancı yatırımcı ve Türkiye arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesini geçerli ve bağlayıcı olarak değerlendirmiştir. Heyet, Sözleşmenin Danıştay tarafından da onaylandığı ve tarafların bu konuda herhangi bir itirazda bulunmadığını belirtmiştir. Hakem Heyeti, bu tür karmaşık ve uzun dönemli sözleşmelerin ileride yeniden müzakere edilebileceğini veya değiştirilebileceğini vurgulamış ancak bu durumun mevcut sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Heyet ayrıca, imtiyaz

⁵⁹⁴ ICSID Antlaşması, madde 25/1.

⁵⁹⁵ Şanlı, Tahkim Usulü, sa. 103-105; Dost, Yabancı Yatırım, s. 156.

⁵⁹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku, s. 134; Yılmaz, Uluslararası Yatırım, sa. 134-140.

⁵⁹⁷ Yılmaz, Uluslararası Yatırım, s. 134-140.

sözleşmesinin fizibilite çalışmasında anlaşılan hükümleri içerdiğini ve esas ticari hükümleri de kapsadığını tespit etmiştir.

Hakem Heyeti, tarafların sözleşmeyi imzalayarak onay için sunmalarının niyetlerini bir sözleşme ile bağlı kılmak olduğunu belirtmiştir. Eğer sadece görüşmelere devam etmek isteselerdi, bunu daha az bağlayıcı bir belge ile ifade edebileceklerini ifade etmiştir. Bu nedenle Hakem Heyeti, Davacının bu sözleşmenin bağlayıcı olduğuna dair iddiasını kabul etmiş, yatırımın var olduğunu değerlendirmiş ve Türkiye'nin, Merkez'in yetkisine yönelik itirazını reddetmiştir. Dolayısıyla Merkez, dava bakımından yetkilidir.

gb) Davalı Devletin Hakkaniyete Uygun ve Adil Muamele Standardına Aykırı Davranıp Davranmadığı

Hakem Heyeti, davacı yatırımcının, Türkiye'nin adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasını ele almıştır. Heyet, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının olaydan olaya değişebileceğini belirtmiş, standart için geçerli bir uluslararası hukuk kaidelerinin olmadığını vurgulamıştır. Heyet, yatırımcıda haklı beklentinin olduğundan bahsedilebilmesi için beklentiye konu durumların ev sahibi devletin taahhütleriyle teyit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Hakem Heyeti, adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünün her ihlalinin işlemlerin kötü niyetle yapıldığı anlamına gelmeyeceğini belirtmekle birlikte sürekli mevzuat değişikliklerinin yatırımı olumsuz etkileyebileceğini belirtmiştir. Ayrıca müzakerelerin ihmal edildiğini ve yatırımcının başvurularının yeterince ciddiye alınmadığını tespit etmiştir. Hakem heyeti, sözleşmenin müzakere konusu olmayan unsurlarının tekrar müzakereye açılmasının da bu ihlalin bir kanıtı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, "roller-coaster" etkisi olarak adlandırdığı sürekli mevzuat değişikliklerinin adil ve hakkaniyete uygun davranış ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak Hakem Heyeti, Türkiye'yi davacı yatırımcıya karşı adil ve hakkaniyetli davranma sorumluluğunu ihlal ettiği gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

gc) Yargılama Masrafları

Merkez Hakem Heyetleri, çoğu dava için tarafların kendi masraflarını karşılaması gerektiğine karar vermekte olsa da bazı durumlarda kaybeden tarafın belirli masraflara katlanması gerektiğine karar verebilmektedirler.⁵⁹⁸ Bu davada da yargılama masraflarını

⁵⁹⁸ [Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları*](http://turkiyehukuk.org) | TÜRKİYE HUKUK (turkiyehukuk.org), E.T.: 06.09.2023.

tek bir tarafa hükmetmemiştir. Davalının, yargılama masraflarının %80' ini ödemesine hükmetmiş, kalan masrafların ise ödenmesini davacı tarafa hükmetmiştir.⁵⁹⁹

d. DAVA 3: Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan Davası⁶⁰⁰ ve Değerlendirmelerimiz

Doğrudan enerji konulu bir uyuşmazlık olmamakla birlikte bir Türk şirketinin yabancı yatırımcı sıfatıyla hareket ederek ICSID Tahkim Merkezine başvurmuş olması ve adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlalinin konu olmuş olması sebebiyle ayrıca ARB/03/29 dava numaralı dosya da incelenmiştir.

a) Hakem Heyeti

ICSID Tahkim Merkezinde çözülen davalardan bir diğeri de, Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. - Pakistan İslam Cumhuriyeti (I), ICSID Dava No. ARB/03/29 numaralı davasıdır. Tahkim talebi, 16 Mart 1995 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma' da yer alan ICSID tahkim hükümlerine atıfta bulunmaktadır.⁶⁰¹

Talebin kaydedilmesine müteakip hakem heyeti oluşturulmuştur. Hakem heyeti 3 kişiden oluşturulmuştur. Yabancı yatırımcı olan davacı, Alman Karl-Heinz Böckstiegel'i hakem olarak atamıştır.⁶⁰² Diğer hakem, ev sahibi devlet olan Pakistan İslam Cumhuriyeti'nin atadığı Birleşik Krallık vatandaşı Franklin Berman'dır.⁶⁰³ Tarafların anlaşması ile atadıkları üçüncü ve başhakem ise İsviçreli Gabrielle Kaufmann-Kohler'dır.⁶⁰⁴

b) Taraflar

İşbu davada davacı taraf yabancı yatırımcı, Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. (bundan sonra Bayındır), Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş bir şirkettir.

⁵⁹⁹ PSEG - Türkiye, Ödül, 19 Ocak 2007 (jismundi.com), karar

⁶⁰⁰ Bayındır - Pakistan (I), Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 14 Kasım 2005 (jismundi.com), E.T.: 20.08.2023; Bayındır - Pakistan (I), Ödül, 27 Ağustos 2009 (jismundi.com), E.T.: 20.08.2023.

⁶⁰¹ Bayındır - Pakistan (I), Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 14 Kasım 2005 (jismundi.com), E.T.: 20.08.2023; Bayındır - Pakistan (I), Ödül, 27 Ağustos 2009 (jismundi.com), E.T.: 20.08.2023.

⁶⁰² Hakem hakkında etaylı bilgi için bkz: Karl-Heinz Böckstiegel | Jus Connect by Jus Mundi, E.T.: 20.08.2023.

⁶⁰³ Hakem hakkında etaylı bilgi için bkz: Franklin Berman - Essex Court Chambers | Jus Connect by Jus Mundi, E.T.: 20.08.2023.

⁶⁰⁴ Hakem hakkında etaylı bilgi için bkz: Gabrielle Kaufmann-Kohler - Lévy Kaufmann-Kohler - Türkiye | Jus Mundi tarafından Jus Connect, E.T.: 20.08.2023.

Merkez ofisi Tunus Caddesi No. 24, Kavaklıdere, Ankara, Türkiye adresinde bulunmaktadır. Davacı, Bayındır Şirketler Grubunun bir parçasıdır. Türkiye'de ve yurtdışında otoyolların inşası ve diğer büyük altyapı projeleri işiyle uğraşmaktadır.

Davalı taraf ev sahibi devlet ise Pakistan İslam Cumhuriyeti devletidir.

c) Davanın Konusu

Davanın konusu, yabancı yatırımcı Bayındır İnşaat'ın, özerk fakat Pakistan Devleti'nin kontrolünde bir kamu teşekkülü olan NHA ile yaptığı sözleşme kapsamında inşa edeceği yol yapım projesinin iptalinden kaynaklı uyuşmazlık hakkındadır.

Davacı şirket, tahkim talebinde şu iddiaları ileri sürmüştür:

(i) Davalı, Bayındır'ın sınır dışı edilmesi, sınır dışı edilme sonrası takip eden davranışları ve Seferberlik Avans Garantilerinin nakde çevrilmeye çalışılması olmak üzere üç dizi eylemle Anlaşma'nın sağladığı korumaları ihlal etmiştir.

(ii) Davalı, Bayındır'ın Sözleşme'yi ifa etmesiyle ilgili olmayan sebeplerle Bayındır'ı sınır dışı etmesi nedeniyle, Bayındır'ın Sözleşme kapsamında sahip olabileceği her türlü hakkı boşa çıkarmaya ve ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Davalı, Anlaşma uyarınca Bayındır'ın hak kazandığı adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal etmiş ve Seferberlik Avans Garantilerini nakde çevirmeye yönelik keyfi ve haksız girişimlerde bulunmuştur.

(iii) Pakistan, Bayındır'ı yerel müteahhitler lehine sınır dışı etmesi nedeniyle Antlaşmanın II(1) ve (2) Maddelerinde yer alan ulusal muamele standartlarını ihlal etmiştir.

(iv) Pakistan, Bayındır'ı sınır dışı etmesi ve söz konusu sınır dışı edilmeyi takiben Bayındır'ın yatırımından yoksun bırakılması çabaları nedeniyle, Antlaşma'nın III(1) Maddesinde düzenlenmiş olan tazminatsız kamulaştırmaya karşı garantiyi ihlal etmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Bayındır, Hakem Heyeti'nden şu taleplerde bulunmuştur:

(i) Pakistan'ın, Bayındır'ın yatırımı ile ilgili olarak girdiği yükümlülükleri yerine getirmeyerek Antlaşmanın II(2) Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği,

(ii) Pakistan'ın Bayındır'a adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırı davranarak Antlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği,

(iii) Pakistan'ın, Bayındır'ın yatırımı dolaylı olarak kamulaştırarak Antlaşma'nın III. Maddesini ihlal ettiği,

(iv) Pakistan'ın Bayındır'a aşağıda belirtilen miktarlarda tazminat ödemesine karar verilmesini talep eder:

- a) Ödenmemiş ara ödeme sertifikaları nedeniyle ödenecek 22.650.834 ABD doları;
- b) İhraç tarihine kadar tamamlanan işlerin değeri nedeniyle 60.234.608 ABD doları;
- c) Makine, tesis, teçhizat, yedek parça vb. değerleri nedeniyle 34.188.378 ABD doları;
- d) Kamp tesislerinin masrafları nedeniyle 4.265.164 ABD doları;
- e) Özel Garanti mektuplarının değeri nedeniyle 3.877.075 ABD doları;
- f) Kâr zararı nedeniyle 121.770.030 ABD doları;
- g) Bayındır'ın Projenin tamamlanması beklentisiyle yaptığı masrafların geri ödenmesi nedeniyle 21.474.234 ABD doları;
- h) Fırsat kaybı nedeniyle 219.842.618 ABD doları;
- i) Cezai zararlar nedeniyle 96.600.000 ABD doları;
- j) Ayrıca, dilekçede beyan edildiği gibi karar öncesi ve sonrası bileşik faiz;

(v) Pakistan'ın Performans Bonosunu Bayındır'a iadesi;

(vi) Pakistan'ın Türk Bankaları Konsorsiyumu tarafından verilen Teminat Mektuplarını iadesi;

(vii) Pakistan'ın, Mahkeme'nin ücretleri ve masrafları ile Bayındır'ın yasal temsilinin masrafları ve bunlara ilişkin faizler de dahil olmak üzere, bu tahkim işlemlerinin tüm masraf ve giderlerini ödemesi;

(viii) Antlaşma uyarınca uygun olabilecek veya bu davanın koşullarında adil ve uygun olabilecek diğer veya ek tedbirleri."

Davalı ev sahibi devlet Pakistan ise davacının iddialarını reddederek şu argümanları ileri sürmüştür:

(i) Bayındır'ın adil ve hakkaniyetli muameleden mahrum bırakıldığı iddiası temelsizdir ve Bayındır'ın, sınır dışı edilmesinin yanı sıra Pakistan'ın söz konusu sınır dışı edilmeyi takip eden eylemleri, Pakistan'ın Sözleşme kapsamındaki haklarını meşru bir şekilde kullanmasından başka bir şey değildir;

(ii) Bayındır'ın Antlaşma'nın II. Maddesinin (1) ve (2) paragraflarında yer alan MFN ve ulusal muamele hükümlerini ihlal ettiği ve ayrımcılık yaptığı yönündeki iddiaları, Bayındır'ın Pakistan'ın Bayındır'a karşı yerli veya diğer yabancı müteahhitleri kayırmayı amaçlayan herhangi bir davranışını tespit edemediği ölçüde temelsizdir;

(iii) Bayındır'ın Antlaşma'nın III(1) maddesinde yer alan kamulaştırma maddesini ihlal etme iddiasının temelsiz olduğunu, özellikle Bayındır'ın sınır dışı edilmesinin Sözleşme'ye uygun olması, Bayındır'ın Sözleşme kapsamındaki haklarını nihai bir uzlaşmaya kadar elinde tutması ve sahada kalan tesis ve teçhizatın Sözleşme'ye uygun olarak muamele görmesi durumları kanıtlamaktadır;

(iv) Bayındır'ın Seferberlik Avans Garantilerini nakde çevirme girişimleriyle bağlantılı olarak kamulaştırma maddesinin ihlal edildiği iddiası, özellikle ayrı tarafları ilgilendirdiği, yeni olduğu ve Hakem Heyeti'nin üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığı ve bu garantilerin her halükârda bir yatırım olmadığı ve kamulaştırılmadığı için temelsizdir.

Pakistan, bu Dilekçede belirtilen gerçeklere ve yasal hususlara dayanarak ve Bayındır tarafından yapılan başvuruları reddederek, Hakem Heyeti'nden şu hususlarda karar vermesini talep etmiştir:

(i) Davalının, Davacı tarafından ileri sürülen iddialarla ilgili olarak Pakistan-Türkiye Antlaşması'nı ihlal etmediğine ve böylece Davacının iddialarının reddedilmesine;

(ii) Davacının, Davalının bu tahkim sonucunda maruz kaldığı masraf ve giderleri Davalıya geri ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

d) Somut Olay

Ulusal Otoyol Otoritesi (bundan sonra NHA), Pakistan'ın ulusal otoyollarının ve stratejik yollarının planlanması, geliştirilmesi, işletilmesi ve bakımı için sorumluluk üstlenmek üzere 1991 tarihli Pakistan Yasası No XI (Ulusal Karayolu Otoritesi Yasası) tarafından kurulan bir kamu kuruluşudur. Pakistan Hükümeti tarafından kontrol edilmesine rağmen NHA, Pakistan yasalarına göre dava açma ve kendi adına dava açma hakkına sahip bir organdır.

1993 yılında NHA ve Bayındır, "Pakistan İslamabad-Peşaver Otoyolu" (bundan sonra M-1 Projesi) projesinin yürütülmesi için bir Sözleşme (bundan sonra 1993 Sözleşmesi) imzaladılar.

NHA ve Bayındır arasında 1997'de, 1993 Sözleşmesi kapsamında anlaşmazlıklar ortaya çıktı. Taraflar 29 Mart 1997 tarihinde, 1993 Sözleşmesi'ni yeniden canlandırmak amacıyla bir Mutabakat Zaptı imzaladılar.

NHA' nın, Bayındır'a Sözleşme bedelinin %30'unu avans olarak ödeyeceği, Sözleşme şartıydı. Buna göre NHA, Bayındır'a Seferberlik Avansı olarak sırasıyla 96.645.563,50 ABD doları ve 2.523.009.751,70 PKR tutarında iki ayrı tutar ödemiştir.

Sözleşmenin ifası, işveren tarafından atanacak bir mühendis tarafından denetlenecekti. Sözleşme, uyuşmazlıkların çözümü için önce mühendisin kararını ve ardından tahkimi aşığıdaki gibi sağlayan çok katmanlı bir mekanizma ortaya koymuştur:

- İhtilafı herhangi bir konu öncelikle yazılı olarak mühendise bildirilmelidir;
- Mühendisin müteakip kararından memnun olmayan bir taraf, tahkime başlama niyetini diğer tarafa bildirebilir;
- Taraflar daha sonra anlaşmazlığı dostane bir şekilde çözmeye çalışmalıdır ve aksini kabul etmedikleri sürece, tahkime başlama niyetinin bildirilmesinden en az 56 gün geçmeden tahkime başlayamazlar;
- Anlaşmazlık daha sonra "değiştirildiği şekliyle Pakistan 1940 Tahkim Yasası'nın kuralları ve hükümleri veya yürürlükte olan süre için herhangi bir yasal değişiklik veya yeniden yürürlüğe girme uyarınca" tahkim yoluyla çözülecektir.

3 Haziran 1998'de Mühendis inşaata başlama emrini vermiştir. Öngörülen tamamlanma tarihi 31 Temmuz 2000 olmuştur. Eylül 1999 ile 20 Nisan 2001 tarihleri arasında Bayındır, Pakistan tarafında farklı ihmellere (özellikle arazinin mülkiyetinin devredilmesindeki gecikmelere) maruz kalmıştır. 8 Şubat 2000 tarihinde yapılan bir toplantıda gecikmeler ve ek süre talepleri anlaşma ile çözülmüştür. Bu sözleşme 17 Nisan 2000 tarihli 9 No'lu Ek'in uygulanmasına yol açtı. Bu da diğer şeylerin yanı sıra, revize edilmiş Sözleşme Tamamlanma Tarihi'nin 31 Aralık 2002 olacağını ve NHA' nın kalan araziye mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ancak imzalanmasından itibaren en geç 4 ay içinde teslim edeceğini belirtti.

Sözleşmenin yeniden canlanmasından sonra Bayındır'ın performansının tatmin edici olup olmadığı tartışmalıdır. Bununla birlikte Bayındır, Nisan 2000'de 9 No'lu Ek'in tamamlanmasından önce, sahadaki çalışmalarını neredeyse durdurduğunu ciddi bir şekilde tartışmamıştır. Ayrıca daha sonra tartışılacağı gibi kayıtlardaki kanıtlar, 9 No'lu Ek'in sonuçlanmasından sonra bile işin hızı ve Bayındır'ın sahada kullandığı ekipmanın kalitesi konusunda ciddi endişelerin devam ettiğini göstermektedir.

2 Aralık 2000 tarihinde Mühendis Temsilcisi Bay Raymond Bridger, Sözleşmenin 46.1 alt maddesi uyarınca Bayındır'a "işlerin ilerleme hızının şu anda Sözleşmenin

Tamamlanma Süresine uymak için çok yavaş olduğunu" bildiren ve "önerdiği eylemlerle ilgili ayrıntıları sunmasını" isteyen bir bildiri yayınladı.

30 Ocak 2001 tarihinde yapılan bir Sözleşme ilerleme toplantısında Bridger, Bayındır'ın özellikle Öncelikli Bölüm 1 ve 5'teki verimlilik seviyeleri ile ilgili ilerleme kaydedememesinden çok endişe duyduğunu belirtmiştir. Ayrıca BCI ile mevcut ekipman / makine eksikliğinin gecikmelerin bariz nedeni olduğunu ve bunu Bayındır'a uzun zamandır hatırlattığını da eklemiştir.

14 Nisan 2001 tarihinde Bay Bridger, Bayındır'a, diğerlerinin yanı sıra, 46.1 numaralı alt madde bildirimine uymadığını ve Bayındır'ın alt yüklenicilerine yapılan ödemelerde oldukça geride kaldığını fark ettiğini belirten bir mektup yazmıştır.

19 Nisan 2001 tarihinde Mühendis, NHA' ya, Sözleşme Koşullarının 63.1/b(ii) Alt Maddesi uyarınca, kendi görüşüne göre Yüklenicinin, makul bir mazereti olmaksızın, Sözleşme Koşullarının 28.46 Alt Maddesi uyarınca bildirim aldıktan sonraki 1 gün içinde işlere devam etmediğini onaylamıştır.

20 Nisan 2001 tarihinde NHA, Bayındır'a, 20 Nisan 2001 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere iki Öncelikli Bölümün geç tamamlanması nedeniyle Bayındır'a tasfiye edilmiş zararlar verileceğini bildirmiştir. Aynı gün Bayındır, NHA' ya, kontrolü dışındaki nedenlerden dolayı Öncelik Bölümlerini tamamlayamadığını bildirmiş ve prosedürün, yani EOT 03'ün Madde 67.1 uyarınca karar için Mühendise sunulmasının süre uzatımı hakkını belirlemek için izlenmesine izin verilmesini talep etmiştir.

23 Nisan 2001 tarihinde NHA, Bayındır'ın sitenin mülkiyetini 14 gün içinde devretmesini gerektiren bir "Sözleşmenin Fesih Bildirimi" sunmuştur. Sonrasında, Pakistan ordusunun inşaat mühendisliği bölümü olan Sınır İşleri Örgütü (bundan sonra FWO) personeli bölgeyi güvence altına almış ve Bayındır'ın personeli tahliye edilmiştir.

15 Nisan 2002 tarihinde Bayındır, ICSID' e başvurmuştur.

e) Yargılama Süreci

1. Hakem Heyeti, ilk oturumu 24 Eylül 2004 tarihinde Dünya Bankası'nın Paris'teki ofislerinde usule ilişkin konular ve geçici tedbirler hakkında yapmıştır. Ön duruşmanın başlangıcında Taraflar, Heyet'in usulüne uygun olarak oluşturulduğu konusunda hemfikir olduklarını ifade etmişler ve bu konuda herhangi bir itirazları olmadığını belirtmişlerdir. Taraflar ayrıca, mevcut işlemlere uygulanacak bir dizi usul kuralı üzerinde anlaşmışlardır.

Ön duruşma kasete kaydedilmiş, birebir transkript alınmış ve daha sonra Taraflara dağıtılmıştır.

2. Her iki Taraf da esasa ilişkin sunumlarında, NHA' nın eylemlerinin egemen otoritenin veya yalnızca sözleşmeden doğan hakların kullanılması anlamına gelip gelmediğine dair argümanlarına odaklanmıştır. Bu bağlamda Hakem Heyeti, NHA' nın Antlaşmayı ihlal ettiği iddia edilen eylemlerinin Pakistan'a atfedilip atfedilemeyeceğini öncelikle değerlendirmiştir.

3. Sözleşme kapsamındaki hakları, Sözleşmeyi ihlal ettiği iddia edilen bir şekilde kullanan NHA olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle tartışma şu sorulara dayanmaktadır: (i) NHA' nın Devletin bir organı olup olmadığı; (ii) NHA' nın hükümet yetkilerinin kullanılmasında etkili olan bir araç olup olmadığı ve (iii) NHA' nın Devletin yönetimi veya kontrolü altında hareket edip etmediği.

4. Pakistan, NHA' nın Pakistan yasalarına göre ayrı bir tüzel kişilik olduğunu belirtmektedir. Hakem Heyeti de bu görüşü paylaşmaktadır. Gerçekten de Ulusal Karayolu Otoritesi Yasası (bundan sonra NHA Yasası) uyarınca NHA, sürekli halefiyete ve mülk edinme, tutma ve elden çıkarma yetkisine sahip ortak bir mühüre sahip bir organ şirkettir ve kendi adına dava açabilir ve dava edilebilir. NHA ile Pakistan Hükümeti'nin bazı bölümleri arasında bağlantılar olabileceği gerçeği, ikisinin farklı olmadığı anlamına gelmez. NHA' nın hükümetle olduğu kadar diğer yetkililerle de bağlantıları vardır. Ayrı yasal statüsü nedeniyle Hakem Heyeti, NHA' yı ILC Maddelerinin 4. Maddesi uyarınca bir Devlet organı olarak görmemiştir.

5. Bir sonraki adım olarak Heyet, NHA' nın davranışının ILC Maddelerinin 5. Maddesi (Devlet araçları) uyarınca atfedilebilir olup olmadığını gözden geçirmiştir. ILC Madde 5 şu şekildedir: "4'üncü madde uyarınca Devletin bir organı olmayan ancak o Devletin hukuku tarafından hükümet otoritesinin unsurlarını kullanma yetkisine sahip olan bir kişi veya kuruluşun davranışı, kişi veya kuruluşun belirli bir durumda bu sıfatla hareket etmesi koşuluyla, uluslararası hukuka göre Devletin bir eylemi olarak kabul edilir."

6. NHA' nın genellikle hükümet otoritesinin unsurlarını kullanma yetkisine sahip olduğu tartışılmazdır. NHA Yasası'nın 10. Bölümü, NHA' ya "Ulusal Karayolları, stratejik yollar ve kendisine emanet edilebilecek diğer yollarda ve köprülerde geçiş ücretlerini vergilendirmek, toplamak veya tahsil edilmesine neden olmak" da dahil olmak üzere "bu tür önlemleri almak ve bu Yasanın amaçlarını yerine getirmek için gerekli veya uygun

gördüğü yetkileri kullanmak" için geniş yetki vermektedir. Bununla birlikte bu genel yetkilerin varlığı, davayı 5. madde içinde açmak için tek başına yeterli değildir. Bu hüküm uyarınca yapılan atıf, ayrıca araçsallığın söz konusu özel durumda egemen bir kapasitede hareket etmesini gerektirir. Uluslararası sorumluluk amaçları doğrultusunda bu çalışmalar Devletin bir eylemi olarak kabul edilecekse, bir işletmenin davranışı, işletmenin içinde bulunabileceği diğer özel veya ticari faaliyetlerle değil, hükümet faaliyetiyle ilgili olmalıdır.

7. Hakem Heyeti, kendisine sunulan kanıtların dengesi üzerinden Antlaşmayı ihlal ettiği iddia edilen eylemleri üstlenirken NHA'nın hükümet otoritesinin unsurlarının uygulanmasında hareket ettiğine ikna olmamıştır. Bu nedenle, Hakem Heyeti'nin vardığı sonuç, bu eylemlerin ILC Maddelerinin 5. Maddesi uyarınca Pakistan'a atfedilemeyeceği yönündedir.

8. Bununla birlikte, Hakem Heyeti'nin bu konudaki tespiti ne olursa olsun, ILC Maddelerinin 8. Maddesi uyarınca Devlete atfedilme olasılığı devam etmektedir. Madde 8 şöyledir: "Bir kişi veya bir grup kişinin davranışı, eğer kişi veya kişi grubu davranışı gerçekleştirirken o Devletin talimatı üzerine veya onun talimatı veya kontrolü altında hareket ediyorsa, uluslararası hukuka göre bir Devletin eylemi olarak kabul edilecektir." Bu temelde, Hakem Heyeti, atıf sorununa ilişkin ana bulgularından ikincisine, yani NHA'nın davranışının ILC Maddelerinin 8. Maddesi uyarınca Pakistan'a atfedilebileceğine işaret ederek NHA'nın eylemlerini devlet eylemi olarak görmüş ve bu eylemlerden dolayı bir zararın doğmuş olması halinde devletin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir.

9. Adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı hakkında Hakem Heyeti, yatırım mahkemelerinin kararlarından ortaya çıkan farklı faktörleri bu standardın bir parçası olarak tanımladığında Bayındır ile aynı fikirdedir. Bunlar, şeffaf davranma ve gerekli süreci sağlama yükümlülüğü, keyfi veya ayrımcı tedbirler almaktan kaçınmak, zorlama uygulamamak veya yatırımcının yatırımı etkileyen yasal çerçeveye ilişkin makul beklentilerini boşa çıkarmamaktır. Bu standarda dayanarak, Hakem Heyeti, Pakistan'ın davacıyı sınır dışı etmesinden önce ve sonra ve ayrıca Garantilerin nakde çevrilmesiyle bağlantılı olarak veya Davalının tüm eylemlerinin birlikte değerlendirildiği durumlarda tartışmalı davranışlarını incelemiş, bunu yaparken neyin adil ve hakkaniyetli olduğuna dair bir kararın ve standardın her bir davanın koşullarına uyarlanması gerektiğini belirtmiştir.

10. Burada Hakem Heyeti'nin görüşüne göre Davalının yatırımcıların meşru beklentilerini boşa çıkarmama yükümlülüğünün ihlalini tespit etmek için yeterli kanıt yoktur. Bu nedenle Hakem Heyeti, Bayındır'ın meşru beklentilerinin hüsrana uğradığına ilişkin iddiasının sürdürülemeyeceği kanaatindedir.

11. 14 Nisan 2001 tarihinde Bridger özellikle Bayındır'a şunları hatırlatmıştır: "Herhangi bir değerlendirmeye göre, ilerleme oranınız Sözleşme gerekliliklerinin oldukça altında kaldı ve Madde 46.1 uyarınca size verilen bildirimimize uymadınız."

Buna göre gerçekler öyle ki, NHA' nın Bayındır'ın performansı ile ilgili endişeleri sonucu feshi düşünme hakkı vardı. Bu koşullar altında Hakem Heyeti, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiğini tespit edebilecek hiçbir temel görememektedir. Bu sonuç doğrultusunda Hakem Heyeti, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

12. Kamulaştırma hakkında Hakem Heyeti, bir kamulaştırmanın varlığını değerlendirmenin ilk adımını, kamulaştırıldığı iddia edilen varlıkların belirlenmesinde görmektedir. Bu davada, Davacı tarafından tanımlanan varlıklar, yani sözleşmeden doğan hakları, tesis ve teçhizatı ve Seferberlik Avans Garantileri, Antlaşmanın III(1) Maddesi kapsamındadır ve potansiyel olarak kamulaştırmaya varan bir müdahaleye maruz kalabilir.

13. Mevcut davada, Davacı, hükümet direktiflerinin bir sonucu olarak Sözleşmenin ihlalinin kamulaştırmanın tespiti için yeterli olacağını ileri sürmüştür. Ancak Hakem Heyeti buna katılmamaktadır. Hakem Heyeti'ne göre ilk olarak her sözleşme ihlali bir yatırımcıyı yatırımının özünden mahrum bırakmaz. İkincisi, ihlal olduğu ve ihlalin bir hükümet direktifinden kaynaklandığı durumlarda bile sözleşme ihlali, egemen bir eylemin sonucu olduğu anlamına gelmez zira Devletin direktifi, sözleşme çerçevesinde verilebilir.

14. Sınır dışı etme Sözleşme'yi ihlal etmiş ve Bayındır'ı sözleşme haklarının ekonomik özünden mahrum bırakmış olsa bile kamulaştırma bulgusu ancak söz konusu eylemlerin egemen eylemler olması durumunda kurulacaktır. Davada kanıtlar, davacının iddialarını aksini göstermektedir. Pakistan'ın, Bayındır'ı sınır dışı etmesi, Bayındır'ın kötü performansı nedeniyle makul bir şekilde haklı gösterilmiştir ve bunun sonucunda sınır dışı edilmenin egemen gücün bir uygulaması olarak değil, sözleşmeye dayalı ilişki çerçevesinde görülmesi gerekmektedir. Belirtilen bu nedenlerden dolayı, Hakem Heyeti,

Pakistan'ın Bayındır'ın sözleşmeden doğan haklarını Antlaşma'nın III(1) Maddesini ihlal edecek şekilde kamulaştırmadığı sonucuna varmıştır.

f) Karar

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Hakem Heyeti, aşağıdaki hususlara karar vermiştir:

- a. Davalı, Antlaşma'nın II(2) maddesinin uygulanmasıyla uygulanan adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal etmemiştir;
- b. Davalı, Antlaşmanın II(2) maddesinde yer alan ulusal muameleyi ve en çok tercih edilen ulus standartlarını ihlal etmemiştir;
- c. Davalı, Davacıyı Antlaşmanın III(1) maddesini ihlal edecek şekilde kamulaştırmamıştır;
- d. Taraflar, tahkim masraflarını eşit paylarda karşılayacaktır;
- e. Taraflardan her biri kendi yasal ve diğer masraflarını karşılayacaktır;
- f. Diğer tüm talepler reddedilir.

g) DAVA 3 Hakkında Değerlendirmemiz

Yargılama sürecinin özeti ve kararın içeriğine bakarak uyumsuzluğun temel konularını üç ana başlık altında inceleyebiliriz. İlk olarak, ICSID'in yargılama yetkisine dair olan mesele önemlidir. Davalının ev sahibi devletin bir kurumu olup olmadığı, dolayısıyla Merkez'in kişi bakımından yetkili olup olmadığı ve ayrıca konu bakımından yetki hususunda ortada bir yatırımın mevcut olup olmadığı Merkez'in yetkisi bakımından önemli konulardır. İkinci olarak, Davalının hakkaniyete uygun ve adil muamele standardına aykırı davranıp davranmadığı ve haksız bir kamulaştırma yapıp yapmadığı bir diğer önemli konudur. Yargılama masraflarının hangi tarafa veya taraflara ne derece yükletileceği konusu ise Hakem Heyetince değerlendirilmiş olan önemli bir diğer konudur.

ga) ICSID'in Yargılama Yetkisi

Bu davada, Merkezin yargılama yetkisine tarafların rıza gösterip göstermediği konusundaki inceleme için Türkiye ve Pakistan arasında yapılan İki Taraflı Yatırım Antlaşması değerlendirilmektedir. Hakem Heyeti, 16 Mart 1995 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma'nın ICSID tahkim hükümlerinin, tarafların açık rızalarını ortaya koyduğunu değerlendirmiştir. Dolayısıyla ICSID Tahkim Merkezi, tarafların açık rıza göstermeleri bakımından yetkilidir.

Davada, ICSID' in yargılama yetkisi konusunda Hakem Heyetinin detaylıca değerlendirdiği bir diğer konu, davalının eylemlerinden ev sahibi devlet olan Pakistan'ın sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bir başka deyişle, davalının, devletin bir kurumu olup olmadığıdır.

Bu değerlendirme Merkez'in kişi bakımından yetki konusuna denk gelmektedir. ICSID Antlaşması madde 25 göre Merkez'in kişi bakımından yetkili olması için uyuşmazlığın taraflarından birinin yatırım antlaşması tarafı devlet veya onun alt bir birimi ya da temsilcisi, diğerinin de aynı yatırım antlaşmasının diğer taraf devletin vatandaşının olması gerekir.

Davada üzerinde durulan konu davalı NHA' nın eylemlerinin Pakistan için bir sorumluluk doğurup doğurmayacağı, bir başka deyişle NHA' nın Pakistan'a bağlı bir kurum olup olmadığıdır. Hakem heyetinin değerlendirmesinin sonucu NHA' nın Pakistan yasalarına göre ayrı bir tüzel kişiliği olan bir şirket olduğu, bu yüzden bir devlet organı olarak görülmediği ancak eylemlerini Devletin talimatı üzerine gerçekleştirmesi ve onun talimat ve kontrolü altında hareket etmesi sebebiyle, eylemlerinin uluslararası hukuka göre Devletin eylemi olarak kabul edileceğidir. Dolayısıyla Mahkeme, NHA' nın davranışının Pakistan'a atfedilebileceğine işaret ederek Pakistan'ı uyuşmazlığın tarafı görmüştür. Böylece Merkez, kişi bakımından da yetki tesis edildiğini değerlendirmiştir.

Davada detaylı bir şekilde incelenmiş olan ve ICSID Tahkim Merkezi'nin yetkili olmasına ilişkin zorunlu şart olan bir diğer unsur da Merkezin konu bakımından yetkili olmasıdır. ICSID'in konu bakımından yetkili olması, Sözleşme madde 25'te, "... arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır." şeklinde ifade edilmiştir. Burada üç adet unsur vardır. Bunlardan birincisi "hukuki uyuşmazlık"tır. ICSID'in konu bakımından yetkili olması için öncelikle ortada hukuki bir uyuşmazlık bulunmalıdır. Düzenlemedeki ikinci unsur ise "yatırım" unsurudur. Son olarak üçüncü unsur da "uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması" gerekliliğidir.

Hakem Heyeti, bu yönde Pakistan'ın itirazlarını reddederek, tasarının yatırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunun, Pakistan kanunlarına göre belirleyici olmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte zaten, Pakistan'ın yatırım için özel bir tanım içeren mevzuata sahip olmadığını ifade etmiştir.

Hakem Heyeti, Salini v Morocco davasına atıfta bulunarak ikili antlaşmadaki "yerel kanun ve düzenlemelere uygunluk" hükmünün yatırımın tanımına değil, geçerliliğine

ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede, Bayındır'ın İki Taraflı Antlaşmada "her türlü değer" tanıma uygun bir yatırım gerçekleştirdiğine karar vermiştir.

Hakem Heyeti, Pakistan'ın ICSID Antlaşması 25/1 hükmü çerçevesinde bir yatırımın gerçekleşmediği iddialarını ele alırken, Salini v Morocco davasına atıfta bulunarak otoyol yapım projesinin yatırım niteliğini değerlendirmiştir. Projede yabancı yatırımcının üstlendiği yükümlülüklerin ve risklerin bulunduğunu ve Pakistan makamlarının projenin ülkenin gelişimine katkı sağlayacağına dair beyanlarının olduğunu belirten Heyet, Bayındır'ın gerçekleştirdiği yatırımın ICSID Antlaşması 25/1 kapsamında bir yatırım olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla Merkez, konu bakımından da yetkili olmak itibarıyla dava bakımından kendini yetkili görmüştür.

gb) Davalı Devletin Hakkaniyete Uygun Ve Adil Muamele Standardına Aykırı Davranıp Davranmadığı Ve Haksız Kamulaştırma Yapıp Yapmadığı Tartışması

Hakem Heyeti, davacı yatırımcının Pakistan'ın adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği ve haksız kamulaştırma yaptığı iddialarını ele almıştır.

Hakem Heyeti, Pakistan'ın davacıyı sınır dışı etmesi, garantilerin nakde çevrilmesi ve davacının davayla ilgili tüm eylemlerini içeren durumları incelemiş ve bu inceleme sürecinde "adil ve hakkaniyetli" kavramını her bir durum için değerlendirmiştir.

Neticede Heyet, davalının yatırımcıların meşru beklentilerini boşa çıkarmama yükümlülüğünün ihlali için yeterli kanıt olmadığı, Davalının bu eylemlerinin Davacının yatırım hakkındaki yetersiz ve başarısız iş ilerlemesinden doğduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle, davacının meşru beklentilerinin hüsrana sona erdiği iddiasının sürdürülemeyeceğine karar vermiştir. Sonuç olarak Hakem Heyeti adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.

Haksız kamulaştırma iddiasına karşı Hakem Heyeti, değerlendirmeye öncelikle kamulaştırıldığı iddia edilen varlıkların belirlenmesi ile başlamıştır. Bu davada, davalı tarafından tanımlanan varlıklar, yani sözleşmeden doğan haklar, tesis ve teçhizat ile Seferberlik Avans Garantileri, antlaşmanın III(1) Maddesi kapsamında ve potansiyel olarak kamulaştırılacak varlıklar olduğunu değerlendirmiştir.

Davacı, hükümetin direktifleri nedeniyle sözleşme ihlalinin kamulaştırma olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak Hakem Heyeti bu görüşe katılmamıştır. Heyet, her sözleşme ihlalinin bir yatırımcıyı yatırımının temelinden mahrum bıraktığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca hükümet direktifleri nedeniyle bile bir sözleşme

ihlali egemen bir eylemin sonucu olmayabilecektir. Zira devletin direktifleri pekâlâ sözleşme çerçevesinde verilebilir.

Hakem heyetine göre sınır dışı etme eylemi, Sözleşme'yi ihlal etmiş ve davacıyı sözleşmeden doğan haklarından mahrum bırakmış olsa da kamulaştırma iddiasının geçerli olması için bu eylemin egemen gücün bir sonucu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak davada sunulan kanıtlar, sınır dışı etmenin davacının kötü performansı nedeniyle makul bir şekilde haklı gösterildiğini ve bunun sözleşmeye dayalı bir eylem olduğunu göstermektedir. Bu nedenle Mahkeme, Pakistan'ın davacının sözleşmeden doğan haklarında haksız bir kamulaştırma yapmadığı sonucuna varmıştır.

gc) Yargılama Masrafları

Hakem heyeti, yargılama masraflarının taraflarca eşit paylarda karşılanacağına karar vermiştir. Ayrıca taraflardan her biri kendi yasal ve diğer masraflarını karşılayacaktır.

SONUÇ

Uluslararası enerji yatırımları, uzun bir tarihçeye sahiptir. Avrupa'dan Asya'ya dünyanın pek çok bölgesine kadar yayılmıştır. İlk zamanlarda yabancı yatırımların büyük çoğunluğu sömürgecilik faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşmiştir. Yatırımlar büyük çoğunlukla tek taraflı şekilde sömürgeci devletlerden kendi sömürge bölgelerine yönelik olmuştur.

Sömürge sisteminde, yabancı yatırımlar bakımından arzu edilen koruma yatırımların başından sonuna kadar sağlanmıştır. Sömürge dışında kalan alanlarda yapılan yatırımlarda ise diplomasi ve askeri güç kullanımıyla yatırım uyuşmazlıkları çözülmeye çalışılmıştır.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlık ve milliyetçilik hareketlerinin ortaya çıkması sömürü sistemine göre işleyen uluslararası yatırımları sekteye uğratmıştır. Uluslararası yatırımların problemsiz bir şekilde devam etmesi için yeni bir düzen arayışına gidilmiş ve uluslararası yatırım hukukunun doğumu ve gelişimi mümkün olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı sonrası yıllarda birçok ülke anahtar sanayilerini millileştirmek için harekete geçmiştir. Sömürgeciliğin sona ermesiyle birlikte yabancı sermayeye karşı milliyetçi tutumun yükselmesi yabancı yatırımcılar için yatırım koşullarını belirsizleştirmiş ve bu yatırım uyuşmazlıklarını beraberinde getirmiştir.

Sömürgeciliğin sona ermesi ile bağımsızlığını kazanan devletler enerji kaynakları üzerindeki ekonomik faaliyetlerin denetim ve kontrolünü tamamıyla ele almaya çalışmışlardır. Bu yöndeki girişimler, 1960-1970 yıllarında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarına yansımıştır. 1962 yılında BM Genel Kurulu tarafından, ev sahibi devletlerin kendi kaynakları üzerinde denetim ve kontrolü sağlayabilmeleri hakkında "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı" kabul edilmiştir.

Devletlerin, kendi doğal kaynakları üzerinde egemenlik ilkesine dayanarak denetimlerini artırmak istemeleri, "Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı" ile ayrıca uluslararası hukukta da bir geçerlilik kazanmıştır. Bu durum uluslararası yatırım uyuşmazlıklarını da beraberinde getirmiş ve bu dönemde yatırım uyuşmazlıkları son yüzyılın en yüksek boyutlarına ulaşmıştır. Buna bir çözüm getirmek amacıyla Dünya Bankası, bünyesinde gerçekleştirilen uzun çalışmalar sonrasında yatırım uyuşmazlıklarını

çözümü konusunda bir merkez kurma kararına varmış ve ICSID Antlaşması ile 1996 yılında ICSID kurulmuştur.

ICSID'in kurulması, ev sahibi devletlere ve yabancı yatırımcılara uluslararası yatırım alanında bir güven sunmuştur. Bu güven sayesinde uluslararası yatırımlar artmış, 2000 yılları sonrası uluslararası kredi ve finans kurumlarının da olumlu etkisiyle, neredeyse tüm devletler en az birer tane yatırım antlaşmasına taraf olmuşlardır.

Uluslararası yatırımların giderek artması ile uluslararası yatırım hukukunun da kaynakları şekillenmiştir. Bu kaynaklar arasında ilk olarak uluslararası teamül kurallarının yeri önemlidir. Uluslararası teamüller sonrasında ise özellikle sömürü sisteminin sona erdiği 20. yy. itibariyle iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar, sonrasında devletlerin ulusal mevzuatında yabancı yatırım düzenlemelerine yer vermeye başlamaları ile ulusal mevzuat, tüm bu gelişmelerin etkisi ile artan yabancı yatırım sözleşmeleri uluslararası yatırım hukukunun kaynakları arasındadır. Elbet bu kaynaklar ile hukuki bir rejimin oluşması ve bunun yatırımcılara güvence vermesi ile artış gösteren yabancı yatırımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü hakkında geliştirilen içtihat da yine uluslararası yatırım hukuku alanında çok önemli bir kaynaktır.

Uluslararası yatırım hukukunda kaynakların zenginleşmesi ile uluslararası yatırım hukukunda belirlilik artsa da temel kavram olan yatırım kavramı için net bir tanım olduğu söylenemez. Zira kaynakların hiçbirinde kavramın tüm veçhelerinin ele alındığı tek bir tanımlama yapılmış değildir. Yabancı yatırım, uluslararası hukuk açısından tanımında en zorlanılan ve tüm unsurları ile tanımı konusunda bir uzlaşmaya varılamayan kavramların başında gelmektedir. Bu yüzden yatırımın tanımı devletlere bırakılmıştır.

Yabancı yatırım için uluslararası hukukta genel geçer bir tanım yapılmayarak tanımın devletlere bırakılması daha faydalı görülmektedir. Zira devletlerin, başta gelişmişlik düzeylerindeki farklılıklardan kaynaklanan sebeplerle uluslararası yatırım hakkındaki düşünceleri ve yabancı yatırımlara karşı isteklilik ve yabancı yatırımcıları teşvik motivasyonları aynı değildir. Dolayısıyla devletten devlete yatırımın çerçevesi farklı sınırlarda çizilebilmektedir. Ayrıca zaman içerisinde küresel düzlemdeki ekonomik ve teknolojik şartlardaki değişim, bilinen ve uygulanan yatırım türlerinde de değişime ve yeni yatırım türlerinin oluşmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla bu gelişim ve değişim süreci sebebiyle uluslararası hukukta yabancı yatırım kavramının tüm veçhelerinin ele alındığı net bir yatırım tanımı yapılmaktan kaçınılmakta, bunun yerine yatırımın kapsamı

çizilmeye çalışılmakta veya tüketici olmayan bir şekilde tanım yapıldıktan sonra ayrıca bazı yatırım türleri özel olarak belirtilmektedir.

Uluslararası enerji konulu yatırım antlaşmalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise belli konularda yoğunlaşabilmektedir. Zira uluslararası yatırım antlaşmalarında düzenlenen hükümler genel olarak aynı çerçevede, yatırım hakkında devletler için öngörülen standart yükümlülüklerden oluşmaktadır. Dolayısıyla standart hükümler içeren antlaşmalarda ortaya çıkan uyuşmazlık konuları da benzerdir.

Enerji konulu yatırım antlaşmalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, bu antlaşmalarda devletlere yüklenen yatırımların korunmasına ve yabancı yatırımcılara muamelelere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda uyuşmazlıkların kaynakları genel olarak kamulaştırma ve kamulaştırmaya eş değer tedbirler kaynaklı uyuşmazlıklar, ödemelerin serbestçe transferinin engellenmesi sebepli uyuşmazlıklar, yatırım antlaşmaları ile getirilen muamele standartlarının ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar ve yatırım sözleşmelerinin ihlâl edilmesi kaynaklı uyuşmazlıklar olarak sayılabilir.

Yukarıda saydığımız yatırım uyuşmazlıklarının birden fazla çözüm yöntemi vardır. ICSID Tahkim yöntemi de bir tahkim yöntemi olarak bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Tahkim, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflarca, bu uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine gitmek yerine üçüncü bir kişi veya kişileri hakem olarak görevlendirmek suretiyle yargılamanın yapıldığı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Farklı ölçütler temelinde birden fazla tahkim türü vardır. Bunlardan bazıları “zorunlu tahkim-ihiyari tahkim”, “ad-hoc tahkim-kurumsal tahkim”, “milli tahkim-milletlerarası tahkim” şeklindedir. ICSID tahkimin türü de kurumsal tahkim, milletlerarası tahkim ve ihiyari tahkim şeklindedir.

ICSID, Dünya Bankacılığı öncülüğünde imzalanmış ve çok taraflı bir antlaşma niteliğinde olan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme kapsamında kurulmuştur. Merkeze bugüne kadar 984 tahkim başvurusu yapılmış olup bunlardan 684 adedi sonuçlanmıştır. ICSID’e yapılan başvuruların tarım, inşaat, enerji, sanayi, madencilik, bankacılık ve turizm alanlarında olduğu görülmektedir.

ICSID Antlaşması'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında ICSID'in amacı, bu Antlaşma'nın hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile âkit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak olarak belirtilmektedir. Antlaşma'nın hemen devam eden maddelerinde, Merkez'in nerede kurulacağı, idari yapılanmanın ne şekilde oluşturulacağı, finansmanın nasıl sağlanacağı ve personelinin özerklik halleri düzenlenmiştir. Merkez'in yapılanması üç açıdan kurgulanmış olup bunlar İdari Konsey, Sekreteryaya, Arabulucular ve Hakemler Panelidir. Merkez işleyişini bu organlar aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte altı çizilmelidir ki İdari Konsey ve Sekreteryaya yalnızca Merkez'in işleyişi ile ilgilenmekte ve hiçbir şekilde Merkez'e gelen uyuşmazlıkların çözümüne müdahale edememekte, çözüm sürecine dahil olmamaktadırlar. Bu görev ve yetki arabulucu ve hakem panellerine aittir. ICSID merkezinin yargılama yetkisi ICSID Antlaşması'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Merkez'in yargılama yetkisi, akit ülkeler ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızası Merkez'e sunulmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere Merkez'in yargılama yetkisine sahip olması için üç şartın varlığı gerekmektedir. Merkezin yetkili olması için ilk olarak tarafların rızasının ya da onayının alınmış olması, diğer şart olarak Merkez'in kişi bakımından yetkili olması ve son şart olarak konu bakımından yetkili olması, yani hukuki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir. Madde 25 uyarınca yargılama yetkisi bulunan ICSID Tahkiminin yargılama prosedürü ise ICSID Antlaşması madde 36 ve devamında düzenlenmiştir.

Merkezde bugüne kadar açılmış olan 978 davadan 686 adedi sonuçlanmıştır. Geriye kalan 292 dava ise halen devam etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti ve kişilerinin taraf olduğu dava sayısı ise 48'dir. Bu davaların 33'ünde Türkiye Cumhuriyeti veya kişileri davacı iken 15'inde davalı taraftır. Davacı olunan davaların 25'i tamamlanmış olup karar verilmiştir. Halen 8'i ise devam etmektedir. Davalı olunan davaların ise 12'si tamamlanmış olup kalan 3'ünün ise yargılaması devam etmektedir.

İlgili davalar incelendiğinde özellikle iki hususun antlaşma kaynaklı uyuşmazlıklar için kritik öneme sahip olduğu görülmektedir. İlk husus antlaşmada düzenlenen yabancı yatırımın tanımı hakkındadır. Uluslararası yatırımın tarafları olan ev sahibi devlet ve

yabancı yatırımcılar, özellikle yatırımın kapsamı konusuna dikkat etmelidirler. Zira bir ekonomik faaliyetin ilgili yatırım anlaşması uyarınca koruma altına alınabilmesi için öncelikle bu faaliyetin anlaşmada düzenlenmiş olan yatırım tanımı kapsamına girmesi gerekmektedir. Uluslararası yatırımlarda dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus da ev sahibi devletin yabancı yatırımlar üzerinde gerçekleştirdikleri müdahalelerdir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımlar üzerinde kamulaştırma veya kamulaştırmaya eş değer işlemler yapmaktan kaçınmalıdır. Zira tüm bu işlemler uluslararası yatırım uyumsuzluklarını doğurmakta ve ICSID hakem heyetlerince yabancı yatırımcıların haklarına tecavüz olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996.
- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Akıncı, Ziya, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000.
- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Akyüz, Şule, The Jurisdiction of ICSID: The Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 3, sa. 333-362, 2003.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usûl Hukukunda Tahkimin Hukuki Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973.
- Al-Emadi, Talal Abdulla, The Renegotiating Clause in Petroleum International Joint Venture Agreements, Oxford Student Legal Studies Paper, Issue: 4, 2012.
- Alvarez, Jose E., "The Once and Future Foreign Investment Regimeé, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2010.
- Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Arat, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, AÜHF Yayınları: 269, 1970.
- Aybay, Rona, Vatandaşlık Hukuku, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003.
- Aygül, Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Aydemir, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Baklacı, Pınar, Uluslararası Yatırımlarda "Dolaylı Kamulaştırma" ve Düzenleyici Yetkiler, MHB, Cilt: 28, Sayı:1-2, 2008.
- Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 2012.
- Bernardini, Piero, Development Agreements with Host Governments, Economic Development, Foreign Investments and the Law, International Bar Assosiation Series, Kluwer Law International, New York, 1996.
- Bishop, R. Doak / Crawford, James / Reisman, W. Michael, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Bondzi Simpson, Philip E., Legal Relationships Between Transnational Corporations and Host States, Quorum Books, London, 1990.

- Bozkurt, Enver / Kütükçü, M. Akif / Poyraz, Yasin, Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Broches, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”Rec. des Cours, 1972/II, C. 136, Leyden, 1973.
- Broches, Aron, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1995.
- Bronfman, Marcela Klein, Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard, Max Planck UNYB, Vol: 10, 2006.
- Brown, Henry J. / Marriott, Arthur, ADR Principals and Practice, 2. Edition, London, 2002.
- Brownlie, I., Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York, 2008.
- Cameron, Peter, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford University Press, 2010.
- Comeaux, Paul E. / Kinsella, Stephan N., Protecting Foreign Investment Under International Law, Legal Aspects of Political Risk, Oceana Publications, New York, 1997.
- Çal, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Antlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 63-4, sa. 89-134, 2008.
- Çalışkan, Yusuf, Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya’daki Türk Yatırımları, Küre Yayınları, İstanbul, 2011.
- Çalışkan, Yusuf, İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul ARAT’a Armağan, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2012.
- Çelik, F. Edip, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009.
- Çelikel, Aysel / Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2010.
- David, Jenny, Alternative Dispute Resolution - What is it?”, Alternative Dispute Resolution Proceedings, sa. 25-63, July 1986.

- Dayınlarlı, Kemal, HUMK'ta Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004.
- Dayınlarlı, Kemal, Milletlerarası Tahkim Rehberi, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2014.
- De Lupis, Ingrid Detter, Finance and Protection of Investments in Developing Countries, Gower Publishing, Hants, 1988.
- Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Dolzer, Rudolf, National Treatment: New Development, Making the Most of International Agreements: A Common Agenda, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris, 12 December 2005.
- Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York, 2008.
- Dost, Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.
- Egemen Demir, Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2019.
- Ekşi, Nuray, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Ekşi, Nuray, Türkiye'de Kurumsal Tahkim, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020.
- Ercan, Metin, Uluslararası Petrol Arama ve Üretim Yatırımlarının Yapısı ve Finansal Yönden İncelenmesi, Ankara, 1996.
- Erdem, B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007.
- Erdoğan, Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Erkan, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Erkan, Mustafa, Mitigating Political Risks for Transnational Energy Projects Through Contractual Mechanisms, Doctoral Dissertation University of Exeter, 2009.
- Erkan, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses, Kluwer Law International, London, 2011.

- Erten, Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2005.
- Erten, Rifat, ICSID TAHKİMİ, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 4, Ankara, 1998.
- Erten, Rifat, Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- Fabrikant, Robert, Production Sharing Contracts in the Indonesian Petroleum Industry, Harvard International Law Journal, Vol. 16, Issue 2, sa. 303-351, 1975.
- Figanmeşe Ataman, İnci, The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, Ankara Law Review, Vol: 8, No: 2, 2011.
- Goldberg, Stephen B. / GREEN, Eric D. / SANDER, E. A., Dispute Resolution, Little, Brown, 1985.
- Göksu, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk - Uzlaştırma), Seçkin Yayınevi, 2022.
- Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Bursa, 2016.
- Gulliver, P.H., Dispute and Negotiations A Cross-Cultural Perspective, New York: Academic Press, 1979.
- Gündüz, Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1994.
- Güngör, Gülin, Tâbiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Günoğur, Haluk, Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü, Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1999.
- Güler, Zafer, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Anabilim Dalı, Uluslararası Ticaret Ve AB Hukuku Doktora Programı, Enerji Yatırım Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Süreci, Doktora Tezi, 2020.
- Houtte, Hans Van, The Law of International Trade, London, 1995.
- İldır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara, 1. Baskı, 2003.
- İlhan, Hüseyin Afşin, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Izzeddin, Ahmed Kamal, The Calvo Doctrine and the Hull Formula: Prospects for Harmony, Book Venture Publishing LLC, 2017.
- Jennings, R. Y., State Contracts in International Law, 37 B.Y.I.L., 1961.
- Kalpsüz, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Kaplan, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Karakehya, Hakan, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 2, 2008, sa. 133-163.
- Karan, N.: “İdarî Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 14 Şubat 2009.
- Karayel, İsmail Emrah, ICSID Tahkimi Ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020.
- Kaya Caner, Bağdagül, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2021.
- Kayıhan, Şaban / ESKİ, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku: Cilt 1, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2015.
- Keskin, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2006.
- Kırlı Aydemir, Deniz, Yabancı Yatırımların Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.
- Klaeger, Roland, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge University Press, New York, 2011.
- Konoplyanik, Andrey Alexandrovich / WÄLDE, T., “Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy”, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol: 24, No: 4, 2006.
- Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011.
- Koral, Rabi, Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM, Cilt: 13, sa. 193-218, 1947.
- Koral, Rabi, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM, Cilt: 13, Sayı: 3, 1947.

- Koruyucu, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Köşgeroğlu, Banu Şit, Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Antlaşmaları ile Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Krane, Jim, Stability Versus Sustainability: Energy Policy in the Gulf Monarchies, The Energy Journal, Vol: 36, S. 4, sa. 1-21, 2015.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara, 2014.
- Lowenfeld, A.: International Economic Law, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Malik, Mahnaz, Fair and Equitable Treatment, IISD, Bulletin 3, September 2009.
- Mclahlan, Campbell / Shore, Laurence / Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration-Substantive Principles, Oxford University Press, 2010.
- Meray, Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. Cilt, Sayı: 177-99, 1960.
- Mistelis, Loukas A. / Baltag, Crina Mihaela, "Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty", Penn State University Law Review, 2009.
- Muratoğlu, Tahir / Buluttekin, Burak, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, 2018.
- Nader, Laura / Todd, Harry F., Introduction: The Disputing Process, The Disputing Process- Law in Ten Societies, Columbia University Press, 1978.
- Nomer, Ergin, Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009.
- Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul, 2008.
- Ormanoğlu, Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004.

- Öktem, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, BETA Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2013.
- Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı 3-4, 2006.
- Özbek, Mustafa Serdar, Avukatlık Kanunu'nun 35/ A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3.
- Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Öztek, Selçuk, Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009.
- Öztürk, Neva Övünç, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Devletler Özel Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006.
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2003.
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi, Cilt:1, 6. Baskı, Ankara, 1997.
- Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammed / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 15. Baskı, İstanbul, 2018.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2018.
- Peter, Wolfgang / Quentin De Kuyper, Jean / De Candolle, Bénédict, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2. Baskı, Kluwer Law International, 1995.
- Peters, P., "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", Netherlands Yearbook of International Law, Netherlands Yearbook of International Law, V. XXII, 1991.
- Peterson, L.: Human Rights and Bilateral Investment Treaties, Rights and Democracy, Montreal, 2009.
- Polat, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Polat, Malike, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Antlaşmalarının Mukayesesine İlişkin Bir İnceleme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sa. 195-220, 2010.

- Polat, Melike / Al Kılıç, Şengül, ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia “Nowa Huta” S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında “İyi niyet ve Manevi Tazminat” iddialarının Değerlendirilmesi, MHB, Cilt: 34, Sayı: 2.
- Postacıoğlu, İlhan Ethem / Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Reçber, Kamerun, Uluslararası Hukuk, DORA Yayın, 2. Baskı, Bursa, 2016.
- Riskin, Leonard L. / Westbrook, James E. / Guthrie, Chris, Dispute Resolution and Lawyers (Amerikan Casebook Series), West Publishing, 1987.
- Roe, Thomas / Happold, Matthew / Dingemans, James, Settlement of Investment Disputes Under the Energy Charter Treaty, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010.
- Schill, Stephan W., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, 2009.
- Schill, Stephan W., “Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective”, In: International Investment Law and Comparative Public Law, UK: Oxford University Press, 2010.
- Schreuer, Christoph H., Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment & Trade, Vol: 6, No: 3, Geneva, 2005.
- Schreuer, Christoph H., The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, JurisNet LLC, sa. 108-159, New York, 2006.
- Schreuer, Christopher H., The ICSID Convention - A Commentary, Cambridge University Press, New York, 2001.
- Selçuk, Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Seviğ, Vasfi Raşit, Mukavelelerin Tasnifi ve B.K. Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukavelesi, AÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 2, sa. 1185-1206, 1949.
- Sornarajah, M., The Pursuit of Nationalized Property, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.
- Sornarajah, M., International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Sornarajah, M., The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.

- Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2004.
- Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge, 2011.
- Soysal, Mümtaz / Ertuğrul, İlter, Kamu Hizmeti ve Tahkim, Mülkiye Dergisi, C. XXIII, S. 217.
- Sögüt, İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2010.
- Şahin Ceylan, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.
- Şanlı, Cemal, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu, Bildiriler/Panel, İstanbul, 1998.
- Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2002.
- Şanlı, Cemal / Esen, Esmâ / Ataman Figenmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2014.
- Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 9. Baskı, Bursa, 2018.
- Tanrıbilir Feriha Bilge / Şit, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, Cilt: 22, sa. 819-837, 2002.
- Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı: 64, 2006, sa. 151-177.
- Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Taşkın, Alim, Tahkim Hukukunda Tahkim Antlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009.

- Tekinalp, Ünal, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965.
- Tezcan, Durmuş, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.
- Tiryakioğlu Bilgin., “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları Mecmuası, 2007, S: 1/2.
- Tiryakioğlu Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, sa. 165-181, 2001.
- Toluner, Sevin, Millîleştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1374, İstanbul, 1968.
- Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Bakımından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, sa. 256-259, İstanbul, 2000.
- Tuncer, Bayan, Türkiye'de Yabancı Sermaye Sorunu, AÜSBF Yayınları: 241, Ankara, 1968.
- Tunç, Mehmet Akif, Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Ve İki Taraflı Yatırımların Korunması Ve Teşviki Antlaşmaları Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı Nedir?, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Turanlı, Hüsnü, Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2008.
- Turhan, Turgut / Tanrıbilir, Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Turinov, Anna, “Investment’ and ‘Investor’ in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction”, Journal of International Arbitration, 26(1), 2009.
- Tuygun, Salih, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007.
- Ulaş, Dilber, Çokuluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 59-2, sa. 151-178, 1999.

- Uluocak, Nihal, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006.
- UNCTAD, State Contracts, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements.
- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1959-1991, United Nations, New York, 1992.
- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, United Nations, New York and Geneva, 1998.
- UNCTAD, Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva, 1999.
- UNCTAD, National Treatment, United Nations, New York and Geneva, 1999.
- UNCTAD, Taking Of Property, United Nations, New York and Geneva, 2000.
- UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issues Volume I, United Nations, Geneva and New York, 2004.
- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking, New York/Geneva, 2007.
- UNCTAD, World Investment Report 2011, United Nations Publications, Switzerland, 2011.
- UNCTAD, World Investment Report 2013, United Nations Publications, Switzerland, 2013.
- UNCTAD, Dispute Settlement International Center for Settlement of Dispute (ICSID), New York and Geneva, 2013.
- UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement, United Nations, New York and Geneva, 2014.
- Uras, T. Güngör, Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, Formül Matbaası, İstanbul, 1979.
- Ünsal, Hande, Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2015.
- Walde, Thomas W, Contract Claims Under Energy Charter Treaty’s Umbrella Clause: Original Intentions Versys Emerging Jurisprudence, Investment Arbitration and Energy Charter Treaty, Juris Publishing, sa. 206-237, 2006.

- Walde, Thomas W., Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty–From Dispute Settlement to Treaty Implementation, *Arbitration International*, Vol: 12, Issue: 4, sa. 429-466, 1996.
- Walde, Thomas W., Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries, *The Journal of World Energy Law and Business*, Vol: 1, Issue: 1, sa. 55-97, 2008.
- Wolfgang, Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, London, 1995.
- Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Vandeveld, K. *Bilateral Investment Treaties*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Vandeveld, K., A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol:43, sa. 43-106, 2010.
- Voss, Jan Ole, *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011.
- Yackee, Jason Webb, “Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality”, *Fordham International Law Journal*, Volume 32, Issue 5, 2008.
- Yasan, Candan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sa. 777-806, 2011/1.
- Yeğengil, Rasih, *Tahkim (L’arbitrage)*, İstanbul Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.
- Yeşilirmak, Ali, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, *BATİDER*, Cilt: 20, Sayı: 2, sa. 1300-1396, 1999.
- Yıldırım, Aslı, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, sa. 37-44, 2002.
- Yılmaz, Alper Çağrı, *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayınları*, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2013.
- Yılmaz, Ejder, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, *DEÜHFD*, Cilt: 16, Özel Sayı, sa. 531-554, 2014.
- Yılmaz, Ejder, Tahkim Hukukuna Giriş ve Ülkemizdeki Gelişimi, *Makaleler (1973-2013)*, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- Yılmaz, Halil, Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri, Ankara Barosu Dergisi, sa. 75-104, 2004.
- Yılmaz, İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2004.
- Yücel, Müjgan Tunç, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Zakariya, Hasan S., New Directions in the Search for and Development of Petroleum Resources in the Developing Countries, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol: 9, Issue: 3, sa. 545-578, Summer 1976.
- Zaki El Chiati, Ahmed, Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Zenginkuzucu, Dikran Migirdiç, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2012.

İnternet Kaynakları

- [A/RES/S-6/3201 - Declaration on the Establishment of a New International Economic Order - UN Documents: Gathering a body of global agreements \(un-documents.net\)](#), E.T.: 20.10.2023.
- [Bayındır - Pakistan \(I\), Ödül, 27 Ağustos 2009 \(jusmundi.com\)](#), E.T.: 20.08.2023.
- [Bayındır - Pakistan \(I\), Yargı Yetkisine İlişkin Karar, 14 Kasım 2005 \(jusmundi.com\)](#), E.T.: 20.08.2023.
- [Cementownia - Türkiye \(I\), Ödül, 17 Eylül 2009 \(jusmundi.com\)](#), E.T.: 15.08.2023.
- [Home page - OECD](#), E.T.: 01.09.2023.
- [ICSID Üye Devletleri Veritabanı | ICSID \(Uluslararası Çip Teknolojisi\) \(worldbank.org\)](#), E.T.: 28.10.2023.
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/investment>, E.T.: 19.03.2023.
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ad-hoc>, E.T.: 25.02.2023.
- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/asset>, E.T.: 23.08.2023.
- <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, E.T.: 08.09.2023.
- <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, E.T.: 23.10.2023.

https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438, E.T.: 31.08.2023.

<https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/investment-thematic-reports/expropriation-regime-under-the-energy-charter-treaty-2012/>, E.T.: 24.10.2023.

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent>, E.T.: 20.10.2023.

www.encharter.org, E.T.: 28.10.2023.

<https://www.oecd.org/about/>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.italaw.com/cases/76>, E.T.: 23.10.2023.

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-pseg-global-inc-and-konya-ilgin-elektrik-uretim-ve-ticaret-limited-sirketi-v-republic-of-turkey-award-friday-19th-january-2007>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.mevzuatdergisi.com/2011/06a/01.htm#:~:text=G%C3%BCn%C3%BCm%C3%BCzde%20d%C3%BCnya%20ekonomisinde%20ya%C5%9Fanan%20en,par%C3%A7as%C4%B1%20olarak%20sermaye%20hareketlerinin%20serbestle%C5%9Fmesidir>, E.T.: 08.09.2023.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4875&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T.: 23.08.2023.

<https://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, E.T.: 29.04.2023.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>, E.T.: 31.08.2023.

<http://www.turkishgreek.org/index.php/kuetuephane/item/153-unclos-turkish>, E.T.: 31.08.2023.

<https://www.worldbank.org/en/home>, E.T.: 27.04.2023.

[International Sealing Distribution Association \(isd.org\)](http://www.isd.org), E.T.: 31.08.2023.

[International Centre for Settlement of Investment Disputes \(worldbank.org\)](http://www.worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

[North American Free Trade Agreement \(jsumundi.com\)](http://www.jsumundi.com), E.T.: 31.08.2023.

[Multilateral Agreement on Investment \(globalpolicy.org\)](http://www.globalpolicy.org), E.T.: 31.08.2023.

PSEG v. Turkey, Award, 19 Jan 2007 (jusmundi.com), E.T.: 06.09.2023.

Sekreteryaya - Genel Bakış | ICSID (Uluslararası Toplum Örgütü) (worldbank.org), E.T.: 12.03.2023.

Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları* | TÜRKİYE HUKUK (turkiyehukuk.org), E.T.: 06.09.2023.

Stability versus Sustainability: Energy Policy in the Gulf Monarchies on JSTOR

The Energy Journal on JSTOR, E.T.: 01.09.2023.

Arama Vakaları | ICSID (worldbank.org), E.T.: 06.09.2023.

Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Gezgini | UNCTAD Yatırım Politikası Merkezi, E.T.: 28.10.2023.

43389907.pdf (oecd.org), E.T.: 31.08.2023.

ÖZ GEÇMİŞ

Ad Soyad: Abdülkerim KÜÇÜK	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	Uludağ Üniversitesi
Fakülte	Hukuk
Bölümü	Hukuk
Makale ve Bildiriler	
1. Küçük, Abdülkerim, Türk Mevzuatı ve İçtihatı Işığında İşveren ve İşçi Arasındaki İleti ve Bildirimlerin Kayıtlı Elektronik Posta Vasıtasıyla Yapılmasının Hukuki Geçerliliği, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, sa. 129-170, 30.12.2023.	