

GİRİŞ

Tahkim, tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın hallini, kendi seçtikleri resmî sıfatları olmayan özel kişilere (hakemlere) bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu hakemlerce çözülmesine verilen isimdir.

Tahkimde hakemlerce çözüme bağlanan uyuşmazlık, bir dava değildir. Dava, bir uyuşmazlığın halli için devlet yargılamasına müracaatı ifade eder. Tahkimde böyle bir durum bahis mevzuû olmadığı için tahkim, devlet kazasına karşı istisnaî, özel bir kaza yolu niteliği taşır.¹

Tahkim devlet kazasına nazaran sahip olduğu bazı avantajlar yönünden (çabukluk, gizlilik, ekonomiklik, ihtilafın uzmanlar eliyle çözülmesi vs...) özellikle milletlerarası sahada tercihen başvurulmuş bir yargılama yolu olmuştur. Yine milletlerarası sözleşmelerde bir tarafın hukukuna olan güvensizlik; usûl ve esasa uygulanacak hukuku tarafların serbestçe tayin edebildiği ve işin mahiyetine vâkıf bağımsız hakemlerin işe el koyduğu tahkim yolunun taraflarca tercih edilmesine sebep olmuştur.

Bugün tahkimin konusu ve kapsamı açısından en dikkat çekici ve çarpıcı gelişmeler, milletlerarası ticarî münasebetlerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Mahallî hukuklardaki klasik tahkim müessesesine yabancı

¹ Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s. 341.

² Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 34.

birçok yeni uyuşmazlık tipi, milletlerarası ticarî tahkimin muhtevasına dahil edilme yolundadır.¹

Milletlerarası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkim sık başvuru bir yargı yolu olmakla beraber, bugün kararlarını bütün devletlerin icra etmek mecburiyetinde olduğu uluslararası bir mahkemenin mevcut olmaması, milletlerarası tahkim sonucunda verilen kararların icrasında, özellikle ad hoc tahkim türünde hakem heyetinin oluşturulması ve hakemlik prosedürünün yürütülmesindeki güçlükler, milletlerarası tahkimin iki önemli sorununu oluşturmaktadır. Bu sorunları gidermenin yolunun, devletlerin de katılımını sağlayarak ortaya çıkarılan bir metin üzerinde konsensus tesis etmekten geçtiğinin bilincindeki Birleşmiş Milletler ve tahkim otoriteleri, bunu New York ve Cenevre konferanslarında gerçekleştirmişler ve bu konferanslar sonucunda Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Yönelik New York Sözleşmesi (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) ve Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration) hazırlanmıştır. Bu iki sözleşmenin milletlerarası ticarî tahkimin gelişim sürecindeki yerine tezin başlangıç bölümünde değinilecektir.

1

Tezin ana konusunu oluşturan yatırım ihtilafları ile ilgili en önemli uluslararası kaynak, 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Washington Sözleşmesi (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States)'dir. Yatırım ihtilafları konusunda diğer kaynakları genellikle devletler arasında ikili olarak imza edilen anlaşmalar oluşturur. Örneğin Türkiye'nin pek çok Avrupa ve Asya ülkeleriyle ikili yatırım anlaşmaları mevcuttur.³ Uluslararası yatırım ihtilaflarını diğer milletlerarası ticarî ihtilaflardan ayıran özellik, burada ihtilafın bir tarafını devletin veya bir kamu tüzel kişisinin oluşturmasıdır. Mahalli mevzuatta özel hukuk ilişkilerinde devletin ilişkiye girdiği taraf ile eşit durumda olduğu ve egemenlik hakkına dayanamayacağı kabul edilmekle beraber, bir devletin sınırlarını aşan, birden fazla devleti ilgilendiren ticarî münasebetler söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek ihtilafların hallinin iç hukuktaki kadar kolay olmayacağı izahtan varestedir. Bununla birlikte yabancı bir devlet topraklarında yatırım yapan bir yatırımcının, ilgili devletin idarî tasarruflarına karşı korunması yatırım sözleşmelerinin hassas tarafıdır.

1960'lı yıllarda, Dünya Bankası (IBRD) yatırımcıların yukarıda bahsedilen sakıncalardan doğan tereddütlerini gidermek üzere harekete geçmiş, yatırımcı ile ilgili devlet arasındaki ılımlı atmosferin bozulmaması gayesi doğrultusunda uluslararası yatırım

³ bkz. Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.524.

uyuşmazlıklarında uzlaştıma ve tahkimin uygulanmasını düzenleyen bir konvansiyon metni hazırlamıştır. Bu metinde Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID)'nin kurulması öngörülmüştür.⁴

Tezin konusunu, esas olarak ICSID'ın yürüttüğü tahkim oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ICSID tahkimi incelenirken yeri geldiğinde kurumsal tahkim merkezlerinin en saygınlarından biri olan Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları (ICC Rules of Arbitration) ile karşılaştırmalar yapılacaktır. ICSID Tahkim Kuralları incelenirken ICSID'ın milletlerarası ticarî tahkimdeki önemine ve etkililiğine de temas edilecektir.

Tezin son bölümünde Türkiye'de yatırım sözleşmeleri, özellikle Yap-İşlet-Devret modeli üzerinde durulacak ve milletlerarası tahkim konusundaki gelişmelere değinilecektir.

⁴ Hergüner, s. 9-10; Bilgen, s. 570; Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s. 531.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. Uluslararası Yatırım Sözleşmeleri ve Bunlardan Doğan İhtilaflar

A-Milletlerarası İhtilafların Çözümü Metodları

1) Alternatif Çözüm Yolları

a-) Genel Olarak

Uyuşmazlıkların “alternatif çözüm yolları” (Alternative Dispute Resolutions) tabiriyle kastedilen, tarafların aralarında çıkan ihtilafları çözmek için devlet yargısı ve tahkim gibi kendileri için bağlayıcı olacak karar mekanizmalarına başvurmak yerine, müzakere, arabuluculuk, uzlaşma, bağlayıcı olmayan tahkim gibi yöntemlere başvurmalarıdır. Alternatif çözüm yolları denilince, devlet yargısının alternatifini oluşturan yollar anlaşılmalıdır. Zira bu durumda tahkim müessesesi de alternatif çözüm yolları içerisine girer. Halbuki tahkimde, hakemler taraflar için kesin ve bağlayıcı kararlar verirler ve hakem kararı, tenfizine veya tasdikine karar verildiğinde aynen mahkeme kararları gibi icra edilir. Alternatif çözüm yollarında ise taraflar, üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarına kendileri çözüm bulmaya çalışırlar ve bu üçüncü kişinin görüş ve tavsiyeleri kural olarak tarafları bağlayıcı nitelikte değildir.⁵

⁵ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s.101.

Alternatif çözüm yollarının işlevi tarafları müzakere masasına oturtmak, üzerinde anlaşamadıkları problemlerin bir dökümünü yapmak, uyuşmazlıkla ilgili vakıaların tespitini sağlamak, meseleleri daha açık hale getirmek ve çeşitli çözüm yolları önererek anlaşmaya varılmasını temin etmek şeklinde özetlenebilir.⁶

Alternatif çözüm yolları her şeyden önce uyuşmazlığın çözümünde zaman ve para tasarrufu sağlar. Burada dava harcı, hakem ücreti, yargılama giderleri gibi masrafların, usûle yönelik sıkı işlem ve sürelerin söz konusu olmaması işi çabuklaştırmaktadır. Zaman ve paradan tasarrufun yanında, işin resmî veya özel yargıya intikal etmemiş olması da, taraflar arasındaki ilişkilerinin bozulmamasını sağlar. Bunlara ilaveten, tarafların uyuşmazlığın çözüm sürecine daha yoğun katılımı ve aktif rol üstlenmeleri sonuçtan daha çok tatmin olmaları ihtimalini artırır. Açıklanan sebepler ve özellikle devlet yargısı ve tahkimin pahalılığı, uyuşmazlıkların çözümünde yeni alternatifler aranması ihtiyacını doğurmuştur. Bu alternatifler zamanla milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılır hale gelmiştir. Örneğin bugün inşaat sözleşmeleriyle ilgili FIDIC Kurallarında tahkim sürecini başlatabilmek için dostane çözüm yollarına başvurulmuş olması şart koşulmaktadır.

Alternatif çözüm yollarının bahsedilen avantajlı yönleri yanında, özellikle borçlu olan ve edimlerini yerine getirmeyen tarafça uyuşmazlığın kesin olarak çözülmesini geciktirme maksadıyla

⁶ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s.101.

kullanılması, tahkim sürecinin başlamasını engellemesi gibi dezavantajlı yönleri de yok değildir.

Alternatif çözüm yollarının böyle kısa bir şekilde açıklanmasından sonra aşağıda çeşitli örneklerine değineceğiz. Bunlar; müzakere, uzlaşma, mini yargılama, bağlayıcılığı olmayan tahkim ve hakem–bilirkişilik olarak sayılabilir.

b-) Müzakere (Negotiation)

Milletlerarası ticarete ticarî hayatın hareketliliği ve coğrafi uzaklık gibi nedenlerle ticarî ilişkilerin üçüncü kişiler aracılığıyla tesis edildiği ve uyuşmazlık ortaya çıkıncaya kadar konuyla ilgili meselelerin taraflar arasında doğrudan görüşülmediği malumdur. Bu gibi durumlarda, öncelikle tarafların uyuşmazlığı doğuran sorunlar hakkında görüşmelerini ve düşüncelerini birbirlerine aktarmalarını sağlamak uyuşmazlığın en kısa yoldan çözülmesini temin edebilir.

Uyuşmazlığın tahkim veya devlet kazası yoluyla çözülmesi halinde taraflar, bütün gayretlerini kazanan taraf olmaya sarfedecekken müzakere yolunda aynı zamanda kendi menfaatlerini koruyacak ortak bir çözüm bulmaya yöneleceklerdir. Böylece amaç, sırf karşı tarafın tezini çürütmek değil, problemin ortaya çıkmasını sağlamak ve karşılıklı menfaat dengesini gözeterek sağlıklı ve kalıcı bir çözüme ulaşmak olacaktır.

Müzakereleri, onlara katılanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek, yanlış anlamaları engellemek ve çözüme ulaşılmasını teşvik etmek için

genellikle tarafsız bir üçüncü kişi yönetir. Ayrıca çabukluğu temin etmek için tarafların müzakerelere hazırlıklı gelmesi önerilir.

c-)Uzlaştırma (Arbuluculuk) (Conciliation, Mediation)

Alternatif çözüm yollarından bir diğeri arbuluculuktur. Uzlaşmada da müzakerede olduğu gibi, uyuşmazlık ile ilgisi olmayan tarafsız bir üçüncü kişi veya kişiler, uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafları dinledikten sonra hakkaniyete uygun bir çözümü önerirler. Burada amaç uzlaştırıcının, tarafların ve uyuşmazlığın özel durumunu dikkate alarak en uygun usûlün izlenmesine imkân vermesi ve böylece çözüme ulaşmasını sağlamasıdır.⁷ Uzlaştırıcı, tarafları öncelikle uzlaşma sürecinin nasıl olacağı, toplantıların yeri, zamanı, gündemi hakkında bilgilendirir. Tarafların toplantıdaki tutumlarının yapıcı olmasına gayret eder. Tarafların birbirlerine tezlerini anlatabilmesine yardımcı olmaya, tartışmalı konuları azaltmaya, benimseyebilecekleri alternatif çözümler ortaya koymaya, gerçek menfaatleri ile gerçekçi olmayan taleplerinin ayırt edilmesine, görüşmelerin aksaması veya kesilmesini önlemeye çalışır. Son olarak, taraflara uyuşmazlık hakkında kendi görüşünü içeren bir çözüm teklif eder ve hazırladığı metni kabul etmeleri halinde taraflara imzalatarak bağlayıcı olmasını sağlar.

⁷ bkz.Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s.344; Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s.103.

Uzlaştırıcının önerdiği çözüm, hakem kararının aksine tarafları bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar değildir. Taraflar da bu çözüme göre hareket etmek zorunda değildirler.

Taraflar tahkime başvurmadan evvel, uyuşmazlığın uzlaşma yolu ile çözülmesini deneyebilirler. FIDIC kurallarında öngörülen evvela dostane çözüm yollarına başvurma zorunluluğu nedeniyle, tarafların inşaat sözleşmesiyle ilgili ihtilaflarında uzlaşma yolunu denememiş olmaları, ilerde hakem kararının tenfizi sırasında itiraz konusu yapılabilir.

Milletlerarası ticarete uzlaşma ile ilgili standart kurallar içeren düzenlemeler mevcuttur. Bunlara örnek olarak MTO Uzlaştırma Kuralları (ICC Rules of Conciliation), UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları (UNCITRAL Rules of Conciliation), ICSID Uzlaştırma Kuralları (ICSID Rules of Conciliation) gösterilebilir. Bu kurallarda dikkati çeken husus, uzlaşma yoluyla ihtilafın çözülememesi halinde uzlaşma komisyonunda bulunan bir kişinin artık, aynı ihtilafı çözecek hakem olarak tayin edilemeyecek bulunmasıdır.

Burada değinmek istediğimiz diğer bir husus, tahkimle ilgili bir kavram olan “dostane arabulucu” (amiable compositeur)’nun uzlaştırıcı ile karıştırılmamasıdır. Dostane arabuluculuk, tahkim yolunda hakemlerin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk kurallarını tayin etmede daha özgür kılınmasını, hakkaniyet ve nesafet

prensiplerinden hareket ederek karar verebilmeleri yetkisini ifade eder. Dostane arabulucu kavramı milletlerarası ticarî tahkim terminolojisinde yer alan, daha çok hukukçu olmayıp ta uyuşmazlık konusunda uzman olan kişilerin hakem seçildiği durumlarda kullanılır.⁸ Yine bununla ilişkili bir diğer kavram ise, hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verme yetkilerini ifade eden “ex aequa et bono” kavramıdır. Ex aequa et bono, devletler umumi hukuku problemlerinin çözümünde ortaya atılmış ve daha sonra milletlerarası ticarî tahkim terminolojisine girmiş olan bir kavramdır. İkisinin de alternatif çözüm yollarındaki uzlaştırıcı ile bir ilgileri yoktur.⁹

d-) Mini Yargılama (Mini trial)

Burada taraflar, iddia ve savunmalarını ortaya koymak üzere duruşma düzenlerler, fakat bu duruşma mahkemelerdeki veya tahkimdeki duruşmaya eşdeğer değildir. Bu duruşmada taraflar, diğer tarafın tezini dinleyerek kendi durumlarını daha objektif bir şekilde değerlendirme fırsatı bulurlar. Böylece tarafların uzlaşması ihtimalinin artması yanında, uyuşmazlığın sonucu hakkında genel bir fikir edinen tarafların kaybedilme ihtimali kuvvetli görünen bir dava için boşuna tahkim veya devlet yargısı yollarına başvurmaları önlenmiş ve bu suretle zaman ve para israfından kaçınılmış olur.

⁸ Akıncı, Hakem Kararlarının Denetlenmesi, s.133-134.

⁹ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s.105.

Uygulamada genellikle emekli bir hakim mini yargılamayı yapmakta ve bu usûl “rent a judge” olarak da anılmaktadır.¹⁰

e-) Uyuşmazlıkları İnceleme Kurulu (Disputes Adjudication Board)

Bu yöntem ABD hukukunda ortaya çıkmış olup daha çok, uzun bir sürede ifa edilen ilişkilerde söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde, müteahhit ve iş sahibi tarafından seçilen ve genellikle üç kişiden oluşan uzman bir heyet işin ifası sürecini gözlemlemekte, ifa yerine giderek bilgi almaktadır. Böylece uyuşmazlık ortaya çıktığı anda, ifa sürecini ve taraflar arasındaki ilişkileri iyi bilen kurul, onların uzlaşmasına yardımcı olmaktadır. Bilhassa, ifası uzun bir süreye yayılan inşaat sözleşmelerinde uygulanan bu yöntemin belirgin özelliği, uyuşmazlığın çözülmesine katkıda bulunacak kurulun, ifayı belirli aralıklarla izlemesinden, sözleşmenin kendisi ve uygulanışı hakkında detaylı bilgi sahibi olmasından ibarettir.¹¹

f-) Sözleşmelerin Uyarlanması (Adaptation of Contracts)

Sözleşmelerin uyarlanması yöntemi, MTO'nun Sözleşmelerin Uyarlanmasına İlişkin Kuralları ile milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünü uygulamasına girmiştir. Bu yöntemde, üçüncü bir kişi sözleşmenin değiştirilmesi veya uyarlanması için tayin olunur. Tarafların aralarında yapmış olduğu anlaşmaya göre bu kişi ya taraflara bir tavsiye metni hazırlar ya da sözleşmenin değiştirilmesi hakkında karar verir.

¹ Akıncı'dan naklen Domke, Domke on Commercial Arbitration, New York 1992, par. 3.20.

¹¹ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s.106.

Bu yöntemin amacı sözleşme hükümlerinin yeterince açık olmaması, taraflar arasında anlayış farklılıkları bulunması, öngörülemeyen haller vs...nin zuhuru gibi sebeplerle sözleşmenin ifasının engellenmemesini sağlamaktır. Daha önce sadece dahilî mevzuatta bulunan sözleşmenin uyarlanması yöntemi, MTO'nun ilgili kuralları ile milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü sahasına da intikal etmiştir. Fakat maalesef MTO'nun kuralları geniş bir uygulama alanı bulamamıştır.

g-) Bağlayıcı Olmayan Tahkim (Nonbinding Arbitration, Arbitratio Irregulare)

Bu yöntemde, taraflar hakemlerin önünde aynen alelade tahkimde olduğu gibi iddia ve savunmalarını yapmaktadırlar. Fakat burada hakemlerin uyuşmazlığın esası hakkında verecekleri karar taraflar için bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğini haiz bulunmaktadır (advisory arbitration). Ancak bazı durumlarda hakemlerin maddi vakıalar hakkında yapacakları tespitlerin kesin ve bağlayıcı olacağı kararlaştırılmaktadır.

h-)Hakem-Bilirkişilik (Technical-Expertise)

Önemli alt yapı tesislerinin inşası ve imali ile ilgili bazı sözleşmelerde, kendilerine havale edilen ve teknik uzmanlık gerektiren hususları inceleyip bir rapor halinde sunmaları için hakem-bilirkişiler

seçilmektedir. Hakem-bilirkişilerin seçilmesi yöntemi hakkında MTO, Teknik Ekspertiz Kuralları yayınlamıştır.¹² Hakem-bilirkişiler, uyuşmazlık hakkında yargılama yaparak hâkim veya hakemler gibi karar vermezler, onların yaptığı sadece ihtisas gerektiren hususlarda mütalaa vermekten ibarettir. Buna karşılık kararları sadece zarar ve hasar tespitine müteallik olmayıp, müşterek avaryanın mevcut olup olmadığına dair hakem-dispeççi kararları vardır ki bunlar bahsimizin dışındadır.¹³

Burada amaç, uzun ve zor bir tahkim yargılamasını kolaylaştırmak için konunun teknik uzmanlarının inceleme yapmasını ve böylece uyuşmazlığın daha çabuk çözülmesini sağlamaktır. Hakem-bilirkişilerin tespit ve tavsiyeleri, taraflar aksini kararlaştırmadıkça kesin ve bağlayıcı değildir.

Sonuç olarak alternatif çözüm yolları hakkında şunlar söylenebilir: Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde devlet yargısı ve tahkim yolu bağlayıcı etkisi ve tenfiz imkânı sebepleriyle en etkili hal tarzlarıdır. Bununla beraber, uygulamada devlet yargısı ve tahkimin dışında alternatif çözüm yollarının da bulunduğu görülmektedir. Bu metotların esası, tarafsız üçüncü bir kişi veya kurulun,

¹² The Rules of Technical Expertise of the ICC.

¹³ Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s.344; Bizim hukukumuzda hakem-bilirkişilik sözleşmesi HUMK.287/2 anlamında münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu nedenle, tespiti hakem-bilirkişiye bırakılmış hususlar artık başka bir bilirkişinin incelemesine sunulamaz. bkz. Kuru, C.III, s. 2899.

¹³ Koral, New York Sözleşmesi-I, s.312.

tarafları birbiri ile mücadele ederek kazanan taraf olma gayesinden çok, birlikte çözüm üretme gayesi etrafında bir araya getirmeye çalışmasına dayanır. Bu da milletlerarası ticaret hayatının dinamizmi doğrultusunda, uyuşmazlıkların daha çabuk, daha ucuz ve daha müslihane bir tarzda çözülmesi ana fikrine mütevakıftır.

B- Milletlerarası Ticarî Tahkimin Gelişim Süreci

1) New York Sözleşmesi

Ticarî ilişkilerin II.Dünya savaşıdan sonra hızlı bir şekilde inkişaf etmesi, çözümü zor ve birden fazla devletin hukukunu ilgilendiren ihtilafların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Milletlerarası sahada iş yapan tacirler, başka devletlerin tebaası olan tacirlerle ilişkilerinde, borçlu tarafın temerrüde düşmesi, akdin gereği gibi ifa edilmemesi vs. gibi nedenlerle alacaklarını tahsil edememe tehlikesine maruz kalmaya başlamışlardır. Bu durumdaki tacirler, devletler hususi hukuku kaidelerine göre yetkili olan mahkemelere müracaat yoluna gitmişlerdir. Fakat, bilindiği gibi, milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda bir tarafın devlet yargısına müracaat etmesinin sakıncaları ve bu tür uyuşmazlıkları çözmeye yetkili gerçek manada milletlerüstü bir mahkemenin yokluğu, ticarî ihtisas sahibi ve bir tarafın hukukundan ziyade hakkaniyet ve icabı halinde milletlerarası ticaretin genel kaidelerine göre uyuşmazlığı çözümlenecek hakemlere müracaat etmeyi elzem kılmıştır. Bu nedenle hakemlik müessesesi yıllar geçtikçe, milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda geçerliği tartışılmaz bir yargılama usulü haline gelmiştir.

Mâmafih, ticarî uyuşmazlıkların arzu edilen sürat ve kolaylıkla çözülmesi, hakemlik müessesesine müracaatla sağlanabilmiş değildir. Bunun yanında hakem heyeti tarafından verilen kararın, infaz edileceği ülkede tanınması ve icra edilebilir olması aynı derecede önemlidir. Devletlerin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, yabancı mahkeme ilamlarında olduğu gibi müşkülpesent davranmalarına gerek yoktur. Zira yabancı mahkeme kararlarında yabancı bir devletin otoritesine müstenit olarak verilen bir karar, yani bir kamu hukuku tasarrufu söz konusudur.² Buna karşılık yabancı hakem kararında ise, devletin görevlendirmiş olduğu bir hakim değil, tarafların tamamen özel hukuka dayanan sözleşmeleri ile yetkilendirilmiş bir özel hakem ve tarafların iradelerine dayanılarak ihtilafın çözüldüğü bir hakem kararı vardır.

Bu mülahazalarla, hakem kararlarının milletlerarası alanda tanınması ve tenfizini sağlama gayesine yönelik bir sözleşme metni üzerinde anlaşmak üzere 1958 yılında BM nezdinde New York'ta 45 ülke temsilcileri toplanmıştır. Yaklaşık 10 gün süren çalışmalar neticesinde 16 maddelik New York Sözleşmesinin metni oluşturulmuştur. Ayrıca konferansın sonunda hazırlanan nihai metinde ticarî tahkimin inkişafı ve taammümü için bazı temennî ve tavsiyelerde bulunulmuştur.

New York Sözleşmesi, Cenevre'de yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası maksadı ile Cenevre'de akdedilen 1923 ve 1927

2

tarihli milletlerarası anlaşmaların daha geliştirilmiş bir şeklidir. Konuları aynı olmakla birlikte, Cenevre Anlaşmasında yer alan muğlak bazı şart ve ifadeler çıkarılmış, daha basit ve tahkimin icaplarına daha uygun yaklaşımlar içeren kurallara yer verilmiştir.

New York Sözleşmesinde öngörülen esaslar, en iyiye ulaşmak üzere Milletlerarası Ticaret Odasının hazırlamış olduğu avan proje ile BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi(ECOSOC)'nin hazırladığı karşı görüşlerin harmanlanması ile oluşturulmuştur.

New York Sözleşmesinin Türkiye için de özel bir önemi vardır. Türkiye, Cenevre'de akdedilen 1923 ve 1927 tarihli milletlerarası tahkime dair anlaşmalara katılmamıştır. Türkiye'nin bu kayıtsızlığı, o zaman için pek çok ticarî imkanların kaybedilmesine sebep olmuştur. Zira Türkiye'nin, yabancı hakem kararlarına yabancı mahkeme kararı gibi bakan ve onlar için öngörülmüş masraflı ve merasimli tenfiz usûlünü tatbik eden mahkemeleri yüzünden, birçok yabancı müessese Türkiye ile ticarî münasebete girmekten çekinmiştir. Türkiye'nin, New York Sözleşmesi gibi uluslararası alanda hemen bütün devletler tarafından kabul edilmiş bir anlaşmaya katılması, tahkim alanındaki hükümlerini reforma tabi tuttuğunu milletler camiasına göstermesi bakımından önemli bir adım olmuştur. Nitekim Türkiye New York Sözleşmesinin hazırlanması safhasına aktif olarak katılmış ve ortaya çıkan metni hemen imzalayan devletler arasında yer almıştır. Fakat her nasılsa onay süreci

yıllarca sürmüş ve 1958 yılında imzalanan Sözleşme, ancak 1991 yılında onaylanmıştır.¹⁵

Türk hukukunda 2675 sayılı kanun ile yabancı hakem kararlarının tenfizi düzenlenirken, özellikle tenfiz talebinin reddi sebepleri sayılırken New York sözleşmesinin genel esasları göz önünde tutulduğu için, adı geçen kanunun ilgili hükümleri Sözleşme ile uyum halindedir. Bu durum gerek yerli ve gerekse yabancı çevrelerce olumlu karşılanmıştır.¹⁶ Bu durumda yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili MÖHUK'un hükümleri (m.43-45) Sözleşme hükümleri ile birlikte yürürlüktedir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usûlüne göre onaylanmış milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, sözleşme hükümlerinin uygulama alanı ile ilgili bir tereddüt söz konusu değildir. Hatta Sözleşme hükümleri, MÖHUK hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğu için¹⁷ uygulanmada önceliğe sahiptir. Zaten MÖHUK'un 1. maddesinde de milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

MÖHUK'ta yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili olarak karşılıklılık şartı öngörülmüştür (m.44/2, m.38/1-a). Sözleşmede, her devletin imza ve onay sürecinde sözleşme hükümlerini karşılıklılık esası

¹⁵ 17.5.1991 tarih, 3731 sayılı kanun. Bu kanuna dayanılarak katılma belgesi, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye açısından 30.9.1992 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ Ünal, s.78 .

¹⁶ Ünal, s.78.

¹⁷ Ayrıntılı izahat için bkz. Koral, New York Sözleşmesi-I, s.330-331.

dairesinde sadece diğerk bir âkit ÷lke topraklarında verilen hakem kararlarına uygulayabileceği tasrih edilmiştir(m.1-3). New York Sözleşmesinde, karşılıklılık şartını bir ihtirazî kayıt olarak beyan edebilme imkânının âkit devletlere tanınmasındaki âmil, hukuk sistemleri hakem kararlarının istisnasız şekilde icrası için gerekli garantileri ihtiva etmeyen pek çok devletin varlığıdır.¹⁸ Karşılıklılık şartının kural olarak akdî teoriyle kâbili telif olamayacağı, hakemliğin bir özel hukuk müessesesi olduğu, devlet egemenliğinin bir tecellisi mahiyetindeki mahkeme kararlarıyla hakem kararlarının kıyaslanamayacağı tahkim otoritelerince sıklıkla söylenegelmiştir.¹⁹ Bütün bunlara rağmen, 2675 sayılı kanunda karşılıklılık şartının, aynen yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde olduğu gibi yabancı hakem kararlarının tenfizinde de aranması, anlayış olarak akdî teoriyi benimsemiş gözükken kanunun ruhuna aykırı ve isabetsiz olmuştur.

New York Sözleşmesinde hareket edilen esaslar, kendisinden sonra hakemlik konusunda hazırlanan milletlerarası anlaşma ve tahkim kurallarına dayanak teşkil etmiştir. Örneğin 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesinde New York'ta ittihaz edilen prensiplere sadık kalınmış, hatta New York'taki kuralların tamamlanmasına ve geliştirilmesine çalışılmıştır.²⁰

¹⁸ Koral, New York Sözleşmesi -I, s.330; Kalpsüz, Türk Hakem Kararı, s.47.

¹⁹ Koral, New York-II, s.142.

²⁰ Türkiye Avrupa Sözleşmesini 8.5.1991 tarihli ve 3738 sayılı kanunla onaylamıştır. Türkiye için Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi New York Sözleşmesiyle aynıdır.

Son olarak New York Sözleşmesinde yer alan yenilikleri şu şekilde özetleyebiliriz: Birincisi; Sözleşme, hakem kararının kesinliğini ispat külfetini borçluya yüklemekle alacaklının durumunu düzeltmiştir. İkincisi, 1923 ve 1927 tarihli Cenevre anlaşmalarının benimsediği çifte exequatur şartını bertaraf etmiştir. Üçüncüsü, yine Cenevre anlaşmalarında öngörülen hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmeleri için nihaî olmaları şartını yumuşatmış ve irade serbestisi prensibini esas alarak mümkün merteye taraf iradelerine göre hareket edilmesi ve adeta tarafların kendi kanunlarına tâbi olmaları düşüncesini hakim kılmıştır.

2) Avrupa Sözleşmesi

21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de imzalanan Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration), Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun çabalarıyla milletlerarası ticarî ilişkilerde – özellikle Doğu- Batı ticaretinden doğan uyuşmazlıklarda- hakemliği gerçekleştirmeye ve geliştirmeye yönelik bir sözleşmedir.²¹

BM gözetiminde hazırlanan 1958 tarihli New York Sözleşmesi, hakemliğin sadece bir safhasını düzenlemiştir. Bu durum dinamik şekilde gelişen milletlerarası tahkimin bütün problemlerini halle kâfi değildir. Bu doğrultuda Avrupa Sözleşmesi ile, milletlerarası hakem kararının tanınması ve tenfizine tekaddüm eden safhaları, yani hakem

²¹ Koral, Avrupa Sözleşmesi, s.746.

heyetinin teşkilinden hakem kararının kesinleşmesine kadar geçen süredeki işlem ve ilişkiler düzenlenmiştir. Bu anlamda tahkime başvurma ehliyeti, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, hakem heyetinin kurulması, tahkim prosedürü, esasa uygulanacak hukuk, hakem kararının verilmesi, hakem kararının iptali, hakem heyeti ile mahallî yargı organları arasındaki ilişkiler hep sözleşmenin kapsamı içerisindedir.

Milletlerarası tahkim müessesesinin, milletlerarası bir uyuşmazlıkta hakem kararı verilmezden evvel, yani uyuşmazlığa hakemlerin el koymasından uyuşmazlık hakkında nihâî kararı vermelerine kadar geçen sürede dahi himaye edilmesi gerekir. Zira iç (yerli) tahkimin yürümesinde adli kazanın desteğinin yadsınamayacağı bir gerçektir. Oysa milletlerarası tahkimde, tahkim prosedürünün işlemesine yardımcı olacak ne tam yetkili bir milletlerüstü mahkeme, ne de verilen kararın infazını sağlayacak bir icra kuvveti mevcuttur.²² Bu ihtiyaçlardan hareketle, milletlerarası tahkimin yürütülmesini ve hakemliğin gerçekleşmesini mümkün kılmak için New York'taki gibi bir uluslararası konsensüs oluşturma ve devletlerin kabul edeceği bir ortak metin hazırlama fikri ortaya atılmıştır. Ancak böyle bir sözleşmenin desteği ile ki, milletlerarası tahkim inkişaf edecek ve milletlerarası ticaretin akışına fayda sağlayacaktır.²³ İşte Avrupa Sözleşmesi bu fikir ve idealin ürünü olarak meydana getirilmiştir.

²² Koral, Avrupa Sözleşmesi, s.746.

²³ Koral, Avrupa Sözleşmesi, s.749.

Avrupa ve New York Sözleşmeleri, milletlerarası hakemliğin birbirini takip eden safhalarını düzenlemeleri bakımından adeta birer ikiz kardeş mesabesinde olup ikisi birlikte milletlerarası hakemliği birçok yönden tamamlamaktadır.²⁴

Avrupa Sözleşmesinin uygulama alanı Sözleşmenin 1.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı sırada, mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik âkit ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişi tacirler arasındaki mukaveleler ile milletlerarası karakterli ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların halline ilişkin tahkimler sözleşmenin uygulama alanına dahildir. Bu meyanda, sözleşmenin uygulama alanının bir yandan tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlığın nevine, diğer yandan tahkim sözleşmesinin taraflarının mukîm olduğu yere göre belirlendiği söylenebilir.³

Avrupa Sözleşmesinin en önemli ve can alıcı maddesi 4. maddedir. Bu, onun getirmiş olduğu yenilik arz eden orijinal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre taraflar tahkimin yürütülmesi için daimî bir organize tahkim merkezine başvurabilecekleri gibi, sadece kendi ihtilafları için seçecekleri özel hakemlere başvurma (ad hoc tahkim) yoluna da gidebilirler. Tarafların daimî bir tahkim merkezine tahkimi havale etmeleri halinde merkezin tahkim tüzüğü ve kuralları, hakem mahkemesinin teşkiline ve hakemlik prosedürüne

²⁴ Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s.376.

uygulanır. Tarafların kendi seçecekleri özel hakemlere başvurmaları halinde, hakemleri ve hakemleri tayin usûlünü, tahkim yerini, hakemlerin takip edecekleri prosedürü bizzat kendileri tayin edebilirler. Ad hoc hakemlikte daimî bir tahkim merkezinin organizasyonu olmadığından, taraflar ad hoc hakemliğin yürümesi için alınması gereken tedbirleri kararlaştırmamışlarsa, tahkimin yürümesinde büyük güçlüklerin doğması muhtemeldir. İşte Avrupa Sözleşmesi, milletlerarası tahkimin bu safhasında taraf iradelerini tamamlayıcı, boşlukları doldurucu hükümler getirerek sorunun adlî yargının müdahalesine gerek kalmadan çözülmesini amaçlamıştır. Sözleşmeye göre taraflardan biri tahkim talebinde bulunur ve diğer taraf bu talebi öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içinde hakemini seçmezse, davacı tarafın talebi üzerine davalının talep tarihindeki mutad meskeni veya muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret odası başkanı tarafından bir hakem seçilir. Taraflardan birinin hakemini tayinden imtina etmesi halinde bunu seçmek için ticaret odası başkanına yetki verilmesi, hakemlik uygulamasında ilk defa düşünülmüş bir yöntemdir.²⁶ Böyle bir çözüm yoluna gidilmesine götüren âmil, özellikle doğu ve batı bloklarına mensup bulunan tacirler arasındaki münasebetlerde tarafların birbirinin adlî teşkilatına olan güvensizliğidir. Teşkilatı, derece ve yetkileri büyük ölçüde farklılıklar arz eden kaza organlarının yardımı yerine, tarafsız ve

²⁶ Koral, Avrupa Sözleşmesi, s.752.

işlevleri büyük ölçüde benzerlikler arz eden ticaret odalarının yardımına başvurmanın daha isabetli olacağı düşünülmüştür.

Sözleşme ticaret odası yanında, sözleşmenin ek kısmında teşekkül sureti belirtilen Özel Komite'ye de yer vermiştir. Taraflar tek hakemli bir ad hoc tahkimi öngörmüşler ve bu hakemin seçimi konusunda anlaşmamışlarsa veya taraflarca atanan hakemler tahkim prosedürü üzerinde anlaşmamışlarsa -tahkim yerinin belirlenmediği hallerde- tek hakemin seçimi veya hakemlerce karara bağlanamayan hususlar hakkında davacı, ister talep tarihindeki davalının mutad meskeni veya muamele merkezindeki ticaret odası başkanına, isterse Sözleşme'ye göre teşekkül ettirilen Özel Komite'ye başvurabilir. (m.4-3) Yine taraflar tahkime başvurmayı kabul etmekle beraber, tahkimin ad hoc mu veya organize mi olacağını kararlaştırmamışlarsa, Özel Komite veya ilgili ticaret odası başkanı uyuşmazlığı kurumsal bir tahkim merkezine havale edebileceği gibi, tarafları hakemlerini seçmeye ve hakem kurulunu teşkile davet edebilir (m.4-6).

Özel komite teşkili fikri, hakemliğin yürütülmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının davalının mı yoksa davacının mı ikametgâhı ticaret odası başkanına verilmesi hakkındaki anlaşmazlıktan doğmuştur. Sözleşmeden anlaşıldığına göre, taraflar ad hoc tahkimde hakemliğin yürütülmesine dair hususlara sözleşmelerinde açıklık getirmemişlerse davalının ikametgâhı ticaret odası başkanına, sözleşmede hakemliğin

cereyanına ilişkin hiçbir sarahat bulunmadığı takdirde (clause blanche) ise Özel Komite'ye yer verilmiştir.²⁷

Avrupa Sözleşmesi hakem kurulunu, daha sonra âkit devlet mahkemelerinin iptal veya kazaî kontrol yetkileri mahfuz kalmak kaydıyla tahkim sözleşmesinin geçersizliği, butlanı veya yokluğu yönündeki itirazlar ile bizzat hakem kurulunun yetkisizliğine yönelik itirazları karara bağlama hususlarında yetkili kılmıştır. (m.5-1,2,3) Türk Hukukunda bu yetkiler mahkemelere aittir (HUMK.m.518-519)²⁸.

İhtilafın esasına uygulanacak hukuk konusunda Sözleşme, irade serbestisi prensibinden hareket etmiştir. Buna göre, tarafların kararlaştırdığı hukuk birinci derecede uygulanır. Şayet taraflar esasa uygulanacak hukuku seçmemişlerse, hakemler esasa uygulanacak hukuku tespit ederler. Sözleşme buraya kadar Türk hukuku ile uyum içerisindedir. Bu noktada, hakemlerin esasa uygulanacak hukuku tespit ederken izleyecekleri yol biraz farklıdır. Sözleşmeye göre hakemler uyuşmazlığın niteliğine en uygun kanunlar ihtilafı sisteminden hareketle yetkili olacak hukuku tespit edeceklerdir(m.7-1). Sözleşme hakemleri, tahkim prosedürünün cereyan ettiği veya kararın verildiği ülke kanunlar ihtilafı sistemi ile bağlı tutmamıştır. Bu manada hakemler, uyuşmazlığın mahiyetine uygun buldukları herhangi bir devletin veya herhangi bir

²⁷ Koral, Avrupa Sözleşmesi, s.762.

²⁸ bkz., Yılmaz, s.21.

²⁸ Şanlı, Avrupa Anlaşması, s.10; ayrıca bkz., Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.105 vd.

milletlerarası anlaşmada yer alan kanunlar ihtilafı kaidesine başvurabilecekleri gibi, bizzat kendileri dahi uyuşmazlığın mahiyetine uygun bir kanunlar ihtilafı kaidesi ihdas edebilirler.²⁹

Hakemler uyuşmazlığın mahiyetine uygun bir kanunlar ihtilafı kaidesinden hareketle yetkili olacak hukuku tespit ederken, taraftar arasındaki anlaşma hükümlerini ve uyuşmazlıkla ilgili ticarî örf ve adeti göz önünde bulundururlar. “Sözleşmenin öngördüğü düzenleme içinde tarafların seçtiği veya böyle bir seçimin yokluğu sebebiyle hakemlerin belirlediği milli hukuk sistemi, taraf anlaşmalarına ve milletlerarası ticarî örf ve adete göre yedek hukuk niteliğindedir. Ancak şu önemli bir husustur ki, günümüzde hakemlerce milli hukuk sistemlerinden öncelikle uygulanmak durumunda olan milletlerarası ticarî örf ve adetlerin tashihinde bazı güçlükler vardır. Bu durum, lex marcatoria vasfını kazanıp kazanmadığı tartışmalı olan bir takım kurallara ve uygulamalara istinaden hakemlerin, tarafların seçtiği hukuk sistemindeki düzenlemeleri devre dışı bırakabilmelerine yol açmaktadır.”⁴

Sözleşmeye göre hakemlere dostane aracı olarak karar verme yetkisi verilebilir(m.7-2). Ancak bunun iki şartı vardır. Şöyle ki,taraflarca hakeme bu yönde yetki verilmiş ve tahkimin usûlüne uygulanan hukukun buna cevaz vermiş olması gerekir. Türk hukukunda da hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verme yetkileri mevcut

²⁹ Şanlı, Avrupa Anlaşması, s.11.

olmakla beraber bu yetki, Sözleşmedeki gibi tarafların izin vermesine bağlı değildir. HUMK'un tahkimi düzenleyen maddelerinde hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verme yetkilerinden bahsedilmemiş olsa da, hakem kararının temyizi sebeplerini tahdidi olarak sayan m.533 hükmünde hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vermemiş olmaları temyiz sebebi olarak sayılmamıştır. Bu nedenle doktrinde, hakemlerin uyuşmazlığı ister hakkaniyet ve nesafete göre ister maddi hukuka göre çözebilme özgürlüklerinin olduğu savunuluyordu. Ancak Yargıtay'ın 28.01.1994 tarihli ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra bunu söyleme imkanı kalmamıştır. Buna göre "taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermeleri zorunlu olup, buna aykırı karar vermeleri bir temyiz sebebi oluşturur." Tarafların böyle bir belirleme yapmamış olmaları halinde, hakemler ya esasa uygulanacak maddi hukuku tespit ederler veya hakkaniyet ve nesafete göre karar verirler. Avrupa Sözleşmesinin, hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre karar verme yetkisini ayrıca tahkim usûlüne uygulanacak hukukun iznine tabi kılması, milletlerarası ticarî tahkimin gereklerine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Avrupa Sözleşmesi hakkında fazla tafsilata girmeden yaptığımız bu açıklamaları müteakip, bu Sözleşme ile New York Sözleşmesini bazı

yönlere karşılaştıracağız: New York Sözleşmesi, konu itibariyle münhasıran bir devlet için yabancı sayılan hakem kararlarının o devlette icrasını düzenlemiştir. Avrupa Sözleşmesi ise, daha geniş bir süreci, milletlerarası sahada tahkimin cereyan edebilmesi için hakemlerin tayininden başlayarak hakemlik prosedürünün tespiti, hakem kurulunun teşkili ve hükmün verilmesine kadar süren muhtelif safhaları düzenlemiştir. Tahkimin birbirini takip eden safhalarını düzenleyen bu iki milletlerarası sözleşme birbirini tamamlamakla beraber, konu itibariyle Avrupa Sözleşmesi New York Sözleşmesine göre çok daha kapsamlıdır.

Buna mukabil New York Sözleşmesinin Avrupa Sözleşmesine nazaran daha geniş cepheleri de vardır. Şöyle ki New York Sözleşmesinin uygulama alanı, bütün hakem kararlarını kapsayacak şekilde hazırlanmıştır. Ancak, Sözleşmeyi onaylayan kanuna dercedilecek bir ihtirazî kayıtla uygulama alanı münhasıran ticarî uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarına inhisar ettirilebilir (m.1-3). Avrupa Sözleşmesi ise sadece milletlerarası ticarî tahkime ilişkindir (m.1-1/a).

Hali hazırda New York Sözleşmesi milletlerarası sahada daha fazla uygulanan bir sözleşmedir. Daha hazırlanışına 45 devletin iştirak ettiği New York Sözleşmesini onaylayan ülke sayısı 90'lı yıllarda 100'ü geçmiştir. Avrupa Sözleşmesinin hazırlanışına 22 devlet katılmış, onaylayan ülke sayısı ise izleyen yıllarda 30'larda kalmıştır. Türkiye her

iki sözleşmeyi de imzalamış ve onaylamıştır.³¹ Son olarak, Avrupa Sözleşmesi hazırlanırken, New York'taki esaslar ve sonuçlar göz önünde bulundurularak hareket edilmiştir. Dolayısıyla her iki sözleşme arasında tezat oluşmamasına ve ikisinin bir bütünün parçaları olmasına gayret edilmiştir.

C-Uluslararası Yatırım İhtilafları ve ICSID

1) ICSID'in Doğuşu ve Gelişmesi

II. Dünya Savaşı'nı takip eden 1960'lı yıllarda, yeni bağımsızlığını kazanmış olan kalkınma hamlesi içindeki devletler, bir kalkınma ve gelişme vasıtası olarak yabancı sermayeye şiddetle ihtiyaç duymuşlardır. Yabancı sermayenin, gelişmekte olan ülkelerin dış ticaret ve tasarruf (kaynak) açığını azaltabilecek finans kaynağı olması yanında; yeni istihdam alanları yaratması, hazır bilgi ve teknoloji getirmesi, döviz kazandırıcı faaliyetleri ve uluslararası entegrasyonları olumlu yönde etkilemesi, yeni pazar alanları oluşturması veya mevcut pazarı genişletmesi gibi bir çok nedenlerle yabancı sermayeye olan talep artmıştır³². Bu cümleden olarak söz konusu ülkeler, yabancı sermayenin ülkelerine gelişini kolaylaştırıcı yasalar çıkarmışlar, bu yasalar yoluyla yabancı sermayeyi yerli sermaye ile aynı şartlar içerisinde destekleyici, teşvik edici ve koruyucu tedbirler almışlardır.³³ Yabancı sermaye

³¹ New York Sözleşmesi:17.05.1991 tarih,3731 sayılı kanun.

Avrupa Sözleşmesi: 08.05.1991 tarih,3738 sayılı kanun.

³² Erten, s.208.

³² Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.381.

³³ Erten, s. 210.

yatırımları, her ticarî teşebbüsün göze almak mecburiyetinde olduğu ticarî risklerin yanında, öngörülemeyen ve ticarî teşebbüsün faaliyeti ile ilgili olmayan gayri ticarî risklere de maruzdur. Bunlara millileştirme, iç karışıklıklar, kârını veya tasfiye payını veya satış bedellerini transfer edememe gibi riskler örnek verilebilir. Buna ilaveten yatırımcının ev sahibi ülke ile yapmış olduğu sözleşmeden doğan taleplerinin yerine getirilmemesi söz konusu olabilir.⁵ Yabancı sermaye bakımından caydırıcı etkiye sahip bu engellerin giderilmesi ve yabancı sermayenin korunması hakkında devletlerin, karşılıklı yatırımlarının korunması ve teşvikine dair yaptıkları ikili anlaşmalar yanında Dünya Bankasının uluslararası anlaşmalar düzeyinde ortaya koyduğu girişimlerle önemli bir mesafe kat edilmiştir.

Dünya Bankası himayesinde hazırlanan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) yabancı sermaye yatırımlarının ticari olmayan risklere karşı korunması amacını taşıyan bir anlaşmadır ve bu amaca yönelik olarak bir Garanti Fonu oluşturulmuştur³⁵. Kurum ile anlaşmayı kabul eden üye devletler arasında ortaya çıkan ve kurumla yapılan garanti ve reasürans sözleşmeleri dolayısıyla ortaya çıkacak uyuşmazlıkların, anlaşma

5

³⁵ Türkiye de MIGA'ya taraftır. Anlaşma metni için bkz. RG. 6.12.88-20011.

metninin II no'lu ekinde ayrıca düzenlenen tahkim yolu ile çözümleneceği kabul edilmiştir ³⁶.

Dünya Bankasının hazırlamış olduğu bir diğer uluslararası anlaşma "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Anlaşma (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States– Washington Convention)'dır. Bu anlaşma ile Yatırım İhtilaflarının Uluslararası Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes– ICSID) oluşturularak, bu merkezin yürüteceği uzlaştırma ve tahkim faaliyetleri ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının halledilmesi amaçlanmıştır.

Yatırım sözleşmelerini diğer milletlerarası sözleşmelerden ayıran özellik, sözleşmenin taraflarından birisini devletin veya bir kamu tüzel kişininin oluşturmasıdır. Bir devletin uyuşmazlığıyla diğer bir devlet arasında çıkan uyuşmazlığın, o uyruk tarafından karşısındaki devletin genel mahkemelerine götürülüp götürülemeyeceği hususu, uyuşmazlığın tarafını teşkil eden devletin dahilî mevzuatına tabi bir meseledir.³⁷ Böyle bir uyuşmazlığın hakemlere arz edilebilmesi ise, her şeyden önce ilgili devletin buna muvafakatini peşinen beyan etmesine bağlıdır.³⁸ Fakat bir devlet ile başka bir devletin uyuşmazlığı arasındaki uyuşmazlıkların,

³⁶ Karayalçın, s.26.

³⁷ Bilgen,s.567.

³⁸ Bilgen,s.567.

yürürlükteki iç mevzuatla bağlı olmaksızın uluslararası hakem mahkemelerine arz edilebilmesi fikri ancak uluslararası münasebetlerin pek genişlemiş olduğu son devirlerde ortaya çıkmıştır.³⁹ Bu konudaki ana teşebbüs de yukarıda bahsi geçen Washington Sözleşmesine münceer olmuştur.

Washington Sözleşmesi, Mart 1965 tarihinde Dünya Bankası üyesi devletlere imzalanmak üzere gönderilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için gerekli 20 ülkenin imzası ile ICSID, 14 Ekim 1966 tarihinde uluslararası tüzel kişiliğe kavuşarak çalışmalarına başlamıştır. ICSID, Dünya Bankası ile yakın ilişki içinde⁴⁰, fakat bankadan bağımsız bir uluslararası organizasyon olarak kurulmuştur⁴¹. Kuruluşundan itibaren ICSID'in üye sayısı süratle artmıştır. Şu an itibariyle ICSID'in üye sayısı 147'dir. Bunun haricinde Washington Sözleşmesini imzalamış olup, onay işlemlerini henüz tamamlamamış olan devletler vardır. Türkiye Sözleşmeyi 27.05.1988 tarihli ve 3460 sayılı kanunla onaylamıştır⁶.

³⁹ Bilgen,s.568.

⁴⁰ ICSID Sözleşmesini imzalayan bütün devletler aynı zamanda Dünya Bankasının da üyesidir. Ancak böyle bir koşul söz konusu değildir. bkz. Nomer, s.51, dipnot 2.

⁴¹ ICSID'in uluslararası (supranasyonel) bir organizasyon olduğu görüşü için bkz. Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s. 510.

⁴² 6.12.1988 tarihli, 20011 sayılı R.G.

⁴³ Delaume, s.13.

ICSID'in temel amacı, Washington Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile bu devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırma veya tahkim yolu ile çözülmesi için imkânlar hazırlamaktır(Sözleşme, m.1/2).

Washington Sözleşmesinde “yatırım (investment)” sözcüğü tarif edilmemiştir. Bu tanım eksikliği, bilinçli olarak hem sermaye yardımları şeklindeki geleneksel yatırım tipleri, hem de hizmet sözleşmeleri ve teknoloji transferlerini içeren yeni yatırım tiplerini kapsama dahil etmek gayesiyledir. Yatırım uyuşmazlıkları genelde her ülkede iç mevzuatla düzenlenen bir konu olmakla beraber, uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların uluslararası metotlarla çözülmesinin daha yararlı olacağı düşüncesiyle ICSID, Dünya Bankası çatısı altında kurulmuştur. Delaume, ICSID–Dünya Bankası işbirliğinin iki önemli sonucuna değinmektedir⁴³: Birincisi, ICSID'in amacının Dünya Bankasının amacı ile aynı olmasıdır. Bu amaç, devletler ile kaynakların geliştirmekte olan ülkelere uygun şartlar altında akışını sağlayan yatırımcılar arasında karşılıklı bir güven ortamını geliştirmektir. Amaç bu olunca, ICSID'ı sadece uyuşmazlıkların halledildiği bir merkez olarak görmemek gerekir. ICSID, aynı zamanda ekonomik gelişmenin artması yolunda önemli bir uluslararası politika aracıdır. İkincisi, ICSID'in Dünya Bankasıyla yakın ilişkisi nedeniyle ICSID tahkiminin maliyetinin diğer ticarî tahkim kuruluşlarına göre önemli ölçüde düşük olmasıdır.

⁴³ Birsel, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s. 531; Delaume, s.24.

ICSID'in merkezi, Dünya Bankası'ninki gibi Washington'dadır. Merkez harcamalarını kendi elde ettiği gelirlerden ve Dünya Bankası'na üye ülkelerden aldığı sermaye katılma oranına göre belirlenen katkı paylarından sağlar. Bu yönüyle ICSID, yerel hukukî sistemlerden bağımsız, kendi kendine yeten bir mekanizmaya sahiptir (the autonomous and self-contained machinery)⁷. ICSID'in dört önemli organı vardır: Yönetim Kurulu (İdari Konsey), Sekreteryaya, Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli. Yönetim Kurulunun görevleri; Merkez'in idarî ve malî tüzüklerini onaylamak, arabuluculuk ve hakemlik davalarının kurallarını belirlemek, Dünya Bankası ile olan ilişkileri düzenlemek, Merkez'in bütçesini kabul etmek ve yıllık faaliyet raporunu görüşmektir (Sözleşme, m.6/1). Dünya Bankası'nın başkanı aynı zamanda Merkez'in de başkanıdır (Sözleşme, m.5).

Merkez'in yargılama yetkisi (jurisdictional capacity), bir yatırımla doğrudan doğruya ilgili âkit bir devletle diğer âkit bir devlet uyuğu arasında çıkan ve tarafların Merkez'e arzını yazılı olarak kabul ettikleri hukukî nitelikteki ihtilaflara şamildir. İlerde detaylı olarak açıklanacak olan bir hususu burada da belirtelim ki, ICSID sözleşmesini onaylayan hiçbir devlet, Merkez'in yargılama yetkisini peşinen kabul etmiş sayılmaz. Her somut olay için ayrıca onay (consent) vermesi gerekir. Başka bir deyimle mümzî devletler diledikleri ihtilaflar hakkında kendi iç yargı organlarının yargı yetkisinin dışındaki bir yargı yetkisini tanımama

hakkını muhafaza edeceklerdir⁴⁵. Taraflarca yazılı olarak verilmesi gereken bu onay, Merkez'in yargı yetkisinin temel taşı olarak ifade edilmektedir⁴⁶. Ayrıca Sözleşmeyi onaylayan her ülke hangi anlaşmazlık türlerini ICSID'ın yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkez'e bildirebilir (Sözleşme, m.26). Bu doğrultuda Türkiye, anlaşmayı onayladığı 3460 sayılı Kanun'da, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması sebebiyle Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerinde mülkiyet ve aynı hak iddialarının ICSID'a götürülmeyeceğini öngörmüştür.

Sekreteryaya, bir Genel-Sekreter ve yardımcı sekreterlerden oluşur. Genel Sekreter, 2/3 çoğunlukla ve 6 yıllığına Yönetim Kurulu tarafından seçilir. Genel Sekreter Merkez'in yasal temsilcisi ve aslî memurudur. Merkez'in idaresinden ve personel atamasından sorumludur. Anlaşma hükümlerine uygun olarak verilmiş hakem kararlarının gerçekleştirilmesini sağlamak da onun görevidir (Sözleşme, m.11).

Panel üyeleri 6 yıllığına Başkan ve üye devletler tarafından atanırlar. Bunlar yüksek ahlâk sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında ehliyetli, bağımsız bir yargı gerçekleştireceğine inanılan kişiler olmalıdır. Özellikle hakemler paneline atanacaklar için hukuki ehliyet özel önem taşımaktadır. Bir kişi hem arabulucular hem hakemler panelinde görev alabilir. Bu şekilde panellerin oluşturulmasının sebebi,

⁴⁵ Bilgen, s. 570.

⁴⁶ Hergüner, s. 13.

tarafllara uzman hakem temininde kolaylık sağlamak ve taraflarca hakem seğiminde anlaşma sağlanamadığında atanacak hakemi kolayca belirleyebilmektir⁴⁷. Yoksa taraflar için bu panellerden hakem seğme zorunluluğu yoktur. Bu zorunluluk sadece Başkan için, hakem heyetinin 6ng6r6len s6rede oluşturulamaması ve bir tarafın talepte bulunması halinde s6z konusudur (S6zleşme, m.40/1).

S6zleşmenin tahkimle ilgili h6k6mlerini incelemeye geçmeden 6nce değinmek istediğimiz bir husus şudur ki; ICSID, diğer devletler d6zeyinde resm6 bir sıfatı olmayan kuruluşlarca oluşturulan tahkim merkezlerinden farklıdır. Bu farklılık, devletlerin altına imza koyduğu uluslararası bir s6zleşme ile, diğer deyişle bağımsız devletlerin iradesiyle kurulmuş olmasından ileri gelmektedir. ICSID'ın y6r6tt6ę6 tahkimin bir tarafında 6zel bir kişi veya kuruluş –ki bu genellikle bir şirkettir– var iken, diğer tarafında ise bağımsız bir devlet vardır. “Tahkimin mill6 veya milletlerarası niteliğini tespitite, ilişkiye taraf olanların hukuk6 stat6lerini dikkate alan g6r6ř sahiplerince, bu t6r tahkim kurumlarında cereyan eden tahkim ne tam olarak Devletler Genel Hukuku anlamında tahkim, ne de tam olarak Devletler 6zel Hukuku anlamında tahkimdir. Onlara g6re bu t6r tahkimler Semi international (quasi international) tahkimlerdir”⁴⁸.

2) ICSID Tahkiminin İşleyişi (ICSID Arbitration)

⁴⁷ şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.384; Erten, s. 214.

⁴⁸ şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 76.

ICSID tahkiminin işleyişi Washington Sözleşmesi'nin 36 ve devamı maddelerinde "Tahkim" başlığı altında düzenlenen kurallar ile bu kuralların uygulanmasını sağlamak üzere Merkez tarafından vaz'edilen ve Sözleşmenin 6/c ve 44. maddesinde atıf yapılan ICSID Tahkim Kuralları (Arbitration Rules)'nda⁴⁹ düzenlenmektedir. ICSID Tahkim Kuralları, Washington Sözleşmesi'nde yer alan usule ilişkin kuralların uygulanmasını detaylı şekilde düzenleyen tali bir kaynaktır. Öte yandan, tahkime müracaat safhasının düzenlendiği ve uzlaştırma usulünü de kapsadığı için Tahkim Kurallarından ayrı olarak vaz'edilen 9 maddeden müteşekkil Başlangıç Kuralları (Institution Rules) vardır.

İster iç tahkimle, ister milletlerarası tahkimle ilgili olsun, tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlıkların nihai olarak karara bağlanması, nizami mahkemelerde görülen davalarda olduğu gibi, bir takım safhaların geçilmesinden sonra gerçekleşir.⁵⁰ Bunlar özetle;

- taraflar arasında uyuşmazlık doğmadan evvel, herhangi bir uyuşmazlık doğması halinde tahkime gidileceği hakkında asıl sözleşmeye tahkim kaydının dercedilmesi, yahut asıl sözleşmenin yanında ayrı bir tahkim sözleşmesinin akdedilmesi (taraflar, aralarında uyuşmazlık doğduktan sonra da tahkime gitme konusunda

⁴⁹ Tahkim Kuralları'nın tam metni için bkz. internet adresi www.worldbank.org/icsid.

⁵⁰ Karayalçın, s.26.

anlaşabilirler) ve uyuşmazlık halinde davacının bu kayda ya da sözleşmeye dayanarak tahkim yoluna müracaat etmesi⁵¹,

- hakem heyetinin oluşturulması,
- hakemlerin kendi görev ve yetkilerini belirlemeleri,
- davada usul ve esas bakımından hangi hukuk sisteminin veya kuralların uygulanacağına belirlenmesi,
- taraflar arasında layihaların teati edilmesi,
- hakem heyetinin, tarafların iddia ve savunmalarını desteklemek üzere sundukları delil ve diğer belgeleri incelemesi, lüzumlu görürse keşif yapması, tanık ve bilirkişi dinlenmesi,
- tarafların iddia ve savunmalarını heyete sözlü olarak arz etmeleri ve sorulacak sorulara yanıt vermeleri için duruşma yapılması,
- muhakemenin sona erdiği bildirildikten sonra hakemlerin kendi arasında müzakere yaparak karar vermesi, kararın kaleme alınması, imzalanması ve taraflara tebliği,
- tarafların hakem kararı aleyhine müracaat yollarına başvurmaları,
- hakem kararının kesinleşmesi ve kararın icrasını isteyen tarafça ilgili olduğu ülke yetkili makamlarından kararın tanınması ve tenfizinin talep edilmesi.

⁵¹ Bu müracaat kurumsal tahkimde yetkili mercie sunulacak tahkim talebini içeren bir dilekçe ile, ad hoc tahkimde ise karşı tarafa hakem heyetinde dava açılacağına ve kendi hakeminin bildirilmesiyle yapılır.

Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına bakıldığında bu safhaların sırasının hemen hemen aynı olduğu görülür ki, bunun böyle olması usul hukukunun doğası gereğidir. Biz de, ICSID Tahkiminin işleyişini ve ilgili hükümleri bu sıra dahilinde inceleyeceğiz.

a-) Tahkime Müracaat

Tahkim prosedürünü başlatmak isteyen herhangi bir akit devlet ya da akit devlet vatandaşı, bu yöndeki talebini Merkezde bulunan Genel Sekretere yazılı olarak iletir. Genel Sekreterlik talebin bir örneğini karşı tarafa gönderir (Sözleşme, m.36/1). Talep, ihtilafın kaynaklandığı olaylar ve tarafların kimliği hakkında açıklamalar ile onların uzlaştırma ya da tahkim prosedürünün başlatılması için vermiş olmaları gereken onayı içermelidir (Sözleşme, md.36/2). Talebin uzlaştırmaya mı yoksa tahkim prosedürüne mi ilişkin olduğu belirtilmelidir.

Talep Merkezin resmi olarak kabul ettiği dillerden birinde yapılmalı, kaydedilmeli, tarihlenmeli ve talep eden tarafından imzalanmalıdır. Şu var ki, taraflar ortaklaşa talepte de bulunabilirler.

Genel Sekreter, talebin içerdiği bilgiler doğrultusunda, uyuşmazlığın açık bir şekilde Merkezin yargılama yetkisinin dışında olduğunu düşünüyorsa talebi kaydetmekten imtina eder. Genel Sekreter kayıttan ya da kaydı yapmaktan imtina ettiğinden tarafları sebepleri ile birlikte derhal haberdar eder (Sözleşme, md.36/3).

Talebin içermesi gereken hususlar Başlangıç Kuralları'nın 2. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre talep,

- a) açık bir şekilde tarafları ve onların adreslerini,
- b) taraflardan biri akit devleti oluşturan alt birimlerden ya da temsilcilerden biri ise bu durumu (bu birimlerin taraf olabilecekleri Sözleşmenin 25/1 maddesinde belirtilmiştir),
- c) ihtilafın ICSID'a götürülmesine ilişkin onayın tarihini ve bu onayın kayıtlı olduğu belgeyi (söz konusu belge, taraflardan biri bir akit devletin alt organı ya da temsilcisi ise, ayrıca onay vermesine gerek olmadığı Merkeziye bildirilmedikçe o akit devletin onayına ilişkin bilgiyi içermelidir),
- d) taraf akit devlet vatandaşının onayın verildiği tarihteki milliyetini; bu kimse gerçek bir kişi ise, onun talep tarihindeki vatandaşlığını ve bu kişinin onay tarihinde ya da talep tarihinde, ihtilafa taraf olan devletin vatandaşlığını haiz olmadığını; eğer onay tarihinde uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşlığına sahip bir tüzel kişi söz konusu ise, taraflar arasında Sözleşme bakımından bu kişinin başka bir akit devlet vatandaşı sayılacağına ilişkin anlaşmayı,
- e) taraflar arasında direkt olarak yatırımdan doğan bir hukuki uyuşmazlık olduğunu gösteren ihtilafı hususlarla ilgili bilgileri,
- içermelidir.

Daha önce de değinildiği gibi Merkeziye götürülecek ihtilafların, bir akit ülke ile başka bir akit ülkenin vatandaşı arasındaki yatırımdan doğan bir ihtilaf olması gerekmektedir. "Başka bir akit devlet vatandaşı

deyiminden kasıt, i) uyuşmazlık tarihi itibariyle diğer bir akit devletin vatandaşlığını haiz gerçek kişiler, ii) uyuşmazlık tarihi itibariyle diğer akit devlet vatandaşı tüzel kişiler ile akit devletin kontrolü altında bulunan tüzel kişilerdir.”⁵² Merkezin yargılama yetkisinin ana unsurlarından birini teşkil eden tarafların kimliği meselesi üzerinde gerçek ve tüzel kişiler bakımından durmak gerekmektedir. Şöyle ki, gerçek kişiler bakımından çifte vatandaşlık halinde, tüzel kişiler için ise yabancı sermaye ile kurulan fakat ev sahibi ülkede yerleşik olanların tabiiyeti bakımından sorunlar doğabilmektedir. Çifte vatandaşlık durumunda, vatandaşlıklardan birinin ev sahibi ülke vatandaşlığı olup olmamasına göre durumu ikiye ayırarak incelemek lazımdır:

Çifte vatandaşlığa sahip yatırımcı hem uyuşmazlığa taraf devletin hem de diğer bir devletin vatandaşı olabilir ya da yatırım yaptığı devletin vatandaşlığına sahip olmamakla birlikte vatandaşı olduğu devletlerden en az biri akit devletlerden biri olabilir. Vatandaşlıklarından birisi ev sahibi ülkenin vatandaşlığı olan yatırımcı, vatandaşı olduğu devlete karşı Merkeze müracaat hakkını elde edememektedir. Diğer deyişle burada Sözleşme md. 25 anlamında başka bir akit devlet vatandaşı olmak koşulu gerçekleşmeyecektir. Buna karşılık, yatırımcı birden fazla devlet vatandaşı olmakla beraber ev sahibi ülkenin vatandaşı değilse, ICSID tahkimine başvurulabilir.⁵³ Tüzel kişilerde ise tabiiyeti belirlemek gerçek

⁵² bkz, Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.384.

⁵³ Nomer, s.56.

kişilerdeki gibi kolay olmamaktadır. Klasik metodlarda tüzel kişilerin tabiiyetini tespit etmede kuruluş yeri veya idare merkezine bakılmaktadır. Bu nedenle sermayesi yabancı kişi veya kuruluşlar tarafından temin edilen ancak kuruluş yeri yatırımın yapıldığı ülkede bulunan şirketler bakımından Sözleşmenin anılan koşulunun sağlanmış olmayacağı düşünülerek, Sözleşmenin 25. maddesinin 2-b bendinde “yabancı kontrolü yüzünden diğer akit devlet vatandaşı muamelesi görmesi kararlaştırılmış kişiler”in de diğer akit ülke vatandaşı deyimini kapsamında kabul edilmesi öngörülmüştür. Böyle bir düzenlemenin Sözleşmeye konulmasındaki sebep, bizim gibi⁵⁴ pek çok ülkenin iç mevzuatında, yabancı sermaye ile kurulan şirketlerin kuruldukları yer tabiiyetini haiz olduklarının kabul edilmiş olmasıdır. Böylece devletin kendi vatandaşına veya kişilerin vatandaşı oldukları devlete karşı ICSID tahkimine başvuramamalarından dolayı pek çok yabancı sermaye ihtilafın Merkezin yargı yetkisinin kapsamı dışında kalması önlenmek istenmiştir. Benzer bir sorun Endonezya Devleti ile Amco Asia Şirketi arasındaki ICSID’a götürülen davada söz konusu olmuştur. Amco Asia Şirketinin bir Endonezya Şirketi olduğunun ve Sözleşmenin 25. maddesinde öngörülen uyuşmazlığın özel kişi tarafını oluşturan yatırımcının ev sahibi ülkenin dışında bir akit ülkenin vatandaşı olması şartının gerçekleşmediğinin iddia edilmesine karşılık hakemler, Amco

⁵⁴ Türk yabancı sermaye mevzuatı bakımından Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nın 7. maddesinde “6224 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinler alınmak suretiyle TTK hükümlerine kurulan ve Türk Ticaret Siciline tescil edilen şirketler ve şubeler, Türk şirketi ve şubesidirler.” hükmü öngörülmüştür.

Asia Şirketi'nin bir Amerikan şirketi olan Pan American Development Limited Şirketi ile ortak olduğu, bu ortaklığın Amerikan yasaları çerçevesinde kurulduğu ve Amerikan yasalarının denetiminde olduğu gerekçesiyle Amco Asia'nın da somut olay bakımından bir Endonezya şirketi değil, Amerikan şirketi olduğuna karar vermiştir. Hakemler bir tüzel kişi olan yatırımcının tabiiyetini tespitinde idare merkezi ya da kuruluş yerini değil, 25. madde doğrultusunda tabi olunan kanun kriterini esas almıştır. Bu bağlamda, Sözleşmenin milletlerarası ticaretin yarar sahasına etkin tüm ihtilaflara uygulanmasının benimsendiği anlaşılmaktadır.⁵⁵ Bunlarla birlikte, yabancı kontrolü esasının uygulanması tarafların anlaşmasına, yani yatırım anlaşmasına taraf ülke ile bu ülkede kurulan şirket arasında yabancı kontrolü nedeniyle diğer bir ülke vatandaşı muamelesi görme hususunda anlaşma yapılmış olmasına bağlıdır. Nitekim, tahkim talebinde söz konusu anlaşmaya yer verilmesi gerektiği Başlangıç Kuralları'nın 1/d maddesinde belirtilmiştir.

Sözleşmenin 25. maddesinde anılan "ülkeyi oluşturan alt birimlerden ya da temsilcilerden biri" ifadesi kapsamına belediyeler, yerel idarelerin organları, devletlerin varsa özerk bölgeleri, vilayetleri ve federe devletlerin gireceği ifade edilmiştir.⁵⁶ Bu birimlerin uyuşmazlığa taraf olduğu hallerde, bunların tahkime rızaları tek başına yeterli kabul edilmemekte, ayrıca ilgili devletin onayının gerekmediğine dair bu

⁵⁵ Öztekin, s. 146.

⁵⁶ Erten, s. 216.

devletin beyanı gerekmektedir (Sözleşme, md.25/3; Başlangıç Kuralları, md.2/c).

Tarafların hakemlerin sayısı ve atanma usulü hakkında üzerinde anlaştıkları kurallar ile uyuşmazlığın çözümüne uygulanmasını kararlaştırdıkları diğer kuralları istekleri halinde talebe ekleyebilecekleri belirtilmiştir (Başlama Kuralları, md.3). Maddede her ne kadar böyle bir bilginin talebe dercedilmesi ihtiyari kılınmış ise de, milletlerarası ticari tahkimin genel kabul görmüş bir prensibi⁵⁷ olan tarafların prosedürün işleyişi hakkında bir takım usuli kurallar kararlaştırabilmeleri ve hakemlerin bu yöndeki anlaşmaları dikkate alması zorunluluğu ICSID Tahkiminde göz ardı edilmiş değildir. Nitekim, Tahkim Kuralları'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında, Heyetin yargılamayı yürütürken tarafların usuli meseleler üzerindeki Sözleşme ve AFR (İdari ve Finansal Yönetmelik, Administrative and Financial Regulation)'nin aksini öngörmediği anlaşmalarını uygulayacağı belirtilmektedir .

Tahkime başvuru safhasında özellikle vurgulamak istediğimiz husus, tahkim prosedürünün başlamasının temel koşullarından biri olarak kabul edilen ICSID'in yargılama yetkisine onay verilmesi hususudur. Acaba, devletlerin birbirleri ile yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarında doğacak uyuşmazlıkların ICSID'a götürüleceğini kararlaştırmaları, Sözleşmenin 25. maddesinde belirtilen anlamda

⁵⁷ Örneğin MTO Tahkim Tüzüğü'nün 3/e maddesinde bu hususun tahkim talebinde yer alması gerektiği belirtilmiştir.

Merkezin yargılama yetkisine önceden verilmiş bir onay olarak kabul edilebilir mi? Nitekim Türkiye'nin bir takım devletlerle akdettiği yatırım anlaşmalarında bu yönde hükümler mevcuttur.⁵⁸ Bu hususta yazarlar farklı düşünmektedir. Bir kısım yazarlar, ikili yatırım anlaşmalarında yer alan ICSID Tahkimine gidileceği yönündeki klozların, uyuşmazlık anında devletin tahkim prosedürünün başlamasına peşinen onay verdiği anlamına geleceğini ve bunun dışında bir onayın ancak uyuşmazlığın özel kişi tarafını teşkil eden yatırımcı için söz konusu olacağını belirtmektedirler.⁵⁹ Buna karşılık, diğer bir kısım yazarlar ise yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair yapılan ikili anlaşmalarda öngörülen ICSID Tahkimine ilişkin kayıtların, anlaşmayı imzalayan devlet için ICSID tahkimine başvurma zorunluluğu doğurmayacağını, tarafların ICSID tahkimini başlatmak için ayrıca sarih ve yazılı onay vermelerinin gerektiğini savunmaktadır.⁶⁰ Bu yazarlara göre, Washington Sözleşmesi'ni ya da ikili yatırım anlaşmalarını imzalamak sadece o devletin ICSID tahkimine gitme niyetinde olduğunun bir göstergesidir. Bizim de katıldığımız birinci görüş, hem uluslararası anlaşmaya konulan bir taahhüdü sadece bir niyet göstergesi olarak yorumlamak ciddi bir yaklaşım olmayacağı, hem de her yatırım anlaşması için akit devletten onay alınamayabileceği noktai nazarında daha gerçekçi ve milletlerarası

⁵⁸ bkz. Birsell, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.524 vd.; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.396 vd.

⁵⁹ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.402; Birsell, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.531; Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.168.

⁶⁰ Erten, s.218; Akıncı, Hakem Kararlarının Tenfizi, s.103.

ticaretin gereklerine daha uygundur. Nitekim gerek Demokratik Sosyalist Sri-Lanka Cumhuriyeti ile Asian Agricultural Products Limited Şirketi arasında⁶¹, gerekse Zaire devleti ile American Manufacturing&Trading Inc. şirketi arasında zahir edip ICSID'a götürülen davalarda, ikili yatırım anlaşmasında yer alan tahkime ilişkin klozlar geçerli bir mutabakat olarak kabul edilmiştir.

Dünya Bankasının resmi web sitesinde ICSID hakkında tanıtıcı bilgilere yer verilen kısımdaki "Advance consents by governments to submit investment disputes to ICSID arbitration can also be found in twenty investment laws and in over 900 bilateral investment treaties." ifadeleri de, konuya ilişkin resmi yaklaşımın da aynı yönde olduğunu göstermektedir.

Öte yandan, yabancı yatırımcının bir akit devlet aleyhine doğrudan Merkeze başvurabilmesi için, bu akit devletin Merkezin yargı yetkisine ilişkin rızasının ikili yatırım anlaşmasında açıkça belirtilmiş olması gereklidir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları incelendiğinde sadece ABD, Avusturya, Bangladeş, Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Danimarka, Hollanda, İsviçre, Kore ve Kuveyt ile imzalanmış olan anlaşmalarda Türkiye'nin rızasını açıkça ortaya koyduğu görülmektedir⁶².

⁶¹ bkz. 6 ICSID Review-FILJ 526 (1991).

⁶² bkz. Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.169.

Tahkim prosedürü, talebin Genel Sekreter tarafından kaydedildiği tarihte başlamış sayılır (Başlama Kuralları, md.6/2). Genel Sekreter, kendisine yapılan tahkim talebini içeren başvuru üzerine, talep eden tarafa talebi aldığına dair bir mektup gönderir ve belirlenen ücret (prescribed fee) ödenmeden hiçbir işlem yapmaz. “Prescribed fee” olarak anılan bu ücret, zamana göre Genel Sekreter tarafından belirlenen bir ücrettir (AFR, md.16)⁶³. Genel Sekreter, söz konusu ücret ödenir ödenmez talebin bir örneğini ve ekli belgeleri karşı tarafa gönderir (Başlama Kuralları, md.5/2). Talebi alan Genel Sekreter, talepte yazılı hususlar ışığında talebi ya kaydeder ya da reddeder. Talebin reddi kararı kesindir⁶⁴. Talebin kaydedilmesi halinde kayda ilişkin bir ihbarname hazırlanır. Bu ihbarnamede,

- talebin kaydedildiği tarih ve ihbarnamenin tarihi yazılı olmalıdır.
- taraflar, tahkim prosedürü ile ilgili bütün yazışmaların ve ihbarların, Merkeze başka bir adres bildirmedikleri sürece, talepte yazılı adreslere yapılacağı konusunda bilgilendirilmelidir.
- böyle bir bilgi sunulmamışsa, taraflar Genel Sekreter tarafından hakemlerin sayısı ve atanma usullerine ilişkin aralarında anlaşmış oldukları hükümler hakkında kendisini bilgilendirmeye davet edilmelidir.

⁶³ İdari ve Finansal Yönetmeliğin tam metni için bkz. İnternet adresi www.worldbank.org/icsid.

⁶⁴ Broches, ICSID, s. 6.

- taraflar Sözleşmenin 37-40 maddelerine göre mümkün olan en kısa zamanda Hakem Heyetini oluşturmaya davet edilmelidir.

- Merkezin Hakemler Panelinin üye listesi ekli olmalıdır.

Talepte bulunan taraf, talep kaydedilmeden önce talebini yazılı olarak geri alabilir. Genel Sekreter bu durumu derhal karşı tarafa - talebin ona henüz gönderilmemiş olması hali hariç- bildirir.

b- Başlangıç Masrafları

Prosedürün başlaması için masrafların depo edilmesi ya da belli bir ücretin ödenmesi hususuna "Hakem heyetinin oluşturulması ve Heyet İncelemesi" safhalarına geçmeden önce değinmek istiyoruz. ICSID Tahkiminde (Sözleşme, md.59), Merkezin olanaklarının kullanılmasından doğan ve taraflarca ödenmesi gereken masrafların İdari Konseyin saptadığı kurallara göre Genel Sekreterce belirleneceği öngörülmüştür⁶⁵. Buna göre, Merkez'e, hakemlerin ücret ve masrafları için takdir edilen miktarın önceden ve işlemler sırasında avans olarak ödenmesi gerektiği belirtilmiştir (AFR, m.14)⁸. Yeterli avans ödemeleri yapılmadıkça Merkez,

⁶⁵ MTO tahkiminde (MTOTH, m.4/4), davacının tahkim talebini içeren dilekçe ile birlikte talep tarihinde yürürlükte olan Tarife (Ek III) üzerinden peşinat yatırması gerekir (1.1.1999'da yürürlüğe giren ICC Kuralları ve Ek III'e göre bu tutar 2500 USD'dir). Davacının bunu ve diğer şartlardan herhangi birini yerine getirmemesi halinde Sekreteryaya, bunların yerine getirilmesi için ek süre verebilir. Peşinatı yatırılmadığı veya öngörülen başka bir koşul yerine getirilmediği takdirde, davacının ileride yapacağı talep hakkına hâle gelmemek üzere dosya kapatılır. Bu peşinat MTO'ya ait olup iade edilmez, ancak ilgili tarifeye göre tespit olunan idarî masraflardan tenzil edilir (Ek III, m.1). Bu peşinattan başka, tahkim masraflarının önceden depo edilmesi gerekmektedir. Divan, mümkün olan en kısa sürede hakem ücretleri ve tahkim masraflarını karşılayacak bir miktarı tespit eder ve bunu avans olarak taraflardan yatırmasını ister (MTOTH, m.30/2). Bu avans davacı ve davalı tarafından eşit olarak ödenir. Bir tarafın kendine düşen miktarı yatırmaması halinde diğer taraf esasa ait incelemenin yapılması ve kararın verilmesi için tüm masrafı yatırabilir. Belirlenen masraf avansı en geç görev belgesi (*terms of reference*) düzenlenene kadar yatırılmış olmalıdır.

⁶⁶ Broches, ICSID, s. 9.

yargılamaya ilişkin herhangi bir hizmette bulunmak, heyet üyelerinin ücretlerini ve masraflarını ödemek zorunda değildir. Merkez tarafından istenen avans 30 gün içerisinde ödenmezse, Genel Sekreter ödenmeme durumunu taraflara bildirerek ek süre tanır. 15 gün sonrasına kadar yine ödemedede bulunulmazsa yargılama durur. Yargılamanın 6 aydan fazla durduğu bir davaya devam olunamaz (AFR, m.14).

c- Hakem Heyetinin Oluşturulması

Tahkim talebinden sonra hakem heyetinin oluşturulması safhası gelir. ICSID'da hakem heyeti oluşturulması usulü aşağıdaki gibidir:

Hakem heyeti, tahkim talebinin kaydedilmesini takiben en kısa zamanda oluşturulur. Heyet ya tek hakemden ya da tarafların üzerinde anlaşacağı tek sayıda hakemlerden oluşur. Taraflar hakemlerin sayısı veya atanma yöntemi üzerinde anlaşmamışlarsa Heyet, taraflarca ayrı ayrı atanan birer hakemle Heyetin başkanlığını yapacak, tarafların birlikte atadığı üçüncü hakem olmak üzere 3 hakemden oluşur (Sözleşme, md.37/1-2).

Taraflar, tahkim talebinin kaydı anında, hakemlerin sayısı ve atanma usulü üzerinde anlaşmamışlarsa, aksini kararlaştırmadıkları sürece aşağıdaki usule tabi olurlar (Tahkim Kuralları, md.2):

- Tahkim talebinde bulunan taraf, talebin kaydından itibaren 10 gün içinde, diğer tarafa tek hakemin ya da tek sayıdan oluşan hakemlerin atanması ve bunların atanma usulü hakkındaki teklifini belirtmelidir.

- Diğer taraf, bu öneriyi almasından itibaren 20 gün içinde teklifi kabul etmeli ya da hakemlerin sayısı ve atanma usulleri hakkında kendi teklifini sunmalıdır.

- Talepte bulunan taraf, karşı tarafın önerisini aldıktan sonra 20 gün içinde diğer tarafı öneriyi kabul ettiği veya reddettiği konusunda bilgilendirmelidir.

Taraflar arasında bu konuda yapılan bütün temaslar yazılı olarak yapılmalı ya da derhal yazılı olarak doğrulanmalıdır. Ayrıca ya Genel Sekreter vasıtasıyla karşı tarafa ya da doğrudan taraflar arasında bir kopya ile Genel Sekretere sunulmalıdır. Taraflar Genel Sekreteri ulaştıkları sonuç hakkında derhal bilgilendirmelidir.

Tahkim talebinin kaydedilmesinden itibaren 60 gün içinde taraflar arasında diğer bir usul üzerinde anlaşmaya varılmazsa, taraflardan her biri Genel Sekreteri Sözleşmenin 37/2-b maddesinde öngörülen formülü tercih ettiği konusunda bilgilendirebilir. Genel Sekreter Heyetin söz konusu maddede öngörülen şekilde oluşturulacağı konusunda diğer tarafı derhal bilgilendirir. Sözleşmenin 37/2-b maddesine göre, tarafların hakemlerin sayısı ve atanma yöntemi üzerinde anlaşamamaları halinde Heyet, taraflarca ayrı ayrı atanan birer ve Heyetin başkanlığını yapacak tarafların ortak atadığı bir hakemden olmak üzere üç hakemden oluşur.

Sözleşmenin 37/2-b maddesine göre Heyetin oluşturulması yoluna gidilmesi halinde aşağıdaki usul takip edilir (Tahkim Kuralları, md.3):

Bu durumda, her bir taraf diğer tarafla görüşerek iki isim bildirir. Bunlardan kimliğini belirttiği hakem taraflardan her ikisinin de milliyetinden olmayacaktır ve diğeri Heyet Başkanı olmak üzere önerilecektir. Ayrıca diğer tarafı Heyet Başkanı olarak önerilen isim üzerinde anlaşmaya ve kendi hakemini atamaya davet edecektir.

Böyle bir davet alan karşı taraf cevap olarak, kendisi tarafından atanan ve tarafların milliyetinden olmayan hakemin ismini bildirecek ve Heyet Başkanı olarak önerilen hakemi kabul ettiğini ya da kendi önerdiği ismi bildirecektir. Bu cevabı alan ilk talepte bulunan taraf, karşı tarafı önerisini kabul edip etmediği hakkında bilgilendirecektir. Bu temaslar yazılı hale getirilecek ya da derhal yazılı olarak teyid edilecektir. Ayrıca ya Genel Sekreter vasıtasıyla diğer tarafa gönderilecek ya da doğrudan taraflar arasında bir kopya ile Genel Sekretere sunulacaktır.

Yukarıdaki usule göre, tahkim talebinin kaydını müteakip 90 gün içerisinde (veya taraflarca kararlaştırılan başka bir süre içerisinde) Heyet oluşturulamazsa İdari Konsey Başkanı, herhangi bir tarafın istemi üzerine ve mümkün olduğunca taraflara danışarak atanamayan hakem veya hakemleri atayacaktır. Bu usul şöyle gerçekleştirilir: Tahkim talebinin kaydedildiğine ilişkin ihbarnamenin gönderilmesinden itibaren

90 gün ya da tarafların anlaşmışları başka bir süre içinde Heyet oluşturulmazsa, her bir taraf Genel Sekretere iletecekleri yazılı bir taleple İdari Konsey Başkanından henüz atanmamış hakem ya da hakemleri atamasını ve Başkanlık yapacak hakemi tayin etmesini isteyebilir. Bu hüküm, işin mahiyetinden anlaşılacağı üzere, tarafların başkan olacak hakemi atanan hakemlerin seçmesini kararlaştırdığı ve hakemlerin bunu gerçekleştiremediği hallerde de uygulanır. Genel Sekreter yukarıdaki talebin bir örneğini derhal diğer tarafa gönderir. Başkan bu yöndeki talebi alır almaz 30 gün içinde, mümkün olduğunca taraflara da danışarak, Sözleşmenin 38 ve 40. maddelerine uygun biçimde talebi yerine getirir. Genel Sekreter Başkan tarafından yapılan her atamadan ya da tayinden tarafları derhal haberdar eder.

Başkanca atanan bu hakemler taraf ülkenin veya vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı olamazlar (Sözleşme, md.38). Tarafların kendi atadıkları hakemlerin çoğunluğu da, uyuşmazlığa taraf olan akit ülkenin ve vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan akit ülkenin vatandaşı olamaz. Tek hakemin veya bütün hakemlerin tarafların rızasıyla atanması halinde bu şart uygulanmaz (Sözleşme, md.39).

Uyuşmazlığın çözümünde daha önceki herhangi bir işlemde açıkça uzlaştırıcı ya da hakem olarak görev almış bir kişi, Hakem Heyetinin üyesi olarak atanamaz (Tahkim Kuralları, md.1/4).

Genel Sekreter, taraflarca veya Başkan tarafından bir hakemin atandığının kendisine bildirilmesi üzerine, atanan hakemin buna muvafakatini (acceptance of appointment) almağa çalışır. Bir hakem 15 gün içinde atanmasına muvafakatini bildirmezse, Genel Sekreter derhal tarafları –gerekirse Başkanı– bundan haberdar eder ve onları başka bir hakemi atamaya davet eder (Tahkim Kuralları, md.5).

Bütün hakemlerin atanmalarına muvafakat ettikleri tarihte Hakem Heyeti oluşturulmuş ve işlemler başlamış sayılır. Tahkim prosedürünün başladığı tarihin tahkim talebinin kaydedildiği tarih olduğu md. 6/2’de hükme başlanmıştır. Burada bahsi geçen “işlemlerin başlamış sayılacağı” ifadesiyle kastedilenin Hakem Heyetinin işlemlerde bulunma yetkisinin başlaması olduğu düşünülmektedir.

Özetleyecek olursak, ICSID’da kural olarak üç hakemli bir tahkim öngörülmüştür. Hakem Heyetinin oluşturulması yöntemi ve üye sayısı bakımından tarafların iradelerine öncelik verilmiştir. Buna göre, tahkim talebinin kaydından itibaren 60 gün içinde tarafların bu konuda anlaşmaları istenmiştir. İlk 60 gün içinde taraflar arasında bir anlaşma olmazsa Heyetin 3 kişiden oluşacağı, her tarafın kendi hakemini atayacağı, başkanlık yapacak üçüncü hakemi de yine aynı süre içinde tarafların ortaklaşa atayacağı, bu atamaların en geç tahkim talebinin kaydını takip eden 90 gün içinde yapılması gerektiği belirlenmiştir. Diğer deyişle hakemlerin atanma yöntemleri ve sayısı hakkında tarafların

60 gün içinde anlaşamamaları halinde, her bir tarafın kendi hakemini ataması ve üçüncü hakemin ortaklaşa atanması için 30 günlük bir süre daha var demektir.

Tarafların atadıkları hakemlerin çoğunluğunun bir tarafın uyuğundan, İdari Konsey Başkanının atayacağı hakemlerin ise hiçbirinin tarafların uyuğundan olmayacağı öngörülmüştür. Bunun dışında Başkan sadece Hakemler Panelinden atama yapabilir (Sözleşme, m.40/1).

ICSID Tahkiminde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması hususuna önem verilmiştir. Bu doğrultuda Tahkim Kurallarınının 6/2 maddesinde, her hakemin daha önce veya en geç ilk oturumda aşağıdaki bildirimini imzalayarak vermek zorunda olduğu hükme başlanmıştır⁶⁷:

“Bildiğim kadarı ile,ve arasındaki ihtilaf hakkında, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez tarafından teşkil edilen Hakem Heyetinde görev almama engel olan bir sebep mevcut değildir.

Bu prosedüre iştirak etmem dolayısıyla öğrendiğim bütün bilgileri, ayrıca Heyet tarafından verilen her kararın içeriğini saklı tutacağım.

⁶⁷ Benzer bir müesseseye MTO Tahkim Kurallarında da yer verilmiştir. Buna göre, seçilen veya tayin olunan hakemlerden, tarafsız ve bağımsız bir tahkim yargılaması yürüteceklerine dair bir beyanname imzalamaları istenir (*arbitrators statement*). Tayininin Divan tarafından onaylanması ile verdiği kararın taraflara tebliği arasında geçen süre zarfında ortaya çıkan bağımsızlığına zarar verecek mahiyetteki durum ve şartları hakem yazılı olarak Divan Sekreteryasına ve taraflara bildirmek zorundadır (MTOTH, m.7/3).

⁶⁸ Broches, ICSID, s.8.

İhtilafı, taraflar arasında uygulanacak hukuka göre, dürüstlük kaidelerine uygun bir şekilde hükme bağlayacağım ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Sözleşme ile ona göre çıkarılan Yönetmelik ve kaidelerde öngörülenler müstesna, bu yargılama ile ilgili hususlarda hiçbir kaynaktan neşet eden talimat veya karşılığı kabul etmeyeceğim.”

Geçmişteki ve halihazırdaki mesleğim, işim ve taraflarla olan – varsa– diğer ilişkilerime ait beyanım eklidir.”

Yukarıdaki bildirimimi Heyetin ilk oturumunun sonuna kadar imzalamayan hakem istifa etmiş sayılır⁶⁸.

aa-) Hakem Heyetinde Meydana Gelen Değişiklikler

Heyetin oluşturulmasından önce herhangi bir zamanda, taraflardan her biri kendi atadığı hakemi değiştirebilir ve taraflar herhangi bir hakemin değiştirilmesinde anlaşabilirler (Tahkim Kuralları, md.7).

bb-) Hakemin İskatı

Bir hakem ehliyetini yitirir veya görevini yerine getiremeyecek hale düşerse, hakemlerin iskatına (disqualification–yetkisinin elinden alınması)⁶⁹ ilişkin hüküm (Tahkim Kuralları, md.9) uygulanır. Hakemin

⁶⁸ Bizdeki hakemin reddi müessesesine benzetilebilir.

⁶⁹ Prosedürün kapanması hakkında, bkz. aşağıda s.64.

⁷¹ Sözleşmenin 57. maddesinde panelde hizmet vermek üzere atanan hakemlerin sahip olması gerektiği belirtilen niteliklerin sayıldığı 14. maddeye atıf yapılmaktadır. Panel üyelerinin nitelikleri hakkında bkz. yukarıda s.27.

ıskatı meselesi Şu Şekilde dŐzenlenmiŐtir: SÖzleşmenin 57. maddesine göre, bir hakemin ıskat edilmesini isteyen taraf, derhal ve her halŐkarda hakem yargılamasının sona erdiĐinin⁷⁰ bildirilmesinden Önce Önerisini gerekçeleriyle birlikte Genel Sekretere sunar.⁹ Genel Sekreter, Öneriyi derhal Heyete ve Öneri tek hakeme ya da hakemlerin çoğunluğuna ilişkin ise İdari Konsey Başkanına iletir. Ayrıca diğer tarafı da Öneri hakkında bilgilendirir.

Őnerinin ilişkili olduğu hakem, gecikmeksizin halin icabına göre Heyete veya Başkana aŐıklamada bulunabilir.

EĞer Öneri Heyet Őyelerinin çoğunluğuna ilişkin değilse, diğer Őyeler derhal hakkında ıskat Önerisi verilen hakemin iŐtiraki olmaksızın durumu değerlendirir ve Öneriyi oylarlar. Oyların eŐitliĐi halinde diğer hakemler, Genel Sekreter vasıtasıyla Başkanı Öneri ve Őnerinin ilgili olduğu hakemin aÇıklamaları hakkında bilgilendirerek bir karara ulaŐamadıklarını bildirirler.

Başkan bir hakemin ıskatı Önerisini alır almaz 30 gŐn iÇinde kararını verir. Öneri hakkında karar verilene kadar prosedŐr geÇici olarak durur.

GŐrŐldŐĐu gibi, ICSID’da ıskat Önerisinde bulunmak işin bir zaman tahdidi vaz’edilmemiŐ, prosedŐrŐn kapanmasına kadar taraflara bu imkan tanınmıŐtır¹⁰.

⁷⁰ Örneğin MTO tahkiminde, bu yönde bir talebin ancak Heyet oluşturulmasının taraflara tebliğinden itibaren 30 gŐn iÇinde, sonradan ŐĐrenme söz konusu ise ŐĐrenme tarihinden itibaren 30 gŐn iÇinde yapılabileceği ŐngŐrŐlmŐŐtŐr (MTOTH, md.11/2).

İskat önerisi kural olarak Heyetin diğer üyelerince karara bağlanır. Oyların eşit çıkması, tek hakemin veya hakem heyetinin çoğunluğunun iskatı önerisinde bulunulması halinde ise, İdari Konsey Başkanının karar vermesi uygun görülmüştür.⁷³

cc-) Hakemin İstifası

Bir hakem, Heyetin diğer üyelerine ve Genel Sekretere dilekçesini vererek istifa edebilir. Bu hakem taraflardan birince atanmış bir hakem ise, Heyet derhal istifa sebeplerini değerlendirir ve istifaya muvafakat edip etmeyeceğini kararlaştırır. Heyet kararını derhal Genel Sekretere bildirir (Tahkim Kuralları, md.8/2). Görüldüğü gibi, istifanın kabulüne Heyetin diğer üyeleri karar vermektedir.

Genel Sekreter taraflara ve gerekirse Başkana derhal bir hakemin iskatını, ölümünü, ehliyetini kaybettiğini, istifasının Heyet tarafından onaylandığını haber verir. Hakem heyetinde bu şekilde bir boşluk oluşması halinde, prosedür boşluk dolana kadar durur. Bir hakemin iskatı, ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya istifasından meydana gelen boşluk derhal, o hakemin atanmasında izlenen metodun aynı takip edilerek doldurulur. Heyette oluşan bir boşluk doldurulmaz doldurulmaz prosedür boşluğun doğduğu zamanda kaldığı noktadan işlemeye devam

⁷³ MTO tahkiminde, hakemin reddi talebi Tahkim Divanı tarafından karara bağlanmaktadır (MTOTH, md.11/3).

⁷⁴ MTO tahkiminde, hakem heyetine yeni üyelerin seçilmesi halinde evvelce yapılmış yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceğine, yenilenecekse ne ölçüde yenileceğine hakem heyetinin karar vermesi tensip edilmiştir (MTOTH, md.12/4).

eder. Mamafih, yeni atanan hakem kendisinden önce başlamış olan bir sözlü işlemin tekrarlanmasını talep edebilir¹¹.

dd-) Hakem Heyetindeki Boşluğun Doldurulmasında Başkana Düşen Görevler

Başkan kendisi tarafından atanan hakemlerle ilgili doğan boşlukların doldurulması yanında,

- bir tarafın atadığı hakemin istifasına Heyetin muvafakat etmemesi halinde onun yerine Hakemler Panelinden bir kişiyi atar.

- taraflardan birinin talebi üzerine Heyette ortaya çıkan diğer bir boşluğu doldurmak için yukarıda belirtilen 30 gün içinde yeni atama yapılmaz ve kabul edilmezse Hakemler Panelinden bir kişiyi atar.

d-) Heyetin İncelemesi

aa-) Heyetin kendi görev ve yetkisini belirlemesi

Heyet yetkisi hakkında kendisi karar verir (Sözleşme, md.41/1).

Taraflardan birince yapılan, uyuşmazlığın Merkezin yargılama yetkisi içinde olmadığına ya da başka sebeplerle Heyetin davaya bakmaya yetkili bulunmadığına ilişkin itirazların, bir ön mesele olarak mı yoksa ihtilafın esasına dahil edilerek mi karara bağlanacağı Heyet tarafından belirlenir (Sözleşme, md.41/2).

Görüldüğü gibi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkileri ICSID tahkiminde de kabul edilmiştir¹². Bu yetkinin

11

⁷⁵ MTO tahkiminde, hakemlerin bu yetkileri belli koşullar dahilinde kabul edilmiştir (MTOTH, md.6).

12

varlığı Tahkim Kurallarının “Yargılama Yetkisine İtirazlar”a ilişkin 41. maddesinde de tasrih edilmiştir. Bu hükme göre, bir ihtilafın veya tali bir talebin Merkezin yargılama yetkisinin içinde olmadığına ya da diğer sebeplerle Heyetin yetkili olmadığına ilişkin itirazlar, Heyet tarafından mümkün olan en kısa sürede karara bağlanır. Bir taraf buna ilişkin itirazını Genel Sekretere cevap dilekçesinin verilmesi için saptanan sürenin sonuna kadar –itiraz tali bir talebe ilişkin ise cevaba cevap dilekçesine cevap için verilen sürenin sonuna kadar– sunmalıdır. Meğer ki, itirazın dayandığı maddi vakıa o zamana kadar itirazda bulunan tarafça bilinmiyor olsun.

Heyet de, prosedürün herhangi bir safhasında ihtilafın ya da tali bir talebin Merkez’in yargılama yetkisi içinde veya kendisinin yetki sınırına dahil olup olmadığını re’sen inceleyebilir.

İtiraz üzerine esasa ilişkin işlemler geçici olarak durur ve Heyet konunun bir ön mesele olarak mı ele alınacağını ya da ihtilafın esasına mı dahil edileceğini kararlaştırır. Heyetin re’sen böyle bir değerlendirmede bulunması halinde esasa ilişkin işlemlere devam etmeyeceği tabiidir.

İtirazın değerlendirilmesi aşamasında Heyet başkanı, diğer üyelere de danışarak itirazla ilgili görüşlerini sunmak üzere taraflara süre verir. Heyet itirazla ilgili değerlendirmesinde daha ileri aşamaların

sözlü olup olmayacağına, yani bu konuda tarafların da katılacağı bir duruşma düzenlenip düzenlenmeyeceğine karar verir.

Heyet itirazı reddeder, ya da esasa dahil ederse, prosedürün ileri aşamaları için yeni süreler tespit ederek kaldığı yerden devam eder. İhtilafın esasına dahil edildiği takdirde itiraz hakkındaki değerlendirme sonucuna nihai kararda yer verilir.

Eğer Heyet, ihtilafın Merkez'in yargılama yetkisi ya da kendi yetki sınırları içinde olmadığı sonucuna ulaşırsa, bunu tespit eden bir karar verir. Böyle bir karar verilmesi halinde karara karşı hangi yola başvurulabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, onun nihai bir karar sayılarak bu çeşit kararların tabi olduğu usule tabi olacağına kabul edilmesi düşünülebilir.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin bulunduğu kabul edilmesi, milletlerarası anlaşmalar ile kurumsal tahkim merkezi kurallarının hemen hepsinde yer verilen ve "kompetenz-kompetenz" olarak adlandırılan, milletlerarası tahkimin genel kabul görmüş bir prensibidir⁷⁶. Bu yöndeki bir prensibin yerleşmesi ve genel kabul görmesinin arkasındaki düşünce; yüksek bilgi, deneyim ve ahlakı ile adil bir yargılama yapacağına güvenilerek uluslararası bir uyuşmazlıkta hakemlik yapma yetkisi kendisine tanınan bir hakemin, yetkisini denetleyecek bir üst makamın kabulüne gerek olmadığı ve

⁷⁶ bkz. Kalpsüz, MTO Tahkimi, s.10; Karayalçın, s.30.

kendi yetkisi hakkında vereceđi karara itimad edilmesi gerektiđi dūşüncesidir.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri, Türk hukukunda kabul edilmemiştir. HUMK'nun 519. maddesi uyarınca bir nizam hakemler marifetiyle halledilip halledilemeyeceği hususunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemelerce hallolunur⁷⁷.

Hakemlerin yetkisine itiraz bahsinde, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesine değinmek gerekmektedir. Şöyle ki, hakemlerin kendi yetkilerini değerlendirirken taraflar arasındaki sözleşmede yer verilen tahkim kaydına ya da ayrı olarak akdedilen tahkim sözleşmesine bakacaklarında tereddüt yoktur. Her ne kadar tahkim şartı, asıl sözleşmenin bir cüz'ünü teşkil etse de, asıl sözleşme ile tahkim anlaşması ayrı maksatlarla akdedilen, tabiatları ve fonksiyonları ayrı, müstakil birer sözleşmedir. Tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk sözleşmesi mi, yoksa bir usul hukuku sözleşmesi mi olduğu hakkındaki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden müstakil olması sonucunda ne asıl sözleşme, ne tahkim anlaşması kendiliğinden diğerrinin akıbetine tabi olur. Buna göre, asıl sözleşmenin geçerliliği ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekli hususlar olup, birinin geçersizliği ötekinin de geçersiz olarak kabul edilmesini gerektirmez⁷⁸.

⁷⁷ bkz. Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s.348.

⁷⁸ ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s.360.

İlmi ve kazai içtihatlarla öteden beri kabul edilegelen bu ilkeye göre, hakemlerin yetkili olup olmadıklarına dair incelemelerinde yetkilerinin temel referans kaynağı olarak bakacakları tahkim sözleşmesinin geçerliliğini asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirmeleri gerekmektedir.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi ve tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkeleri, TBMM'nde kabul edilen 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da benimsenmiştir. Anılan Kanun'un 7. maddesinin (H) bendinde, "Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz." hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi madde metninde, lafız bakımından yukarıda atıf yaptığımız doktrin görüşüne sadık kalınmıştır.

Aynı bendin son fıkrasında, hakemlerin yetkisi hakkındaki itirazların ön sorun olarak inceleneceği ve karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, hakemlerin yetkisi hakkındaki itirazların

esasa dahil edilerek incelenmesinin istenmediği ya da bu konuda hakem kuruluna bir seşimde bulunma yetkisinin tanınmadığı anlaşılmaktadır.

bb-) Heyetin Oturumları

- Oturumların yeri ve zamanı

Heyet ilk oturumunu, oluşumundan veya tarafların kararlaştırabileceği başka bir sürenin sonundan itibaren en geç 60 gün içinde gerçekleştirmelidir. Bu oturumun tarihini Heyetin başkanı diğer üyelere ve Genel Sekretere danışarak tespit eder. Tarafların Heyet başkanını üyelerin seçmesini kararlaştırmamasından dolayı, henüz bir başkana sahip olmayan Heyetin ilk oturum tarihini Genel Sekreter tespit eder. Her iki durumda da, yani ister Heyet başkanı ister Genel Sekreter ilk oturum tarihini belirlesin, mümkün olduğu sürece taraflara danışılır (Tahkim Kuralları, md.13).

Sonraki oturumların tarihleri Heyet tarafından ve yine Genel Sekreter ile taraflara danışılarak belirlenir.

Heyet, Merkez'in bulunduğu yerde ya da tarafların Sözleşmenin 63. maddesine uygun olarak kararlaştırdıkları başka bir yerde toplanır. Sözleşmenin 63. maddesinde taraflar tahkim yerini seçmede serbest bırakılmamış, onlara iki seçenekli bir imkan tanınmıştır: Buna göre taraflar anlaşılırsa, a) Merkez'in bu amaçla anlaşacağı resmi veya özel herhangi bir daimi tahkim divanında veya uygun olan diğer bir kuruluşda, b) Genel Sekretere danışıldıktan sonra Komisyon veya Heyetçe uygun görülecek herhangi bir diğer yerde tahkim prosedürü

yürütülebilir. Eğer taraflar Merkez’de ya da Merkez’in bu amaçla anlaşacağı başka bir kuruluşun dışında bir yer üzerinde anlaşılırsa, bu durumda Genel Sekretere danışarak taleplerini Heyetin onayına sunarlar. Heyet bu talebi kabul etmezse Merkez’de toplanmak zorundadır. Genel Sekreter Heyet üyelerini ve tarafları oturumların yeri ve tarihleri konusunda uygun bir zaman içerisinde bilgilendirir.

Görüldüğü gibi tahkim yerini tespit etme konusunda, diğer milletlerarası tahkim kurallarının⁷⁹ aksine ICSID Tahkiminde taraflara serbesti tanınmamıştır. Tahkim prosedürünün özellikle Merkezde yürütülmesinin istendiği, Sözleşmenin tahkim yeri konusundaki bu sınırlayıcı yaklaşımının, çoğu uluslararası yatırımın Dünya Bankası finansörlüğünde gerçekleştiği göz önüne alındığında uyumsuzlukların Dünya Bankası’nın bulunduğu yerde görülmesi gayesine matuf olduğu düşünülmektedir.

- Oturumların İdaresi ve Ara Kararlar, Tarafların Temsili

Heyet Başkanı duruşmaları yürütür ve müzakereleri yönetir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça Heyet üyelerinin çoğunluğu oturumlarda hazır bulunmalıdır. Yine Heyet Başkanı Heyet toplantılarının

⁷⁹ MTO Tahkim Kurallarının tahkim yeri konusundaki düzenlemesine göre, taraflarca kararlaştırılmadıkça Divan tahkim yerini belirler. (MTOH, md.14) Yine taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Hakem Heyeti oturumlarını ve duruşmaları taraflara da danışarak uygun gördüğü başka bir yerde yapabilir. Ayrıca nihai hükmü uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir yerde verebilir. MTO düzenlemesinin taraflar iradelerine bu konuda daha çok ağırlık tanıdığı açıktır. Tahkim yeri halin icabına göre hakem kararının uygulanma kabiliyetini tayin edeceğinden, bu yerin tespiti büyük önem arz etmektedir. MTO Tahkim Divanının tahkim yerinin tespitinin kendisine düştüğü hallerde, hakem kararının tarafların ülkelerindeki infaz kabiliyetini, hakemlerin ve 3.hakemin ikametgahlarını, sözleşmenin dili ve uygulanacak hukuku, tarafların erişme kolaylıklarını ve ülkenin siyasi bağımsızlığını dikkate aldığı belirtilmektedir (bkz. Kalpsüz, MTO Tahkimi, s.19).

(sittings) tarihini ve saatini belirler (Tahkim Kuralları, md.14/3). Tahkim Kurallarının 13/2 maddesinde ise oturumların (sessions) tarihlerinin Heyet tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Birbirine zıt gibi görünen söz konusu iki düzenleme arasındaki farklılık kanımızca şöyle açıklanabilir: Madde 13/2 düzenlemesinde hakemlerin, tarafların ve diğer gerekli kişilerin hazır bulunduğu bizim adli yargılama usulümüzde duruşma olarak adlandırdığımız toplantı, 14/3 maddesinde ise Heyet üyelerinin kendi arasında yapacağı toplantılar kastedilmektedir. Bu bağlamda duruşmaların tarih ve saatini Heyet kararlaştırırken, Heyetin kendi toplantılarının tarihini ise Heyet başkanı tesbit etmektedir.

Heyet müzakereleri özeldir ve gizli tutulur. Heyet aksini kararlaştırmadıkça görüşmelere üyelerden başkası katılamaz (Tahkim Kuralları, md.15). Bu husus tahkimin vazgeçilmez öğelerinden biri olan gizlilik (confidentiality) ilkesinin gereğidir.

Heyetin verdiği kararlar bütün üyelerin çoğunluğu ile alınır. Çekimsizlik menfi oy verme şeklinde değerlendirilir (Tahkim Kuralları, md.16). Bu hükme göre, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğunun karar almaya yetmediğine, toplam üye sayısının çoğunluğunun olumlu oy vermesinin gerekli olduğuna dikkat etmek lazımdır. Ayrıca çekimsizliğin menfi oy olarak değerlendirilmesi dikkat çekicidir.

Tahkim Kurallarında aksi öngörülmedikçe veya Heyet aksini kararlaştırmadıkça, Heyet bütün üyelere danışılmış olmak şartı ile

mektup teatisi yoluyla karar alabilir. Bu şekilde alınan kararların Heyet başkanı tarafından tasdik edilmesi gerekir.

Herhangi bir zamanda Heyet başkanı görevini ifa edemez hale gelirse, Heyetin diğer üyelerinden biri onun fonksiyonları üstlenir. Bu üyenin tespitinde Genel Sekreter, üyelerin Heyete seçilmelerinde aldıkları oyların sırasına bakarak hareket eder (Tahkim Kuralları, md.17).

Taraflardan her biri temsilciler, danışmanlar ve avukatlar tarafından temsil edilebilir veya onların yardımından istifade edebilir. Bunların isimleri ve yetkileri ilgili tarafça Genel Sekretere bildirilir ve o da derhal bundan Heyeti ve diğer tarafı haberdar eder (Tahkim Kuralları, md.18).

cc-) Usul Kuralları

- Genel Olarak

Prosedürün yürütülmesi için gerekli emirleri Heyet verir (Tahkim Kuralları, md.19).

Heyetin oluşumundan sonra mümkün olan en kısa zamanda, Heyet başkanı usul meseleleri hakkında tarafların görüşlerini tahkike ve öğrenmeye çalışır. Bu amaçla tarafları buluşmaya davet edebilir. Heyet başkanı özellikle tarafların aşağıdaki hususlar hakkındaki görüşlerine başvurur:

- Heyet toplantı nisabının sağlanması için gereken üye sayısı,
- Yargılamada kullanılacak dil veya diller,
- Duruşmaların sayısı ve sırası ile verilecek süreler,

- Bir tarafça sunulup diğler tarafa da verilecek belgelerin örneklerinin sayısı,
- Yazılı ve sözlü prosedürün uygulanması,
- Tahkim prosedürüyle ilgili masrafların paylaşım tarzı.
- Duruşma zaptının ne şekilde tutulacağı,
- Heyet, yargılamanın yürütülmesinde, tarafların usuli meseleler üzerinde Sözleşme ve AFR'nin aksini öngörmediği anlaşmalarını uygular (Tahkim Kuralları, md.20).

Genel Sekreterin ya da Heyet başkanının takdiriyle, yargılamayı çabuklaştırmak için tarafların bilgi alışverişini ve üzerinde ihtilaf bulunmayan hususlarda anlaşmalarını sağlamak gayesiyle Heyet ile taraflar arasında bir duruşma öncesi görüşme (pre hearing conference) yapılabilir. Bunun dışında, taraflar talep ederse, Heyet ile usulüne uygun şekilde yetkilendirilmiş temsilcileri tarafından temsil edilen taraflar arasında, dostane bir çözüme ulaşmak amacıyla ihtilaflı hususları tartışmak üzere bir duruşma öncesi görüşme düzenlenebilir (Tahkim Kuralları, md.21).

Tahkim Kurallarında 1984 yılında yapılan değişiklikle getirilen ve bizim literatürümüzde belli bir isimle tesmiye edilmeyen bu usulün kabul edilmesindeki amaç, yatırım ihtilaflarının mümkün mertebe taraflar arasındaki güven atmosferini sarsmayacak şekilde çözümlenmesini sağlamaktır. Bu ise ICSID'ın bir uyuşmazlık çözüm

merkezi olmasının yanında, yatırımcılar ile ev sahibi ülkelerin uyumlu bir birliktelik ve işbirliği içinde olmasını sağlama fonksiyonuna hizmet etmektedir. Öte yandan bu usul, alternatif çözüm yollarından biri olan Ön Hakemlik (Pre Arbitral Referee Procedure) usulü ile karıştırılmamalıdır. Ön Hakemlik olarak adlandırılan bu müessesede, hakemler veya mahkeme tarafından davaya el konmadan önce ortaya çıkan sorunlara müdahale eden ve bu sorunları geçici olarak karara bağlayan fakat nihai olarak ihtilafı çözmeye yetkisi olmayan bir ön hakem vardır¹³.

- Tahkim Dili

Taraflar tahkim prosedüründe bir veya birden fazla dilin kullanılması hususunda anlaşabilirler. Ancak, tarafların anlaştıkları dil Merkezin resmi dillerinden biri değilse, bu dilin kullanılabilmesi için Heyetin Genel Sekretere danıştıktan sonra bu dilin kullanılmasına izin vermesi lazımdır. Tarafların böyle bir anlaşması yoksa her bir taraf Merkezin resmi dillerinden birini seçebilir¹⁴.

13

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, sh.366.

⁸¹ Merkezin resmi dilleri İngilizce, Fransızca ve İspanyolca'dır (AFR, md.34).

14

Taraflarca iki ayrı dilin seçilmesi halinde, belgeler bu dillerden birinde sunulabilir. Dillerden biri duruşmalarda –Heyet lüzum görürse çeviriye ve yoruma tabi tutularak– kullanılabilir. Heyetin talimatları ve kararı iki dilde de verilir ve kayda alınır. İki dildeki metin de aynı değerdedir (Tahkim Kuralları, md.22).

- Heyete Sunulacak Belgeler

Taraflara ve Genel Sekretere danışıldıktan sonra aksi Heyetçe kararlaştırılmadıkça; her talep, dilekçe, başvuru, yazılı görüş, varsa bunları destekleyen belge veya diğer belgeler imzalı orijinal metninin yanında aşağıdaki sayıda örnekle birlikte sunulur. Örnek sayısı Heyetin üye sayısı belirlenmeden önce 5, belirlendikten sonra üye sayısının 2 fazlasıdır (Tahkim Kuralları, md.23).

Destekleyen belgeler, sıralı bir şekilde ilgili olduğu evrakla birlikte ve her halükarda o evrakın teslimi için öngörülen süre içerisinde sunulur (Tahkim Kuralları, md.24).

Herhangi bir varaka ya da destekleyen belgede istenmeden meydana gelen hata, diğer tarafın rızası ya da Heyetin izniyle, karar verilmeden önceki bir zamanda düzeltilebilir.

Delillerin sunulması bahsine, heyete sunulacak belgelere ilişkin bu kısımda değinmek gerekirse; belgelerin ibrazına ilişkin kurallara hâlel gelmemek üzere, her bir taraf ibraz etmeyi ve Heyetten teminini talep etmeyi düşündüğü delille ilgili tam bilginin (precise information), bu

delilin hangi hususun ispatı için ibraz edilmekte olduğuna dair bir açıklama ile birlikte, Heyetin tespit ettiği süre içinde, Heyete ve diğer tarafa gönderilmesi için Genel Sekreterle temasa geçer (Tahkim Kuralları, md.33).

Heyet sunulan bir delilin kabul edilebilirliğine ve ispat gücüne karar verir. Heyet, yargılamanın herhangi bir safhasında zorunlu görürse, taraflardan belge sunmalarını, tanık ve bilirkişi irae etmelerini isteyebilir. Ayrıca ihtilafla ilgili bir yere gidebilir ve orada keşif yapabilir. Taraflar, Heyet ile delillerin toplanması ve diğer önlemlerin alınmasında işbirliği içinde olmalıdır. Heyet, bir tarafın bu konudaki yükümlülüklerine uymadığını ve bunun sebeplerini tutanağa bağlar. Delillerin toplanması ve diğer önlemlerin alınmasından doğan harcamalar, Sözleşmenin 61/2. maddesi anlamında tarafların karşılayacağı masraflardan sayılır (Tahkim Kuralları, md.34).

- Süreler

Yargılamada çeşitli safhaların tamamlanması için, gerektiği yerde Heyet tarafından tarih belirlemek suretiyle süreler tesbit edilebilir. Heyet bu yetkisini başkana bırakabilir. Heyet verdiği herhangi bir süreyi uzatabilir. Heyet toplantı halinde bulunmuyorsa bu yetkiyi başkan kullanır. Verilen sürede yapılmayan bir işlem, Heyet özel hal ve şartların mevcudiyetinde ve diğer tarafın konuya ilişkin görüşünü de alarak aksine karar vermedikçe, dikkate alınmaz (Tahkim Kuralları, md.26).

- Esasa Uygulanacak Hukuk

Esasa uygulanacak hukukun tespiti dahi usule ilişkin bir mesele olup, bu tespit Hakem Heyetince yapılır. Sözleşmeye göre, hakemin bu tespitinde bakacağı birinci referans kaynağı taraf iradeleri, ikincisi ise Sözleşme hükmünün öngördüğü maddi hukuk düzenidir.

Heyet uyuşmazlığı taraflarca üzerinde anlaşılan hukuk kuralları çerçevesinde karara bağlar. Taraflar arasında buna ilişkin bir anlaşma yoksa, Heyet uyuşmazlığa taraf olan devletin hukukunu (bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere)⁸² ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygular (Sözleşme, md.42/1).

Görüldüğü gibi Sözleşme, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerine öncelik tanımıştır. İrade serbestisi deyimini, milletlerarası ticaret hukuku literatüründe, tarafların aralarındaki sözleşmeyi belirli bir hukuka tabi kılabilmek iktidarı anlamında kullanılır. Burada bahsedilen iç hukuktaki tarafların aralarındaki sözleşmenin muhtevası ve koşullarını serbestçe belirleyebilmelerini ifade eden akit serbestisi değil, yapılan sözleşmenin uygulanmasının tabi olacağı hukuku serbestçe belirleyebilme yetkisidir. Günümüzde tüm modern yerel ve milletlerarası düzenlemeler taraflara milletlerarası özel hukuk münasebetlerini tabi kılacakları hukuku serbestçe tayin edebilme

⁸² Kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapılması eleştiri konusu yapılmış ve maddenin taraf ülkenin hukukunun uygulanması yönündeki amacından uzaklaştırılması sonucunu doğurabileceği ileri sürülmüştür. bkz. Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.288.

yetkisini tanımıştır⁸³. Bunun sebebi, milletlerarası akitlerin mahiyeti ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının böyle bir serbestiyi gerekli kılmasıdır.

Madde metninde Heyetin tarafların üzerinde anlaşacağı hukuk kurallarını uygulayacağı belirtilmiştir. Düzenleme, tarafların seçeceği hukuk kurallarının mahiyeti hakkında bir fikir vermemektedir. Bu nedenle, “tarafların üzerinde anlaşacakları hukuk kuralları” deyiminin milli hukuk sistemleri kadar, milletlerarası hukuku veya genel hukuk ilkelerini, yahut milletlerarası ticaretin genel prensiplerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴.

Öte yandan, Sözleşmede taraflar arasında esasa uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma yapılmamış olması durumunda, uyumsuzluğun tarafını oluşturan devletin hukukunun esas alınması dikkat çekicidir. Sözleşmenin düzenlemeyi amaçladığı yatırım ihtilaflarına konu teşkil eden milletlerarası akitler genellikle taraf devletin bağımsızlığı, milli kalkınması, yer altı ve yer üstü servetleri ile yakından ilgilidir. Bu nedenle, Sözleşme ev sahibi devletin kamu menfaatleri ile yakından ilgili bu nevi ihtilafların çözümünde taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığında, ihtilaf konusu ilişkinin en çok ev sahibi devlet hukukunu

⁸³ Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.105.

⁸⁴ Broches, Applicable Law, s.388.

⁸⁵ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.386.

ilgilendirdiği varsayımından hareketle bu ülke hukukunu yetkili kılmıřtır⁸⁵.

Haklı olarak uyuşmazlığın ev sahibi ülkenin hukukuna tabi kılınmasının yatırımcının haklarının ciddi şekilde ihlaline yol açabileceği, ev sahibi ülkenin kendi menfaatleri doğrultusunda ya da kamu yararını gerekçe göstererek lehine kural ihdas edebileceği ileri sürülmüştür. Bu sakıncanın giderilmesine yönelik olarak, ev sahibi ülke hukukunun milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulanacağı Sözleşmede belirtilmiştir. Konu esasen ihtilafa taraf ülke hukukunun dava anındaki kurallarının mı, yoksa sözleşmenin imzalanması anındaki kurallarının mı uygulanacağı ile ilgilidir. Bu husus tartışmalı olmakla birlikte kabul edilen şudur ki, bağımsız bir devletin kamu menfaatlerini doğrudan ilgilendiren konularda hukuki tasarruflarda bulunma hak ve yetkisi, özel hukuk kişileri ile imzaladığı sözleşmelerden doğan mükellefiyetlerine dayanılarak kısıtlanamaz. “Sözleşmenin 42. maddesinin öngördüğü düzenleme hakkında ulaşılabilecek en sağlıklı yorumun, ihtilafa taraf devletin her zaman egemenlik yetkisini kullanarak –sözleşmelerin hukuki rejimini etkilese bile– hukuki tasarruflarda bulunabileceği, ancak dava anında ihtilafın esasına uygulanacak taraf devlet hukukundaki bu tasarrufların milletlerarası

⁸⁵ şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.286.

hukuka aykırı düştüğü ölçüde dikkate alınmaması olacağı”⁸⁶ belirtilmektedir.

Öte yandan, madde metninde geçen milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları deyiminin içeriğinin tespit edilmesinde BM Adalet Divanı'nın 38. maddesinde öngörülen kaynaklardan istifade edilebilir. Bunlar “iyiniyet”, “ahde vefa”, “kazanılmış hakların korunması”, “hakkın kötüye kullanılmaması”, “verilen zararın tazmini” gibi medeni hukuk sistemlerinin bütününde kabul edilmiş genel hukuk prensipleridir.

Hakem Heyeti, ihtilafa uygulanacak hukuk hakkında sessiz kalınmış olması yahut uygulanacak hukukun malum olmaması gerekçesiyle, hüküm verme imkanının bulunmadığı (non liquet) kararını veremez (Sözleşme, md.42/2)¹⁵.

Sözleşmede hakemlere hak ve nesafete göre karar verebilme yetkisi de tanınmıştır. Taraflar anlaşmışlara, 42. maddenin 1 ve 2. paragrafındaki esasa uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hükümler, Heyetin hak ve nesafete (ex aequo et bono) göre karar verme yetkisini engellemez (Sözleşme, md.42/3). Görüldüğü üzere, hakemlerin hakkaniyete göre karar verebilmeleri tarafların hakemleri ayrıca yetkilendirmelerine bağlı kılınmıştır.

- İtiraz Hakkı, Davayı Takip Etmeme

⁸⁶ Usul hukukumuzdaki davaya bakmaktan imtina yasağına benzetilebilir.

İdari ve Finansal Yönetmeliğin ya da Tahkim Kurallarının bir hükmünü ya da tarafların prosedüre uygulanmasını kararlaştırdığı diğer kuralları ya da Heyetin bir kararını bilen ya da bilmesi gereken bir taraf, buna uygun davranmaz ve sebebini de derhal bildirmezse yapılan işlemlere itiraz hakkından Sözleşmenin 45. maddesi çerçevesinde vazgeçmiş sayılır. Sözleşmenin 45. maddesinde, “bir tarafın davasını takip etmemesi ya da davasında hazır bulunmaması diğer tarafın iddialarını kabulü anlamına gelmez” hükmü yer almaktadır.

Bir taraf yargılamanın herhangi bir aşamasında davasını takip etmez ya da hazır bulunmaz ise, diğer taraf davanın düşmesinden (discontinuance of the proceeding)⁸⁸ önce Heyetten kendisine arz edilen hususları değerlendirmesini ve bir karar vermesini isteyebilir. Heyet, hazır bulunmayan tarafı böyle bir talepten derhal haberdar eder. Hazır bulunmayan tarafın davasını takip etmemeye niyetli olduğuna dair bir kanaate ulaşılmadıkça, söz konusu bilgilendirmeye birlikte aynı zamanda süre verir. Söz konusu taraf tayin edilen sürede bir dilekçe ya da diğer bir belge sunmazsa, kendisine yeni bir süre verilir. Ya da söz konusu taraf duruşmada hazır bulunmamışsa duruşma için yeni bir tarih belirlenir. Verilecek süre, diğer tarafın onayı olmaksızın 60 günü geçemez. Verilen süre sonunda ya da süre verilmediği durumda Heyet ihtilafı halle kaldığı yerden devam eder.

⁸⁸ “*discontinuance of proceeding*” deyimini, usul hukuku terminolojisinde “davanın düşmesi” anlamında kullanılmaktadır.

Heyet önüne gelen ihtilafın Merkezin yargılama yetkisi içinde ve kendisinin davaya bakmaya yetkili olup olmadığını inceler ve eğer bu hususta tatmin olursa, yapılan talebin maddi vakıalar ve hukuk açısından yerinde olup olmadığı hakkında karar verir. Bu maksatla, hazır olan taraftan görüşlerini açıklamasını, delil ibraz etmesini veya sözlü açıklamalarını sunmasını isteyebilir (Tahkim Kuralları, md.42).

- Taraflar Arasında Layiha Teatisi

Heyet, tarafların hazır bulunacağı bir duruşma düzenlemeden önce onların yazılı iddiaları ile cevaplarını inceler. Diğer deyişle Heyet ilk incelemesini belgeler üzerinden gerçekleştirir. Buna yazılı usul, yazılı usulden sonra düzenlenecek duruşma safhasına da sözlü usul denmektedir. Tarafların başka bir usul tayin etmeleri de mümkündür (Tahkim Kuralları, md.29). Yargılamayı başlatan tahkim talebi ile aynı zamanda yazılı usul de başlamış olur.

Heyet oluşturulur oluşturulmaz, Genel Sekreter taraflara yazılı usulü başlatan tahkim talebi ile talebi destekleyen belgeleri, kayıt belgesini ve taraflardan cevaben alınan bütün yazışmaların birer örneğini gönderir (Tahkim Kuralları, md.30).

Yazılı usul, tahkim talebine ilaveten, Heyetin verdiği süreler içinde ona sunulması gereken aşağıdaki dilekçelerden oluşur:

Talepte bulunan tarafça sunulan bir dilekçe (memorial),

Diğer tarafça sunulan cevap dilekçesi (counter-memorial),

Bunun dışında, taraflar anlaşır ya da Heyet lüzumlu görürse,
Diğer tarafın cevap dilekçesine talepte bulunan tarafça verilecek
cevap dilekçesi (reply),

Diğer tarafın bu cevaba vereceği cevap dilekçesi (rejoinder),

Eğer taraflarca ortaklaşa tahkim talebinde bulunulmuşsa, her bir taraf Heyet tarafından kendisine verilen süre içinde dilekçesini – tarafların anlaşması ya da Heyetin lüzumlu görmesi halinde bunlara cevaplarını– sunar. Maamafih, taraflar yazılı usulün yukarıdaki sıraya göre uygulanması amacıyla içlerinden birinin talep eden taraf olarak kabul edilmesini kararlaştırabilirler. Buradaki fark, normal olarak yazılı usulde diğer taraf talepte bulunan tarafın iddialarını bilerek ve buna göre cevap verirken, ortaklaşa talepte bulunulması halinde iki tarafın birbirinin iddiaları hakkında malumat sahibi olmadan dilekçelerini sunmalarından ibarettir. Her iki usulde de cevaba cevap verme aşaması⁸⁹ istisnai olup, tarafların anlaşması ya da Heyetin lüzumlu görmesi halinde uygulanır.

Bir dilekçe; önemli olaylara ilişkin bir beyanı, bir hukuki görüşü ve arz edilmek istenen hususları içerir. Cevap, cevaba cevap ya da cevaba cevap dilekçesine cevap ise; bir önceki dilekçede yer alan hususların reddine ya da kabulüne ilişkin beyanı, ek hususları, zorunlu ise bir önceki dilekçede yer alan hukuki beyanlara ilişkin düşünceleri,

⁸⁹ Bizim usul hukukumuzdaki replik-düplik safhasına tekabül etmektedir.

cevap olarak kendi hukuki görüşünü ve arz edilmek istenen sair hususları içerir.

-Tali İddialar

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir taraf ihtilafın konusu ile doğrudan ilgili fer'i ya da munzam bir iddiada veya karşı iddiada bulunabilir. Şu kadar ki, böyle bir tali iddia tarafların tahkim prosedürüne verdikleri onayın kapsamı ve bunun yanında Merkezin yargılama yetkisinin içinde olmalıdır.

Bir fer'i ya da munzam iddia cevap dilekçesinden sonra (not later than in the reply), karşı iddia ise karşı davaya cevap dilekçesinden sonra ileri sürülemez. Şu kadar ki Heyet, tali iddiada bulunan tarafın haklı olup olmadığını ve karşı tarafın buna ilişkin itirazlarını değerlendirdikten sonra prosedürün daha sonraki bir safhasında da bu yönde bir iddianın ileri sürülmesine izin verebilir.

Heyet, kendisine karşı tali iddiada bulunulan tarafa konuyla ilgili görüşlerini sunmak üzere bir süre verir.

Bu konu, usul hukukumuzdaki davanın genişletilmesi meselesi ile alaka halindedir. HUMK md. 185'e göre, davanın açılmasının sonuçlarından biri de davacının davasını genişletmesinin ve değiştirmesinin yasak olmasıdır. Buna doktrin ve uygulamada "iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı" denilmektedir. Bununla birlikte, davayı değiştirme sayılmayan haller vardır. Bunlardan biri de, ayrı bir

dava sebebi oluşturacak nitelikte bulunmayan (asıl vakiya zımnen dahil olan) vakıaların ileri sürülmesidir. Kanımızca, Tahkim Kurallarınının 40. maddesinde ileri sürülebileceği öngörülen fer'i ya da munzam iddialar, yukarıda anlattığımız üzere ayrı bir dava sebebi oluşturmadığından davayı değiştirme yasağı sayılmayan haller kapsamında ileri sürülebilen iddiaları oluşturmaktadır.⁹⁰

- Sözlü Usul (Duruşma)

Sözlü prosedür, Heyet ile taraflar, tarafların temsilcileri, danışmanları, avukatları ve tanıklar ile bilirkişilerin bir araya gelerek, iddia ve savunmaların sözlü olarak tartışıldığı safhadır (Tahkim Kuralları, md.32). Bu safha, bizim adli yargı sistemimizde duruşma olarak adlandırdığımız safhaya tekabül eder.

Heyet, tarafların da onayını alarak, yukarıda sayılanların haricinde hangi kişilerin duruşmada hazır bulunup bulunamayacağına karar verir. Heyet yetkilileri (officers of the Tribunal) olarak adlandırılan kişiler duruşmalarda hazır bulunabilir. "Heyet yetkilileri" deyimini ile kastedilenin, duruşmalar sırasında bir takım bürokratik işleri yürütmek üzere Heyetçe görevlendirilen kimseler (örneğin zabıtları tutmakla görevlendirilen kişi vs. gibi..) olduğu düşünülmektedir. Bu hususun ayrıca belirtilmesindeki amaç, bu kişilerin duruşmada hazır bulunması için tarafların ayrıca onayının alınmasına gerek bulunmadığının vurgulanmak istenmesidir.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1160 vd.

Heyet üyeleri duruşma sırasında taraflara, onların temsilcilerine, danışman ve avukatlarına soru yöneltebilir ve açıklama isteyebilirler.

- Tanık ve Bilirkişilerin Açıklamaları

Taraflar, tanık ve bilirkişilerden Heyet huzurunda başkanın kontrolü altında açıklamalarda bulunmalarını isteyebilirler. Heyetin her üyesi de onlara soru yöneltebilir.

Her tanık, ifadesini vermeden önce “Şeref ve vicdanım üzerine doğruyu, sadece doğruyu söyleyeceğimi ve doğrudan başka hiçbir şeyi söylemeyeceğimi beyan ederim.” şeklinde bir beyan sunmalıdır. Bilirkişi de görüşünü belirtmeden önce “Şeref ve vicdanım üzerine yapacağım açıklamanın samimi inanışına uygun olacağını beyan ederim.” şeklinde bir beyanda bulunacaktır (Tahkim Kuralları, md.35).

Heyet bunun yanında tanık ya da bilirkişi tarafından verilen yazılı delili de kabul edebilir ve tarafların onayıyla bir tanık ya da bilirkişinin açıklamasının kendi önünde alınmasının dışında bir şekilde alınmasını düzenleyebilir (Tahkim Kuralları, md.36). Bu durumda Heyet, açıklamanın konusunu, süreyi, takip edilecek usulü ve diğer hususları tespit eder. Taraflar bu açıklamaya iştirak edebilirler.

- Keşif

Heyet ihtilafla ilgili bir yeri görmeyi ve orada keşif yapmayı gerekli görürse, bu hususta bir karar alır. Bu kararda ziyaretin kapsamı ya da keşfin konusu, süresi, takip edilecek usul ve diğer hususlar

belirlenir. Taraflar bu şekildeki bir ziyarete veya keşfe iştirak edebilirler (Tahkim Kuralları, md.37).

- İhtiyati tedbir

Yargılamanın herhangi bir safhasında taraflardan biri, Heyetten haklarının korunması için ihtiyati tedbir kararı vermesini talep edebilir. Korunacak haklar, alınması istenen tedbirler ve bu tedbirlerin alınmasını gerekli kılan haller talepte açık şekilde belirtilmelidir. Heyet böyle bir talebi öncelikle ele alır. Heyet re'sen de ihtiyati tedbire karar verebileceği gibi, talepte belirtilenin dışında bir tedbirin alınmasını da önerebilir. Heyet her zaman kararını değiştirebilir ya da kaldırabilir.

Heyet ancak taraflara görüşlerini sunma fırsatı verdikten sonra, ihtiyati tedbir kararı verebilir, bu kararını değiştirebilir ya da geri alabilir. Bu düzenleme, aralarındaki anlaşmada üzerinde mutabık kalınmış olması şartıyla, tarafların yargılamanın başlamasından önce veya yargılama sırasında kendi hak ve çıkarlarının korunması için herhangi adli merciden ya da diğer bir makamdan ihtiyati tedbir alınmasını isteme hakkını engellemez. Özetle, bir taraf hak ve alacaklarının korunması gayesiyle ihtiyati tedbir alınmasını, üzerine tedbir konulması istenen hak veya mal üzerinde karar vermeye yetkili adli merciden veya ilgili mevzuata göre yetkili kılınan makamdan talep edebilecektir. Şu kadar ki, Heyet tarafından verilecek böyle bir öneri kararı olmadan da ihtiyati

tedbir kararı vermeye yetkili makama doğrudan başvuruda bulunmaya bir engel yoktur.

dd-) Tarafların Anlaşması (Sulh) ve Davanın Düşmesi

- Genel olarak

Karar verilmeden önce, taraflar ihtilaf üzerinde anlaşır ya da başka şekilde davanın düşmesini kararlaştırırlar ise, Heyet –Heyet henüz oluşturulmamışsa Genel Sekreter- onların yazılı talebi üzerine usulüne göre davanın düştüğünü not eder ve kayda geçirir.

Taraflar eğer Genel Sekretere tam ve imzalı çözüm metnini sunarlar ve Heyetten bu çözümü bir karar halinde somutlaştırmasını yazılı olarak talep ederlerse, Heyet bu çözümü kendi kararı şeklinde kayda geçirebilir.

- Talep üzerine davanın düşmesi

Bir taraf davanın düşmesini talep ederse, Heyet –Heyet henüz oluşturulmamışsa Genel Sekreter- usulüne göre diğer tarafa buna karşı olup olmadığını bildirmesi için bir süre tayin eder. Bu süre içinde yazılı bir itirazda bulunulmazsa, diğer tarafın bu talebi onayladığı varsayılır ve Heyet –ya da Genel Sekreter- davanın düştüğünü usulü dairesinde kayda geçirir. İtiraz edilecek olursa yargılama devam eder.

Görüldüğü üzere itiraz olması halinde, talebin kabul edilip edilmeyeceği ya da itirazın haklı olup olmadığı değerlendirme konusu

yapılmamakta ve yargılamaya devam edilmektedir. Böyle bir düzenleme şekli, ihtilafın mümkün merteye bir tarafın arzusuna tabi olmaksızın esastan nihai olarak çözümlenmesinin istendiğini göstermektedir.

-Tarafların Hiçbir İşlem Yapmamaları Nedeniyle Davanın Düşmesi

Taraflar, fasılasız 6 ay boyunca veya aralarında anlaşacakları ve Heyetin -Heyet oluşturulmamışsa Genel Sekreterin- kabul edeceği başka bir süre içerisinde hiçbir yargılama işlemi yapmazlarsa, davaya devam etmeyecekleri varsayılır ve Heyet -ya da Genel Sekreter- tarafları bilgilendirdikten sonra davanın düştüğünü usulüne uygun olarak kayda geçirir (ayrıca bkz. Sözleşme, md. 45).

e-) Prosedürün Kapanması

Taraflarca davaya ilişkin bütün iddia ve savunmalar ile bunlara ilişkin delillerin sunulması tamamlandığında, prosedürün kapandığı deklare edilir. İstisnaen Heyet, karar verilmeden önce, kararın muhtevasını tayin edecek nitelikte yeni bir delilin ortaya çıktığı ya da bazı spesifik noktaların açıklığa kavuşturulmasına mutlaka ihtiyaç duyulduğu gerekçeleriyle prosedürü yeniden açabilir (Tahkim Kuralları, md.38).

Yargılama masrafları hakkındaki nihai karar üzerinde herhangi bir tesiri olmaksızın, Heyet taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yargılamanın herhangi bir safhasında her tarafın AFR'nin 14. maddesine göre ödemesi gereken, Hakem Heyetinin ücretleri ile harcamaları ve Merkezin olanaklarının kullanılmasından doğan masraflardan ona düşen payı kararlaştırabilir. Ayrıca Heyet, yargılamanın herhangi bir kısmı ile ilgili olarak, o kısma ilişkin Genel Sekreterce belirlenen masrafların tamamen mi, yoksa belli bir nisbet dahilinde mi taraflardan birine ait olacağını kararlaştırır.

Yargılama kapandıktan sonra her taraf Heyete derhal prosedür sırasında makul olarak yaptığı veya katlandığı masraflar hakkında beyanda bulunur ve Genel Sekreter Heyete her tarafın Merkeze ödediği bütün meblağlarla Merkezin yargılama nedeniyle yaptığı bütün masrafların hesabını sunar. Bu hesap, kanımızca Heyetin masraflar hakkında vereceği nihai kararın da esasını teşkil eder. Heyet, kararını vermeden önce, taraflardan ve Genel Sekreterden prosedür masraflarına ilişkin ek bilgi isteyebilir (Tahkim Kuralları, md.28).

f-) Karar

İhtilafın esastan çözümlenmesi, karar ile olur. Hakem kararı tahkim prosedürünün tabir yerindeyse semeresidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı halleden kararın şekli unsurları ve karara karşı

başvurabilecekleri müracaat yolları ayrıntılı şekilde Sözleşmenin 48 vd. maddeleri ile Tahkim Kurallarınının 46 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Heyet ihtilafı meseleleri üye çoğunluğu ile karar vererek çözüme bağlar. Aynı kaide, ara kararlar da dahil olmak üzere, Heyetin verdiği bütün kararlar için geçerlidir⁹¹.

Bu safhada hakemlerin ulaştıkları sonucu bir karar halinde yazılı metne dökmeleri söz konusudur. Bu ise kararın yazılması aşamasına tekabül eder. Bütün bireysel ya da muhalif görüşleri içerecek şekilde kaleme alınan karar prosedürün kapanmasından⁹² itibaren 60 gün içinde imzalanır. Heyet bu sürede kararı yazamazsa, süreyi 30 gün daha uzatabilir.

Yazılı olarak verilmesi gereken karar aşağıdaki hususları içerir:

- Tarafların tam olarak tanımlanması,
- Heyetin Sözleşmeye göre kurulduğuna ilişkin bir beyanla oluşturulması yönteminin tarifi,
- Heyet üyelerinin her birinin adı ve her birini atayan merci,
- Tarafların temsilcileri, danışmanları ve avukatlarının isimleri,
- Heyet oturumlarının tarihleri ve yeri,
- Yargılamanın özeti,
- Heyetçe bulunan olgulara ilişkin bir beyan,
- Taraflarca arz edilen hususlar,

⁹¹ bkz. yukarıda “Heyet Oturumları” bahsinde, s.48.

⁹² bkz. yukarıda s.64.

- Kendisine arz edilen her sorun hakkında Heyetin verdiği karar - kararın dayandığı gerekçeler ile birlikte- ,

- Heyetin yargılama masrafları ile ilgili verdiği bütün karar.

Kararı oylayan bütün üyeler, onu imzalar ve her imzanın tarihi gösterilir. Her üye çoğunluktan ayrılınsın veya ayrılmasın kendi bireysel görüşünü veya muhalefet şerhini karara ekleyebilir.⁹³

Son hakem tarafından da imzalanması üzerine, Genel Sekreter kararın orijinal metninin, bireysel görüş ve muhalefet şerhleri ile birlikte, aslına uygunluğunu tevsik eder ve onu Merkez'in arşivine kaldırır.

Genel Sekreter, kararın onaylı bir suretini, orjinal metni ve bütün kopyaları üzerine gönderme tarihini işaretleyerek, her iki tarafa gönderir.

Karar, onaylı suretlerinin gönderildiği tarihte verilmiş sayılır.

Genel Sekreter talep halinde taraflara verilmek üzere kararın onaylı suretlerini hazır edebilir.

Tarafların onayı olmaksızın Merkez kararı yayınlamayamaz. Bununla birlikte Merkez yapacağı yayınlarda Heyet tarafından uygulanan hukuk kurallarından alıntılar yapabilir. Sözleşme kararın yayınlanmasının kısıtlanması konusunda taraflara bir telkinde bulunmamaktadır. Nitekim bir dizi karar tarafların rızasıyla yayınlanmıştır⁹⁴.

⁹³ Muhalefet şerhinin karara yazılmasının, müzakerelerin gizliliği ilkesini ihlal ettiği, taraf hakemlerini kendilerini seçen tarafa karşı bağımlı hale getirdiği, çoğunluk kararını zayıflattığı ve davayı kaybeden tarafın karar aleyhine yargı yoluna başvurmasına sebep olarak tahkim sistemini bütünüyle tehdit ettiği yönlerinden eleştirildiği belirtilmektedir. bkz. Karayalçın, s.39.

⁹⁴ Broches, Arbitration, s.14.

ICSID tahkiminde kararların, istisnasız şekilde gerekçeli olarak verilmesi zorunludur⁹⁵. Gerekçenin olmaması bir iptal sebebidir (Sözleşme, md.52/1-e).

aa-) Karardaki Esasa Müteallik Olmayan Düzeltmeler (Rectification)

Kararın verildiği tarihten sonra 45 gün içinde, her taraf Sözleşmenin 49/2 maddesine uygun olarak, ek bir karar verilmesini ya da kararın düzeltilmesini isteyebilir. Sözleşmenin 49/2 maddesinde, Heyetin başvuru üzerine kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebileceği ve karardaki yazım, aritmetik ve benzeri hataları düzeltebileceği belirtilmiştir. Böyle bir başvuru Genel Sekretere hitaben yazılı olarak yapılır. Talepte, ilgili olduğu karar bildirilmeli, tarihi gösterilmeli, Heyetin talepte bulunan tarafa göre kararında atladığı sorun veya tashih edilmesi istenen hata detaylı bir şekilde anlatılmalıdır. Talebin değerlendirmeye alınması için gerekli ücret yatırılmış olmalıdır.

Talebin alınması ve ücretin yatırılması üzerine Genel Sekreter derhal talebi kayda geçirir, bu durumu taraflara bildirir, diğer tarafa ve Heyetin tüm üyelerine talebin bir örneğini ve ekli belgeleri gönderir.

Heyet başkanı talebin incelenmesi için Heyetin toplanmasının gerekip gerekmediğini diğer üyelerle istişare eder. Heyet, talep hakkındaki düşüncelerini bildirmeleri ile taraflara bir süre verir ve değerlendirme yapmada takip edeceği usulü belirler. Kararın verilmesinden itibaren 45 gün geçtikten sonra Genel Sekretere böyle bir

⁹⁵ Karayalçın, s.38.

talepte bulunulursa, Genel Sekreter bu talebi reddeder ve talepte bulunan tarafa bunu derhal bildirir. Kararın taraflara gönderildiği tarih kararın verildiği tarih olarak kabul edildiği için, 45 günlük sürenin başlamasında da bu tarih esas alınır.

Yukarıda bahsi geçen başvuru, daha çok kararda düzeltme yoluyla giderilebilecek hatalarla esasa müessir olmayıp atlanılan hususlara ilişkindir. Yoksa, kararın esasına ilişkin olarak hakem heyetince tekrar incelenmesi istenen konular bu başvuruya değil, aşağıda bahsedeceğimiz “kararın temyizi–revizyonu (revision of the award)” başvurusuna konu teşkil eder ki, bu koşulları farklı olan bir yoldur.

Değiniilmesi gereken bir başka husus, ICSID tahkiminde MTO tahkiminde olduğu gibi, hakem kararlarının Merkezin bir organı tarafından şekli bakımdan incelenmesinin söz konusu olmadığıdır. Şöyle ki, MTO tahkiminde verilen hakem kararı Tahkim Divanı'nın incelemesine sunulur. Tahkim Divanı şekle ilişkin değişiklikler tavsiye edebilir ve hakem heyetinin karar özgürlüğünü etkilemeyecek şekilde uyuşmazlığına esasına ilişkin noktalara dikkat çekebilir. Şu kadar ki, şekil bakımından Tahkim Divanı tarafından onaylanmadan karar hakemlerce imza olunamaz (MTOTH, md.27). Söz konusu düzenleme, Divanın hakem heyetinin yerine geçerek karar almasına yol açacak ölçüde tehlike arzettiği gerekçesiyle MTO tahkiminin eleştirilmesine ve

sadece bu yüzden MTO tahkiminden vazgeçilmesine ya da kuşku ile yaklaşılmasına neden olmuştur. Doktrinde bu madde nedeniyle hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin zedelendiğini düşünen yazarlar bulunmakla birlikte⁹⁶, aynı görüşte olmayan yazarlar da vardır⁹⁷.

bb-) Karara Karşı Müracaat Yolları

- Kararın Yorumu, Temyizi (Revision) ve İptali

Bilindiği gibi, gerek Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Anlaşmasına, gerekse tahkim kaydını içeren ikili ve çok taraflı anlaşmalara göre, hakem kararlarına karşı itirazlar, belirtilen anlaşmalarda açıklanan sebeplere binaen tenfiz talebinin dermeyan edildiği mahalli mahkemelerde ileri sürülebilir. Bu durum hakem kararlarının, genellikle ya verildikleri yerin mahalli yargı organları tarafından ya da haklı bulunan tarafın kararın tanınması ve tenfizini istediği yer yargı organlarınca denetlenmesi anlamına gelmektedir. Buna karşılık, ileride de değineceğimiz gibi ICSID Tahkiminin kendiliğinden uygulanabilir olması ve Sözleşmeyi imzalayan bütün devletlerin ICSID hakem kararlarını kendi mahkemelerinin nihai kararı gibi kesin ve bağlayıcı olarak kabul edeceklerini ve uygulayacaklarını üstlenmiş olmalarından dolayı, ICSID hakem kararlarının tanıma ve tenfiz ülkesinde denetimi söz konusu değildir. Bu bakımdan ICSID'da kararın denetimi

⁹⁶ Üstündağ, II. Tahkim Haftası, (Tartışmalar), s. 258; Kuru, HUMK, C.VI, s. 6203 vd.

⁹⁷ Birsnel, MTO Hükümleri, s.143; Kalpsüz, II. Tahkim Haftası, (Tartışmalar), s.237; Koral, II. Tahkim Haftası, (Tartışmalar), s.270; Berber, s.134.

olarak adlandırabileceğimiz safhalar prosedür dahilinde (internal procedure, within the framework of the Convention)⁹⁸ düzenlenmiş olup, kararın icrasının istendiği yer yargı organlarına bırakılmamıştır⁹⁹.

Kararın denetimi babında tarafların başvurabilecekleri bu yollara uygulamada “post-award remedies” denilmektedir¹⁰⁰. Bu deyimimiz bizim hukuk dilimize ne şekilde çevrileceği konusunda doktrinde ileri sürülen bir görüş ve Türk uygulamasında yerleşik bir deyim bulunmamakla birlikte, Sözleşmede kararın yorumlanması, düzeltilmesi ve iptali olmak üzere üç çeşit post-award remedy düzenlendiği görülmektedir.

Yorum yoluna, kararın anlamı ve kapsamı hakkında taraflar arasında anlaşmazlık olması halinde gidilir. Genel Sekretere yapılacak yazılı bir başvuru ile kararın yorumu istenebilir (Sözleşme, md.50/1; Tahkim Kuralları, md.50/1). Başvuruda, ilgili olduğu karar ve başvuru tarihi gösterilmelidir. Bunun dışında, yorum için yapılan başvuruda üzerinde anlaşmazlık olan noktalar ayrıntılı olarak belirtilmelidir.

Kararın temyizi yoluna, kararın sonucuna kesin surette etki edecek nitelikte bazı olguların ortaya çıkması halinde başvurulur ve ihtilafın bu olgular çerçevesinde yeniden incelenmesi istenir. Temyiz başvurusunda, Sözleşmenin 51. maddesine uygun olarak kararda yapılması istenen değişiklikler, kararın sonucuna etki edecek nitelikteki

⁹⁸ Beygo, s.5; Broches, Arbitration, s. 14.

⁹⁹ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 391.

¹⁰⁰ Broches, Arbitration, s. 14.

hususlar ile bu hususların kararın verildiği tarihte Heyet ve başvuru sahibi tarafından bilinmeyen ve başvuru sahibinin bu bilgisizliğinin kendi ihmalden kaynaklanmadığını gösteren deliller detaylı bir şekilde açıklanmalıdır (Tahkim Kuralları, md.50/1-c-ii). Buna dayanarak, temyiz başvurusunu değerlendiren Heyet, asıl kararda ulaşılan sonuçtan farklı bir sonuca ulaşabilir.

Sözleşme ve Tahkim Kuralları'nda gerek yorum, gerekse temyiz başvurusunun incelenmesi sonucunda nasıl bir karar verileceği ve bu kararın asıl karar ile nasıl ilişkilendirileceği hususları düzenlenmemiştir. Asıl kararda üzerinde anlaşmazlık olan noktaların yorumlanmasına ilişkin karar bir tartışma doğurmayabilir, ancak kararın esasına müteallik yeni olgu ve delillerin ortaya çıkması nedeniyle başvurulanan temyiz yolunda, başvurunun incelenmesi sonucunda verilecek kararın asıl kararı temelden değiştirebileceğinde kuşku yoktur. Bu nedenle asıl karar ile başvuru sonucunda verilen karar arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulmamış olması bir eksikliktir. Kanımızca, temyiz incelemesinin sonucunda verilen ve asıl kararı temelden değiştiren bir karar, asıl kararın yerine geçmekte ve nihai karar niteliğini kazanmaktadır.

Tahkim Kurallarında belirtilen sınırlı sebeplerden hakem kararının iptal edilmesi taraflarca istenebilir. İptal için yapılan başvuruda, dayanılan sebepler detaylı şekilde ifade edilmelidir. Bu sınırlı sebepler ihtilafın esasına ilişkin bir incelemeye izin vermeyen, fakat tarafların

usuli haksızlıklara karşı korunmasını ve tahkimde dürüstlüğünün bozulmamasının teminine yönelik sebeplerdir¹⁰¹. Sözleşmenin öngördüğü sınırlı sebepler şunlardır:

- Heyetin usulüne uygun olarak oluşturulmadığı (Hakem Heyetinin oluşturulma usulü hakkında bkz. Tahkim Kuralları, Bölüm I, yukarıda s. 37 vd.),

- Heyetin açık bir şekilde yetkisini aştığı,

- Heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı,

- Yargılamanın temel kurallarının birinden esaslı şekilde sapma olduğu,

- Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği,

(Sözleşme, md. 52/1; Tahkim Kuralları, md.50/1/c-iii).

Bu sebeplerden şimdiye kadar iptal başvurularına konu teşkil etmiş olanlarına değinmekte yarar vardır. Heyetin usulüne uygun şekilde oluşturulmadığı ve Heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı sebeplerine dayanan herhangi bir iptal başvurusunda bulunulmamıştır. Buna karşılık, özellikle Heyetin yetkisini açık bir şekilde aştığı sıklıkla ileri sürülen bir iptal sebebi olmuştur. “Yetkinin açık bir şekilde aşılması” deyiminin tam bir tanımı vermek yahut kapsamını tayin etmek zordur¹⁰². Örnek davalarda verilen kararlar fikir verme anlamında bize yardımcı olabilir.

¹⁰¹ Broches, Arbitration, s.14.

¹⁰² Beygo, s.6.

Örneğin Klockner&Camerroon davasında Komite, Heyetin tarafların tahkim sözleşmesinde kararlaştırdıkları kuralları uygulamamasının ya da başka kuralları uygulamasının yetki aşımı olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. Diğer deyimle uygulanacak hukukun açıkça göz ardı edilmesi açık bir yetki aşımı oluşturur¹⁰³. Kalpsüz, hakem kararlarına karşı müracaat yollarını İsviçre, Almanya ve Fransa Hukukları ile karşılaştırmalı olarak incelediği ve Türk Hukukunda hakem kararlarının temyizi sebeplerini açıkladığı eserinde, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermelerinin, uyuşmazlığın çözümüne uygulanması kararlaştırılan maddi hukuk hakkındaki anlaşmaya hakemler tarafından riayet edilmemesi ile bir ilgisinin olmadığını, maddi hukuk hakkındaki anlaşmaya riayetsizlik halinde hakemlerin yetkisi dahilindeki meselenin tahkim anlaşmasına aykırı olarak çözümlenmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir¹⁶. Son derece haklı gerekçelere dayalı olarak ileri sürülen bu hususun, temyiz sebepleri (ICSID Tahkiminde iptal sebepleri arasında sayılmıştır) arasında en fazla hatalı anlaşılan ve geniş yorumlama uğruna istismar edilen bir sebep olduğu da aynı eserde vurgulanmıştır. Bu bağlamda, Klockner&Camerroon davasında hakem kararının iptali için yapılan başvuruyu inceleyen Komite'nin, hakemlerin tahkim sözleşmesinde

¹⁰³ Broches, Arbitration, s.15.

^{103/a} Kalpsüz, Hakem Kararlarının Temyiz Sebepleri, s. 37.

kararlaştırılan kuralları uygulamamasının ya da başka kuralları uygulamasının yetki aşımı olarak değerlendirileceğine şeklindeki yorumunun yanlış olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı davada Komite, tarafların anlaştıkları kuralların yanlış yorumlanmasının hiç bir şekilde yetki aşımı olarak değerlendirilemeyeceğine de karar vermiştir.

Her ne kadar, hakemlerin rüşvet aldığı iddiasıyla herhangi bir iptal başvurusunda bulunulmamış ise de, Heyetin bir kısmının rüşvet almış olması kararın bütünüyle iptal edilmesini gerektirir.

Önemsiz bir usule aykırılık iptal için yeterli bir sebep teşkil etmez. Aykırılık ciddi olmalı ve yargılamanın temel kurallarından birini ihlal etmelidir. Örneğin yargılamada taraflara eşit muamele edilmesi temel bir usul kuralıdır ve buna aykırılık, Sözleşme md.52/1-d anlamında yeterli bir iptal sebebi teşkil eder. Yine hakemlerin tarafsızlığı ilkesine aykırı bir davranış, bu anlamda yeterli bir iptal sebebi oluşturur. Klockner davasında bu gerekçeye dayanılarak kararın iptali talep edilmiş olmasına rağmen, Komite şikayetleri usulün temel kurallarından sapma bağlamında görmeyerek iptal için yeterli bulmamıştır.

Kararın dayandığı gerekçeler ile kararda ulaşılan sonuçlar arasında makul bir irtibat bulunmalıdır. Dayanılan gerekçeler ulaşılan sonucu haklı kılmıyor ve aralarında kabule şayan bir ilişki bulunmuyor ise, bu durum kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmemesi anlamında bir iptal sebebi oluşturur.

Yoruma, temyize ya da iptale ilişkin başvuruyu alan Genel Sekreter, bu başvurunun reddini gerektiren koşulların bulunmaması ve gereken ücretin de yatırılmış olması halinde derhal başvuruyu kayda geçirir ve bu hususta tarafları bilgilendirir. Ayrıca başvurunun ve ekli belgelerin birer suretini diğer tarafa gönderir.

Genel Sekreter aşağıdaki hallerde başvuruyu kayda geçirmeyi reddeder:

- Temyiz talebinin, ortaya çıkan yeni olgunun öğrenilmesinden itibaren 90 gün ve her halükarda kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde yapılmaması,

- Sözleşmenin 52/1 maddesine uygun olarak yukarıda belirtilen sebeplere dayanacak iptal talebinin; Heyetin usulüne uygun olarak oluşturulmadığı, Heyetin açık bir şekilde yetkisini aştığı, yargılamanın temel kurallarından birinden ciddi bir sapma olduğu, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği sebeplerine dayandığı hallerde, kararın verildiği tarihten itibaren 120 gün içinde yapılmaması; Heyet üyelerinden biri tarafından rüşvet alındığı sebebine dayanması halinde, bunun öğrenilmesinden itibaren 120 gün ve her halükarda kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde yapılmaması.

Genel Sekreter, talebin kayda geçirilmesinin reddedildiğini derhal talepte bulunan tarafa bildirir. Genel Sekreterin başvurunun reddi kararına karşı gidilebilecek bir yol öngörülmemiştir. Genel Sekreterin

başvuruyu reddedebilme yetkisini ancak açık bir şekilde Sözleşmede ve Tahkim Kurallarında öngörülen şekli şartlara aykırılık bulunması hallerinde kullanabildiği göz önüne alındığında, Genel Sekreterin söz konusu kararına karşı bir başvuru yolunun öngörülmemiş olmasını bu husustaki kararının kesin olduğu şeklinde yorumlamak gerektiği düşünülmektedir. Nitekim maddede, sürelerle ve sınırlı gerekçelere dair 50/3 maddesi saklı kalmak kaydıyla Genel Sekreterin derhal başvuruyu kaydedeceği öngörülmüştür¹⁰⁴.

-

Başvurunun

incelenmesi

Burada dikkat çekici bir

düzenleme vardır. Yorum ve temyiz başvurusunun incelenmesine katılıp katılmama, kararı veren Heyet üyelerinin ihtiyarına bırakılmıştır. İptal başvurusunda ise Heyetin dışında bir Komite başvuruyu incelemektedir.

Buna göre, bir kararın yorumlanması ya da temyizine ilişkin başvuruyu kayda geçirmesi üzerine, Genel Sekreter derhal Heyetin her üyesine kayıt belgesinin, talebin ve talep eklerinin bir örneğini gönderir. Daha sonra her üyeden, belli bir süre içinde kendisine, başvurunun değerlendirmesine katılmaya istekli olup olmadığı hakkında bilgi vermesini ister. Eğer bütün üyeler başvurunun incelenmesine katılmaya istekli olduklarını ifade ederse, Genel Sekreter bundan Heyet üyelerini ve

¹⁰⁴ aynı görüş için bkz. Beygo, s.5.

tarafları bilgilendirir. Bu bilgilendirmenin gönderilmesi üzerine Heyetin yeniden oluşturulduğu varsayılır.

Heyet bu şekilde yeniden oluşturulamazsa, Genel Sekreter tarafları bilgilendirir ve onları yeni bir Heyet -ki bu Heyet önceki gibi aynı sayıda ve aynı metodla seçilen hakemlerden oluşacaktır- oluşturmaya davet eder (Tahkim Kuralları, md.51). Maddede bütün üyelerin incelemeye katılmaya gönüllü olduklarını bildirmelerinin gerektiği, bu takdirde Heyetin yeniden oluşturulmuş olacağının var sayılacağı, aksi takdirde taraflardan yeni bir Heyet oluşturmalarının isteneceği belirtildiğinden, üyelere bir kısmının incelemeye katılmak istemediklerini bildirmesinin yeterli olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bir kararın iptali başvurusunu kayda geçirmesi üzerine, Genel Sekreter derhal İdari Konsey Başkanından Sözleşmenin 52/3 maddesine göre bir ad hoc Komite atmasını ister. Anılan maddeye göre, Başkan Hakem Panelinden 3 kişiyi ad hoc Komiteye atar. Bu Komite üyelerinden hiçbirisi kararı veren Heyetin üyesi, Heyetin üyelerinden hiçbirisi ile aynı ülke vatandaşı, anlaşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı ya da vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı veya bu ülkeler tarafından hakem paneline atanmış hakem ve aynı anlaşmazlıkta arabulucu olarak görev almış birisi olamaz.

Komite, atanan bütün üyelerin atanmalarını kabul ettiğinin taraflara bildirildiği tarihte oluşturulmuş sayılır. Komitenin ilk oturumunda veya daha önce her üye, kararı veren Hakem Heyetindeki hakemlerin imzaladıklarıyla aynı içerikte bir beyannameyi imzalarlar.

Komite daha önce belirtilen sınırlı iptal sebepleri çerçevesinde kararı kısmen veya tamamen iptal etmeye yetkilidir (Sözleşme, md. 52/3). Burada asıl mesele, Komitenin kararın iptali için tarafların iddialarının haricinde teknik bir sebep bulması halinde, iptal kararı vermesinin gerekip gerekmediğidir. MINE&Guinea davasında¹⁰⁵ Komite bu soruya açıkça olumsuz yanıt vermiştir¹⁰⁶.

Görüldüğü gibi, yorum ve temyiz talebi, kararı veren Heyet ya da oluşturulacak yeni bir Heyet tarafından değerlendirilirken, iptal talebini Başkanca oluşturulan bir ad hoc Komite değerlendirmektedir. Özellikle iptal talebinde, oluşturulacak Komitenin üyelerinin tarafsız olmasına, hiçbir şekilde kararı veren Heyet üyeleri ve uyuşmazlığın tarafları ile bağlantılarının olmamasına dikkat edilmiştir.

Karara karşı ister yorum yahut temyiz, ister iptal yoluna başvurulsun başvuruyu inceleyen Heyet ya da Komite, işin gereği icabı Tahkim Kurallarında öngörülen diğer hükümleri uygular (Tahkim Kuralları, md.53).

¹⁰⁵ bkz. 5 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 95 (1990).

¹⁰⁶ Broches, Arbitration, s.15.

Komite, hakem kararını kısmen ya da tamamen iptal ederse, her iki taraf da ihtilafın yeni bir Heyete arzını talep edebilir. Yazılı olarak Genel Sekretere yapılması gereken böyle bir talep,

- ilgili olduğu kararı bildirmeli,
- talebin tarihini göstermeli,
- ihtilafın Heyete arz edilen yönlerini ayrıntılarıyla açıklamalı,

ve talebin yapılabilmesi için ödenmesi gerekli ücret talebe ekli olmalıdır.

Kararın iptali halinde, oluşturulacak yeni Heyete ihtilafın arzıyla ilgili olarak “kesin hüküm (res judicata)” sorunu doğmaktadır. Özellikle kararın kısmen iptali halinde, kararın kesinleşen noktalarının tayini sorununun çözülmesi gerekmektedir. İhtilafın kendisine arzedildiği yeni Heyet, kararın ancak kesinleşmeyen bölümleri hakkında yargılama yapar. Kararın kesinleşmeyen kısımlarının, Komite tarafından açıkça iptal edilen ya da Komite tarafından açıkça onaylanmayan kısımlardan ibaret olduğu savunulmaktadır.¹⁰⁷

Talebin ve gerekli ücretin alınması üzerine, Genel Sekreter talebi derhal Tahkim Sicili’ne (Arbitration Register) kaydeder ve tarafları bu kayıttan haberdar eder, diğer tarafa talebin ve ekli belgelerin bir örneğini gönderir ve tarafları yeni Heyetin oluşturulması için gereken işlemleri yapmaya davet eder. Yeni Heyet eskisi gibi aynı sayıda ve aynı metodla seçilen hakemlerden oluşur.

¹⁰⁷ Beygo, s. 9.

Orjinal karar kısmen iptal edilirse, yeni Heyet kararın iptal edilemeyen kısımlarını değerlendirmeye almaz. Bununla birlikte, 54. maddenin öngördüğü usul dairesinde kararın iptal edilmeyen kısmının yürürlüğünü kendi kararını verene kadar durdurabilir, yürütmesi durdurulmuşsa bunun devamına karar verebilir (Tahkim Kuralları, md. 55/3).

Tahkim Kuralları ihtilafın yeniden arz edilmesi üzerine yapılacak yargılamaya, ihtilaf sanki Başlama Kurallarına göre sunuluyormuş gibi uygulanır.

cc-) Kararın Yürürlüğünün Durdurulması

Uyuşmazlığı nihai olarak çözüme bağlayan kararın kesinleşmeden önce icrasından doğacak zararlardan tevakki etmek için, yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabilir. Yürütmenin durdurulması istemi, karara karşı yukarıda bahsedilen başvuru yollarına müracaatla birlikte yapılır. Böyle bir başvuru yapılmadan yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamayacağı açıktır.

Bir kararın yorumu, temyizi ya da iptali için başvuruda bulunan taraf, başvurusunda ya da başvurusunun nihai olarak karara bağlanmasından önceki herhangi bir zamanda kararın yürürlüğünün kısmen veya tamamen durdurulmasını isteyebilir. Heyet veya Komite böyle bir talebi öncelikle ele alır (Tahkim Kuralları, md.54/1).

Bir kararın temyizi veya iptali talebinin yürütmeyi durdurma talebini de içermesi halinde, Genel Sekreter talebin kayda geçirildiğini ihbarla birlikte, kararın yürütülmesinin geçici olarak durdurulduğundan her iki tarafı haberdar eder. Heyet veya Komite oluşturulur oluşturulmaz, taraflardan birinin talebi üzerine, 30 gün içinde söz konusu durdurmanın devam edip etmeyeceği karara bağlanır. Durdurmanın devamına karar verilmedikçe, uygulama kendiliğinden sona erer (Tahkim Kuralları, md.54/2).

Görüldüğü gibi, kararın temyizi veya iptali talebiyle beraber yapılan yürütmenin durdurulması talebi her halükarda dikkate alınmakta ve kararın yürürlüğü mutlaka durdurulmaktadır. Bununla birlikte, Heyet veya Komitenin oluşturulmasını müteakip Heyet veya Komite tarafından durdurmanın devamına karar verilmedikçe yürütmenin durdurulması kendiliğinden son bulmaktadır.

Yürütmenin durdurulmasına veya durdurmanın devamına karar verilmiş ise, Heyet veya Komite bir tarafın talebi üzerine her zaman durdurmayı değiştirebilir veya kaldırabilir. Bütün yürütmeyi durdurma kararları başvurunun (yani temyiz ya da iptal başvurusu) nihai olarak karara bağlandığı tarihte sona erer. Şu kadar ki, kararın kısmen iptaline karar veren Komite, taraflardan her birinin Sözleşmenin 52/6 maddesine göre oluşturulan yeni Heyetten bir durdurma talep edebilmesine fırsat

vermek üzere, iptal edilmeyen kısmın yürürlüğünün geçici durdurulmasını emredebilir.

Yürütmenin durdurulması ile ilgili bir talep, kararın durdurulmasını veya durdurma kararının değiştirilmesini veya kaldırılmasını gerektiren halleri açıkça belirtmelidir. Talep ancak, Heyet veya Komite tarafından her iki tarafa da görüşünü sunma fırsatı verildikten sonra kabul edilebilir.

Genel Sekreter kararın yürürlüğünün durdurulduğunu veya durdurma kararının değiştirildiği veya kaldırıldığını her iki tarafa derhal bildirir. Durdurma kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması, buna ilişkin bildirimden taraflara gönderildiği tarihte infaz edilebilir hale gelir.

İptal başvurusunu inceleyen ad hoc Komite, re'sen de kararın yürürlüğünün durdurulması gerektiğini düşünebilir. Bu durumda ad hoc Komite, iptal başvurusu hakkında bir karar verinceye kadar hakem kararını askıda tutabilir¹⁰⁸.

dd-) Kararın Tanınması ve Tenfizi

Sözleşmenin 53. maddesine göre, karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek ve Sözleşmede öngörülenler dışında bir müracaat yoluna konu olmayacaktır. Taraflar, Sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.

¹⁰⁸ Beygo, s.6.

Sözleşmenin 54. maddesine göre, her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş kararı bağlayıcı olarak kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesi tarafından verilmiş nihai bir karar gibi yerine getirecektir.

Sözleşmenin bu maddesi, ICSID Tahkimini diğer tahkimlerden ayıran özelliklerden (exclusivity) birini oluşturmaktadır. Madde bu haliyle, kararın icrasının isteneceği yer yargı organlarının kararı denetleme yetkisini ortadan kaldırmakta ve tabir yerindeyse ulusal mahkemelerin ICSID Tahkimiyle ilgili yegane görevinin ICSID hakem kararlarının tanınması ve icrasını sağlamak olarak belirlemektedir. Çünkü Washington Sözleşmesi ile, hakem kararına uymayı gerektiren bir anlaşma yapılmış sayılmaktadır¹⁰⁹.

Sözleşmenin 54/3 maddesinde, kararın icranın istendiği ülke kanunlarına göre icra edileceği hükme bağlanmıştır. Buradaki, tenfiz talebinde bulunulan devletin usul kurallarına atıf, bu devletin yabancı hakem veya mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelerine yönelik bir atıf değildir. Maddede anlatılmak istenen, kararın icrasına ilişkin usuli işlemlerin, işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi olduğudur. Diğer deyişle tenfiz talebinin dermeyan edildiği ülkenin ilamlı icraya ilişkin düzenlemelerine atıf yapılmaktadır¹¹⁰. Zaten

¹⁰⁹ Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.531.

¹¹⁰ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.392.

¹¹⁰ Okçuoğlu, s.528.

Sözleşmede usulüne uygun olarak verilmiş hakem kararının, tenfiz talebinin yapıldığı ülkenin kendi mahkemesinden sadır olmuş nihai bir karar gibi kesin kabul edileceği öngörülmüştür. Konu hakkında Okçuoğlu, “1965 tarihli Washington Sözleşmesi ve bu anlaşmada öngörülen Hakemlik Mahkemesi tarafından verilen kararların uygulanması istenen ülkelerin mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınmasını öngörerek kanımca bunların tenfiz prosedürünün bir ülke yasasına göre yapılmasını olanaksız kılmıştır” şeklinde görüş beyan etmiştir¹⁷. Söz konusu görüş haklı olmakla birlikte, yukarıda da bahsettiğimiz gibi yanlış anlamağa mahal verecek niteliktedir. Tekrar belirtmek isteriz ki, Sözleşmeye göre karar icranın istendiği yer hukukuna göre icra edilecektir. Fakat icranın istendiği ülke hukukunun uygulanacak kuralları, tenfiz koşullarına ilişkin olanları değil, icra işlemlerinin hangi usuller dairesinde yürütüleceğine ilişkin olanlarıdır. Nitekim, Sözleşmenin 54/2 hükmünde, bir akit ülkenin sınırları içerisinde kararın tanınması ve yürütülmesini isteyen tarafın, akit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkeme veya mercie Genel Sekreterce onaylanmış bir karar suretini sunacağı ve ilgili kurallar dairesinde kararın icrasını talep edeceği belirtilmiştir. Kararın icrasının her ülkenin iç hukuk kurallarına göre gerçekleştirileceğinin öngörülmesinin gerekçesi, Sözleşmeye konulacak ortak bir metodun iç

17

¹¹² Nomer, s.61.

hukuklara uyarlanmasının, Kara Avrupası Hukuku, Anglo–Amerikan Hukuku ve diğer hukuk sistemlerindeki icra farklılıkları nedeniyle zor olması olarak açıklanmıştır.¹⁸

Öte yandan, bu konu ile ilgili olarak yargı bağışıklığı meselesine de değinmek lazımdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ICSID tahkiminin diğer milletlerarası nitelikli tahkimlerden farklılık arzemesine neden olan husus, burada ihtilafın bir tarafını kendi toprakları üzerinde kesin egemenlik yetkisine sahip olan bir devletin –veya onun alt birimlerinin– teşkil etmesidir. Kararın bu devlet aleyhine olması ve bu devlete karşı tenfiz talebinde bulunulması halinde, klasik devletler hukukundaki “yabancı devletin yargı ve icra muafiyeti” ile devlet mallarının icradan muafiyetine ilişkin sorunlar gündeme gelebilecektir.

Kararın icrasının bizzat davalı devlet ülkesinde istenmesi halinde, mahalli hukuka dayanılarak bunun kolaylıkla yerine getirilemeyeceği düşüncesi mesnetsiz değildir. Bu nedenle daha çok ev sahibi devlete karşı kazanılan tahkim davalarında hakem kararının icrası genellikle taraf devletin ilişkili bulunduğu üçüncü ülkelerde istenmektedir. Ev sahibi devlete karşı üçüncü bir devlet mahkemesinden exequator kararı istendiğinde, davalının devlet olmasından dolayı yargı ve icra bağışıklığı itirazı ileri sürülebilecektir. İşte burada ICSID tahkiminin bir uluslararası anlaşma ile tesis edilmiş olması önem kazanmaktadır. Sözleşmeyi kabul etmek ve kendi iç hukukuna ithal ederek onaylamakla akid devletler,

Sözleşme hükümlerine uymayı karşılıklı olarak taahhüt etmişlerdir. Buna uymayan devlet, uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bir takım uluslararası yaptırımlarla karşılaşmayı da göze almış demektir. Sözleşmeyi onaylayan bir devlet, Sözleşmenin 54. maddesinde yer alan, Sözleşmeye uygun olarak verilmiş hakem kararını bağlayıcı kabul edeceğine ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi mahkemesinin nihai kararı gibi yerine getireceğine ilişkin hüküm muvacehesinde, yargı ve icra muafiyetinden vazgeçmiştir. Dolayısıyla Sözleşmenin 25. maddesine uygun olarak Merkezin yargılama yetkisini ve tahkime gitmeyi kendi rızasıyla kabul eden ve 54. maddesine göre yargı ve icra muafiyetinden feragat etmiş olan bir devlet, aleyhine verilen hakem kararının icrasını da kabul etmek zorundadır. Nitekim Andlaşmalar Hukukuna ilişkin 1980 tarihli Viyana Andlaşması'nın 46. maddesine göre “bir devlet, iç hukukunda aşikar ve temel öneme sahip bir kuralın ihlali söz konusu olmadığı sürece, bir andlaşma ile bağlı olma konusunda gösterdiği rızanın geçerli olmadığını kendi iç hukukuna dayanarak ileri süremez.”¹¹³

Sözleşmenin 54. maddesindeki düzenlemeyle, iç hukukun önüne geçmek amacının güdülmediği¹¹⁴ 55. maddede şu şekilde ifade edilmiştir: “Madde 54'deki düzenleme, hiçbir şekilde, akit devletin veya herhangi bir yabancı devletin uygulamadan imtina edebileceği şekilde,

¹¹³ Türkiye bu Andlaşmaya taraf değildir. Ayrıca Andlaşmanın tam metni için bkz. 8 ILM 679 (1969).

¹¹⁴ Broches, Arbitration, s.16.

akit devletin yürürlükteki kanunlarına bir deregasyon (aykırılık) olarak yorumlanamaz.” Yani kararın tenfizinin istendiği yer yargı organlarınca, tenfiz koşullarının varlığını araştırmak suretiyle kararın denetlenmemesine izin verilmemesinin iç hukuka aykırılık teşkil ettiği yönünde bir karar verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece, mahalli yargı organlarının iç hukuka aykırılık yorumuyla kararın icrasına engel olma yoluna gitmelerinin önü kesilmek istenmiştir. Böyle bir maddenin sevk edilmiş olmasının, mahkemelerin iç hukuka aykırılık yönünde yapacakları bir yorumun önünü kesip kesmeyeceği ise tartışma götürür. Zira bir düzenlemenin iç hukuka aykırı olduğunu düşünen mahalli mahkeme, iç hukuka aykırılık yorumu yapılamaz şeklinde düzenlemeyi de iç hukukuna aykırı bulabilir. Esasen bu konu, onaylanmasıyla ilgili ülkenin mevzuatına dahil olan bir milletlerarası anlaşmanın, o ülkenin hukuk hiyerarşisindeki yerine intikal etmektedir. Bu, her ülkenin kendi iç hukukundaki düzenlemeye göre belirlenecek olan bir meseledir. Bizim hukuk sistemimizde milletlerarası anlaşmaların kanunlardan önce uygulanacağı ve milletlerarası anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği malumdur.

Sonuç olarak, ICSID’in milletlerarası bir konvansiyon olan Washington Sözleşmesinin hükümleri gereğince uluslararası (supranational) bir organizasyon olduğu ve Sözleşmeyi imzalamakla devletlerin söz konusu organizasyonun işlerliğini sağlamak için yapılan

düzenlemelere uymayı uluslararası platformda taahhüt ettikleri göz önüne alındığında, ICSID Tahkimi altında verilen bir hakem kararının, Sözleşmeye imza koyan her ülkede, gerek yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlığa taraf olan devlete gerekse vatandaşı söz konusu uyuşmazlığa taraf olan devlete karşı icrası talep edildiğinde, bu talebin hiçbir iç hukuk engellemesine maruz kalmadan yerine getirilmesi lazımdır. Bu, baştan beri söylediğimiz ICSID tahkiminin alışlagelmiş manada bağımsız devletler için ihdas edilmiş bir tahkim olmasının doğurduğu farklılıktan ileri gelmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

II. Türkiye’de Yatırım İhtilafları ve Tahkim Hukukundaki Gelişmeler

Çalışmanın başlangıç kısmında belirttiğimiz gibi, gelişmekte olan ve bir kalkınma hamlesi gerçekleştirmek isteyen, ancak bunun için yeterli kaynağa sahip bulunmayıp yabancı sermayeye ihtiyaç duyan ülkeler arasında Türkiye de vardır. Türk ekonomisi yeni ekonomik akımları takip ederek gün geçtikçe liberalleşmektedir. Bu doğrultuda, birkaç istisna dışında, çeşitli ekonomik sektörler uluslararası sermayeye açılmıştır¹¹⁵. Türkiye’de bu süreç 1980’li yıllarda başlamış ve bu dönemde kamu hizmetlerinin özel kesim eliyle yürütülmesi ve işletilmesi yoluna gidilmiştir. Kamu hizmeti alt yapı yatırımlarının

¹¹⁵ Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.151.

gerçekleştirilmesinde Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli kullanılarak bir yandan kamu kesiminin yükü azaltılmaya, diğer taraftan özel yerli ve yabancı kaynaklardan büyük maddi destek ve ileri teknoloji transferi sağlanmaya çalışılmıştır. Türk Devleti yabancı sermayenin ülkeye gelmesini ve yatırım yapmasını teşvik etmek için YİD modelini benimsemiştir. Kamu hizmetinin özel hukuk kişileri eliyle gördürülmesi, 1910 yılından bu yana üç farklı alanda çıkarılan üç ayrı kanun ile düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, 3096 sayılı Kanun¹¹⁶, ikincisi 3465 sayılı Kanun¹¹⁷ ve sonuncusu da altyapı projelerine ilişkin 3996 sayılı Kanun'dur¹¹⁸. Anayasanın 47. maddesine dayanılarak çıkarılan bu Kanunlar ve bunların yürütülmesini düzenleyen Bakanlar Kurulu kararları, yönetmelikler ve tebliğler YİD yönteminin hukuki dayanaklarını oluşturmaktadır¹¹⁹.

A) Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri ve Tahkim

1980'li yıllardan sonra özellikle kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi için bir model olarak uygulanan ve bu yolla büyük miktarda sermaye ile yeni teknoloji gerektiren uzun vadeli yatırımların gerçekleştirilmesi hedeflenen YİD modeli, aslında idare hukukunda

¹¹⁶ TEAŞ ve TEDAŞ Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi,İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı R.G.

¹¹⁷ Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrolü Yapımı, Bakımı, İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 2.6.1988 tarih ve 18390 sayılı R.G.

¹¹⁸ Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı R.G.

¹¹⁹ Polatkan, s.59.

kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan bir idari sözleşme çeşididir.

İdare hukukçularının YİD modeline yaklaşımları çalışmamızın konusu dışında bulunmakla birlikte, modelin uygulanmasında karşılaşılan sorunlar bakımından, idare hukuku doktrinine ve ilgili Danıştay kararlarına değinmek gerekir. YİD sözleşmesinin doktrin ve uygulamada verilen tanımı aşağıdaki gibidir: “Bir kamu hizmeti ya da bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletilmek suretiyle söz konusu hizmet veya işe yatırılan sermayenin amortismanı sağlandıktan ve kara geçildikten sonra, kurulan tesisin ve yönetiminin bedelsiz olarak ilgili kamu idare ve kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir.”¹²⁰ YİD modelinin hukuki dayanaklarından olan ve modelin açık tanımını veren 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’un¹⁹ 3. maddesinde yap işlet devret modeli, “İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde

¹²⁰ Duran, s.150.

¹²¹ bkz. 13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı R.G.

ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi” olarak tanımlanmıştır.

YİD modelinin esas alındığı yukarıda belirtilen yasalarda yap işlet devret modeli hep bir özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun bu yaklaşımını Anayasa’ya aykırı bularak YİD modeline göre yapılan sözleşmelerin birer imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirtmiştir¹²². Bunun en önemli etkisi, YİD modeli esas alınarak yapılan sözleşmelerin Danıştay’ın denetimine girmesi ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların Danıştay’ın yargı yetkisine tabi olması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bunun tabii sonucu da, imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesinden dolayı Danıştay’ın incelemesine sunulan YİD sözleşmelerindeki tahkim kaydının Danıştay tarafından, kendi yargı yetkisi gerekçe gösterilerek, reddedilmesi şeklinde tezahür etmiştir¹²³. Bu uygulama, yabancı sermayeyi teşvik için uygulamaya konulan YİD modelinin, yabancı şirketlerin yapılan sözleşmeye olmazsa olmaz bir şart olarak konulmasını istedikleri tahkim kaydının çıkarılması nedeniyle, kabul etmeyecekleri bir model haline dönüşmesine neden olmuştur. Uluslararası tahkimin reddi, yabancı sermayenin YİD modeli ile gerçekleştirilecek projelere yatırım yapmaktan kaçınması sonucunu doğurmuştur²⁰. Yabancı sermayenin ülkemizden uzaklaşması ise,

¹²² Anayasa Mahkemesi karar no 1995/23, 20.3.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

¹²³ bkz. Danıştay 1. Dairesi’nin 1.7.1996 tarih ve E.1995/246, K.1996/138 sayılı kararı.

¹²⁴ Nomer, s.87; Yeşilırmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.152.

uluslararası finansman olmaksızın sadece yerli sermaye ile gerçekleştirilemeyecek projelerin hayata geçirilmesini ve Türkiye’de özellikle altyapı ve enerji alanlarındaki özelleştirmeleri engellemiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 3996 sayılı Kanun’un, YİD sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu öngören 5. maddesini iptal etmesinden sonra, Türk hukuk doktrinde, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunun açık olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için konu hakkında ileri sürülen görüşlere burada yer vermemekle beraber, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı doğrultusunda gelişen uygulamanın Türkiye’nin uluslararası camiadaki prestijini olumsuz etkilemesi ve yatırım projelerinin aksaması nedeniyle ekonomik kayba yol açması, mevzuattaki yasal engellerin kaldırılması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu konudaki en önemli adım, 4446 sayılı Kanun¹²⁵ ile Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle atılmıştır. Anılan Kanunla Anayasa’nın 47. maddesine “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla gösterilir.” fıkrası ve 125. maddesine ise “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.

¹²⁵ 14.8.1999 tarih ve 21786 sayılı R.G.

Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” fıkrası eklenmiş, 155. maddesi ise “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Yapılan değişikliklerle, idareye belirli kamu hizmetlerinin gördürülmesi için özel hukuk sözleşmeleri akdedilebilmesi yetkisi verilmiş, imtiyaz sözleşmelerine tahkim kaydının konulabileceği açıkça hükme bağlanmış ve Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi düşünce bildirme yetkisine dönüştürülmüştür.

Anayasa’da 4446 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerle kabul edilen ilkelerin iç mevzuata uyarlanması amacıyla, 4492 sayılı Kanun’la Danıştay Kanunu’nun, 4493 sayılı Kanun’la 3996 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde gerekli değişiklikler yapılmış, ayrıca 4501 sayılı Kanun’la kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelerden belki de en önemlisi geriye yürürlüktür¹²⁶. Anılan Kanun’un geçici 1. maddesine göre, “bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işlere bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına,

¹²⁶ Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-II, s.192.

görevli şirketin Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurması ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulu'nca karar verilir.”

Söz konusu değişikliklerle, bugün için artık imtiyaz sözleşmelerinde ICSID dahil uluslararası tahkime gidilebileceğinin kararlaştırılmasına bir engel kalmamıştır¹²⁷.

B) ICSID Tahkiminin Türkiye İçin Önemi ve Türkiye’de Milletlerarası Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler

Daha önce de belirtildiği gibi, Türkiye pek çok devletle, yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki konusunda ikili yatırım anlaşmaları imzalamıştır. Bu anlaşmalarda esas olarak, kimlerin yatırımcı sayılacağı, yatırım olarak kabul edilecek değerler, yabancı yatırımların nasıl korunacağı, ve teşvik edileceği, yatırımcının ev sahibi ülkede elde ettiği gelirleri kendi ülkesine transferi, yatırımın kamulaştırılması halinde yargı yolu ve tazminat, yatırım ihtilaflarının çözüm yolu konuları düzenlenmiştir¹²⁸.

İki taraflı yatırımların teşviki ve korunması anlaşmalarında, uyuşmazlık halinde uygulanacak çözüm metodlarının gösterilmesinin temel amacı, herhangi bir yatırım uyuşmazlığında ev sahibi devletin tek taraflı olarak ihtilafı kendi yargı mercilerine taşımasına engel olmaktır¹²⁹.

¹²⁷ Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.126.

¹²⁸ Nomer, s.65.

¹²⁹ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.403.

Bu anlaşmalarda öngörülen uyuşmazlık çözüm şekilleri farklılık göstermekle beraber, anlaşmaların hemen hepsinde (Almanya ve İslam Konferansı Teşkilatı ile imzalananlar hariç) ICSID Tahkimi, ya doğrudan atıf yapılmak ya da alternatifler arasında sayılmak suretiyle, başvurulacak tahkim usulü olarak kararlaştırılmıştır¹³⁰. Pek çok sayıda devletle akdedilen ikili yatırım anlaşmalarının ve Washington Sözleşmesi'nin onaylanması ile, Türkiye Cumhuriyeti (veya Türk kamu kurumları) ile yabancı yatırımcılar veya Türkiye'de kurulmuş ortak girişimler (joint-venture) arasındaki uyuşmazlıkların, ulusal yargı mercilerinin üstünde (supranasyonel) bir yargı mercii olan ICSID tarafından milletlerarası tahkim yoluyla çözümü Türk hukuk sisteminde imkan dahiline girmiş¹³¹, hatta zorunlu hale gelmiştir. Washington Sözleşmesi'nin özelliklerinden biri olan, Merkezin yargı yetkisine verilen onayın tek taraflı olarak geri alınamadığı ve ikili yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların ICSID Tahkimine müracaatla hallolunacağına ilişkin hükümlerin Merkezin yargı yetkisinin onaylanması anlamına geldiği, bunun dışında ayrıca bir onay alınmasına lüzum ve ihtiyaç bulunmadığı daha önce belirtilmişti¹³². Bu durumda Türkiye, uyuşmazlık halinde ICSID'a gidileceği kaydı bulunan ikili yatırım anlaşması

¹³⁰ Doğrudan ICSID'a gönderme yapılan anlaşmalardan Hollanda ile imzalanan İTYA (bkz. 8.9.1989 tarih ve 20251 sayılı R.G.), alternatif olarak ICSID tahkiminin sunulduğu anlaşmalardan Gürcistan ile imzalanan İTYA (bkz. 4.6.1995 tarih ve 22303 sayılı R.G.) örnek olarak gösterilebilir.

¹³¹ Birsel, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.502.

¹³² bkz. yukarıda s.34-35.

imzaladığı bir ülkenin vatandaşı ile yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlığa düşmesi halinde, ICSID'ın yargı yetkisini peşinen kabul etmiş durumdadır¹³³.

Yukarıda anlatılanlar dolayısıyla, Washington Sözleşmesi hükümleri ve bu Sözleşme ile atıf yapılan Tahkim Kuralları (Merkez tarafından kabul edilen) çerçevesinde cereyan eden tahkim, Türkiye için büyük önem arz etmektedir.

Türkiye Washington Sözleşmesi'ni onayladığı 3460 sayılı Kanun'da, Sözleşmenin 25/4 maddesi uyarınca, hangi ihtilafları Merkezin yargılama yetkisine sunacağını Merkeze bildirebilme hakkı çerçevesinde, “yalnızca ...doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı sermaye mevzuatına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Merkezin yargı yetkisi dahilinde olduğunu, ayrıca aynı haklar ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi nedeniyle Merkezin yargı yetkisinin bulunmadığını” Merkeze bildirmiştir. Yeşilirmak, onay kanununda yer alan aynı haklar ile ilgili çekincenin bir anlam taşımadığını ileri sürmektedir. Şöyle ki, Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasında mülki haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların bir yatırım uyuşmazlığı olarak Merkezin yargı yetkisi

¹³³ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.401.

içinde bulunduğunun kabul edilmiş olması, Türkiye'nin aynı haklar konusunda Merkeze bildirdiği çekinceyi etkisiz kılmaktadır¹³⁴.

Sözleşmenin 53 ve 54. maddelerinde, ICSID Tahkimine göre verilen hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olacağı ve daha üst bir makama götürülmeyeceği, kararın icrasının istendiği akit ülkede o ülkenin mahkemelerinden verilmiş nihai mahkeme kararı gibi icra edileceğinin hükme bağlandığı daha önce belirtilmişti. Bu bakımdan, Türkiye taraf olsun veya olmasın, ICSID tahkimi uyarınca verilmiş bir hakem kararının Türkiye'de icrasının talep edilmesi halinde, 2675 sayılı MÖHUK'nun hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri ya da Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'nin hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Böyle bir kararın, karara mahalli mahkeme kararı kuvvet ve niteliği bahşeden uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak, kesinleşmiş mahkeme kararı gibi icrası gerekmektedir¹³⁵. Bu yöndeki bir talebin, kararın icrasının istendiği ülkenin yetkili kılınan merciine yapılacağı ve icranın o ülkenin konuya ilişkin düzenlemelerine göre gerçekleştirileceği 54. maddenin 2 ve 3. bentlerinde hükme bağlandığından, Türkiye'de böyle bir talebin icra dairelerine İcra İflas Kanunu'nun ilamlı icraya ilişkin hükümlerine uygun olarak yapılması zorunludur. Birsell, kararın icrası

¹³⁴ Yeşilirmak, Yatırım Uyuşmazlıkları-I, s.166-167.

¹³⁵ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.404.

için tahkim sözleşmesi veya şartının ibrazının dahi gerekli olmadığını ifade etmiştir¹³⁶.

Çalışmanın son kısmında Türkiye’de milletlerarası tahkim konusundaki son gelişmelere, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Kanunla TBMM’de kabul edilen Milletlerarası Tahkim Kanunu ve bu Kanunun çıkarılması aşamasına kadar yaşanan sürece değinmek istiyoruz.

Son yıllarda bilimsel toplantılar ve sempozyumlarda yoğun şekilde tartışılan konulardan biri, Türkiye’de müstakil bir milletlerarası tahkim kanununa ihtiyaç olup olmadığı ve bu yapılacaksa kabul görmüş milletlerarası tahkim kurallarından hangisinin esas alınacağı hususu idi. Konunun akademik çevrelerin ve uygulamanın içerisinde bulunan kişilerin hazır bulunduğu bir platformda tartışılmasına olanak sağlayan BTHAE’nin gayretleri¹³⁷ sonucunda, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile müşahhas bir sonuca ulaşılmıştır.

Kanun taslağı, Enstitü tarafından belirlenen Komisyon üyelerince hazırlanarak akademik çevrelerin ve uygulayıcıların görüşlerine sunulmuştur. Son defa Prof.Dr. Yaşar Karayalçın, Prof.Dr. Turgut Kalpsüz ve Prof.Dr. Ejder Yılmaz’dan müteşekkil bir Komisyon tarafından gözden geçirilen taslak, daha sonra incelenmek üzere Adalet Bakanlığı’na sunulmuştur. Bakanlıkça kabul gören taslak bazı değişikliklerle Hükümet

¹³⁶ Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s.511.

¹³⁷ bkz. BTHAE Yayınları, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum, 11.4.1997, C.I; Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 25-28.9.1997, 6.6.1998, C.II.

Tasarısı olarak TBMM'ye arzedilmiş ve 21.6.2001 tarihinde kabul olunmuştur.

Tasarı UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanmış ise de, taslağı hazırlayan komisyonda yer alan Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'ün eleştirileri¹³⁸ doğrultusunda bir çok hükümde İsviçre'nin 18 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu ile 1969 tarihli Kantonlararası Tahkim Andlaşması'nın¹³⁹ hükümlerine muvazi olarak gerekli değişiklikler yapılmıştır.

Kanun'un uygulama alanı 1. maddede, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar olarak gösterilmiştir. Anılan maddeye göre, Türkiye'de uygulanacak Türkiye'nin taraf olduğu veya olmadığı bütün milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklara bu Kanun hükümlerinin uygulanması mümkündür. Şu var ki, Türkiye'nin taraf olduğu yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri ancak genel hükümler olarak uygulanabilir.

Bu kanunla artık Türkiye, toprakları üzerinde gerçekleşecek milletlerarası nitelik taşıyan tahkimlerde, tarafların üzerinde anlaşma yapmadığı konulara uygulanacak genel hükümlere sahip olmuştur.

¹³⁸ bkz. BTHAE Yayınları, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara Toplantısı Kısmı, s.193-324.

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, İsviçre Uygulaması, s.3-51.

SONUÇ

Milletlerarası ticaretin dinamizmi ve sınırları aşan sürekli gelişimine paralel olarak, milletlerarası tahkim de sürekli bir inkişaf içerisinde. Milletlerarası ilişkilerden doğan bu yeni ve komplike ihtilaflar için tahkimin, vazgeçilmez ve kaçınılmaz bir çözüm metodu olduğu artık bütün ülkelerce kabul edilen bir olgudur. Günümüzde, kendi iç mevzuatındaki engelleri bahane ederek tahkimi kabul etmeyen devletler, globalleşen ve sınırların ortadan kalktığı dünyada kendini dışlanmaya mahkum etmektedir.

Tahkimin önemliliği ile beraber, bu sahayı düzenleyen pek çok uluslararası nitelikte kuralların vazedildiği, müteaddit sayıda merkezin teessüs ettirildiği ve aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmeyi tercih eden gerek kişiler gerekse devletler için pek çok alternatifin bulunduğu da bilinen bir gerçektir.

Tahkimi, alternatif çözüm yolları olarak adlandırılan metodlardan ayıran ve onu bu noktada resmi yargıya yaklaştıran özelliği, hakem kararının da mahkeme kararı gibi taraflar için bağlayıcı olmasıdır. Hakem kararının bağlayıcılığı, tahkim sözleşmesinde ya da tahkimine başvuru yapılan tahkim merkezinin kurallarında düzenlenmiş olabilir. Nerede düzenlenmiş olursa olsun, tahkimin kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi tarafların tahkim prosedürü sonunda verilen hakem kararına uyma inancında olmaları ile yakından ilgilidir. Bu inanca aykırı

davranan taraflara karşı hakem kararının icrasını sağlamak için, icranın istendiği yer adli yargı mercilerine veya yetkili kılınan diğer makamlara başvurarak icra kararı alınması gerekir. Bu ise, icranın istendiği yargı organınca hakem kararının denetlenmesi, bu suretle tarafların, sahip olduğu avantajlar nedeniyle tahkim yolunu tercih etmek suretiyle kaçındıkları resmi yargının yargılamaya dahil olmasını kabul etmek zorunda kalmaları sorununu da beraberinde getirmektedir.

Bir tarafını bağımsız bir devletin veya onun bir kamu tüzel kişisinin oluşturduğu yatırım ihtilaflarının, yatırımcı ile devlet arasındaki güven atmosferinin bozulmadan çözülmesi ve özellikle büyük riskler olarak yabancı bir devlete yatırıma girişen yatırımcının korunmasını sağlamak üzere, bağımsız 120'den fazla devletin altına imza koyduğu Washington Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu Sözleşme ile ihdas edilen Yatırım Sözleşmelerine Hattine Dair Uluslararası Merkez (ICSID)'nin kabul ettiği Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkim bu çalışmanın ana esasını oluşturmaktadır. ICSID Tahkim Kurallarına tab'an çözülmesi kararlaştırılan uyuşmazlıklarda verilecek hakem kararlarının, Washington Sözleşmesini onaylayan bütün ülkelerde yerel mahkemeler tarafından verilmiş nihai bir karar gibi icra edilebilir olması, ICSID tahkiminin ayırdedici en önemli özelliğidir. Merkeze şimdiye kadar 60 kadar az denilecek sayıda davanın götürülmüş olmasında, hakem kararının bağlayıcılığı konusunda Sözleşmede öngörülen sıkı rejimin getirdiği

ihtiyatlılığın etkisi çöktür. Yine de, Türkiye'nin imza koyduğu pek çok yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair ikili antlaşmalarda yer alan ICSID Tahkimine gidileceğine ilişkin hükümler karşısında, ICSID Tahkiminin Türkiye için öneminin yadsınamayacağı da ayrı bir gerçektir.

Sonuç olarak Türkiye Washington Sözleşmesini imzalamış ve iç hukukuna ithal ederek onaylamıştır. Bu onay Sözleşme ile ihdas edilen Merkezin yargılama yetkisine verilmiş bir onay değildir. Her yatırım anlaşması ve bundan doğacak ihtilaf Merkeze arzedilebilmesi için Türkiye'nin onay vermesi gerekir. Bununla birlikte Sözleşmeyi onaylayan bütün devletler gibi Türkiye dahi ICSID Tahkimi altında verilen bir hakem kararının Türkiye'de icrasını kendi mahkemesinin nihai kararı gibi gerçekleştireceğini taahhüt etmiştir. 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, yatırım anlaşmalarında, özellikle yap işlet devret sözleşmelerinde tahkime gidilebilmesi imkanın sağlanmasıyla birlikte, gerek milli yararlarının korunması gerekse milletlerarası camiadaki prestijinin devamı bakımından Türkiye önemli bir engeli aşmış gözükmektedir. Sahip olduğu kültürel, coğrafi ve tarihten gelen imkanlarıyla milletlerarası ticarete daha iyi bir konumda olmayı hakeden Türkiye'nin, milletlerarası ticari tahkimdeki gelişmelere yabancı kaldığı ve ülkemizde tahkimin gelişmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasında geciktiği sürece, o konumdan uzak kalmaya devam edeceği de kuşkusuzdur.

FAYDALANILAN ESERLER

- AKINCI, Ziya** –Milletlerarası Ticarete Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER, C.XVIII, S. 4, 1996, s. 93–109, (Alternatif Çözüm Yolları).
- Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, BATİDER, C.XVII, S.3, 1994, s.119–147, (Hakem Kararlarının Denetlenmesi).
- Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, (Hakem Kararlarının Tenfizi).
- BERBER,Leyla K.** –Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Ankara 1999.
- BEYGO, Okan** –The Annulment Procedure under the ICSID Convention, MHB, Yıl 10, S. 1–2, 1990, s. 1–11.
- BİLGİN, Samim** –Bir Devletle Başka Bir Devletin Uyuşu Uyuşu Arasındaki İhtilaflarda Tahkim, BTHAE, I. Tahkim Haftası (Sempozyum), Ankara 1965, s.567–573.

BİRSEL, Mahmut–Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Ali Bozer’e Armağan, BTHAE, Ankara 1998, s.499–538. (Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri)

–Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Türkiye’de Tenfizi, BTHAE, II. Tahkim Haftası (Sempozyum), Ankara 1983, s. 137–163, (MTO Hükümleri).

BROCHES, Aron –Arbitration under the ICSID Convention, International Centre for Settlement of Investment Disputes Publications, Washington DC 1991, s.1–16, (Arbitration).

–The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Handbook of Institutional Arbitration in International Trade (Ed. Cohn, Domke, Eisemann), Amsterdam, 1977, s.1–16, (ICSID).

–The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure, International Arbitration Liber Amirocum for

M.Domke (Ed. Sanders), The Hague 1967,
(Applicable Law).

DELAUME, G.R. -ICSID Arbitration, Contemporary Problems in
International Commercial Arbitration (Ed. Lew),
Dordrecht 1987, s.23-39.

DURAN, Lütfü -Yap-İşlet-Devret, Prof. Dr. M. Aksoy'a Armağan,
AÜSBFD, C.XLVI, No:1-2, 1991, s.147-170.

ERTEN, Rifat -ICSID Tahkimi, BATİDER, C.XIX, S. 4, 1998, s.
207-227.

HERGÜNER, Ümit -International Center for Settlement of Investment
Disputes, Its Establishment and Jurisdictional
Capacity, MHB, Yıl 5, S.1, 1985, s.9-22.

KALPSÜZ, Turgut -İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları,
(Seminer, BTHAE), Ankara 1996, s.337-379,
(İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim).

-Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli,
Ankara 1989, (MTO Tahkimi).

-Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri, BATİDER,
C. XIX, S. 1, 1997, s. 1-41, (Hakem Kararlarının
Temyizi).

-Türk Hakem Kararı Kavramı, BTHAE, II. Tahkim Haftası (Sempozyum), Ankara 1983, s.31-53, (Türk Hakem Kararı).

-İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, BTHAE, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum), Ankara 1997, s.1-59, (İsviçre Uygulaması).

KARAYALÇIN, Yaşar-Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, C.XIX, S. 3, s.1-52.

KORAL, Rabi -Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Anlaşma, İÜHFM, C.XXIV, S. 1-4, 1959, s.309-341, (New York Sözleşmesi-I).

-Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 Tarihli Anlaşma (Son Kısım), İÜHFM, C.XXVI, S. 1-4, 1961, s.123-152, (New York Sözleşmesi-II).

-Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi, İÜHFM, C.XXX, S. 3-4, 1964, s.745-783, (Avrupa Sözleşmesi).

KURU, Baki -Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.6, İstanbul 2001.

NOMER, Ergin -Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000.

OKÇUOĞLU, Y. -Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991.

ÖZTEKİN, Günseli -1965 Tarihli Washington Sözleşmesine Genel Bir Bakış, MHB, Yıl 10, S. 1-2, 1990, s.139-150.

- POLATKAN, Vahit** –Yap İşlet Devret Modeli İle Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000.
- ŞANLI, Cemal** –21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku, Avrupa–New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku, BTHAE (Sempozyum), Ankara 1990, s.1–12, (Avrupa Anlaşması).
- Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, BTHAE, Ankara 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).
- Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, (Uluslararası Ticari Akitler).
- ÜNAL, Şeref** –Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa–New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku, BTHAE, Sempozyum, Ankara 1990, s. 51–78.
- YEŞİLIRMAK, Ali** –Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, BATİDER, C.XX, S.2, 2000, s.151–182, (Yatırım Uyuşmazlıkları–I).
- YEŞİLIRMAK, Ali** –Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu ile Çözülmesine İlişkin Son Gelişmeler, BATİDER,

C.XX, S.3, 2000, s.191-193, (Yatırım Uyuşmazlıkları-II).

ÖZET

Tahkimin uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kaçınılmaz bir yol olduğu, hukuk alanındaki herkesçe bilinen bir gerçektir. Bugün, uluslararası organizasyonlar tarafından kabul edilen pek çok tahkim kuralı ve uyuşmazlıkların çözümü için tahkim hizmeti sunan çok sayıda merkez vardır. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID) de bunlardan biridir. ICSID, 1965 yılında Devletler İle Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesine İlişkin Washington Sözleşmesi ile kurulmuştur. Sözleşmenin adında da belirtildiği gibi, Merkezin yargılama ehliyeti sadece yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıkları kapsamaktadır.

ICSID Tahkimi'nin etkili ve özellik arz eden bir yol olması, onun bağımsız devletler tarafından ihdas edilmesine dayanmaktadır. Sözleşmeye göre, ICSID Tahkim prosedürü dairesinde verilen hakem kararları, bütün akid ülkelerde mahkemeler tarafından verilmiş bağlayıcı kararlar gibi icra edilir. Diğer deyişle, Sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan her ülke, ICSID hakem kararını kendi topraklarında yerel bir mahkeme tarafından verilmiş nihai karar gibi icra etmeyi taahhüt

etmiştir. Görüldüğü gibi ICSID Tahkiminde, yerel yargı organlarının hakem kararları üzerindeki denetimini yasaklayan sıkı bir tenfiz rejimi öngörülmüştür.

ICSID Tahkimi, imzaladığı bir çok ikili yatırım anlaşmasında Merkezin yargılama yetkisi kabul etmesi bakımından, Türkiye için de önem taşımaktadır.

Türkiye geliştirmekte olan bir ülke olarak yabancı sermayeye şiddetle ihtiyaç duymaktadır. Bunun farkında olan Türk Devleti, ülkesinde uluslararası tahkimin uygulanabilirliğini sağlamak için gerekli adımları atmıştır. Bu amaçla, ilk önce imtiyaz sözleşmelerinde tahkim için var olan Anayasal engeller kaldırılmıştır. Daha sonra gerekli yasal düzenlemeler kabul edilmiş ve yürürlüğe konmuştur.

Bu çalışmada, milletlerarası uyuşmazlıkların çözüm yolları ve milletlerarası tahkimin gelişim süreci, detaylarıyla ICSID Tahkiminin işleyişi ve Türkiye için ICSID Tahkiminin önemi ve son olarak Türk Tahkim Hukukundaki güncel gelişmeler açıklanmaya çalışılmıştır.

SUMMARY

The fact that arbitration in international disputes is unavoidable way has been known for anyone in law practice. There are a lot of international arbitration rules laid down by international organisations and institutional centres which make services about arbitration. The one of them is International Centre for Settlement Investment Disputes (ICSID). ICSID is established by The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States in 1965. As pointed out in the name of the Convention, the

Centre's jurisdiction capacity covers only legal disputes arising out of an investment.

ICSID arbitration is an effective and exclusive way, based on that its foundation is realized by independent states. According to the Convention, an arbitral award under ICSID procedure shall be enforced in all Contracting States as a binding judgements of courts. In other words, all of the States which signed and ratified the Convention have undertaken to enforce ICSID arbitral awards in their territories as a final judgement rendered by their respective domestic courts. Therefore, the strict enforcement regime prohibiting the arbitral awards to be controlled by domestic judicial organs has been provided in the ICSID arbitration.

ICSID arbitration is also important for Turkey acknowledging ICSID jurisdiction power in lots of bilateral investment treaties it signed.

Turkey has severely been in need of foreign capital as a developing country. Turkey aware of it is taking steps required for enhancing the applicability of international arbitration in its territories. Pursuant to it, first of all the Constitutional obstacles for arbitration in concession agreements have been abolished. Then, legislation required was acknowledged and enforced.

By this study, it was tried to examine for the ways of settlement for international disputes and the development process of international arbitration, the functioning of ICSID arbitration in details, the importance of ICSID arbitration for Turkey and in the end the latest developments in Turkish Arbitration Law.