

# YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN İHTİLAFLAR HAKKINDA ULUSLARARASI ÇÖZÜM MERKEZİ ( ICSID) ve ICSID'DE ARABULUCULUK

*Prof. Dr. M.Kamil YILDIRIM\**

## Giriş

Globalleşme yolunda uluslararası ticari ilişkiler gittikçe önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda, yurtdışında yapılan yatırımlar önemli bir yer tutmaktadır. Bu yabancı yatırımlar gelişmekte olan ülkeler açısından kendi ekonomik düzeyini artırmak ve sanayi devletleri ile aralarındaki uçurumu azaltmak için bir araç teşkil etmekte ve yatırımcı açısından da kâr elde etme ve kendi iş alanını genişletme imkânları yaratmaktadır. İyi bir yatırım ortamı için yatırımların düzgün ve sağlam bir biçimde yapılabilmesi emniyeti (garantisi) sunulmalıdır. Bu amaçla son 40 yılda, 2000'in üzerinde iki taraflı (*Bilateral*) ve bir sürü çok taraflı (*Multilateral*) yatırım koruma sözleşmesi gerçekleştirilmiştir. Bu sözleşmeler ev sahibi devlet ile yatırımcının karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Bu sözleşmeler yatırımcıya, özellikle tazminat verilmeden yapılan kamulaştırmalar ile benzeri tehlikelere ve ayrımcılık girişimlerine karşı korunma hakkı vermekte, kazançlarını engelsiz bir biçimde transfer edebilme hakkı sağlamaktadır. Bu hakların gerçekleştirilmesi, verilmesi (tanınması) kadar önemlidir<sup>1</sup>. Yatırımcılar, ev sahibi ülkenin mahkemelerinde haklarını alamayacaklarından endişe ettikleri için ev sahibi ülke-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

<sup>1</sup> Az gelişmiş ülkelerdeki yabancı yatırımları kamulaştırma, iç kargaşa, döviz transferi riski, sözleşme ihlali, savaş gibi politik risklere karşı korumak ve bu yatırımları garanti altına almak amacıyla Dünya Bankası bünyesinde faaliyet gösteren " çok taraflı yatırım garanti kuruluşu ( MIGA)" kurulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kırılı-Aydemir, D.: Yabancı Yatırımların Korunması ve MIGA, İstanbul 2005; Erten, R.:Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara 2005, s. 180-199.

lerle de gerçekleştirdikleri yatırımlara ilişkin ihtilaflar bakımından, kural olarak, kendi aralarında milletlerarası tahkimi kararlaştırmaktadırlar<sup>2</sup>.

Tahkimin, bir yargılama olduğu belirtilmelidir<sup>3</sup>. Tahkimin nirengi noktası hakem kararıdır. Bu ise –maddi teorisini savunan yazarların savunduklarının aksine– özel hukuka ilişkin hakları inşa eden bir hukuki muamelenin değil, yargısal bir faaliyetin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında tahkim anlaşmasının usul sözleşmesi sayılmasına yol açan en başta gelen etkenler, onun etkilerini usul hukuku alanında doğurması, tahkim itirazının (ilk itirazının) taraflarca dermeyanının adliye mahkemesinin önünde görülen davanın reddine yol açmasıdır. Kuşkusuz en önemli gerekçe ise, –hakem kararlarının tenfizden önce– aynen mahkeme kararlarında olduğu gibi kesin hüküm etkisine haiz olmalarıdır<sup>4</sup>.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde, mahkeme dışı çözüm usulleri arasında yer alan arabuluculuk kurumu da önem arz etmektedir<sup>5</sup> ve ICSID bünyesinde de düzenlenmiştir.

Yatırımın korunmasına ilişkin ihtilaflarda özellikle uluslararası tahkim için hazırlanmış olan ve Dünya Bankası bünyesinde örgütlenen 18.03.1965 tarihli ICSID sözleşmesi ve ICSID (veya merkez) mevcuttur. Türkiye bu sözleşmeye tarafır<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Günümüzde en çok tercih edilen kurumsal tahkimi merkezleri: 1) AAA (Amerikan Tahkim Derneği- American Arbitration Association), 2) ICC (Milletlerarası Ticaret Odası- International Chamber of Commerce), 3) ICSID, 4) Stockholm Tahkim Odası, 5) Londra Deniz Tahkim Odası.

<sup>3</sup> Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için de bkz. N. Deren-Yıldırım, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004, s. 23 vd.

<sup>4</sup> N. Deren-Yıldırım, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004, s. 25; Y. Alangoya, Tahkimin Niteliği ve Denetimi, İstanbul 1973, s. 55; Y. Alangoya/K. Yıldırım/N. Deren-Yıldırım, Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2006, s. 644.

<sup>5</sup> Arabuluculuk kurumu hakkında bkz. M.K. Yıldırım, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kararı Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 35-80; N. Deren-Yıldırım, Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, s. 81-97, Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiriler ve Öneriler - İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008; M. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2009, s. 491 vd.

<sup>6</sup> Bu sözleşme, Türkiye tarafından 06.12.1988 tarihinde onaylanmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu ICSID Konvansiyonu kapsamında, 2002-2003 yıllarında, birinde devletin Türkiye olduğu; diğerinde ise davacının bir Türk şirketi olduğu iki tahkim başvurusu yapılmış olması, konunun Türkiye bakımından ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bkz. I. Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s. 4. Ayrıca, Türk iç hukukunda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 17.16.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu konu la ayrıntılı bilgi için bkz. N. Ekşi, "Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme", YÜHFD, 2004, C. I, S. 2, s. 169 vd.

Ayrıca Türkiye ulusal tahkim mevzuatı açısından, Türkiye’de yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflar açısından söz konusu olan tahkim milletlerarası tahkim niteliği kazanır<sup>7</sup>. MTK.’da m. 8’de tahkim yargılamasına uyulması gereken usul ve ilkeler konusu düzenlenmiştir. M. 8/B fıkrası, taraflara karşı eşit davranma ve “iddia-müdafaa” ilkelerine ilişkin usulün taraflarca serbest olarak seçilebileceğinden bahsetmektedir.

### **Tarihsel Gelişim:**

ICSID anlaşması Dünya Bankası’nın inisiyatifi ve ön çalışması sayesinde ortaya çıkmıştır. Sözleşme, ICSID merkezinin kurulmasına ve yatırım konusuna ilişkin ihtilaflar için sulh ve tahkim prosedürlerinin yaratılmasına hizmet etmektedir. 1950’lerde ve 1960’larda Dünya Bankası’na, yatırımcılar ile kendilerini misafir eden gelişmekte olan ülkeler arasında çıkan ihtilaflarda uzlaştırıcı olarak sıkça başvurulmuştur. Ancak uzlaştırma ve ihtilafları çözme Dünya Bankası’nın asli görevi olmadığı için, bu konuyu 1962’de kurumsallaşmış bir tahkim prosedürüne devretme kararı verilmiştir.

Bu amaçla ICSID, 14 Ekim 1966’da yürürlüğe girmiştir. 2005-2006 yılı itibarıyla, 155 devlet sözleşmeyi imzalamıştır<sup>8</sup>.

### **Hukuki Mahiyeti:**

ICSID devletler hukuku süjesi olarak uluslararası hükmi şahsiyete sahiptir. Sözleşmelere taraf olabilir. Taşınır veya taşınmaz malvarlığı edinebilir, onlar üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Dava açabilir ve kendisine dava açılabilir. ICSID’in kendisinin, çalışanlarının ve bir ICSID tahkim prosedürüne dahil olan kişilerin sözleşmeye taraf olan ülkelerin sınırları içindeki mahkemeler bakımından tam kapsamlı dokunulmazlığı vardır<sup>9</sup>. Hukuki sınıflandırılması tartışmalı olmakla beraber, ICSID tahkimini *sui generis* tarzında bir tahkim olarak nitelendirmek eğilimi mevcuttur<sup>10</sup>.

---

Ayrıca bkz. B. Yeşilova, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemele-  
rin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 86 vd.

<sup>7</sup> 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), m. 2.

<sup>8</sup> Bu sözleşme Washington Sözleşmesi olarak da anılmaktadır. Ülkelerin listesi için bkz.  
<http://www.worldbank.org/icsid/cconstate/c-states-en.htm>

<sup>9</sup> ICSID Sözleşmesi, Art.18.

<sup>10</sup> B. Schöbener/L. Markert, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes,  
(2006), s. 65 vd., 69 dn. 28 civarı.

### **Kurumun İşlevi, Merkezinin Bulunduğu Yer:**

ICSID'in kendisi, bir tahkim mahkemesi değildir. ICSID bir idari organdır ve ICSID sözleşmesi çerçevesinde yatırım konusundaki tahkimin yapılabilmesi için kurumsallaşmış şartları belirlemektedir. ICSID nezdinde davalar derdest olmaktadır. ICSID sekreterliği, taraflara prosedüre ilişkin sorularda ve hakemlerin seçiminde yardımcı olmaktadır. Tahkim yargılaması başladıktan sonra ICSID dava dosyasını takip etmekte, layihalar teatisini ve delillerin organizasyonu yapmakta, ayrıca duruşma günlerini belirlemekte ve hakemlere işlerinde yardım etmektedir<sup>11</sup>. ICSID, ABD'nin başkenti Washington'daki Dünya Bankası'nın binasında bulunmaktadır.

### **ICSID'in Organları:**

İdari Konsey, Sekreteryaya ve Genel Sekreter, Paneller (Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli).

### **Hakem Mahkemesi:**

ICSID Hakem mahkemesi ICSID'in asıl anlamda bir kurumu değildir. Her somut olay için yeniden kurulur ve tarafların seçtikleri hakemlerle oluşturulur. ICSID sadece hakem mahkemesini desteklemektedir.

Hakem Mahkemesinin Oluşumu: ICSID sözleşmesi, taraflara hakem mahkemesini oluşturma konusunda büyük serbesti tanımaktadır, ancak aynı zamanda bu konuda taraflar arasında olası bir anlaşmazlığın prosedürü engellemesi konusunda tedbirini almaktadır. Merkezin bir hakemler paneli bulunmaktadır. Her taraf devlet, kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından dört kişi atamaktadır<sup>12</sup>. Bu şekilde bir panel oluşturulmasının sebebi tarafların hakem seçimi konusunda kararsız kalmalarını önlemek içindir<sup>13</sup>. ICSID hakem mahkemesi ya bir hakemden, ya da tek sayılı hakem heyetinden oluşmaktadır. Her iki alternatif tarafın anlaşması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Taraflar hakemlerin sayısı konusunda anlaşamadıkları takdirde, heyet üç hakemden oluşmaktadır. Her bir taraf bir hakemi tayin eder, heyet başkanı ise her iki hakemin ortak iradesi ile ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>11</sup> ICSID Sözleşmesi, Art. 36, 49 vd.

<sup>12</sup> ICSID Sözleşmesi Art. 13/İ.

<sup>13</sup> R.Erten, "ICSID Tahkimi", BATIDER, C. XIX, S. 4, s. 214.

## Yetkiler ve Ödevler:

Hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında kendisi karar verir<sup>14</sup>. Bu ICSID sözleşmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Çünkü bir ICSID hakem kararı bağlayıcıdır ve bir üst makama götürülemeyecektir. Bu karar üye ülkeler açısından nihai bir karar olarak değerlendirilmektedir<sup>15</sup>. Hakem mahkemesinin kendi yetkisine yanlış yere onayladığı konusunda itirazın geçerliliği veya ön bir soru olarak mı ele alınacağı konusu heyet tarafından belirlenecektir<sup>16</sup>. Hakem mahkemesi taraflardan tüm senetleri ve diğer delilleri getirmelerini isteme yetkisine sahiptir. Kendisi keşfe gidebilir ve orada gerekli gördüğü tüm incelemeleri yapabilir. Tarafların muvafakatı ile mahkeme, hakkaniyete göre karar vermektedir<sup>17</sup>.

**Yetki:** ICSID sözleşmesinin ağırlık verdiği husus, yatırımlara ilişkin ihtilafların çözülmesi ve bu prosedürlerin gerçekleştirilmesidir. Bundan dolayı ilk önce tespit edilmesi gereken husus, ICSID'in ne zaman yetkili olacağı konusudur. Art. 25, ICSID'in yetkisini düzenlemektedir. Aslında burada, idari konseyin yetkisi düzenlenmiştir. Ancak, hakem mahkemeleri kendi yetkilerini buna paralel olarak denetlemektedirler. ICSID'in yetkisinin temel şartı, doğrudan bir yatırıma ilişkin bir ihtilafın olması ve bu ihtilafın sözleşmeye taraf olan bir ülkenin tebaası ile gene sözleşmeye taraf olan bir ülke (devlet) arasında olmasıdır<sup>18</sup>.

Yetki için prosedür başlıkları:

1. Genel Sekreter tarafından yapılan ön inceleme<sup>19</sup>.
2. Yetkinin şartları (**Doğrudan yatırıma ilişkin olması**)
3. Onay (Ülkeler ICSID'in kurumlarını kullanmak için üye oluyorlar, ancak üye olduklarında ICSID tahkimine tabi olacaklarını kabul etmiş olmuyorlar, bunun için ayrıca yazılı bir onay gereklidir).
4. **Yatırım** (Bu esasa ilişkin –konu bakımından– bir yetki şartıdır) (**ratione materiae**). İhtilaf doğrudan yatırımla ilgili olmalıdır. Bu şart altında yatırım sözcüğünün ne anlama geldiği incelenmektedir<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> ICSID Sözleşmesi Art. 41/I.

<sup>15</sup> ICSID Sözleşmesi Art. 53/I ve 54/I.

<sup>16</sup> ICSID Sözleşmesi, Art. 41/II.

<sup>17</sup> ICSID Sözleşmesi, Art. 42/III

<sup>18</sup> Schöbener/Markert, s. 75.

<sup>19</sup> ICSID Sözleşmesi, Art 36/3.

<sup>20</sup> Schöbener/Markert, s. 81-82.

ICSID Sözleşmesi bir yatırım tanımı vermemektedir. Yatırımın ne olduğu, ICSID Sözleşmesi'nde kasten verilmemiştir<sup>21</sup>. Bu açıdan yatırım kavramı ile ilgili olarak taraf iradelerine bakmak gerekecektir. Tarafların yatırımı belirleyen iradesi, ya tarafların yapmış olduğu yatırım sözleşmesinden ya da devletler arasında yapılmış olan yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine yönelik iki veya çok taraflı anlaşmalardan ortaya çıkacaktır<sup>22</sup>.

5. **Şahsi yetki şartı (ratione personae)** ( ICSID sözleşmesine üye olan bir devlet ve başka bir üye devletin tebaası karşı karşıya gelmelidir.)
6. **Özel Yetki Sorunları:** En çok gözetilen ulus kaydı (*Meistbegünstigungsklausel*). Bu kloz her türlü yatırım teşviki ve koruma sözleşmelerinde bulunmaktadır. Amacı, misafir eden ülkenin, başka bir üye ülkeden gelen yatırımcıyı, aynı şartlar çerçevesinde üçüncü bir üye devletten gelen yatırımcıdan ayırmamasıdır. Literatürde bu husus *Maffezini-* davası ile örneklendirilmektedir<sup>23</sup>.

Bunun yanında şemsiye klozu (*umbrella clauses*) mevcuttur. Devlete yatırımcıya karşı diğer yükümlülükleri de dikkate alma sorumluluğunu yükler, bu sorumluluğun kapsamı, içeriği, etkisi literatürde ve içtihatla henüz tartışmalıdır<sup>24</sup>.

7. **Yetkinin Kurulmasının Etkisi:** ICSID'e bağlı olmanın özel etkileri bulunmaktadır. Şöyle ki, ev sahibi ülkenin, kendini uluslararası tahkime tabi tutması karşılığında yatırımcı, kendi ülkesinin diplomatik korumasını kullanma imkânını kaybetmektedir<sup>25</sup>.
8. **Additional Facility Rules** (Şahsi yetki şartını genişleten kural): İdari Konsey 1978'de bu kuralları ihdas etmiştir. Buna göre, şahsi yetki şartına ek getirilmiştir ve böylece taraflardan biri ICSID'e üye olmasa bile veya ihtilaf doğrudan yatırımdan kaynaklanmasa bile taraflara ICSID yolunu açmaktadır. Bu kurallar –ICSID Sözleşmesi'nde öngörülememiş olan– tarafların sadece vakıa tespitine yönelik talep-

<sup>21</sup> R.Happ, *Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte 2005-2007*, *SchiedsVZ* 2008, Heft 1, s. 19 vd., 25.

<sup>22</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 149-172; Dost, S., *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006, s. 156-158.

<sup>23</sup> Schöneber/Markert, s. 86-87.

<sup>24</sup> Schöneber/ Markert, s. 89-90; Happ, s. 22.

<sup>25</sup> Schöneber/Markert, s. 97.

lerine de hizmet vermektedir. Bu tür prosedürler, *Additional Facility Rules'un* özel düzenlemelerine göre yürütülmektedirler.

Bu kurum, Türk literatüründe “Ek Mekanizma Tahkimi” adıyla da anılmaktadır<sup>26</sup>. Bu konuya ilişkin örnek dava, *Metalcad v. Meksika Birleşik Devletleri* davasıdır<sup>27</sup>.

Ek mekanizma tahkiminin ICSID tahkiminden farkı, iptal prosedürünün işletilememesi ve otomatik tanıma sağlanamamasıdır. Masraflar, ICSID yargılamasından farklı olarak, Dünya Bankası'nca değil, taraflarca karşılanmaktadır<sup>28</sup>.

### Yargılama Kuralları:

Yargılama hukuku ICSID sözleşmesinde ve ona ek olan “*Arbitration, Conciliation ve Institution Rules*”, da düzenlenmektedir ve uluslar arası kamusal yargılamadan sayılmaktadır.

Yargılama kurallarında, iki bölümü ayırdetmek gerekir.

1. bölüm, ICSID'in yani ICSID prosedürünün başlamasına yönelik olan kurallardır.

2. bölüm ise, tahkim prosedürünü düzenleyen kurallardır.

ICSID'in resmi dilleri İngilizce, Fransızca ve İspanyolca'dır.

Yargılama taraflardan birinin ya da her ikisinin dilekçe vermesiyle başlar. Dilekçe, ICSID'in genel sekreterliğinde tahkimin başlamasına yöneliktir. Dilekçede yer alması gereken hususlar şunlardır: **Taraflar**, sözleşmeye taraf üye devletin mensubunun **tabiyeti**, yatırımla ilgili bir ihtilafın bulunduğuna dair **vakıalar** ve ihtilafın ICSID tarafından çözümlenmesi için gerekli **yazılı onay**.

**Tahkim yargılaması:** Tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarını belirleme yetkisi vardır. Tarafların böyle bir belirleme yapmamış olmaları halinde yargılama, Art. 41-47 hükümlerine göre yapılır. Ayrıca, onay tarihinde yürürlükte olan “*Arbitration Rules*” da yargılamada uygulanır. Genel sekreterliğin taraflara, hakemlerin görevlerini kabul ettiklerini haber vermesiyle yargılama başlar.

<sup>26</sup> Yılmaz, s. 31 vd.

<sup>27</sup> Dava için bkz. Dost, s. 184 vd. Dost, bu davayı ICSID yargılamasına örnek olarak vermiştir.

<sup>28</sup> Schöneber/Markert, s. 98, dn. 170, 176 civarı. Ayrıca bkz. Dost, s. 178-179.

**Uygulanacak hukuk:** ICSID tahkim yargılaması, tahkimde geçerli olan irade serbestisine uymaktadır. Böylece taraflar, olayda hangi hukukun uygulanacağına kendileri karar verebilmektedir. Mahkeme (*Tribunal, Gericht*), ihtilafa tarafların kararlaştırdığı hukuku uygular. Ancak, tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde, ev sahibi ülke hukukunun maddi hukuk kuralları ile kanunlar itilafı kuralları ve uluslararası hukukun genel ilkeleri dikkate alınmak sureti ile yargılama yapılacaktır<sup>29</sup>.

Hakem kararı yargılamanın bitiminden en geç 120 gün içinde verilmelidir. Yazılı olmalı ve tüm sorunları ve onlara ilişkin kararları içermelidir. Mahkeme (heyet), tarafların dilekçesi üzerine, gözden kaçan hukuki sorunlara ilişkin olarak hakem kararından 45 gün sonraya kadar bunları inceleyip, üzerinde karar verebilir<sup>30</sup>.

Kararda önemli bir eksiklik olduğunda bir ad hoc komisyonu tarafından karar kaldırılmaktadır. Komisyon, kendisi bir karar vermemekte, sadece kararı kaldırmaktadır. Taraflar bundan sonra yeni bir tahkim prosedürü başlatabilirler.

Kural olarak yabancı mahkeme kararlarının icrası için icra edilecek ülkede tanıma ve tenfizi gereklidir. Ancak uluslararası tahkim kararlarının icrası için 1958 tarihli NewYork Sözleşmesi geçerlidir. Bu sözleşme, başka bir ülkede verilmiş tahkim kararının icrasını kolaylaştırmaktadır. Bu sözleşmeye 140'dan fazla ülke taraf olmuştur. NewYork Sözleşmesi kapsamında, yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi ulusal mahkemelerin yetkisine dahil olmaktadır. İşte, ICSID tahkimini NewYork Sözleşmesi'nden ayıran en önemli nokta burada yer almaktadır. Çünkü ICSID tahkimi çerçevesi içerisinde ortaya çıkan bir kararın tanınıp tenfiz edilmesi doğrudan gerçekleşmektedir. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler, bu kararın bağlayıcılığını kabul edeceklerini ve kendi ülkelerindeki kesinleşmiş bir kararın icrası için ne gerekiyorsa onu uygulamakla yükümlü olacaklarını taahhüt etmektedirler<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Schöneber/Markert, s. 101. BM Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası hukukun genel kabul gören ilkeleri belirtilmiştir. Bunlar iyi niyet, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, verilen zararların tazmini ilkesidir.

<sup>30</sup> ICSID Sözleşmesi, Art. 49/2.

<sup>31</sup> Schöbener,/ Markert, s. 106-107; ICSID Sözleşmesi, Art. 53/1, 54/1.



### **Arabuluculuk prosedürü:**

ICSID sözleşmesinde tahkim prosedürünün yanında bir ihtilafı çözümleme imkânı olarak bir arabuluculuk prosedürü de öngörülmüştür. Arabuluculuk, ICSID Sözleşmesi'nde Art. 28-35 arasında düzenlenmektedir. Ancak, arabuluculuk prosedürü imkânından şimdiye kadar çok az istifade edilmiştir. 2006 yılı başı itibarıyla 5 ihtilaf gelmiştir. Bunlardan biri *Tesoro Petrol v. Trinidad Tobago* ihtilafında uzlaştırma komisyonunca prosedür başarıyla uygulanarak çözüm sağlanmıştır.

Arabuluculuk yargılama kuralları, tahkim prosedüründeki (*Arbitration Rules*) kurallara büyük ölçüde paraleldir. Arabuluculuk yargılaması, ICSID Sözleşmesi'nin ilgili bölümleri ve başvuru tarihinde yürürlükte olan merkezin arabuluculuk kurallarına göre yürütülecektir (Art. 33). ICSID Sözleşmesine ek niteliği taşıyan Tahkim Kuralları ve Uzlaştırma Kuralları bulunmaktadır. Bu kurallar kapsamında arabuluculuk heyetinin oluşumu özellik arz etmektedir. Arbitration Rules ile Conciliation Rules arasındaki bir fark şudur: Arabuluculuk (uzlaştırma) komisyonu üyeleri tarafların tabiyetinden farklı olmamak zorundadır. Buradaki gaye, bu üyelerin ihtilafı tarafların hukuki ve diğer bakış açılarını daha iyi anlayabilecekleri ve böylece arabuluculuğu teşvik edecek olmasıdır<sup>32</sup>.

### **ICSID Tahkim Yargılaması ile Arabuluculuk Kurumunun Karşılaştırılması:**

Arabuluculuk prosedürünün, tahkim yargılamasından ayrıldığı birtakım noktalar vardır. Arabuluculuk prosedürünün, taraflara daha fazla serbesti verdiği görülmektedir. Bunun amacı, tarafları ihtilafı çözmeye teşvik etmektir. Tahkim prosedüründen farklı olarak, taraf her zaman kendi iradesiyle (yargılamaya gelmemekle veya müzakerelere katılmamakla) bu prosedürden ayrılabilir<sup>33</sup>.

Taraf, prosedür esnasında ileri sürülen beyanlara, fikirlere, ikrarlara ve sulh önerilerine veya komisyonun raporlarına, başka bir mahkeme veya tahkim mahkemesinde dayanamaz, meğer ki, taraflar aksini kararlaştırmış olsunlar.

Art. 26'dan da anlaşıldığı üzere, arabuluculuk prosedürü başvurulabilecek diğer hukuki çarelerin önünü kapatmaz.

<sup>32</sup> Schöbener/Markert, s.109, dn. 248.

<sup>33</sup> Schöbener/Markert, s. 109, dn. 249.

Taraflar anlaşır, komisyon bunu rapor eder. Bu anlaşma taraflar için bağlayıcıdır<sup>34</sup>. Ancak, bu anlaşma, ICSID tahkim kararıyla kıyas edilemez. Bundan dolayı, anlaşmanın icrası Art. 54'e istinaden yapılamaz. Aynı bir mahkeme yargılaması gerekmektedir<sup>35</sup>.

Eğer bir anlaşma sağlanamazsa veya komisyon anlaşma imkânı göremiyorsa, komisyon yargılamayı bitirir ve bir rapor hazırlar. Bu raporda ihtilaf konusunun arabuluculuk prosedürünün konusu olduğu ve tarafların anlaşamadıkları tespit edilir.

### **Reform Çalışmaları:**

ICSID Sekreterliği, 22 Ekim 2004'te internette bir tartışma sayfası açmıştır. Bu sayfada ICSID ile ilgili mümkün reformlar gösterilmekte ve yorum yapılmasına davet edilmektedir. Bu bağlamda sadece üye devletlerin değil, geniş bir kamuoyunun reform önerilerini yorumlaması imkânı sağlanmıştır.

ICSID tartışma sayfasında yer almayan bir husus, paralel yargılamadır. Paralel yargılamada, değişik taraflar, aşağı yukarı aynı konu için aynı ev sahibi ülkeye dava açmış olmaktadır. Bu davalarda, benzer veya aynı hayat olayları için farklı hükümlerin verilmesi tehlikesi söz konusudur. Bu konuya ilişkin en önemli dava *Mihaly Davası*'dır<sup>36</sup>.

Yargılamanın aleniliği: Öneriler içerisinde geniş kitleleri kapsayacak şekilde aleniyet uygulaması da öngörülmektedir. Hakem kararları sadece tarafların rızası ile yayınlanmaktadır.

İkinci derece yargılaması: Tartışma sayfasında en önemli reform önerisi budur. Ad hoc komisyonlarının değişik sonuçlara varması endişesinden dolayı, ICSID bu ikinci derece yargılaması önerisiyle cevap vermek istemektedir<sup>37</sup>.

### **Sonuç Olarak:**

Türkiye'nin de taraf olduğu ICSID Konvansiyonu kapsamında, 2002 yılından bu yana gerek Türk Devleti'nin davalı olduğu gerek yatırımcı Türk şirketlerinin davacı konumunda olduğu tahkim başvuruları yapılmış olması ve

---

<sup>34</sup> ICSID Sözleşmesi, Art. 34/II.

<sup>35</sup> Schöbener/Markert, s. 109.

<sup>36</sup> Schöbener/Markert, s. 110.

<sup>37</sup> Schöbener/Markert, s. 112.

sonrasında konunun ülkemiz bakımından da pratik önemi olduğunu göstermektedir<sup>38</sup>.

ICSID yargılaması tarafsız olması ve önceki kararlarının kabul görmesi sebebiyle ihtilafların çözümünde önemli bir vasıtaadır. Hakem kararlarının icra edilebilirliği ve ayrıca arkasında Dünya Bankası'nın oluşu da kurumu çekici hale getirmektedir. Kararlarının da alışılmışın dışında, çoğu kez yayınlanıyor olması da çeşitli bakış açıları yönünden bilimsel tartışmalar için zemin yaratmaktadır ve yatırımlara ilişkin bir kamu (devletler) hukukunun gelişmesine imkân vermektedir. Dava sayısında son yıllarda bir patlama yaşanmıştır. Bu durumun en önemli sebebi kuruma karşı oluşan büyük bir saygı ve inançtır. Aleniyete ve etkinliğe yönelik reform çabaları da olumlu bir gelişmedir. İkinci derece yargılamanın prosedürü çekici kılıp kılamayacağını zaman gösterecektir. Benzeri endişeler zamanında A.t.52'de düzenlenen iptal prosedürünün kötüye kullanılması ile ilgili olarak da söz konusu olmuştu, ancak bu endişeler dahi ICSID'e olan sempatiyi kesintiye uğratmamıştır<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Yılmaz, s. 4 vd.; Dost, s. 207 vd.

<sup>39</sup> Schöbener/Markert, s. 116.

