

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (DEVLETLER ÖZEL HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ICSID TAHKİMİNDE ESASA UYGULANACAK
HUKUK**

Yüksek Lisans Tezi

Neva Övünç ÖZTÜRK

Ankara -2006

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| İÇİNDEKİLER..... | I |
| KISALTMALAR..... | VII |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ICSID SÖZLEŞMESİ VE ICSID TAHKİMİ

| | |
|--|----|
| I. GENEL OLARAK ICSID SÖZLEŞMESİ | 4 |
| A. ICSID SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ | 4 |
| 1. Yatırım Tanımı | 5 |
| 2. Yabancı Yatırımın Tâbi Olacağı Hukukî Muamelenin Standardı..... | 8 |
| B. ICSID SÖZLEŞMESİNİN YAPISI VE AMACI..... | 14 |
| 1. ICSID Sözleşmesinin Yapısı..... | 14 |
| 2. ICSID Sözleşmesinin Amacı..... | 14 |
| II. GENEL OLARAK ICSID TAHKİMİ | 15 |
| A. ICSID TAHKİMİ KAVRAMI | 15 |
| B. ICSID TAHKİMİNİN UNSURLARI | 16 |
| 1. ICSID Sözleşmesine Göre ICSID Tahkiminin Uygulama Alanı | 16 |
| 2. ICSID Tahkimine Başvuru Usulü | 18 |
| 3. Tahkimin Yeri | 20 |
| 4. Tahkimin Dili | 20 |

İKİNCİ BÖLÜM

ICSID TAHKİMİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA BELİRLENMESİ

| | |
|--|-----------|
| I. TARAFLARCA BİR HUKUK SİSTEMİNİN VEYA HUKUK KURALLARININ SEÇİLMESİ..... | 21 |
| A. GENEL OLARAK | 21 |
| B. ICSID TAHKİMİNDE İRADE SERBESTİSİ | 22 |
| 1. Genel Olarak İrade Serbestisi Kavramı..... | 22 |
| 2. ICSID Tahkiminde İrade Serbestisi Kavramı | 24 |
| a. İrade Serbestinin Kapsamı | 25 |
| b. Hukuk Seçiminde Tarafları Etkileyen Unsurlar..... | 27 |
| c. ICSID Sözleşmesinin Hazırlık Çalışmalarında İrade Serbestisine Yapılan İtirazlar..... | 28 |
| II. HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ | |
| A. AÇIK HUKUK SEÇİMİ | 31 |
| 1. Açık Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli | 31 |
| 2. Seçilecek Hukukun Niteliği | 33 |
| a. Kaynak Devletin veya Ev Sahibi Devletin Hukukunun Seçilmesi | 33 |
| b. Ev Sahibi Devletin Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte Seçilmesi | 34 |
| c. Üçüncü Bir Devlet Hukukunun Seçilmesi | 35 |

| | |
|---|----|
| d. “Hukuk Kuralları”nın Seçilmesi | 35 |
| 3. Birden Çok Hukukun Seçilmesi (<i>Depaage</i>) | 36 |
| 4. Seçilen Hukukun Kanunlar İhtilafı Kuralları | 37 |
| 5. Hukuk Seçiminin Zamanı..... | 39 |
| B. ZİMNİ HUKUK SEÇİMİ..... | 40 |
| 1. Ev Sahibi Devletin Düzenlemelerine Gönderme Yapılarak ve İkili Yatırım Anlaşmaları Yolu İle Hukuk Seçiminin Gerçekleşmesi | 42 |
| 2. Zımnî Hukuk Seçimine Uygulamadan Bir Örnek..... | 45 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNİN OLMADIĞI HALLERDE UYGULANACAK HUKUK

I. HAKEMLERCE ESASA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİT EDİLMESİ . 49

A. TARAFLARCA HUKUK SEÇİMİ YAPILMADIĞININ TESPİTİ

1. Açık Bir Hukuk Seçiminin Varlığının Araştırılması.....

2. Zımnî Bir Hukuk Seçiminin Varlığının Araştırılması.....

B. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALI

1. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uygulanması

a. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması ...

b. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte
Uygulanması.....

2. Ev Sahibi Devletin Hukukunun ICSID Tahkimi Çerçevesindeki
Uygulanmasından Örnekler.....

| | |
|--|-----------|
| II. TARAFLARIN UYUŞMAZLIĞIN HAKKANİYET VE NISFET KURALLARINA GÖRE (EX AEQUO ET BONO) ÇÖZÜMLENMESİNE KARAR VERMESİ..... | 60 |
| A. GENEL OLARAK | 60 |
| 1. Belirli Bir Hukuk Sistemine Göre Verilmiş Kararlar ile Hakkaniyet ve Nisfete Göre Verilmiş Kararlar Arasındaki Ayırım..... | 62 |
| 2. Hakkaniyet ve Nisfetin <i>Ex Aequo Et Bono</i> Karar Yetkisi Dahilinde Kullanılması ile Milli Hukuk ve Uluslararası Hukuk Kapsamında Kullanılması Arasındaki Ayırım | 63 |
| B. ICSID TAHKİMİNDE HAKKANİYET VE NISFET KURALLARINA GÖRE KARAR VERİLMESİ..... | 65 |
| 1. ICSID Tahkiminde Hakemlere Hakkaniyet ve Nisfete Göre Karar Verebilme Yetkisi Tanınmasının Amacı..... | 67 |
| 2. ICSID Tahkiminde Hakkaniyet ve Nisfete Karar Verilebilmesini Sağlayan Anlaşmalar..... | 68 |
| a. Tarafların Tahkim Anlaşması İçerisinde <i>Ex Aequo Et Bono</i> Karar Yetkisine Rıza Göstermesi..... | 68 |
| b. Tarafların Tahkim Anlaşması İle Rıza Göstermedikleri Halde Sonradan <i>Ex Aequo Et Bono</i> Karar Yetkisini Tanınmaları | 69 |
| C. <i>EX AEQUO ET BONO</i> KARARLARIN <i>NON LIQUET</i> YASAĞI DAHİLİNDE UYGULANAMAMASI..... | 71 |

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESASA UYGULANACAK HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARARASI HUKUKUN İFADESİ VE ESASA UYGULANACAK HUKUKA GETİRİLEN SINIRLAMALAR

| | |
|--|-----------|
| I. UYGULANACAK HUKUKTA BOŞLUK BULUNMASI..... | 73 |
| A. ICSID TAHKİMİNDE <i>NON LIQUET</i> KAVRAMI..... | 73 |
| B. ICSID TAHKİMİNDE <i>NON LIQUET</i> YASAĞININ AMACI..... | 73 |
| II. ULUSLARARASI HUKUKUN UYGULANMASI..... | 74 |
| A. ULUSLARARASI YATIRIMLAR AÇISINDAN ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI..... | 76 |
| 1. Uluslararası Anlaşmalar..... | 76 |
| a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları..... | 76 |
| b. Çok Taraflı Anlaşmalar..... | 77 |
| 2. Uluslararası Teamül Kuralları..... | 78 |
| 3. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri..... | 79 |
| B. ICSID TAHKİMİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN UYGULANMASI..... | 80 |
| 1. Genel Olarak..... | 80 |
| 2. Hukuk Seçiminin Sonucu Olarak..... | 81 |
| 3. Seçilen Hukukun Bir Parçası Olarak..... | 82 |
| 4. Taraflarca Tek Başına Seçilmediği ya da Seçilen Hukuk Kapsamına Alınmadığı Halde Uluslar arası Hukukun Uygulanması..... | 83 |

| | |
|--|------------|
| III. ICSID TAHKİMİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK KONUSUNA GETİRİLEN SINIRLAMALAR | 90 |
| A. ULUSLARARASI KAMU DÜZENİ | 90 |
| B. EHLİYET VE TARAFLARIN STATÜSÜNE İLİŞKİN DURUM | 92 |
| 1. Ev Sahibi Devletin Tahkime Başvurma Yetkisinin Olmaması | 92 |
| 2. Yatırımcının Statüsü ve Ehliyetinin Tâbi Olduğu Hukuk | 93 |
| C. TARAFLARIN HUKUK SEÇİMİ YAPTIKLARI DURUMDA OLUŞACAK SINIRLAMALAR..... | 94 |
| 1. Seçilen Hukukun Niteliği | 94 |
| 2. Seçilen Hukuk ile Hukukî İlişki Arasında Makul bir Bağlantının Aranması | 95 |
| D. EV SAHİBİ DEVLET HUKUKUNDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER VE İSTİKRAR KAYITLARI | 96 |
| E. <i>EX AEQUO ET BONO</i> KARARLARIN SINIRLANDIRILMASI | 97 |
| 1. Sözleşmenin 48(3) ve 52(1)(e) Maddelerine Göre Kararların Gerekçeli Verilmesi | 98 |
| 2. Uluslararası Kamu Düzeni ve <i>Ius Cogens</i> 'in Etkisi | 98 |
| 3. Ulusal Hukuklarda Yer alan Sınırlamalar | 99 |
| SONUÇ | 101 |
| KAYNAKÇA | 106 |

KISALTMALAR

| | |
|----------------------------|---|
| AAPL | : Asian Agricultural Products Limited |
| AMT | : American Manufacturing and Trading Inc. |
| Ann. Surv. Int'l & Comp. L | : Annual Survey of International and Comparative Law |
| A.Ü. H. F. | : Ankara Hukuk Fakültesi |
| BATİDER | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| bkz. | : Bakınız |
| BM | : Birleşmiş Milletler |
| C. | : Cilt |
| Ch. | : Chapter |
| Doc. | : Document |
| Dn. | : dipnot |
| FILJ | : Foreign Investment Law Journal |
| GATT | : General Agreement on Tariffs and Trade |
| ICC | : International Chamber of Commerce |
| ICLQ | : International Comparative Law Quarterly |
| ICSID | : International Convention on Settlement of Investment Disputes |
| ILJ | : International Law Journal |
| ILM | : International Law Materials |
| ILO | : International Labor Organization |
| IMF | : International Monetary Fund |
| JIAL | : Journal of International Arbitration Law |
| L. & Bus. Rev | : Law and Business Review |
| LETCO | : Liberian Eastern Timber Corporation |

| | |
|----------------|---|
| m. | : Madde |
| MIGA | : Multilateral Investment Guarantee Agency |
| NAFTA | : North American Free Trade Agreement |
| No. | : Numara /Number |
| OECD | : Organization for Economic Co-operation and Development |
| OJ EC | : Official Journal of European Communities |
| Rev. | : Review |
| s. | : sayfa |
| S. | : Sayı |
| T. | : Tome |
| Tul. L. Rev. | : Tulane Law Review |
| UAD | : Uluslararası Adalet Divanı |
| UNCITRAL | : United Nations Commission on International Trade Law |
| UNCTC | : United Nations Centre on Transnational Corporations |
| UN | : United Nations |
| UNESCO | :United Nations Educational Scientific and Cultural Organization |
| vd. | : ve devamı |
| Vol. | : Volume |
| Y.B. Com. Arb. | : Yearbook of Commercial Arbitration |
| Yuk. | : Yukarıda |
| WIPO | : World International Property Organization |

GİRİŞ

Dünya ekonomisinin, küreselleşme hareketleri paralelinde hızla geliştiği günümüzde uluslararası yatırımlar alanında uyuşmazlıkların daha da artarak ortaya çıkması kaçınılmaz bir hâl almıştır. Söz konusu uyuşmazlıkların giderek fazla bir yoğunlukla ortaya çıkması bunların çözümü için farklı ve işlevsel metotların oluşturulması ihtiyacını doğurmuştur. Uyuşmazlıkların uluslararası nitelikli oluşu bunların çözümü için tarafsız bir yargı ortamının oluşması ihtiyacını da birlikte getirmiştir. Aksi takdirde, ulusal temelde bulunacak çözümlerde, uyuşmazlığın tarafı olan devlet, taraflar arasında kendi lehine olan eşitsizliği iyi kullanarak, yine kendi çıkarlarını ve vatandaşlarını koruyan nitelikte ama tarafsız olmayan bir yargılama alternatifi sunacaktır ki bu da gerçek ya da tüzel kişi olan yatırımcı için ciddi boyutlarda bir risk anlamını taşımaktadır.

İşte, yatırımcıların güven ve istikrar arayışı çerçevesinde karşılaşılabilecekleri riskleri en aza indirmek amacıyla güden bir uyuşmazlık çözümü metodu olarak, tahkim, günümüzde oldukça popüler bir tercih haline gelmektedir. Zira, bu uyuşmazlık çözümü metodu geleneksel yargılama metotları ile karşılaştırıldığında bir çok avantaja sahiptir. Taraflar, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek istediklerinde, uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuku kendileri belirleyebildikleri gibi, uyuşmazlığın hangi usule göre ve nasıl çözümlenebileceğini de önceden bilebileceklerdir. Bunun yanında, kararın tanınması ve tenfiz edilmesi konularında sağlanan kolaylık ve işlevsellik de özellikle, yatırımcı açısından hukukî bir güvence ortamı sağlamaktadır. Zira, böylelikle, yatırım uyuşmazlıklarının

“depolitize” edilmesi mümkün olmaktadır¹. Bu durumda, özellikle, yatırımcı taraf hukuki anlamda arayışı içerisinde olduğu istikrar ve güveni tahkim yargılaması sayesinde bulmuş olacaktır². Bu bağlamda küresel yatırımların beslenmesi ve uluslararası yatırım hareketlerine dair uyuşmazlıkların çözümü için tarafsız bir yargı alanı oluşturulması amacıyla Dünya Bankası, 1966 yılında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Sözleşmeyi (ICSID Sözleşmesi – ICSID) yayınlamıştır.

Sözleşme, âkit ülke vatandaşı olan gerçek ya da tüzel kişi yatırımcıların yine âkit olan diğer devletlerde ve özellikle de gelişmekte olan ülkelerde herhangi bir uyuşmazlık oluştuğunda hukuki anlamda bir kaygı duymadan özgürce yatırım hareketlerine girebilmeleri olanağını sağlamıştır. Oluşumundan itibaren ICSID Dünya Bankası faaliyetleri kapsamında büyük bir kabul görmüş ve uluslararası yatırım hareketlerinin gelişimi açısından yenilikçi bir bakış açısı olarak benimsenmiştir. Ancak, tüm bu avantajlarına rağmen, ICSID ilk yirmi yılında gereken ilgiyi tam olarak görmemiş, başlangıç olarak 1984 yılına kadar sadece yirmibir uyuşmazlık ICSID önüne gelmiştir. Günümüzde ise, ICSID tahkimi oldukça yoğun bir ilgi görmekte, ve ICSID Sözleşmesine taraf olan devlet sayısı gün geçtikçe artmaktadır.

Çalışmamızda, ICSID tahkiminin en önemli özelliğinden biri olan esasa uygulanacak hukuk konusu incelenecektir. Bu konunun ICSID tahkiminin en

¹ **Sacerdoti, G.:** “The Settlement of Foreign Investment Disputes”, Rec. des Cours, T. 269 (1997), s.419.

² **Sedlak, R.D.:** ICSID Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, Penn St. Int’l L.Rev. C.23(Summer 2004), s.147.

önemli özelliklerinden biri kabul edilmesinin sebebi, taraflara hukuk seçimi konusunda tam bir serbesti tanınmış olmasının yanı sıra, bir hukuk seçiminin söz konusu olmadığı durumda da hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun önceden belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda, hem hukukî bir öngörülebilirlik hem de taraflar arasında belirgin bir denge sağlanmış olmaktadır. Taraflar, ayrıca, ICSID tahkimi kuralları çerçevesinde, hakemlere *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanıma imkânına da sahiptirler.

Çalışmamızda, öncelikli olarak, Sözleşmenin 42(1). maddesi ilk paragrafı hükmü kapsamında, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmeleri konusu incelenecek ve daha sonra, ICSID tahkimi çerçevesinde bir hukuk seçimi bulunmaması durumunda uygulanacak hukuk konusu irdelenecektir. Bu bağlamda, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafında düzenlenen bir hukuk seçiminin olmadığı durumda hakemlerce ev sahibi devlet hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanacağı hükmü ve kararların *ex aequo et bono* karar yetkisi kapsamında verilebilmesi konularına değinilecektir. ICSID tahkimi çerçevesinde büyük bir öneme sahip olan uluslararası hukuk kurallarının uygulanması konusu çalışmamız içerisinde ayrı bir bölümde ele alınmakla birlikte, bu bölüm içerisinde, uluslararası hukuk kurallarının özellikle bir hukuk seçiminin varlığı durumunda bu seçime dahil olmadığı halde uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasına yer verilecektir. Çalışmamızın son bölümünü ise, ICSID tahkimine getirilen sınırlamalar konusu oluşturmaktadır.

Çalışmamız, son olarak ulaştığımız sonuçların değerlendirilmesi ile neticelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ICSID SÖZLEŞMESİ VE ICSID TAHKİMİ

I. GENEL OLARAK ICSID SÖZLEŞMESİ

A. ICSID SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Tarih açısından kısa sayılabilecek bir süre öncesine kadar, yabancı doğrudan yatırımların tâbi olacağı hukukî muamele, temelde ve bütünüyle, ev sahibi devletin (yabancı yatırımı kabul eden devletin) insiyatifindeydi. Bu bağlamda, doğrudan yabancı yatırımlar, yabancılara verilen zararlar açısından devletin hukukî sorumluluğu kapsamında yer almaktaydı³. Devletin hukukî sorumluluğuna ilişkin kurallar bir tarafa bırakılacak olursa, doğrudan yabancı yatırımlara uygulanabilecek herhangi bir uluslararası düzenleme de bulunmamaktaydı. Doğrudan yabancı yatırımların hukukî çerçevesi hakkında uzun süredir devam eden tartışmalar, bir süre sonra tamamen pragmatik ve politika temelli birtakım yargılara dönüşmüştü. Bu yargılar ise, aslında, doğrudan yatırımların tâbi olacağı hukuk, hangi kural ve ilkelerin bu bağlamda “doğru” kabul edileceği gibi konularla ilgilenmekten öte, var olan şartlar altında ne tür politikaların ve tedbirlerin, sermaye ve teknolojinin uluslararası akışında etkili olabileceği üzerinde yoğunlaşmıştı. Bu tür bir yaklaşım da, doğrudan yatırım işlemlerine geçerli olarak uygulanabilecek yasal

³ Doktrinin bakış açısına göre, devletin uluslararası hukukî sorumluluğunun kural ve ilkeleri ikincil hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Buna göre, bu kurallar, hangi durumlarda uluslararası hukukun kurallarının ihlâl edilmiş olacağını tespit eder. Yabancılar ve yabancılara ait olan mallar ile ilgili olarak ev sahibi devletin yargı düzenlemelerini şekillendiren, bunların sınırlarını ve şartlarını belirleyen aslî hukuk kurallarını oluşturmaktadır ve bu kuralların ihlâli uluslararası hukukun ihlâli anlamına gelmektedir: **Fatouros, A.A.** : “Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?”, ICSID Rev. – FILJ., Vol. 10, No.2 (1995), s.181.

düzenlemelerin kaynağı olarak uluslararası anlaşmalara odaklanılması sonucunu doğurmuştur⁴.

Doğrudan yatırımlara uygulanacak geçerli ve mutlak uluslararası kurallar oluşturma konusunda günümüze kadar gelen süreç içinde yoğun çabalar söz konusu olmasına rağmen⁵ bugün mutlak bir sonuca varılamamıştır. Bununla birlikte, bu çabaların sonucu olarak, uluslararası yatırımları konu alan birtakım uluslararası anlaşmalar ortaya çıkmış; ayrıca, ekonomik ve ticarî unsurların uluslararası çerçevesini belirleyen anlaşmalarda da doğrudan yabancı yatırımlarla ilgili bazı kurallara yer verilmiştir. Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla akdedilmiş olan ICSID tahkim kuralları da bu konuda atılmış olan önemli adımlardan biri olarak kabul edilmektedir.

1. Yatırım Tanımı

Geçen yüzyılda gelişen dünyayı etkileyen en önemli değişimlerden biri, hiç kuşkusuz yabancı yatırımlardaki büyük artış olmuştur. Uluslararası çerçevede, ekonomik ve ticarî alandaki faaliyetlerin büyük bir kısmı, doğrudan yabancı yatırımlarla ilgilidir. Gelişmekte olan ülkeler açısından, yabancı yatırımlar hayati bir

⁴ **Fatouros**, s.183.

⁵ 1970 yılına kadar BM'nin Genel Kurul toplantılarında tartışılarak, kişilerin ve devletlerin kendi doğal kaynakları üzerinde, kullanım ve kontrol hakkı kazanımı konusunda kabul edilen bir dizi karardan sonra, kamulaştırma ve el koymalarla ilgili uyuşmazlıklar giderek artmış, 1970'lerde ilk enerji krizinin ardından ise, gelişmiş ülkeler BM'de doğrudan yatırım konularıyla ilgili olarak gündem oluşturmuşlardır. Daha sonra bu hareketleri, doğrudan yatırımları kontrol altına alma girişimlerini içeren Andean Paketi'nin 24 numaralı kararı (Agreement on Subregional Integration, 26.5.1969 Metin için bkz. ILM., 1969, vol. 8, s.910-939), OECD'nin Çok Uluslu Girişimlere Uygulanacak Yol Gösterici Kurallar başlığı altında topladığı kuralları (metin için bkz. UNCTC, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations New York 1986; ayrıca bkz. **Asante, S.K.B.**: "The Concept of the Good Corporate Citizen in International Business", ICSID Rev. FILJ, C.4 (1989), s.2 vd.); İLO Yönetim Kurulu tarafından 1977 yılında kabul edilen Çok Uluslu Girişimler ve Sosyal Politikalara İlişkin Kurallar (ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Geneva, 1977) izlemiştir.

öneme sahip olmakla birlikte⁶, yatırım faaliyetleri, sadece gelişmekte olan ülkeler için değil, zengin sanayi ülkeleri için de önem taşımaktadır. Sahip olduğu bu öneme rağmen, ulusal ve uluslararası hukuklarda üzerinde uzlaşmış bir yabancı yatırım tanımı bulunmamaktadır. Ulusal hukuklarda çok değişik yatırım tanımları yapılmakla birlikte, yatırımlar değişik gruplara ayrılmakta ve genellikle her bir yatırım türü ayrı ayrı tanımlanmaktadır. Uluslararası hukukta ise, iki taraflı ve bölgesel anlaşmaların kendi tanımlamalarının dışında, çok farklı yabancı yatırım tanımları bulunmakla birlikte yeknesak bir tanım yoktur. Bununla birlikte, özel yatırım hareketleri ya da başka bir deyişle, özel sermaye transferleri genel olarak ikiye ayrılır: Dolaylı yatırım hareketleri ve doğrudan yatırım hareketleri. Dolaylı yatırım hareketleri portföy yatırımlar olarak da nitelendirilebilirler. Bunlar, hisse senedi, tahvil gibi menkul kıymetlere yapılan yatırımlardır. Portföy yatırımcısını, yabancı bir ülkedeki piyasalarda menkul değerler almaya veya yabancı bir ülkede bulunan bir şirketin uluslararası piyasalarda arz ettiği menkul değerlerini satın almaya yönelten sebebin temettü, faiz veya fiyat değişikliklerinden ortaya çıkan değer dalgalanmaları olduğu düşünülmektedir⁷.

Yabancı doğrudan yatırım ise, kullanıldıkları ülkede refah sağlamak amacıyla hizmet eden ve tamamen veya kısmen yabancı yatırımcının kontrolünde idare edilen maddi veya gayri maddi⁸ değerlerin transferini ihtiva eden bir olgu⁹

⁶ 1987'de gelişmekte olan ülkeler, doğrudan yabancı yatırımlardan yaklaşık olarak 20 milyar \$'lık bir gelir elde etmiş; bu rakam 1996'da 120 milyar ABD doları seviyesine yükselmiştir: **Salacuse, J. W.**: Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries, ICSID Rev FILJ, C.15(Fall 2000), S.2, s.382.

⁷ **Erten, R.**: "ICSID Tahkimi", BATİDER, C. XIX, S.4, s.209.

⁸ Gayri maddi değer olarak kastedilen değerler patent, copyright, know-how gibi fikri mülkiyet haklarına giren unsurlardır: **Sornarajah, M.**: The International Law on Foreign Investment, Cambridge, 1996, s.4.

⁹ **Sornarajah**, s.4.

olarak tanımlanabilir¹⁰. Bu tanımlamadan hareketle, yabancı yatırımın gerçekleşebilmesi için üç unsurun bir araya gelmesi gereklidir. Bu üç unsur; yatırımcı, ev sahibi devlet (*host state*) ve kaynak devlet (*home state*) tir¹¹.

Doğrudan yatırımlarda, girişimci ev sahibi ülkede ya kendi şirketinin bir şubesini açar ya da doğrudan kendisi tesis kurar. Bunun yanında yabancı yatırımcı, yerli ortaklarla da ortak yatırımlara gidebilir. Günümüzde sıklıkla görülen durum da budur; zira yerli ortaklar yerli mevzuata ve yerli piyasaya, yabancı yatırımcıya göre daha çok hâkim oldukları için yabancı yatırımcılar yerli ortaklarla birlikte hareket etmeyi tercih etmektedirler.

Dolaylı yatırımları, doğrudan yatırımlardan üç önemli unsur ayırmaktadır: Denetim, risk ve yatırımları yapan şirketlerin niteliği. Bu unsurlardan en belirgin olanı ise denetim unsurudur. Çünkü doğrudan yatırımlarda yatırımcının şirket denetimi ve idaresi üzerinde etkisi vardır; oysa dolaylı yatırımlarda genelde şirketin yönetimine katılma gibi bir amaç güdülmez; bu yatırım türünde, yabancı yatırımcı, denetim ve idare konusunda aktif olmaksızın şirketin payına sahip olabilmektedir¹². Dolaylı yatırımlar ile doğrudan yatırımlar arasındaki farklılıklarla ilişkin ikinci unsur ise risktir. Dolaylı yatırımlarda, yatırımcı yatırımını istediği zaman çekebilme ve başka portföy yatırımlarına aktarabilme imkânına sahiptir. Oysa doğrudan yatırımlarda böyle bir olasılık söz konusu değildir; çünkü bu yatırım türünde yatırımcı yatırım yapmak istediği ülkede ya şirketinin bir şubesini açmış ya da kendisi bir tesis kurmuş ve beraberinde bir . tesis için gerekli olan teçhizat ve kalifiye eleman gibi unsurları

¹⁰ Yabancı yatırımın farklı tanımları da yapılmaktadır, “Encyclopedia of Public International Law”da yer alan tanımına göre, yabancı yatırım, gelir veya malların bir ülkeden (kaynak devlet) diğer bir ülkeye (ev sahibi devlet) bu yatırımdan doğrudan veya dolaylı olarak katılım almak şartıyla transfer edilmesi olarak tanımlanmıştır: Encyclopedia of Public International Law, Vol. 8, p.246.

¹¹ Yabancı yatırımı oluşturan bu üç unsur ve yabancı yatırım alanında rol oynayan diğer önemli aktörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tiryakioğlu B.:** Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s.31-42 (Doğrudan Yatırımlar) .

¹² **Tiryakioğlu,** Doğrudan Yatırımlar, s.11.

da getirmiştir. İşte, tüm nedenlerden ötürü doğrudan yatırımda bulunan yatırımcının risk gördüğü anda yatırımını ev sahibi ülkeden çekmesi kolay olamamaktadır. Dolaylı yatırımı doğrudan yatırımlardan ayıran üçüncü unsur ise, yatırımı yapan şirketlerin niteliğidir. Bundan kastedilen ise, yabancı doğrudan yatırımların çoğunlukla çok uluslu şirketler tarafından yapılmasına karşın bu durumun dolaylı yatırımlar açısından söz konusu olmamasıdır¹³.

2. Yabancı Yatırımın Tâbi Olacağı Hukukî Muamelenin Standardı

Avrupa'da yabancı yatırım, oldukça eski bir tarihi geçmişe sahiptir. Elbette ki Asya ve Orta Doğuda ve dünyanın diğer bölgelerinde de yabancı yatırımların eski bir geçmişe sahip olduğu bilinmektedir. Ancak, çok eski tarihlerde Avrupa'da, ev sahibi devlet tarafından yabancılara yapılacak muameleyle ilgili kurumsallaşmış yazılı belgeler, bu konudaki tarihi bilgilere ışık tutan somut kanıtlardır.¹⁴ Bu konuda “eşitlik ve “asgari standart” olarak bilinen iki uygulama vardır. “Eşitlik” ya da millî muamele olarak bilinen ilk uygulamaya göre, yabancı yatırımcılar, ev sahibi ülkenin vatandaşlarıyla aynı muameleye tâbi tutulmalıdır. Diğer uygulama, yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkenin vatandaşlarından farklı muameleye tâbi tutulması sonucunu doğuran minimum (asgari) standart ilkesi idi. Asgari standart ilkesinin temelinde bazı ülkelerde vatandaşlara uygulanan standartların düşük olması ve dolayısıyla yabancıların bundan olumsuz etkilenebileceği düşüncesi yatmaktaydı. Gerek “eşitlik”, gerek “asgari standart” ilkesi, aslında, sınır ötesi yatırım ve ticaret hareketlerinin serbest hareketini kolaylaştırmak amacıyla hukukta yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu düşüncesine dayanmaktaydı. Her iki uygulama da,

¹³ Erten, s.210.

¹⁴ Sornarajah, sh.9.

devletlerin, yatırım merkezli sınır ötesi hareketlerde ticarî faaliyetlerini genişletme çıkarlarının korunmasını amaçlamaktaydı.

Yabancı yatırım hareketlerini iki döneme ayırarak incelemek gerekir. İlk dönem, 18. ve 19.yüzyıllarda yatırımın geniş anlamda sömürge hareketlerinin içerisinde yer aldığı dönemdir. İkinci dönem ise kendisini İkinci Dünya Savaşı sonrasında gösteren sömürgecilik sonrası dönemdir.

Yatırım hareketlerinin ilk dönemde, sömürge hareketlerinin içerisinde değerlendirilmesinin sebebi, yatırım akışının tek yanlı olarak emperyalist devletlerden sömürge devletlere doğru olmasıydı; çünkü, bu dönemde bir emperyalist devletten diğer bir emperyalist devlete doğru yatırım akışı yok denecek kadar azdı¹⁵. Bu dönemde, yatırım hareketleri herhangi bir korunma ihtiyacı içerisinde değildi; çünkü, sömürge hareketlerine maruz kalan kolonilerdeki yasal sistem, kendilerini idare eden emperyalist sistemlere entegre olmuştu. Bu sistem içerisinde de kolonilere gelen yatırımlara yeterli derecede koruma sağlanmaktaydı¹⁶. İşte, böyle bir durumda da yabancı yatırımlar konusunda uluslararası hukukta bir düzenleme yapma ihtiyacı da en az düzeyde hissedilmekteydi. Emperyalist sistemde emperyalist devletten kaynaklanan yatırımları korumaya yönelik düzenlemeler parlamento tarafından güvence altına alınmıştı. Emperyalist sisteminin sermaye açısından kendi içerisinde böyle bir güvence sağlamış olması, aslında, yabancı yatırımı korumak için ayrı bir sistemin şekillendirilmesi ihtiyacını ortadan kaldırmaktaydı.

¹⁵ **Tiryakioğlu**, Doğrudan Yatırımlar, s. 13.

¹⁶ Bu korumanın bir yönü de sömürgelerin yasal sisteminin Avrupa'nın fikri mülkiyet hakları ve akit serbestisi konularındaki düzenlemelerinin bu kolonilere yerleşmesini sağlamak amacıyla değiştirilmiş olduğunun güvencesini vermektir: **Sornarajah**, s. 9.

Bunun yanında henüz sömürgeleştirilmemiş bölgelerdeki yabancı yatırım hareketleri açısından ise, diplomasi ve güç, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yoğun düzeyde karışmasını engellemek açısından bir güvence oluşturmaktaydı.

İşte, yabancı yatırım hareketlerinin şekillendiği bu ilk dönemde, sömürge altında olan koloniler açısından otorite, sömürgeleştirilmemiş alanlarda gücün etkisi, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde son sözü söyleyen ve kendisine sıklıkla başvuru olan olgular olarak belirginleşmekteydi. Bu durum sömürgeleşme sonrası dönem olan İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme kadar devam etmiştir. Bu ilk dönemde yabancı yatırımlar açısından bir uluslararası hukuk düzenlemesine gidilmesi ihtiyacı ABD ile Latin Amerika devletleri arasındaki ilişkilerden doğmuştur. Bu dönemde ABD ile Latin Amerika devletleri arasında yabancı yatırımlara ve yatırımcılara yapılacak muamelenin niteliği konusunda bir çekişme söz konusu olmuştur. Bu çekişmenin özünde ABD'nin Latin Amerika devletlerinde, yabancı yatırımlara, uluslararası standartlara uygun işlem yapması ısrarına karşılık Latin Amerika Devletlerinin yabancı yatırımcılara kendi kanun ve anayasalarında öngörülen eşit muamele ilkesini uygulamakta direnmesi yer almaktadır. Latin Amerika devletlerinin uygulamakta direndiği eşit muamele ilkesi “*Calvo Şartı*” ya da “*Calvo Doktrini*” olarak da bilinen ve Arjantinli bilim adamı *Carlos Calvo*'nun “bir ülkede bulunan yabancıların, vatandaşlar gibi ileri sürebileceği; ancak daha fazla bir koruma talep edemeyecekleri” düşüncesine dayanmaktaydı¹⁷. Bu ilk dönemde ayrıca, Rus devrimi ve Avrupa'da komünizmin yayılma eğilimine geçmesi yabancı mülkiyete el atma niteliğinde müdahalelerin

¹⁷ *Calvo Doktrini* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dalrymple, C.K.**: “Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause”, Cornell ILJ., 1996, vol.29,s.164- 167. **Vinuesa, R.E.**: “Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes Under ICSID the Latin American Experience”, L. & Bus. Rev. Am., C. 8 (2002), s. 508, 509.

ortaya çıkmasına yol açmıştır. İşte bu durum, uluslararası hukukta yabancı mülkiyete müdahale edilmesinin standartlarını belirleyen düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğurmuş ve özellikle, el atmanın koşulları ve ödenecek tazminat standardı konusunda doktrindeki tartışmaları başlatmıştır. Götürü tazminat anlaşmaları da bu konudaki tartışmalarda bir orta yol bulmak üzere ileri sürülmüşse de, sorunu tamamen çözememiştir¹⁸.

Yabancı yatırımlar bakımından ikinci dönem ise, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan gelişmeleri karakterize etmektedir. Bu dönemde emperyalist sistemler çözülmeye başlamış, emperyalist güçler de eski sömürgelerine ve diğer devletlere sermaye ihraç eder hale gelmiştir. Bu dönemde göze çarpan en önemli gelişmelerden biri “Havana Şartı” olarak bilinen girişimdir. Havana Şartı¹⁹’nın amacı, ticaret konusunda bir uluslararası örgüt kurarak ticaret, yatırım ve rekabet konularında da düzenlemeler yapmaktır. Ancak, Havana Şartı beklenen sonuçları doğurmamış ve özellikle gelişmekte olan ülkelerin yoğun muhalefeti karşısında tutunamamıştır.

Savaş sonrasında adeta bir “millileştirme sağanağı”²⁰ yaşanmıştır. Bu dönemde birçok eski sömürge devleti bağımsızlık kazanma çabası içinde olmuştur. Bu devletler, bağımsızlıklarını kazandıktan sonra yabancı yatırımları, ekonomilerinin kontrolünü ele geçirebilecek büyük bir tehdit olarak görmüşlerdir. Bu konuda

¹⁸ Götürü tazminat anlaşmaları, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının ait olduğu devlet arasında el atma karşılığında ödenecek tazminat konusundaki uyumsuzluğu müzakere yoluyla gidermek amacıyla yapılır. Ancak, bu tür anlaşmalarda tazminat talebi kısmen karşılanmakta ve bu tazminatın miktarı konusunda ise belirli bir standart bulunmamaktadır. Aynı zamanda, bu anlaşmalar, yabancı mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin geçerli olması için gereken dış standartların ne olduğu konusundaki tartışmalı sorunun kendisini de çözememiştir: **Tiryakioğlu**, Doğrudan Yatırımlar, s.16. Götürü tazminat anlaşmaları konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. **Lilich, R. B.**: Lump-sum Agreements: Standards Therein and Impact Thereof, Foreign Investment in the Present and A New International Economic Order, Fribourg 1987.

¹⁹ Havana Şartı (Havana Charter) metni için bkz. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (05.05.2005)

²⁰ **Tiryakioğlu**, Doğrudan Yatırımlar, s.17.

herhangi bir uluslararası düzenlemenin olmaması da bu devletlerin yabancı yatırımlara olan güvensizliklerini artırmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise, gelişmekte olan devletler kendi doğal kaynakları üzerindeki egemenliklerini ve denetimlerini artırmak istemişlerdir. Birleşmiş Milletlerin de bu yönde çabaları olmuş ve 1962 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı²¹ kabul edilmiştir. Bu karar, doğal kaynaklar üzerinde kişilerin ve devletlerin haklarını tanımaktaydı. Ulusal kaynakların millileştirilmesi veya kamulaştırılması hareketleri bu dönemde başlamış ve 70'li yıllara kadar artarak devam etmiştir. Yine aynı dönemde ev sahibi devletlerin çok uluslu şirketler üzerindeki denetimi ve ekonomik bağımsızlık gibi konular da önem kazanmış, bu dönemin başlarında ortaya çıkan enerji krizleri böyle bir ortamın oluşmasına zemin hazırlamıştır²².

İkinci Dünya Savaşını takip eden 1960'lı yıllarda, sömürgeleikten çıkıp yeni bağımsızlığını kazanmış olan devletler kalkınma hamleleri içerisine girmiş ve bir gelişme vasıtası olarak da yabancı sermayeye şiddetle ihtiyaç duymuşlardır. Yabancı sermayenin gelişmekte olan ülkelerin dış ticaret ve 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 birçok nedenle yabancı sermayeye olan talep artmıştır.

²¹ United Nations, Permanent Sovereignty over Natural Resources, UNGA Resolution 1803 (XVII) of 1962: ILM., 1963, vol. 2, s.223-226.

²² Yabancı doğrudan yatırımlarda yatırımın ülkeye girişi ve diğer konularda katı düzenlemeler getiren Andean Paketi 1970'de kabul edilmiş, yine bu dönemde hukuken bağlayıcılık taşımayan kararlar, ilkeler ve davranış kodlarının kabulü için OECD düzeyinde girişimler başlatılmıştır. Birleşmiş Milletlerin de aynı yönde çabaları olmuştur. Ancak tüm bu çabalar da doyurucu bir sonuç vermemiştir: **Tiryakioğlu**, Doğrudan Yatırımlar, s.18.

Yabancı sermaye yatırımları, her ticarî teşebbüsün göze almak mecburiyetinde olduğu ticarî risklerin yanında, öngörülemeyen ve ticarî teşebbüsün faaliyeti ile ilgili olmayan gayrı ticarî risklere de maruzdur. Bunlara, kamulaştırma, iç karışıklıklar, kazanç veya tasfiye payını veya satış bedellerini transfer edememe gibi riskler örnek verilebilir. Ayrıca, yatırımcının, ev sahibi devlet ile yapmış olduğu sözleşmeden doğan taleplerinin yerine getirilmemesi söz konusu olabilir. İşte, yabancı yatırım bakımından caydırıcı etkiye sahip bu engellerin giderilmesi ve yabancı yatırımın korunması hakkında devletlerin, yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair yaptıkları ikili anlaşmalar yanında Dünya Bankası da uluslararası anlaşmalar düzeyinde bir takım girişimlerde bulunmuştur.

Dünya Bankası'nın yabancı yatırımların korunması ve teşvikine dair ortaya koyduğu çabaların en belirgin olanı ise, Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Sözleşmedir²³. ICSID Sözleşmesi, 1966'da yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme sayesinde 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 çözümü amaçlanmıştır. Şu an itibarıyla ICSID'e üye devlet sayısı 155²⁴ tir. ICSID, Dünya Bankası ile yakın ilişki içinde, fakat bankadan bağımsız olarak bir uluslararası organizasyon olarak kurulmuştur. ICSID Sözleşmesini imzalayan bütün devletler aynı zamanda Dünya Bankası'nın da üyesidir; ancak Sözleşmeyi imzalayan devletlerin aynı zamanda da

²³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Sözleşmesi).

ICSID Sözleşmesinin İngilizce metni için bkz. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (12.05.2005)

²⁴Sözleşmeye taraf olan devletler, imza ve kabul tarihleri için bkz. <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (26.12.2005)

Dünya Bankası'nın üyesi olması gibi bir şart da yoktur. Türkiye, kurumsal tahkim mekanizması getiren yatırımlar bakımından en önemli anlaşma olan ICSID Sözleşmesini 1988 tarihinde imzalamıştır²⁵.

B. ICSID SÖZLEŞMESİNİN YAPISI VE AMACI

1. ICSID Sözleşmesinin Yapısı

ICSID Sözleşmesi, toplam 10 kısımdan oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için kurulmuş olan Merkezin idarî yapısı, Merkezin yargılama yetkisi, arabuluculuk, hakemlik, arabulucu ve hakemlerin değiştirilmesi ve vasıflarının kaybolması, yargılama giderleri, dâvanın yeri, âkit devletler arasındaki anlaşmazlıklar, değişiklikler ve nihaî hükümlerdir. Sözleşmenin ilk beş bölümü ve 25.maddeye kadar olan kısmında Merkez'in idarî yapısı, işleyişi, finansmanı, statüsü, imtiyaz ve dokunulmazlıklarla ilgili düzenlemelere, 25.maddesinden sonra ise Merkezin yargılama yetkisi ve Merkezin arabuluculuk sıfatıyla ilişkili düzenlemeler ile tahkim yargılamasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

2. ICSID Sözleşmesinin Amacı

Sözleşmenin amacı, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir "Merkez" oluşturmaktır. Merkez ise, Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile âkit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının

²⁵ ICSID Sözleşmesi, TBMM tarafından 2 Haziran 1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Devletler ve Diğer devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Uygun Bulunduğuna Dair Kanununun ile 27.5.1988 tarihinden geçerli olmak üzere 7.10.1988 tarihinde Bakanlar Kurulunca onaylanmış ve bu Anlaşmaya taraf olarak Türkiye, yabancı yatırımcılarla çıkabilecek uyuşmazlıkların "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi" (ICSID) kuralları çerçevesinde uluslararası tahkime götürülebileceğini kabul etmiştir. Konvansiyonun Türkçe metni için bkz. RG 06.12.1988- 20011.

uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamayı amaçlamaktır.²⁶ Merkezin yerleşim yeri Dünya Bankasının merkezi olan Washington'dur. Merkez, harcamalarını kendi elde ettiği gelirlere ve Dünya Bankası'na üye ülkelerden aldığı sermaye katılma oranına göre belirlenen katkı paylarından sağlar. Bu yönüyle Merkez, yerel hukukî sistemlerden bağımsız, kendi kendine yeten bir mekanizmaya sahiptir. Merkezin dört önemli organı vardır: Yönetim Kurulu (İdari Konsey), Sekreteryası, Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli. Dünya Bankasının başkanı aynı zamanda Merkez'in de başkanıdır.

Merkez, uyuşmazlıkları doğrudan çözen bir mahkeme ya da hakem heyeti niteliğinde değildir. Merkezin görevi, uyuşmazlıkların çözümüne teknik ve idari açıdan yaklaşarak bu yönde kolaylıklar sağlamaktır. Merkezin bu bağlamda uyuşmazlıkların çözümüne nezaret ettiği de söylenebilir²⁷.

II. GENEL OLARAK ICSID TAHKİMİ

A. ICSID TAHKİMİ KAVRAMI

Daha önce de değinildiği üzere, ICSID, devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için özel tahkim sistemi getirmiştir. Bu tahkim sistemi genel tahkim anlayışına uygun olarak tahkimin işleyişi açısından taraf iradelerine tâbi olsa da, diğer bir çok yönü ile diğer tahkim sistemlerinden ayrılmaktadır. ICSID tahkim sistemi, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları açısından günümüzde çok sıklıkla başvuru alan etkin bir uyuşmazlık çözümü müessesesi niteliğine sahiptir. ICSID tahkiminin, yatırımcı ile ev sahibi ülkenin menfaatleri arasında bir denge kuracak şekilde düzenlenmesi bu tahkim

²⁶ ICSID Sözleşmesi, m.1.

²⁷ Şanlı, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s.387.

sisteminin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biridir. Bundan dolayıdır ki, yabancı yatırımcı, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı güvensizliği veya tereddüdü giderilmiş bir şekilde ve bir devletle eşit mücadele yapabileceği bir ortama sahip olacağı bilinciyle ICSID tahkimini tercih etmektedir²⁸.

B. ICSID TAHKİMİNİN UNSURLARI

1. ICSID Sözleşmesine Göre ICSID Tahkiminin Uygulama Alanı

ICSID sözleşmesinin uygulama alanına devletlerle diğer devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yatırım uyuşmazlıkları girmektedir.

Sözleşmenin uygulama alanına ilişkin bir sorun olan hangi durumlarda ve hangi şartlar altında Merkez tahkimine gidileceği konusu aynı zamanda Merkez'in yargılama yetkisinin de sınırlarını belirlemektedir. Bir uyuşmazlığın Merkezin yargısına tâbi olabilmesi için Sözleşmenin 25.maddesinde öngörülen bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

Taraflar ICSID tahkimini uyuşmazlıklarına uygulamak konusunda yazılı olarak bir anlaşma yapmış olmalıdırlar.

Uyuşmazlığı ICSID tahkimine getiren taraflar ve aynı zamanda uyuşmazlığın tarafları bir akit devlet ve diğer bir akit devletin vatandaşı olmalıdır.

Söz konusu uyuşmazlık, yatırımdan kaynaklanan hukukî bir uyuşmazlık olmalıdır.

²⁸ ICSID tahkim usulünü başlatma hakkı yatırımcıya ait olduğu kadar ev sahibi devlete de aittir. Ancak, uygulamada olayların çoğunda dâvacı yabancı yatırımcıdır. Ev sahibi ülkenin tahkimi başlatmasına ise az rastlanmaktadır: **Shihata, F. I.** : "ICSID Arbitration: The Institution's Point of View South Western Legal Foundation Proceedings of the Thirty-Sixth Annual Symposium on Private Investment Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1993", Chapter 16, §16.02.

Rıza şartının gerçekleşmesi için ihtilâftan önce veya sonra yapılan bir yazılı anlaşmanın varlığı yeterlidir. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda, devlet ve karşı tarafın tâbiyetinde bulunduğu devlet arasında yapılmış olan ikili yatırım anlaşması varsa ona bakmak gerekir. Söz konusu anlaşmada ICSID tahkimine rıza gösterilmiş ise tahkime başvurulabilir. Ancak, bu durumda da ikili yatırım anlaşmasında ICSID tahkimine başvurulmadan önce gerçekleşmesi öngörülen şartların varlığı gerekmektedir. Örneğin, tahkimden önce barışçıl yöntemlerle (uzlaşma, arabuluculuk gibi) uyuşmazlığa çözüm aranması veya ev sahibi ülkedeki iç yargı yollarının tüketilmiş olması veya devam eden bir dâva söz konusuysa bunun sonuçlanmamış olması gibi şartlar aranabilir. İşte, bu durumda ICSID tahkimine, ancak bu yolların tüketilmesinden sonra başvurulabilir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, ev sahibi devletin ve yabancı yatırımcının tâbiyetinde olduğu devletin sadece Sözleşmeye taraf olmaları uyuşmazlığın ICSID tahkim kuralları çerçevesinde çözümlenmesi için yeterli değildir. Bu durum, sadece her iki devletin de ICSID tahkim mekanizmasının kullanılabilmesi yönündeki isteğinin bir göstergesidir; tarafları yükümlülük altına sokmaz. Ancak, ICSID tahkim kuralları çerçevesinde çözüme kavuşmuş bir çok dâvada, yabancı yatırımcının tâbi olduğu devlet ve ev sahibi devlet arasındaki ikili yatırım anlaşmasında ICSID tahkimine rıza gösterilmiş olması yeterli bulunmuştur. İkili yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine başvurulması durumuna örnek olan ilk dâva, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* dâvasıdır²⁹. Bu dâvada, yatırımcı firma, ICSID'in yetkisine İngiltere ve Sri Lanka arasındaki yatırım anlaşmasına dayanarak başvurmuştur. Bu uyuşmazlığın çözümünde, ICSID tahkimi yoluna başvuruyu

²⁹ AAPL v. Sri Lanka (27.06.1990): <http://www.kluwerarbitration.com>

yatırımcı yaptığından, ICSID'in yetkisi tartışılmamış ve iki taraflı yatırım anlaşmasında sunulan öneriye yatırımcının icazet verdiği kabul edilmiştir³⁰.

Sözleşmenin 25.maddesine göre gerçekleşmesi gereken ikinci şart, tarafların tâbiyeti ile ilgili olan şarttır. Buna göre, taraflardan biri devlet, diğeri ise Sözleşmeye taraf olan devlet tâbiyetini taşıyor olmalıdır. Burada tâbiyetten kasıt, sadece tüzel kişileri değil, gerçek kişileri de kapsamaktadır. Yani, gerçek kişi olan bir yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin karşısında taraf olarak bir ICSID tahkimi dâvasında yer alabilir.

Gerçekleşmesi gereken üçüncü şart ise uyumsuzluğun yatırım ile ilgili olmasıdır. Sözleşmede açık bir yatırım tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla bu noktada incelenmesi gereken, eğer varsa, tarafların ICSID tahkimine gitme konusundaki rızalarını gösteren ikili yatırım anlaşmalarıdır. Söz konusu yatırım anlaşmalarında ayrıntılı bir şekilde yatırım, yatırımcı gibi terimlerin tanımları yapılmıştır. Buradan yola çıkarak ne tür bir uyumsuzluğun yatırım uyumsuzluğu olarak kabul edileceğini tespit etmek mümkün olabilir.

2. ICSID Tahkimine Başvuru Usulü

Tahkime gitmek isteyen bir âkit devlet veya yatırımcı konuyu Genel Sekreterliğe yazılı olarak bildirir. Başvuru, tarafların kimliklerini, anlaşmazlık konularını ve tahkime ilişkin rızalarını içeren belgeleri ihtiva eder. Genel Sekreterlik istemin bir örneğini karşı tarafa iletir³¹.

³⁰ **Paulsson, J.:** "Arbitration Without Privity", ICSID Rev. FILJ, C.10(1995), No.2, s.236.

³¹ ICSID tahkimine başvuru usulü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Broches, A.:** The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Handbook of Institutional Arbitration in International Trade, Facts, Figures and Rules, Amsterdam-NY-Oxford, 1977, s.1-15.

Genel Sekreterlik başvuru üzerine bir değerlendirme yapar ve bunun sonucunda iki türlü karar verebilir. Ya başvuruda yer alan bilgilere dayanarak anlaşmazlığın Merkezin yargı alanı dışında kaldığını saptayarak başvuruyu reddedecek, ya da başvuru aranılan şartları taşıyorsa onu kaydedecektir.

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinden sonra hakem heyeti oluşturulacaktır. Hakem heyetinin oluşturulması tamamen tarafların rızalarına bağlıdır. 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 usulü üzerinde başvurudan itibaren 60 gün içinde anlaşmış olmalıdırlar, anlaşmamışlarsa, taraflara Genel Sekreterlikçe 30 günlük bir ek süre verilir ve bu süre içinde tarafların ayrı ayrı atayacakları birer hakemle ve heyetin başkanlığını yapacak, tarafların birlikte atayacağı üçüncü hakemi belirlemeleri istenir. Böylece heyet bu üç hakem ile oluşturulmuş olur. Taraflar bu toplam 90 günlük süre içerisinde de hakem heyetini oluşturamazsa, her bir taraf Genel Sekretere iletacağı yazılı taleple İdari Konsey başkanından henüz atanmamış hakem ya da hakemleri atamasını ve başkanlık yapacak hakemi tayin etmesini isteyebilir³².

Merkezde, uyuşmazlıkların çözümü safhasında akit devletlerce bildirilmiş uzman kişilerden oluşan uzlaştırıcılar ve hakemler görev almaktadır. Taraflar isterlerse kendilerine kolaylık sağlamak amacıyla Merkez tarafından oluşturulan ve akit devletlerce bildirilmiş uzman kişilerden oluşan uzlaştırıcılar ve hakemler listesinden (panellerden) faydalanabilir³³, yada aralarında anlaşarak başka hakemleri görevlendirebilir ve Merkez'e bildirebilirler.

³² ICSID Sözleşmesi, 3.bölüm, m.37, 38, 39, 40.

³³ ICSID Sözleşmesi m.13.

3. Tahkimin Yeri

Hakemler kural olarak Merkez’de (Washington) yargılama yaparlar; fakat tarafların anlaşmasına bağlı olarak bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir.

Merkezin bu amaçla düzenleme yapacağı resmi ve özel herhangi uygun bir kuruluşta veya daimi hakemlik divanı³⁴ da tahkim yeri olarak belirlenebilir. Genel Sekreterliğe danışıldıktan sonra Komisyon ve Heyetçe uygun görülen herhangi bir yerde yargılama yapılabilir³⁵.

4. Tahkimin Dili

Taraflar, tahkim prosedüründe bir veya birden fazla dilin kullanılması konusunda anlaşabilirler. Ancak, tarafların anlaştıkları dil Merkezin resmi dillerinden biri değilse³⁶, 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 seçebilir³⁷.

³⁴ La Haye’de bulunan daimi hakem mahkemesi –Permanent Court of Arbitration- ve Kahire, Kuala Lumpur, Melbourne ve Sidney’de bulunan tahkim kuruluşları ICSID tahkim yeri olarak seçilebilir: <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm> (30.05.2005)

³⁵ ICSID Sözleşmesi, m.63.

³⁶ Merkezin resmi dilleri; İngilizce, Fransızca ve İspanyolca’dır: ICSID İdari ve Finansal Kurallar (*ICSID Administrative and Financial Rules*), m.34. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partC-chap08.htm#r34> (30.05.2005)

³⁷ ICSID Tahkim kuralları (*Additional Facility Rules*) m.30. <http://www.worldbank.org/icsid/facility/partD-chap06.htm#a30>

İKİNCİ BÖLÜM
ICSID TAHKİMİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUKUN
TARAFLARCA BELİRLENMESİ

I. TARAFLARCA BİR HUKUK SİSTEMİNİN VEYA HUKUK
KURALLARININ SEÇİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Tahkim kararları her zaman taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilecek olan esasa ilişkin hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmektedir. ICSID Sözleşmesi bu tür hukuk kurallarını bünyesinde ihtiva etmemektedir. Sözleşme, yalnızca, uyuşmazlıkların çözümü için usule ilişkin bir çerçeve belirlemektedir. Ancak, Sözleşmenin 42.maddesi, tahkim heyetinin belirli bir uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanması gerektiğini tespit edebilmesi için bir mekanizma öngörmüştür. Bu mekanizma, esneklik ve kesinliğin harmanlandığı bir yapıya sahiptir. Esneklik, taraflara uygulanacak hukuku belirlemeleri açısından verilmiş olan irade serbestisi sayesinde sağlanmaktadır. Kesinlik ise, tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmamış oldukları durumda bile esasa uygulanacak hukukun belirlenebilmesinin (ev sahibi devletin hukukun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uyuşmazlığın çözümüne uygulanması) mümkün olması sayesinde sağlanmaktadır.

ICSID tahkimi kapsamında görülecek olan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde hakem kurulunun hangi hukuku uygulayacağı, Sözleşmenin 42. maddesinde düzenlenmiştir³⁸. Sözleşmenin ilgili maddesi birinci paragrafının ilk

³⁸ Sözleşmenin 42.maddesi şu şekildedir:

1. Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak Hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin hukukunun kuralları ile

cümleri, taraflara uyumsuzluğun çözümüne uygulanacak hukukun belirlenmesinde tam bir serbesti tanımıştır. Buradan yola çıkarak, ICSID tahkiminde esasa uygulanacak hukukun tespitinde hakemlerin öncelikli olarak değerlendirecekleri unsurun taraf iradeleri olacağı açıktır. Bu bağlamda, taraflara hukuk seçimi açısından belirgin ve tam bir yetki sağlanmıştır. Tarafların açık bir hukuk seçiminde bulunmadığı durumlarda ise, yine Sözleşmenin esasa uygulanacak hukuk konusunu düzenleyen 42. maddesi ışığında, kanunlar ihtilâfi kuralları da dâhil olmak üzere ev sahibi devletin hukukunun ve uygulanabilir olduğu sürece, uluslararası hukukun esasa uygulanacak hukuk olarak hakemlerce tespit edileceği öngörülmüştür.

B. ICSID TAHKİMİNDE İRADE SERBESTİSİ

1. Genel Olarak İrade Serbestisi Kavramı

Uluslararası Özel Hukuk'ta irade serbestisi, tarafların aralarında yapmış oldukları ve borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesini belirli bir hukuka bağlı kılabilme yetkisini gösterir³⁹. Bu ilke, gerek taraf iradesine tanıdığı önem ve gerek sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözümünde sağladığı öngörülebilirlik ve kolaylık açısından tüm ülkelerde ve özellikle uluslararası sözleşmelerde genel kabul görmüş ve artık akitler alanında hukuk sistemlerinin ortak özelliği olmuştur⁴⁰. Bugün

(bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dahil olmak üzere) uluslararası hukukun uygulanabilir nitelikteki kurallarını uygulayacaktır.

2. Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında uyumsuzluğu çözümsüz bırakamaz.

3. 1 ve 2. paragraf hükümleri, taraflar bu şekilde anlaşığı takdirde, Heyetin anlaşmazlığı hakkaniyet kuralları (*ex aequo et bono*) çerçevesinde çözmesine engel teşkil etmez.

³⁹ **Şanlı, C.:** Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 104 (Esasa Uygulanacak Hukuk); **Tekinalp, G.:** Uluslararası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2004 s.280; **Çelikel, A.:** Uluslararası Özel Hukuk, 6.Bası, İstanbul 2000, s.255; **Nomer, E. – Şanlı, C.:** Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2003, s. 292 vd.

⁴⁰ **Tiryakioğlu, B.:** Taşınır Mallara İlişkin Uluslararası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s.19. (Satım Akitleri)

özellikle uluslararası ticareti ilgilendiren sözleşmelerin bir çoğunda hukuk seçimine dair ifadeler yer almaktadır.

İrade serbestisi ilkesinin tüm dünyada ve özellikle uluslararası sözleşmelerde kabul görmesinin birtakım nedenleri vardır. Bu nedenlerin, genel olarak, hukuk seçimi sayesinde uygulanacak hukukun tespit edilmesinin, uluslararası sözleşmelerin mahiyetine ve uluslararası ticaretin gereklerine uygun düşmesinden doğan nedenler olduğu söylenebilir. Zaten irade serbestisi ilkesi özü gereği, uluslararası ticaretin gereklerine uygun düşmektedir, zira, irade serbestisi ilkesi tamamen tarafların özgür iradeleriyle yaptıkları hukuk seçimini ifade etmektedir. Sağladığı tüm bu kolaylık ve avantajlara rağmen, hukuk seçimi serbestisinin tanınması sözleşmelerin oluşturulması sırasında çoğu kez ihmal edilmektedir. Bu duruma, ana sözleşmeye verilen önemin daha fazla olması⁴¹ ve tarafların ortak iradelerinin bir hukuk seçimi klozunda birleşmesi çabasının ana sözleşmenin yapılması sırasında müzakere safhasını uzatabileceği ve hatta çıkmaza sokabileceği endişesi sebep olmaktadır.

Hukuk seçimi ile belirlenen hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte akdi bir bütün olarak idare eder⁴². Bu noktada, irade serbestisi bir bağlama kuralı oluşturmaktadır; başka bir ifadeyle tarafların iradesi, bağlama kuralını belirleyen bir niteliğe sahip olmaktadır. Böylelikle taraflarca seçilen hukuk bir bütün olarak akde uygulanacaktır⁴³. Bu bağlamda, irade serbestisi kavramı iç hukuktakinden farklı bir kavram olup, aynı zamanda da farklı bir kapsama sahip olmaktadır. İç hukuktaki irade serbesti kavramı, sözleşmenin içeriği, niteliği ve

⁴¹ **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.107.

⁴² **Tiryakioğlu**, Satım Akitleri, s.20; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.108; **Tekinalp**, s.292.; **Çelikel**, s.255.

⁴³ Seçilen hukukun maddî hukuk olduğu ve bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmayacağı kabul edilmektedir: **Tekinalp**,s.292; **Çelikel**, s.256.

tarafı ile ilgilidir. Oysa bu noktada kastedilen irade serbestisi, sözleşmenin doğumu, içeriği, niteliği ve icrasının bağlı olacağı **hukukla** ilgilidir. İrade muhtariyeti, emredici ve tamamlayıcı kuralları ile birlikte taraflarca seçilen hukukun bir bütün olarak akde uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte tarafların açık iradeleriyle kararlaştırdıkları ve akdî ilişkiye uygulanmasını istedikleri hukuk veya tarafların zımnî iradelerinden sözleşmeye uygulanacağı anlaşılan hukuk, “akit statüsü”nü oluşturur ve bu akdî ilişki de akit statüsünü oluşturan hukuka bağlı olur⁴⁴.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmesi, öncelikle öngörülebilirlik sağlar. Böylelikle, hukuk seçimi yapılarak, sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı, çoğu kez daha uyuşmazlık çıkmadan, tespit edilmiş olmaktadır. Bu durum, uluslararası ticaret hayatında, uluslararası işlemler açısından oluşabilecek belirsizlikleri ortadan kaldırmakta ve aranılan güvenceyi vermektedir⁴⁵. Yabancı yatırımlar açısından ise, yine yatırımcının yabancı bir ülkede yatırımını yaparken ihtiyaç duyduğu hukukî güvenceyi sağlamaktadır. İrade serbestisi, taraflara sağladığı faydaların yanı sıra hâkim ve hakemlere de uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken büyük kolaylık sağlamaktadır.

2. ICSID Tahkiminde İrade Serbestisi Kavramı

ICSID tahkiminde esasa uygulanacak hukuk konusu, Sözleşmenin 42. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 42. maddesine göre, irade serbestisi tam

⁴⁴ **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.104. İlk zamanlar tarafların akdî ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemeleri yönündeki irade serbestisine olumsuz yaklaşılmasının temelinde de böyle bir seçimin kabul edilmesi durumunda hukuk seçiminin dayandığı ilişkinin hangi hukuka tâbi kılınacağı sorunu yatmaktaydı. O dönemlerde bu soruna kesin bir çözüm bulunamayacağı için hukuk seçimi kabul edilse bile, bunun maddî hukuktaki gibi sadece tamamlayıcı hükümler çerçevesinde hayat bulmaktan öteye geçemeyeceği düşünölmekteydi. **Tekinalp**, s.280. Oysa, irade muhtariyeti bu akdî ilişkiye tarafların özgür iradeleri ile belirledikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı kuralları ile birlikte uygulanmasını gerektirir.

⁴⁵ **Tiryakioğlu**, Satım Akitleri, s.20.

olarak kabul edilmiştir⁴⁶. Taraflar, diledikleri hukuku seçmekte serbestirler. Hakem heyetinin ilk amacı, tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadıklarını ve hukuk seçimi yapmışlarsa, nasıl bir seçim yaptıklarını tespit etmektir.

ICSID tahkiminde esasa uygulanacak hukuk açısından benimsenmiş olan temel ilke, Sözleşmenin 42. maddesinin başında ifade bulmuştur. Üç paragraftan oluşan bu maddenin ilk paragrafının ilk cümlesinde, Sözleşme kapsamında oluşturulmuş olan bir tahkim heyetinin “taraflarca üzerinde anlaşılmış olan hukuk kuralları” çerçevesinde uyuşmazlığa çözüm getirecek kararı verecekleri belirtilmiştir.

Tarafların, hukuk seçimi yapabilme yetkisine sahip olmalarının yanında, bu konuyu, Sözleşmenin aynı maddesinin ikinci cümlesindeki düzenlemeye tâbi kılma imkânları da vardır. Taraflar, hukuk seçimi yapmadıkları durumda aralarındaki uyuşmazlığa ev sahibi devletin hukuku, bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulanacaktır⁴⁷.

a. İrade Serbestinin Kapsamı

ICSID tahkiminin yanında diğer belli başlı uluslararası tahkim kuralları da, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmelerine imkân sağlayacak düzenlemelere sahiptir. Bunlardan birkaçı, 1976 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Kuralları (UNCITRAL) ve 1988 Uluslararası Ticaret Odasının (ICC) Uzlaştırma ve Tahkim Kurallarıdır. Ancak, ICSID Sözleşmesinin içerisindeki tahkim kurallarının, diğer tahkim kurallarıyla karşılaştırıldığında, irade serbestisi ilkesini diğerlerine göre tam anlamıyla kabul etmiş olduğu görülebilir. Gerek UNCITRAL, gerek ICC tahkim

⁴⁶ **Broches, A.:** The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Recueil des Cours T.136 (1972), s.341 (Convention).

⁴⁷ ICSID m.42(1) ikinci cümle.

kurallarında, taraflarca üzerinde anlaşılmış olan “hukukun” hakemlerce uygulanacağı ifadesi kullanılmıştır⁴⁸. Bu ifadeden çıkarılabilecek anlam dardır; bu hukuk ya herhangi bir millî hukuk ya da uluslararası hukuk olabilir. Bununla birlikte, uluslararası özel hukukta, doktrindeki yaygın görüş de, tarafların seçtikleri hukuk deyimi ile kastedilenin, belli bir hukuk sisteminin seçimi olarak algılanması yönündedir⁴⁹. Bu görüşe paralel olarak, seçilmesi gerekli hukuk aynı zamanda yürürlükte olan bir hukuk sistemine işaret etmelidir. Aksi takdirde, toplumda belirsizlik, hukuka ve adalete aykırılık ve keyfilik kavramlarının yol açacağı bir kaotik ortamın doğması kaçınılmaz olacaktır⁵⁰. Bu görüş her ne kadar yaygın bir kanıyı oluştursa da, özellikle “*Lex Mercatoria*”nın bir hukuk sistemi olarak kabul edilip, uluslararası akitlerde taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenip belirlenemeyeceği sorunu tartışmalıdır. Oysa, üzerinde anlaşılmış olan “hukuk kuralları” ifadesiyle, ICSID Sözleşmesi, diğer olasılıklara da açıktır. “Hukuk kuralları” ifadesinin sadece hukuk sistemlerini kapsamadığı açıktır. Bunun yanın da, “hukuk” ifadesi kullanılmadığı için, birden fazla hukuk sisteminde yer alan kuralların da karma olarak uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu durum *dépaçage* adı verilen, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin farklı konuların farklı hukuk sistemlerindeki kurallara tâbi olması halini oluşturmaktadır. Bunun yanında, birkaç millî hukuk sisteminden alınan kuralların ve uluslararası hukuk kurallarının kombinasyonları ve

⁴⁸ UNCITRAL tahkim kurallarının 33.maddesi şu şekildedir:

“1. Tahkim Heyeti, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk olarak tarafların üzerinde anlaştıkları hukuku uygulayacaktır.”: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/> (29.05.2005). Yine benzer bir düzenlemeye yer veren ICC tahkim kurallarının 17.maddesi şu şekildedir: “1. Taraflar, Tahkim Heyetince, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbest olacaklardır.” http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_turc.pdf (29.05.2005)

⁴⁹ **Tiryakioğlu**, Satım Akitleri, s.23, aynı görüş için bkz. **Mann, F.A.**: “England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration”, ICLQ, C.33 (1984), s.197.

⁵⁰ **Lando, O.**: “Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, ICLQ, C.34 (1985), s.747. **Selden, B. S.**: “Lex Mercatoria In European and U.S. Trade Practice: Time to Take A Closer Look”, Ann. Surv. Int’l & Comp. L., C.2 (1995), s.116. **Highet, K.**: “The Enigma of the Lex Mercatoria”, Tul. L. Rev., C.63 (1989), s. 618.

zaman içerisinde donmuş bir yapıya sahip olan veya bir takım değişikliklere tâbi olan hukuklar da bu kapsamın içerisinde girebilmektedir. Uyuşmazlığın taraflarına tam bir hukuk seçimi serbestisi sağlaması açısından kısmi hukuk seçimi avantajlı görünse de⁵¹, akdin parçalanmasına sebep olması sebebiyle kimi zaman tercih edilmemektedir⁵².

b. Hukuk Seçiminde Tarafları Etkileyen Unsurlar

Taraflar, hukuk seçimi yaparken çeşitli unsurlardan etkilenebilirler. Örneğin, taraflar, her ikisinin ya da bir tarafın oldukça iyi bildiği bir hukuku tam bir kesinlik sağlamak amacıyla seçebilecekleri gibi, özellikle, yabancı yatırımcı açısından en üst düzeyde bir hukukî güvence sağlamak amacıyla da böyle bir hukuku seçebilirler⁵³. Bununla birlikte, elbette ki, ev sahibi devletin, kendi millî hukukunun uygulanmasında ısrarlı olması dolayısıyla hukuk seçimine pek sıcak bakmaması da, bu devletin ulusal prestijini korumak kaygısından kaynaklanabilir.

Esasen, ICSID tahkimindeki hukuk seçimi açısından hukukî ilişki ya da taraflar ile seçilen hukuk arasında bir ilginin varlığı aranmadığından, ICSID tahkiminde, tarafların kendi menfaatlerini en uygun şekilde gözetebilecekleri olgusundan hareketle, yine kendi çıkarlarına en uygun olan hukuku seçecekleri farzedilmektedir. Bu hukukun ise, çoğunlukla, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyle en sıkı irtibat

⁵¹ Taraflara tanınan seçim özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmaması gerekçesiyle bu tür bir seçimin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz: **Lando, O.:** Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, V.III, Private International Law, Ch.24, s.43-44; **Yntema, H.E.:** ““Autonomy” in Choice of Law,” AJCL., V.I, (1952), s.355.

⁵² Satım akitlerinde olduğu gibi basit nitelik taşıyan bir sözleşmede, sözleşmenin ekonomik ve hukukî bütünlüğünü korumak adına, akdin parçalanmasına sebebiyet verecek seçimlerin kabul edilmemesi ve bu tür seçimlerin mümkün olduğunca sınırlandırılması gerekliliği ortaya çıkabilir: **Tiryakioğlu,** Satım Akitleri, s.25. Karşı görüş için bkz. **Göğer, E.:** “Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, A. Ü. H. F. 40.Yıl Armağanı, Ankara 1966, s.306.

⁵³ **Broches, A.:** “Choice of Law Provisions in Contracts with Governments”, The Record of the Association of the Bar of the City of New York, V.26 (1971), s.42-43.

içerisinde olan hukuk veya bunun üzerinde anlaşamazlarsa tarafsız bir hukuk olacağı da farz edilmektedir⁵⁴.

c. ICSID Sözleşmesinin Hazırlık Çalışmalarında İrade Serbestisine Yapılan İtirazlar

ICSID Sözleşmesi kapsamında, taraflar, Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 1989 tarihli Devletler ile Yabancı Yatırımcılar arasındaki Tahkim konulu kararında esasa uygulanacak hukukun seçimi konusunda belirtmiş olduğu “tam serbesti”ye sahiptirler⁵⁵. Böyle bir hukuk seçimi, Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında da oldukça sıkça ele alınan bir konu halini almış, bu tür bir serbestinin yabancı yatırımcı lehine istismar edilebileceği tartışılmış; ancak, en sonunda, Sözleşmedeki mevcut düzenleme tarzı benimsenmiştir⁵⁶. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında yapılan hukuk seçimi tartışmalarının temelinde genel anlamda irade serbestisine yapılan itirazlar da yer almaktadır. İrade serbestisi prensibine yapılan itirazların genel olarak odaklandığı nokta, egemenliğin korunması fikrine dayanmaktadır. Doktrinde, bu bağlamda irade serbestisine itirazda bulunan düşünürlere göre, irade serbestisi sonucunda tarafların uyuşmazlığına kendi seçtikleri hukukun uygulanması, tarafları

⁵⁴ **Scheuer**, Commentary, s.409.

⁵⁵ Institute of International Law, Resolution on Arbitration between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises, 12 Eylül 1989, ICSID Rev. FILJ V.5 (1989), s.139. Bu karar konusundaki tartışmalar için bkz.: **Von Mehren M.**: “Arbitration Between States and Foreign Enterprises: The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution”, ICSID Rev. FILJ C.5 (1990), s.54; **Shihata I.**: “The Institute of International Law’s Resolution on Arbitration Between States and Foreign Enterprises- A Comment”, ICSID Rev. FILJ, C.5 (1990), s.65. ICSID Sözleşmesinin bu yöndeki yaklaşımının bir yansıması da, 1985 UNCITRAL Kanun Örneğinde (UNCITRAL Model Law) görülebilir. Tıpkı, ICSID Sözleşmesinde olduğu gibi, UNCITRAL Kanun Örneği’nde de hakem heyetince uygulanacak olan “hukuk kuralları”nın seçimi konusunda taraflara geniş bir serbesti tanınmıştır: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/40/17, m. 28(1) (1985). UNCITRAL Kanun Örneği hakkında ayrıca bkz.: **Broches, A.**: Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Deventer, The Netherlands 1990.

⁵⁶ **Schreuer, C.**: Commentary on the ICSID Convention-Article 41-42-43-44, ICSID Rev., FILJ, C.12(1997), No.2, s.409 (Commentary).

kanun koyucu yerine koymak anlamına gelmektedir⁵⁷. Hatta, bu görüşü savunanlar, itirazlarını, hiçbir uyumsuzluk çözümü prensibi veya sisteminin kanun koyucu ve millî yargı organlarından daha fazla bir güç ve yetkiyle donatılmayacağı düşüncesiyle desteklemektedirler⁵⁸. Oysa, taraflara tanınan bu yetkilerin temelinde, onların yetkiyle donatılmasını sağlayan bir güç yatmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, tarafların irade serbestisi çerçevesinde sahip olduğu yetkilerin kaynağı tarafların kendisi değil, onları bu yetkiyle donatan kanun koyucudur. Dolayısıyla bu noktada tarafların, birtakım serbestilerle donatılmış olmaları, onların kanun koyucu seviyesine çıkabilecekleri anlamına gelmemektedir. Zira, taraflar, sözü edilen yetkilerle kendi kendilerine donanmamış, kendilerinden üstün bir güç tarafından donatılmışlardır.

İrade serbestisi ilkesine yapılan bir diğer itiraz da, bu ilke sayesinde taraflarca yapılan bir hukuk seçimi sonucunda ortaya çıkacak olan hukukî tasarrufun, bu tasarrufun meydana geldiği hukukî çevreye ait olan mahalli hukuk düzenince tanınmayan sonuçlar doğurabileceği endişesinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, bir hukukî tasarrufun içinde bulunduğu hukukî çevre içerisinde geçerlilik kazanması ve bir sonuç doğurabilmesi için, bu hukukî çevreye ait olan mahalli hukuk sistemince bu hukukî tasarrufa bir sonuç bağlanmalıdır. Bundan dolayıdır ki, bu görüşü savunan düşünürler, ancak millî hukuk sisteminin izin verdiği ölçüde irade serbestisinin taraflarca kullanılabilmesini ileri sürmektedirler⁵⁹.

İrade serbestisine yapılan bu itiraz, her ne kadar kendi içerisinde tutarlı da görünse, uygulamada pratik bir faydası olmadığı açıktır. İrade serbestisi ilkesi, ve

⁵⁷ Bu konudaki görüşler için bkz. **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.111.

⁵⁸ Bkz. **Engle, R.** : “Party Autonomy in International Arbitration : Where Uniformity Gives Way to Predictability” , Transnational Law Journal, C.15 (2000), s.335.

⁵⁹ **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.111-112.

tarafının bu ilke çerçevesinde hukuk seçimi serbestisine sahip olmaları, günümüzde artık uluslararası özel hukuk alanında yoğun bir şekilde kabul görüp, hemen hemen bütün hukuk sistemlerinin ortak özelliği haline gelmiştir. Bugün tüm millî ve uluslararası mevzuat tarafından benimsenen bu prensip, artık genel bir hukuk normu haline gelmiştir.

İrade serbestisine yapılan bir başka itiraz da, bu prensip sayesinde taraflardan güçlü olanın zayıf olan tarafı ezebilme ihtimaline dayanmaktadır⁶⁰. Bu durum elbette ki, tarafların eşit olmadığı hallerde ortaya çıkabilecek bir endişeden kaynaklanmaktadır. Taraflar eşit değil ise, güçlü olan tarafın zayıf tarafa, kendi lehine olacak hususları kabul ettirmesi mümkün olabilecektir. Günümüzde, özellikle, teknoloji, bilgi ve finansman açısından gelişmiş ülkelere muhtaç durumda olan gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerin yabancı yatırımcılar ile yaptıkları sözleşmelerde böyle bir sıkıntı yaşadıkları görülmektedir. İşte, irade muhtariyeti ile, güçlü olan taraf, zayıf olan tarafa uygulanması kendi lehine olan hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul etmeye zorlayabilir.

Bu itiraz, özellikle tüketicinin taraf olduğu uluslararası özel hukuk ilişkileri açısından haklı bir itiraz olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, uluslararası alanda sözleşmenin zayıf tarafını olası bir baskı ve zorlamadan korumak amacıyla birtakım uluslararası düzenlemeler de mevcuttur. Sözleşmenin güçlü tarafı, serbestçe ve kendi istediği doğrultuda, lehine olan bir takım hususları zayıf tarafa dikte ettirmek gibi bir ayrıcalığa zaten sahip olamamaktadır. Örneğin, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi sınırlanmıştır⁶¹.

⁶⁰ Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.113.

⁶¹ Örneğin, La Haye Sözleşmesi tasarısı (m.6/1), Roma Sözleşmesi (m.5/2) ve 5.6.1978 tarihli Avusturya Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (IPR-G m.4)'de tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini sınırlandıran bir yaklaşım söz konusudur Bununla birlikte, İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu

Ancak, günümüzde uluslararası ticaret alanında, faaliyet gösterecek niteliğe sahip olan gerek devlet kontrolündeki kuruluşlar, gerek özel kişilerin belirli bir deneyim, bilgi ve uzmanlığa da sahip oldukları gerçeği göz ardı edilemez bir hal almıştır.

Sonuç olarak, günümüzde özellikle uluslararası ticaretin kaçınılmaz ve sürekli yükselişi, bu alandaki faaliyetlerin mümkün olduğunca tarafların ortak iradelerine uygun bir şekilde cereyan etmesi ihtiyacını doğurmuştur. Böylelikle, taraflar günümüz şartlarında artık bir gereklilik haline gelmiş olan bu faaliyetleri kendileri açısından daha güvenli ve daha etkili bir şekilde sürdürebileceklerdir. Bundan dolayıdır ki, irade serbestisi prensibinin gereği olarak ve hukuk seçiminin uluslararası özel hukuk ve uluslararası ticaret hukuku alanlarında geniş kabul görmesi her şeyin ötesinde bir ihtiyaç halini almıştır. Bu sebeple, irade serbestisine yapılan itirazlar, bugün artık pek de ciddiye alınmamakta, teoride varlıklarını sürdürmekle birlikte, pratik alanda etkili olamamaktadır.

II. HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ

A. AÇIK HUKUK SEÇİMİ

3. Açık Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

ICSID Sözleşmesinin tarafların hukuk seçimini düzenlediği 42(1).maddesinde şu ifadeye yer verilmiştir:

“Heyet anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.”

ise tüketici akitlerinde hukuk seçimini reddetmektedir (IPR-G m. 120/3) : **Güngör, G.:** Uluslararası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s.83.. Tüketici akitlerinde hukuk seçiminin sınırlandırılması görüşü için bkz. **Ehrenzweig, A.A.:** “Adhesion Contracts in the Conflicts of Laws”, Columbia Law Review, C.53 (1953) s.1082 vd. (1072-1090)

ICSID Sözleşmesinin taslak aşamasında, Sözleşme taslağını hazırlayanlar tarafından, 42. maddenin ilk paragrafı, ilk cümlesinde öngörülen amaca hizmet etmesi açısından esasa uygulanacak hukukun seçiminin taraflarca açık olarak yapılması öngörülmüştür⁶².

Taraflar akde uygulanacak hukuku, sözleşmelerinde veya ana sözleşmelerinden bağımsız olarak yapacakları bir sözleşmede veya heyet önünde açık olarak belirtmişlerse bu durumda söz konusu olan açık hukuk seçimidir. Bunun yanında açık hukuk seçimi genel olarak, sözleşmenin bir şartı olarak kabul edilir⁶³.

ICSID sisteminde taraflar, hukuk seçimini aralarında yapmış oldukları bir tahkim anlaşmasıyla kayıt altına alabilirler⁶⁴.

ICSID Tahkimi önüne sunulan uyuşmazlıkların yaklaşık yarısı kadarı, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa çözüm getirmeleri sebebiyle tahkim prosedürünün devam etmesine gerek kalmaksızın çözülmüştür. Dolayısıyla, başvurulardan çok azı bir ICSID tahkimi kararına konu olmaktadır⁶⁵. ICSID önüne gelen ve Merkezce kaydı yapılmış olan uyuşmazlıkların çoğunluğunda ise⁶⁶, uyuşmazlığın tarafları arasında, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanması istenen hukuk, bir anlaşma ile belirlenmiştir. Her ne kadar, uyuşmazlıkların çoğunda

⁶² **Broches, A.:** “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application”, Y.B. Com. Arb. Vol.18 (1993), s. 627,667 (Convention-Explanatory Notes).

⁶³ **Tiryakioğlu,** Satım Akitleri, s.27.

⁶⁴ ICSID tarafından yayınlanan Örnek Klozlar bu amaca hizmet eden bir metin örneği önermektedir. Bu metin örneğinin lafzı şu şekildedir: “Bu anlaşma doğrultusunda teşkil etmiş olan herhangi bir Tahkim Heyeti esasa uygulanacak hukuk olarak tayin edilmiş bir hukuk sistemini uygulayacaktır.[Bu anlaşma imzalandığında yürürlükte olmak kaydı ile]/ [tayin edilen bu hukuk aşağıdaki değişikliklere tâbi olacaktır:.....] ICSID Model Clauses Doc. ICSID /Rev. Vol.2, 1 Şubat 1993, s.13, kloz 10. ICSID Model Clauses İngilizce tam metni için ayrıca bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/13.htm#nota13>

⁶⁵ ICSID tahkimine yapılan 29 başvurudan, yalnızca 14’ü bir ICSID tahkim kararına konu teşkil etmiştir. Bkz. ICSID Cases, Doc. ICSID Rev. V.16, No.3, 31 Mart 1994, ayrıca bkz. ICSID Ann. Rep. 6-7, 1994.

⁶⁶ Bu çoğunluk, ICSID tarafından kaydedilen dâvaların üçte ikisini teşkil etmektedir: **Shihata I-Parra A.R.:** “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention”, ICSID Rev. FILJ, C.9(1994), No:2, s.198.

böyle bir anlaşmanın varlığı göze çarpsa da, anlaşmalar, kapsam ve nitelikleri açısından çeşitlilik göstermektedir.

2. Seçilecek Hukukun Niteliği

a. Kaynak Devletin veya Ev Sahibi Devletin Hukukunun Seçilmesi

Kaynak devletin hukukunun seçimine ilişkin işlemler oldukça ender olarak görülmektedir⁶⁷. Buna karşılık, ICSID tahkimine konu olan tipik uyuşmazlıklar için (madencilik imtiyazları, inşaat sözleşmeleri, vb.) ev sahibi devletin hukukunun daha doğal bir seçim olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Bu durumun bir yansıması olarak, tarafların azımsanmayacak kadar büyük bir çoğunluğunun taraf Devletin (uyuşmazlığın tarafı olan Devletin) hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulanması konusunda anlaşmış oldukları tespiti yapılabilir⁶⁸.

Buna karşılık bazı dâvalarda ise, esasa uygulanacak hukukun kapsamı içerisine, tarafların aralarında yapmış oldukları temel sözleşme ile birlikte bu sözleşmenin sessiz kaldığı veya düzenleme yapmadığı durumlarda ev sahibi devlet hukukundan faydalanılacağı ibaresi de eklenmiştir⁶⁹.

⁶⁷ Bu tür bir seçimin söz konusu olduğu ender dâvalardan birine örnek olarak *Colt Industries Operating Cooperation, Firearms Division v. Government of the Republic of Korea* dâvası gösterilebilir. (ICSID Case No: ARB/84/2).

⁶⁸ Örneğin, *Mobil Oil v. Yeni Zelanda* dâvasında tarafların sentetik yakıt konulu sözleşmelerinde açıkça şöyle bir ifade yer almaktaydı: “Hakem Heyeti, Yeni Zelanda Hukukunu uygulayacaktır”. *Mobil Oil Corporation, Mobil Petroleum Company, Inc. And Mobil Oil New Zealand Limited v. New Zealand Government* (ICSID Case No. ARB/87/2).

⁶⁹ Bu tür bir düzenleme *MINE v. Guinea* dâvasına konu olan uyuşmazlıkta da görülmektedir: *Maritime International Nominees Establishment v. Government of the Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4). Bu dâvada, Gine Hukukunun kapsamı, uyuşmazlığa konu olan sözleşmeye eklenen bir hüküm ile, bu hukuk sisteminin yatırım anlaşmasının imzalandığı tarihte geçerli olan kurallarının uygulanabileceği ibaresi vasıtasıyla sınırlandırılmıştır.

b. Ev Sahibi Devletin Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte Seçilmesi

Esasa uygulanacak hukuk konusundaki diğer bir yaklaşım da, uygulamada tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmede ev sahibi devletin hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanacağını belirtmeleri şeklinde- tıpkı ICSID Sözleşmesinin 42. maddesinin ilk paragrafının ikinci cümlesinde belirtildiği gibi- kendini göstermektedir⁷⁰. ICSID tahkimindeki uygulamalara bakıldığında, ev sahibi devletin yatırım ile ilgili mevzuatının uygulanacağı bununla beraber yatırım anlaşmasının imzalandığı tarihten sonra ev sahibi devletin yatırım mevzuatında meydana gelen değişikliklerinin uygulanacak hukukun kapsamı dışında bırakıldığı göze çarpan bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır.

Taraflarca ev sahibi devlet hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte seçilmesinin, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafındaki düzenlemenin getireceği sonuçtan farklı bir sonuca sebebiyet vermesi mümkündür. Zira, 42(1).maddenin ikinci paragrafında, hukuk seçiminin olmadığı durumda hakemler, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu uluslararası hukuk

⁷⁰ Ancak, bu durum 42.maddenin ilk paragrafı ikinci cümlesindeki ifadeden bir yönüyle ayrılmaktadır ki, o da, burada tarafların irade serbestisi kapsamındaki hukuk seçiminin içeriğinin ev sahibi devlet ile uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının olmasıdır. Oysa sözü edilen maddenin ilgili kısmında, tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları durumda hakemlerce uygulanacak hukuk olarak ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına değinilmiştir. Tarafların ev sahibi devlet hukukunu uluslararası hukuk kuralları ile birlikte esasa uygulanacak hukuk olarak belirlemelerine örnek olarak; *Kaiser Bauxite v. Jamaica* dâvasında, taraflar arasındaki boksit madenine ilişkin sözleşmedeki ICSID tahkimi klotunda “ tahkim heyeti Jamaika hukuku ile birlikte, uygulanabilir nitelikte olan uluslararası hukuk kurallarını da uygulayacaktır” ifadesi yer almaktadır. Bu dâvada da, ayrıca tıpkı *MINE v. Guinea* dâvasında olduğu gibi, tarafların arasındaki sözleşmenin imzalanmasından sonra ev sahibi ülkenin ilgili kanunlarında yapılan değişikliklerin uyuşmazlığın çözümünde esasa uygulanacak hukuk kapsamına alınmayacağı belirtilmiştir: *Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica* (ICSID Case No. ARB/74/3): www.kluwerarbitration.com Tarafların ev sahibi devletin hukukunun uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte uygulanmasını öngördükleri bir diğer dâva ise, *AGIP v. Congo* dâvasıdır. *AGIP S.p.A. v. Government of the People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/1), (30.11.1979): ILM., vol.21(1982), s.726-739; *AAPL v. Sri Lanka* dâvasında ise, ev sahibi devletin hukuku ile birlikte uluslararası hukukun, destekleyici olarak kullanılması konusunda taraflarca uzlaşmıştır. *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), (27.6.1990): ILM., vol.30 (1991), s.580-655.

kuralları ile birlikte uygularken, bu hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını da dikkate alacaklardır. Kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuka gönderme yapması durumunda ise, gönderme yapılan bu hukuk uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanacaktır. Dolayısıyla, Sözleşmenin 42(1). maddesinin ikinci paragrafının uygulanması, tarafların ev sahibi devlet hukukunu uluslararası hukuk kuralları ile birlikte seçmesinden daha farklı sonuçlar doğurabilecektir.

Bazı dâvalarda ise, taraflar, uluslararası hukuk kurallarının hakkaniyet ve nısfet kurallarıyla birlikte uygulanmasını hakemlere “*ex aequo et bono*” karar yetkisi verilmek suretiyle talep etmişlerdir⁷¹.

c. Üçüncü Bir Devlet Hukukunun Seçilmesi

Tıpkı kaynak devlet hukukunun seçilmesinde olduğu gibi, üçüncü bir devlet hukukunun seçilmesi durumu da nadir olarak görülmektedir. Yatırım, doğası itibarıyla, ev sahibi devlet ile daha yakın ilişkilidir. Yatırımcının aktiviteleri ev sahibi devletin idare hukuku, iş hukuku, vergi hukuku, döviz kuru düzenlemeleri gibi bir çok alanla ilişkilidir. Bu sebepten dolayı yatırımla ilgisi olmayan üçüncü bir devlet hukukunun seçilmesinden ev sahibi devlet ya da kaynak devlet hukukunun seçilmesi daha makul görünmektedir.

d. “Hukuk Kuralları”nın Seçilmesi

ICSID Sözleşmesinin 42.maddesinin ilk paragrafının ilk cümlesinde “hukuk sistemleri” ifadesi yerine “hukuk kuralları” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir⁷².

⁷¹ *Atlantik Triton Company Limited v. People’s Revolutionary Republic of Ginea* (ICSID Case No. ARB/84/1), (14.4.1986): JDI., T.115 (1988), s.181-188.

Bundan dolayıdır ki, genel olarak kabul gören kaniya göre, taraflar bir hukuk sistemini seçme zorunluluğuna sahip değildirler; bunun yanında farklı kökenlere sahip hukuk kurallarını karma olarak ya da belirli bir kısmını dışarıda bırakarak veya seçerek, uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler.

Taraflar, bununla birlikte, bağlayıcılığı olmayan, uygulama kodlarını ya da henüz yürürlükte olmayan sözleşmelerin kurallarını da⁷³ yine “hukuk kuralları” çerçevesinde uygulama imkânına sahip olacaklardır.

3. Birden Çok Hukukun Seçilmesi (*Depaçage*)

Pek sık olmasa da, hukuk seçimi klozları kümülatif olarak birden çok hukuk sistemine işaret edebilir. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında da, ev sahibi devletin ve uluslararası hukuk kurallarının uygulanması açısından Sözleşmenin 42.maddesinin ilk paragrafının son cümlesindeki ifadeye benzer ifadeler kullanılmıştır. Taraflar, aralarındaki ilişkinin belirli bölümleri için (farklı edimler için) farklı hukuk sistemlerinin uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Daha önce de ifade edildiği gibi böyle bir yaklaşım “*dépaçage*” olarak adlandırılmaktadır. *Dépaçage* (*dismemberment*) daha açık bir ifade ile, hukukî bir uyumsuzluğun çözümünde mahkeme tarafından farklı iddialara farklı ülkelerin hukuk kurallarının uygulanması, yani olay odaklı hukuk seçimi olarak tanımlanabilir⁷⁴. Bu durum genellikle, taraflar

⁷² Sözleşmenin daha önceki taslaklarında “uygulanacak hukuk” ifadesine yer verilmiştir. İfadenin “hukuk kuralları” olarak değiştirilmesi ise nispeten daha yenidir. Bu değişikliğin sebebine Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına dair belgelerde rastlanmamaktadır. **Scheurer**, Commentary s.416.

⁷³ Örneğin, Dünya Bankası’nın 1992 tarihli Direktif İlkeleri dahi, taraflarca kararlaştırıldığı takdirde bir kurallar bütünü olarak kabul edilip uygulanabilir: **Scheurer**, Commentary s.412

⁷⁴ Black’s Law Dictionary, Bryan A. Garner (ed.), B.7, 1999, s.448

arasındaki ilişkinin, farklı zamanlarda akdedilen ve farklı sözleşmelere dayandığı hallerde mevcuttur⁷⁵.

Taraflar, ayrıca, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanması yönünde seçmiş oldukları hukuk sisteminin belirli kısımlarını bu uygulamanın dışında da bırakabilirler. Bu uygulamanın en tipik örneği istikrar kaydı doğrultusunda, yatırım anlaşmasının imzalanmasından sonra yürürlüğe giren bir kanunun uygulama dışı bırakılması halidir.

4. Seçilen Hukukun Kanunlar İhtilâfi Kuralları

Taraflar, ICSID Sözleşmesinin 42.maddesinin birinci paragrafı doğrultusunda, hukuk seçimi serbestisi kapsamında, uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuku kendilerinin belirlediği durumda, hakemlerce bu hukuk uygulanırken, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulama dışında bırakılacaktır.

Esasen, kanunlar ihtilâfi kurallarına Sözleşmenin 42(1).maddesinin ikinci cümlesinde değinilmiş, Sözleşmenin, hukuk seçimi serbestisini düzenlediği 42(1).maddesi ilk cümlesinde ise bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda ise, Sözleşmenin 42(1).maddesi ilk cümlesindeki hukuk seçimi serbestisi kapsamında kanunlar ihtilâfi kurallarına yer verilmediği çıkarımı yapılabilir. Bu durum, zaten genel uluslararası özel hukuk anlayışına da uygundur. Zira, tarafların seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları da uygulamaya dâhil edildiğinde, uyuşmazlığa, tarafların istedikleri hukuktan farklı bir hukukun uygulanması söz konusu olacaktır ki, bu durumda da tam bir hukuk seçimi serbestisi sağlanmış

⁷⁵ Schreuer, Commentary, s.416

olmayacaktır⁷⁶. Bununla birlikte, zaten Sözleşmenin 42(1).maddesinin ilk cümlesinde, hakem heyetinin, tarafların üzerinde anlaşacakları “hukuk kuralları” çerçevesinde uyuşmazlığı çözeceği belirtilmek suretiyle, “hukuk sistemi” ifadesi yerine “hukuk kuralları” ifadesine yer verilmiştir. Bilindiği üzere, kanunlar ihtilâfi kuralları hukuk sistemleri içerisinde yer alan hukuk kuralları olmakla birlikte, tek başına hukuk kuralları kanunlar ihtilâfi kurallarını ihtiva etmez. Bu bağlamda, Sözleşmenin 42(1).maddesinde atfa yer verilmediği sonucu çıkarılabilecektir⁷⁷. Bu konuda, *Broches*, Sözleşmenin 42(1).maddesi ilk cümlesinde, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasına yer verilmesi durumunda bu hükmün belirsizlik yaratacağını, zira söz konusu hükme göre, tarafların bir ulusal hukuk düzeni seçmek zorunda olmayacakları için kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olmayan bir kanunlar manzumesini de seçebileceklerini ifade etmektedir. *Broches*, aksi durumda, yani, tarafların bir devlet hukukunu seçmeleri durumunda bu hukuk sisteminin kapsamı içerisinde yer alan ihtilâf kurallarının uygulama dışında bırakılıp bırakılmayacağını ise tartışılabileceğini belirtmektedir⁷⁸.

Her ne kadar, Sözleşmenin ilgili maddesinin lâfzî yorumu konuyu tartışmaya açık bir halde bıraksa da, tarafların niyetlerine dayalı bir yorum yapıldığında, taraflarca yapılmış olan açık bir hukuk seçiminin sadece seçilen hukukun maddî hükümlerini kapsadığı kanunlar ihtilâfi kurallarının ise bu seçimin dışında bırakıldığı çıkarımını yapmak doğru olacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, taraflar, yine kendi rızaları doğrultusunda seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi

⁷⁶ **Tiryakioğlu**, Satım Akitleri, s.24, “Seçilen hukukun uygulanacak hükümlerinin maddî hükümler olduğu, atfın nazara alınmayacağı da kabul edilmektedir. Çünkü, seçilen hukuk kanunlar ihtilâfi kurallarını da ihtiva ederse, bağlama kurallarının yaptığı gönderme (atıf) nedeniyle, tarafların seçtikleri hukukun uygulanmaması gibi bir durum ortaya çıkabilir. Taraflar, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulanmasını istiyorlarsa, bu konuda açıklık getirmelidirler.” **Tekinalp**, s.283.

⁷⁷ **Schreuer**, Commentary, s.421.

⁷⁸ **Broches**, Convention, 390.

kurallarını da uygulama kapsamına dâhil edebilirler. Bu sebeple, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulamaya dâhil edilmeyeceği çıkarımı tarafların aksi yönde bir rıza göstermemeleri şartına bağlı olacaktır⁷⁹. Bu sebeple, tarafların herhangi bir tartışmaya yer vermemek ve amacıyla, hukuk seçimini yaparken, açık bir şekilde, seçtikleri hukukun maddî hükümlerine bağlı olacaklarını belirtmeleri en doğru yöntem olarak görünmektedir.⁸⁰

5. Hukuk Seçiminin Zamanı

ICSID Sözleşmesine göre, tarafların bir hukuk seçimi yapmaları herhangi bir zaman kısıtlamasına tâbi değildir. Zira, taraflar, yatırım anlaşması yapıldıktan ve hatta uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra dahi geçerli bir hukuk seçimi yapabilirler⁸¹. Bununla birlikte, uygulamaların ışığında, tahkim yargılaması başladıktan sonra dahi hukuk seçimi yapılabilmesi mümkün olmuştur. *AAPL v. Sri Lanka* davasında söz konusu duruma bir örnek teşkil etmektedir⁸². Bir ikili yatırım anlaşmasından yetki alınarak ICSID tahkimi önüne gelen ilk dâva olma özelliğini taşıyan bu dâvada, taraflar, herhangi bir hukuk seçimi anlaşması yapmamış olmakla birlikte, Sri Lanka ve Birleşik Krallık (*United Kingdom*) arasında yapılmış olan ikili yatırım anlaşmasında da bu yönde bir hükme rastlanmamıştır. Bununla birlikte, tahkim heyeti, tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan bir takım emareleri değerlendirerek, tarafların zımnî olarak üzerinde uzlaşmış buldukları hukuku tespit edebilmiştir. Heyet, bu tespiti yaparken, temelde tarafların iddia ve savunmalarında

⁷⁹ Schreuer, Commentary, s.422.

⁸⁰ Branson, D.J – Wallace, R.E.: “Choosing the Substantive Law to Apply in International Commercial Arbitration, Virginia Journal of International Law, C.27 (1986), s.44-45.

⁸¹ Shihata- Parra, s.201 vd.

⁸² Benzer bir durum *Benvenuti & Bonfant v. Congo* davasında da yaşanmıştır. Bu davada, taraflar, yargılama süreci başladıktan sonra, heyete, hakkaniyet ve nısfete göre karar verebilmeleri için yetki tanımıştır.

dayanmakta oldukları hukuk kurallarının kaynağını temel olarak almıştır. Benzer bir durum daha sonra ICSID tahkimi önüne gelen *Letco v. Liberia* ve *SPP v. Egypt* davalarında da görülmüştür. Her iki dâvada da, yatırım anlaşmalarında, söz konusu anlaşmaların, ev sahibi devletin mevzuatı kapsamında ve onunla uyum içerisinde yapıldığına dair ifadeler yer almaktaydı. Bu ifadeler kapsamında her iki davada tahkim heyeti, taraflarca bir hukuk seçimi yapıldığına hükmetmiştir.

B. ZİMNÎ HUKUK SEÇİMİ

Sözleşmenin hazırlık aşamasında, hakem heyetinin tarafların ilişkilerinden çıkarılabilecek vakıalar ve sonuçlar ışığında yapmış oldukları varsayılan zımnî hukuk seçimi içeren bir anlaşmayla dahi bağlı olabilecekleri düşüncesi tartışmalı bir konu haline almıştır⁸³. ICSID Sözleşmesinde esasa uygulanacak hukukun seçiminin açık olarak yapılması üzerinde durulmakta ve 42(1). maddenin de bu yönde yorumlanması gerektiği çoğunlukla savunulsa da, bazı ICSID tahkim kararları ışığında, zımnî bir hukuk seçiminin mümkün olabileceği yönünde bir olasılık da vardır. Bu tartışmanın bir yönü, açık bir hukuk seçiminde ısrarcı olunmasının hakem heyetinin, tarafların bu konudaki rızalarını ve isteklerini kolayca göz ardı edebilmesi anlamını taşıyacağını, diğer bir yönü ise, zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi halinde, bu yönde bir anlaşmanın varlığını arayışın kolaylıkla, gerçekte var olmayan bir anlaşmanın kabul edilmesi gibi bir durumla sonuçlanabileceğini savunmaktadır⁸⁴.

Uluslararası özel hukuktaki yaklaşıma göre, zımnî hukuk seçimi, akitten, şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır. Eğer açık bir seçim söz konusu

⁸³ Shihata Parra, s.190.

⁸⁴ Shihata-Parra, s.190 vd.

değilse, zımnî seçim çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilmelidir⁸⁵. Doktrindeki genel kaniye göre, zımnî seçimin mümkün olabilmesi için bu vakılardan birkaçının aynı hukuk sistemini işaret etmesi gerekmektedir⁸⁶.

Zımnî bir anlaşmanın ICSID kapsamı içerisinde kabul edilebilir olup olmadığının sınanması ise, 1980 tarihli Akdî Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka dair Avrupa Sözleşmesi⁸⁷nde yer alan kriterler ışığında cevaplandırılabilir⁸⁸. Buna göre, hukuk seçimi eğer zımnî ise, tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmenin içeriğinden veya somut olayın sonuçlarından çıkarılabilecek “makul bir kesinliğe” sahip olmalıdır⁸⁹. Kanaatimizce, ICSID Sözleşmesi açısından da, bu yaklaşım pekâlâ kabul edilebilir görünmektedir. Aksi takdirde, ICSID Sözleşmesinin hukuk seçiminin yokluğunda uygulamak üzere ortaya koymuş olduğu düzenlemenin işletilebilmesi için erken bir adım atılmış olacaktır.

Bununla birlikte, zımnî hukuk seçimine yapılan eleştiriler, somut olaya ilişkin objektif sonuçlardan temel almaktadır ve bu bağlamda, Sözleşmenin 42(1).maddesinin ikinci cümlesinin saf dışı bırakılması ihtimalinden endişe duyulmaktadır. Özellikle, zımnî bir hukuk seçiminin kriterleri Sözleşmede açık olarak belirlenmediğinden, bu durumda, keyfi bir anlayış söz konusu olabileceğinden, taraf iradelerinin hukuk seçimi doğrultusunda geniş olarak

⁸⁵ **Tekinalp**, s.285.

⁸⁶ Örneğin sözleşmede belirli bir hukuka ait özel kavramlara yer verilmiş ya da belirli bir dil kullanılmış olabilir. Bu takdirde tarafların o hukuku seçmek iradesinde oldukları sonucuna varılabilir. **Çelikel**, s.258.

⁸⁷ *European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,(Rome Convention)* m. 3(1), 19 Haziran 1980, 19 ILM 1492 (1980), OJ EC No. L 266/1 (Oct. 9, 1980).

⁸⁸ **Shihata-Parra**, s.190.

⁸⁹ Esasen, Roma Sözleşmesinde yer alan bu “makul belirlilik” şartı da tartışmalı bir konu halini almıştır. Zira Sözleşmenin Fransızca, İngilizce ve Almanca metinlerinde bu yönde farklı ifadeler kullanılmıştır. Roma Sözleşmesinin İngilizce metninde “makul kesinlik” (*reasonable certainty*), Almanca metinde “yeterli kesinlik” (*mit hinreichender Sicherheit*), ve Fransızca metinde “kesin şekilde” (*façon certain*) ifadeleri yer almaktadır. Sözleşmenin, İngilizce, Almanca ve Fransızca metinleri için bkz. http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm

yorumlanabilecektir. Bu durumda da taraflar hukuk seçimi yapmadığında, esasa uygulanacak hukukun hakemlerce tespit edilme usulünü düzenleyen 42(1).maddenin ikinci cümlesi yaygın bir uygulama alanı bulamayacaktır⁹⁰.

Bununla birlikte, Sözleşmenin Fransızca metninde, tarafların belli bir hukukun üzerinde anlaşmaları bahsi sırasında İngilizce “anlaşma” terimi yerine “*adoptés*” terimi kullanılmıştır. Bu terimin kullanımı da, tarafların hukuk seçimi konusunda, zımnî iradenin kabulü açısından açık bir kapı bırakmıştır⁹¹. Sözleşmenin Fransızca metninde bu terimin kullanılması ayrıca, zımnî bir iradenin mevcudiyetinin kabul edildiği durumda dahi, taraf iradelerinin işaret ettiği hukukun, tek başına, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı uluslararası tahkime götürme niyetlerinden ya da Sözleşmenin 62. ve 63.maddeleri uyarınca tahkim dâvasının görüleceği yerden yola çıkılarak tespit edilemeyeceğini de ortaya koymaktadır⁹².

1. Ev Sahibi Devletin Düzenlemelerine Gönderme Yapılarak ve İkili Yatırım Anlaşmaları Yolu İle Hukuk Seçiminin Gerçekleşmesi

Millî hukuklardaki ICSID tahkim yargılamasını öngören yatırım kanunlarında, esasa uygulanacak hukuk ile ilgili olan düzenlemelere rastlayabilmek mümkündür⁹³. Yatırımcı tarafından böyle bir düzenlemeyi temel alarak tahkim yargılamasına gidilmesi halinde de, Merkezi yetkilendiren bu kanun kapsamında yer

⁹⁰ **Schreuer**, Commentary, s.423.

⁹¹ **Giardina, A.:** The International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID), in: Essays on International Commercial Arbitration, 1989 Dordrecht, s. 217.

⁹² **Bowett, D.:** “State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach”, British Yearbook of International Law V.59 (1988), s.52. **Delaume, G.R.:** “State Contracts and Transnational Arbitration”, American Journal of International Law, V.75 (1981), s.798-799.

⁹³ Böyle bir düzenlemeye örnek olarak, 1989 tarihli Madagaskar Yatırım Kanunu’nun ICSID tahkimine gidilmesi durumunda, uyuşmazlığın esasına Madagaskar millî hukukunun uygulanacağı yönündeki 42.maddesi örnek olarak gösterilebilir. **Schreuer**, Commentary, s.424.

alan esasa uygulanacak hukuk yönündeki düzenleme de kabul edilmiş sayılacağından, tarafların bu düzenleme kapsamındaki esasa uygulanacak hukuk seçimi üzerinde anlaşmış oldukları varsayılabileceğine dayanan bir görüş mevcuttur⁹⁴.

Bu görüşe göre, ICSID tahkim yargılaması doğrudan tarafların aralarında yapmış oldukları bir anlaşmaya dayanmakta, ancak bununla birlikte, ev sahibi devletin hukukundaki bir düzenlemeyi esas almakta ise, bu durumda, taraflar, artık hukuk seçimine gidemeyeceklerdir. Başka bir deyişle, taraflar aralarında yapmış oldukları bir anlaşma ile, aralarında doğabilecek olan uyuşmazlığın çözümü amacıyla ICSID tahkimine başvuracaklarını hüküm altına almakla birlikte, bu başvurunun ev sahibi devletin bu konu ile ilgili olan düzenlemesinden yetki alınarak yapılacağına dair, bu hukuka bir atıf yapmışlarsa, artık hukuk seçimi de bu düzenlemenin kapsamı içerisindeki hali ile kabul edilmiş olacağından ve taraflar bu yöndeki rızalarını da aralarındaki anlaşma ile kayıt altına almış olduklarından, söz konusu düzenleme içerisinde yer alan hukuk seçimi ile bağlı olacaklardır⁹⁵. Zira, bu tür ulusal düzenlemeler, ICSID tahkimine gidildiği takdirde uygulanacak hukukun da hangi hukuk olacağını belirtmektedir. Tarafların bu düzenlemeyi kabul edip, kendi anlaşmaları içerisinde yer vermeleri halinde bu düzenlemede belirlenmiş olan hukuk, tarafların seçimi yönünde iradelerini beyan ettikleri hukuk olarak ortaya çıkacaktır.

Kanımızca, böyle bir durumda hukuk seçiminin varlığı tartışmalıdır. Bu açık bir hukuk seçimi olmadığı gibi, zımnî bir hukuk seçimi olduğu dahi şüphelidir. Aslında, ICSID tahkim yargılamasının ev sahibi devletin hukukundaki bir düzenlemeye dayanmakta olması, tarafların o devlet hukukunu, uyuşmazlığın esasına

⁹⁴ **Scheurer**, Commentary, s.424 vd.

⁹⁵ **Scheurer**, Commentary, s.433.

uygulanacak hukuk olarak belirledikleri anlamına gelmeyecektir. Yine aynı şekilde, ev sahibi devletin yatırıma ilişkin bir düzenlemesinde yer alan ve ICSID’i yargılama konusunda yetkilendiren bir hükmün yorumlanması ve uygulanması da, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa ev sahibi devletin hukukunun uygulanması yönünde genel bir irade uyuşması içerisinde oldukları anlamını taşımayacaktır.

Ancak, bu tür bir hareketin tarafların açık bir hukuk seçiminde bulunduğu şeklinde yorumlanması için, tarafların aralarında, doğrudan yapmış oldukları anlaşmada içerisinde esasa uygulanacak hukukun bulunduğu düzenlemeye açıkça atıfta bulunmaları gerekmektedir. Söz konusu durumun zımnî bir hukuk seçimi olarak kabul edilebilmesi için ise, tarafların bu yöndeki iradesinin açıkça anlaşılır olması gerekmektedir. Kanımızca, tarafların uyuşmazlığı sadece ICSID tahkimine götürebilme açısından yetki aldıkları bir anlaşmanın var olması, tek başına, tarafların bu anlaşmada düzenlenen uygulanacak hukuk hükmünü de kabul edip zımnî bir hukuk seçimine sebebiyet verdikleri anlamına gelmeyecektir. Taraflar, eğer, yatırım ilişkisindeki çeşitli unsurları da bu düzenlemede var olan hukuka göndermeler yaparak düzenlemişlerse, örneğin, yatırımın gerçekleşebilmesi için uygulanacak hukukî prosedür bu devlet hukuna tâbi kılınmış, ya da, taraflar arasındaki finansal ilişkiler yine bu hukuk kapsamında gerçekleştirilmiş ise zımnî bir hukuk seçiminden söz edilebilmesi mümkün olabilecektir. Zira, bu durumda açıkça bir hukuk seçimi yapılmamış olsa dahi, tarafların karşılıklı tutumlarından söz konusu hukuka tâbi olmak niyetleri açıkça tespit edilebilir. Aksi bir durum, hukuk seçimi ilkesinin çok geniş yorumlanmasına ve tarafların aslından seçme niyetinde olmadıkları bir hukuka tâbi olmasına sebebiyet verebilecektir ki, bu durum, hukuk seçimi ilkesinin özüne aykırılık teşkil edecektir.

Bununla birlikte, bir takım ikili yatırım anlaşmalarında da, uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak ICSID tahkimi gösterilmiş ve hukuk seçimi klozlarına yer verilmiştir⁹⁶. Bu klozların birçoğunda ikili yatırım anlaşmasının kendi hükümlerine gönderme yapıldığı gibi, kanunlar ihtilafı kuralları ile birlikte ev sahibi devlet hukukuna ve uluslararası hukuk kurallarına da göndermeler yapılmıştır. Bunun yanında söz konusu yatırımla ilgili yapılmış olan özel anlaşmalara göndermeler yapılan ikili yatırım anlaşmaları da mevcuttur⁹⁷.

Kanımızca, ICSID tahkimine gidilebilmesi konusunda tarafları yetkilendiren bu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen uygulanacak hukuka dair hükümlerin tarafların aynı yöndeki hukuk seçimine konu olabilmesi için, yatırım ilişkisinde var olan ve zımnî bir hukuk seçimine sebebiyet verebilecek emarelerin de dikkate alınması gerekir. Aksi takdirde, zaten bir hukuk seçiminden söz edilemeyecektir.

2. Zımnî Hukuk Seçimine Uygulamadan Bir Örnek

ICSID tahkimine konu olan davaların belirli bir kısmında hakemlerce zımnî hukuk seçiminin varlığının tespit edildiği görülmektedir. Bunlara örnek olarak, *AAPL v. Sri Lanka*, *LETCO v. Liberia* ve *SPP v. Egypt* davaları örnek olarak verilebilir⁹⁸.

⁹⁶ **Dolzer, R.-Stevens, M.:** *Bilateral Investment Treaties*, The Hague 1995, s.128-129.

⁹⁷ Örneğin, Arjantin ve Hollanda arasında 1992 yılında yapılan ikili yatırım anlaşmasının 10.maddesindeki hukuk seçimi klozunda, hem ev sahibi devletin hukukuna, hem ilgili özel anlaşmalara, hem de yatırım anlaşmasının kendisine gönderme yapılmıştır. Bu anlaşmanın ilgili hükmü şu şekildedir: “Bu maddenin 5.paragrafında sözü edilen Heyet; kararını, uyuşmazlığın tarafı olan âkit devlet hukukunu (kanunlar ihtilafı kuralları ile birlikte), halihazırdaki anlaşmanın hükümlerini, konu edilen yatırımla ilgili özel anlaşmaları ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını esas alarak verecektir.”20 Ekim 1992 “Investment Promotion and Protection Treaties”, looseleaf, ICSID.

⁹⁸ Bkz. yuk. s. 38.

Bir hukuk seçiminin kabulüyle ilgili olarak, Merkez önüne gelmiş dâvalar içinde, *SPP v. Egypt* dâvası⁹⁹ en tartışmalı örneği teşkil etmektedir¹⁰⁰. Bu dâva, turistik bir kalkınma projesinin Mısır tarafından, bölgede henüz ortaya çıkarılmamış olan tarihi kalıntılara zarar vereceği sebebiyle feshedilmesinden kaynaklanmıştır. Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmenin giriş kısmında, 1973 ve 1974 tarihli Mısır hukukuna ait üç düzenlemeye gönderme yapılmıştır. Tarafların her ikisi de iddia ve savunmalarında birbirlerine karşı, Mısır hukuku ile birlikte uluslararası hukuk kurallarına göndermeler yapmıştır. Mısır, savunmasında, 1972 tarihli “Dünyanın Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına dair UNESCO Sözleşmesine”¹⁰¹ dayanmış, *SPP* ise, uluslararası hukuk kapsamındaki kamulaştırma, el atma ve uluslararası yatırım projelerinin feshedilmesine dair genel ilkelere dayanmıştır. Mısır, *SPP* ile aralarında yapmış oldukları sözleşmede yer alan Mısır hukukuna yapılmış olan göndermelerin, tarafların Mısır hukukunu esasa uygulanacak hukuk olarak belirledikleri yönünde yorumlanmasını ve bu konuda tarafların zımnî bir iradeye sahip olduklarını iddia etmiş ve yine gönderme yapılan Mısır hukukuna ait düzenlemelerden birinin içerisinde yer alan “bu kanun kapsamında düzenlenmeyen konular uygulanacak hukuk ve yönetmeliklere tâbi olacaktır” ifadesi sebebiyle de, uluslararası hukukun sınırlı bir uygulama alanı bulacağını, 1972 tarihli UNESCO Sözleşmesinin de, kanunda düzenlenmemiş bir boşluğu doldurması açısından uygulanabilirlik kazanması gerektiğini belirtmiştir. *SPP* ise, Mısır hukukunun esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi yönünde bir hukuk seçimi

⁹⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*(27.11.1985): YCA., vol.16 (1991), s.16-40.

¹⁰⁰ Bu davada hakem heyeti, açıkça zımnî bir hukuk seçimine hükmetmemiş olmasına rağmen, bu dâva, doktrinde zımnî hukuk seçimi kapsamında incelenmiş ve tartışılmıştır. **Shihata-Parra**, s.201-204, **Scheuer**, Commentary, s.426-428.

¹⁰¹ 1972 UNESCO Convention on Protection of the World Cultural and Natural Heritage: <http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=175>

anlaşmasının mevcut olmadığını ve dolayısıyla, Sözleşmenin 42 (1). maddesinin ikinci cümlesinin devreye sokularak, uyuşmazlığın esasına Mısır hukukuyla birlikte uluslararası hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini savunmuştur. Hakem heyeti, bu sorun karşısında kesin bir duruş sergilemekten uzak durmuş ve bu sorunun uygulamada çok önemsiz bir yeri olduğundan bahisle, tarafların aralarında esasa uygulanacak hukuk konusundaki bu hukukî meseleye doğrudan bir yanıt vermekten kaçınmıştır. Heyet, Mısır hukukuyla uluslararası hukukun birlikte uygulanması olgusunun Sözleşmenin 42(1). maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin uygulanması halinde de aynı sonucu doğuracağını belirtmiştir¹⁰².

Zor hukukî soruları, bunların aslında uyuşmazlığa dair vakıaları çok etkilemeyecek ve dolayısıyla bu bağlamda ehemmiyetsiz olarak kabul edilebileceği gerekçesiyle, bertaraf etmek genel bir yargılama tekniği olarak kabul edilebilir¹⁰³. Kanımızca, her ne kadar, hakem heyeti, tarafların üzerinde anlaşamadıkları hususun ehemmiyetsiz olduğunu belirtmiş olsa da, aslında 42(1).maddenin ilk cümlesi kapsamında Mısır hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanması ile 42(1).maddenin ikinci cümlesi kapsamında Mısır hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanması arasında bir takım önemli farklılıklar mevcuttur. Şöyle ki, öncelikle, Mısır Devletinin iddiasında olduğu, Mısır hukukunun seçimi yönündeki zımnî iradenin kabul edildiği varsayıldığında, uygulanacak olan hukuk kuralları Mısır Devletine ait maddi hukuk kuralları olacak, bu hukuk kuralları uygulanırken, Mısır millî hukukunun yabancı bir hukuka göndermeler yaptığı kanunlar ihtilâfî kuralları göz önüne alınmayacaktır. Ayrıca, kabul edilen yaygın görüşe göre, Mısır Devleti'nin iddiaları bir bütün olarak kabul edildiğinde,

¹⁰² **Schreuer**, Commentary, s.426-427.

¹⁰³ **Schreuer**, Commentary , s 427.

uluslararası hukuk kuralları da, ancak söz konusu hukukta boşluk bulunduğu ve bu boşluğun yine söz konusu hukuk sisteminin içerisindeki boşluk doldurma mekanizmalarıyla giderilemediği durumlarda uygulanacaktır. Oysa, *SPP*'nin iddia ettiği gibi 42(1).maddenin ikinci cümlesi doğrultusunda, Mısır hukukunun uygulanması, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulama kapsamına girmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla, bu iki durum arasında aslında, uygulanacak hukuk açısından önemli sayılabilecek bir fark bulunmaktadır. Zira, tarafların zımnî bir hukuk seçiminde bulunmadıkları kabul edildiğinde kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girmesi ile birlikte, uygulanacak hukuk, tarafların zımnî hukuk seçiminde buldukları kabul edildiğinde uygulanacak hukuktan farklı olabilecektir. Dolayısıyla, bu noktada *Delaume*'un savunduğu metodun etkin kılınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, hakem heyeti 42(1).maddenin hangi cümlesini uygulayacağına karar vermeden, öncelikle, tarafların aralarında uzlaştıkları bir hukuk seçimi olup olmadığını tespit etmelidir¹⁰⁴.

¹⁰⁴ **Delaume, G.R.:** “The Pyramids Stand-The Pharaohs Can Rest in Peace”, ICSID FILJ, C.8, (1993) s.241-242.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNİN OLMADIĞI HALLERDE UYGULANACAK HUKUK

I. HAKEMLERCE ESASA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİT EDİLMESİ

ICSID Sözleşmesinin 42.maddesi ilk paragrafı ikinci cümlesindeki hüküm uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları durumda, tahkim heyeti, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacaktır.

Tıpkı ICC¹⁰⁵ ve UNCITRAL¹⁰⁶, tahkim kurallarında olduğu gibi, tarafların açık bir hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakem kurulu uygulanacak hukuku kanunlar ihtilâfi kuralları çerçevesinde belirleyecektir. Burada, esasa uygulanacak hukuku belirleyici özellik taşıyan kanunlar ihtilâfi kuralları, ev sahibi devlet hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarıdır.

Sözleşmenin 42.maddesinde sözü edilen uygulama, sadece yatırımcı ve ev sahibi devletin menfaatleri arasında bir uzlaşma öngörmekle kalmayıp, aynı zamanda esneklik ve öngörülebilirlik açısından da hassas bir denge kurmaktadır. Bir yandan, neredeyse, sınırsız bir hukuk seçimi serbestisi sağlamak suretiyle bir esneklik öngörülmüş, öte yandan, sözü geçen maddenin ikinci cümlesindeki düzenlemeyle de tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda, uyuşmazlıklarına hangi hukukun uygulanacağını önceden bilecekleri bir çözüm önerilerek kesin bir öngörülebilirlik

¹⁰⁵ Bkz. ICC Rules of Conciliation and Arbitration, md.13(3).

¹⁰⁶ Bkz. UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 33(1).

sağlanmışır. İŖte, bu belirlilik ICSID tahkiminin en önemli ve kendine has özelliğidir¹⁰⁷.

Bunun yanında, tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda, uyuşmazlığın esasına hakkaniyet ve nısfet kurallarının uygulanmasını talep etmeleri de mümkündür. Sözleşmenin 42(3). maddesi uyarınca, Sözleşmenin subjektif ve objektif bağlama kurallarını düzenleyen 1. ve 2. paragraf hükümleri, taraflar bu şekilde anlaşığı takdirde, Heyetin anlaşmazlığı hakkaniyet kuralları çerçevesinde çözmesine engel teşkil etmez. Hakkaniyet ve nısfet kurallarının uygulanması sadece tarafların Heyeti bu yönde yetkilendirmesi ile mümkün olabilir.

A. TARAFLARCA HUKUK SEÇİMİ YAPILMADIĞININ TESPİTİ

1. Açık Bir Hukuk Seçiminin Varlığının Araştırılması

ICSID tahkimi önüne gelmiş olan uyuşmazlıkların az bir kısmında taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olduğu görülmektedir. Hakem heyeti, yukarıda sözünü ettiğimiz maddenin ilgili hükmünü uygulamadan önce, ilk olarak, tarafların hukuk seçimi yapmamış olduğunu tespit etmelidir. Bu tespit, esasen, tarafların aralarında yazılı olarak akdettikleri ve içerisinde açık bir hukuk seçimi bulunan bir anlaşmanın var olmadığının tespitidir. Bu metot *Benvenuti & Bonfant v. Congo* dâvasında¹⁰⁸ da uygulanmıştır. Hakem heyeti, tarafların aralarında yapmış

¹⁰⁷ Diğer tahkim kurumlarının kuralları, örneğın ICC (m.17(1)), UNCITRAL (m.28(1)), hukuk seçimi bulunmadığı durumda, hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilâfi kuralları çerçevesinde esasa uygulanacak hukuku tespit edebileceklerini öngörmektedir. Bunun yanında ICSID'in ek niteliğindeki Additional Facility rules-Ek Kurallar düzenlemesinde.daha geleneksel ve ucu açık bir metot öngörülmüştür. ICSID Additional Facility kurallarının uygulanacak hukuka ilişkin 55.maddesine göre;

(1) Hakem Heyeti, taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanması kararlaştırılan hukuku uyuşmazlığın esasına uygulayacaktır. Böyle bir kararlaştırma söz konusu değilse, heyet, (a) uygulanabilir bulduğu kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuku (b) uygulanabilir bulduğu uluslararası hukuk kurallarını uygulayacaktır. 1 ICSID Reports 268.

¹⁰⁸ *Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* (8.8.1980): ILM., vol.21(1982), s.740-746.

oldukları anlaşmaların ICSID tahkim şartı içeren iki maddesine gönderme yaparak şu ifadeyi kullanmıştır:

“Bu hükümler, uygulanacak hukuka ilişkin olarak hiçbir ifadeye yer vermediğinden, 42(1).maddenin ikinci cümlesi hükmü gereği olarak, heyet, uyuşmazlığa taraf olan âkit devlet hukukunu (ev sahibi devletin hukukunu) uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uyuşmazlığın esasına uygulayacaktır¹⁰⁹.

2. Zımnî Bir Hukuk Seçiminin Varlığının Araştırılması

Bu çerçevedeki bir diğer metot ise, asıl anlaşmada ya da taraflar arasında sonradan yapılan anlaşmalarda, zımnî ve dolaylı bir hukuk seçiminin var olup olmadığını araştırmaktır. Bu yöntem iki dâvada¹¹⁰ tartışılmış ve tarafların aralarında akdetmiş oldukları sözleşmede, ev sahibi devletin kanunlarına yapılan belli göndermelerin hukuk seçimi kapsamına alınıp alınmayacağı üzerinde durulmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere, ICSID tahkiminde esasa uygulanacak hukukun tespitinde zımnî bir hukuk seçiminin kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bu tür bir hukuk seçimini kabul eden görüşe göre dahi, zımnî hukuk seçiminin geçerli olabilmesi, onun ancak makul bir belirliliğe sahip olması ile mümkündür. Bundan dolayıdır ki, bu metot prensipte kabul edilebilir gibi görünse de, somut olayda, üzerinde zımnî olarak uzlaşmış olan hukuk seçiminin apaçık belirli olması gereklidir. Bu tür bir anlaşmanın varlığı kesin kanıtlanabilir olmalıdır ve dolaylı bir yorumla ulaşılabılır nitelikte olmamalıdır. Böyle bir açıklığın bulunmadığı durumda ise, hakem heyeti, hukuk seçimi anlaşmasının var olmadığına hükmederek,

¹⁰⁹ Award, 15 Ağustos 1980, 1 ICSID Reports 349.

¹¹⁰ Bu dâvalar, yukarıda üzerinde durulan *SPP v. Egypt* davası ile *LETCO v. Liberia* davalarıdır: *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* (31.3.1986): ILM., vol.26 (1987), s.647-679.

Sözleşmede (ICSID Sözleşmesinde), hukuk seçimi yapılmadığı durumda uygulanması gereken kuralı uygulamalıdır.

B. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALI

1. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uygulanması

Hakem heyeti, taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşmasının var olup olmadığını araştırdıktan sonra, böyle bir bulguya rastlamadığı veya bu yönde bir karar verdiği durumda, uyuşmazlığın esasına, ev sahibi devletin hukukunu bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ile birlikte uygulayacaktır.

ICSID tahkimindeki bu uygulamanın temelinde, “en sıkı irtibatlı hukuk” ilkesi yatmaktadır. Öncelikle, hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasının arkasında, bu devletin hukuku ile yatırım ilişkisi arasında sıkı bir irtibat bulunması ve ikinci olarak, ev sahibi devletin kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulamaya dâhil edilmesinin temelinde, herhangi bir şekilde yatırım ilişkisinin başka bir ülkenin hukuku ile daha sıkı bir irtibat bağı içerisinde bulunması halinde ev sahibi ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları çerçevesinde doğru hukuka atıf yapacağı inancı yatmaktadır¹¹¹. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, bu atfın sadece, hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda ev sahibi devletin hukukunun uygulanması esnasında mümkün olmasıdır; yoksa taraflar bir hukuk seçimi yapmışlarsa, seçtikleri hukukun maddî kuralları uyuşmazlığın çözümünde esasa doğrudan uygulanacak, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları aracılığıyla başka hukuka yapılan göndermeler değerlendirilmeyecektir.

¹¹¹ Schreuer, Commentary, s.460.

Aslında, Sözleşmenin hazırlık aşamasındaki taslaklarına bakıldığında, 42.maddenin ev sahibi devletin hukuku veya, uyuşmazlığa taraf olan âkit devlet hukukuna herhangi bir gönderme yapılmadığı görülmektedir. Çalışma Taslağı, başlangıç taslağı ve ilk taslak, bir anlaşmanın yokluğunda, hakem heyetinin uygulanabilir bulduğu, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının ışığında karar vermelerini öngörmekteydi¹¹². Bu yaklaşımın temelinde, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanması açısından en uygun olan hukuku kanunlar ihtilâfının veya uluslararası özel hukukun genel prensipleri çerçevesinde saptaması gerektiği düşüncesi yatmaktaydı¹¹³. Bu düşünceye göre, söz konusu uygulama, *Broches*'un da belirttiği gibi hukukî işlemin en sıkı irtibatlı olduğu hukuka yönelmeyi sağlayacaktı¹¹⁴. Elbette ki, bu uygulama kapsamında çoğu kez, ev sahibi devletin hukuku uygulanacak olsa da, diğer ulusal hukukların uygulanması için de açık bir kapı bulunacaktı. Ancak, Sözleşmenin taslak aşamasında, bu uygulamaya bazı itirazlar geldi; bazı temsilciler, uygulamada daha belirgin bir kesinlik olması gerektiğini savunuyorlardı. Özellikle, sermaye ithal eden ülkelerin temsilcileri, taraflar arasında bir anlaşma olmaması durumunda ev sahibi devletin hukukunun uygulanması yönünde ısrarcı davranmaktaydılar. Bu gelişmelerden sonra, *Broches*, yeni bir taslak sunarak, hakem heyetinin hukuk seçimi üzerinde bir anlaşma olmadığı takdirde, uyuşmazlığa taraf olan âkit devlet hukukunun, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ile birlikte uygulanacağı yönündeki düzenlemeyi önerdi. Bu yeni taslak, 35'e 1 gibi büyük bir çoğunlukla kabul edildi. Bu bağlamda, 42.maddenin ilk paragrafının son cümlesinde yer alan “uygulanabilir” ifadesi, uluslararası hukuk kuralları açısından geçerli olup ev sahibi devletin hukukunun uygulanması somut

¹¹² **Schreuer**, Commentary, s.452.

¹¹³ **Schreuer**, Commentary, s.452.

¹¹⁴ **Broches**, Convention-Explanatory Notes, s.667-668.

duruma göre değişiklik göstermeyecektir. Bu uygulamaya göre, ev sahibi devletin hukuku, bir hukuk seçimi anlaşmasının var olmadığı durumda her halükârda uygulama alanı bulacaktır. Bundan dolayıdır ki, bir başka ulusal hukuk sisteminin uygulanması, ancak ev sahibi devletin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları bu hukuka gönderme yaptığı durumda mümkün olabilecektir. Bir hukuk seçimi anlaşması bulunmadığı durumda, ev sahibi devletin hukukunun kesin olarak uygulanması, 42.maddenin sivri bir ucu olarak görülse de bu sivriliği törpüleyecek bir takım olgular da mevcuttur: Her şeyden önce, ICSID önüne gelen uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğunda, ev sahibi devletin hukuku zaten yatırım ilişkisi ile en sıkı irtibat halinde bulunan hukuktur. Bir başka deyişle, ev sahibi devletin hukuku bu bağlamda zaten, kanunlar ihtilâfi hukukunun genel prensiplerinin uygulanması en uygun hukuk olarak işaret edeceği bir noktada bulunmaktadır. Bunun yanında, uluslararası hukukun uygulama alanı bulması da ihtiyaç duyulan hukukî güvenceyi sağlayabilecektir.

a. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Kanunlar İhtilâfi Kurallarının Uygulanması

42.maddenin ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasını öngören birinci fıkrası, aynı zamanda bu hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulanmasını kapsamı içerisine almıştır. Bu nedenle, eğer somut akdî ilişki, herhangi bir şekilde, bir başka hukukla daha sıkı bir irtibat halindeyse, ev sahibi devletin uluslararası özel hukuk kuralları büyük bir olasılıkla bu hukuka bir göndermede bulunacaktır. Bu çerçevede, ev sahibi devletin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının, Sözleşmenin

önceki taslaklarında benimsenen kanunlar ihtilâfı hukukunun genel prensiplerinin kabul edilmesi durumuyla aynı sonuçları doğuracağını söylemek yanlış olmaz¹¹⁵.

İkinci olarak, Sözleşmenin 42.maddesi açık olduğundan, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda, uyuşmazlıklarına ev sahibi devletin hukukunun uygulanacağını önceden bilerek, bu hukukun uygulanmasından dolayı tereddütlü olmaları durumunda, 42.maddenin ilk fıkrası ilk cümlesinde hüküm bulan hukuk seçimi serbestisine dayanarak, uyuşmazlıklarının çözümüne daha uygun buldukları bir hukuk kuralları manzumesini ya da bir hukuk sistemini anlaşarak belirlemeleri mümkündür.

Son olarak, 42.maddede ev sahibi devletin hukuku kanunlar ihtilâfı kurallarıyla tek başına bir uygulanabilirlik kazanmamış, bunun yanında, uluslararası hukuk kurallarının uygulanabilirliğine de değinilmiştir. Eğer, ev sahibi devletin hukuku, bir şekilde, uluslararası hukuk kurallarını ihlâl eder bir nitelikteyse, uluslararası hukuk kuralları uygulama alanı bulacağından, bu durum yatırımcı açısından bir güvence niteliği taşımaktadır.

b. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Uluslararası Hukuk Kuralları ile Birlikte Uygulanması

Uluslararası hukuk kuralları, Sözleşmenin 42.maddesinin, 1.fıkrasının ikinci cümlesinde, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uygulanabilirlik kazanmaktadır. Bu düzenlemenin temel amacı, yatırımcıyı uluslararası hukuk kuralları şemsiyesi altına alıp korunmasını

¹¹⁵ Schreuer, Commentary, s.452.

sağlayabilmektir¹¹⁶. Sözleşmenin 42(1). maddesi kapsamında uluslararası hukukun uygulanabilirliği, iki türlü amaca hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, uluslararası hukukun tamamlayıcı niteliği diğeri ise, düzeltici niteliğidir¹¹⁷. Uluslararası hukukun tamamlayıcı etkisi, ev sahibi devlet hukuku içerisinde bir boşluk bulunması ve bu boşluğun bu devlet hukuku içerisindeki boşluk doldurma mekanizmasıyla doldurulmadığı durumda mümkün olmaktadır. Düzeltici etki ise, ev sahibi devlet hukukunda yer alan ve uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden bir hükmün bulunması durumunda söz konusu olmaktadır Bu durum, özellikle, ev sahibi devlet hukukunda yer alan bu yöndeki düzenlemeler ışığında, herhangi bir tazminat öngörülmeden yapılan kamulaştırmalar için söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Bu bağlamda uluslararası hukukun ev sahibi devletin hukukuyla birlikte uygulama alanı bulmasına imkân veren Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafı, ICSID tahkiminin ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında oluşturduğu dengeye örnek teşkil eden bir düzenlemesi olarak kabul edilmektedir¹¹⁹.

2. Ev Sahibi Devletin Hukukunun ICSID Tahkimi Çerçevesindeki Uygulanmasından Örnekler

Taraflarca, hukuk seçimi anlaşması yapılmadığı durumda, ICSID tahkim heyetleri ev sahibi devletin hukukuna yönelirken yukarıda bahsi geçen ifadeler çerçevesinde hiçbir tereddüt duymamaktadır. Bu saptamaya örnek teşkil edecek ICSID Tahkimi uygulamaları şu şekildedir:

¹¹⁶ Scheuer, Commentary, s.413.

¹¹⁷ Shihata F.I.I- Parra, A. R. : “The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Rev. FILJ, C.14 (1999), No. 2, s.335.

¹¹⁸ Shihata-Parra, s.192-193.

¹¹⁹ Shihata-Parra, s.193.

Benvenuti & Bonfant v. Congo dâvasında, hakem heyeti, tarafların üzerinde uzlaştıkları tahkim şartı çerçevesinde hukuk seçimine dair herhangi bir uzlaşmaya rastlayamadığından hareketle, Kongo hukukunu uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulama kararı almıştır¹²⁰. Yine, *Amco v. Indonesia* dâvasında¹²¹, Heyet, yargılama sırasında şu ifadeye yer vermiştir:

“Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir anlaşmaya varmamış olduklarından, hakem heyeti bu uyuşmazlığa, taraf devlet ve âkit devlet hukuku olan Endonezya hukukunu, ve uygulanabilir bulunduğu ölçüde uluslararası hukuk kurallarını uygulayacaktır¹²².”

Benzer bir karar, *SOABI v. Senegal* dâvasında¹²³ görülmüştür. Bu dâvada, hakem heyeti, Sözleşmenin 42.maddesinin 1.fıkrasına gönderme yaparak şu ifadeye yer vermiştir:

“Hakem Heyeti’nin kararına göre, hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda, iki tarafın da Senegalli olduğu ve yatırım projesinin de Senegal’de yürütülmekte olduğundan hareketle, uyuşmazlığın esasına uygulanacak ulusal hukuk, ancak Senegal Hukuku olabilir. Zaten, Senegal devletinin dâvalı dilekçesi ile *SOABI* şirketinin cevap dilekçesinde de, her iki tarafın da, Senegal idare hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi yönünde uzlaştıkları tespit edilmiştir¹²⁴. Bu dâvada göze çarpan önemli bir nokta, hakem heyetinin önce bir hukuk seçimi anlaşması olmadığı yönünde tespitte bulunup, ev sahibi devlet hukuku sıfatıyla Senegal hukukunu uygulayacağını belirtmesi ve daha sonra da, tarafların da bu

¹²⁰ Karar, 15 Ağustos 1980, 1 ICSID Reports 349.

¹²¹ *Amco Asia Corp. And Others v. The Republic of Indonesia (25.9.1983)* : ILM., vol.23 (1984), s.351-388.

¹²² Karar, 20 Kasım 1984, 1 ICSID Reports 452.

¹²³ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal(25.2.1988)*: *ICSID Rev.FILJ C.6(1991)*, s.125.

¹²⁴ Karar, 25 Şubat 1988, 2 ICSID Reports 221.

yönde uzlaşmış yani bir anlaşmaya varmış olduğu tespitinde bulunmuş olmasıdır. Bu durum, hukuk seçimi konusunda bir anlaşmanın olup olmadığı açısından bir tezat teşkil etmekte gibi görünse de, gerçekte, taraflar, Sözleşmenin 42.(1)maddesi birinci cümlesi kapsamında bir hukuk seçimi anlaşması yapmamışlar ancak, hakem heyetinin bu durumdan dolayı Sözleşmenin 42(1).maddesinin ikinci cümlesini uygulamaya koymasından sonra, heyete sunmuş oldukları belgelerde ev sahibi devletin idare hukukunun uygulanması yönünde ortak bir irade beyan etmişlerdir.

ICSID Tahkiminin uygulamasında, hakem heyetlerinin kimi zaman uyguladıkları hukukun temel aldığı bir başka hukuk sistemine de gönderme yaptıkları görülmektedir. Yukarıda adı geçen dâvalarda, *-Benvenuti & Bonfant v. Congo* ve *SOABI v. Senegal* dâvalarında- hakem heyeti, her bir ulusal hukuku ayrı ayrı uygulamakla birlikte, her iki devlet hukukunun da Fransız hukukundan yoğun bir şekilde etkilendiğini ve ev sahibi devletlerin ulusal hukuklarının oluşturulmasında Fransız hukukunun temel alındığını belirterek bir tespit yapmıştır¹²⁵.

Klöckner v. Cameroon dâvası ise, bu açıdan ilgi çekici bir dâva niteliğindedir. Bu dâvada, hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına, Kamerun hukukunun uygulanmasını kararlaştırmıştır¹²⁶. Somut dâvada Kamerun hukukundan kasıt, bu hukukun medenî ve ticaret hukukudur. Kamerun hukukunun, bu alanları ise tamamen Fransız hukuku temel alınarak düzenlenmiştir. Hakem heyetinin kararı içerisinde yer alan ve birbirini izleyen bir takım çıkarımları ise, Fransız otoritelerinin görüşlerine dayanmaktadır. Hakem heyetinin bu dâvada almış olduğu karar daha sonra *ad hoc* komitede açık ölçsüzlük (*manifest excess*) gerekçesiyle Sözleşmenin 42(1)maddesinin ihlâl edildiği iddiasıyla, Sözleşmenin 52(1)(b) maddesi uyarınca

¹²⁵ 1 ICSID Reports 338, 349; 2 ICSID Reports 222, 229, 249, 257.

¹²⁶ Karar, 21 Ekim 1983, 2 ICSID Reports 59.

iptal istemiyle görüşülmüştür. *Ad hoc* komite, hakem heyetinin uygulanacak hukuk konusundaki tespitinde herhangi bir sorun belirlememekle birlikte, heyetin bu hukuku uygularken yetkisinin dışına çıktığı sonucuna varmıştır¹²⁷. İptal kararına konu olan hakem heyeti kararı, özetle, şu temellere dayanmaktadır:

“Bir kişinin sıkı akdî ilişkiler kurma yönündeki iradesinin temelinde yatan ilke güvendir. Hukukî ilişkinin taraflarının birbirlerine karşı dürüst, sadık, samimi ve tarafsız davranışlar içerisinde bulunması, Fransız medenî hukukunun temel ilkesidir. Bu ilke, ayrıca bilinen diğer ulusal kanunî uygulamalarda da yer almaktadır¹²⁸.” İptal kararının gerekçesinde ise, bu temel ilkenin Kamerun ya da Fransız hukukunda belirli bir dayanağı olmadığı ifadesi yer almaktadır¹²⁹. İptal kararında, sorunun, doğru hukukun uygulanmasında ya da, uygulanmakta olan hukukun bu uygulaması sırasında maddî bir hata yapılmasından kaynaklanmadığı, ancak, hakem heyeti kararının belirli bir kısmını oluşturan ve karara temel teşkil eden olgunun niteliğinden ve bütünlüğünden kaynaklanan bir sorunun olduğu ifade edilmiştir. *Ad hoc* komite, hakem heyetinin kararında sözü edilen ilkenin pozitif hukuktaki çıkış noktasının gösterilmediğini, bu anlamda bir belirlilik ve açıklık bulunmadığını, dolayısıyla ev sahibi devletin hukukunun aslında uygulanmamış olduğu sonucuna varmıştır. Bu karardan yola çıkarak, ICSID tahkimi çerçevesinde hakem heyetinin kararlarını verirken ve ev sahibi devletin hukukunu uygularken, bu hukuktaki

¹²⁷ İptal Kararı, 3 Mayıs 1985, 2 ICSID Reports 117-126.

¹²⁸ Karar, 21 Ekim, 1983, 2 ICSID Reports, 59.

¹²⁹ *Ad hoc* komite, iptal kararında şu ifadeye yer vermiştir:

“ Hakem heyetinin kararında gönderme yapılan Fransız Medeni Hukukuna ait olduğu belirtilen bu “temel ilke” hukuk kuralları yapısı taşıyan bir pozitif hukuka dayanmakta mıdır? Bu bağlamda, herhangi bir kanuni belgeye, bir yargılama kararına veya doktrin görüşüne atıf yapmayan bu kararın incelenmesi ile bu sorunun cevabını bulabilmek mümkün değildir.... Sonuç olarak, tahkim heyeti, sadece bir varsayımına dayanarak ve varlığını kesin olarak kanıtlamaksızın ya da somut olaya uyarlanabilmesi açısından herhangi bir kuraldan temel alıp alamayacağını araştırmadan bir ilkenin uygulanması talebinde bulunarak “Akit devlet hukuku”nun uygulanmasından feragat etmiştir.” İptal Kararı, 3 Mayıs 1985, 2 ICSID Reports s.122.

bulguların kullanılması sırasında ciddi bir özen göstermesi gerektiği sonucuna varılabilir.

Benzer bir durum, *Amco v. Indonesia* dâvasında da görülmüş, bu dâvada da, *Ad hoc* komite, hakem heyetinin Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci cümlesi uyarınca doğru hukuku esasa uygulanacak hukuk olarak belirlediğini, ancak, Endonezya hukukunda yer alan esaslı bir kuralı uygulamamasından dolayı yetkisini aştığını belirlemiştir¹³⁰.

ICSID tahkim uygulamasında, ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasının sınırlandığı haller de mevcuttur. Bu sınırlamalar farklı sebeplere dayanmaktadır. Uluslararası hukukun uygulanabilir nitelikteki kurallarının uygulanması, ev sahibi devletin tahkime başvurma konusunda gereken yetkiye sahip olmaması, yatırımcının hukukî statüsü, ev sahibi devlet hukukunda meydana gelen değişiklikler bu sebeplerden başlıcalarıdır¹³¹.

II. TARAFLARIN UYUŞMAZLIĞIN HAKKANİYET VE NİSFET KURALLARINA GÖRE (*EX AEQUO ET BONO*) ÇÖZÜMLENMESİNE KARAR VERMESİ

A. Genel Olarak

Uluslararası tahkim alanında, ister taraflarca seçilmiş, isterse hakemlerce belirlenmiş olsun millî hukuk sistemlerinin uyumsuzluğun esasına uygulanması, bu hukukun tarafların biri veya bazen her ikisi için yeterince tanınmaması veya uluslararası karakterli akitlerin mahiyetine uymaması gibi sebeplerle bazı zorluklara

¹³⁰ İptal Kararı, 16 Mayıs 1986, 1 ICSID Reports, 514.

¹³¹ Çalışmamızda bu sebepler, “ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk’a Getirilen Sınırlamalar” bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

yol açtığı görülmektedir. İşte bu zorluklar, tarafların hukuk seçimine yansiyarak, onların, tüm hukuk sistemlerinin temelinde yer alan iyiniyet, hakkaniyet, nısfet, adalet gibi bazı evrensel hukuk standartlarını uyuşmazlıklarının çözümüne uygulanmak üzere seçmelerine olanak sağlamıştır¹³². Esasen, bu kurallar tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarını tespitite kullanılacak ölçüler olarak belirlenmektedir. İşte, kendilerine, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarını, iyi niyet, hakkaniyet, nısfet ve adalet gibi kavramlar çerçevesinde belirleme yetkisi verilmiş olan hakemlere *amiable compositeurs*, bu şekilde verilen bir karara da *ex aequo et bono* karar denilmekte ve bu yetkiye sahip olan hakemler, kamu düzenine ilişkin istisnalar dışında, belirli bir hukuk sisteminin hem usul hem de esasa ilişkin olan katı kurallarına bağlı kalmaktan kurtarılmış olmaktadır.

UAD Statüsü¹³³, UNCITRAL Tahkim Kuralları¹³⁴ ve ICC Tahkim Kuralları¹³⁵ gibi bir çok metinde hak ve nısfet kuralları çerçevesinde karar verilebileceği kabul edilmektedir.. *Ex aequo et bono* karar verme yetkisinin tanındığı tüm bu belgelerde, söz konusu yetkinin kullanılabilmesi, tarafların bu konudaki rızasına bağlanmıştır¹³⁶. Bu tür bir karar verme yetkisinin tanınmış olmasındaki amaç, karar verme yetkisini haiz olan makamların, pozitif hukukun katı kalıplarından

¹³² Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.163-164.

¹³³ *Ex aequo et bono* karar verme yetkisine imkân tanıyan belgelerin en önemli örneği olarak ortaya çıkan UAD Statüsünün 38.maddesinde mahkemenin kullanacağı kaynaklar listelendikten sonra şu şekilde bir ifadeye yer verilmiştir: “2 Bu hüküm, tarafların bu konuda mutabakatının sağlanması kaydıyla, mahkemenin herhangi bir dâvada *ex aequo et bono* karar verme yetkisini ortadan kaldırmayacaktır.

¹³⁴ Bkz. UNCITRAL Tahkim Kuralları md.13(4).

¹³⁵ Bkz. ICC Tahkim Kuralları md.33(2).

¹³⁶ Ancak, belirtmek gerekir ki, *ex aequo et bono* karar yetkisinin tarafların mutabakatıyla hakemlere tanınmış olması bu tür bir kararın geçerli bir karar olarak kabul edilmesi için yeterli değildir, zira tahkimin usulüne uygulanan hukukun da hakemlere bu yetkiyi tanıdığı olması gerekmektedir. Bu durumun, uluslararası ticarî tahkimin akdî niteliğine uymadığı, zira uluslararası tahkimde, taraflara akitten doğan hak ve borçları tesbitte dayanılacak hukuku seçmede tam bir irade serbestisi tanındıktan sonra bu serbestinin hakkaniyet ve nısfet gibi mücerret hukuk normları bakımından tahkimi yöneten usul hukuku ile sınırlandırılmasının bir çelişki olduğu ileri sürülmektedir: Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.165.

kurtarılması ve hakkaniyet, adalet ve nısfet gibi kavramlar çerçevesinde karar verebilmelerine imkân tanınmasıdır.

1. Belirli Bir Hukuk Sistemine Göre Verilmiş Kararlar ile Hakkaniyet ve Nısfete Göre Verilmiş Kararlar Arasındaki Ayırım

Tahkim anlaşmalarının geçmişine bakıldığında, belirli bir hukuk sistemine göre verilmiş kararlarla hak ve nısfete göre verilmiş kararlar arasında belirleyici bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle, 1798 ve 1914 yılları arasında yapılmış olan çok sayıdaki tahkim anlaşmasında, hak ve nısfete atfı yapıldığı, ancak, yine de bu bağlamda bir ayırımın söz konusu olmadığı görülmektedir¹³⁷. Esasen, genel olarak tahkim hakemlerinin hakkaniyet ve nısfete göre karar verme eğilimlerinin temelinde uluslararası hukukta geniş anlamda boşluklar bulunması yatmaktadır. Bu bağlamda, hakkaniyet ve nısfet kuralları hakemlerce, karar aşamasında uygulanacak hukukta bir boşluk bulunduğu gerekçesiyle sessiz kalmamak (*non liquet* oluşturmamak) amacıyla kullanılmaktadır. Uygulanacak hukukta bu hukuk sisteminin öngördüğü boşluk doldurma mekanizmalarının, söz konusu boşluğun doldurulmasında yetersiz kaldığı, ve bu boşluğu doldurmak için uluslararası hukukun kullanılmasına imkân tanındığı hallerde dahi boşluğun doldurulmadığı bir durumun ortaya çıkması, artık uyuşmazlığın yasal anlamda çözümsüz kaldığı anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, hakkaniyet ve nısfete göre verilecek olan kararların yasal düzenlemeler anlamında çözüme kavuşturulamayacak uyuşmazlıkların çözümü için kullanılabileceğini ifade

¹³⁷ **Sohn, L.B.:** “The Function of International Arbitration Today”, Recueil des cours, T.108-1(1963), s.43-45.

etmek yanlış olmayacaktır¹³⁸. Bu eğilim, halen kendisini I. Dünya Savaşı sonrası yapılan bazı uluslararası anlaşmalarında göstermektedir¹³⁹.

2. Hakkaniyet ve Nisfetin *Ex Aequo Et Bono* Karar Yetkisi Dahilinde Kullanılması ile Milli Hukuk ve Uluslararası Hukuk Kapsamında Kullanılması Arasındaki Ayırım

Günümüzde, hakkaniyet ve nisfetin *ex aequo et bono* karar yetkisi dâhilinde kullanılması ile genel anlamda hakkaniyet ve nisfetin hukuk ve uluslararası hukuk kapsamında kullanılması arasında ayırım yapılmaktadır¹⁴⁰. Zira, hakkaniyet ve nisfetin uluslararası hukuk ve genel anlamda hukuk sistemleri kapsamında uygulama alanı bulması yasal sistemin bir parçası olarak değerlendirilmekle birlikte, hakkaniyet ve nisfetin *ex aequo et bono* karar yetkisi bağlamında kullanılması ilkinden farklı olarak, tamamen tarafların bu yöndeki mutabakatlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, belirli bir hukuk sistemi kapsamında hakkaniyet ve nisfet değerlerinin göz önünde bulundurulması bu hukuk sisteminin mekanizması dahilinde yapılmakta, tarafların bu hususta önceden bir mutabakat göstermesi şartı aranmamaktadır; oysa karar yetkisi bağlamında ihtilâfın çözümü noktasında, tarafların bu hususta bir rıza göstermiş olması gerekmektedir. Esasen, sosyal ilişkileri düzenleyen tüm hukuk sistemlerinin içerisinde hakkaniyet, adalet, nisfet, iyi niyet gibi değerler temel bir zemin oluşturmaktadır. İşte bu değerler sistemini ifade eden bir takım normlar, tüm pozitif hukuka hâkim bir noktaya

¹³⁸ **Schreuer, C.:** “Decisions *ex aequo bono* by International Courts and Arbitral Tribunals, in International Arbitration”: Liber Amicorum for Martin Domke 1967, s.275-276. (Decisions by International Courts)

¹³⁹ Bu anlaşmalara örnek olarak, Uluslararası Pasifik Uyuşmazlıklarının Çözümüne dair 1928 tarihli Kanun: (29.09.1928) 93 LNTS 343 ve 1957 tarihli, Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Avrupa Sözleşmesi gösterilebilir: (29. 04. 1957), 320 UNTS 243.

¹⁴⁰ **Schreuer, C.:** Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention, ICSID Rev- FILJ, C.11(Spring 1996), s.38. (Decisions under the ICSID Convention)

ulaştırılmış ve “genel hukuk prensipleri” adı altında kodifiye edilmiştir. Bunların millî hukuk sistemlerindeki işlevi ise, hukukî düzenlemelerde bir temel dayanak teşkil etmenin yanı sıra, somut olaylarda, kanun hukuku ile ulaşılan sonuçların aynı zamanda insan aklı, vicdanı ve eşyanın tâbiatı doğrultusunda değiştirilmesi, yumuşatılması ve hatta bertaraf edilmesidir¹⁴¹. İşte bu noktada, bir hukuk sistemi içerisinde yer alan hakkaniyet ve nısfet değerlerinin karara temel teşkil etmesiyle, bu değerlerin belli bir hukuk sistemi içerisinde yer almadığı halde kararın temelini teşkil etmesi arasında belirli bir fark ortaya çıkacaktır. İkinci durumda, amaç, pozitif hukukun yumuşatılması, hakkaniyet ve nısfet değerleri çerçevesinde değiştirilmesi veya bertaraf edilmesi değil, hakkaniyet ve nısfet değerlerinin ihtilâfin esasını çözümlenmek amacıyla kullanılmasıdır. Zira, hakkaniyet ve nısfet kurallarının tek başına bir karara temel teşkil ettiği ve bunun bir *ex aequo et bono* karar niteliği taşıdığı durumlarda söz konusu değerlerin uygulanabilmesine imkân sağlayan belirgin bir pozitif hukuktan da söz etmek mümkün olmayacaktır. Uluslararası Adalet Divanı da, hukuk kapsamındaki hakkaniyet ile *ex aequo et bono* karar yetkisi kapsamındaki hakkaniyet arasındaki ayrımı kabul etmiş, ve bir *Continental Shelf* (Kıta Sahaneliği) kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Mahkemenin verdiği kararda yasal gerekçesi ne olursa olsun, kararı, adil ve bu anlamda hakkaniyete uygun olmalıdır. Bununla birlikte, mahkeme kararında herhangi bir hukuk kuralına atıfta bulunmayıp doğrudan hakkaniyet ve nısfete dayanan bir karar da vermiş olabilir. İşte bu durumda *ex aequo et bono* bir karardan söz edilebilir. Ancak bu durumda verilen kararın *ex aequo et bono* bir karar olarak nitelenebilmesi için bu kararın Mahkeme Statüsünün 38.maddesi ikinci fıkrası gereği belirtilen şartları taşıması

¹⁴¹ Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.164.

gerekmektedir¹⁴²”. Ancak, bununla birlikte, teorik anlamda, uygulanacak hukuk dâhilindeki hakkaniyet ve nısfet kavramı ile tek başına hakkaniyet ve nısfete göre karar verilmesi arasındaki ayırım oldukça ikna edici ve belirgin görünse de, uygulamada bu farklılık bazı sıkıntılara neden olabilmektedir. İşte, bu nedenle teorik olarak söz konusu ayırımı yapmış olan UAD’nın bugüne kadar *ex aequo et bono* kararına hiç rastlanmamıştır. Diğer tahkim heyeti ve mahkeme kararlarında ise bu tür bir karara ender olarak rastlanmaktadır¹⁴³.

B. ICSID TAHKİMİNDE HAKKANİYET VE NISFET KURALLARINA GÖRE KARAR VERİLMESİ

Ex aequo et bono kararların doğmasının temelinde iki tür sebep yatmaktadır. Bunlardan ilki, somut olayda uygulanacak hukuk kuralının bu somut olay dâhilinde adil olmayan bir sonuç doğuracak olması sebebiyle dikkate alınmaması durumu, ikincisi ise genel anlamda yeni standart ve prensiplere ihtiyaç duyulduğu, ancak bu tür standart ve prensiplerin henüz hukuk kuralı niteliğinde bir olgunlaşma sergilemediği durumdur¹⁴⁴.

Ex aequo et bono kararlar, uzun soluklu tâbiatları sebebiyle özellikle yatırım ilişkileri için farklı bir önem arz etmektedir. Yatırım ilişkilerinin uzun soluklu olmasının anlamı, bu ilişkilerin başından sonuna kadar uzun sürecin gerek ekonomik, gerek siyasi, gerek teknolojik alanda birçok gelişime ve değişime gebe olmasıdır. Buna bağlı olarak, tarafların hukukî anlamda tâbi olduğu şartların değişime uğraması da kaçınılmaz olacaktır. İşte bu bağlamda, *ex aequo et bono*

¹⁴² 1969 ICJ Rep. 48. Bu konuda ayrıca bkz. **Jenks, C.** : “Equity as a Part of the Law Applied by the Permanent Court of International Justice”, L.Q.Rev., C.53(1937), s.519.

¹⁴³ **Schreuer**, Decisions by International Courts, s.275-276.

¹⁴⁴ **Sohn**, s.333, **Schreuer**, Decisions by International Courts, s.283, **Schreuer**, Decisions under ICSID Convention, s.40

karar yetkisinin yatırım uyuşmazlıklarının çözümü açısından kabul edilebilir olması, hem bu gelişim ve değişimlerden kaynaklanan ihtiyaçların tatminkâr bir şekilde karşılanmasını sağlayacak, aynı zamanda da taraflar arasındaki işbirliğinin sürdürülmesine katkıda bulunacaktır.

ICSID Sözleşmesinin *ex aequo et bono* karar yetkisi ile ilgili olan hükmü, UAD Statüsünün 38. maddesinde ifade bulan hükme çok yakın bir düzenleme içermektedir. Sözleşmenin 42(3). maddesi, taraflara uyuşmazlığın çözümünde yetkili olan hakemlere belirli bir hukuk sistemine bağlı kalmaksızın, *ex aequo et bono* karar verme yetkisi tanıma imkânı sağlamıştır. Bu hükme göre: ICSID Sözleşmesinin 1 ve 2.fıkraları, hakem heyetinin uyuşmazlık hususunda *ex aequo et bono* karar verme yetkisini sınırlamayacaktır. Hakem heyetinin bu yönde bir karar verebilmesi için ise, tarafların bu konuda mutabakata varmaları gereklidir.

Sözleşmenin taslaklarında da *ex aequo et bono* karar yetkisine imkân tanıyan hükümlere yer verilmekle birlikte, ilk taslaklarda bu konuda tarafların rızası üzerinde durulmamıştır¹⁴⁵. Ancak, daha sonra bir delege tarafından, *ex aequo et bono* kararlar ile hakkaniyet ve nısfete dayalı olan ancak belirli bir hukuk sisteminin kapsamı içerisinde bu değerlere dayanılarak verilen kararlar arasında ayırım olduğu üzerinde durulmuş ve bunun üzerine Sözleşmede bu ayrıma belirgin bir şekilde işaret eden bir düzenleme yapılması uygun görülmüştür¹⁴⁶.

¹⁴⁵ **Scheuer** Decisions under the ICSID Convention, s.41, History of the Convention, CII(1970), s. 330, 570.

¹⁴⁶ History of the Convention, C.II(1970), s.419.

1. ICSID Tahkiminde Hakemlere Hakkaniyet ve Nisfete Göre Karar Verebilme Yetkisi Tanınmasının Amacı

Sözleşmenin 42.maddesi, öngörülebilirlik ve esneklik arasında belirgin bir denge kurma amacını taşımaktadır. Ev sahibi devletin hukukunun uluslararası hukuk kuralları ve *non liquet* yasağı ile birlikte uygulanabilmesine imkân tanınması, Sözleşmenin ilgili maddesinin öngörülebilirlik niteliğini haiz olduğunun bir yansıması olarak değerlendirilmekte iken, Sözleşmenin 42(3).maddesi, tarafların hukuk seçimi özgürlüğünü daha da ileri bir boyuta taşıyarak, sadece uyuşmazlığa uygulanacak, pozitif bir hukukun seçimini değil, ayrıca hakkaniyet ve nisfet kapsamında da seçim yapılabilmesine imkân sağlamaktadır. Hakem heyetinin *ex aequo et bono* karar yetkisi ile donatılmış olması, öngörülebilirlik anlamında makul bir bedele karşılık maksimum düzeyde bir esneklik sağlamaktadır.

Sözleşme, *ex aequo et bono* kararları, 42(2).madde uyarınca *non liquet yasağına* bağlı kalmak anlamında uygulanacak hukuktaki boşlukları doldurmak amacıyla kullanılacak bir araç olarak görmemektedir. Zira, hukuka dayalı kararlar ile hakkaniyete dayalı kararlar arasında belirgin bir ayırım söz konusudur ve Sözleşme *non liquet* durumunun oluşmaması için gereken tedbirleri 42(2).madde kapsamında zaten almıştır. Bu tedbirler kapsamında bir hukuk boşluğunun varlığı sebebiyle hakemlerin uyuşmazlık konusunu çözümsüz bırakması zaten imkânsız görünmektedir. Bunun yanında, hukukî ve hukukî olmayan uyuşmazlık ayırımı da *ex aequo et bono* kararlar açısından söz konusu bir ayırım değildir. Sözleşmenin 25(1).maddesi, ICSID'in yargılama sınırlarını hukukî uyuşmazlıklar bağlamında belirlemiştir. Bunun anlamı, ICSID yargılamasının zaten sadece hukukî uyuşmazlıklar anlamında söz konusu olacağıdır. Bundan dolayıdır ki, hakkaniyete

uygun karar verebilme yetkisinin hakemlere tanınmış olması, uyuşmazlığın niteliğinden kaynaklanan bir sebebe değil, tamamen tarafların bu yöndeki rızasına ve mutabakatına bağlı kılınmıştır¹⁴⁷.

2. ICSID Tahkiminde Hakkaniyet ve Nısfete Göre Karar Verilebilmesini Sağlayan Anlaşmalar

a. Tarafların Tahkim Anlaşması İçerisinde *Ex Aequo Et Bono* Karar Yetkisine Rıza Göstermesi

Taraflar, uyuşmazlıklarının *ex aequo et bono* çerçevesinde hakkaniyet ve nısfete göre çözümlenmesini istediklerinde, izleyecekleri en genel yol, ICSID tahkim şartını içeren tahkim anlaşmalarının içerisinde bu yöndeki rızalarını belirten bir hüküm buldurmalarıdır. ICSID tahkim şartı, ayrı bir tahkim anlaşmasının içerisinde değil de, tarafların aralarında yapmış oldukları ana sözleşmedeki bir hüküm içerisinde yer alıyorsa, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hakemlerce hakkaniyet ve nısfete göre çözülmesi yönündeki rızaları da bu hüküm kapsamında yer almalıdır. Merkez, bu konuda, bir dizi model şart hazırlamıştır. Bu model şartların en sonuncusunda kaleme alınan hüküm şu şekildedir:

“Anlaşma kapsamında teşekkül etmiş tüm hakem heyetleri, önlerine gelen uyuşmazlıkları *ex aequo et bono*, hakkaniyet ve nısfete göre, çözme yetkisine sahiptir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Schreuer, Decisions under ICSID Convention, s.42.

¹⁴⁸ ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev. 2, Feb. 1, 1993. Daha önceki model şartlarda da benzer ifadeler yer verilmiştir. Bkz. Clause XVIII of the Model Clauses of 1981, 1 ICSID Rep. 197, s. 206 ve Clause XXII of the Model Clauses of 1968, 7 ILM 1159, 1177 1968: model kloz metinleri için ayrıca bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/main-eng.htm>

ICSID hakem heyetlerinin önüne gelen ve önceden bu bağlamda hazırlanmış bir anlaşma içeren tek dâva olan *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea* dâvasında şu şekilde bir hükme yer verilmiştir¹⁴⁹:

“Anlaşmanın sağlanamaması durumunda, taraflar, uyuşmazlığın ICSID tahkimi çerçevesinde ve Sözleşmenin 42(3).maddesi uyarınca *ex aequo et bono* - hakkaniyet ve nısfete göre- çözümünü hüküm altına almışlardır.”

b. Tarafların Tahkim Anlaşması İle Rıza Göstermedikleri Halde

Sonradan *Ex Aequo Et Bono* Karar Yetkisini Tanımaları

Taraflar, uyuşmazlıklarının hakkaniyet ve nısfete göre çözümünü istediklerinde, bunu mutlaka önceden yapacakları bir anlaşma ile hüküm altına almak zorunda değildirler. Bu konudaki ortak rızalarını daha sonraki bir aşamada da gösterebilirler¹⁵⁰. Bilindiği gibi, ICSID yargılaması, sadece tarafların uyuşmazlıklarını ICSID kapsamında çözülmesi niyetlerini içeren doğrudan yapılmış bir anlaşma aracılığıyla değil, aynı zamanda, uyuşmazlığın tarafı olan yatırımcı gerçek ya da tüzel kişinin vatandaşı olduğu devlet ve uyuşmazlığın tarafı olan diğer devlet arasında yapılmış olan ikili yatırım anlaşması aracılığıyla da teşekkül edebilir. Böyle bir durumda, yatırımcı, uyuşmazlığın tarafı olan devlet (ev sahibi devlet) ile bu yönde diğer başka bir anlaşma yapmadan ikili yatırım anlaşmasından referansla ICSID tahkimine gidebilecektir. İşte, bu halde ICSID tahkim prosedürü oluşturulmadan, tarafların, uyuşmazlıklarının hakkaniyet ve nısfet kapsamında çözümü yönünde ortak bir rıza beyan etmeleri mümkün olmayacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, taraflar, gerek yargılama başlamadan önce, gerek daha

¹⁴⁹ *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Award of Apr. 21 1986, 3ICSID Rep. 17.

¹⁵⁰ **Scheuer**, Decisions under ICSID Convention, s.42-43.

sonraki bir aşamada bu konudaki rızalarını beyan edebilirler. Aynı durum, tarafların ICSID yargılamasına gitme yönünde bir anlaşma yapmış olmalarına rağmen, bu anlaşma kapsamında uyuşmazlıklarının hakkaniyet ve nısfete göre çözümünü hüküm altına almadıklarında da geçerlidir. Sözü edilen durum, ICSID tahkimi önüne gelen iki dâvada ortaya çıkmıştır¹⁵¹.

AGIP Spa v. The Government of the People's Republic of Congo (AGIP Spa – Kongo Halk Cumhuriyeti) dâvasında, taraflar, aralarında çıkabilecek her türlü uyuşmazlığın ICSID tahkimi kapsamında çözüleceğini kararlaştırmış, uygulanacak hukuk ile ilgili olarak da ev sahibi devlet hukuku olan Kongo hukukunun gerektiği hallerde uluslararası hukuk ile birlikte uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Tarafların bu yönde yapmış oldukları anlaşma kapsamında hakkaniyet ve nısfete herhangi bir gönderme yapılmamıştır. Ancak, daha sonra, hükümetin cevap dilekçesinde, hakem heyetinin *amiable compositeur* sıfatı ile karar verebileceği önerisi getirilmiştir. *AGIP*, bu öneriyi kabul etmemiştir. Bu durumda hakem heyeti, kararını daha önce taraflarca ortak olarak belirlenen uygulanacak hukuk kapsamında oluşturacağını belirtmiştir¹⁵².

Bu bağlamdaki ikinci dâva, *Benvenuti and Bonfant Srl. v. The Government of People's Republic of Congo* dâvasıdır. Bu dâvada da, taraflar uyuşmazlıklarının ICSID tahkimi kapsamında çözülmesi yönünde uzlaşmışlar; ancak, esasa uygulanacak hukuk bağlamında belirli bir hukuk seçimi yapmamışlardır. Bu durumda, Sözleşmenin 42(1).maddesi gereği ev sahibi devlet hukuku olan Kongo hukuku uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak ortaya çıkmıştır. Bu dâvada, tahkim kaydı 15 Aralık 1977 tarihinde

¹⁵¹ Bu dâvalardan birinde, talep reddedilmiş olmakla birlikte (*AGIP Spa v. Congo*), diğer dâvada taraflar bu yönde bir anlaşmaya varmışlardır (*Benvenuti & Bonfant v. Congo*).

¹⁵² Karar, 30. 10. 1979, 1 ICSID Rep. s. 306.

yapılmış, hakem heyetinin ilk toplanma tarihi olan 14/15 Haziran 1978 tarihinde de dâvacı, hakem heyetine Sözleşmenin 42(3).maddesi uyarınca hakkaniyet ve nısfete göre karar verebilme yetkisinin tanınması önerisinde bulunmuştur. Bu toplantıda hükümet temsilcileri hazır bulunmadığından söz konusu durum ev sahibi devlete ICSID Genel Sekreterince yazılı olarak iletilmiş, hükûmetin bu öneriye cevabı ise olumsuz olmuştur¹⁵³. Daha sonraki duruşma tarihi olan 6 Haziran 1979 tarihinde ise, taraflar hakem heyetine, uyuşmazlığı kendi aralarında prensip olarak çözdüklerini bildirmiştir. Taraflar, daha sonra, hakem heyetinin kararını, bu özel durum sebebiyle, 30 Ağustos 1979 tarihinden önce vermemesini talep etmişlerdir. Ne var ki, daha sonra taraflar kendi aralarında bu tarihe kadar uzlaşmamışlar, bu kez de hakem heyetinin kararı hakkaniyet ve nısfete göre en kısa zamanda vermesini talep etmişlerdir. 18 Temmuz 1979’da ise *Benvenuti and Bonfant*, hakem heyetini, Kongo ile uzlaşma çabalarının sonuçlanamadığı yönünde bilgilendirmiş, ve bunun üzerine hakem heyeti, tarafların ortak rızası doğrultusunda kararını hakkaniyete ve nısfete uygun olarak vermiştir¹⁵⁴.

C. EX AEQUO ET BONO KARARLARIN NON LIQUET YASAĞI

DAHİLİNDE UYGULANAMAMASI

Sözleşmenin 42(2).maddesi uyarınca, boşluk doldurulması durumunun 42(3).maddede cevaz verilen hakkaniyet ve nısfete göre karar verilebilmesi durumu ile karıştırılmaması gerekmektedir. Boşluk doldurmak amacı ile, hukukun genel ilkelerine, hakkaniyet ve nısfete dair ilkelere gidilebileceği gibi, bu durumda esas olan, pozitif hukuk kurallarına bağlı kalınması ve bu kurallardaki boşlukları

¹⁵³ 1 ICSID Rep. s. 337-338.

¹⁵⁴ **Zaidé, R.B.:** Some Recent Decisions in ICSID Cases, ICSID Rev.- FILJ, C.6 (1991), s. 514-517.

doldurmak amacıyla söz konusu ilkelere başvurulmasıdır. Zira Sözleşmenin 48(3).maddesi gereği, heyet kararlarını gerekçeli olarak verir; aksi takdirde ve pozitif hukuk kurallarının uygulanmaması durumunda da yetki aşımı gerekçesiyle, karar Sözleşmenin 52(1)(e) maddesine göre iptal edilebilir. Oysa, 42(3).madde doğrultusunda, heyetin hakkaniyet ve nısfete göre karar verirken belirli hukuk kurallarına bağlı kalma zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte, heyetin bu tür bir karar yetkisini haiz olabilmesi tarafların bu yönde rızalarını beyan etmiş olmaları şartına bağlanmıştır.

Eğer taraflar, hukuk seçimi yoluyla uyuşmazlıklarının çözümüne uygulanmasını istedikleri hukuku belirlemişlerse, o zaman bu hukuk çerçevesinde oluşabilecek boşluklar yine seçilmiş olan hukuk kuralları çerçevesinde doldurulmalıdır. Belli bir hukuk sisteminin seçilmiş olması, bu hukuk sistemi içerisindeki boşluk doldurma mekanizmasının da seçilmiş olduğu anlamına gelmektedir.

Eğer seçilmiş olan hukuk, hakem heyetinin önüne getirilmiş olan uyuşmazlıkla ilgili olan hukukî soruna çözüm getirmez ise, heyet, uluslararası hukuk kuralları ile boşlukların doldurulmasını sağlayabilir. Buna rağmen boşlukların doldurulmaması ise gerçekleşmesi çok zor bir ihtimal olsa da, böyle bir durumun söz konusu olduğu halde, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafının devreye sokulabileceği kanısındayız. Esasen, ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukuk kombinasyonu öyle geniş bir yetki alanı oluşturmaktadır ki, “*non liquet*”¹⁵⁵ durumu neredeyse hiç ortaya çıkmayacak bir hale gelmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ *Non liquet* konusu çalışmamızın dördüncü bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁵⁶ **Shihata-Parra**, s.195-196.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ESASA UYGULANACAK HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI
HUKUKUN İFADESİ VE ESASA UYGULANACAK HUKUKA GETİRİLEN
SINIRLAMALAR

I. UYGULANACAK HUKUKTA BOŞLUK BULUNMASI

A. ICSID TAHKİMİNDE *NON LIQUET* KAVRAMI

ICSID Sözleşmesinin 42(2).maddesine göre, hakem heyeti, uygulanacak hukukta boşluk olması veya bu hukukun uyuşmazlığın çözümü bağlamında sessiz kalması sebebiyle bu boşluğun tespiti yoluyla söz konusu uyuşmazlığı çözümsüz bırakacak bir karar veremez. Bu durum “*non liquet* yasağı” olarak adlandırılmaktadır. Bundan anlaşılın, hukukta belli bir konuda düzenleme olmadığında veya hukukun belli konuda sessiz kalması durumunda hakemlerin bu boşluk sebebiyle kararsız kalmasının mümkün olmayacağıdır. Esasen, ICSID Sözleşmesinin 42(2).maddesinde yer alan *non liquet* yasağı, temelini Uluslararası Hukuk Komisyonunun Tahkim Prosedürü ile ilgili Model Kurallarının 11.maddesinden almaktadır¹⁵⁷. Model Kuralların 11. maddesi ile Sözleşmenin 42(2).maddesinin lafzı birebir aynı olup, Sözleşmenin hazırlık aşamasında dahi herhangi bir değişikliğe tâbi tutulmamıştır¹⁵⁸.

B. ICSID TAHKİMİNDE *NON LIQUET* YASAĞININ AMACI

Bu hüküm ile amaçlanan, hukukî boşluk ya da uygulanacak hukukun belirlenememesi nedeniyle, uyuşmazlığın karara bağlanamayacağı gerekçesiyle

¹⁵⁷ Yearbook of International Law Commission, C.II (1958), s.84.

¹⁵⁸ Schreuer, Commentary, s.487.

dâvanın reddedilmesinin önüne geçmektir. Ancak, *non liquet* yasağı, sadece karar verilmemesi durumunu değil, aynı zamanda, uyuşmazlıkla ilgili belirli hukukî sorunların cevaplanamaması durumunu da kapsamaktadır¹⁵⁹.

Hakemler, her durumda, oluşabilecek boşluğu dolduracaklardır. ICSID Sözleşmesinin 42. maddesinde öngörülmüş olan mekanizma takip edildiğinde zaten böyle bir boşluk kendiliğinden doldurulacaktır. Zira, Sözleşmenin 42.maddesi tarafların anlaşması durumunda, üzerinde anlaştıkları hukukun uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak belirleneceğini belirtmiş, böyle bir hukuk seçimi yapılmadığı durumda ise, ev sahibi devlet hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Aynı hüküm, uluslararası hukukun da uygulanabilirliğini mümkün kılmıştır. Buradan hareketle, gerek hukuk seçimi sonucunda belirlenen hukukta, gerek böyle bir seçimin olmadığı halde ev sahibi devletin hukukunun uygulanması durumunda oluşabilecek boşlukların uluslararası hukuk kuralları ile doldurulabileceği yönünde, ICSID tahkim heyetlerince genel bir eğilim oluşmuştur. Bunun yanında, heyet, boşluk doldurmak amacıyla, mahkeme kararları, doktrin ve uygulama kodları gibi kaynaklardan da faydalanabilmektedir. Ancak, kaynakların boşluk doldurmada yetersiz kaldığı her durumda, uluslararası hukukun genel ilkelerinin yol gösterici olacağından şüphe yoktur¹⁶⁰.

II. ULUSLARARASI HUKUKUN UYGULANMASI

Uluslararası hukuk, ICSID Tahkimi çerçevesinde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Taraflarca hukuk seçimine konu olabileceği gibi, böyle bir seçimin yapılmadığı durumda da Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci cümlesi gereğince

¹⁵⁹ **Stone, J.:** “Non-liquet and the Function of Law in the International Community, British Yearbook of Int'l Law, C.35(1959), s.124.

¹⁶⁰ **Schreuer,** Commentary, s.488.

uluslararası hukuk, ev sahibi devletin hukuku ile birlikte uygulama alanı bulacaktır. Her ne kadar, bir hukuk seçimi kapsamına alınmadığında uluslararası hukukun uygulanıp uygulanmayacağı yönünde tartışmalar olsa da, ICSID hakem heyetlerinin genel eğilimi, uluslararası hukukun uygulanması yönünde olmaktadır¹⁶¹.

ICSID tahkimi çerçevesinde, uluslararası hukukun böylesine geniş bir uygulama alanına sahip olmasının temelinde, ICSID'in bağımsız ve uluslararası niteliğe sahip olması yatmaktadır¹⁶².

Uluslararası hukuk ile kastedilenin ne olduğu, Dünya Bankası yönetim kurulunca hazırlanan ICSID Sözleşmesine dair Raporda¹⁶³ açıklanmıştır¹⁶⁴. Buna göre, uluslararası hukuk kuralları ile kastedilen, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsünün 38.maddesinde, belirtilen uluslararası hukuk kurallarıdır. Bu kuralların içerisine, uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül kuralları ile hukukun genel ilkeleri ile mahkeme kararları ve doktrin görüşleri girmektedir.

Uluslararası hukuk, tarafların açık seçimiyle uygulama alanı bulmakla birlikte, ev sahibi ülkenin hukukunu sınırlandıran bir unsur olma niteliğine de sahiptir. *Broches*, ICSID tahkimi kapsamında uluslararası hukukun, dört halde uygulama alanı bulacağını söylemektedir.¹⁶⁵

Tarafların uluslararası hukuku seçmesi, uyuşmazlığın çözümü konusunda âkit devletin hukukunun uluslararası hukuku işaret ettiği durumlar, uyuşmazlık konusunun doğrudan düzenlendiği bir uluslararası hukuk kuralının, tarafların imza koymuş olduğu bir uluslararası anlaşma içerisinde mevcut olduğu durumlar, âkit

¹⁶¹ **Schreuer**, Commentary, s.435.

¹⁶² **Schreuer**, Commentary, s.438-439.

¹⁶³ Report of the Executive Directors on the Convention, s. 47.

¹⁶⁴ Rapor metnin tamamı ve ayrıntılı bilgi için bkz.:

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

¹⁶⁵ **Reisman, M.:** "The Regime for Lacunae in ICSID Choice of Law Provision", ICSID Rev. FILJ, C.15(Fall 2000) No. 2, s.380.

devletin hukukunun veya âkit devletin gerçekleştirdiği işlemin dayanağı olan kuralların uluslararası hukuku ihlâl etmesi sebebiyle, uluslararası hukukun iç hukuku düzeltici bir rol oynadığı durumlar.

A. ULUSLARARASI YATIRIMLAR AÇISINDAN ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

1. Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası anlaşmalar, uluslararası hukukun bir kaynağını teşkil etmektedir¹⁶⁶. Uluslararası hukukun uygulanması açısından, ICSID kapsamında göze çarpan uluslararası anlaşmalar, iki taraflı yatırım anlaşmaları olabileceği gibi çok taraflı anlaşmalar da olabilir.

a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları

İki taraflı yatırım anlaşmaları, ICSID tahkim heyeti önünde, uyuşmazlığın çözümü esnasında, uygulanacak hukuk açısından kaynak olarak alınan önemli unsurlardan biridir¹⁶⁷.

Esasen taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürme konusunda anlaşmış olmalıdırlar. Bu, ICSID yargısının temel koşulu ve onu iradeye tâbi kılan en belirgin etkidir. Taraflar bu yöndeki iradelerini geçerli bir tahkim anlaşması veya tahkim kaydı ile gösterirler. Ancak, günümüzde, “tahkim kaydı”

¹⁶⁶ **Pazarıcı, H.:** Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap, Gözden geçirilmiş 3.baskı, Ankara 1992, s.105 vd.; **Çelik E.:** Uluslararası Hukuk, C.I, İstanbul 1980, s.125 vd.

¹⁶⁷Günümüzde iki taraflı yatırım anlaşmalarına uluslararası alanda oldukça büyük bir önem verilmektedir. Son yirmi beş yılda, azımsanmayacak sayıda Avrupa ülkesi, gelişmekte olan ülkelerle iki taraflı yatırım anlaşması yapma trendine girmiştir. Ancak, iki taraflı yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımların teşviki ve korunması anlamında dünya çapında kabul görmesi, 1980lerin sonuna tekabül etmektedir. Günümüzde 1857'den fazla ikili yatırım anlaşması mevcut olmakla birlikte, 1987'den bu yana 800 tanesi de sonuçlandırılmıştır:

<http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf> (14.05.2005)

kavramı genişletilmeye başlanmış, ve “*arbitration without privity*”¹⁶⁸ kavramı kapsamında yabancı yatırımların çekilmesi hedeflenmiştir. Bu kavram, tahkime başvuru konusunda tarafların açık iradeleri bulunmasa dahi, ev sahibi ülkenin yabancı yatırımlarla ilgili mevzuatında uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülebileceğine dair bir hüküm bulunmasını veya iki veya çok taraflı anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözülebilmesi için ICSID tahkimine gönderme yapılmış olmasını yeterli saymaktadır¹⁶⁹. Günümüzde, birçok ikili yatırım anlaşması, ICSID tahkimine gönderme yapan hükümler içermektedir. İkili yatırım anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkimine yapılan bu göndermeler, ICSID tahkimine gidilmesi konusunda birer irade beyanı olarak kabul edilmiştir¹⁷⁰.

b. Çok Taraflı Anlaşmalar

Yabancı yatırımlarla ilgili olarak, yatırımın bütün veçhelerini kapsayan çok taraflı anlaşmaların akdedilmesiyle ilgili geçmişte sarfedilen çabalar¹⁷¹ sonuçsuz kalmakla birlikte¹⁷², yabancı yatırımların bazı veçhelerini ilgilendiren anlaşmaların

¹⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Paulsson, J.**: “Arbitration Without Privity”, ICSID Rev, FILJ, C.10(1995), No.2, s.236.

¹⁶⁹ **Gonzales de Cossio, F.**: “The International Centre for Settlement of Investment Disputes-The Mexican Experience”, JIAL, C.19(2002), No.3, s.229-230.

¹⁷⁰ *AAPL v. Sri Lanka* dâvası iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine başvuru dâvalardan ilkidir. Hakem kurulu, bu davada, uyuşmazlığın çözümüne taraflar arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşması hükümlerini irade şartının sağlanması açısından yeterli bulmuştur: *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (27.6.1990): ILM., vol.30 (1991), s.580-655. Yine *AMT v. Zaire* davasında da ABD ve Zaire arasında 1984 yılında yapılmış olan ikili yatırım anlaşmasına atıflar yapılmıştır. Bu davada, iki ülke arasında akdedilmiş olan ikili yatırım anlaşması, davada hakların ve yükümlülüklerin kaynağı olarak kullanılmıştır. *AMT v. Zaire*, Karar 21 Şubat 1997 : ILM, vol. 36 (1997), s.1535, 1538, 1548, 1550, 1551.

¹⁷¹ İkinci Dünya Savaşından sonra bir uluslararası ticaret örgütü kurma çabası ve daha sonra da yabancı yatırımlar için bir kod oluşturma amacıyla hazırlanan Abs-Shawcross sözleşmesi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s.52.

¹⁷² Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s.51.

yanı sıra (ICSID ve MIGA¹⁷³ gibi), farklı konularda olmakla beraber, mevcut birtakım çok taraflı anlaşmalar da, yabancı yatırımlarla ilgili kurallara yer vermektedir. Son anılanlar arasında, Uluslararası Para Fonu¹⁷⁴ Anlaşması, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması¹⁷⁵, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization- WIPO)'nün ilgili anlaşmaları yer almaktadır.

ICSID tahkiminde uluslararası hukukun bir parçası olarak kullanılan çok taraflı anlaşmalar da mevcuttur. *SPP v. Egypt* davasında, Mısır, 1972 tarihli “Dünyanın Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına dair UNESCO Sözleşmesi¹⁷⁶’ne gönderme yaparak, kanunda bulunan boşluğun doldurulması amacıyla UNESCO Sözleşmesinin uygulanabileceğini iddia etmiş, hakem heyeti ise, UNESCO Sözleşmesi, uluslararası hukukun bir parçası olması sebebiyle her halükârda uygulanacağını belirtmiştir¹⁷⁷.

2. Uluslararası Teamül Kuralları

Uluslararası teamül kuralları, zaman içerisinde, devletler arasında etkin, yaygın ve genel bir uygulama alanı bulmuş olan mutad davranış kurallarından oluşmaktadır. Bir başka deyişle, teamül, genel ve yaygın uygulamadan gelen mutad davranış kurallarının hukuk kuralları olarak kabul edilebilmesi anlamını da

¹⁷³ MIGA Sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Shihata, I.F.I.:** The MIGA and Foreign Investment, Dordrecht-Boston-Lancaster 1988.; ayrıca bkz, **Shihata, I.F.I.:** “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, ICSID Rev. FILJ, C.1(1986), s.1-25.

¹⁷⁴ International Monetary Fund-IMF- : <http://www.imf.org/>

¹⁷⁵ General Agreement on Tariffs and Trade –GATT
http://www.wto.org/english/tratop_e/gatt_e/gatt_e.htm

¹⁷⁶ Bkz. dipnot 95.

¹⁷⁷ Karar, 20 Mayıs 1992, ICSID Rep. vol. 3(1992), s. 206-207

taşımaktadır¹⁷⁸. Bu mutad davranış kurallarının “teamül” olarak nitelendirilebilmesi için, bağlayıcılıkları yönünde bir (ortak inanç) *opinio juris* oluşmuş olmalıdır¹⁷⁹. ICSID hakem heyetleri, uluslararası teamül kurallarını, gerek 42(1), gerek 42(2).maddeler kapsamında uygulamaktadır. Özellikle, kamulaştırma halinde ve tazminata hükmedilirken bu konulardaki teamül kurallarının varlığından bahsedildiği görülmektedir.

3. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, uluslararası teamül kurallarına göre, daha teknik bir yapıya sahip oldukları için ICSID tahkiminde de geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, *Amco v. Indonesia* dâvasında kazanılmış haklara saygı ilkesi, dâvacı tarafından alınan yatırım izninin incelenmesi sırasında göz önünde bulundurulmuştur¹⁸⁰. Bunun yanında, *AAPL v. Sri Lanka* dâvasında da maruz kalınan zararın, zararın meydana geldiği ülke tarafından ödenmesi gerektiği sonucuna varılmış ve uluslararası hukuk gereği devletin sağlaması gereken korumayı sağlayamaması dolayısıyla uğranılan zararlardan sorumlu olması kuralına dayanılmıştır¹⁸¹. Bunların yanında, ICSID hakem heyetleri tarafından uygulamaları en çok göze çarpan uluslararası hukuk ilkeleri şu şekilde sıralanabilir: *Pacta Sund*

¹⁷⁸ UAD Statüsünün 38(b).maddesine göre, mahkeme, bir dâva hakkında karar verirken, genel uygulama ile hukuk olarak kabul edilen uluslararası teamül kurallarını da uygulayabilecektir. Böylece, uluslararası alanda genel uygulama alanı bulan teamül kuralları da uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilmiştir: **Ünal, Ş.:** Uluslararası Hukuk, Ankara, 2005, s.65; **Kishoiyian, B.:** “The Utility of Bilateral Investment Treaties in The Formulation of Customary International Law , Nw. J. Int’l L. & Bus., C.14 (1994), sh. 336.

¹⁷⁹ **Schreuer, C.:** “Sources of International Law: Scope and Application”, Emirates Lecture Series 28, UAE, s.6; **Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar**, s. 56, **Pazarıcı, H.** Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, B.8, Ankara, 1999, s.217 vd.

¹⁸⁰ *AMCO v. Indonesia* (21.11.1984): ILM., vol.24(1985), s.1022-1039.

¹⁸¹ *AAPL v. Sri Lanka* (27.6.1990): ILM, vol.30(1991), s.580-655.

Servanda (ahde vefa) ve sözleşme hukukunun genel ilkeleri, hukukî bir maninin olmaması, sebepsiz zenginleşme, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla tam tazmin, kanunlara uygunluk, iddia edenin ispatla yükümlü olması ve kesin hüküm.

B. ICSID TAHKİMİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN UYGULANMASI

1. Genel Olarak

Uluslararası hukuk, ICSID tahkiminde genel olarak, iki şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan ilki, taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmesi ya da seçilen hukukun bir parçası olarak uygulama alanı bulması hali, ikincisi ise, tarafların bu yönde bir seçimde bulunmadıkları durumda, Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci paragrafı kapsamında uygulanması halidir.

Uluslararası hukukun tek başına ya da millî bir hukukla birlikte bir hukuk seçimine konu olabilmesi mümkündür. Böyle bir hukuk seçimi, geçerli kabul edildiği gibi, özellikle ev sahibi devletin hukuku ile birlikte bir hukuk seçimine konu olması Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci cümlesi hükmünün uygulanması ile benzer bir sonucu doğurmaktadır. Ancak, hukuk seçimine konu olan hukukun sadece maddi hükümlerinin uygulanması ve kanunlar ihtilafı kurallarının bu uygulamanın dışında bırakılması, ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukukun Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci fıkrası bağlamında uygulama alanı bulmasından farklı bir

sonuca sebebiyet vermektedir. Ayrıca, tıpkı NAFTA¹⁸² ve Enerji Şartı Anlaşmasında¹⁸³ olduğu gibi, tek başına uluslararası hukuka da gönderme yapılmaktadır.

2. Hukuk Seçiminin Sonucu Olarak

Uluslararası hukukun bir hukuk seçiminin kapsamında uygulanmasına güzel bir örnek teşkil eden, *AGIP v. Congo* dâvasında, taraflar, Kongo hukukunun uluslararası hukuk kurallarıyla desteklenerek uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Dâvacının mülkünün Kongo hükümeti tarafından kamulaştırılması sonucu, Heyet, uluslararası hukuk kurallarını göz önüne alarak, Kongo hukuku kapsamında, hukuka aykırılık taşımayan bir eylemin dahi, uluslararası hukuk açısından aynı sonuca sebebiyet vermeyeceğini saptamıştır.

Bu bağlamda, Heyet, istikrar kaydı çerçevesinde söz konusu eylemin uluslararası hukuka aykırılığını araştırmış, bunu yaparken de Kongo hukukunu tamamlamak amacıyla uluslararası hukuk kurallarından faydalandığını belirtmiştir. Heyet, sonuç olarak, kamulaştırma eyleminin hukuka aykırılığını saptayarak, dâvacıya tazminat ödenmesini kararlaştırmıştır. Dâvada, uluslararası hukukun işlevi olarak, “destekleyici”, “tamamlayıcı” ve “ekleyici” gibi ifadeler kullanılmış olsa da, Kongo hukukunda söz konusu kamulaştırma eylemi yasal kabul edilmiş olsaydı dahi,

¹⁸² NAFTA'nın 11.kısımında uygulanacak hukuk ile ilgili düzenlemede uluslararası hukuka yer verilmiştir: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160

¹⁸³ Enerji Şartı Anlaşmasının 26.maddesi uluslararası hukuku uygulanacak hukuk kapsamına dahil etmiştir: <http://www.encharter.org/upload/9/120520674515751158192049714743532131935190860213f2543v3.pdf>

uluslararası hukuk kurallarının devreye girmesi sonucu, sonucun değişmeyeceği ifade edilmiştir¹⁸⁴.

Benzer bir durum *AAPL v. Sri Lanka* dâvasında da görülmüştür. Bu dâvada Sri Lanka ve İngiltere arasında yapılmış olan ikili yatırım anlaşmasına gönderme yapılarak zımnî olarak Sri Lanka hukuku uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte seçilmiş olduğu tespit edilmiş, ancak, karar tamamen uluslararası hukuk kurallarına dayandırılmıştır¹⁸⁵.

3. Seçilen Hukukun Bir Parçası Olarak

Uluslararası hukuk, çoğu zaman bazı tekniklerin kullanılmasıyla ulusal hukukların içerisine dâhil edilmektedir¹⁸⁶. Dolayısıyla, uluslararası hukuk kurallarını kendi hukuk sisteminin bir parçası haline getirmiş olan bir hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilmesiyle, uluslararası hukuk kuralları da bu millî hukuk kapsamında uygulama alanı bulmaktadır¹⁸⁷.

*Adriano Gardella v. Côte d'Ivoire*¹⁸⁸ ve *Letco v. Liberia*¹⁸⁹ dâvalarında, Heyet, ev sahibi devletin hukukunu uygulanacak hukuk olarak tespit etmiştir. Dâvacıların, uluslararası hukukunda uygulanması gerektiği iddialarına, heyetler, uluslararası hukukun ev sahibi devlet hukuklarının zaten ayrılmaz bir parçası haline

¹⁸⁴ **Schreuer**, Commentary, s.436.

¹⁸⁵ *AAPL v. Sri Lanka*, 4 ICSID Rep. 250, para.22.

¹⁸⁶ **Schreuer**, Commentary, s.437.

¹⁸⁷ **Broches**, Convention, s.389., **Delaume**,G.R.: "The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A Reappraisal", ICSID Rev.FILJ, C.3(1988), s.89 (The Proper Law).

¹⁸⁸ Case No. ARB/74/1 <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>

¹⁸⁹ *Bkz. yuk. d.n.122.*

gelmiş olduğu dolayısıyla uluslararası hukukun ve seçilen hukukların tam bir uyum içerisinde olduğunu belirtmek suretiyle yanıt vermiştir¹⁹⁰.

Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, uluslararası hukukun millî hukuklar kapsamında yer alması her zaman güvenilir sonuçlar doğurmayabilir. Zira, millî anayasalar dâhilinde, uluslararası hukukun statüsü çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bazı anayasalar, uluslararası hukukun doğrudan uygulanmasına imkân tanımayıp, bu tür bir uygulamayı, belirli yasama faaliyetleri aracılığıyla yapmaktadır. Bu durumda da teknik olarak, uluslararası hukukun uygulanmasına imkân tanınmış gibi görünse de, uygulamada belirsizlikler söz konusu olabilecektir. Hatta, bazı durumlarda, uluslararası hukukun uygulanabilirliğini sağlayan hükümler de değişikliğe ve uluslararası hukuka aykırı işlemlere tâbi kılınabilecektir. Bu bağlamda, uluslararası hukuk şemsiyesine ihtiyaç duyan yatırımcının hukukî güvenliği açısından yapacağı en makul hareket, ev sahibi devlet hukuku kapsamındaki uluslararası hukuka yapılan göndermelere tam bir güven duymayıp, uluslararası hukukun uygulanmasını ayrıca talep etmek veya Sözleşmenin 42(1).maddesinin ikinci cümlesinin uygulanmasında ısrar etmesi olacaktır¹⁹¹.

4. Taraflarca Tek Başına Seçilmediği ya da Seçilen Hukuk

Kapsamına Alınmadığı Halde Uluslar arası Hukukun Uygulanması

Uluslararası hukukun taraflarca seçilmediği ya da seçilen hukukun kapsamında yer almadığı halde, uygulama alanı bulması, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafındaki düzenlemeyle mümkün kılınmıştır. Buna göre,

¹⁹⁰ **Schreuer**, Commentary, s.437.

¹⁹¹ **Schreuer**, Commentary, s.438.

herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı durumda, hakemler uyuşmazlığın çözümüne ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukuk kurallarını birlikte uygulayacaklardır¹⁹². Doktrinde uluslararası hukuk kurallarının bu bağlamda uygulanması açısından herhangi bir tartışma yoktur. Zira, Sözleşmenin söz konusu maddesi oldukça açıktır.

Uluslararası hukukun uygulanması ile ilgili önemli bir tartışma noktası ise, uluslararası hukukun ICSID Sözleşmesi kapsamında, tarafların hukuk seçimi formülasyonunun içerisine dâhil edilip edilmeyeceği ve dahil edilmediği durumda kendiliğinden uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Zira, Sözleşmenin 42.maddesi incelendiğinde, tarafların hukuk seçimini düzenleyen 42(1).maddenin ilk cümlesinde uluslararası hukuka herhangi bir gönderme yapılmadığı, uluslararası hukukun uygulanmasından söz edilen kısmın ise 42(1).maddenin ikinci cümlesi olduğu görülmektedir. *Broches*, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “ Bu bir sözleşme hazırlama tekniğinin sonucudur. 42(1).maddenin ilk cümlesi, millî bir “hukuk sistemi” yerine, “hukuk kuralları” ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla, bu “hukuk kuralları” hem millî hem de uluslararası nitelikte olabilecektir. Bundan dolayı da, uluslararası hukuk kuralları ifadesine yer verilmesi gerekli görülmemiştir¹⁹³.” Yine aynı görüşe göre, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmeye rıza göstermeleri, uluslararası hukuku zımnî olarak seçtikleri anlamına da gelmektedir. Zira, ICSID uluslararası nitelikte ve tarafsız bir kurumdur. Bu sebeptendir ki, uyuşmazlıklarını ICSID’e götürmüş olan tarafların uluslararası hukuk kurallarının şemsiyesi altına girmek istedikleri sonucuna varılabilir.

¹⁹² Uluslararası hukuk kurallarının ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uygulanması konusu için bkz. yuk. s.56-57.

¹⁹³ **Broches**, Convention-Explanatory Notes, s.668.

Doktrindeki kimi düşünörlere göre, seçmedikleri halde taraflara uluslararası hukukun uygulanması, taraf iradesini hiçe saymak olacaktır¹⁹⁴. Ancak bunun yanında çok sayıda yazar ve ICSID uygulayıcısı, uluslararası hukuka, taraflarca seçilen hukuk kapsamında olmadığı halde dahi uygulama imkânı verilmesi gerektiği görüşündedir¹⁹⁵.

Parra'ya göre, tarafların seçmiş olduğu hukukta önemli boşluklar bulunması halinde dahi, hakemlerin, 42.maddenin 1.fıkrasının ikinci cümlesini uygulamaya sokmadan, tarafların seçtikleri hukuku uygulamaya devam etmesi, 42(1).maddede öngörölen boşluk doldurma mekanizmasını uygulayarak, var olan boşlukları doldurmak üzere uluslararası hukuktan faydalanabilmeleri gerekir. Bununla birlikte, *Parra*, uluslararası hukukunun, ICSID tahkim mekanizmasının lex fori'si olarak kabul edilmesi gerekliliğinin üzerinde durmuştur. *Parra*'ya göre, ICSID tahkiminin en önemli özelliği tarafsızlığı ve yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında bir denge sağlamasıdır¹⁹⁶. Bu sebepten dolayıdır ki, bu tarafsızlığı ve dengeyi en net ve tartışmasız olarak sağlayabilecek uluslararası hukuk kurallarının ICSID tahkimi için vazgeçilemez bir özellik taşıdığı kabul edilmeli, gerektiğinde uluslararası hukuk kuralları doğrudan bir uygulama alanı dahi bulmalıdır¹⁹⁷.

Tarafların hukuk seçimi yapması durumunu düzenleyen 42.maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, uluslararası hukuk kurallarının uygulanabilirliğine değinilmemiştir. Kanaatimizce tarafların, aralarındaki hukukî uyuşmazlığa uygulanmak üzere seçtikleri hukukta hukukî boşluk ya da boşlukların bulunması durumunda, söz konusu boşluğun ya da boşlukların doldurulması amacıyla,

¹⁹⁴ **Schreuer**, Commentary, s.438.

¹⁹⁵ **Schreuer**, Commentary, s.438-439.

¹⁹⁶ **Shihata-Parra**, s. 193.

¹⁹⁷ **Parra, A.** : Basılmamış Seminer Notları, Hague Academy Summer Programme on International Private Law, Hague, Temmuz- 2005.

öncelikle, o hukuk sistemi içerisinde yer alan boşluk doldurma yöntemleri işletilmelidir. Uluslararası hukukun bu boşluk doldurma yöntemleri içerisinde yer almadığı ve taraflarca da seçilmediği durumda, boşluk doldurma amaçlı olarak kullanılabilmesinin mümkün olabileceği fikrindeyiz. Zira, Sözleşmenin 42(2). maddesinde *non liquet* yasağına yer verilmiş, ve hakemlerin hukuk boşluğu ya da hukukun sessiz kaldığı bir durumda karar vermekten çekinemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu noktada, hukuk boşluğu doldurma yöntemlerinin de yetersiz kaldığı bir durumda dahi karar verme yükümlülüğü altında olan hakemlerin bu boşlukları uluslararası hukuk kurallarıyla doldurması en makul çözüm olarak görünmektedir. Ancak, kanaatimizce, tarafların seçmediği halde uluslararası hukuk kurallarının boşluk doldurma amaçlı değil de doğrudan doğruya uygulama alanı bulması, taraf iradesini hiçe saymak olacağından böyle bir uygulama mümkün olmamalıdır. Bundan dolayı, uluslararası hukukun taraflarca seçilmediği halde uygulanması sadece boşluk doldurma amaçlı olacak, uluslararası hukuk taraflarca seçilmediği için doğrudan doğruya uygulama alanı bulamayacaktır.

ICSID tahkimine rıza göstermiş olmanın uluslararası hukuk kurallarının da zımni olarak kabul edildiği anlamına geldiği düşüncesi ise, ICSID Sözleşmesinin esasa uygulanacak hukuk ile ilgili 42. maddesi incelendiğinde yersiz bulunacaktır. Zira söz konusu maddede uluslararası hukuka yapılan bir gönderme vardır ve bu gönderme sadece ikinci paragrafta yapılmıştır. Eğer böyle bir zımni iradenin varlığı baştan kabul edilmiş olsaydı, Sözleşmenin ilgili maddesinde uluslararası hukuk kurallarına bir yerde gönderme yapılıp, diğer yerde yapılmaması gibi bir durum ortaya çıkmazdı. *Broches*'un "hukuk kuralları" ifadesinin uluslararası hukuk kurallarını da kapsayacağı görüşü, uluslararası hukukun bir hukuk seçimine konu

olabilmesine imkân tanındığını desteklemektedir. Taraflar, hukuk seçerken belirli bir hukuk sistemini değil, hukuk kurallarını da seçebileceklerdir. Ancak, *Broches*'un bu ifadesi, uluslararası hukuk kurallarının herhangi bir hukuk seçimi kapsamında olmadığı halde kendiliğinden uygulanması için yeterli kabul edilemeyebilir. 42(1). maddenin ilk paragrafı subjektif bir bağlama kuralı olup, taraflara hukuk seçimi serbestisi sağlamaktadır. Dolayısıyla, taraflar, ancak seçtikleri hukukla bağlı olabilecektir. Hukuk kuralları ifadesinin kapsamı geniş olarak algılanabilir. Zira, hukuk kurallarının içerisine, tarafların her ikisinin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, teamül kuralları da girmektedir. Ayrıca, tarafların birden fazla hukuku seçebilmeleri de mümkündür. Bundan dolayı, tarafların hukuk kurallarını seçmeleri durumunda dahi hangi hukuk kurallarını seçtiklerini belirtmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde bir belirsizlik sözkonusu olacaktır. Sözleşmenin 42(1). maddesi birinci fıkrasında hukuk kuralları ifadesine yer verilmiş olması uluslararası hukukunun kendiliğinden uygulama alanı bulmasına sebebiyet vermeyecektir. Zira, söz konusu hükümde, “**taraflarca üzerinde anlaşılacak** hukuk kuralları”ndan söz edilmektedir¹⁹⁸. Bu durumda taraflar uluslararası hukuk kurallarının üzerinde anlaşmamışlarsa bu kuralların aralarındaki uyuşmazlığa doğrudan doğruya, uygulanması mümkün olmamalıdır.

Ancak, uygulamada, hakem heyetlerinin, taraflarca bir hukuk seçimi yapıldığını kabul ettikleri durumda, taraflarca uluslararası hukuk kuralları seçilmemiş olsa dahi bu kuralları da dikkate aldıkları görülmektedir. *Letco v. Liberia* dâvası söz konusu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu dâvada hakem heyeti, imtiyaz sözleşmesinde, Liberya hukukuna yapılmış olan göndermeden hareketle, tarafların

¹⁹⁸ ICSID Sözleşmesi , m.42(1).

Liberya hukukunu açık olarak seçtiklerini saptamış, dâvacı ise, açık bir hukuk seçimi olmadığını iddia ederek, Sözleşmenin 42(1).maddesi ikinci cümlesinin devreye sokularak uluslararası hukukun da uygulama kapsamına alınması gereğini talep etmiştir. Bunun üzerine, Hakem Heyeti, âkit devlet hukukunun bu devlet sınırları içerisinde tartışmasız bir üstünlüğe sahip olsa da, uluslararası hukukun denetimine tâbi olacağını belirtmiştir. Bunun sonucu olarak Heyet, dâvanın esasına, Liberya hukuku ile birlikte uluslararası hukukun genel ilkelerini de uygulamış, kararında da şu ifadeye yer vermiştir:

“.....gerek uluslararası hukuka, ve daha önemlisi, gerek, Liberya hukukuna göre *Letco*'nun uğradığı zararların tazmini gereklidir¹⁹⁹.....”

Bu duruma bir diğer örnek ise, *SPP v. Egypt* dâvası²⁰⁰ olarak gösterilebilir. Bu dâvada taraflar, açık hukuk seçimi yapmamalarına rağmen, dâvacı Mısır, zımnî olarak Mısır hukukunun seçilmiş olduğunu iddia etmiştir. Bu dâvada, hakem heyeti, zımnî seçimi kabul etse dahi, zımnî olarak seçilmiş olan Mısır hukukunda bulunan boşluklar sebebiyle, Sözleşmenin 42.maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulamaya konulmasına ve Mısır hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanmasına ve hatta uluslararası hukuk kurallarının ihlâli halinde, doğrudan uluslararası hukuk kurallarının uygulanması gerektiğine açıkça hükmetmiştir²⁰¹.

¹⁹⁹ Karar, 31 Mart 1986, ICSID Reports, V.2 (1994), s.358.

²⁰⁰ Bkz. yuk. s. 45-47.

²⁰¹ *SPP v. Egypt* dâvasında, hakem heyeti, kararında şu ifadeye yer vermiştir: “.....sonuç olarak, Dâvalının, tarafların zımnî olarak Mısır hukukunu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak belirledikleri iddiası kabul edilse dahi, bu uzlaşmanın varlığı uluslararası hukuk kurallarının belirli hallere doğrudan uygulanmasını engelleyemez. Mısır Devletinin hukuku, diğer tüm ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi boşluğa yer vermeyecek mükemmelliğe sahip değildir. Bu hukuk içerisinde bir boşluk bulunduğu gerçekte var olmayan ve bu boşluğu dolduracak bir hukuk kuralına varsayım yoluyla ulaşılamayacağından, burada hukuk seçimine dair bir anlaşma olmadığına ve Sözleşmenin 42.maddesi birinci fıkrası ikinci cümlesinin uygulanmasına hükümlenmelidir.” .

Burada, hakem heyeti, ICSID Sözleşmesinin, *non liquet*'i yasaklaması ilkesine dayanmıştır. Ancak bu davada belirsizlik yaratan konu, hakem heyetinin zımnî hukuk seçimini kabul etse dahi yine de uluslararası hukuk kurallarının uygulanabileceği yönündeki açıklamasıdır. Hakem heyeti, bu davada hem, hukuk seçiminin varlığının kabul edildiği durumda tarafların seçtiği hukukun boşluklara sahip olması sebebiyle, uyuşmazlığın çözüme kavuşamayacağı gerekçesiyle, 42 (1). maddenin ikinci paragrafının uygulanması gerekliliğine hükmetmiş, hem de, bu hukuk seçimi geçerliliğini sürdürse dahi yine uluslararası hukuk kurallarından faydalanabileceği ifadesinde bulunmuştur. Hakem heyeti, her iki durumda da uluslararası hukuk kurallarının uygulanabileceği düşüncesine dayanarak, hukuk seçiminin kabul edilip edilmeyeceği konusuna değinmemiştir. Oysa, bu karar, uluslararası hukukun hangi durumlarda uygulanabileceği yönündeki tartışmalara cevap vermekten uzak kalmaktadır. Ayrıca daha önce de üzerinde durulduğu gibi, tarafların ev sahibi devlet hukukunu seçmeleri durumu, ev sahibi devlet hukukunun Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafı doğrultusunda uygulanmasından farklı sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple, hakem heyetinin kararı ciddi bir belirsizlik taşımaktadır.

III. ICSID TAHKİMİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK KONUSUNA GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. ULUSLARARASI KAMU DÜZENİ

Uygulanacak hukukun sınırlandırılması yönündeki en önemli unsur uygulanabilir nitelikte olan uluslararası hukuk kurallarının ihtilâfın esasına uygulanmasıdır. Bu durum uluslararası kamu düzeninin de dikkate alınması olgusunu kapsar²⁰². Uluslararası kamu düzeninin dikkate alınması durumu sadece hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı hallerde değil, aynı zamanda 42(1).maddenin ikinci cümlesi gereği ev sahibi devletin hukukunun uygulanması durumunda da söz konusu olmaktadır. Kamu düzeni (*ordre public*), ulusal mahkemelerce, istisnai durumlarda yabancı hukukun uygulama dışı bırakılmasına klâsik nedenlerden biridir.

ICSID sisteminde kamu düzeninin standartlarını düzenleyebilecek yasal bir sistem mevcut değildir²⁰³. Diğer taraftan, hukuk seçimi anlaşmasıyla bir başka hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit etmiş bir tarafın kendi hukukundaki kamu düzeni ihlâlini gerekçe göstererek seçilmiş olan hukukun uygulanmasına karşı çıkması yapılmış olan taahhüdün (hukuk seçimi anlaşması) ihlâli anlamına gelir²⁰⁴. Aynı şekilde, seçilen hukukun değil de, ICSID kararının uygulanacağı devletin hukukunun kamu düzenine dayanmanın da bir garantisi olduğunu söylemek mümkün değildir. Sözleşmenin 52.²⁰⁵ 53.²⁰⁶, 54.²⁰⁷ ve 55.²⁰⁸ maddeleri, kararın yorumu,

²⁰² Schreuer, Commentary, s.419.

²⁰³ Schreuer, Commentary, s.420.

²⁰⁴ Karşı görüş için bkz.: Grigeria Naón, H. A.: Choice of law Problems in International Commercial Arbitration, Buenos Aires 1992, s. 281.

²⁰⁵ ICSID Sözleşmesi 52.madde:

1. Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir:

- a. Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı
- b. Heyetin yetkisinin aşıldığı
- c. Heyetin üyelerinden birinin rüşvet aldığı
- d. Mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,

düzeltilmesi ve geçersiz kılınması ile tanınması ve tenfiz edilmesi yükümlülüğü kapsamında böyle bir istisnaya yer vermemiştir.

Bununla birlikte, uluslararası kamu düzeni olarak nitelendirilebilecek bazı uluslararası temel prensipler söz konusu olduğunda durum farklıdır. Bu kurallar, uluslararası hukukun emredici kurallarındandır ancak, uluslararası hukukun emredici kuralları sadece bunlarla sınırlı değildir²⁰⁹. Bunlara örnek olarak, köleliğin yasaklanması, korsanlık, uyuşturucu madde ticareti, terörizm, soykırım ve insan haklarının korunması ile ilgili temel kurallar gösterilebilir. İşte ICSID hakem mahkemesi tarafından uluslararası kamu düzeni ihlâli gerekçesiyle uygulama dışında bırakılacak olan kurallar, ister hukuk seçimiyle belirlenmiş isterse de 42(1).maddenin ikinci cümlesinde uygulama alanı bulmuş olan hukuk kapsamında olsun bu kurallardan herhangi birini ihlâl eden kurallar olacaktır.

Esas olarak, ICSID tahkiminde uluslararası kamu düzeninin devreye sokulması sanıldığından daha sık ortaya çıkan bir konudur. Zira, örneğin, silah üretimi özellikle de toplu imha silahlarının üretimi ile ilgili ortaklıklar ve girişimlerle ilgili durumlar ICSID hakemlerinin önüne gelebilmektedir. Uluslararası kamu

e. Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği haller

²⁰⁶ ICSID Sözleşmesi 53.madde: “

1. Karar, tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.

²⁰⁷ ICSID Sözleşmesi 54.madde:

1. Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Federal Anayasalı bir âkit ülke, bu kararı Federal mahkemelerde yürütecek ve bu mahkemelerin karara Federe Devletin mahkemelerinin nihai bir kararı gibi yaklaşmalarını sağlayacaktır.

²⁰⁸ ICSID Sözleşmesi 55.madde:

54.maddedeki hiçbir şey, âkit devletin veya herhangi bir yabancı devletin uygulamadan imtina edebileceği şekilde, âkit Devletin yürürlükteki kanunlarına bir “deregasyon”(aykırılık) olarak yorumlanamaz.

²⁰⁹ **Delaume**, The Proper Law, s.90-91.

düzeni, BM Sözleşmesi Güvenlik Konseyi kararlarının ihlâli durumlarını da içine almaktadır²¹⁰.

B. EHLİYET VE TARAFLARIN STATÜSÜNE İLİŞKİN DURUM

1. Ev Sahibi Devletin Tahkime Başvurma Yetkisinin Olmaması

Tarafların statüleri ve ehliyetleri ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasını kısıtlayıcı bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı ulusal hukuk sistemleri, devletin veya devlet kurumlarının tahkime başvurmaya konusuna sınırlamalar getirmiştir²¹¹. Böyle bir durumda, ev sahibi devletin hukukunun uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi aslında ev sahibi devletin ICSID tahkimine başvurusunun geçersiz kabul edilmesi gerektiği anlamına gelecektir²¹². Bu soruna getirilebilecek çözüm, tarafların aralarında yapacakları anlaşmaya ev sahibi devletin hukukunda yer alan ve ev sahibi devletin ICSID tahkimine gitme yetkisini kısıtlayan hükümlerin anlaşma kapsamının dışında bırakılması yönünde bir madde eklemeleriyle gerçekleşebilir. Bu şekilde açık bir hükmün mevcut olmaması durumunda dahi, tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim şartı düzenlemesi Sözleşmenin 42(1). maddesi birinci cümlesi kapsamında uygulanacak olan hukuk kurallarını içeren ayrı bir anlaşma olarak kabul edileceğinden, söz konusu soruna yine de çözüm bulunmuş olabilecektir²¹³. Ancak, elbette ki, bu konudaki en önemli sorun, iç hukuk ile uluslararası hukukun çatışmasından kaynaklanmaktadır. Zira, uluslararası hukukta yer alan iyi niyet gibi bir takım prensipler, bir devletin kendi

²¹⁰ **Scheuer**, Commentary, s.421.

²¹¹ **Delaume, G.R.** : “How to Draft an ICSID Arbitration Clause”, ICSID Rev. FILJ, C. 7 (1992) s.169-170.

²¹² Benzer bir tartışma *SOABI v. Senegal* dâvasında söz konusu olmuştur. Bu dâvanın kararı için bkz. Karar ve karşı görüş, (25.02.1988): 2 ICSID Reports 220/1, 283

²¹³ **Schreuer**, Commentary, s.458.

hukukundaki düzenlemelere dayanarak kendisini yatırımcıyla yapmış olduğu sözleşmenin yükümlülüklerinden kurtaramayacağına işaret etmektedir²¹⁴. Bununla birlikte, Sözleşmenin 25(1). maddesi ikinci cümlesi de, taraflardan birinin tek taraflı olarak rızasını geri alamayacağını ve ayrıca, devlet olan tarafın kendi hukukunda yer alan bir düzenlemeye dayanarak tahkime gitme rızasını geri alamayacağını düzenlemiştir.

2. Yatırımcının Statüsü ve Ehliyetinin Tâbi Olduğu Hukuk

Uygulanacak hukuka getirilen bir diğer kısıtlama hali de, yatırımcının yasal statüsü ile ilgili olan durumlardır. Bu durumun en belirgin örneği, *Amco v. Indonesia*²¹⁵ dâvasında yaşanmıştır. *Amco Asia, Delaware*'de tescil edilmiş bir şirket olup, ilk kararın verilmesinden yaklaşık bir ay sonra yine *Delaware* hukukuna göre fesholunmuştur. Endonezya, savunmasında, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci cümlesine göre uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş olan Endonezya hukukuna göre, bir limited şirketin fesholunduktan sonra artık herhangi bir amaçla varlığını sürdürmeyeceğini, dolayısıyla da ICSID yargılamasında taraf olamayacağını iddia etmiştir. Buna karşılık, hakem heyeti uygulanacak hukuk üzerindeki bu tartışmaya cevap olarak, bir şirketin, yabancı bir tüzel kişilikle bir ilişkiye girdiğinde, yasal statüsü ve ehliyetinin kuruluş yeri hukukuna göre tespit edilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu sebeple de, söz konusu şirketin fesihten sonra yasal varlığını sürdürüp sürdürmediğinin de yine bu hukuka göre tayin edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Hakem heyeti, bu gerekçelere dayanarak, *Amco*'nun yasal varlığını *Delaware* hukukuna göre hala sürdürdüğüne karar vermiştir. Yatırımcının yasal statüsüne

²¹⁴ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Schwebel S.:** *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987, s. 68 vd.

²¹⁵ *Amco v. Indonesia*, Yargılama Kararı, (10.05.1988), 1 ICSID Reports, 1989, s.543.

ilişkin ICSID uygulamasını en güzel şekilde yansıtan bu karar, yabancı tüzel kişi yatırımcının yasal statüsü ve ehliyetinin ev sahibi devletin hukukuna değil, kuruluş yeri hukukuna²¹⁶ tâbi olduğu yolunda bir tespitin yapılmasına da imkân vermektedir. Böylelikle uygulanacak hukuk ev sahibi devletin hukuku yada hukuk seçimi ile belirlenmiş bir başka hukuk ya da hukuk kuralları da olsa, yabancı yatırımcının hak ve fiil ehliyeti açısından tâbi olacağı hukuk farklı olabilecektir.

C. TARAFLARIN HUKUK SEÇİMİ YAPTIKLARI DURUMDA OLUŞACAK SINIRLAMALAR

1. Seçilen Hukukun Niteliği

Esasa uygulanacak hukukun düzenlediği ICSID Sözleşmesinin 42.maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde, taraflara tam bir irade serbesti sağlandığını, tarafların, istedikleri hukuk kurallarını ya da hukuk sistemini veya sistemlerini uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri yukarıda belirtilmişti. Sözleşmenin 42.maddesinde özellikle “hukuk kuralları” ifadesine yer verilmesi, tarafların seçecekleri hukukun niteliği açısından her hangi bir sınırlama getirilmediğini göstermektedir. Bu bağlamda, taraflar mutlaka millî bir hukuk sistemini seçmek zorunda olmayıp, belirli hukuk kurallarını, ya da farklı hukuk sistemlerinde yer alan hukuk kurallarını kombine ederek uyuşmazlıklarının esasına uygulatabileceklerdir.

²¹⁶ Tüzel kişiliklerin hak ve fiil ehliyeti açısından kuruluş yeri hukukuna tâbi olmaları Anglo-Amerikan hukuk sistemleri tarafından benimsenmiş bir kriter olup, Türk Uluslararası Özel Hukuk sisteminde kabul gören görüş ise, Kara Avrupası hukuklarında da genelde kabul edilen sistem olan idare merkezi sistemidir.

2. Seçilen Hukuk ile Hukukî İlişki Arasında Makul bir Bağlantının Aranması

Her ne kadar taraflar istedikleri hukuk sistemini ya da hukuk kurallarını aralarındaki uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak belirlemekte serbest olsalar da, bu hukuk seçimi özgürlüğüne belli kısıtlamaların getirilmesi gerektiği iddiaları da mevcuttur. Seçilen hukuk ile uyumsuzluk veya taraflar arasında makul bir bağlantının aranması bu iddiaların temelini teşkil etmektedir. Gerçekten de, taraflar, akit ile herhangi bir bağlantısı olmayan ve hiçbir sebebe dayanmaksızın herhangi bir hukuku, akde uygulanacak hukuk olarak belirleyebilecekler midir? Akit ile, seçilen hukuk arasında objektif ya da subjektif bir bağın bulunması bazı devletlerin hukukunda aranmaktadır²¹⁷. Buna karşılık çoğu ülkenin uluslararası özel hukuk mevzuatında böyle bir bağın varlığı aranmamış; tarafların içerisinde buldukları durum gereği, zaten aralarında yapmış oldukları akdî ilişkiye bağlantılı bir hukuk seçmelerinin kendi menfaatlerine uygun olduğunun bilincinde oldukları varsayılmıştır²¹⁸. Gerçekten de taraflar, menfaatleri gereği, ya ilişkinin uluslararası karakterine en uygun olan hukuku, ya da böyle bir hukuk üzerinde anlaşmamaları durumunda tarafsız bir hukuku, aralarındaki akdî ilişkiye uygulanacak hukuk olarak belirleme eğilimindedirler. Tarafların bu yöndeki eğilimleri, tartışmaya konu edilen, tarafların arasındaki akdî ilişki ile seçilen hukuk arasındaki “ilgi” kavramını farklı bir

²¹⁷ Böyle bir bağlantı ve menfaatten söz eden kanunlara örnek olarak, 1965 Polonya Kanunu (m.25), 1966 Portekiz Medeni Kanunu (m.41), 1974 İspanyol Kanunu (m.10 b. 5) verilebilir. Bununla birlikte, ABD Uniform Commercial Code (UCC) gibi bazı kanunlar da ise sadece “makul” veya “haklı” bir ilginin varlığından söz edilmektedir. **Smedresman, P.S:** Conflict of Laws in Int. Com. Arb: A Survey of Recent Developments, California Western International Law Journal, C.6-7(1975-1977), s. 293-294, **Lowenfeld, A.F:** International Private Trade, NY 1977, s.74, **Şanlı,** Esasa Uygulanacak Hukuk, s.116.

²¹⁸ Örneğin, 1978 tarihli yeni Avusturya Kanunu (m.35), 1987 tarihli İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (m.116), 1986 tarihli Almanya Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (m.27) böyle bir bağlantıyı aramamaktadır. Bu tür kanunlarda ilgiyle alakalı herhangi bir koşulun aranmamasının sebebi, tarafların hiçbir menfaati bulunmayan bir hukuku zaten seçmeyeceklerine kesin gözüyle bakılmasıdır. **Tekinalp,** s. 282.

boyuta taşımıştır. “İlgi” kavramı artık, makul, iyi niyetli bir seçim yapılması anlamında kullanılır hale gelmiştir. Bu noktada iyi niyetle kastedilen, hukuk seçiminin, emredici kurallardan kaçınmak için yapılmış olmamasıdır²¹⁹.

ICSID tahkimi açısından genel kabul gören kanı, tarafların hukuk seçimi konusunda herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmamaları gerektiği şeklindedir. Sözü edilen “makul bağlantı” şartı bazı ulusal hukuk sistemlerinde aşırı derecede makul olmayan hukuk seçimlerini önlemek amacıyla aranmaktaysa da, uluslararası tahkimin kendine has ulusal bir hukuk sistemine benzeyen bir yapıya sahip olmadığı göz önüne alındığında, uluslararası tahkim açısından böyle bir şartın aranması da gereksizdir. Öte yandan, uluslararası tahkim yargılamasında zaten, taraflarla bir ilgi bağı olmayan “tarafsız” hukukların seçimi oldukça yaygındır ve tarafların seçimi kendi çıkarları açısından da belirli şartlar altında mantıklı bir seçim olarak kabul edilmektedir.

D. EV SAHİBİ DEVLET HUKUKUNDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER VE İSTİKRAR KAYITLARI

Ev sahibi devletin hukukunda sonradan meydana gelen değişiklikler, ev sahibi devletin hukukunun hem Sözleşmenin 42(1).maddesi ilk cümlesi uyarınca taraflarca seçilen hukuk sıfatıyla uygulandığı halleri hem de ikinci cümlesi kapsamında seçimin olmadığı hallerde, uygulanacak hukuk sıfatıyla uygulandığı halleri kapsamaktadır. Esasen, ev sahibi devletin hukukunda yatırım anlaşmasının akdedilmesinden sonra zamanla meydana gelen değişimler kabul edilebilir niteliktedir. Ancak, yabancı yatırımcı ev sahibi devletin tek taraflı iradesiyle kendi

²¹⁹ **Tiryakioğlu**, Satım Akitleri, s.22, Emredici kurallardan kaçınmayı önlemek için, akdın objektif olarak irtibatlı olduğu hukukun uygulanması görüşü için bkz. **Jaffey, A.J.E**: The English Proper Law Doctrine and EEC Convention, ICLQ Vol.33, (1984), s.539.

hukukunda yapacağı değişikliklerden zarar görebilir ve yatırımın geriye dönüşü imkânsız hâle gelebilir. Bu durum ise, yabancı yatırımların korunması ve teşvikini destekleme amacını temel edinmiş olan ICSID perspektifi ile bağdaşmamaktadır. Yabancı yatırımcıların, ev sahibi devletin hukukunda meydana gelebilecek değişikliklere karşı bir koruma kalkanı olarak benimsedikleri en önemli çare, yatırım sözleşmelerinin içerisine eklenen istikrar (stabilizasyon) kayıtlarıdır. Bu tür bir kaydın eklenmesiyle, ev sahibi devlet, kendi hukukunda meydana gelebilecek bir değişiklikten, yabancı yatırımcının etkilenmeyeceğini taahhüt etmektedir. Bu tür bir şart, ev sahibi devletin hukukunun hiçbir zaman değiştirilemeyeceği ya da başka bir deyişle, böylesine bir değişimin yasaklanmış olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. İstikrar kayıtlarının amacı, ev sahibi devletin, kendi hukukunda yapacağı değişiklikler ile yabancı yatırımcıyı mağdur etmeyeceği güvencesini vermesidir. Bu güvence de iki şekilde sağlanabilir; ev sahibi devlet, ya yabancı yatırımcıyı bu değişikliklere tâbi kılmaz, yani yabancı yatırımcı için ev sahibi devletin hukuku, yatırım anlaşmasının yapıldığı zaman donmuş bir nitelik arz eder; ya da ev sahibi devlet, kendi hukukunda yapmış olduğu değişikliklerden dolayı zarar gören ya da görececek olan yabancı yatırımcının bu zararını tazmin eder.

E. EX AEQUO ET BONO KARARLARIN SINIRLANDIRILMASI

Ex aequo et bono kararların şimdiye dek ICSID önüne gelmiş sadece iki dâvaya konu olması, gelecekte bu yönde kararların verilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Burada, ortaya çıkacak soru, hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisiyle donatılmış olan hakemlerin kararlarını verirken herhangi bir sınırlamaya tâbi olup olmayacaklarıdır.

1. Sözleşmenin 48(3) ve 52(1)(e) Maddelerine Göre Kararların Gerekçeli Verilmesi

Tarafların, hakemlere hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın hakkaniyete göre karar verebilme yetkisini tanımış olmaları, hakem heyetinin sınırsız bir yetkiye sahip olacağı anlamına gelmez. Hakem heyeti, kararını açıkça hangi temellere ve çıkarımlara dayandığını belirtmek zorundadır²²⁰.

Sözleşmenin 48(3).maddesi²²¹ uyarınca, hakem heyeti, kararında temel aldığı gerekçeleri belirtecektir. Bu hüküm, elbette ki *ex aequo et bono* (hakkaniyet ve nısfete göre verilmiş) kararları da kapsayacaktır. Ancak, bu durumda belirli bir hukuk sistemine göre verilmiş kararlarla kıyasladığımızda, hakkaniyet ve nısfete göre verilmiş kararların gerekçeleri daha esnek olabilir²²². Hakem heyetinin kararını hiçbir şekilde gerekçelendirmemesi ise, Sözleşmenin 52(1)(e)²²³ maddesi uyarınca bir iptal sebebidir.

2. Uluslararası Kamu Düzeni ve *Ius Cogens*'in Etkisi

Genel olarak, uluslararası hukuk prensiplerinden oluşan uluslararası kamu düzeninin ve *ius cogens*'in hakem heyetlerinin takdir yetkisini sınırlandıran bir çerçeve olarak ortaya çıkacağı söylenebilir²²⁴. Bu bağlamda, hakkaniyet ve nısfete göre verilmiş bir kararın da kölelik, terörizm, ağır insan hakları ihlalleri gibi

²²⁰ **Sohn**, s. 331. **Schreuer**, *Decisions by International Courts*, s. 283., **Broches**, *Convention* s.394-395.

²²¹ Sözleşmenin 48(3).maddesi şu şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir:

“.....karar, Heyete sunulan her sorunu içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir.....”

²²² **Schreuer**, *Decisions under ICSID*, s.51.

²²³ Sözleşmenin 52(1)(e) maddesi şu şekilde bir ifadeye yer vermektedir:

“Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir:

.....kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği.”

²²⁴ **Schreuer**, *Decisions by International Courts*, s.283.

konularda sınırlamalara tâbi olacağı açıktır. Aynı şekilde, kanuna aykırı uyuşturucu üretimi ve ticareti, korsanlık, toplu imha silahları üretimi ve dağıtımını gibi konularda uluslararası hukukun getirdiği sınırlamalara dâhildir.

Bunun yanında, uluslararası kamu düzeni, Birleşmiş Milletler Şartının VII. kısmındaki bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararlarını da içine alacak şekilde geniş olarak yorumlanabilir. Bazı Güvenlik Konseyi kararları, Konseyce belirlenen bazı yaptırımları ihlâl edecek şekilde yükümlülükler içeren sözleşmelerin uygulanmasına engel olmaktadır²²⁵. Bu kararların muhatabı, kararların kendi hükmü gereğince, devletler olsa bile, hakem kurulları da bu kararları doğrudan uygulayabilirler. Hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisini haiz bir hakem heyetinin, bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararlarına uyması bir zorunluluktur; dolayısıyla hakem heyeti, bu bağlamda, Konseyce belirlenen yaptırımlar ışığında, gerektiğinde önüne gelen sözleşme veya işlemleri hükümsüz ilan edebilmelidir.

3. Ulusal Hukuklarda Yer alan Sınırlamalar

Bazı ülkelerin millî hukuku, tahkimde hakkaniyet ve nısfete göre karar verilebilmesine izin vermemektedir. Doktrinde, bazı yazarlar bu durumu, tahkim yargılamasının böyle bir ülkede yapılması halinde, tahkim heyetinin hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisini haiz olamayacağı şekilde yorumlamasına sebep olmuştur²²⁶. Ancak, bu tür bir yorum, ICSID tahkimi için geçerli değildir²²⁷. Zira, ICSID tahkimi uluslararası nitelikli olup, ulusal kuralların etkisinden tamamen bağımsızdır. ICSID tahkiminde yargılama yerinin seçimi ise, tamamen kolaylık

²²⁵ Bkz. Güvenlik Konseyi Kararı No.757 30 Mayıs 1992, UN Doc. S/RES/757 (1992), para.9.

²²⁶ **Bouchez, L. J.** “The prospects for international arbitration : disputes between States and private enterprises.” *Journal of International Arbitration*, V. 8 (1991-1) , s. 108. 81-115..

²²⁷ **Hirsch, M.:** *The Arbitration Mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Jerusalem, 1993, s.151-152.

sağlamak amacıyla yapılacak bir seçim olup, esasa uygulanacak hukuk ile hiçbir ilgisi yoktur. Aynı zamanda, Sözleşmenin tenfizi düzenleyen 54.maddesi otonom bir niteliğe sahip olup, icra edilebilirliği (tenfizi) tahkim yeri veya bu yer hukukuna bağlı kılmamıştır²²⁸.

Hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisinin, böyle bir kararı kabul etmeyen bir ülke hukukunun seçimiyle birlikte tanındığı durumda dahi, hakem heyetinin hakkaniyet ve nısfet ilkelerine başvurması engellenemez. Zira, Sözleşmenin 42(3).maddesi, hakkaniyet ve nısfete göre karar verilebilmesi yetkisinin 42(1).maddeye göre yapılacak bir hukuk seçimi ile sınırlandırılmayacağını hükme bağlamıştır. Başka bir deyişle, taraflarca, hakem heyetine, Sözleşmenin 42(3).maddesi uyarınca hakkaniyet ve nısfete göre karar verebilme yetkisinin tanınması durumu, bunu mümkün kılmayan bir hukukun seçilmesi yoluyla bertaraf edilemez.

Bu ilke, uygulanacak hukukun, Sözleşmenin 42(1).maddesinin ikinci cümlesine göre belirlendiği durumda da geçerli olacaktır²²⁹.

²²⁸ Sözleşmenin 54.maddesi şu ifadeye yer vermektedir:

“Her üye ülke, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararın bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Federal Anayasalı bir âkit ülke bu kararı Federal mahkemelerde yürütecek ve bu mahkemelerin karara Federe Devletin mahkemelerinin nihai bir kararı gibi yaklaşımlarını sağlayacaktır.

Bir âkit ülkenin sınırları içerisinde bu kararın tanınmasını yürütülmesini isteyen taraf, âkit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkeme veya otoriteyi Genel Sekreterce onaylanmış kararın bir örneği ile donatacaktır. Her âkit devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya diğer otoriteyi ve daha sonra bu atamada yapılacak değişikliği Genel Sekretere bildirecektir.

Kararın uygulanması, bu uygulamanın sınırları içinde âkit devletin kararların uygulanmasına ilişkin yapacağı kanunları gereğince yapılacaktır.”

²²⁹ **Schreuer**, Decisions under ICSID, s.52.

SONUÇ

Bugün 151 ülkenin imzaladığı ICSID Sözleşmesi, yabancı yatırımlara uygulanacak muamele açısından çok büyük bir öneme sahiptir. Günümüzde devletler arasında yapılmış ve yapılmakta olan çok sayıda ikili yatırım anlaşmasında ICSID tahkimi uyuşmazlık çözüm merci olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple ICSID tahkimi önüne gelen davaların sayısında ICSID'ın ilk yıllarına oranla ivmeli bir artış gözlenmektedir.

Günümüzde ICSID tahkimine olan ilginin artmasında, ICSID'in tarafsız ve uluslararası niteliğinin yanı sıra, özellikle esasa uygulanacak hukuk açısından sağladığı hukukî güvencenin önemi yadsınamaz. Esasa uygulanacak hukuk ile ilgili düzenlemenin yer aldığı Sözleşmenin 42(1). maddesinde, taraflara hukuk seçimi serbestisi tanıyan subjektif bir bağlama kuralına, ve hukuk seçiminin yapılmamış olduğu durumda uygulanacak hukuka işaret eden objektif bir bağlama kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme taraflar için bir güvence ve öngörülebilirlik kaynağıdır.

ICSID Sözleşmesinin 42(1). maddesi tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devlet hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanmasını öngörmüştür. Esasen, ev sahibi devlet hukukunun taraflar arasındaki yatırım ilişkisiyle yakından irtibatlı olduğu düşünüldüğünde, bu düzenleme oldukça yerindedir. Ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukukun birlikte uygulanması sayesinde ise, yatırımcı ev sahibi devletin hukukuna tâbi olmakla birlikte, uluslararası hukuk şemsiyesi altında korunabilmektedir.

Çalışmamızda, esasa uygulanacak hukuk konusunda çeşitli tespitler yapılmıştır. Öncelikle, Sözleşmenin 42(1). maddesinin ilk paragrafı incelenmiş ve tarafların hukuk seçmesi konusuna değinilmiştir. Bu bağlamda, tarafların bir hukuk sistemini ya da hukuk kurallarını uyuşmazlığın tamamına veya bir kısmına uygulayabilmeleri mümkündür. Taraflar, üçüncü bir devlet hukukunu seçebilecekleri gibi, ev sahibi devlet hukukunu ve bu hukukla birlikte uluslararası hukuk kurallarını da seçebileceklerdir. Taraflar açık bir hukuk seçiminde bulunabilecekleri gibi zımnî bir hukuk seçimi de tahkim heyeti tarafından 42(1). maddenin ilk paragrafı kapsamında değerlendirilecektir. Zımnî bir anlaşmanın ICSID kapsamı içerisinde kabul edilebilir olup olmadığının sınanması ise, 1980 tarihli “Akdî Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Sözleşmesinde” yer alan kriterler ışığında cevaplandırılabilir. Buna göre, hukuk seçimi eğer zımnî ise, tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmenin içeriğinden veya somut olayın sonuçlarından çıkarılabilecek “makul bir kesinliğe” sahip olmalıdır.

Bundan dolayıdır ki, ev sahibi devletin hukukundaki ve ikili yatırım anlaşmalarındaki esasa uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelere yapılan göndermelerin zımnî bir hukuk seçimine konu olabilmesi için tarafların bu yöndeki iradesinin açıkça anlaşılır olması gerekmektedir. Aksi durum, irade serbestisi ilkesinin çok geniş yorumlanmasına ve tarafların aslında tâbi olma niyetlerinin olmadığı bir hukuka bağlı kalmalarına sebebiyet verecektir.

Taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, Sözleşmenin 42(1). maddesi ikinci paragrafı uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ev sahibi devletin hukuku uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanacaktır. Ev sahibi devletin hukukunun uluslararası hukuk kuralları ile birlikte uygulanması Sözleşmenin 42(1).

maddesi birinci paragrafının ve ikinci paragrafının kapsamında olup olmadığına göre değişiklik arz edecektir. Eğer, taraflar, ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukuk kurallarını uygulanacak hukuk olarak belirlemişlerse, bu seçim sonucunda, ev sahibi devletin kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulamayacaktır. Oysa, Sözleşmenin 42(1). maddesinin ikinci paragrafına göre, uygulanacak hukuk tespit edildiğinde, ev sahibi devletin kanunlar ihtilafı kuralları da uygulama alanı bulabilecektir.

Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda, uyuşmazlığın esasına hakkaniyet ve nısfet kurallarının (*ex aequo et bono*) uygulanmasını isteyebilme imkânları da vardır. Bu uygulama Sözleşmenin 42(3). maddesinde düzenlenmiştir. Hakkaniyet ve nısfet kurallarının uyuşmazlığın esasına uygulanması, tarafların bu yönde ortak bir rıza göstermiş olmaları şartına bağlanmıştır.

Hakkaniyet ve nısfet kurallarının 42(3). madde kapsamında uygulanması, bu kuralların milli hukukların içerisindeki haliyle uygulanmasından ve boşluk doldurma amacıyla kullanılmasından daha farklıdır. ICSID tahkiminde 42(3). maddeye göre yapılan uygulamada pozitif hukuk kurallarına gidilmeksizin sadece hakkaniyet ve nısfete göre karar verilecektir. Oysa, milli hukukların içerisinde veya boşluk doldurma amacıyla uygulandığında, pozitif hukuk kurallarının uygulanmasına öncelik verilmelidir.

Çalışmamızda ayrı bir bölüm içerisinde ele alınan uluslararası hukukun uygulanması konusunda da çeşitli tespitler yapılmıştır. Uluslararası hukuk, ICSID tahkimi çerçevesinde, taraflarca seçilmesi, uygulanacak hukukun bir parçası olduğu ve uluslararası hukukun ihlâl edildiği durumda düzeltici olarak uygulama alanı bulacaktır. 42(1). maddenin ilk paragrafındaki düzenlemede tarafların üzerinde

uzlaştığı hukuk kurallarının uyumsuzluğun esasına uygulanabileceği belirtildiği için, uluslararası hukuk, hukuk seçimine konu olabilecektir. Ancak, üzerinde yoğun tartışmaların devam ettiği husus, uluslararası hukukun bir hukuk seçimine konu olmadığı takdirde, uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Çalışmamızda, bu konudaki tartışmalara yer verilerek, uluslararası hukukun ICSID tahkiminin uluslararası ve tarafsız niteliği gereği ve Sözleşmenin 42(2). maddesinde yer verilen *non liquet* yasağını ihlâl etmemek amacıyla boşluk doldurma amaçlı olarak kullanılabilmesi; ancak, taraflarca seçilmediği durumda doğrudan doğruya uygulama alanı bulamayacağı (uluslararası hukukun ciddi olarak ihlâl edildiği durumlar haricinde) tespitinde bulunulmuştur. Aksi durum kanımızca, taraf iradesini hiçe saymak olacaktır. Ancak uygulamada, bazı ICSID tahkimi kararlarında, uluslararası hukukun doğrudan doğruya uygulama alanı bulunduğu da gözlemlenmiştir.

Uluslararası kamu düzeni bu bağlamda, uygulanacak hukukun sınırlarını belirlemektedir. Uluslararası kamu düzenini ihlâl edici herhangi bir hukuk kuralı, taraflarca seçilmiş olsa dahi uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun yanında, tarafların ehliyetine ve statüsüne ilişkin olarak tarafların milli hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç olarak, ICSID tahkimi özellikle tüzel ya da gerçek kişi yatırımcı için esasa uygulanacak hukuk açısından belirgin bir hukukî güvence ve kolaylık ve öngörülebilirlik sağlamakla birlikte, uygulamada özellikle, uluslararası hukukun hangi durumlarda uygulanacağını kesin sınırları çizilmediği için, bu konuda birbirinden farklı kararlar çıkabilmektedir. Esasa uygulanacak hukuk açısından en çok tartışma konusu yapılan bu konuda, Sözleşme içerisinde uluslararası hukukun

her durumda boşluk doldurucu nitelikte uygulanabileceğine dair kesin bir hüküm eklenmesinin bu sorunu büyük ölçüde ortadan kaldırabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Makaleler ve Kitaplar

- ASANTE, S.K.B : The Concept of the Good Corporate Citizen in International Business”, ICSID Rev. FILJ, C.4 (1989), s.2-12.
- BOUCHEZ, L. J.: “The prospects for international arbitration : disputes between States and private enterprises.” Journal of International Arbitration, V. 8 (1991), s. 81-115..
- BOWETT, D.: “State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach”, British Yearbook of International Law V.59 (1988), s.42-63.
- BRANSON, D.J – WALLACE, R.E.: “Choosing the Substantive Law to Apply in International Commercial Arbitration, Virginia Journal of International Law, C.27 (1986), s.39-47.
- BROCHES, A.: The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Handbook of Institutional Arbitration in International Trade, Facts, Figures and Rules, Amsterdam-NY-Oxford, 1977.
- BROCHES, A.: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Recueil des Cours

- T.136 (1972), s.212-315 (Convention).
- BROCHES, A.: “Choice of Law Provisions in Contracts with Governments”, The Record of the Association of the Bar of the City of New York, V.26 (1971), s.42-43.
- BROCHES, A.: Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Deventer, The Netherlands 1990.
- BROCHES, A.: “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application”, Y.B. Com. Arb. Vol.18 (1993), s. 627-667 (Convention Explanatory Notes).
- ÇELİK E.: Uluslararası Hukuk, C.I, İstanbul 1980.
- ÇELİKEL, A.: Uluslararası Özel Hukuk, 6.Bası, İstanbul 2000.
- DALRYMPLE, C.K.: “Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause”, Cornell ILJ., 1996, vol.29,s.164- 167
- DELAUME, G.R.: “State Contracts and Transnational Arbitration”, American Journal of International Law, V.75 (1981), s.798-799.
- DELAUME, G.R.: “The Pyramids Stand-The Pharaohs Can Rest in Peace”, ICSID FILJ, C.8, (1993) s.241-242.

- DELAUME,G.R.: “The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A Reappraisal”, ICSID Rev.FILJ, C.3(1988), s. 72-91 (The Proper Law).
- DELAUME, G.R. : “How to Draft an ICSID Arbitration Clause”,
- DOLZER, R.-STEVENS, M.: Bilateral Investment Treaties, The Hague 1995. ICSID Rev. FILJ, C. 7 (1992) s.169-170.
- EHRENZWEIG, A.A.: “Adhesion Contracts in the Conflicts of Laws”, Colombia Law Review, C.53 (1953) s.1072-1090.
- ENGLE, R. : “Party Autonomy in International Arbitration : Where Uniformity Gives Way to Predictability” , Transnational Law Journal, C.15 (2000), s.328-341.
- ERTEN, R.: “ICSID Tahkimi”, BATİDER, C. XIX(1998), S.4 s.207-228.
- GIARDINA, A.: The International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID), in: Essays on International Commercial Arbitration, 1989 Dordrecht
- GONZALES DE COSSIO, F.: “The International Centre for Settlement of Investment Disputes-The Mexican Experience”, JIAL, C.19(2002), No.3, s.229-230.
- GÖĞER, E.: “Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, A. Ü. H. F. 40.Yıl

- Armağanı, s.299-315, Ankara 1966.
- GRIGERIA NAÓN, H. A.: Choice of law Problems in International Commercial Arbitration, Buenos Aires 1992.
- GÜNGÖR, G.: Uluslararası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.
- HIGHET, K. : “The Enigma of the Lex Mercatoria”, Tul. L. Rev., C.63 (1989), s. 613-628.
- HIRSCH, M.: The Arbitration Mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Jerusalem, 1993.
- JAFFEY, A.J.E: The English Proper Law Doctrine and EEC Convention, ICLQ Vol.33, (1984), s.531-557.
- JENKS, C. : “Equity as a Part of the Law Applied by the Permanent Court of International Justice”, L.Q.Rev., C.53(1937), s.492-520.
- KISHOIYIAN, B.: “The Utility of Bilateral Investment Treaties in The Formulation of Customary International Law, Nw. J. Int’l L. & Bus., C.14 (1994), sh. 324-336.
- LANDO, O.: “Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, ICLQ, C.34 (1985), s.735-747.
- LANDO, O.: Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, V.III, Private International Law, Ch.24, s.22-44.

- YNTEMA, H.E.: “Autonomy” in Choice of Law,” AJCL., V.I, (1952), s.342-355.
- LILICH, R. B.: Lump-sum Agreements: Standarts Therein and Impact Thereof, Foreign Investment in the Present and A New International Economic Order, Fribourg 1987.
- LOWENFELD,A.F: International Private Trade, NY 1977.
- MANN, F.A. : “England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration”, ICLQ, C.33 (1984), s.167-200.
- NOMER, E. – ŞANLI, C.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2003.
- PARRA, A. : Basılmamış Seminer Notları, Hague Academy Summer Programme on International Private Law, Hague, Temmuz- 2005.
- PAULSSON, J.: “Arbitration Without Privity”, ICSID Rev, FILJ, C.10(1995), No.2, s.232-257.
- PAZARCI, H. Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, B.8, Ankara, 1999.
- REISMAN, M.: “The Regime for Lacunae in ICSID Choice of Law Provision”, ICSID Rev. FILJ, C.15(Fall 2000) No. 2, s. 362-381.
- SACERDOTI, G.: “The Settlement of Foreign Investment Disputes”, Rec. des Cours, T. 269 (1997), s. 413-459.

- SALACUSE, J.W.: “Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries, ICSID Rev. FILJ, C.15(Fall 2000), S.2, s.382-400.
- SCHREUER, C.: Commentary on the ICSID Convention- Article 41-42-43-44, ICSID Rev., FILJ, C.12(1997), No.2 s. 298-501 (Commentary).
- SCHREUER, C.: “Decisions *ex aequo bono* by International Courts and Arbitral Tribunals, in International Arbitration”: Liber Amicorum for Martin Domke 1967. (Decisions by International Courts)
- SCHREUER, C.: Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention, ICSID Rev- FILJ, C.11(1996), s.37-63. (Decisions under the ICSID Convention).
- SCHREUER, C.: “Sources of International Law: Scope and Application”, Emirates Lecture Series 28, UAE, s.6-14.
- SCHWEBEL S.: International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, 1987.
- SEDLAK, R.D.: ICSID Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, Penn St. Int’l L.Rev. C.23(2004), s. 121-147.
- SELDEN, B. S.: “Lex Mercatoria In European and U.S. Trade Practice: Time to Take A Closer Look”, Ann. Surv. Int’l & Comp. L., C.2 (1995), s.111-129.

- SHIHATA F. I.: “The Institute of International Law’s Resolution on Arbitration Between States and Foreign Enterprises- A Comment”, ICSID Rev. FILJ, C.5 (1990), s.57-69.
- SHIHATA, F. I. : “ICSID Arbitration: The Institution’s Point of View South Western Legal Foundation Proceedings of the Thirty-Sixth Annual Symposium on Private Investment Abroad- Problems and Solutions in International Business in 1993.
- SHIHATA, F.I : The MIGA and Foreign Investment, Dordrecht-Boston-Lancaster 1988.;
- SHIHATA, F.I.: “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, ICSID Rev. FILJ, C.1(1986), s.1-25.
- SHIHATA I.-PARRA A.R.: “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention”, ICSID Rev. FILJ, C.9(1994), No:2, s.183-213.
- SHIHATA F.I.I- PARRA, A. R. : “The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Rev. FILJ, C.14 (1999), No. 2, s. 299-361
- SMEDRESMAN,P.S: Conflict of Laws in Int. Com. Arb: A Survey of Recent Developments, California Western

- International Law Journal, C.6-7(1975-1977),
s.272-319.
- SOHN, L.B.: “The Function of International Arbitration
Today”, Recueil des cours, T.108-1(1963), s.43-
45.
- SORNARAJAH, M.: The International Law on Foreign Investment,
Cambridge 1996.
- STONE, J.: “Non-liquet and the Function of Law in
the International Community, British
Yearbook of Int’l Law, C.35(1959), s.112-128.
- ŞANLI, C.: Uluslararası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak
Hukuk, Ankara 1986 (Esasa Uygulanacak
Hukuk).
- TEKİNALP, G.: Uluslararası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,
İstanbul 2004.
- TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Uluslararası
Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,
Ankara 1996 (Satım Akitleri).
- TİRYAKİOĞLU, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta
Korunması, Ankara 2003 (Doğrudan Yatırımlar).
- ÜNAL, Ş.: Uluslararası Hukuk, Ankara, 2005.
- VINUESA, R.E.: “Bilateral Investment Treaties and the Settlement
of Investment Disputes Under ICSID the Latin
American Experience”, L. & Bus. Rev. Am., C. 8
(2002), s. 508-509.

- VON MEHREN M.: “Arbitration Between States and Foreign Enterprises: The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution”, ICSID Rev. FILJ C.5 (1990), s.54-65.
- ZAIDÉ, R.B.: Some Recent Decisions in ICSID Cases, ICSID Rev.- FILJ, C.6 (1991), s. 514-517.

ICSID Tahkim Kararları

- AAPL v. Sri Lanka* (27.06.1990): <http://www.kluwerarbitration.com>
- AGIP S.p.A. v. Government of the People’s Republic of the Congo*: ICSID Case No. ARB/77/1, (30.11.1979): ILM., vol.21(1982), s.726-739
- Amco Asia Corp. And Others v. The Republic of Indonesia* (25.9.1983) : ILM., vol.23 (1984), s.351-388.
- AMT v. Zaire*, (21 Şubat 1997) : ILM, vol. 36 (1997), s.1535, 1538, 1548, 1550, 1551.
- Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* : ICSID Case No. ARB/87/3, (27.6.1990): ILM., vol.30 (1991), s.580-655.
- Atlantik Triton Company Limited v. People’s Revolutionary Republic of Ginea* ICSID Case No. ARB/84/1, (14.4.1986): JDI., T.115 (1988), s.181-188.
- Benvenuti et Bonfant v. People’s Republic of the Congo* (8.8.1980): ILM., vol.21(1982), s.740-746.
- Colt Industries Operating Cooperation, Firearms Division v. Government of the Republic of Korea*: ICSID Case No: ARB/84/2.
- Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica*: ICSID Case No. ARB/74/3: www.kluwerarbitration.com
- Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* (31.3.1986): ILM., vol.26 (1987), s.647-679.
- Maritime International Nominees Establishment v. Government of the Republic of Guinea*: ICSID Case No. ARB/84/4 www.kluwerarbitration.com
- Mobil Oil Corporation, Mobil Petroleum Company, Inc. And Mobil Oil New Zealand Limited v. New Zealand Government* : ICSID Case No. ARB/87/2. www.kluwerarbitration.com

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt(27.11.1985): YCA., vol.16 (1991), s.16-40.

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal(25.2.1988): *ICSID Rev.FILJ* C.6(1991), s.125-132

Raporlar

ICSID Reports 1-2-3, 1980-1984-1985-1988.

ICSID Annual Report 6-7, 1994.

International Court of Justice Reports 1969.

Report of the Executive Directors on the Convention.
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (29.05.2005)

Anlaşmalar ve Diğer Kaynaklar

Agreement on Subregional Integration, 26.5.1969. ILM., 1969, vol. 8, s.910-939

Black's Law Dictionary, Bryan A. Garner (ed.), B.7, 1999.

Encyclopedia of Public International Law, Vol. 8.

Enerji Şartı Anlaşması:

<http://www.encharter.org/upload/9/120520674515751158192049714743532131935190860213f2543v3.pdf>

European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,(Rome Convention) 19 Haziran 1980, 19 ILM 1492 (1980), OJ EC No. L 266/1 (Oct. 9, 1980).

Sözleşmenin, İngilizce, Almanca ve Fransızca metinleri için:

http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm (29.05.2005)

General Agreement on Tariffs and Trade –GATT

http://www.wto.org/english/tratop_e/gatt_e/gatt_e.htm

History of the Convention (ICSID), CII(1970), s. 330-570.

ICC

tahkim

kuralları:

http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_turc.pdf
(29.05.2005)

ICSID (genel bilgiler) <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm> (30.05.2005)

ICSID (görölmüş davalar) <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm> (30.12.2005)

ICSID. "Investment Promotion and Protection Treaties", looseleaf, 20 Ekim 1992

ICSID İdari ve Finansal Kurallar (ICSID *Administrative and Financial Rules*), <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partC-chap08.htm#r34> (30.05.2005)

ICSID Model Clauses Doc. ICSID /Rev. Vol.2, 1 Şubat 1993., <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/13.htm#nota13> (29.06.2005)

ICSID Sözleşmesinin Türkçe Metni. RG 06.12.1988- 20011.

ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Geneva, 1977

Institute of International Law, Resolution on Arbitration between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises, 12 Eylül 1989, ICSID Rev. FILJ V.5 (1989), s.114-139.

International Monetary Fund-IMF- : <http://www.imf.org/> (02.03.2005)

NAFTA: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160

OECD'nin Çok Uluslu Girişimlere Uygulanacak Yol Gösterici Kurallar başlığı altında topladığı kuralları. UNCTC, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations New York 1986.

Uluslararası Pasifik Uyuşmazlıklarının Çözümüne dair 1928 tarihli Kanun: (29.09.1928) 93 LNTS 343.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/40/17,(1985).

UNCITRAL tahkim kuralları: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/> (29.05.2005).

UNCTAD <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf> (14.05.2005)

United Nations, Permanent Sovereignty over Natural Resources, UNGA Resolution 1803 (XVII) of 1962: ILM., 1963, vol. 2, s.223-226.

Yearbook of International Law Commission, C.II (1958), s.84-87

1957 tarihli, Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Avrupa Sözleşmesi: (29. 04. 1957), 320 UNTS 243

1972 UNESCO Convention on Protection of the World Cultural and Natural Heritage: <http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=175> (12.05.2005)