

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM MERKEZİ (ICSID)
HAKEM KARARLARINA KARŞI HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Yalçın TORUN**

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR**

Ankara-2011

ONAY

Yalçın TORUN tarafından hazırlanan “ **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları**” başlıklı bu çalışma/...../2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

.....
(Başkan)

.....

.....

.....

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	
KISALTMALAR CETVELİ	

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ VE SEÇİLİŞ NEDENLERİ	1
II. ICSID TAHKİMİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	4
A. Yabancı Yatırım ve Doğrudan Yabancı Yatırım Kavramları.....	4
B. ICSID Tahkimi Kavramı.....	5
C. ICSID Hakem Kararları ve Nihai Karar Kavramları	6
Ç. ICSID Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları Kavramı	7
1. Kararın Tashihi ve Ek Karar.....	8
2. Kararın Düzeltilmesi (Revizyon).....	8
3. Kararın Yorumu.....	9
4. Kararın İptali	9
D. ICSID Hakem Kararlarının İcrası.....	10
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	11
IV. İNCELEME PLÂNI	11

BİRİNCİ BÖLÜM

ICSID HAKEM KARARLARI, EK KARAR VE KARAR TASHİHİ, KARARIN YORUMU VE DÜZELTİLMESİ

I. ICSID HAKEM KARARLARI	13
A. ICSID Hakem Heyeti	13
B. Kararı Verecek Hakem Heyetinin Teşkili	14
C. Hakem Heyeti Ekseriyet İle Nihai Kararını Verir	16
Ç. Nihai Kararların Geçerliliği İçin Kararın Yazılı ve İmzalanmış Olması Gerekir ...	17
D. Nihai Kararlar Ayrıntılı Olmalıdır	18

E. Nihai Kararlar Gerekçeleri İçermelidir.....	19
F. Heyetin Herhangi Bir Üyesi Karara Kendi Fikrini veya Muhalefet Şerhini, Çoğunluğa Katılsa da Katılmasa da Ekleyebilir	22
G. Kararlar Tarafların Karşılıklı Rızası Olmadan Merkez Tarafından Yayınlanmayacaktır	22
Ğ. Tarafların İradesi İle Yargılamanın Son Bulması Durumunda	
Verilecek Kararlar	23
1. Sulh	23
2. Sulh Neticesinde Verilecek Kararlar.....	24
3. Sulh Dışında Tarafların İradesi İle Uyuşmazlığın Sona Ermesi Durumunda Verilecek Kararlar	26
H. Ara Kararlar	26
1. Genel Özellikleri	26
2. İhtiyati Tedbir Kararları	27
a. Genel Olarak.....	27
b. Zorunluluk ve Aciliyet	30
c. İhtiyati Tedbir Kararlarının Öncelikli Olması	31
ç. İhtiyati Tedbir Talebi ve Yetkisizlik İtirazı	32
d. İhtiyati Tedbir Kararlarının Geçiciliği	32
e. İhtiyati Tedbir Kararlarının Tavsiye Niteliğinde Olması	33
f. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uymamanın Sonuçları	34
g. Tahkim Yargılamasında Uygulanan İhtiyati Tedbir Kararlarına Paralel Yerel Uygulamalar	35
I. Kararların Yerel Mahkemelerde İncelenememesi	35
II. EK KARAR VE KARAR TASHİHİ, KARARIN YORUMU VE DÜZELTİLMESİ	37
A. Genel	37
B. İCSID Hakem Kararlarına Karşı Hukukî Başvuru Yolları	39
1. Karar Tashihi Ve Ek Karar	39
a. Genel Olarak.....	39
b. Kararın Tebliği ve Müracaat Süresi.....	42
2. Kararın Yorumu	43
3. Kararın Düzeltilmesi.....	46
a. Genel ..	46

b. Karar Düzeltmesine Konu Olacak Kararalar	47
c. Karar Düzeltmesinde Uygulanacak Usul.....	48
ç. Birden Fazla Hukuki Yola Başvurma.....	50
d. Vakıaların Sonradan Tespiti.....	51
e. Karar Düzeltmesi (Revizyonun) Müracaatında Süreler	54
f. Yürütmenin Durdurulması	55

İKİNCİ BÖLÜM

ICSID HAKEM KARARLARININ İPTALİ USULÜ

I. GENEL OLARAK	60
A. Hakem Kararlarının Tekrar Gözden Geçirilmesi	60
B. İptal ve Temyiz.....	63
C. ICSID Sözleşmesi 52'inci Maddesinin Ad hoc Komitelerce Yorumu	67
II. İPTAL TALEBİ	68
A. Taraflardan Birinin Talep Edebilmesi	68
B. İptal Talebinin Konusu.....	69
1. Nihai Kararlar	69
2. Kısmi İptal Talebi (Kararın Kısımları)	71
3. Tarafların İradesi İle Yargılamanın Son Bulması Durumunda Verilecek Kararlar	71
4. Nihai Karar Sonrası Verilen Kararlar (Ek Karar ve Tashih Kararı, Yorum Kararı, Karar Düzeltmesi (Revizyon) ve İptal Kararı)	72
C. İptal Talebinde Bulunma Hakkından Vazgeçme	74
1. Karardan Sonra Vazgeçme	74
2. Karardan Önce Vazgeçme.....	75
Ç. İptal Talebine İlişkin Usulü İşlemleri	78
1. Genel	78
2. İptal Talebine İlişkin Sebeplerin ve Kararın İptali Talep Edilen Kısımının Belirtilmesi	80
D. İptal Talebine İlişkin Müracaatın Kabul Edilmeyeceği Durumlar	80

III. İPTALDE MÜRACAATINDA SÜRELER	82
IV. AD HOC KOMİTE OLUŞTURULMASI	83
A. Genel	83
B. Ad Hoc Komitenin Özellikleri.....	84
V. AD HOC KOMİTENİN KARAR VERMESİ	85
A. İptal Bir Zorunluluk mu Yoksa Takdiri midir?.....	85
B. İptal veya Onama	86
C. Nihai Kararların Tamamen İptali	87
Ç. Nihai Kararın Kısmi İptali	87
VI. İPTAL VE FERAGAT	89
VII. İPTAL USULÜ DIŞINDA BIRAKILAN HÜKÜMLER	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ

I. İPTAL SEBEPLERİ	91
A. Genel Olarak	91
B. Birden Fazla İptal Sebebinin Birlikte İleri Sürülmesi	92
C. İptal Sebeplerinin Analiz Edilmesi İhtiyacı	93
II. İPTAL SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ	94
A. Heyetin Uygun Şekilde Oluşturulmaması	94
1. Genel	94
2. Hakem Heyetinin Oluşturulmasına Karşı Önceden İtiraz Etmiş Olmak Şartı	96
B. Heyetin Yetkisini Aşması	98
1. ICSID Hakem Heyetinin Yargılama Yetkisi	98

a. Rationae Personae	99
(1) Merkezin Yetkisi Üzerine Tarafların Anlaşması	99
(2) Tarafların Niteliği	101
b. Rationae Materiae.....	103
2. İptal Sebebi Olarak Yetkinin Açıkça Aşılmasının Sınırları	104
3 Yeki Aşımının Açıkça Olması.....	105
4. Heyetin Yetkili Olmaması	107
a. Yargılama Yetkisi ve Yetkinin Aşılması	107
b. Yetkinin Ön İncelemesi ve İlk İtirazlar	108
c. Yetkinin Kapsamı	109
5. ICSID Sözleşmesinin 42'nci Maddesinde Belirlenen Hukukun Uygulanmaması	110
a. Genel	110
b. ICSID Sözleşmesinin 42'nci Maddesinde Belirlenen Hukukun Hakem Heyetlerince Uygulanmaması Durumuna İlişkin Somut Örnekler	115
c. ICSID Sözleşmesinin 42'nci Maddesinde Belirlenen Hukuka Ait Kuralların Yanlış Uygulanması	116
ç. ICSID Sözleşmesinin 42'inci Maddesinde Belirlenen Hukukun Bazı Kurallarının Uygulanmaması	117
d. Hukuki Kaynakların Kararda Belirtilmesi	119
e. Hakkaniyet ve Nasfet	122
f. Milletlerarası Hukuk	123
C. Heyetin Üyelerinden Birisinin Rüşvet Aldığı İddiası.....	126
Ç. Kararın Dayandığı Gerekçeleri Belirtilmemesi.....	128
1. Genel	128
2. Gerekçesiz Karar Verilmesi	129
3. Gerekçelerin Yetersiz Olması	130
4. Gerekçelerin Çelişkili Olması	132
5. Uyuşmazlığa ilişkin İleri Sürülen Sorunlarla İlgilenmekte Başarısızlık. 133	
D. Usulün Temel Kurallarından Ciddi Bir Sapma Olması	137
1. Genel	137
2. Temel Kural ve Ciddi Sapma İlkesi	138
3. Usulün Etkilenmesi	140

a. Eşit ve Tarafsız Davranma.....	140
b. Savunma Hakkı.....	143
c. Müzakere	145
ç. Deliller	146
4. Usule Aykırılığa İlişkin Zamanaşımı İtirazı	147
III. İPTAL SEBEPLERİN SINIRININ TARAFLARCA GENİŞLETİLMESİ	148
IV. İPTAL SEBEPLERİNİN TOPLU KULLANIMI.....	149
SONUÇ	151
BİBLİYOGRAFYA.....	156
ÖZET	161
ABSTRACT.....	162

KISALTMALAR CETVELİ

AAA	American Arbitration Association
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Am. J. Int'l. L	The American Journal of International Law
Art	Article
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BIT	Bilateral Investment Treaties,
BM	Birleşmiş Milletler
bkz	bakınız
C	Cilt
ÇTYS	Çok Taraflı Yatırım Sözleşmesi
dn	dipnot
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
ICSID Rev	ICSID Review - Foreign Investment Law Journal
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İTYS	İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi
J Int Arbitrat	Journal of International Arbitration
mad.	madde
MAI	Yatırımlara İlişkin Çok Taraflı Andlaşma
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAFTA	North American Free Trade Association
NYILR	New York International Law Review
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
Para	Paragraf
RG	Resmi Gazete
s	sayfa
S	Sayı
TNC's	Transnational Corporations
TRIMs	The Agreement on Trade Related Investment Measures
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development Law
vb	ve benzeri
vd	ve devamı
vol	volume
WTO	World Trade Organization
YKKT	Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ VE SEÇİLİŞ NEDENLERİ

Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi-International Center For The Settlement of Investmen Disputes (ICSID)- Dünya Bankası tarafından 1965 yılında milletlerarası sözleşme ile kurulmuştur. Bu sözleşme, “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme”dir. Sözleşme kısaca “ICSID Sözleşmesi” veya “Washington Sözleşmesi” olarak da bilinir. Bu çalışmamızda da Sözleşmenin uzun ismi yerine “ICSID Sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır. Türkiye bu sözleşmeye 1988 yılında taraf olmuştur¹. Yukarıda bahsi geçen ve ICSID Sözleşmesi ile kurulan Merkez, yeni bir uzlaştırma ve tahkim sistemi ile devlet ve yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözüm merci olarak kurulmuştur. ICSID Sözleşmesinin oluşturulduğu 1960’lı yıllarda milletlerarası hukuk kurallarının kamulaştırma ve tazminata ilişkin düzenlemelerinin, gelişmekte olan ülkelerde yapılan doğrudan yatırımları² durma noktasına getirdiği gözlenmektedir. Merkez, bu yıllarda ülkeler arasında doğrudan yatırım akışının temini maksadıyla, Dünya Bankası tarafından faaliyete geçirilmiştir. ICSID Sözleşmesinin taslağını hazırlayanlar ve sözleşmeyi savunanlar ICSID tahkiminin hedefini, yatırımcılar ile yatırımı kabul eden ülke çıkarları arasında bir denge kurmak olarak ifade etmektedirler. Amco Asian Şirketi ile Endonezya Cumhuriyeti arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin nihai kararda, ICSID tahkiminin amacı; *“yatırımı korumanın aynı zamanda gelişmekte olan ve yatırımı kabul eden ülkelerin menfaatlerini de korumak olacağı bilinciyle, aynı ölçüde ve aynı canlılıkla yatırımcı ve yatırımı kabul eden ülkenin genel menfaatlerini korumak”*³ olarak ifade edilmiştir. Sözleşmenin ülkeler arasında ekonomik işbirliğini artıracak ve birlikte hareket etmeyi güçlendireceği, hatta bunu başardığı belirtilmektedir. Yabancı yatırımcı ile yatırımı kabul eden ülke arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayan bir Merkez güven ortamı oluşturacak, böylelikle sermayenin yatırım maksadıyla akışını da

¹ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No:3460,Kabul Tarihi:27.05.1988 (RG 6.12.1988/19830)

² Doğrudan yatırımlar için bkz.:aşa,s.4-5., Tiryakioğlu, B.:Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003,s.9.

³ Rayfuse,R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.415.

temin edecektir. Fakat maalesef iki açıdan bu yaklaşımlar eleştirilmektedir. Bunlardan ilki, milletlerarası sermaye akışının bütün dünya tarafından arzu edilmesine rağmen birçok ülkede yaşayan çoğu kişi yabancı sermaye akışının negatif etkilerinin olabileceğini de ileri sürmektedirler. Bu konuda ikinci eleştiri, ICSID tahkimi ile oluşturulacak karşılıklı güvene yöneltilen eleştirilerdir. Burada bahsedilen ekonomik içerikli güvenin, aslında batı tarzı ve piyasa ekonomisi içerikli olduğu ifade edilmektedir. Yabancı bir yatırımcının, yatırımı kabul eden devletin ulusal ihtiyaç ve özlemleriyle uyumlu hareket etmesi gerektiği ve ICSID Sözleşmesinin bunu sağlamaya yetmeyeceği belirtilmektedir. Bütün bunlara rağmen ICSID tahkiminin oluşturacağı güvenin çok önemli olduğu aşikardır. Milletlerarası ticarete bu güven, yatırımı yapan ve kabul eden arasında bir üçüncü tarafın katılımıyla sağlanabilmektedir. Bir uyuşmazlık çıkarsa, bu uyuşmazlık negatif olmayan bir atmosfer içerisinde üçüncü tarafın katılımıyla çözülebilmektedir. Özellikle yabancı yatırımcı için siyasi riskler korku yaratmaktadır. Bu korkunun giderilmesinde de ICSID tahkiminin katkısı büyüktür ⁴.

Yatırımcının bakış açısından bakıldığında, yatırımcı ile yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlığın çözülmesinde üç husus önemli hale gelmektedir. Bunlar hukuksal anlamda karar elde edebilme sürecine sahip olma, bu süreç sonucunda hukuksal bir karar elde edebilme ve bu kararın uygulanabilmesidir. Burada bir ve ikinci basamağı tarafsız bir yargılama süreci sağlayacaktır. Bir ve ikinci basamaklarda belirtilen süreçler, Merkez tarafından yerine getirilecektir. Üçüncü basamakta bahsedilen kararın uygulanabilmesi hususunun yatırımcıyı koruyacağı muhakkaktır. Bu süreç merkezin dışında işleyecek bir süreçtir. ICSID Sözleşmesinin⁵ 53'üncü maddesi *"kararın taraflar için bağlayıcı olacağını, daha üst bir makama götürülmeyeceğini, tarafların kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklarını"* açıkça ifade etmektedir. Ulusal yargının yerine ICSID tahkimi, yabancı yatırımı bu anlamda teşvik edecektir.

Milletlerarası avukatların bakış açısına göre ICSID tahkimi uyuşmazlıkların çözümünü siyasallıktan uzaklaştırmış ve devletin devlete karşı başvuru taleplerinde devletlerin cesaretini azaltmıştır. Çünkü ICSID Sözleşmesinin 27'nci maddesine göre

⁴ Toope, J.S.:Mixed International Arbitration, Cambridge Grotius Publications Limited, London 1990. s.219-220.

⁵ ICSID Sözleşmesinin Türkçe metni için: bkz. <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?4375> (31.10.2009)

“ICSID Sözleşmesi çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir akit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamayacak ve uluslararası iddiada bulunamayacaktır.” Bu anlamda ICSID tahkimi için, “ticari meselelerin milletlerarası meseleler olmasını önleyen bir sistemdir” de denebilir⁶.

ICSID Sözleşmesi özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü öngörmektedir. Fakat yatırımı kabul eden devlet için buradaki uyuşmazlık, “her zaman tamamen özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlıktır” demek doğru değildir. Özellikle kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara ilişkin olarak ülkemizde yaşanan süreç değerlendirildiğinde, imtiyaz sözleşmelerinin geçmişte ICSID tahkimi dışında kaldığı görülmektedir. 1999 yılında 4446 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*⁷ ile Anayasamızın 47’nci,125’inci ve 155’inci maddelerinde, ayrıca 4492 sayılı *Danıştay Kanununun ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*⁸ ile Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinden doğan yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar için de ICSID Tahkimine gidilebilmektedir.

Yatırımcı ile yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ICSID Tahkimi veya benzeri bir mekanizmanın olmaması durumunda, uyuşmazlığın çözümünde yatırımı kabul eden devlet hukukunun uygulanması ve yatırımı kabul eden devlet mahkemelerinin bu tür uyuşmazlıkları çözmekte yetkili olması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda ilgili devlet mahkemesinin tarafsızlığını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Ayrıca yatırımı kabul eden devlet mahkemelerinin, bu tür uyuşmazlıkların çözümü için yeterli uzmanlığa sahip olmaması da diğer bir problemdir. Yatırımı kabul eden devlet mahkemesince karar verildikten sonra kararın uygulanması aşamasında diplomatik koruma mekanizmaları devreye girecektir. Büyük yatırımlar sonucunda ilgili devlet ile yatırımcı arasında meydana gelen uyuşmazlıkların yatırımı kabul eden devlet mahkemesinde çözüme kavuşturulması sonrasında oluşan ortam içerisinde politik

⁶ Toope, age, s.233.

⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun No:4446, Kabul Tarihi:13.08.1999, RG:14.08.1999/23786.

⁸ Danıştay Kanununun ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No:4492, Kabul Tarihi:13.12.1999, RG:21.12.1999/23193.

sebeplerle milletlerarası alanda ilgili devletlerin arasında problemlerin de yaşanabileceği değerlendirilmelidir. Devlet mahkemeleri karşısında, tahkim usulünün bu tür uyuşmazlıklarda daha ucuza işleyeceği ve kısa zamanda sonuca götüreceği de dikkate alındığında ICSID tahkiminin önemi önümüzdeki süreç içerisinde artarak devam edecektir.

II. ICSID TAHKİMİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

A. Yabancı Yatırım ve Doğrudan Yabancı Yatırım Kavramları

“Yabancı yatırım” kavramının esasen üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır. Milletlerarası sözleşmelerde böyle bir tanımın yapılmasından, bütün yatırım türlerini kapsamaması ihtimali göz önüne alınarak bilinçli olarak kaçınılmaktadır. Gerek yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı yatırım sözleşmelerinde (İTYS)⁹, gerekse yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin çok taraflı yatırım sözleşmelerinde (ÇTYS)¹⁰, yabancı yatırımın tanımı verilmemekte, genellikle yatırım olarak kabul edilecek varlıklar ve haklar sayılmaktadır. Konuya ilişkin eserlerde yabancı yatırımın tanımını bulmak mümkündür. M. Sornarajah’a göre “*yabancı yatırım maddi veya maddi olmayan varlıkların bir servet üretmek için diğer bir ülkeye transferi ve bu varlıkların kısmi veya bütünsel olarak kullanımını*”¹¹. Transfer edilen varlıkların cins ve fonksiyonunu dikkate alarak yabancı yatırımları

⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile Güney Afrika Arasında İmzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 2’inci maddesine göre “Yatırım: ev sahibi Tarafın iç hukukuna uygun olarak her türlü malvarlığını, bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla özellikle aşağıdakileri kapsar:

(a) hisse senetleri, sermaye hisseleri ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri;

(b) yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar;

(c) taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda ülkesinde söz konusu malın bulunduğu Tarafın kanun ve nizamalarına uygun olarak tanımlandığı şekilde ipotek, tedbir, rehin ve diğer benzer haklar gibi diğer haklar;

(d) patentler, sınai tasarımlar, teknik prosesler gibi sınai ve fikri hakların yanında ticari markalar, peştemaliye, know-how ve diğer benzer haklar;

(e) doğal kaynakların aranması, işlenmesi, çıkarılması veya işletilmesi ile ilgili imtiyazları da içerecek şekilde, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları;

Söz konusu terim yatırımın yapıldığı Tarafın iç hukukuna uygun olarak yapılmış tüm doğrudan yatırımları kapsar.

Malvarlıklarının yatırıldığı biçimdeki bir değişiklik bunların yatırım olarak nitelendirilmesini etkilemez.”

(Kanun No: 5299, Kabul Tarihi: 03.02.2005, R.G:08.02.2005/25721)

¹⁰ ICSID Sözleşmesinde de yatırımın tanımı mevcut değildir.

¹¹ Sornarajah, M.:The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Pres, London 2004, s.11.

sınıflandırmak mümkündür. Eğer transfer edilen varlık para ise ve bu para ile varlık transfer edilen ülkede hisse senedi satın alınıyorsa bu tür yatırımlar “*portföy yatırımları*” olarak kabul edilmektedir. Eğer maddi veya maddi olmayan varlıklar özellikle üretime ilişkin ekipman ve fiziksel malzeme bir ülkeden başka bir ülkeye transfer edilerek, yatırımı kabul eden ülkede fabrikalar ve diğer üretim tesisleri kuruluyor ise bu tür yatırımlar “*doğrudan yatırımlar*” olarak kabul edilmektedir. Bu tür yatırımlar portföy yatırımları ile tezat teşkil etmektedir. Tez çalışmasında doğrudan yatırım türleri dikkate alınmış olup, yabancı yatırım veya sadece yatırım kavramı ile ifade edilmek istenen yatırım türü doğrudan yatırımlar olacaktır. Çünkü ICSID Tahkiminin konusunu oluşturan uyuşmazlıklar bu tür doğrudan yabancı yatırım uyuşmazlıklarıdır.

ICSID Tahkiminin konusunu oluşturan doğrudan yabancı yatırımlar portföy yatırımları ile mukayese edildiğinde daha fazla öneme sahiptir. Türkiye'nin de dahil olduğu yatırımı kabul eden ev sahibi devletler, ülkenin ekonomik refahına katkıları nedeniyle doğrudan yatırımları daha çok tercih etmektedirler. Doğrudan yatırımlar, portföy yatırımlarının aksine uzun bir dönemi kapsamaktadırlar (OECD, 2007). Yatırımı kabul eden ev sahibi devletler ülkede yatırımın önemi nedeniyle yatırımcıyı sürekli denetim altında bulundurmak istemektedirler. Bu özellikleri nedeniyle, doğrudan yatırımlar, yatırımcı açısından daha riskli bir yatırım türü olarak kabul edilmektedir. Milli ve milletlerarası hukukta genellikle uzun dönemi kapsamaması ve taşıdığı risk nedeniyle doğrudan yatırımların korunmasına öncelik verilmiştir. Buna karşılık, portföy yatırımları bakımından risk, doğrudan yatırımlarda olduğu gibi önemli bir faktör değildir. Nitekim ev sahibi ülkedeki bazı olumsuz gelişmeler nedeniyle yatırımının tehlikeye düşeceğini anlayan portföy yatırımcısının ülkeden çıkışı, teknoloji sayesinde elektronik ortamda çok hızlı bir şekilde gerçekleşebilmektedir.

B. ICSID Tahkimi Kavramı

Konuya ilişkin diğer anahtar kavram ise ICSID tahkimidir. Tahkim, genellikle, bir uyuşmazlığın devlet yargısı dışında hakemler eliyle çözülmesi üzerine tarafların anlaşması olarak tanımlanmaktadır. Tahkimde de bir yargılama faaliyeti vardır ve bu tahkim yargısı olarak adlandırılmaktadır. Milletlerarası ticari ilişkilerin her geçen gün artması sonucu taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine, tarafların seçtikleri hakem veya hakemlerce çözümlenmesi yaygınlaşmıştır. Milletlerarası

uygulama dikkate alındığında milletlerarası ticari tahkimin kurumsal (enstitü tahkimi) veya herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın (ad hoc) gerçekleştiği görülmektedir. Kurumsal tahkimde tahkimin cereyan edeceği kurumun önceden hazırlanmış kuralları vardır. Tarafların iradelerince düzenlenmemiş olan hususlar, bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir¹². Kurumsal tahkime ICC Tahkimi (International Chamber of Commerce-Milletlerarası Ticaret Odası), LCIA Tahkimi (London Court of International Arbitration-Londra Milletlerarası Tahkim Divanı), AAA Tahkimi (American Arbitration Association- Amerikan Tahkim Birliği) örnek olarak gösterilebilir. Çalışmamızda ICSID Tahkimi ile kastedilen, 1966 yılında ICSID Sözleşmesi ile kurulan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Milletlerarası Merkez (ICSID) tarafından icra edilen kurumsal tahkim usulüdür¹³. ICSID Tahkiminde tahkim usulü ICSID Tahkim Kurallarına (*Rules Of Procedure For Arbitration Proceedings-Arbitration Rules*) göre yürütülür¹⁴. ICSID Tahkimi ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıkları nedeniyle özellikle tercih edilen bir kurumsal tahkim türüdür. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için diğer kurumsal tahkim yollarına başvurmak da mümkündür. Bununla birlikte, yatırımcıların genellikle ICSID tahkimini tercih ettikleri görülmektedir. ICSID tahkimi diğer kurumsal tahkim mekanizmaları ile karşılaştırıldığında, yatırımcılar bakımından daha avantajlı olması, ICSID hakem kararlarının icrasının kolay olması ve ICSID'in sadece yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü için tesis edilmiş bir merkez olması, ICSID tahkiminin yatırımcılar tarafından tercih edilmesinin başlıca nedenleri arasında sayılabilir.¹⁵

C. ICSID Hakem Kararları ve Nihai Karar Kavramları

ICSID tahkimi yargılamasında hakem heyetinin verdiği kararlar ICSID hakem kararları olarak ifade edilmiştir. Bu kararlar ICSID hakem heyetinin davadan elini çekmesini gerekli kılan nihai kararlar (*award*) olabileceği gibi, heyetin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayan ve davanın yürütülmesine olanak sağlayan geçici nitelikteki ihtiyati tedbir kararları gibi ara kararlar da (*decision*) olabilir. Hüküm davayı esastan çözümleyen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren bir nihai karardır.

¹² Akıncı, Z.:Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, s. 23.

¹³ Şit, B.:Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005,s.10-11.

¹⁴ ICSID Tahkim Kuralları için bkz.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm> (15 Şubat 2010)

¹⁵ Tiryakioğlu,B.: Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki;ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 2007,s.169-184.

Oysa ICSID Tahkiminde öyle kararlar vardır ki, bu kararlar uyuşmazlığı esastan çözmez, fakat hakem heyetinin davadan el çekmesi sonucunu doğurur. Hakem heyetinin kendi yetkisinin olmadığına ilişkin kararı buna örnek bir karardır¹⁶. Bu çalışmada sıkça kullanılan nihai karar kavramı ile ifade edilmek istenen, hükümlerde dahil olmak üzere hakem heyetinin davadan elini çekmesini gerektiren bütün kararlardır. Bu kararların dışında kalan kararlar ara kararlardır. Hakem heyetinin yetkili olduğunu belirtir kararları, ihtiyati tedbir kararları ile diğer usulü kararları bu kararlara örnek olarak gösterilebilir¹⁷.

Ç. ICSID Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları Kavramı

ICSID hakem heyetlerince verilen nihai kararlara karşı tarafların başvurabilecekleri hukuki yollar mevcuttur. ICSID hakem kararlarının hukuki denetimi ICSID bünyesinde gerçekleştirilmektedir. ICSID hakem kararlarına karşı yerel mahkemelere başvurmak mümkün değildir. Sadece nihai kararlar için, ICSID Sözleşmesinde belirtilen şartlar oluştuğunda, taraflarca kararın tashihi ve ek karar verilmesi, kararın düzeltilmesi (revizyon), kararın yorumu ve kararın iptali talep edilebilir.

Tez çalışmamızda özellikle “kanun yolu”¹⁸ ifadesi yerine “hukuki başvuru yolu” veya “hukuki yol” ifadesi kullanılmıştır. Kanun yolları ifadesi iç hukuk sistemlerinde yargı kararlarının denetlenmesine ilişkin bir terim olarak kullanılmaktadır. İç hukuk düzenlerinde kanun yolu davanın taraflarına tanınan bir hukuki yoldur. Bu yola başvuran taraf kararın tekrar incelenmesini ve değiştirilmesini talep eder. Kanun yoluna başvurulması ile yargılama daha üst bir mercie intikal ettirilir ve bu müracaat ile hükmün kesinleşmesi engellenir¹⁹. Medeni usul hukukunda belirlenen kanun yolları üç tanedir. Bunlar temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın iadesi kanun yollarıdır. Temyiz ve karar düzeltmesi kanun yoluna başvurulduğu zaman nihai kararın şekli anlamda kesinleşmesi engellenmiş olur. Bu sebepten dolayı temyiz ve karar düzeltmesi kanun yolları olağan kanun yolları olarak sınıflandırılır. Kesinleşmiş hükümlere karşı ise yargılamanın iadesi kanun yoluna başvurulabilir. Yargılamanın iadesi kanun yolu ise aynı konuda aynı

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru, B./Arslan,R./Yılmaz,E.:Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001.s.324-327.

¹⁷ Ekşi,N.:ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009,s.66.

¹⁸ Kanun yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şit,age,s.84-86.

¹⁹ Üstündağ,S.:Medenî Yargılama Hukuku,İstanbul 1992,s.797.

sebebe dayanarak kesinleşmiş hükmün tekrar incelenmesine imkân tanıdığı için olağanüstü kanun yolu olarak sınıflandırılır²⁰. ICSID hakem heyetleri kararlarının denetlenmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinde mevcut bulunan kararın tashihi ve ek karar, kararın düzeltilmesi (revizyon), kararın yorumu ve kararın iptali hukuki başvuru yollarına ilişkin düzenlemeler iç hukuk düzeninde mevcut bulunan kanun yolu kavramının şartlarını taşımadığı için, kanun yolu ifadesi yerine hukuki başvuru yolları veya hukuki yollar ifadesi kullanılmıştır. ICSID tahkiminde kararın tashihi ve ek karar, kararın düzeltilmesi (revizyon), kararın yorumu talep edildiğinde, nihai kararı veren heyet bu talepleri inceleyecektir. Nihai kararı veren heyet yeniden teşkil edilemiyor ise yeni bir heyet teşkil edilecektir. Kararın iptali talep edildiğinde ise nihai kararın iptal edilip edilmeyeceğine iç hukuk düzeninde mevcut bulunan kanun yollarından farklı olarak bir üst mahkeme değil, yeni oluşturulacak bir ad hoc komite karar verecektir.

1. Kararın Tashihi ve Ek Karar

Karar tashihi (*rectification of the award*) kararda mevcut bulunan yazıma aritmetik hesaplamalara veya benzeri hususlara ilişkin küçük hataların düzeltilmesine olanak sağlayan bir hukuki başvuru yoludur. Bu hukuki başvuru yolu hakem heyetine kararda oluşmuş küçük hataları düzeltme olanağı sağlamaktadır. Ek karar (*supplementation of the award*) hukuki başvuru yolu ise, karara dahil edilmeyen veya atlanan hususlara ilişkindir. Karar, heyete sunulan bütün sorunların çözümüne ilişkin hususları kapsamalıdır. Ek karar, özellikle mahkeme heyetinin dikkati çekildiğinde derhal ilave edeceği ve dikkatsizliği nedeniyle gözden kaçırmış olduğu hususların karara dahil edilmesine olanak sağlayan bir hukuki başvuru yoludur. Heyet, kararın verilmesini izleyen (45) gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde, diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilecek ve hataları düzeltebilecektir.

2. Kararın Düzeltilmesi

Karar düzeltmesi (*revision of the award*) karar verilmeden önce mevcut bulunan vakıaların taraflarca sonradan öğrenilmesi durumunda kararın düzeltilmesine olanak

²⁰ Kuru, B./Arslan,R./Yılmaz,E.:Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 ,s.447-448.

sağlayan bir hukuki başvuru yoludur. ICSID hakem heyeti nihai kararlarına karşı, taraflardan biri, karar verildiğinde hakem heyetince ve başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruda bulunanın ihmali nedeni ile bilmezlik etmediği, bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir vakıanın ortaya çıkması nedeni ile kararın düzeltilmesini talep edebilecektir. Taraflar müracaatlarını Genel Sekretere vakıanın öğrenilmesinden itibaren (90) gün içerisinde ve her halükarda kararın tebliğinden itibaren üç yıl içerisinde yazılı olarak yapacaklardır.

3. Kararın Yorumu

ICSID hakem kararının açık olmaması, anlaşılmasında zorluk çekilmesi veya birbiri ile çelişen hükümler ihtiva etmesi halinde karardaki gerçek anlamı öğrenmek maksadıyla, taraflar kararın yorumlanmasını (*interpretation of the award*) talep edebilirler. Kararın yorumlanmasını talep eden taraf, müracaatını Genel Sekretere yazılı olarak yapar. Bu müracaat için herhangi bir süre kısıtlaması mevcut değildir. Hakem kararının yorumlanması, hakem kararında verilen hükmü değiştirmemekte, sadece bu hüküm yorumlanmakta ve açıklanmaktadır. Prensip olarak hakem heyeti karar verdikten sonra bu kararı değiştiremez. Kararın yorumu talebi sonrası hakem heyetinin daha önce unuttuğu bir hususu karara dahil etmesi veya kararı düzeltmesi kararın yorumu talep edildiğinde mümkün değildir.

4. Kararın İptali

Taraflardan herhangi biri Genel Sekretere yazılı olarak başvurarak, heyet uygun oluşturulmamışsa, usule ilişkin temel kurallarda esaslı bir sapma varsa, heyet açıkça yetkisini aşmışsa, heyetin üyelerinden birisi rüşvet almışsa veya nihai kararın temelini oluşturan gerekçeleri ifade etmekte başarısızsa, hakem heyetince verilen kararın iptalini (*annulment of the award*) talep edebilir. Kararın iptali için ad hoc komite oluşturulur ve bu komite iptal talebinde bulunan tarafça ileri sürülen yukarıdaki sebepler açısından kararı inceler. Ad hoc komite iptal talebinde ileri sürülen sebeplerin mevcut olduğunu tespit ederse, nihai kararı kısmen veya tamamen iptal eder. İleri sürülen sebeplerin mevcut olmadığını tespit ederse iptal talebini reddeder. Kararın iptali usulü kararın etkilerini ortadan kaldıracak en önemli hukuki başvuru yoludur.

D. ICSID Hakem Kararlarının İcrası

Hakem kararlarının verildiği ülke dışında hüküm ve sonuç doğurması tanınmalarına ve tenfiz edilmelerine bağlıdır. Yabancı hakem kararının diğer ülkede doğuracağı sonucu belirlemek için söz konusu kararın içeriğine ve niteliğine bakılmaktadır. Yabancı hakem kararı icraî nitelik taşıyorsa, bu kararın tenfiz edilebilmesi için dava açılması gerekmektedir. Yabancı hakem kararının başka bir ülkede kesin hüküm ve kesin delil sonucu doğurabilmesi ise kararın bu ülkede tanınması ile mümkün olmaktadır. Diğer bir ifadeyle hakem kararının verildiği ülke dışında bir başka ülkede sonuç doğurması tanıma ve tenfiz açısından bu ülkenin mahkemeleri tarafından yapılacak bir kontrole bağlıdır. Yukarıda yaptığımız kısa açıklama geleneksel olarak tanıma ve tenfiz prosedürüne ilişkindir. Geleneksel olarak tanıma ve tenfiz prosedüründe kararların tanınması veya tenfizi belirli şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. ICSID Sözleşmesinin 6'ncı bölümüne baktığımızda bu bölümünün başlığının "Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi" olduğunu görmekteyiz (*Recognition and The Enforcement of The Award*). Oysa ICSID Sözleşmesinin 6'ncı bölümünde mevcut 54'üncü maddeye göre, ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi prosedürünün yukarıda açıklanan geleneksel anlamdaki tanıma ve tenfiz prosedüründen farklı olduğu görülmektedir. ICSID hakem kararları tanıma ve tenfiz usulü açısından, ICSID Sözleşmesinin 54'üncü maddesi ile tamamen ulusal mahkemelerin yetkisi dışında tutulmuştur. Bu maddedeki düzenleme ile ICSID sistemi, hakem kararlarının doğrudan icrasını/yerine getirilmesini öngörmekte ve ulusal mahkemelerin tahkime müdahalesini de önlemektedir. ICSID Sözleşmesinin 54(1)'üncü maddesine göre "*Âkit devletler hakem kararlarını bağlayıcı olarak kabul edecek ve hakem kararlarında yer alan parasal borçları kendi mahkemelerinden verilmiş nihaî kararlar gibi yerine getireceklerdir.*" Parasal yükümlülükler dışında verilen döviz transferlerinin sınırlamalarının kaldırılması veya el konulan malların iade edilmesi gibi kararlar tanınacaktır. Fakat buradaki tanıma prosedürü de geleneksel anlamda tanıma prosedürü değildir. ICSID Sözleşmesi 54(2) 'ye göre sözleşmeye taraf devletler, ICSID hakem heyeti kararlarının tanınması ve icrası için atayacakları bir mahkemeyi veya otoriteyi Genel Sekretere bildirmeye mecburdurlar. ICSID Sözleşmesinin 69'uncu maddesi de 54'üncü maddeyi tamamlar nitelikte bir düzenleme getirmiştir. ICSID Sözleşmesi 69'uncu maddeye göre taraf devletler, ICSID Sözleşmesinin uygulanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapmaya ve gerekli önlemleri almaya yükümlüdür. ICSID Sözleşmesine taraf olan bir ülkenin

sınırları içinde ICSID hakem heyetince verilen bir kararın tanınmasını veya icrasını isteyen taraf, sözleşmeye taraf devletin bu amaçla belirleyeceği bir otoriteye veya mahkemeye kararın ICSID Genel Sekreterince onanmış bir örneğini sunacaktır. Kendisine kararın tanınması veya icrası için başvurulmuş otorite veya mahkeme kararı kendi ulusal hukukuna göre gözden geçiremeyecek ve kararı bağlayıcı kabul edecektir. ICSID Sözleşmesinde ICSID hakem kararlarının tanınması ve icrası açısından görülen bu basit ve hızlı usul başka bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Buna göre ICSID hakem kararlarının tanınması aşamasında yargı bağımsızlığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu tez çalışmamızda ICSID hakem kararlarının tanınması ve icrası ile ifade edilmek istenen ICSID Sözleşmesi kapsamında ICSID hakem kararları için uygulanacak tanıma ve icra prosedürüdür. Bu prosedür yukarıda kısa açıklandığı gibi, geleneksel olarak hakem kararlarının tanınması ve tenfizi prosedüründen farklı bir prosedürdür²¹.

Eğer Âkit devlet aynı zamanda Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesine de taraf bir devlet ise ICSID Sözleşmesindeki hükümler *lex specialis*²² olarak öncelikle uygulanacaktır.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızda ICSID hakem kararları ile bu kararların türleri ve özellikleri, ICSID hakem kararlarına karşı başvurulabilecek hukuki başvuru yolları, hukuki başvuru yolları kapsamında karar tashihi ve ek karar, kararın yorumlanması, kararın düzeltilmesi ve kararın iptali ele alınacaktır. ICSID Merkezinin kuruluşu ve kurumsal yapısı, arabuluculuk ve uzlaştırma ile ICSID Hakem kararlarının icrasına ilişkin hususlar konumuzla alakalı olduğu yerlerde dikkate alınmış, genel olarak çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

IV. İNCELEME PLÂNI

Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları Konulu tez çalışmamız, üç bölümde ele alınacaktır.

²¹ Ekşi,N.: ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009, s.84-86

²² *Lex specialis* hakkında ayrıntılı bilgi için: Bkz. Şit,age,s. 93.

“ICSID Hakem Kararları, Ek Karar ve Karar Tashihi, Kararın Yorumu ve Kararın Düzeltilmesi” başlığını taşıyan birinci bölümde öncelikle ICSID Hakem heyetince verilecek kararlar, bu kararların özellikleri ile ara kararlar ve ara kararlar kapsamında önemi nedeniyle ihtiyati tedbir kararları incelenecektir. “ICSID Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yollarına” ilişkin genel bilgiler verildikten sonra bu başvuru yolları kapsamında, ek karar ve karar tashihi, kararın yorumu ve kararın düzeltilmesi usulleri bu bölümde ayrı ayrı incelenecektir. Birinci bölüm sonrasında ikinci ve üçüncü bölümler iptal usulüne ayrılmıştır.

“ICSID Hakem kararlarının İptali” başlığını taşıyan ikinci bölümde ise, genel olarak iptal usulü, iptal ile temyiz arasındaki farklar, iptal talebini kapsamı, kimlerin iptal talebinde bulunabileceği, hangi karara karşı iptal talebinde bulunulabileceği, iptal talebinden vazgeçme, iptalde müracaat süresine ilişkin hususlar, iptalde ad hoc komitenin oluşturulması ve karar vermesi ile ICSID Sözleşmesinde iptal usulü dışında kalan hükümler incelenecektir.

“İptal Sebepleri” başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise, genel olarak iptal sebeplerinin sınıflandırılması yapıldıktan sonra her bir iptal sebebi ayrı ayrı ekle alınacaktır. İptal sebeplerinin ayrıntılı incelenmesi sonrası, iptal sebeplerinin sınırlarının taraflarca genişletilmesi durumu ile birden fazla iptal sebebinin birlikte ileri sürülmesi durumları incelenecektir.

İkinci ve üçüncü bölümlerde iptal usulü ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu çalışmada iptal usulünün ayrıntılı ele alınmasının sebebi, ICSID Sözleşmesinde iptal usulünün ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması, iptal usulünün ICSID hakem kararlarına karşı hukuki başvuru yolları içerisinde en fazla başvurulan hukuki başvuru yolu olması ve bu konu hakkında daha fazla kaynağa ulaşmanın mümkün olmasıdır.

Sonuç bölümünde ise konunun genel bir özeti yapılarak konunun önemiyetli noktaları bir kez daha vurgulanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ICSID HAKEM KARARLARI, EK KARAR VE KARAR TASHİHİ, KARARIN YORUMU VE DÜZELTİLMESİ

I. ICSID HAKEM KARARLARI

ICSID tahkimi yargılamasında hakem heyetlerinin verdiği kararlar ICSID hakem kararları olarak ifade edilmektedir. Karar verilmeden önce hakem heyetinin ICSID Sözleşmesi kapsamında teşkili gerekecektir. Sözleşmeye göre oluşturulacak hakem heyetinin teşkili, heyetin vereceği kararlar ile bu kararların türleri ve özellikleri önem arz etmektedir.

A. Kararı Verecek Hakem Heyetinin Teşkili

ICSID tahkimine gitmek isteyen bir Âkit devlet veya vatandaşı talebini ICSID Genel Sekreterliğine yazılı olarak bildirecektir. Başvuru, tarafların kimliklerini, uyuşmazlık konularını, tarafların tahkime ilişkin rızalarını içeren belgeleri ihtiva edecektir. Tarafların bu başvurusu Genel Sekreter tarafından Merkezin yargı yetkisi içerisinde değerlendirilirse kaydedilecektir. Müracaatın kaydından sonra müracaatın bir örneği diğer tarafa gönderilecek ve en kısa zamanda hakem heyeti oluşturulacaktır. Heyet bir hakemden veya tek sayıda belirlenecek birden fazla hakemden oluşabilir. Hakem sayısını ve hakemlerin kimlerden oluşacağını taraflar anlaşarak belirleyeceklerdir. Tarafların belirleyeceği hakem veya hakemler ICSID Sözleşmesi 40(1)'inci maddeye göre ICSID Hakemler Paneli²³ dışından olabilirler. Burada önemli olan husus hakem veya hakemlerin ICSID Sözleşmesi 14(1)'üncü maddede sayılan niteliklere sahip olmasıdır. Hakem olarak atanacak kişilerin de Hakemler Paneline seçilen kişiler gibi iyi

²³ Merkezin arabulucular ve hakemler paneli olmak üzere iki paneli bulunmaktadır. Her âkit devlet, her Panel'e kendi vatandaşlarından veya diğer devlet vatandaşlarından dört kişi atar. İdari Konseyin Başkanı da Panel'e 10 kişi atayabilir. Panellerde hizmet vermek üzere atanacaklar, yüksek ahlak sahibi hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaktır. Bir kişi her iki panelde de görev alabilir.

ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilecek kişiler olmaları gerekmektedir. Taraflar arasında hakem sayısında veya hakemlerin belirlenmesi hususlarında anlaşmazlık çıkarsa, heyet taraflarca ayrı ayrı atanan birer hakem ve tarafların ortak atayacağı heyetin başkanlığını yapacak bir hakemden olmak üzere toplam üç hakemden oluşacaktır. Müracaatın diğer tarafa gönderilmesinden itibaren doksán günlük süre içerisinde taraflar hakem heyetini yukarıda belirtilen usul içerisinde oluşturmalıdırlar. Eğer doksán gün içerisinde taraflarca yukarıda belirtilen şekilde hakem heyeti oluşturulmazsa, ICSID Merkezi İdarî Konsey Başkanı taraflardan birinin talebi ile diğer tarafa da danışarak atanmayan hakem veya hakemleri atayacaktır. Bu durumda Başkan tarafından atanan hakemler, uyuşmazlığa taraf olan Âkit devletin vatandaşı veya Âkit devletin vatandaşlarından birinin taraf olduğu uyuşmazlığa taraf olan Âkit devletin vatandaşı olmayacaktır²⁴.

B. Hakem Heyetinin Vereceği Kararlar

ICSID tahkiminde temel amaç, hakem heyetinin geçerli bir nihai karar (*award*) ile davayı sona erdirmesidir. ICSID tahkimi esnasında hakem heyetleri tahkim yargılaması süresince nitelik bakımından farklılık gösteren ve heyetin davadan el çekmesini gerektiren nihai kararlar (*award*) dışında, diğer kararlar da (*decision*) vermekte veya ihtiyati tedbirlere (*provisional measures*) hükmetmektedir²⁵. Usul hukukunda genel olarak kararlar, ara kararlar ve nihai kararlar olmak üzere ikiye ayrılır. Nihai kararlar yargılamaya son veren ve hakem heyetinin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlardır²⁶. Örneğin yetkisizlik kararları, uyuşmazlığın hakem heyetince çözülmesine ilişkin kararlar, davacının davalının muvafakati sonucu davayı geri alması nedeniyle davanın son bulunduğunu belirtir kararlar nihai kararlardır. Ara kararlar ise yargılamaya son vermeyen, bilakis onu yürütmeye ilerletmeye yarayan kararlardır. Hakem heyeti yargılamayı devam ettirmek için davada bir çok ara karar verir. Hakem heyetinin yetkisizlik itirazına ilişkin olarak, yetkili olduğunu belirtir kararı, ihtiyati tedbir kararları bu tür kararlardır. ICSID Sözleşmesinde nihai kararlar mad. 48'de açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, bütün ara kararlara ilişkin hususları kapsayan ayrı genel bir

²⁴ Ekşi, age, s. 46-47.

²⁵ Şit, age, s. 219-221.

²⁶ Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s.325-326.

düzenleme mevcut değildir. Sözleşmenin 47'inci maddesinde ara kararlar kapsamında değerlendirilecek ihtiyati tedbir (*provisional measure*) kararları ile ilgili bir düzenleme mevcuttur. ICSID Sözleşmesinin bazı maddeleri, hakem heyetinin belirli konularda karar verme görevinden bahsetmektedir. ICSID Sözleşmesinin 41'inci maddesinde heyetin yargılama yetkisi üzerine karar vermesi, 44'üncü maddesinde usule ilişkin sorunlarda karar vermesi, 45'inci maddesinde taraflardan birinin davaya katılmaması durumunda karar vermesi, 42'nci maddesi 2'nci fıkrasında kanunun yeterince açık olmaması nedeniyle heyetin bir sonuca varamaması durumunda karar vermesi, 49'uncu maddesi 2'inci fıkrasında heyetin rakam veya yorum hatalarının tarafların isteği ile düzeltilmesi durumlarında karar vermesi halleri düzenlenmiştir²⁷.

Bir uyuşmazlık ICSID hakem heyetince ele alınarak esas bakımından karara bağlanınca hakem heyeti işten el çekmiş olur. ICSID hakem heyeti nihai karardan sonra karar kendiliğinden avdet ederek kararı değiştiremez. Bu surette meydana gelen nihai karar dar anlamda kesin hüküm²⁸ (*nisbi kaziyei muhkeme*) oluşturur. Çünkü bu nihai karara karşı tarafların başvurabileceği hukuki başvuru yolları mevcuttur. Tarafların talebiyle ve ICSID Sözleşmesinde belirtilen diğer şartlar oluştuğunda hakem heyeti, kararın düzeltilmesi (*revizyon*), kararın yorumu, kararın tashihi ve ek karar talepleri ile daha önce vermiş olduğu kararına geri dönebilir. Taraflarca hakem heyetince verilen nihai kararın iptali de talep edilebilir. Kararın iptali talep edildiğinde yeni bir ad hoc komite oluşturularak bu komite tarafından karar kısmen veya tamamen iptal edilebileceği gibi iptal talebinin reddine de karar verilebilir. Aleyhine başvurulabilecek bütün hukuki başvuru yolları kapanmış nihai kararlar ise şekli manada kesin hüküm oluştururlar. Bunlara geniş manada kesin hüküm, diğer bir ifadeyle şekli manada kesin hüküm de (*kaziyei muhkeme*) denebilir²⁹. ICSID hakem heyetince verilen bir nihai kararın geniş manada kesin hüküm oluşturabilmesi için, nihai karara karşı taraflarca iptal talebinde bulunulmaması veya tarafların zamanında iptal talebinde bulunmaktan kaçınmış olması veya nihai kararın iptali talep edilmiş olunmasına rağmen, nihai kararın iptal edilmemiş olması gerekmektedir. İptal taleplerinde nihai kararın kısmen iptal edilmesi durumunda kararın iptal edilmeyen kısmı geniş manada kesin hüküm oluşturmaktadır.

²⁷ Schreuer, C.H.:ICSID Annulment, Kluwer Law International, Neitherland 2003.s.118.

²⁸ Dar anlamda kesin hüküm için bkz.: Üstündağ, age,s.887.

²⁹ Üstündağ, age,s.675-677.

ICSID hakem heyetlerince verilen ara kararlar davayı sona erdirmediği için yalnız başına iptale, karar düzeltilmesine (*revizyon*), yoruma, kararın tashihi ve ek karar talebine konu olamazlar. Ancak nihai karar ile birlikte bu kararlara karşı iptal, karar düzeltilmesi (*revizyon*), kararın yorumu, kararın tashihi ve ek karar talebinde bulunulabilir. ICSID hakem heyeti ara karardan dönebileceği halde, nihai karardan dönemez ve kararın düzeltilmesi (*revizyon*), ek karar ve kararın tashihinde olduğu gibi tarafların talebi olmadan nihai kararı değiştiremez ve hiçbir şart altında kararını kendiliğinden iptal edemez. Nihai kararlara ilişkin olarak iptal kararı vermeye ad hoc komite yetkilidir.

C. Hakem Heyeti Ekseriyet İle Nihai Kararını Verir

ICSID hakem heyetince ve ad hoc komitece verilen nihai kararların özellikleri ICSID Sözleşmesi 48'inci maddesinde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesi 1'inci paragrafındaki düzenleme hakem heyetinin sorunlara üye çoğunluğu ile karar vereceğine ilişkindir. Buradaki çoğunluk mutlak çoğunluktur. Karar vermek için heyetin üye sayısının yarısının bir fazlasının karar lehine oy kullanması gereklidir. Diğer bir ifade ile karara karşı olanlardan fazlasının kararı uygun bulması yeter şarttır. Üç kişilik bir heyette iki üyenin, beş kişilik bir heyette üç üyenin kararın lehine oy kullanması gerekmektedir. Bütün hakemlerin nihai kararın oylamasına katılması gerekmektedir. Hakem heyetinin çoğunluğunun toplanarak oy kullanması karar vermek için yeterli olmamaktadır. Ölüm, istifa, hastalık gibi sebeplerle üyelerin oy kullanamaması durumlarında, oluşan bu boşluk Tahkim Kuralları 11'e göre yeni üye belirlenerek derhal doldurulacaktır³⁰.

Çoğunluğa ulaşılamayan kararlarda çoğunluğun sağlanmasına kadar hakem heyeti çalışmalara devam eder. Kararla ilgili olumlu oy kullanılıp, evet kararına iştirak ederek farklı düşünceleri içeren şerhin nihai kararın metnine konulması mümkündür, bu durumda sonuç değişmeyecektir. Çoğunluğun sağlanması amacıyla hakem heyeti üyelerinden birisi tamamen razı olmadığı bir konuda evet oyu kullanılabilir. Uygulamada bazen durum böyle olmaktadır³¹.

³⁰ Schreuer, ICSID Annulment, age, s.112.

³¹ Schreuer, C.H.: ICSID Convention, A Commentary, Cambridge University Press 2001, s.785.

ICSID tahkiminde hakem heyetlerinin karar vermek için iki usulü vardır. Heyet ya bütün üyelerin mevcudiyetinde toplanarak karar verecektir, ya da heyet Tahkim Kuralları 17'nci maddeye göre üyelere ayrı ayrı danışarak karar verebilecektir. Kararın oluşturulmasında danışma yöntemi kullanıldığında her üye cevap vermek zorunda değildir. Taraflar bütün üyelerin mevcudiyeti ile aynı oturumda karar alınacağını, elden dolaştırma yöntemi ile karar alınmayacağını da yargılamanın başlangıcında kararlaştırabilirler. Fakat tarafların yapacağı bu tür düzenleme, hakemlerden birisinin mevcut olmaması durumunda, yargılamanın ilerlemesini engelleyebilecek düzenlemedir. Böyle düzenlemeler yargılamanın uzamasına sebep olabilir³².

Ç. Nihai Kararların Geçerliliği İçin Kararın Yazılı ve İmzalanmış Olması Gerekir

ICSID Tahkim Kuralları 38'inci maddesine göre taraflarca tüm iddialar savunmalar ve deliller sunulduktan sonra, hakem heyeti usulün kapandığını (*closure of the proceeding*) belirtir. Burada usulün kapanması ile ifade edilmek istenen delillerin ikâmesi safhasının sona ermiş olduğudur. ICSID hakem heyeti delillerin ikâmesi safhasından sonra karar verilmeden önce, istisnai durumlarda belirli hayati noktaların açıklanmasına ihtiyaç varsa, yeni delillerin ikâmesine izin verebilecektir. ICSID Tahkim Kuralları 46'ıncı maddesine göre delillerin ikâmesi safhası bittikten sonra nihai kararın oluşturulması için 120 günlük bir süre belirlenmiştir. Bu süre yetersiz geldiğinde hakem heyetlerince 60 günlük ilave bir süre kullanılabilir³³.

Delillerin ikamesi safhasının sona ermesinden itibaren başlayacak 120 günlük süre içerisinde ICSID hakem heyeti nihai kararını verecektir. ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesi 2'inci paragrafındaki düzenlemeye göre, hakem heyetlerinin verdiği nihai kararlar (*award*) yazılı olacak ve oy veren tüm üyelerce imzalanacaktır. Hakemlerin kararı imzalaması milletlerarası tahkimin standart özelliğidir. Kararın heyetin oturumunda imzalanmasına gerek yoktur. Bütün hakemlerin kararı aynı gün imzalaması da gerekmemektedir. İmzalama esnasında imza tarihi karara yazılmalıdır. Sadece

³² Schreuer, age, s.784. .

³³ Tuygun, S.:ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s.117.

kararın lehine oy kullanan hakemlerin imzası, çoğunluk sağlandığı takdirde kararın geçerliliği için yeterlidir³⁴.

ICSID Sözleşmesi 48'inci maddesindeki hususlar, nihai kararlara uygulanmakta ve ara kararlar için uygulanmamaktadırlar. ICSID Sözleşmesi 41'inci maddesinde düzenlenen yetkisizlik kararı, hakem heyetinin uyuşmazlıktan elini çekmesi sonucunu doğuran bir nihai karar olacağı için yazılı olacak ve oy veren tüm üyelerce imzalanacaktır. Uygulamada ara kararların imzalanması hususunda yeknesaklık yoktur. Bazı ara kararlar, heyetin başkanı tarafından tarih belirtilmek için imzalanmaktadır. Bazı ara kararlar ise kararı veren heyetin üyeleri tarafından imzalanmakta ve imzalanırken tarihte atılmaktadır.

Ayrıca Tahkim Kuralları 47'nci maddesinde nihai kararların nitelikleri detaylı olarak düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 48'inci madde de belirtilen özelliklerin dışında Tahkim Kuralları 47'inci maddeye göre nihai kararda, tarafların kimlikleri, heyetin kimlerden oluştuğu, heyetin yeri, duruşma usulleri, heyete iletilen sorunlar, yargılama masrafları, heyet tarafından tespit edilen hususlar yazılı olarak mevcut olacaktır.

Hakem heyetince verilen nihai karar ad hoc komite tarafından iptal edilirse, uyuşmazlık yeni bir heyete götürülebilecektir. Bu durumda yeni heyetin verdiği karar da nihai karar olacaktır. Bu karar da diğer nihai kararlar gibi yazılı ve imzalı olacaktır. Ad hoc komite tarafından verilmeyen, nihai kararı oluşturan ilk heyet tarafından verilen yorum kararları, düzeltme kararları, ek kararlar ve tashih kararları nihai kararlar değildir. Bu kararların nihai kararın bütün unsurlarını taşımalarına gerek yoktur. Fakat unutulmaması gereken husus bu kararlarında nihai kararın bir parçasını oluşturacakları hususudur³⁵.

D. Nihai Kararlar Ayrıntılı Olmalıdır

Nihai karar, tarafların hakem heyetine sundukları bütün uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hususlar ile neden böyle bir karar verildiğine ilişkin gerekçeleri de içermelidir. Her ne kadar kararın bu özellikte olması hedeflense de, uygulamada kararın

³⁴ Schreuer,age,s.792.

³⁵ Schreuer,age,s.795.

yeterince ayrıntılı olmadığı ve bütün gerekçeleri içermediği taraflarca çok sık ileri sürülmektedir.

Ayrıntılılık her zaman kararın taraflarca ileri sürülen bütün hususlarının incelenmesi ve inceleme neticelerinin karar kapsamında ifade edilmesi demek değildir. Örneğin bir kararın iptalini talep eden taraf, iptale ilişkin birden çok sebep ileri sürebilir. Ad hoc komite (A) sebebini uygun görerek, kararı iptal etmiş ise, ayrıca (B) ve (C) sebeplerini incelemesine gerek yoktur³⁶.

Kararın ayrıntılı olmaması hususu, özellikle ICSID hakem heyetlerinin kararlarında taraflarca kendilerine sunulan bütün uyuşmazlık ve sorunların çözümünü ifade etmemeleri durumunda önem kazanmakta ve kararın iptaline sebep olabilmektedir. Kararın iptali talebinde iptal sebebi olarak kararın taraflarca heyete sunulan bütün uyuşmazlıkların çözümünü içermediği ileri sürülmüşse, ad hoc komiteler hakem heyetinin kendisine sunulan bütün uyuşmazlıkların çözümü ile ilgilenmiş olup olmadığını dikkate almaktadırlar. Başarılı ad hoc komiteler, hakem heyetlerinin önlerine getirilen uyuşmazlıkların çözülmesi zorunluluğuna uymamalarını iptal sebebi olarak görmektedirler.

E. Nihai Karar Gerekçeleri İçermelidir

Milletlerarası tahkimde gerekçe önemli bir özelliktir. ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesi 3'üncü fıkrasına göre "*Karar, heyete sunulan her sorunu içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir.*" ICSID Sözleşmesi 52'inci maddesinde nihai kararların iptal sebepleri sayılarak belirlenmiştir. Bu iptal sebeplerinden bir tanesi de, nihai kararın dayandığı gerekçeleri içermemesi durumudur. Sözleşmede mevcut bu düzenlemelere paralel olarak, Tahkim Kuralları 47'inci maddesi 1'inci fıkrasında nihai kararın dayandığı gerekçeleri de içermesi gerektiği hususu tekrar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler hakkaniyet ve nasfet (*ex aequo et bono*) ilkesinin bir gereğidir. Bu durum ICSID Sözleşmesi 42'inci madde 3'üncü fıkradaki hakem heyetinin uyuşmazlığı hakkaniyet ve nasfet ilkesine göre çözüme kavuşturma prensibine dayanır. Hakkaniyet ve nasfet ilkesi gereği karar objektif ve makul olmalı, keyfi olmamalıdır. Heyet tarafların eşitliği ilkesi ile

³⁶ Schreuer, age, s.797.

uyumlu olarak, neden böyle bir karar verdiğini gerekçeleriyle birlikte kararında belirtmelidir. ICSID Sözleşmesi 48'inci maddesi 3 'üncü fıkrada düzenlenen gerekçe belirtme zorunluluğunu ihlâl etmenin olası sonuçları ICSID Sözleşmesi 42'inci maddesi 3'üncü fıkrasında düzenlenen hakkaniyet ve nasfet ilkesinin ihlâlüne kadar gidebilir.

Geçmişte ad hoc komiteler iptal taleplerine ilişkin incelemelerinde kararda ileri sürülen gerekçelerin ICSID Sözleşmesi 52(1)(e) anlamında başarısız olan gerekçeler olduğu iddiası ile karşılaşmışlardır. Sözleşmede 52(1)(e)'ye göre, “*karar dayandığı gerekçeleri içermelidir*”. Kararın dayandığı gerekçeleri içermemesi durumunda karar talep halinde iptal edilecektir. ICSID Sözleşmesi 48'inci madde 3'üncü fıkraya göre “*Karar heyete sunulan her sorun içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir.*” Ad hoc komiteler gerekçelerin, ICSID Sözleşmesi 48'inci madde 3'üncü fıkra anlamında gerekçeler olup olmadığının tespiti konusunda da zorlanmışlardır. Çünkü böyle bir inceleme kararın yeniden ele alınması ile sonuçlanabilmektedir. Bu durum ise ad hoc komitenin yetkili olmamasına rağmen kararın esasını inceleyerek, yetkisini aşır temyiz incelemesi yapmasına sebep olabilecektir. Böyle bir inceleme ise ve ICSID Sözleşmesi 53'üncü madde 1'inci fıkrasında belirlenen temyiz yasağına kadar gitmektedir. Klöckner ve Kamerun (*Klockner v. Republic of Cameroon Case*) davası³⁷ buna güzel bir örnektir. Bu davada ad hoc komitenin belirttiği gibi “gerekçeler görünüşte konuyla alakalı olmamalı, kararlar yeterince alakalı olmalı karara temel teşkil etmelidir³⁸.” Amco ve

³⁷ Klöckner ve Kamerun davasında taraflar, Kamerun'da gübre fabrikası yapımı ve işletimi için aralarında sözleşme imzalamışlardır. İnşa edilen fabrikanın kâzanç getirmemesi sebebiyle, fabrika Kamerun devletine kapatılmıştır. Klöckner, uğradığı zararın tazmini maksadıyla, Kamerun devleti aleyhine sözleşmeye aykırı davrandığı için ICSID Tahkimine başvurmuştur. Kamerun devleti de aynı davada kendisinin de zarar gördüğünü belirterek, zararının karşılanmasını talep etmiştir. Tahkim heyeti iki tarafın da taleplerini reddetmiştir. Davada Fransız Hukukunu benimseyen Kamerun Devletinin hukuku uygulanmıştır. Hakem heyeti, Klöckner'in Kamerun devletine karşı yeterince dürüst, samimi ve iyiniyet kurallarına uygun davranmayarak, Kamerun hukukunun temel prensiplerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Heyetin bu kararına karşı Klöckner iptal talebinde bulunmuştur. İptal sebebi olarak kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği, heyetin yetkisini açıkça aştığı ve mahkemenin temel kurallarından ciddi sapma olduğu sebeplerini ileri sürmüştür. Ad hoc komite kararı iptal etmiştir. İptal sebebi olarak, hakem heyetinin ICSID Sözleşmesinin 42'nci maddesinde belirtilen hukuku uygulamayarak, heyetin yetkisini açıkça aşmış olduğunu belirtmiştir. Ayrıca ad hoc komite tahkim heyetinin kendisine sunulan bütün sorunlara çözüm bulmakta başarısız olduğunu ve bu sebeple, kararın dayandığı gerekçeleri yeterince ifade etmediğini ifade etmiştir. Bu bölüme kadar olan safha Klöckner ve Kamerun davasının ilk safhasıdır. Bundan sonra taraflar uyuşmazlığı yeniden teşkil edilen ikinci bir hakem heyetine götürmüşlerdir. İkinci heyetin verdiği karar tarafların isteği ile yayımlanmamıştır. İkinci karar sonrası, iki tarafta bu karara karşı iptal talebinde bulunmuşlardır. İkinci iptal talebinde yeniden teşkil edilen ad hoc komite, iptal taleplerini uygun bulmamıştır. İkinci ad hoc komitenin tarafların iptal taleplerinin reddine ilişkin kararı da tarafların isteği ile yayımlanmamıştır. Çalışmamızda davanın ikinci safhası için “ İkinci Klöckner ve Kamerun davası” ifadesi kullanılmıştır.

³⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 128.,

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) para. 119,(10.04.2010)

Endonezya³⁹ (*Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*) davasında ad hoc komite gerekçelerin ifade edilmesinin yeterli olmadığını, heyet tarafından ifade edilen gerekçelerin, heyetin ulaştığı kararı temellendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu davada Amco Şirketi basit bir test ile, kararın gerekçesinin mevcut olup olmadığını ve gerekçelerin hükmü temellendirip temellendirmeyeceğinin belirlenebileceğini ifade etmiştir. Ad hoc komite hükmün bir bütün olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiş, yeterli gerçeklikteki gerekçelerden bahsetmiştir. MINE ve Gine⁴⁰ (*Maritime International Nominees Establishment-MINE v. Government of Guinea*) davasında ad hoc komite hakem heyetinin (A) noktasından (B) noktasına nasıl gidileceğini açıkladığı ölçüde gerekçelerin hükmü temellendireceğini ifade etmiştir. Karar mantıklı ve tutarlı gerekçeler içermelidir. Bu gerekçeler tarafları ve okuyucuyu bilgilendirmeye yeterli olmalıdır. Gerekçelerin tarafların sunduğu bütün tartışmalarla ilgili olmasına gerek yoktur. Tarafların iddialarının reddi de önemlidir. Kararı etkilemeyen iddiaların kabul veya reddi gerekçelerde bulunmayabilir. Kabul gören iddiaların her biri kararı destekliyorsa bütün iddialara yer verilmek zorunlu değildir. Örneğin bir tarafın hareket tarzı üç sebepten hukuka aykırı ise bunlardan birisinden bahsetmek yeterli olacaktır.

³⁹ Rayfuse, R.: ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.510.

Amco ve Endonezya arasındaki uyuşmazlık taraflar arasında Endonezya'da bir otel ve ofis binası inşası ve işletimine ilişkin mevcut olan bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Amco üç milyon \$ bedelinde bir yatırımı Endonezya'ya getirmiş ve inşaaata başlamıştır. Amco şirketinin yerel ortağı PT Wisma adında bir şirkettir. Bu şirket ile aralarında uyuşmazlık meydana gelmiştir. PT Wisma Şirketi Endonezya hükümetinin desteği ile otellere zorla el koymuştur. Aynı zamanda Endonezya Amco'nun yükümlülüklerini yerine getirmediği için yatırım lisansını iptal etmiştir. Amco ICSID Tahkimine başvurmuş, bu başvuru sonrası hakem heyeti öncelikle kendisinin yetkili olduğuna ilişkin bir karar vermiştir. Hakem heyeti daha sonra Amco'nun lehine bir karar vermiştir. Heyete göre Endonezya Amco'nun yatırım lisansını hukuka aykırı olarak iptal etmiştir. Ayrıca heyete göre otellerin yönetimine yerli şirket tarafından el konulması ve Endonezya'nın bunu engellememesi hukuka aykırıdır. Endonezya bu karara karşı heyetin açıkça yetkisini aştığı, mahkemenin temel kurallarından ciddi sapma olduğu ve kararın dayandığı gerekçeleri yeterince belirtmediği sebepleriyle iptal talebinde bulunmuştur. Ad hoc komite kararı iptal etmiştir. İptal sebebi olarak ICSID Sözleşmesinin 42'nci maddesinde belirtilen hukukun uygulandığı fakat yatırım için harcanan paranın tespitinde heyetin hataya düşmesi nedeniyle yetkisini açıkça aşmasını göstermiştir. Buraya kadar olan safha uyuşmazlığa ilişkin ilk safhayı oluşturmaktadır. Bu safhadan sonra davanın ikinci safhası başlamaktadır.. Uyuşmazlık iptal sonrası yeni bir heyete götürülmüştür. İkinci heyet öncelikle yargı yetkisine ilişkin bir karar vermiştir. Bu kararda önceki kararın hangi bölümlerinin iptal edildiği ve hangi bölümlerinin kesin hüküm (res judicata) kuvvetinde olduğunu tespit etmiştir. Yeni heyet dava sonucunda Amco'nun zarar gördüğünü ve zararın miktarını tespit eden bir karar vermiştir. Bu karar sonrası iki tarafta iptal talebinde bulunmuştur. İkinci ad hoc komite iptal taleplerini reddetmiştir. Fakat bu ikinci karar, tarafların talebiyle yayımlanmamıştır. Çalışmamızda davanın ikinci safhası için "ikinci Amco ve Endonezya davası" ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁰ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 105.,

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), para.5.09 (10.04.2010)

F. Heyetin Herhangi Bir Üyesi Nihai Karara Kendi Fikrini veya Muhalefet Şerhini, Çoğunluğa Katılsa da Katılmasa da Ekleyebilir

ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesi 4'üncü fıkrası hakem heyetinin her üyesinin, heyetin çoğunluğundan ayrıldığı konular için bireysel fikirlerini detaylı ve gerekçeli olarak nihai karara koydurabileceğinden bahsetmektedir. Bu tür şerhlerin detaylı olmayan ve kısa izahlardan oluşmalarına "bildiri" (*declaration veya statement*) denilmektedir⁴¹.

Kararların verilmesinde karara katılan üye için problem yoktur. Karara katılmayan üyenin üç hareket tarzı vardır. Sadece aleyhte oy kullanmak veya aleyhte oy kullanırken bildiriye bulunmak veya farklı fikrini gerekçeli ve ayrıntılı olarak kararda ifade etmektir. Konuya ilişkin olarak ICSID Sözleşmesi 48'inci madde 4'üncü fıkrasında "*Heyetin herhangi bir üyesi karar kendi fikrini veya muhalefet şerhini, çoğunluğa katılsa da katılmasa da ekleyebilecektir.*" düzenlemesi mevcuttur. Tahkim Kuralları 47'inci madde 3'üncü fıkrası da aynı şekilde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 48'inci maddesinde mevcut düzenlemeler nihai kararlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Heyet üyelerinin farklı fikir ve muhalefet şerhlerini kararlara ekleyebileceklerine ilişkin bu düzenleme, ara kararlara ve bu kapsamda tedbir kararlarına uygulanmayacaktır. Fakat uygulamada ara kararlarda da muhalefet şerhlerinin ve farklı fikirlerin karar metnine eklendiği görülmektedir. Örneğin SPP ve Mısır davasında (*Southern Pacific Properties Limited v. Arab Republic of Egypt*) heyetin yargı yetkisi konusunda farklı düşünen bir üyesi (Mohamed Arnin El Mahdi) kendi farklı görüşünü (*dissenting opinion*) açıklamıştır ve karara dahil etmiştir⁴².

G. Kararlar Tarafların Karşılıklı Rızası Olmadan Merkez Tarafından Yayınlanmayacaktır

Ulusal mahkemelerdeki yargılamalardan farklı olarak tahkim kapalı kapılar ardında yürür. Tarafları baskıdan korumak ve hassas bilgilerin açığa çıkmasını önlemek tahkimin güvenli olmasını temin eder ve tercih edilmesinde de etkili olur. Eğer taraflar

⁴¹ Schreuer, age, s.815.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/ OnlineAward,- ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, A Dissenting Opinion, s.401-494](http://icsid.worldbank.org/ICSID/OnlineAward,-ICSID%20Review,%20Foreign%20Investment%20Law%20Journal,%20A%20Dissenting%20Opinion,%20s.401-494)

yargılama sonunda ortaya çıkan nihai kararın ve diğer kararların “ICSID Raporları”nda⁴³ (*ICSID Report*) yayımlanmasını kabul etmişlerse, karar bu raporlarda yayımlanır. Ayrıca ICSID Merkezi <http://www.worldbank.org> web sayfasında bu kararları yayınlamaktadır⁴⁴. Merkez tarafından yılda iki defa yayımlanan ve içeriğinde ICSID tahkimine ilişkin makalelerin de mevcut olduğu “ICSID Review” isimli dergilerde de bazı kararlar bulunmaktadır. ICSID Sözleşmesi 48’inci maddesi 5’inci fıkrası kararların yayımlanması görevini hakem heyetine değil ICSID Merkezine vermiştir. Taraflar isterlerse kararı gizli tutabilmektedir. Bazı kararlarda ise tarafların rızası ile kararın tamamı değil bir kısmı yayımlanmaktadır.

ICSID tahkimine ilişkin kararlarının çoğunluğu 1993 yılından günümüze kadar “ICSID Raporları”nda yayınlanmış olmasına rağmen, birkaç karar burada yayımlanmamıştır ve bu kararlara ulaşmak mümkün olmamaktadır. ICSID Sözleşmesi 48’inci madde 5’inci fıkra anlamında görevini yerine getiren ICSID Merkezi bazı kararlara ulaşmayı görevi gereği engellemektedir.

Ğ. Tarafların İradesi İle Yargılamanın Son Bulması Durumunda Verilecek Kararlar

1. Sulh

Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma, fedakarlık ve özveri ile, yani bir sözleşme ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. Genellikle davacı talep sonucunun bir kısmından feragat eder, davalı da davacının talep sonucunun diğer kısmını kabul eder ve taraflar aralarında sulh sözleşmesi yaparlar. Sulh, taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile çözmeye yarar. Sulh ile dava konusu uyuşmazlık son bulur⁴⁵.

Milletlerarası tahkim uygulamasında sulh kavramı ile ilgili önemli bir konu, tarafların sulh olduğuna ilişkin beyanlarının düzenleniş şeklidir. Prensip olarak, tarafların her

⁴³ Crawford,J./ Lee,K.:ICSID Report, Cambridge University Press, (ICSID Raporları halen 15 cilt olarak yayımlanmış olup, 1965 yılından günümüze kadar taraflarca yayımlanmasına izin verilen bütün kararları kapsamaktadır.İlk ICSID Raporu 1993 yılında yayımlanmıştır.)

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.[http://icsid.worldbank.org/ICSID/ OnlineAward.\(25.10.2009\)](http://icsid.worldbank.org/ICSID/OnlineAward.(25.10.2009))

⁴⁵ Kuru,age,s.384.

zaman uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak sulh olmaları ve bu konudaki iradelerini karşılıklı olarak beyan ederek bir sulh sözleşmesi düzenlemeleri mümkündür. Fakat sulh sözleşmesi hakemler önündeki davada bir “karar” olarak tespit edilmezse, milletlerarası tahkim açısından sorunlar çıkabilmektedir. Zira taraflardan birisinin sulh sözleşmesine uymaması durumunda, tekrar uyuşmazlık ile ilgili dava açılması gerekecek, bu durum zaman ve dava masrafları açısından para kaybına sebep olabilecektir⁴⁶.

ICSID Tahkiminde sulhun yapıldığı zaman ve sulhun kapsamı önem taşımaktadır. Taraflar bazen uyuşmazlığın belirli bir kısmı üzerinde sulh yapmaktadırlar. Bazen de taraflar hakem heyeti daha oluşturulmadan, fakat davacı ICSID Merkezine başvurduktan sonra aralarında uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakta ve sulh sözleşmesi hazırlamaktadırlar. Dava açıldıktan sonra yapılan sulh sözleşmelerinde bazen taraflar yargılama giderleri ile ilgili bir düzenlemeyi sulh sözleşmesine dahil etmemektedirler. Böyle bir durumda da hakem heyeti yargılama giderlerine ilişkin bir karar vermek zorunda kalmaktadır.

2. Sulh Neticesinde Verilecek Kararlar

Heyet oluşturulup nihai karar verilmeden önce tarafların sulh yapmaları durumunda, tarafların yazılı talepleri ile ICSID hakem heyeti yargılamaya son verir. Bu talep hakem heyeti oluşturulmadan önce olursa, Genel Sekreterlik yargılamaya son verecektir. Eğer taraflar uyuşmazlığın aralarında çözümüne ilişkin tam ve imzalı bir metni, diğer bir ifadeyle sulh sözleşmesini hakem heyetine yazılı talepleri ile birlikte sunarlarsa ve heyetten yayımlanmasını talep ederlerse, heyet çözümü kararla birlikte açıklayacaktır. Bu durum Tahkim Kuralları 43’üncü maddede açıklanmıştır. Eğer taraflar çözümün karar içerisinde yayınlanmasını talep etmezlerse, heyet basitçe yargılamanın sona erdiğine karar verecektir. Heyetin yargılamanın sona erdiğine ilişkin kararı bir nihai karar değildir. Bu karar tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözdüklerinin dışında bir gerekçeyi de kapsamayacaktır. Bu tür kararlar nihai karar olmadıkları için iptal, yorum, düzeltme (*revizyon*), kararın tashihi ve ek karar gibi taleplere konu olmayacaktır⁴⁷. Taraflar kendi çözüm tarzlarının yayımlanması talebinde bulunurlarsa, hakem heyeti bu

⁴⁶ Akıncı, Z.:Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.s.168-169

⁴⁷ Schreuer,age,s.820.

talebe uymak zorunda değildir. Bu durumda heyet isterse basitçe yargılamanın sona erdiğine de karar verebilecektir.

Taraflar aralarında uyuşmazlığı kısmen çözmüşlerse, bu durum yargılamayı sona erdirmeyecektir. Fedaks ve Venezüella davasında⁴⁸ (*Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*) taraflar kendi aralarında uyuşmazlığı kısmen çözüme ulaştırmışlardır. Tazminat miktarı ve faiz oranları konusunda anlaşmışlar, fakat yargılama giderlerini ödeme usulü konusunda anlaşmamışlardır. Venezüella yargılamanın durmasını talep ederken, Fedaks Şirketi çözümün kararda belirtilmesini istemiştir. Hakem heyeti bu durumda davanın çözümüne ilişkin gerekçeli karar vermiştir. Burada hakem heyetinin verdiği karar, nihai bir karardır. Bu nihai kararlara karşı ICSID Sözleşmesinde belirlenen hukuki yollara başvurmak mümkündür. Fedaks ve Venezüella davasında verilen karara karşı, kararın tashihi düşünülebilirse de, kararın yorumu usulü uzak bir olasılık olarak görünmektedir. Kararın düzeltilmesi (revizyon) ise karar verilmeden önce mevcut olan vakıaların sonradan öğrenilmesi durumunda mümkün olabilecektir. İptal talebi ICSID Sözleşmesi 52'inci madde 1'inci fıkrada belirtilen sebepler anlamında zor görünmektedir. Hakem heyeti kararına dahil edilen sulhun en önemli neticesi, böyle bir kararın ICSID kararlarının doğası gereği geleneksel tanıma ve tenfiz usulüne tabi tutulmadan doğrudan uygulanması olacaktır.

Sulh sözleşmesine ilişkin düzenlemeler uyuşmazlık sonrası atmosferin eski hale getirilmesine olanak sağlar. 1984 yılında yapılan yeni düzenleme ile Tahkim Kuralları 21'inci madde ön duruşma (*pre-hearing conference*) sistemini getirmiştir. Tarafların veya heyetin başkanının veya Genel Sekreterin talebi ile heyet ve taraflar arasında, tarafların yetkili temsilcilerinin katılımıyla dostane çözüme ulaşmak için bir ön duruşma yapılabilir. Ön duruşmaya taraflar karar verebileceği gibi, Genel Sekreter de tarafları dostane çözüme davet edebilir. Böyle bir duruşma karşı tarafın ne düşündüğünün öğrenilmesi ve dostane çözüm açısından önemlidir. Bu usul sayesinde taraflar arasında sulhun gerçekleşmesi mümkündür.

ICSID'in kuruluşundan itibaren ilk 25 yılında toplam (22) uyuşmazlık ICSID Heyetlerinin öne getirilmiş, fakat bunlardan sadece (7) davada maddi ve şekli manada

⁴⁸ Helgesun, E./ Lauterpacht, E.: ICSID Reports, Cambridge University Pres, 2005, Vol 5, s.183-209.

kesin hükme ulaşılmıştır. Bu durum ICSID'in uyuşmazlığın çözümünde katkısı olmadığı şeklinde değerlendirilmemelidir. ICSID Tahkimi bu uyuşmalıklarda sorunların büyümesine engel olduğu gibi tarafların sulha ulaşmasına da katkı sağlamıştır⁴⁹.

3. Sulh Dışında Tarafların İradesi İle Yargılamanın Sone Ermesi Durumunda Verilecek Kararlar

ICSID tahkiminde tarafların iradesi ile davanın sona ermesinin tek sebebi tarafların uzlaşarak sulh sözleşmesi yapmaları değildir. Tahkim Kuralları 44'üncü maddesi taraflardan her birine yargılamanın sona ermesini talep yetkisi vermiştir. Bir taraf yargılamanın sona ermesini talep eder ve karşı tarafta yazılı olarak bu talebe itiraz etmezse dava düşecektir. Tahkim Kuralları 45'de taraflardan birisinin 6 ay gibi bir süre içerisinde usule ilişkin bir işlem yapmaması durumunda da davanın düşeceği düzenlenmiştir. İki durumda da heyet bir karar verecek ve bu kararı yayınlayacaktır. Bu tür kararlar nihai kararlar olmayacaktır.

Yargılamanın son bulması bazen heyet oluşturulmadan, bazen heyet oluşturulup nihai karar verilmeden, bazen nihai karar verildikten sonra iptal talebi aşamasında, bazen de kararın iptali sonrası yeni heyete gidilmeden önce olabilmektedir. Fakat bu durumların hepsinde de taraflar karşı tarafın ne düşündüğünü ve taleplerini ICSID tahkimi sayesinde öğrenmiş olmaktadır. ICSID Tahkimi bu anlamda da uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamaktadır.

H. Ara Kararlar

1. Genel Özellikleri

Ara kararlar (*decision*) ICSID hakem heyetinin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayan ve davanın yürütülmesine olanak sağlayan kararlardır. ICSID hakem heyeti kararlarından ancak yetkisizlik kararları ile uyuşmazlığı her yönü ile çözen ve gerek hakem heyetinin gerek ad hoc komitenin davadan el çekmesini sağlayan kararlar nihai kararlardır. Bu kararların dışında kalan hakem heyetinin yetkili olduğunu belirtir kararlar

⁴⁹ Bernstein,R./Wood,D.:Handbook Of Arbitration Practice, BPCG Hazell Books Ltd Great Britain 1993, s.435.

ihtiyati tedbir kararları ve diğ er usulü kararlar ara kararlardır. Nihai kararların gerekçeleri iç ermesi ve ayrıntılı olması özelliğ i ara kararlara uygulanmamaktadır. Hakem heyetlerinin yetkili olduğ una ilişkin ara kararlar, her ne kadar ara kararlar olsalar da, nihai kararlar ile birlikte iş lem göreceklerinden ve bu kararlara karşı nihai kararla birlikte hukuki başvuru yollarına müracaat edilebileceğ inden, bu kararlar da nihai kararların sahip olması gereken niteliklere sahip olmalıdırlar. Diğ er bir ifade ile ayrıntılı olmalı ve gerekçeleri iç ermelidirler. ICSID Sözleşmesinin 49(2), 50 ve 51'inci maddelerinde belirtilen kararın yorumu, düzeltilmesi (revizyonu), ek karar ve karar tashihine ilişkin talepler neticesinde hakem heyetlerince verilen kararlar da nihai kararın bir parçası olmaktadır ve hakem heyetinin davadan el çekmesi sonucunu doğ ururlar. Diğ er taraftan ad hoc komitenin verdiğ i iptal talebine ilişkin kararlar da nihai kararlar olarak kabul edileceklerinden bu kararlarında kesinlik ve ayrıntılılık niteliğ i taşımaları gerekmektedir.

2. İhtiyati Tedbir Kararları

a. Genel Olarak

Dava sırasında davalının dava konusu eş yayı veya alacağı başkasına temlik etmesi mümkün olduğ undan, davacının davayı kazanması halinde dava konusu şeye kavuşması tehlikeye girebilir. İş te davacının davayı kazanması halinde, dava konusu alacağı veya eş yaya kavuşmasını dava sırasında emniyet altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyati tedbirler, mahkemeler veya hakem heyetlerince bu kapsamda verilen kararlara da ihtiyati tedbir kararları denir⁵⁰.

İhtiyati tedbir kararları ulusal yargılamanın yanında tahkim yargılamasında da çok yaygın olarak kullanılmaktadır. İhtiyati tedbir kararlarının amacı delillerin toplanmasını ve nihai kararların uygulanmasını güven altına almak, tarafların haklarını korumaktır. İhtiyati tedbir kararları, yargılama esnasında tarafların nihai kararların uygulanmasını engellemek maksadıyla başvurabilecekleri durumlar için hakem heyetlerinin önceden tedbir almalarına imkân sağlar. ICSID Sözleşmesinin 47'nci maddesi hakem heyetinin taraflara ihtiyati tedbir (*provisional measures*) tavsiye edebileceğ ine ilişkin bir düzenleme iç ermektedir. ICSID tahkiminde hakem heyetinin vereceğ i ihtiyati tedbir kararları aşağıda

⁵⁰ Kuru,age,s.432.

da detaylı olarak izah edildiği gibi tavsiye niteliğinde tedbir kararlarıdır. İhtiyati tedbirlere ilişkin tavsiye nitelikli kararlar nihai kararlardan (*award*) farklıdır. ICSID Sözleşmesinin 4'üncü bölümünü oluşturan, 48-55'inci maddelerinde mevcut bulunan düzenlemeler nihai kararlara uygulanacak müşterek düzenlemeleri içermekte olup, tavsiye niteliğindeki ihtiyati tedbir kararları için uygulanmayacaktır.

İhtiyati tedbir kararları uyuşmazlık çözülmenden önce yargılama esnasında alınmaktadır. Fakat İhtiyati tedbir kararları yargılama esnasında alınan yürütmenin durdurulmasına ilişkin ara kararlardan, tavsiye niteliğinde kararlar olmaları nedeniyle farklıdır. ICSID Sözleşmesinin 50(2)'inci maddesine göre kararın yorumu, 51(4)'inci maddesine göre kararın düzeltilmesi (revizyonu) ve 52(4)'inci maddesine göre kararın iptali talep edildiğinde, heyet veya ad hoc komite esasa ilişkin kararını verinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar verebilmektedir.

Tahkim Kuralları 34'üncü maddenin ilk dört paragrafı ihtiyati tedbir kararlarının ana yapısını düzenlemektedir. Yargılama esnasında taraflardan birisi, kendi haklarının korunması için hakem heyetinden ihtiyati tedbir kararı alınması talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir kararı talep eden taraf, müracaatında korunmasını talep ettiği hakkının ne olduğunu ve neden bu konuda ihtiyati tedbir kararına ihtiyaç duyduğunu açıkça belirtmelidir. Böyle bir talep üzerine heyet, ihtiyati tedbir talebini öncelikle dikkate alacaktır. Heyet, kendi inisiyatifi ile de tarafların talep ettiği ihtiyati tedbir taleplerinden başka ihtiyati tedbirleri taraflara tavsiye edebilecek, ayrıca ihtiyati tedbir kararını her zaman kaldırabilecek veya değiştirebilecektir. Heyetin farklı ihtiyati tedbirleri tavsiye edebilmesi, verilen bir ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi veya kaldırılmasına karar verebilmesi için iki tarafa da ihtiyati tedbir kararı öncesi, konu hakkındaki görüş ve tespitlerini ifade etmelerine fırsat vermesi gerekmektedir.

ICSID Sözleşmesinin 47'inci maddesine göre taraflar ihtiyati tedbir kararı talebinde bulunmayacaklarını önceden kararlaştırabilirler. Ayrıca taraflar hakem heyetinin taraflara ihtiyati tedbir uygulaması teklif etmesini sınırlayacak veya hangi ihtiyati tedbirlerin davada uygulanabileceği konularında heyetin yetkili olabileceğini belirleyecek sözleşme yapabilirler. Ya da aksine karar vererek, taraflar heyetin ihtiyati tedbirlere ilişkin bütün kararlarının bağlayıcı olacağını veya belli kategorilerde ihtiyati tedbirlere ilişkin heyet yetkisinin taraflar için bağlayıcı olacağına ilişkin bir sözleşme de

yapabilirler. 1981 yılından önceki model şartlarda (klozlarda) 26 numaralı model şart (kloz) bu hususu düzenlemekteydi. Bu şarta göre “Bu sözleşme kapsamında oluşturulan hakem heyeti, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, kararını vermeden önce ihtiyati tedbirlere karar vermeye yetkilidir.” 27’inci şart (kloz) ise ihtiyati tedbirlerin bağlayıcılığına ilişkindi. Bu şarta göre “Bu Sözleşmeye göre oluşturulan hakem heyetinin salık vereceği ihtiyati tedbirlere taraflar uymak zorundadırlar”⁵¹. Halen yürürlükte olan 14 numaralı model şart (kloz) da, 1981 yılından önce mevcut bulunan 27 numaralı model şarta benzer bir düzenleme içermektedir. Halen yürürlükte olan 14 numaralı model şarta göre “Hakem heyetinin ihtiyati tedbir yetkisi saklı kalacak şekilde, taraflardan birisi kendi haklarını ve menfaatlerini korumak için, yargılama başlamadan önce veya yargılama esnasında ipotekte dahil olmak üzere ihtiyati tedbir kararı verilmesini hakem heyetinden isteyebilir.” Bu model şartın (kloz) taraflarca seçilmesi durumunda karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın, heyet kendi değerlendirmesini yaparak ihtiyati tedbire karar verebilecek ve karşı tarafta bu karar uyacaktır. Bu şartın seçilmesi durumunda karar tavsiye niteliğinde bir karar olmayacaktır.

İhtiyati tedbir talebi taraflardan birisinden gelebileceği gibi, hakem heyetince de tavsiye edilebilir. Fakat genelde uygulamada taraflar ihtiyati tedbir talebinde bulunmaktadırlar. Holidays Inn ve Fas davası⁵² (*Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*), CSOB ve Slovakya (*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*) davası⁵³, Amco ve Endonezya davası⁵⁴ bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. İhtiyati tedbir taleplerinin tedbir niteliğinde olması ve bu taleplerin aciliyeti, heyetin ihtiyati tedbirlere ilişkin tavsiye, değişiklik ve iptal kararı verebilmesi için taraflara konuya ilişkin kendi düşüncelerini açıklama fırsatı vermesini gerekli kılmaktadır.

Hakem heyetinin ihtiyati tedbir kararı vermeden önce tarafların konuya ilişkin düşüncelerini ifade etmelerine fırsat vermesinin sebebi, sürpriz kararlardan ve istenmeyen adil olmayan sonuçlardan kaçınmaktır. İhtiyati tedbir talebi taraflardan

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/ModelClauses.\(25.10.2009\)](http://icsid.worldbank.org/ICSID/ModelClauses.(25.10.2009))

⁵² Rayfuse, R.: ICSID Reports, Some Legal Problems, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol. 1, s.645. Holiday Inn ve Fas davası taraflar arasında sulhun gerçekleşmesi ile son bulmuştur. Yargılamaya ilişkin heyetin kendisinin yetkili olduğuna ilişkin verdiği karar mevcut olup, bu karar tarafların talebi ile yayımlanmamıştır.

⁵³ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.9, s. 255.,

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/97/4), Para.9 (10.04.2010)

⁵⁴ Rayfuse, R.: ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.389.

birisince talep edildiğinde, ihtiyati tedbire karar verilmeden önce, karşı tarafın bu konuda dinlenmemesi, ihtiyati tedbir kararını içeren nihai kararın iptali talebinde bulunulabilmesi için sebep teşkil edebilecektir. Böyle bir durumda nihai kararın iptali için ileri sürülecek sebep usulün temel kurallarından sapma olduğu sebebi olacaktır. Kendisinden ihtiyati tedbir talebinde bulunulan heyet, tarafların kendisine ilettikleri ihtiyati tedbirler ile bağlı değildir. Yani heyet kendisinden talep edilen ihtiyati tedbir dışında başka bir ihtiyati tedbirin alınmasını teklif edebilecektir. Burada unutulmaması gereken diğer bir husus ise ihtiyati tedbir kararlarının ara karar olmaları sebebiyle, nihai kararın bir kısmı olarak iptale konu olabilmeleridir. Doğrudan doğruya ihtiyati tedbir kararına karşı iptal talebinde bulunulamayacaktır.

b. Zorunluluk ve Aciliyet

Yargılama esnasında İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi için, böyle bir karar vermeyi “gerekli” (*necessity*) kılan durumların ortaya çıkması ve heyetin “acilen” (*urgency*) böyle bir kararın verilmesi konusunda kendisini yükümlü görmesi gerekmektedir. Acaba heyetin ihtiyati tedbir kararı vermesini gerekli kılan, durumun zorunluluğunu ve aciliyetini belirleyen kıstaslar neler olacaktır? Eğer nihai kararın güvenliğini gerektiren ve erken tedbir alınması gereken bir durum varsa, heyetin ihtiyati tedbir kararı vermeye zorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Fakat sadece bu gereklilik ihtiyati tedbire karar verilmesi için yeterli değildir. Ayrıca nihai kararın olası sonuçlarından taraflara kaçış sağlayacak yolların kapanmasını gerekli kılan bir durumun mevcudiyeti de gereklidir. İşte bu ikinci durumun mevcudiyeti, heyetin ihtiyati tedbir kararı alması gereken acil bir durum olduğunu belirleyen diğer bir kıstastır.

ICSID Hakem heyetlerinin önüne getirilen ihtiyati tedbir talepleri; delillerin ele geçirilmesine ilişkin tedbirler, finans garantilerine ilişkin tedbirler, karşı propagandanın önlenmesine ilişkin tedbirler veya ulusal yargılamalardaki ihtiyati tedbirlere benzer taleplerden oluşmaktadır. AGIP ve Kongo davasında⁵⁵ (*AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*) 1975 yılında Kongo'da yeni hükümetin kuruluşundan sonra, Kongo AGIP firmasının ofisini işgal edip bütün belgelere el koymuştur. 1977 yılında başlayan ICSID yargılaması esnasında, 1978 yılında AGIP, Sözleşmenin 47'inci

⁵⁵ Rayfuse, R.: ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.306.

maddesine göre ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Bu talebinde AGIP, Kongo Devletinin AGIP'in ofisinde ele geçirdiği dokümanlara karşı AGIP'in korunması için, Kongo'nun tüm bu dokümanlara ait bir listeyi heyete teslim etmesini sağlayacak bir ihtiyati tedbir kararı talebinde bulunmuştur. AGIP'in bu talebi delillerin ele geçirilmesine ilişkin bir ihtiyati tedbir talebi olarak değerlendirilebilir.

c. İhtiyati Tedbir Kararlarının Öncelikli Olması

İhtiyati tedbir kararı alınması gereken acil bir durumun mevcut olması, bu kararın öncelikle alınmasını (*priority*) zorunlu hale getirmektedir. Tahkim Kuralları 39'uncu maddeye göre, taraflardan herhangi biri usulün her safhasında her zaman ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecek ve ihtiyati tedbir talepleri heyet tarafından öncelikle dikkate alınacaktır. Fakat ihtiyati tedbir kararına sadece heyet oluşturulduktan sonra karar verilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflardan herhangi biri heyet oluşturulmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecek fakat karar hakem heyeti oluşturulduktan sonra verilebilecektir. Heyet oluşturulduktan sonra Tahkim Kuralları 16'ncı madde 2'inci fıkraya göre, heyetin toplanmadan bütün üyelerine danışarak ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkündür. Fakat bu usul uygulansa dahi, heyet karşı tarafı dinlendikten sonra ihtiyati tedbire karar verebilecektir. Bütün bunlar dikkate alındığında, ihtiyati tedbir kararlarının öncelikli olması gereğinin her zaman ulaşılabilir bir hedef olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada ihtiyati tedbir talebi olduğu zaman heyetler genellikle makul bir sürede bu talebi görüşüp tavsiye kararına bağlamaktadırlar. Holiday Inn ve Fas davasında⁵⁶ (*Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*) talep 12 Mayıs 1972'de yapılmış, ihtiyati tedbir kararı 2 Temmuz 1972'de verilmiştir. AGIP ve Kongo davasında talep 21 Kasım 1978'de yapılmış, karar 18 Ocak 1979'da verilmiştir. Amco ve Endonezya davasında talep 30 Eylül 1983'de yapılmış, karar 9 Aralık 1983'de verilmiştir. MINE ve Gine davasında (*Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*) talep 25 Haziran 1985'te yapılmış ihtiyati tedbir kararı 4 Kasım 1985' de verilmiştir⁵⁷.

⁵⁶ Rayfuse, R.: ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.645.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (ICSID Case No. ARB/72/1)

⁵⁷ Rayfuse, R.: ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1997, Vol 4, s.61.

ç. İhtiyati Tedbir Talebi ve Yetkisizlik İtirazı

İhtiyati tedbir kararlarına ilişkin taleplere öncelik vermek, heyetin önündeki diğer talepler karşısında ihtiyati tedbir taleplerine öncelik vermesini zorunlu hale getirir. Taraflarca heyete yargılama yetkisinin bulunmadığı itirazının yapıldığı durumlarda, bu itirazla birlikte heyetin önünde ihtiyati tedbir talebi birlikte bulunuyorsa “hakem heyetinin hareket tarzı nasıl olacaktır?” sorusuna verilecek cevap önem kazanmaktadır. Şöyle ki heyet yargılama yetkisinin olup olmadığına karar vermeden önce, ihtiyati tedbir talebi ile karşılaşacaktır. Konunun aciliyeti ihtiyati tedbir kararlarının yargılama yetkisinin olup olmadığından tespitinden sonraya bırakılmasını engelleyecektir. Bu sorun tahkim yargılamasında sıkça yaşanan bir sorundur. Bu sorunun çözümü ile ilgili olarak Sözleşmenin 36'ıncı maddesi 3'üncü fıkrası bir çözüm getirmiştir. Bu düzenlemeye göre Genel Sekreter tahkim talebinin açıkça Merkezin yargılama yetkisinin dışında olmadığını değerlendirirse kayda geçecektir. Bu kapsamda dava heyetin önüne gitmeden önce de Genel Sekreterlikçe bir ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Heyet yetkiye ilişkin bu ön inceleme ile bağlı olmamasına rağmen, Genel Sekreterlikçe yapılan bu değerlendirme heyete ihtiyati tedbir konusunda karar vermek için bir temel oluşturmaktadır: Bu düzenleme heyetin ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin tavsiye kararı vermeden önce yargılama yetkisine ilişkin itirazın incelenmesini imkânsız hale getirmez. Diğer taraftan heyet ihtiyati tedbir kararını önce verebilir ve sonra yargılama yetkisine ilişkin karar verebilir. Heyet Genel Sekreterin uygun görmesi ile davanın kayda geçirilmesini yeterli görebileceği gibi, bunun tersi olarak başlangıçta yargılama yetkisine ilişkin bir karar vermek isteyebilir⁵⁸.

d. İhtiyati Tedbir Kararlarının Geçiciliği

İhtiyati tedbir kararlarının geçici (*temporary*) olması onların doğaları gereğidir. Geçicilik durumu kararların aciliyeti ile alakalıdır. Tedbirler öncelikle dikkate alınmalı ve süratle uygulanmalıdır. Geçici tedbirler zamanla değişikliğe uğrayabilirler. Bazı durumlarda tamamen kaldırılırlar. En önemlisi derdest olan bir davanın ve yargılamanın bazı sorunlarının ele alınması olarak değerlendirilmelidirler.

⁵⁸ Schreuer, age, s. 764-766.

e. İhtiyati Tedbir Kararlarının Tavsiye Niteliğinde Olması

İhtiyati tedbir kararlarının hukuksal anlamda verdiği yetki, Sözleşmenin 47'inci maddesinin düzenlenmesinde Sözleşme oluşturulurken tartışılmıştır. İlk tasarlarda ihtiyati tedbir kararları sadece "tavsiye" niteliği olan kararlar olarak değil, fakat "uyulması gereken" kararlar olarak düzenlenmişti. "*Recommend*" terimi yerine Sözleşmede "*prescribe*" terimini kullanılmıştı. Bu düzenlemeye özellikle Çin Cumhuriyetinin temsilcisi karşı çıkmıştır. Karşı çıkarken devletlerin kamu düzeni veya ulusal politikalar nedeniyle bu tür ihtiyati tedbir kararlarına uyamayabileceklerini ifade etmiştir. Görüşmeler sonrasında ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin olarak, heyetleri bağlayıcı karar vermekle yetkilendirmek uygun görülmemiştir. Neticede Sözleşme heyetlere bağlayıcı olmayan fakat tavsiye niteliğinde ihtiyati tedbir kararı vermesi yetkisi vermiştir. Fakat ihtiyati tedbir kararlarının tavsiye kararı niteliğinde olması onları hukuksal olmayan kararlar durumuna düşürmemektedir. Bazen bu tür kararlar, tahkim yargılamasının başarılı sonuçlara ulaşması için bağlayıcı olması gereken hükümleri de içermektedir. Daha da önemlisi hakem heyetleri nihai kararları oluştururken, bu tür tavsiye niteliğindeki ihtiyati tedbir kararlarının taraflarca ne kadar dikkate alındığını da göz önüne almaktadırlar. Bu tür kararların bağlayıcı olmasını temin etmenin en önemli yöntemi bunları tarafların uzlaşması neticesinde ortaya koymaktır⁵⁹.

ICSID Sözleşmesinin hazırlanmasında ihtiyati tedbir kararlarının tenfizinin nasıl sağlanacağı konusunda da tartışmalar yaşanmıştır. Şu anda da tavsiye niteliğinde olan ICSID hakem heyeti ihtiyati tedbir kararlarının bir yerel mahkeme için ne kadar bağlayıcı ve ikna edici olduğu kesin sınırları ile belirli değildir. Bu tür kararların yasal bir yükümlülük oluşturacağı ve bu yükümlülüğün yerel mahkemeye kadar uzanacağı yadsınamaz. Milletlerarası hukuk kapsamında devletler, hukuksal düzenlemeleri ve buna ilişkin eylem ve işlemlerinden sorumludurlar. Bu durumda devletler kendi yerel hukuklarının yetersizliğini mazeret olarak gösteremezler. İhtiyati tedbir kararlarına ilişkin sorunlar bu kararların icrasına ilişkin değil, fakat daha çok ICSID ihtiyati tedbir kararlarının yerel mahkeme kararlarına karşı yöneltmesi durumunda yaşanmıştır. ICSID hakem heyetlerince verilen tavsiye kararlarının yerel mahkemelerin önlerine getirilen ipoteklerin önceliğini belirleme konusunda etkili olduğu görünmektedir⁶⁰.

⁵⁹ Schreuer,age,s.757-758

⁶⁰ Schreuer,age,s. 758-761

MINE ve Gine davasında⁶¹ heyet 1985 yılında verdiği tavsiye niteliğindeki ihtiyati tedbir kararında iki tarafa da yerel mahkemelerde dava ile ilgili işlemlere devam etmemelerini tavsiye etmiştir. Bu tavsiye kararı üzerine yerel mahkeme, heyetin bu kararını dikkate alarak ipoteği kaldırmış ve kararda heyetin ihtiyati tedbir kararını gerekçe olarak göstermiştir. İflas işlemlerini takip etmekle görevli yerel kurum da aynı şekilde iflasa ilişkin MINE'nin taleplerini heyetin ihtiyati tedbir kararını dikkate alarak reddetmiştir. Bu karar yerel mahkemelerin ICSID heyetlerinin ihtiyati tedbir kararlarının tenfizine karar vermekle yetkili olmamalarına rağmen, ICSID heyetlerinin ihtiyati tedbir kararları ile ilgili olarak, ICSID'in münhasır yetkisi kapsamında etkilendiklerini göstermektedir.

f. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uymamanın Sonuçları

ICSID Sözleşmesinin 47'inci maddesinin taslağında, ihtiyati tedbir kararlarına uymayan tarafın buna uygun davranmaması nedeniyle oluşan zararı tazmin etmesi düzenlenmişti ve heyet bunu nihai kararda açıklayacaktı. Görüşmelerde ihtiyati tedbir kararına aykırı davranan tarafa, bu eylemi nedeniyle karşı tarafa verdiği zararı tazmin etmesi konusuna karşı çıkmıştır. Fakat taslaktaki tazminata ilişkin düzenleme kabul görmezken, heyetin ihtiyati tedbir kararlarına uygun davranılmaması gerçeğini nihai kararında dikkate alacağı konusuna kimse karşı çıkmamıştır.

AGIP ve Kongo davasında⁶² Kongo, heyet tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarına uymamıştır. AGIP'in ofisi ve belgelerine Kongo devletince el konulması neticesinde, heyet Kongo'ya elinde bulundurduğu evraklara ilişkin olarak bir listeyi bildirmesi ve yargılama esnasında heyete sunması konusunda ihtiyati tedbir kararı vermiş, fakat Kongo bu karar uymamıştır. Bu durumda heyet, nihai kararında Kongo'nun bu karara uymadığını ve AGIP'in belirli konularda heyete yardım edecek dokümanları sunmadığını açıkça ifade etmiştir.

⁶¹ Bertrant,P.M.: ICSID Tribunals and Provisional Measures, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal,1986 Vol. 1, s. 372.

⁶² Rayfuse,R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.306

g. Tahkim Yargılamasında Uygulanan İhtiyati Tedbir Kararlarına Paralel Yerel Uygulamalar

ICSID tahkimi esnasında bazı davalar; tarafların yerel mahkemeler önüne getirdikleri bazı ihtiyati tedbir talepleri ile ilgili olmuştur. Holiday's Inn ve Fas⁶³ davası buna örnektir. Fas'ta bir otel inşası ile ilgili Fas devleti ile yatırımcı arasında bir sözleşme yapılmıştır. Yatırımcı ile devlet arasında uyuşmazlık çıkınca, davacı otelin yapımını durdurmuştur. 1972 yılında yatırımcı ICSID tahkim usulünü başlatmıştır. Bu usul başladıktan sonra, Fas Devleti kendi mahkemelerine başvurmuş, mahkemeden inşaatların devamı ve davacıdan inşaatların durması nedeniyle gerekli tazminatların alınması yönünde karar çıkarmıştır. Ayrıca mahkeme tarafından hukuksal arabulucu da (*judicial administrator*) atanmıştır. Bunların üzerine davacı hakem heyetinden 1972 yılının Mayıs ayında Fas mahkemelerinin uyuşmazlıkla ilgili eylem ve işlemlerinin durdurulması konusunda ihtiyati tedbir alınması yönünde talepte bulunmuştur. Heyet 1972 yılında verdiği ihtiyati tedbir kararında Fas'ın doğrudan yerel mahkemenin verdiği karara dayanarak yaptığı eylem ve işlemleri durdurmasına karar vermemiş, sözleşmenin devamı ve içeriği ile uyumsuz olan tedbirlerden tarafların uzak durmasını ve tarafların davanın sonuna kadar koordineli hareket etmesini tavsiye etmiştir.

I. Kararların Yerel Mahkemelerce İncelenememesi

ICSID tahkimini diğer tahkimlerden farklı ve avantajlı kılan özelliği, nihai karar ve ara karar olmasına bakmaksızın ICSID hakem kararlarının esasının yerel mahkemelerce tekrar incelenememesidir. ICSID hakem kararları ICSID Sözleşmesine göre belirli durumlarda Sözleşmenin sistemi içerisinde ve ICSID Hakem heyetleri veya ad hoc komitelerce bağımsız olarak incelenebilir. Taraflardan birinin, herhangi bir devlet mahkemesinde ICSID hakem kararının incelenmesi için açacağı her dava reddedilmelidir. ICSID Sözleşmesinin 53 'üncü maddesi 1'inci fıkrası bu konuyu düzenlemiştir ve şöyledir:

"Madde 53: 1. Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu

⁶³ Rayfuse,R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.645

olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça, karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.”

MINE ve Gine⁶⁴ davasında ICSID hakem kararlarını yerel mahkemelerin inceleyip inceleyemeyeceği sorun olmuş ve ad hoc komite hakem kararının temyize konu olmayacağını ve yerel mahkemelerde karar sonrası hukuki bir yola başvurulamayacağını belirtmiştir.

Aleyhine başvurulabilecek bütün hukuki başvuru yolları kapanmış bir kararın getirdiği yükümlülüklerin parasal yükümlülükleri içermemesi veya parasal yükümlülükler dışında belirli bir edimi içermesi veya belirli bir edimden uzak durma yükümlülüğünü içermesi durumunda, kararın kapsamındaki bu yükümlülüklerin “kesin hüküm” (*res judicata*) olacağından şüphe yoktur. Durum böyle olunca bu yükümlülüklerin devletin egemenlik haklarına müdahale etmesi söz konusu olabilecektir. Kararlarda parasal yükümlülükler dışında bir çok yükümlülük mümkün olabilir. Bunlar ruhsatın geri verilmesi, bir eşyaya özellikle gayrimenkule el konulması, belirli vergilerin alınmaması, belirli paraların yurt dışına transferine izin verilmesi, yatırımcının yurt dışından çalıştırmak için getirmek istediği belirli personelin yurt içine girişine ve çalışmasına izin verilmesi gibi konular olabilir. Fakat gerçekte bu güne kadar yayımlanan kararlarda hep parasal yükümlülükler getirilmiştir. Bunun bir sebebi de davacıların taleplerini parasal anlamda dava dilekçelerinde ifade etmeleri olmuştur. Ayrıca hakem heyetleri parasal anlamda ifade edilemeyen yükümlülüklerin davalı devlet tarafından yerine getirilmesinde karşılaşılabilecek problemleri ortadan kaldırmak için özellikle parasal yükümlülükler içeren kararlar vermişlerdir. Bundan sonra da kararlardaki yükümlülüklerin parasal yükümlülükleri içermesi veya parasal yükümlülükler dışında diğer yükümlülükleri parasal yükümlülükler ile birlikte seçimlik olarak sunması, diğer bir ifade ile parasal olmayan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumu için alternatif parasal yükümlülükler içermesi kararın tenfizine olanak sağlayacak ve devletlerin egemenlik haklarına dokunmayacaktır⁶⁵.

⁶⁴ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 101.,
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), para.4.02 (10.04.2010)

⁶⁵ Schreuer, C.H.: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, Arbitration International 2004, Vol. 20, No.4.s.331-332

ICSID Sözleşmesinde hakem heyetinin kararını vermesinden sonra bu karara karşı gidilebilecek hukuki yollar yukarıda da ifade edildiği gibi belirlenmiştir. Sözleşmenin 53'üncü maddesi gereği bu yollar dışında, kararlara karşı başka bir hukuki yol ve bu kapsamda temyiz yolu yoktur. Jose Cartellone Construcciones, S.A. v. Hidroelectrica Norpataganica S.A. ve Honduras davasında davayı kaybeden taraf kararda belirtilen parasal değer in düşürülmesi için Arjantin Yüksek Mahkemesine başvurmuş ve dava mahkemece ICSID Sözleşmesi 53(1)'inci maddesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. ICSID Hakem heyetince verilen nihai karar kesin hüküm niteliğindedir, "ne bis in idem" prensibi gereği tarafları ve konusu aynı olan bir uyuşmazlık nedeniyle iki defa yargılama yapılamaması sonucu bu uyuşmazlık için ulusal ve milletlerarası yargı yolu kapalı olacaktır ⁶⁶.

II. EK KARAR VE KARAR TASHİHİ, KARARIN YORUMU VE DÜZELTİLMESİ

A. Genel Olarak

Kararların tekrar incelenmesine olanak sağlayan temyiz, iptal ve kararın düzeltilmesi usulleri ulusal hukuk düzenlerinde hiyerarşik mahkeme yapısı içerisinde uygulanan usullerdir. Ulusal hukuk sistemleri içerisinde mevcut olan böyle hiyerarşik bir düzen milletlerarası hukukta mevcut değildir. Yakın zamanda da böyle hiyerarşik bir denetim düzeninin oluşturulacağı pek muhtemel görünmemektedir. Fakat bu hiyerarşik yapının milletlerarası hukuk düzeninde mevcut olmaması, kararların tekrar gözden geçirilmesine ilişkin usullerin milletlerarası hukukta mevcut olmadığı anlamına da gelmemektedir. Milletlerarası hukukta, ulusal hukukta uygulanan hiyerarşik yapıya benzer bir yapının oluşturulması problemlili görünmektedir. Bu problemin temel sebebi kararların kesin hüküm (*res iudicata*) etkisinin, kararların tekrar ele alınma usulü ile uzlaştırılmasındaki zorluktur. Kararın yorumlanması kararın kesin hüküm etkisine dokunmadığı için milletlerarası hukukta pek problem yaratmamaktadır. Aynı şekilde kararda mevcut bulunan yazım hataları ve benzeri diğer hataların düzeltilmesini kapsayan karar tashihi usulü de aynı şekilde problemsizdir. Kararın yorumlanmasında ve karar tashihiinde durum böyleyken, karar düzeltmesi (*revizyon*) için, aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Kararın düzeltilmesi (*revizyon*) usulü iki basamaklı bir usul

⁶⁶ Toygun,age,s.145.

gerektirmektedir. Bunun ilk basamağını kararın düzeltilmesi talebinin kabulü aşaması, diğer basamağını ise bu güne kadar maalesef hiç ulaşamayan kararın haklılığının ve doğruluğunun incelenmesi aşamasıdır⁶⁷. Benzer şekilde iptal usulü de kararın bağlayıcılığı üzerinde etkili olan ve milletlerarası hukukta önemini artırarak koruyan bir usuldür.

ICSID Sözleşmesinin 53'üncü maddesi, hakem heyetince verilen nihai kararlara ve bu kararların bağlayıcı bulduklarına ilişkindir. Bu kararlar yerel mahkemelerce yeniden gözden geçirilemezler ve böyle bir işleme konu olamazlar. Sözleşmenin 53'üncü maddesinde, karara karşı sınırlı sayıda hukuki yola başvurulması neticesinde ulaşılabilecek kararlarında bağlayıcı oldukları düzenlenmiştir. Kararı veren hakem heyeti veya yeni ad hoc komite tarafından uygulanacak sınırlı sayıda hukuki başvuru yolu mevcuttur. Bütün bu hukuki başvuru yolları detaylı olarak Sözleşmede ve Sözleşmeye ilişkin Tahkim Kurallarında düzenlenmiştir. Bu hukuki başvuru yollarından bir kısmı tartışmaya gerek olmayan olağan durumlara ilişkindir. Teknik hususlar ve yazıma ilişkin, özellikle büro çalışmalarında meydana gelen yazım hataları ile ilgili olarak *kararın tashihi* yolu, bu hukuki başvuru yollarından ilkidir. Eğer kararın anlaşılmasına yönelik olarak taraflar uyuşmazlığa düşerlerse, *kararın yorumlanması* talep edebileceklerdir. Bu durum da *kararın yorumlanması* olarak ifade edeceğimiz diğer bir hukuki başvuru yoludur. Karar verildiği zaman bilinmeyen fakat mevcut olan ve karar verildikten sonra öğrenilen vakıalara ilişkin olarak başvurulabilecek bir diğer hukuki başvuru yolu ise *kararın düzeltilmesidir*. Bütün bunlara ilave olarak esaslı bir hukuki başvuru yolu daha vardır. Bu yol kararın iptal edilmesidir. *Kararın iptali usulü* tahkimin meşruluğunun sorgulanabilir olduğu durumlarda sınırlı bir çıkış sağlamaktadır. Sadece ICSID Sözleşmesinde belirlenen sınırlı sayıdaki sebepleri ileri sürerek, kararın iptalini talep etmek mümkündür. İptal talebi kararın kısmen veya tamamen hükümsüz olduğunun talep edildiği durumdur. Eğer verilen karar iptal edilirse, bu durumda taraflar uyuşmazlığı ICSID yapısı içerisinde başka bir ad hoc komiteye götürebileceklerdir⁶⁸.

⁶⁷ Oellers,K./ Planck,F.M: Interpretation, Revision And Other Recourses From International Judgments And Awards, European Journal of International Law, Vol.19, S. 623-625, <http://ejil.oxfordjournals.org> (3 .10.2008)

⁶⁸ Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7 <http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

B. ICSID Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları⁶⁹

ICSID hakem kararlarına karşı başvurulabilecek hukuki başvuru yolları, ICSID Sözleşmesinin 49'uncu maddesinde karar tashihi veya ek karar, 50'inci maddesinde yorum, 51'inci maddesinde kararın düzeltilmesi (revizyon), 52'inci maddesinde kararın iptali olarak belirlenmiştir.

1. Karar Tashihi ve Ek Karar

a. Genel Olarak

Ek karar veya karar tashihi yöntemi Sözleşmenin 49'uncu maddesinde düzenlenmiş olan bir hukuki başvuru yoludur. ICSID Sözleşmesi 49'uncu maddeye göre:

“1. Genel Sekreter taraflara kararın tasdik edilmiş örneklerini tebliğ eder. Karar tebliği tarihinde yürürlüğe girer.

2. Heyet, kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir ve karardaki yazım, aritmetik veya benzeri hataları düzeltebilir. Heyetin kararı asli kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir. 51. maddenin 2. paragrafında ve 52. maddenin 2. paragrafında sağlanan zaman dilimleri kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.”

Karar tashihi, kararda mevcut bulunan küçük hataların düzeltilmesine olanak sağlayan bir hukuki başvuru yoludur.⁷⁰ Karar verildikten sonra 45 gün içerisinde taraflardan birisinin talebi üzerine, hakem heyeti yazıma, aritmetik hatalara veya benzeri hususlara ilişkin olarak kararda meydana gelmiş hataları düzeltecektir. Tashih kararı vermeden önce heyet, tashih talep eden taraf dışındaki diğer tarafı da bilgilendirecek ve bu konuya ilişkin bir talebi olup olmadığı konusunda uyaracaktır. Karar tashihi daha çok, dikkatsizce yazılan kararın veya kararda yapılan küçük teknik hataların

⁶⁹Tiryakioğlu, B.:Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003.s.153.

⁷⁰ Schreuer,age,s.829.

düzeltilmesine ilişkindir. Bu çare hakem heyetine kararda oluşmuş küçük hataları düzeltme olanağı sağlamaktadır. Eğer yukarıda bahsedilen türden, yazıma, aritmetik hata veya benzeri hususlara ilişkin bir hata hakem heyetinin önüne getirilirse, heyet bu konuda bir karar vermek zorundadır. Hakem heyeti kendiliğinden böyle bir yönteme başvuramayacaktır.

Aynı maddede düzenlenen ek karar usulü ise, karara dahil edilmeyen veya atlanan hususlara ilişkindir. ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesi, kararın, heyete sunulan bütün sorunların çözümüne ilişkin hususları kapsaması gerektiğini ifade etmektedir. Ek karar, özellikle mahkeme heyetinin dikkati çekildiğinde derhal ilave edeceği ve dikkatsizliği nedeniyle gözden kaçırmış olduğu hususların, karara dahil edilmesine ilişkindir. Ek karar, heyetin kasten ve bilerek kararın dışında bıraktığı hususlara ilişkin olamaz. Böyle durumlarda başvurulacak yöntem ek karar usulü olmayacak, kararın iptali usulü olacaktır⁷¹.

Ek karar veya karar tashihi yöntemi sadece verilen nihai kararlara ilişkin başvurulabilecek bir yöntemdir. Ara kararlar için ek karar veya karar tashihi talebinde bulunmak mümkün değildir. Özellikle heyetin kendisinin yargılama yetkisinin mevcudiyetine ilişkin verdiği ara kararlar için bu talepte bulunmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu hukuki başvuru yolu kararın tamamen elden geçirilmesine veya değiştirilmesine olanak sağlamaz. ICSID Sözleşmesi 49'uncu maddesinde düzenlenen bu hukuki başvuru yolu diğer milletlerarası tahkim usullerinde de mevcuttur⁷².

Ek karar veya kararın tashihi talebi ICSID Genel Sekreterine yapılmalıdır. Hakem heyeti kendiliğinden böyle bir talep olmaksızın, ek karar veremez veya kararı tashih edemez. Talep hangi konularda ek karar talep edildiğini veya kararın neresinin tashih edilmesi gerektiğini içermelidir.

Ek karar veya karar tashihi talebi kararın taraflara gönderilmesinden itibaren 45 içinde yapılmalıdır. Nihai kararlara karşı başvurulacak iptal usulünden farklı olarak, ek

⁷¹ Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7, s.7.

<http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

⁷² Schreuer, age, s.849-853.

karar veya kararın tashihi konusunda görevli hakem heyeti, sadece kararı veren hakem heyetidir. Eğer ilk heyetin oluşturulması artık mümkün değilse, bu durumlarda ek karar veya karar tashihi talebinde bulunulamayacaktır. Böyle bir durumda kararın yorumlanması veya düzeltilmesi talep edilebilir⁷³.

CDSE ve Costa Rika (*Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*) davasında⁷⁴ karar, 17 Şubat 2000 tarihinde yayınlanmış, davacı 30 Mart 2000 tarihinde kararın tashihi talebinde bulunmuştur. Davalıya talep üzerine yazılı cevaplarını bildirme fırsatı verilmiş ve 8 Haziran 2000'de heyet kararını vermiştir. Heyet bu kararında, tanığın kimlik tespitine ilişkin hatanın yanında, iki küçük yazım hatasını daha düzeltmiştir. Fakat hakem heyeti davacının yanlış anladığını iddia ettiği, uyuşmazlıkta uygulanan hukuka ilişkin bir husus hakkındaki karar tashihi talebini reddetmiştir. Heyet kararın davalının ifade ettiği durumun doğru bir açıklamasını içerdiğini belirtmiştir.

Genin ve Estonya (*Alex Genin and others v. Republic of Estonia*) davasında⁷⁵ davacının talebi üzerine heyet ek bir karar vermiştir. Ek kararda nihai kararda gözden kaçmış olan İki Taraflı Yatırım Sözleşmesinin (İTYS) kamulaştırmaya ilişkin hükümleri tekrar ele alınmış ve ek karar verilmiştir⁷⁶.

Ek karar veya karar tashihi talebi sonrası heyetin vereceği karar, hem usule hem de esasa ilişkin sonuçlar doğurmaktadır. Kararın içeriğinin tashih edilmesi veya ek karar verilmesi durumunda kararın içeriğinin değişeceği muhakkaktır. Karar tashihi talebi üzerine verilen tashih kararı veya ek karar talep edildiğinde verilecek bir ek karar, tahkimi neticelendiren kararın yani nihai kararın bir parçası olacaktır. Bu nedenle nihai karara uygulanan ve ICSID Sözleşmesinin 48'inci maddesinde bulunan kararların oluşturulmasına ilişkin usul, 50'inci maddesinde belirlenen hukuki başvuru yollarının müracaatına ilişkin usul, 51'inci maddesinde kararın yürütmesinin durdurulmasına ilişkin usul, ek karar ve tashihi karar neticesinde oluşan kararlara da uygulanacaktır. Dahası, aşağıda da detaylı olarak izah edileceği gibi, kararın iptali için 52'inci maddede

⁷³ Schreuer, age, s.843.

⁷⁴ CDSE ve Costa Rika ICSID davası için Bkz. (ICSID Case No. ARB/96/1)

⁷⁵ Genin ve Estonya ICSID Hakem Kararı için Bkz. (Supplementary Decision ICSID Case No. ARB/99/2) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (31.10.2009)

⁷⁶ Dost, S.:Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006.s.171-172.

belirlenen hak düşürücü süreler karar tashihi talep edildiğinde, bu taleplere ilişkin bir karar verilinceye kadar işlemeye başlamayacaktır.

b. Kararın Tebliği ve Müracaat Süresi

ICSID Sözleşmesinin 49'uncu maddesinin birinci fıkrası nihai kararın tebliği ve yürürlüğe girmesi ile ilgilidir. Bu fıkroda “Genel Sekreter taraflara kararın tasdik edilmiş örneklerini tebliğ eder. Karar tebliği tarihinde yürürlüğe girer” ifadesi mevcuttur. Aynı maddenin 2'inci fıkrasına göre kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde kararın tashihi veya kararda atlanılan hususlarla ilgili ek karar talebinde bulunulmalıdır. Genel olarak tahkim usulünde tebliğ için uygulanan iki yöntem mevcuttur. Bunlar sözlü tebliğ ve yazılı tebliğdir. ICSID Sözleşmesi yazılı tebliğ usulünü benimsemiştir. Bu usul ayrıca Tahkim Kuralları⁷⁷ 48'de de detaylı olarak düzenlenmiştir. Son hakem de kararı imzaladıktan sonra Genel Sekreter kararı taraflara tebliğ edecek ve kararın bir suretini arşivde saklayacaktır. Genel Sekreter kararda bulunan hakem imzalarından en sonuncusundan itibaren 6 ile 25 gün içerisinde taraflara imzalatılarak kararı tebliğ etmek zorundadır. Kararın tebliğ tarihi karar tarihi olarak kabul edilecektir. Talep halinde Genel Sekreter taraflara kararın bir suretini verecektir. Genel Sekreter kararı tebliğ ederken karara karşı olan hakem görüşlerini içeren muhalefet şerhlerini de tebliğ edecektir. Tebliğ tarihi orijinal kopyaya yazılacaktır. Nihai karara ilave metinlere aslının aynıdır damgası vurulacak ve imzalanıp tarih atıldıktan sonra taraflara verilecektir⁷⁸.

Kararın tam tarihi sürelerin hesaplanması açısından önemlidir. Kararın tarihi kararın taraflara tebliğ edildiği tarihtir. Süreler bu zamandan itibaren başlar. Eğer karar sonradan düzeltilmişse, süre yeniden tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Karar tarihi tebliğ tarihi olarak kabul edilirken, usul işlemlerine ilişkin diğer önemli tarihler de vardır. Bunlar içerisinde önemli bir tarih, delillerin ikâmesinin sona erdiği tarihtir. Taraflarca davaya ilişkin bütün deliller sunulduktan sonra delillerin ikâmesi safhası sona ermiş olarak kabul edilir. İstisna olarak hakem heyeti, karar vermeden önce yeni delillerin ortaya çıkması ve bazı konuların açığa kavuşturulmasının zorunlu olması nedeniyle delillerin ikâmesi safhasını tekrar açabilir. Delillerin ikâmesi safhasının

⁷⁷ Bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>, (31.10.2009)

⁷⁸ Schreuer, age, s.839.

bitiş tarihinin önemi bu tarihten itibaren 120 gün içerisinde hakem heyetinin kararını vermek zorunda olmasıdır.⁷⁹.

MINE ve Gine davasında ilk duruşma 4 Kasım 1986'da yapılmış, uzayan duruşmalar neticesinde heyet 10 Ağustos 1987' de delillerin ikâmesi safhasını sonlandırmış ve 9 Ekim 1987 de, altmış günlük süreden sonra Tahkim Kuralları 46'ncı maddeye göre otuz günlük uzatmada bulunmuş ve aynı gün taraflardan 31 Aralık 1987'ye kadar hazırlıklar için karar tarihinin uzatılması talebinde bulunmuştur. Tarafların rızasıyla karar 30 Aralıkta hazırlanmış ve 6 Ocak 1988'de Genel Sekreterlikçe taraflara tebliğ edilmiştir⁸⁰.

Yukarıdan da anlaşıldığı gibi kararın tebliği tarihi, kararın tamamlandığı tarih değildir. Kararın tebliğine ilişkin usul kararın yorumu, düzeltilmesi (revizyon) ve iptali usullerinde de aynıdır. Tahkim Kuralları 48'inci maddesi 1'inci fıkradaki düzenleme kararın tebliği tarihinin orijinal metne ve diğer kopyalara yazılması gerektiğine ilişkindir. Bu açık hükme rağmen bazen kararların imzalandığı ve tebliğ edildiği tarihler karara yazılmamaktadır. Kararlarda mevcut imza tarihi ile tebliğ tarihi çoğunluğunda aynı değildir. Bu zaman aralığı 6 ila 25 gün arasında değişmektedir. Karar tarihi ile ilgili hususlar ara kararlarda uygulanmaz. Çünkü bu kararlar kendi başlarına yoruma, düzeltmeye (revizyona), iptale, tashihe ve ek karar taleplerine konu olmazlar.

2. Kararın Yorumu

Tahkim usulünde kararın açık olmaması, anlaşılmasında zorluk çekilmesi veya birbirine aykırı hükümler ihtiva etmesi halinde karardaki gerçek anlamın öğrenilmesi için kararın yorumlanması istenebilir. Diğer bir ifade ile kararın yorumu talebi için kararın içerdiği belirli bir konuda, bu konunun anlaşılması veya bu konunun anlamı hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık olmalıdır. Hakem kararının yorumlanması, hakem kararında verilen hükmü değiştirmemekte sadece bu hüküm yorumlanmakta ve açıklanmaktadır. Prensip olarak hakem heyeti karar verdikten sonra bu kararı

⁷⁹ Schreuer, age, s.840.

⁸⁰ MINE ve Gine Davası süreci için Bkz. (ICSID Case No. ARB/84/4) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (10.04.2010)

değiştiremez. Kararın yorumu talebi sonrası hakem heyetinin daha önce unuttuğu bir hususu karara dahil etmesi veya kararı düzeltmesi mümkün değildir⁸¹.

Kararın yorumu usulü ICSID Sözleşmesinin 50'inci maddesinde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 50'inci maddeye göre:

"1. Kararın anlamı veya kapsamı hakkında taraflar arasında bir anlaşmazlık olursa, taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumunu isteyebilir.

2. Başvuru, mümkün olursa, Kararı veren Heyete yapılmalıdır bu mümkün olmaz ise bu Kısımın 2. Bölümüne göre yeni bir Heyet oluşturulur. Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir."

Kararın açık ve anlaşılır olmadığına ilişkin genel yakınmalar kararın yorumlanması talebi için gerekçe teşkil etmeyecek ve kabul görmeyecektir. Kararın yorumunda uyuşmazlığın varlığının kabul edilebilmesi için, belirli bir oranda taraflar arasında iletişimin yapılmış olması da gereklidir. Yorum talebinde bulunabilmek için açık ve anlaşılır olmadığı iddia edilen hususların sadece teorik değil, pratik sonuçları da olmalıdır. Kararın yorumu ancak nihai kararlar için talep edilebilecektir. Ara kararların, özellikle heyetin kendisinin yetkili olduğuna dair verdiği ara kararın uyuşmazlığı çözen nihai kararlarla birlikte yorumlanmaları talep edilebilecektir⁸².

Yorum kararına ilişkin bir talep olmalıdır. Heyet, taraflardan birinin talebi olmadan kendiliğinden böyle bir karar veremez. Yorum kararı talebi için herhangi bir zaman sınırlaması mevcut değildir. Karar verildikten sonra herhangi bir zaman yorum kararı talep edilebilir.

⁸¹ Akıncı, age,s.179-180

⁸² Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7, s.9.
<http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

ICSID Sözleşmesinin 50'inci maddesi, yorum kararlarının esas kararın bir parçası olacağını ifade etmemektedir. Fakat ICSID kararlarının icrasına ilişkin 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, kararın 50, 51 ve 52'nci maddelerine göre verilen iptal, tashih kararı, ek karar ve yorum kararlarını kapsadığı belirtilmektedir. Bu sebeple yorum kararları tanıma ve tenfiz için ICSID Sözleşmesinin 50'inci maddesiyle uyumlu olarak yorumlandığı şekilde bağlayıcı olacaktır. Diğer taraftan yorum kararı talebi üzerine verilen bir yorum kararı nihai bir karar olmaksızın kendi başına bir anlam ifade etmeyecektir. Ek karar ve tashih kararı, karar düzeltilmesi sonucu oluşan bir düzeltme kararı ve iptal kararı da uyuşmazlığı çözen nihai karar olmaksızın bir anlam ifade etmeyecektir.

Sözleşmenin 50'inci maddesinde, eğer taraflar arasında bir kararın yorumu ve anlaşılması konusunda uyuşmazlık olursa, taraflardan herhangi birinin yazılı olarak Genel Sekreterliğe başvurabileceği belirtilmektedir. Eğer mümkünse bu başvuru, kararı veren hakem heyetine gönderilecektir. Yorum kararı talep etmenin arkasındaki maksat, kararın anlaşılmasını önlemeyi amaçlamaktır. Bu sebeple kararı veren hakem heyetinin yorum kararı vermesi mantıklı görünmektedir. Bu mümkün olmadığı takdirde ICSID Sözleşmesinin 2'nci bölümüne göre yeni bir hakem heyeti oluşturulacaktır. Yeni heyet oluşturulurken en azından bir hakemin eski heyette görev alan hakem olması sağlanmalıdır. Böylelikle yeni hakemler eski heyetin yaklaşımına bağlı kalabileceklerdir. Bu yeni heyet sadece bahse konu kararın yorumlanması için oluşturulacaktır. Hakem heyeti eğer gerekli görürse kararın uygulanmasını yorum kararını verinceye kadar askıya alabilecek yani kararın yürütmesini durdurabilecektir. Yeni heyetin görevi yeni bir karar vermek değil orijinal kararı anlaşılır kılmaktır⁸³.

⁸³ Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7, s.10.
<http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

3. Karar Düzeltmesi

a. Genel

ICSID Sözleşmesinin 51'inci maddesinde belirtilen karar düzeltmesi usulü ise karar aşamasında bilinmeyen ve mevcut olan, fakat yeni keşfedilmiş vakıalara (*fact*) ilişkin başvurulabilecek bir çaredir. Karar düzeltmesi ICSID Sözleşmesinin 51'inci maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

“(1) Taraflardan biri Genel Sekretere yazılı başvuruda bulunarak karar verildiğinde hakem heyetince ve başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruda bulunanın ihmali nedeni ile bilmezlik etmediği, bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir vakianın (gerçeğin) ortaya çıkması nedeni ile kararın düzeltilmesini talep edebilir.

(2) Başvuru bu vakianın (gerçeğin) ortaya çıkmasından sonraki 90 gün içinde ve her halükarda kararın verilmesinden sonraki 3 yıl içinde yapılmalıdır.

(3) Talep, mümkün olursa, kararı veren heyete yapılmalıdır. Aksi halde bu bölümün 2'nci kısmına göre yeni bir heyet oluşturulacaktır.

(4) Heyet, şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir. Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın ertelenmesini talep ederse, heyet talebi hükme bağlayana kadar ihtiyari olarak kararın tenfizini erteleyebilir.”

Karar düzelmesi (revizyon) nihai karar verildiğinde, bilinmeyen vakıaların sonradan ortaya çıkması durumunda, nihai kararın değişikliğine olanak sağlayan bir hukuki başvuru yoludur. Milletlerarası Adalet Divanının Statüsünün 61(2) maddesi model alınarak karar düzeltmesi (revizyon) ICSID Sözleşmesine dahil edilmiştir. Milletlerarası yargıda çok kullanılan bir hukuki başvuru yolu değildir. Milletlerarası tahkime ilişkin diğer düzenlemeler nadir olarak karar düzeltmesini içermektedir. ICSID Sözleşmesi taslağı hazırlanırken yapılan düzenleme görüşmeler esnasında değişikliğe uğramadan kabul edilerek Sözleşmede 51'inci maddeye alınmıştır. Sözleşme oluşturulurken kararın düzeltilmesinin (*revizyon*) Sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin

herhangi bir eleştiri getirilmemiştir. Eleştiriler karar düzeltmesi (*revizyon*) talep edilirken hak düşümüne sebep olacak zamanın belirlenmesi ve yürütmenin durdurulması konusu üzerinde olmuştur. Madde 51(3)'e göre, tıpkı 50'inci maddede belirlenen hukuki başvuru yollarında olduğu gibi karar düzeltmesi de (*revizyon*) nihai kararı veren heyet tarafından yapılacaktır. 52'inci maddede belirlenen nihai kararın iptali ise 50 ve 51 'inci maddelerde yapılan düzenlemelerden farklı olarak ayrı bir ad hoc komite tarafından yapılacaktır. 51'inci madde hak düşürücü bir süre belirlemektedir. Nihai kararın iptaline ilişkin düzenlemeyi içeren 52 inci madde de bir hak düşürücü süre belirlemiştir. 50, 51 ve 52 inci maddeler hakem heyeti veya ad hoc komitenin takdirine bağlı bir yürütmenin durdurulması müessesesi içermektedirler. Fakat sadece 51 ve 52'nci maddeler eğer dilekçede talep edilmişse derhal ve otomatik bir yürütmeyi durdurma müessesesi içermektedir. ICSID uygulamaları kapsamında 51'inci maddenin uygulamasına Kongo ile AMT davası örnek olarak gösterilebilir⁸⁴.

b. Karar Düzeltmesine Konu Olacak Kararlar

Karar düzeltmesi nihai kararın, karar verildiği zaman bilinmeyen ve yenice keşfedilen bir vakıa sebebiyle esaslı bir değişikliğini içerir. Karar düzeltmesi (*revizyon*) talebi nihai karara ilişkin olmalıdır. Ara karara veya heyetin yetkili olduğuna ilişkin kararlarına karşı, nihai kararla ilişkili olmadıkça karar düzeltilmesi talebinde bulunulamaz. Heyetin kendisinin yetkisiz olduğuna karar vermesi durumunda verdiği karar, heyetin davadan el çekmesi ile sonuçlanan nihai karar olduğu için, bu kararlara karşı da karar düzeltmesi (*revizyon*) talebinde bulunulabilir. Sözleşmenin 51'inci maddesinde düzenlenen karar düzeltme hukuki başvuru yolu, hakem heyetinin kendi faaliyetlerini sonlandırdığı, diğer bir ifade ile heyetin yargılamadan el çekmesi ile sonuçlanan kararlara karşı düşünülmüş bir hukuki başvuru yoludur. Yargılamaya devam eden bir heyet ara kararını her zaman düzeltebilecektir. Ayrıca 52'inci madde kapsamında bir nihai karar iptal edildikten sonra, 52(6)'inci maddeye göre yeni heyetin vereceği nihai kararlara karşı da karar düzeltmesi (*revizyon*) talebinde bulunulabilir⁸⁵.

⁸⁴ Schreuer, age, s. 869-871.

⁸⁵ Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7, s.12.
<http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

Kararın iptali talebine ilişkin 52'inci madde kapsamında ad hoc komite tarafından verilen karara karşı kararın düzeltilmesi (revizyon) talep edilemez. Sözleşmenin 52(4) fıkrası ad hoc komite önüne gelen iptal taleplerinde, komitenin icabı halinde (*mutatis mutandis*) uygulayacağı maddeleri sayarak madde madde belirlemiştir. 52(4)'inci maddedeki düzenleme, ek karar ve kararın tashihi düzenleyen 49'uncu maddeyi ve nihai kararların bağlayıcılığını düzenleyen 53'üncü maddeyi kapsamaktadır. Fakat kararın yorumunu düzenleyen 50'nci maddeyi ve kararın düzeltilmesini içeren 51'inci maddeleri kapsamamaktadır. Ad hoc komitenin vermiş olduğu kararlara karşı, karar düzeltilmesi ve kararın yorumu hukuki başvuru yollarına gidilemeyecektir. Bu nedenle ad hoc komitenin vermiş olduğu karar, karar düzeltilmesine konu olamayacaktır⁸⁶.

c. Karar Düzeltmesinde Uygulanacak Usul

Karar düzeltilmesi (revizyon) usulünün uygulanmasına ilişkin usul işlemlerinin nasıl olacağı Tahkim Kuralları 50 inci madde ile düzenlenmiştir.

“ Tahkim Kuralları Madde 50 ⁸⁷.

Müracaat

1. Nihai kararın yorumu, düzeltilmesi (revizyonu) ve iptali için başvuru yazılı olarak Genel Sekreterliğe yapılacaktır. Dilekçe;

(a) İlgili olduğu nihai kararın hangi karar olduğunu ifade edecek,

(b) Müracaat tarihini içerecek,

(c) Detaylı olarak aşağıdaki hususu ifade edecektir.

i.....

ii.Sözleşmenin 51(1) fıkrasına ilişkin olarak yapılacak düzeltme müracaatı doğası gereği nihai kararı kesin olarak etkileyecek vakıaların (gerçeklerin) keşfedilmesi ve nihai karar verildiğinde hakem heyeti tarafından bu vakıanın (gerçeğin) bilinmediğinin delilini ve vakıanın (gerçeğin) müracaat eden tarafından bilinmemesinin müracaat edenin kusurundan kaynaklanmadığını,

(d) Müracaatla birlikte harç ta ödenecektir.

2. Üçüncü paragraftaki kurallara uygun olarak Genel Sekreter derhal,

⁸⁶ Schreuer, age, s.870

⁸⁷ Bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>, (31.10.2009)

- (a) Müracaatı kaydedecek,
- (b) Tarafları kayıtla ilgili bilgilendirecek,
- (c) Dilekçenin ve eklerinin birer suretini karşı tarafa gönderecektir.

3.Genel Sekreter aşağıdaki gerekçelerle dilekçeyi kaydetmeyi reddedecektir.

(a) Sözleşmenin 51(2) fıkrasıyla alakalı olarak müracaat nihai kararın verildiği tarihten itibaren üç yıl içerisinde ve yeni gerçeğin keşfinden itibaren (90) gün içerisinde yapılmamışsa,”

Müracaat sadece ilgili olduğu kararı yeterince belirtmiş olmakla kalmayıp, aynı zamanda kararı kesin olarak etkileyecek vakıaları ve bu vakıalar nedeni ile nihai kararda değiştirilmesi gereken hususları da içermelidir. Müracaata belirtilen yeni vakıaların hakem heyeti ve müracaat eden tarafından bilinmeyen vakıalar olduğunun ve bu vakıaların bilinmemesinde müracaat edenin ihmali olmadığının delilleri de müracaat dilekçesinde bulunmalıdır.

Tahkim Kuralları 50 (1)(c) (ii)'ye göre Genel Sekreter müracaatın detaylı olarak nihai kararda yapılması talep edilen düzeltmeyi içerdiğini ve tespit edilen vakıanın nihai kararı etkileyecek kesinlikte olduğunu, karar verildiğinde vakıanın heyet ve müracaatta bulunan tarafından bilinmediğinin delillerinin mevcut olduğunu ve müracaat edenin bu vakıayı bilmemesinin kendi ihmalden kaynaklanmadığına emin olacaktır. Bir müracaatı kaydetmeden önce Genel Sekreter müracaatta ileri sürülen vakıaların sonradan öğrenilmesine ilişkin hususlarda ve müracaatçının karar verildiği zaman bilmediğini belirttiği hususlara ilişkin konularda müracaatta bulunandan daha fazla bilgi talep edebilecektir⁸⁸.

ICSID Sözleşmesinde kararın düzeltilmesi talebine ilişkin iki tür hak düşürücü süre mevcuttur. Bu hak düşürücü sürelerden ilki karar düzeltmesi (revizyon) talep edecek tarafın karar düzeltmesine ilişkin vakıayı öğrendikten sonra 90 gün içerisinde müracaatta bulunmasına ilişkin süredir. Diğer hak düşürücü süre ise karar tebliğ edildikten sonra üç yıl içerisinde karar düzeltmesi talebinde bulunulabileceğine ilişkin süredir. Müracaatın her iki hak düşürücü süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu

⁸⁸ Schreuer,age,s.873.

süreler hak düşürücü süreler olduğundan, Genel Sekreter veya heyet tarafından kendiliğinden dikkate alınacak sürelerdir.

Karar düzeltmesinin (*revizyon*) uygulanması için taraflar arasında uyuşmazlık olması gerekmemektedir. Kararın yorumu hukuki başvuru yolunda olduğu gibi, taraflar arasında farklı fikirler bulunduğuna ilişkin bir iletişimin olmasına ihtiyaç yoktur. Nihai kararın, kesin hüküm (*res judicata*) etkisi gereği, taraflardan her biri sonradan öğrenilen vakıaların varlığına ve konuyla ilintili olduğuna ilişkin aralarında uyuşmazlık olmasa bile kararın düzeltilmesini (*revizyon*) talep etme hakkına sahiptir.

Taraflardan birinin karar düzeltmesi (*revizyon*) talebi aynen dava yeni açılıyormuş gibi usul işlemleri ile ileri sürülmelidir. Hakem heyeti kendiliğinden nihai karar üzerinde karar düzeltmesi (*revizyon*) işlemlerini başlatamaz. Aynı şekilde Genel Sekreterinde *revizyon* işlemlerini kendiliğinden başlatmak gibi bir yetkisi yoktur⁸⁹. Karar düzeltme talebi taraflardan birisi tarafından yapılmalıdır. Karar düzeltmesini talep eden taraf, kararda düzeltilmesini istediği esaslı noktaları talebinde belirtmelidir. Aynı zamanda kendisini hataya düşüren ve sonradan yeni öğrendiği vakıayı da belirtmelidir. Ayrıca başvuru, başvuranca bilinmeyen ve sonradan öğrenilen vakıalara ilişkin deliller ile bilmemenin başvuranın hatasından kaynaklanmadığını ispat eden delilleri de içermelidir⁹⁰.

ç. Birden Fazla Hukuki Yola Başvurma

ICSID Sözleşmesinde belirlenen bütün hukuki yollara başvurabilmek için talep gereklidir. Tarafların talebi olmadan kendiliğinden işleyen bir hukuki yol mevcut değildir. Eğer taraflardan biri karar düzeltmesi (*revizyon*) ile birlikte ek karar ve kararın tashihi, veya kararın iptali gibi diğer hukuki yollara da başvuracaksa, bunların her biri için ayrı müracaatlarda bulunmalıdır (Madde 49, 52). ICSID Sözleşmesinde bu hukuki yolların her birisi için ayrı hak düşürücü süreler düzenlenmiştir. Kararın yorumlanmasını talep etmek için uyulması gereken bir süre mevcut değilken, ek karar ve karar tashihi, karar

⁸⁹ Schreuer, age, s.871.

⁹⁰ Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7, s.11-13.

<http://www.unctad.org/Templates/Search.asp?intItemID=2068&lang=1&frmSearchStr=ICSID&frmCategory=all§ion=whole>, (31.10.2009)

düzeltilmesi ve iptal talebinde bulunmak için farklı süreler mevcuttur. Genel Sekreter Sözleşmenin 49(2)'inci maddesinde belirtilen kırk beş günlük hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle ek karar veya kararın tashihi müracaatını reddedecekken, madde 51(2) anlamındaki kararın düzeltilmesi (revizyon) talebini doksan gün ve üç yıllık sürelerin aşılması nedeniyle kabul edebilecektir. ICSID Sözleşmesinin 50'nci maddesi kapsamındaki kararın yorumu herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmadığı için her zaman talep edilebilecekken, 52'inci madde kapsamındaki iptal talebi, rüşvet sebebi dışındaki iptal talepleri için kararı izleyen yüz yirmi gün ve her halükarda üç yıl içerisinde yapılmadığından reddedilebilecektir. Diğer taraftan 52'inci madde kapsamındaki iptal talebi kabul edilirken, 51'inci madde kapsamında bir karar düzeltilmesi (*revizyon*) talebi farklı zaman sınırlamaları nedeniyle reddedilebilecektir⁹¹.

Kararın düzeltilmesi (*revizyon*) talebine ilişkin usul işlemleri, kararın yorumlanması talebindeki usul işlemleri ile aynıdır. Karar düzeltilmesi (revizyon) ve kararın yorumu taleplerinin değerlendirilmesi mümkünse kararı veren ilk heyet tarafından yapılacaktır. Çünkü kararın yorumunu en iyi yapabilecek olan heyet kararı veren ilk heyettir. Ayrıca başvuran tarafından ileri sürülen vakıanın önceden bilinebilir olup olmadığını, en iyi ilk heyet değerlendirecektir. Eğer ilk heyet, bir bütün olarak kurulamıyorsa o zaman yeni bir heyet oluşturulacaktır. Karar düzeltilmesi talebinde bulunan taraf, kararın yürütmesinin de durdurulmasını da talep edebilecektir⁹².

Yukarıda açıklanan ve kararlara karşı başvurulabilecek hukuki yollar ICSID Ek Mekanizma Tahkimi (additional facility rules) uygulandığı durumlar için geçerli değildir. ICSID İlave İmkan Kurallarına uygun yürütülen tahkim ulusal hukuktan soyutlanmış değildir⁹³.

d. Vakıaların Sonradan Tespiti

ICSID Sözleşmesinin 51'inci maddesi hakem heyetinin karar verdiği anda bilmediği bir "vakıanın" (*fact*) varlığının, sonradan taraflardan birisince öğrenilmesi durumunda, karar düzeltilmesi talep edilebileceğine ilişkin düzenlemedir. Karar

⁹¹ Schreuer, age, s.872.

⁹² Bkz. http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add7_en.pdf, (31.10.2009)

⁹³ Yılmaz, İ.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s.31.

düzeltilmesi, nihai kararı kesinlikle etkileyecek bir vakıanın mevcudiyetinin sonradan öğrenilmesi şartına bağlıdır. Burada sonradan öğrenme durumu vakıaya ilişkin olmalıdır, hukuka ilişkin olmamalıdır. Sözleşmenin taslağında mevcut bulunan ve “*kararın açıkça hatalı olması durumunda*” karar düzeltmesine (revizyona) olanak sağlayan teklif kabul görmemiştir. Kabul görmeyen diğer bir teklif ise “*heyetin kendisine sunulan uyuşmazlıklardan bazılarına ilişkin karar vermemesi durumunda*”, karar düzeltmesinin (revizyonun) kullanılabileceğine ilişkin düzenlemedir.

Kararın düzeltilmesi vakıaların sonradan öğrenilmesi ile alakalıdır. Sonradan öğrenilen vakıa yargılamaya veya davanın esasına ilişkin nihai kararı “kesin” (*decisive*) olarak etkileyecek bir vakıa olmalıdır. Bu vakıalar kararı etkilemelidir ve eğer hakem heyetince bilinseydi, hakem heyetinin farklı bir karar vermesine sebep olacak “kesin” vakıalar olmalıdır. O halde ne tür vakıalar kesin vakıalar olarak kabul edilecektir. Tarafların hukuksal durumlarını önemli bir şekilde etkileyen bir vakıa kesin vakıa olarak kabul edilebilir. Tarafların eylemini hukuksal veya hukuka uygun olmayan bir pozisyona götüren bir vakıa “kesin” vakıadır⁹⁴. Vakıanın, hükmün farklı oluşturulmasına sebep olması durumunda örneğin, taraflardan birisinin sorumlu tutulduğu yasal olmayan bir işlemi yapmadığının tespiti gibi durumunda, vakıanın kesin bir vakıa olduğu kabul edilecektir. Zararın hesaplanmasını etkileyecek vakıalar da kesin vakılardır. Yasal bir yükümlülüğün ihlâlinin milletlerarası bir hakem heyeti veya mahkeme tarafından tespiti durumunda nihai kararı etkileyecek kesin bir vakıanın mevcut olduğu kabul edilecektir. Bu sebeple tarafların hukuki durumlarını önemli ölçüde etkileyen vakıalar kesin vakıalar olarak kabul edilebilirler⁹⁵.

Vakıanın mevcudiyeti, müracaatı yapan taraf ve hakem heyeti tarafından yeni öğrenilmiş olmalıdır. Normal olarak bu vakıa, nihai kararın verildiği zamanda objektif olarak mevcut olacaktır. Çok nadir olarak nihai karardan sonra meydana gelen vakıalar da nihai kararın düzeltilmesine (revizyonuna) temel teşkil edebilir. Örneğin Merkeze nihai kararın tamamlanmasından sonra yapılan yargılama ödemeleri veya karar imzalandıktan sonra hesaplanan ve fatura edilen ve ödenen hukuki harçlar nihai kararın fiyat tespiti içinde yansıtılamayacaktır. Böyle durumlarda nihai karardan sonra meydana gelen vakıalar için de karar düzeltilmesi talebinde bulunulabilecektir.

⁹⁴ Schreuer,age,s.876.

⁹⁵ Schreuer,age,s.874.

Kesin vakıa müracaatı yapan ve kararı veren heyet tarafından, kararın verilmesinden önce bilinmeyen bir vakıa olmalıdır. Hakem heyeti için burada belirleyici zaman heyetin nihai kararını değiştirme yetkisini kaybettiği andır. Bu zaman nihai kararın imzalandığı ve Genel Sekretere onay ve tebliğ için teslim edildiği zamandır. Müracaatı yapan taraf için kritik zaman prensip olarak Tahkim Kuralları 38 kapsamında delillerin ikamesinin sona erdiği zamandır. Bu zaman tarafların davaya ilişkin arzlarını ve sunumlarını tamamladıkları ve bütün delilleri ileri sürdükleri zamanı ifade eder. Delillerin ikâmesi safhasının ne zaman sona erdiğini heyet açıklar. Fakat Tahkim Kuralları 38(2) kapsamında heyet nihai karar verilinceye kadar kesin delil teşkil edebilecek, davanın sonucunu etkileyecek yeni deliller nedeniyle bu safhaya yeniden dönebilecektir. Böylelikle taraflar yeni keşfettikleri vakıalar ve bu vakıalara ilişkin delilleri nihai kararın imzalanacağı son zamana kadar heyete sunulabilir. Taraflardan birinin elinde imkân varken, nihai karar imzalanmadan önce kesin vakıaları heyetin dikkatine sunmaktaki başarısızlığı, karar düzeltme (revizyon) talebinin kabul edilmesini engelleyebilecektir⁹⁶.

Sadece karar düzeltmesi (revizyon) talep eden tarafın vakıayı bilmemesi ve karar verildikten sonra öğrenmesi karar düzeltme talebi için yeterlidir. Diğer tarafın bilip bilmemesi önemli değildir. Karşı taraf vakıayı bilebilir ve kasten saklayabilir. Böyle bir hareket tarzı masum tarafın karar düzeltmesi (revizyon) için müracaat hakkını etkilemez.

Müracaat edenin vakıalara ilişkin bilgisizliği kendi ihmalinin sonucu olmamalıdır. Taraflardan birinin kasten bildiği bir vakıaya ilişkin delilleri gizli tutmasının veya sunmamasının onun revizyon (kararın düzeltilmesini) talep etme hakkını elinden alacağı aşıkardır. Vakıaların ihmal ile dışarıda bırakılması veya sunulmaması da aynı sonucu doğuracaktır. Karar düzeltmesi (revizyon) davada ileri sürülecek hususların dikkatsizce ileri sürülmemesi neticesinde oluşacak durumun telafisine olanak sağlayan bir hukuki başvuru yolu değildir.

Müracaat eden tarafın vakıanın varlığına ilişkin bilgisizliğinin kendi ihmalden ileri gelip gelmediğini araştırarak olan hakem heyetidir. Bu konu, taslak sözleşmenin hükümleri incelenirken tartışılmıştır. Eğer karşı taraf müracaatta bulunanın vakıaları

⁹⁶ Schreuer,age,s.875.

önceden bildiğini ileri sürmesi durumunda, bu konuda müracaatta bulunanın vakıayı bilmediğinin bir karine olarak kabul edileceği ve aksini iddia eden tarafın iddiasını ispat etmesi gerektiği ve ispat yükünün aksini iddia eden tarafta olacağı ifade edilmiştir⁹⁷.

e. Karar Düzeltmesi (Revizyonun) Müracaatında Süreler

ICSID Sözleşmesi 51'inci maddeye göre *“müracaat bir gerçeğin keşfinden itibaren 90 gün içerisinde ve her halükarda kararın verildiği tarihten itibaren üç yıl içerisinde yapılacaktır.”* Bir taraf kararın düzeltilmesini gerektiren vakıayı öğrenirse bu vakıayı öğrendiği tarihten itibaren 90 gün içerisinde talebini ileri sürmelidir. Ayrıca ikinci bir kesin hak düşürücü süre vardır. Bu ilave hak düşürücü süre hükmün verildiği tarihten itibaren üç yılı içeren süredir. Her iki süre de beraber uygulanacaktır. Vakıanın öğrenilmesinden itibaren doksan gün içerisinde yapılmayan yani doksan gün geçtikten sonra yapılan müracaatlar kararın verilmesinden itibaren üç yıl içerisinde yapılmış olsa bile, Genel Sekreterlikçe reddedilecektir. Kararın verilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra öğrenilen bir vakıaya ilişkin müracaatlarda 90 gün içerisinde yapılsa bile reddedilecektir. Karar düzeltmesi müracaatını geçersiz kılan hak düşürücü sürelerle ilişkin düzenlemeler sözleşmenin hazırlanmasından önce ortaya konan bütün taslaklarda mevcuttur. İlk taslak sözleşmede bu süreler altı ay ve on yıl olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin çok uzun olacağı daha sonra değerlendirilerek süreler kısaltılmıştır.

Üç yıllık hak düşürücü süre kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. Sözleşmenin 49'uncu maddesinin son cümlesine göre, ek karar veya karar tashihine karşı revizyon talebi için işleyecek hak düşürücü sürenin başlangıcı da kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır.

Doksan günlük hak düşürücü süre vakıanın öğrenilme tarihinden itibaren hesaplanılacaktır. Vakıanın öğrenilmesinden itibaren geçen doksanıncı günde yapılan müracaatlarda kabul edilecektir. Bu hak düşürücü sürenin önemi nedeniyle müracaat eden taraf müracaatında gerçeği ne zaman keşfettiğini mutlaka bildirmelidir.

⁹⁷ Schreuer, age, s.875

Tahkim Kuralları 50(3)'a ya göre Genel Sekreterliğin bu inceleme ve süzgeçten geçirme yetkisi her iki hak düşürücü süreyi de kapsar. Genel Sekreterlik müracaatın doksan gün içerisinde yapılıp yapılmadığını sadece müracaattaki iddiayı dikkate alarak belirleyecektir. Eğer heyet sonradan delillerle müracaat eden tarafın gerçeği öğrendiği gündən itibaren geçen zamanın doksan gündən fazla olduğunu tespit ederse talebi kabul edilmez bulacak ve talebi reddedecektir⁹⁸.

Talep mümkünse nihai kararı veren heyete sunulacaktır. Eğer bu mümkün değilse yeni bir heyet kurulacaktır. Revizyon Talebinin kararı veren heyete sunulması en güzel çözüm yöntemidir. İlk heyet dava ile yeterince ilgilidir ve gerçeğin kendisi tarafından önceden bilinip bilinmediğine karar verecek durumdadır. Amt ve Zaire davasında⁹⁹ (*American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo*) revizyon talebi kararı veren heyete sunulmuştur. Fakat üç yıllık süre kararı veren heyetin tekrar bir bütün olarak oluşturulmasını engelleyebilir. Eğer durum böyleyse yeni bir heyet kurulacaktır. Yeni heyet oluşturulurken en azından bir hakemin eski heyette görev alan hakem olması sağlanmalıdır. Böylelikle yeni hakemler eski heyetin yaklaşımına bağlı kalabileceklerdir.

f. Yürütmenin Durdurulması

ICSID Sözleşmesinin 51(4)'ün ilk cümlesi *"Heyet, şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir."* düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemeye göre Hakem heyeti şartlar gerekli kılıyorsa kararın yürütmesini yeni kararını verinceye kadar bekletebilir, yani yürütmeyi durdurabilir. ICSID Sözleşmesinin 51(4)'ün ilk cümlesi ise *"Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın ertelenmesini talep ederse, heyet talebi hükme bağlayana kadar ihtiyari olarak kararın tenfizini erteler."* düzenlemesini içermektedir. Eğer müracaat eden taraf yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuşsa, bu talebe ilişkin heyet karar verinceye kadar yürütme durdurulacaktır.

⁹⁸ Schreuer, age, s.876.

⁹⁹ Helgeson, E./Lauterpacht, E.: ICSID Reports, Cambridge University Pres, 2002, Vol 5, s.14.

Sözleşmenin taslak düzenlemesi karar düzeltmesi (revizyon) talebine karşı yürütmenin durdurulup durdurulmayacağı konusunda heyete takdir yetkisi vermişti. Bazı tartışmalar sonrası heyetin yürütmeyi durdurma kararı vermesinin zorunlu olduğu teklifi galip gelmiştir. Karar düzeltmesi (revizyon) talebi karşısında kararın tanınma ve tenfizinin reddine ilişkin teklif ise reddedilmiştir. Görüşmeler sonunda şu anda sözleşmenin 51'inci madde 4'üncü fıkrasındaki düzenleme kabul görmüştür. Eğer revizyon talebinde bulunan taraf talep ederse yürütme kendiliğinden ve otomatik olarak duracak, böylelikle heyetin incelemeye başlayacağı zamana kadar geçecek süre içerisinde telafisi mümkün olmayan zararlar önlenmiş olacaktır. Tekrardan yargılamaya başlamak ve heyeti oluşturmak zaman alabilecektir. Yürütmenin durdurulması talebinde bulunan tarafın bu talebi değerlendirilene kadar yürütme durdurulacak ve heyet bu talebe ilişkin karar verecektir¹⁰⁰.

Sözleşmenin 51'inci maddesi iki çeşit yürütmenin durdurulması talebini içermektedir. Bunlardan birincisi hakem heyetinin sağduyusuna veya taktiri ile gerçekleşecek bir yürütmenin durdurulmasıdır. Diğerisi ise şarta bağlıdır ve otomatiktir. Karar düzeltmesi talebinde bulunan tarafın yürütmeyi durdurma talebi ile yürürlüğe geçer. Şarta bağlı yürütmenin durdurulması ICSID Sözleşmesinin 51(4)'ün son cümlesinde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 51(4)'ün son cümlesi "*Başvuruda bulunan, başvurusunda kararın ertelenmesini talep ederse, heyet talebi hükme bağlayana kadar ihtiyari olarak kararın tenfizini erteler.*" düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemeye göre karar düzeltmesi müracaatında bulunan tarafın yürütmenin durdurulmasını talep etmesi durumunda otomatik olarak kendiliğinden kararın yürütülmesi duracaktır. Kararın yorumu talep edildiğinde uygulanacak yürütmeyi durdurma usulünü düzenleyen 50(2)'nin son cümlesi ise "*Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, yeni karar aşamasında, eski kararın uygulanmasını durdurabilir.*" düzenlemesini içermektedir. İki düzenleme karşılaştırıldığında birbirinden farklı oldukları görülmektedir. Yani kararın yorumu usulünde heyet, sadece şartların kararın yürütülmesinin durdurulmasını gerektirdiği yönünde bir düşünceye sahip olursa, yürütmenin durdurulmasına karar verebilecektir. Bu durumda taraflardan birinin talebi, kararın yorumu talep edildiğinde doğrudan kararın yürütülmesinin durdurulması sonucunu doğurmayacaktır.

¹⁰⁰ Schreuer, age, s.878.

Karar düzeltmesi usulünde geçerli olan ve iki çeşit yürütmenin durdurulmasını da kapsayan Sözleşmenin 51(4) maddesi, iptal usulünde geçerli olan yürütmenin durdurulmasını düzenleyen 52(5) maddesi ile aynıdır. Burada yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar düzeltmesi usulünde açıklanan bütün hususlar, kararın iptali talep edildiğinde de geçerlidir.

Tahkim Kuralları 54'üncü madde yürütmenin durdurulması hususunu düzenlemiştir. Tahkim Kuralları 54'üncü madde iki çeşit yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır.

“Tahkim Kuralları Madde 54

Kararların Yürütmesinin Durdurulması,

- (1) *Bir kararın yorumu, düzeltmesi (revizyonu) ve iptali için başvuran taraf dilekçesinde veya son müracaat zamanına kadar herhangi bir zaman içerisinde, müracaatı ile ilgili kararın tamamının veya bir kısmının yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilir. Böyle bir talebi, hakem heyeti veya komite öncelikle dikkate alacaktır.*
- (2) *Eğer bir kararın düzeltmesi (revizyonu) veya iptaline ilişkin müracaat kararın yürütülmesinin durdurulmasını içeriyorsa Genel Sekreter müracaatın kaydedildiğini ihbar ederken kayıt ihbarıyla birlikte hükmün yürütülmesinin sözleşme gereği durdurulduğunu iki tarafa da bildirir. Heyet veya komite oluşturulur oluşturulmaz, eğer taraflardan herhangi birisi talep ederse 30 gün içerisinde kararın yürütülmesinin durdurulmasının devam edip etmeyeceğine karar verecektir. Eğer yürütülmesinin durdurulmasının devam edeceğine karar verilmezse kararın yürütülmesinin otomatik olarak son bulacaktır.*
- (3) *Eğer kararın yürütülmesinin durdurulması (1) fıkraya göre gerçekleşirse veya (2) fıkraya göre devam ederse, heyet veya komite her zaman taraflardan birisinin talebiyle kararın yürütülmesinin durdurulmasını tadil edebilir veya kaldırabilir. Bütün kararların*

yürütülmesinin durdurulmaları otomatik olarak son kararın verilmesi ile kendiliğinden son bulur.

- (4) *(1) inci paragraf ve (2) inci paragrafın ikinci cümlesi veya (3) üncü paragrafta göre iletilen bir talep hükmün yürütülmesinin durdurulacağı veya tadil edileceği veya kaldırılacağı durumları kesinlikle belirler. Hakem heyeti veya komite her iki tarafa da kendi görüşlerini sunma fırsatı verdikten sonra karar verir.*
- (5) *Genel Sekreter kararın yürütülmesinin durdurulduğunu veya kaldırıldığını veya tadil edildiğini her iki tarafa da derhal bildirir. Kararın yürütülmesinin durdurulması bu durdurmanın kaldırılması veya tadili bildirim tarihinden itibaren geçerlidir¹⁰¹.*

Karar düzeltmesi (revizyon) müracaatında bulunan taraf dilekçesinde kararın yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilir. Böyle bir talep kendiliğinden müracaatın kaydıyla birlikte hüküm doğurur, Genel Sekreterin bu talebi reddetmek yönünde bir takdir hakkı yoktur. Genel Sekreter bu durdurma ile ilgili olarak taraflara ihbarda bulunur. Eğer karar düzeltme talebi hak düşürücü sürelerin içerisinde yapılmadığı için reddedilirse ve kayda geçirilmezse kararın yürütülmesinin durdurulması mümkün olmayacaktır. Önceki heyetin oluşturulması mümkün değilse, yeni bir heyet kurulacaksa, heyet yeniden kuruluncaya kadar, sadece revizyon talebinde bulunan taraf kararın yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilecektir. Bu aşamada kararın yürütülmesinin durdurulması kararın tamamına ilişkindir. Eğer yeni bir heyet kurulmayacaksa, önceki heyet karar düzeltmesi talebini incelemekle görevli olacaksa, revizyon talep eden taraf kararın kendi çıkarları ile uyuşmayan tarafının yürütülmesinin durdurulmasını seçebilecektir¹⁰².

Heyet bir defa oluşturulduktan sonra durum önemli derecede değişir. Bu andan itibaren kararın yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin karar heyetin takdirine geçer. Fakat bu durumda da heyet taraflardan birinin talebi ile harekete geçecektir. Heyet kendiliğinden bu konuda harekete geçip karar veremez. Taraflardan her biri karar

¹⁰¹ Bkz. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp,\(31.10.2009](http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp,(31.10.2009)

¹⁰² Schreuer, age, s.878.

düzeltilmesi (revizyon) ile ilgili nihai karar verilmeden önce kararın yürütülmesinin durdurulmasını veya devam etmesini veya kaldırılmasını veya mevcut bir kararın yürütülmesinin durdurulmasının yeniden düzenlenmesini talep edebilir. Kararın yürütülmesinin durdurulması talebi heyetin her iki tarafı dinlemesi sonrasında değerlendirilir. Heyet bu tür talepleri öncelikle görüşür. Karar düzeltilmesi (revizyon) talebinde bulunanın başlangıçtaki talebine uygun olarak gerçekleşen kararın yürütülmesinin durdurulması, heyetin oluşturulmasından itibaren 30 gün içerisinde onaylanmazsa hükümsüz hale gelir. Heyet tarafından belirlenen kararın yürütülmesinin durdurulması, heyetin uygun göreceği şekilde kararın tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilir. Heyet karar düzeltilmesi (revizyon) ile ilgili nihai kararını verdikten sonra Kararın yürütülmesinin durdurulması kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

AMK ve Zaire davasında, Kongo Demokratik Cumhuriyetinin revizyon talebi aynı zamanda karar verinceye kadar hükmün yürütülmesinin geri bırakılması talebini de içeriyordu.¹⁰³ Bu sebeple Tahkim Kuralları 54(2) ye göre Genel Sekreter müracaatı kaydederken tarafları da 51(4)'e göre bilgilendirdi. Kararın geriye bırakılması heyetin belirtilen talebi incelemesine kadar devam etti. Heyet kararın yürütülmesinin durdurulmasının nihai kararını verinceye kadar devam etmesine karar verdi. Bu davada yürütmenin durdurulması talebinin değerlendirilmesi öncesi heyet iki tarafa da görüşlerini sunma fırsatı vermiştir.

¹⁰³ Helgeson, E./Lauterpacht,E.: ICSID Reports, Cambridge University Pres, 2002, Vol 5, s.14.

İKİNCİ BÖLÜM

ICSID HAKEM KARARLARININ İPTALİ USULÜ

I. GENEL OLARAK

A. Hakem Kararlarının Tekrar Gözden Geçirilmesi

Tahkim usulünde kararların tekrar gözden geçirilmesi tahkime taraf olanların menfaatlerini daha iyi korumak için uygulanan bir hukuki başvuru yoludur¹⁰⁴. Tahkimde taraflar zaman kaybetmeksizin en doğru çözüme ulaşmak isterler. Tahkimde birinci hedef uyuşmazlıkların ekonomik ve süratli çözümünü sağlamaktır. Taraflar tahkimde süratle kesin bir karara ulaşmak isterler. Bu durum tahkimin en önemli prensiplerinden birisi olan “kararın kesinliğini” gerekli kılar. Fakat diğer taraftan uyuşmazlığın taraflar için en doğru şekilde çözülmesi de gerekmektedir. Uyuşmazlığın doğru şekilde çözülmesi de “tahkimin doğruluğu” prensibini ifade eder. Doğruluk ise yerel mahkeme usullerinden temyizden de bilineceği gibi, zaman ve çaba gerektiren ve çok fazla kontrol mekanizmalarını da içerisinde barındıran ulaşılması zor bir hedeftir. Kararların tekrar gözden geçirilmesinde, kesinlik ve doğruluk prensipleri birbirleriyle çatışır. Milletlerarası tahkimde kesinlik doğruluktan önce gelmektedir. Uyuşmazlığın süratli çözülme arzusu, kararın mutlak doğruluğundan daha önemlidir¹⁰⁵. Birbirleriyle çatışan kesinlik ve doğruluk prensiplerini dengelemek için iptal usulü kullanılmaktadır. İptal esaslı olarak bir taraftan kesinliği korurken diğer taraftan birkaç temel prensibin ihlâl edilmesi durumunda, doğruluğa ulaşılmasına olanak sağlamaktadır. Tespit edilen esaslı hataların düzeltilmesi ve istisnai durumlarda kararın denetlenmesi arasındaki mevcut çizgiyi belirlemek zordur. Eğer tahkim, ICSID tahkiminde olduğu gibi kurumsal yapı içerisinde gerçekleşirse, tahkim usulünün bütünselliği içerisinde kararın kesinliği prensibi ilave kamu yararı da sağlamaktadır. Bu kamu yararı bazen tarafların çıkarlarının korunmasının ötesine de geçebilir.

¹⁰⁴ Akıncı, age,s.179-180.

¹⁰⁵ Schreuer,(ICSID Annulment),age,s.103-104.

ICSID Sözleşmesinin geçmişte taslağını hazırlayan devletler, diğer devletlere sermaye ihraç eden devletlerdir. Yatırımı kabul eden devletler ise, taslağı hazırlayan devletlerde kurulan şirketlerin yatırımını kabul eden, yani sermayeyi kabul eden devletlerdir. ICSID Sözleşmesini değerlendirirken yatırımı kabul eden devletler kendilerini savunan tarafta yani davalı tarafta, sermaye ihraç eden devletler ise kendilerini taarruz eden tarafta yani davacı tarafında görürler. Sermayeyi ihraç eden devletler için kararların kesinliği önemliken, yatırımı kabul eden devletler için kararın doğruluğu ön plâna çıkar. Diğer taraftan yatırımı kabul eden devletler açısından, kendi ülkelerinde yatırımı teşvik etmekte önemlidir. Bu kapsamda yatırımı kabul eden devletler için bir noktada ülkelerindeki yatırımı artırmak maksadıyla, kararın doğruluğu fikrinden uzaklaşarak fedakarlık yapmak durumu ortaya çıkar. Bu noktada ICSID Tahkiminde kararların kesinliği kararların doğruluğundan daha ön plana çıkmaktadır. 12 Mayıs 2005 tarihinde ICSID Sekreteri, ICSID Tahkimi kapsamında karara karşı hukuki başvuru yolları içerisine dahil edilmek üzere çalışmaya başlanılan temyiz mekanizmasına ilişkin çalışmaların, rafa kaldırıldığını ve temyiz mekanizmasının ICSID Tahkimi için çok prematüre olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶. Yatırımcının menfaatlerinin kararın doğruluğunu gerekli kıldığı durumların genel olarak kabul edildiği bir atmosferin oluşması durumunda, temyiz usulünün ICSID sistemi içerisine dahil edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

ICSID tahkimi dışında hakem heyetlerince verilen nihai kararlara karşı yerel mahkemelere başvurulabilmektedir. Bu başvurularda yetkili mahkeme, kararın tenfizinin talep edileceği ülke mahkemesi veya hakem heyetinin oluşturulduğu ülke mahkemesidir. Bu yöntem aynı zamanda ICSID tahkiminde Ek Kolaylık Kuralları (*Additional Facility Rules*) kapsamında karar verildiğinde de uygulanmaktadır. Fakat son zamanlarda genel eğilim, hakem kararlarının yerel mahkemeler önünde tekrardan gözden geçirilmesini sınırlayan veya tamamen ortadan kaldıran hukuki düzenlemeler getirmek yönündedir.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınma ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesinin¹⁰⁷ 5'inci maddesi hakem kararlarının tanınma ve tenfizinin

¹⁰⁶ Walsh, W. T.: Substantive Review of ICSID Awards, Berkeley Journal Of International Law 2006, Vol.24, s.442-443.

¹⁰⁷ Bu Sözleşme Türkiye tarafından 08.05.1991 tarihinde, 3731 nolu, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz.RG.25.09.1991-20877.

reddine ilişkin çok sınırlı ve kesin kurallar koymuştur. Türkiye’de bu sözleşmeyi onaylamış olup, sözleşme tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanmaktadır. Bu sözleşmede tanıma ve tenfize konu olabilecek yabancı hakem kararları için temel kıstas “ülke” olmuştur. Ayrıca Sözleşmenin tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürüldüğü devlette “milli” sayılmayan hakem kararlarına da uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁰⁸. New York Sözleşmesinin 5’inci maddesi yabancı hakem kararlarının tanınmasının ve tenfizin reddedilebileceği durumları listeleme yöntemi ile açıklamaktadır. Bunlar New York Sözleşmesinde, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmaması, aleyhine tanıma ve tenfiz talep edilen tarafın hakem tayininden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmiş olmaması, kararın tahkim sözleşmesinde yer alan ihtilafa ilişkin olmaması, iddia ve savunma haklarının ihlâl edilmiş olması, hakemlerin yetkilerini aşmaları, tahkim usulüne aykırılık olarak belirlenmiştir¹⁰⁹. 1985 tarihli milletlerarası ticari tahkime ilişkin UNCITRAL¹¹⁰ (United Nations Commission on International Trade Law) düzenleme New York Sözleşmesinin 5’nci maddesine paralel bir düzenlemeyle, hakem kararlarına ilişkin yerel mahkemelerin nihai kararı tanımlarını engelleyecekleri durumları sınırlı bir şekilde sayarak belirlemiştir.¹¹¹ Milletlerarası Ticaret Odası-MTO (International Chamber of Commerce-ICC)¹¹² tahkiminde ise tarafların ulusal mahkemeye müracaat etme haklarından önceden feragat ettikleri taktirde, tarafların başvuru hakkından vazgeçtiklerinin kabul edildiği düzenlenmiştir. Tahkimde kararın tekrar gözden geçirilmesine ilişkin milletlerarası hukukta yeknesak bir anlayış yoktur.

ICSID Tahkiminde ise ICSID hakem heyeti kararları yerel mahkemelerin denetimine tabi tutulamayacak ve mahkemelerin iptaline konu olamayacaktır. ICSID Sözleşmesi mad. 54(1)’e göre, ICSID tahkimi neticesinde verilen kararın, o ülkenin kendi mahkemelerinin kararıymış gibi icra edilebilmesi ve “kamu düzeni” gerekçesiyle dahi icrasının engellenememesi, ICSID Sözleşmesinin New York Sözleşmesi karşısındaki en önemli ayrıcalığını ve avantajını oluşturmaktadır¹¹³. Ayrıca ICSID Sözleşmesi mad.27(1)’e göre de ICSID tahkimi neticesinde alınabilecek herhangi bir

¹⁰⁸ Nomer, E./Şanlı,C.:Devletler Hususi Hukuku,İstanbul 2008,s.513.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz... Şit, B.:Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005.s.155.

¹¹⁰ Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/types_symbols/types.html.(01.11.2009)

¹¹¹ Schreuer,ICSID Annulment,age,s.103.

¹¹² Bkz. <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html>.(01.11.2009)

¹¹³ Erdoğan,;age,s.178.

karara karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir akit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamayacak ve milletlerarası iddiada bulunamayacaktır. Diğer taraftan ICSID sistemi kararların tekrar gözden geçirilebilmesi için kendi içerisinde ayrı bir usul getirmiştir. Bu usul içerisinde ICSID Merkezi tarafından atanacak bir ad hoc komite, taraflardan birinin talebi ile kararı iptal edebilecektir¹¹⁴. Kesin hüküm kuralına sınırlı bir istisna getiren durum kararın iptalidir. İptal sebepleri ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde iptal sebeplerine ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“1. Taraflardan herhangi biri Genel Sekretere yazılı olarak başvurarak aşağıdaki sebeplerden biri veya birkaçının varlığı nedeniyle kararın iptalini talep edebilir.

- a. Heyet uygun oluşturulmamışsa,*
- b. Heyet açıkça yetkisini aşmışsa,*
- c. Heyetin üyelerinden birisinin rüşvet almışsa,*
- d. Usule ilişkin temel kurallarda esaslı bir sapma varsa,*
- e. Hüküm temelini oluşturan gerekçelerde başarısızsa,”*

ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde sınırlı sayıda durumlarda kararın tamamının veya bir kısmının iptalini talep edebilme usulü düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesinin 54(1)'üncü maddesinde *“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.”* düzenlemesi mevcut olup, bu düzenleme ile yerel mahkemelerin ICSID tahkim kararlarını tekrardan gözden geçirmek ve incelemek hakkına sahip olmadıkları belirtilmektedir¹¹⁵.

¹¹⁴ Amerrasinghe, F.C.: Local Remedies In International Law, Cambridge University Press. 2005. S. 263.

¹¹⁵ Schreuer, C.H.: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, Arbitration International 2004, Vol. 20, No. 4. s. 325-332.

B. İptal ve Temyiz

İptal ve temyiz birbirlerinden farklıdır. Davaların yeniden gözden geçirilmesine ilişkin usuller dar kapsamda iptali içerebileceği gibi, geniş kapsamda temyizi de içermektedir. Temyiz usulünde kararların yeniden gözden geçirilmesinde, kararlar ve yargılama iki açıdan incelenir. Bunlardan ilk inceleme kararların oluşturulmasında izlenen usulün hukuka uygunluğudur. Diğer inceleme ise kararların maddi doğruluğunun incelenmesidir. Karara ulaşmada izlenen usulün hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi, daha çok heyetin oluşturulması, heyetin yetkisi ve temel usul kurallarında hukuka uygun davranılıp davranılmadığının tespitine yönelik bir incelemedir. Kararların doğruluğuna ilişkin inceleme ise verilen kararın içeriğine ilişkin bir incelemeyi zorunlu kılar. Bu durumda uyuşmazlığı oluşturan vakıaların doğru tespit edilerek, uyuşmazlığın çözümünde bu vakıaların dikkate alınıp alınmadığının incelenmesi gerekir. Nihai kararlara karşı hukuki başvuru yolları kapsamında yapılan düzenlemelerin kapsamı sistemin kesinliği mi yoksa doğruluğu mu tercih ettiğini ortaya koyar. Temyiz usulünün tercih edilmeyerek iptalin kabulü kararların kesinliğinin tercih edildiğini, temyiz yönteminin kabulü ise kararların doğruluğunun tercih edildiğini ifade etmektedir¹¹⁶.

ICSID Sözleşmesinin 53'üncü maddesindeki düzenlemeye göre *"Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır."* ICSID Sözleşmesi temyiz usulünü içermediği için, ICSID Hakem heyetlerince verilecek kararlar temyize konu olmayacaktır. Temyizle iptal arasındaki farklılıklar sözleşmenin taslağı görüşülürken de tartışılmıştır. Başarılı bir iptal talebinin sonucu başlangıçtaki hükmün geçersiz kılınmasıdır. Başarılı bir temyiz talebinin sonucu ise, hükmün değiştirilmesidir. İptal talebi durumunda karar verecek olan heyet, başlangıçtaki hükmü muhafaza etmek veya geçersizliğini açıklamak dışında başka bir seçeneğe sahip değildir. Temyizde ise, heyet önceki kararı yetersiz bularak kendi kararını oluşturabilir. Temyiz kararın ıslahı ile sonuçlanabilir, kararın düzeltilmesini de içerebilir. ICSID Sözleşmesi kapsamında ad hoc komite sadece kararı iptal etme yetkisine sahiptir, kararı kısmen veya tamamen iptal edebilecektir. Ad hoc komite, kararı kendisi düzeltmez veya başlangıçta oluşturulan hakem heyeti yerine yeni karar veremez. İptal sonrası uyuşmazlık ICSID Sözleşmesi 52'inci madde 6'ncı

¹¹⁶ Walsh, W. T.: age,s.447.

fıkra gereği yeni bir hakem heyetine sunulacaktır. Yeni kurulan hakem heyeti uyuşmazlığı incelerken ilk kararı iptal eden ad hoc komitenin gerekçelerine uymakla yükümlü değildir¹¹⁷.

İptal, kararın maddi doğruluğuna ilişkin değil, hukuka uygun olup olmadığına ilişkin konularla ilgilidir. İptal belirli sayıda ve sınırlı sebeplere dayandırılabilir. İptal sebepleri Sözleşmenin 52'inci maddesinde sayılarak belirlenmiştir. Kararın iptali ICSID Sözleşmesinde belirlenen ve yukarıda açıklanan sınırlı temel sebeplerle mümkündür. İptal talebi bu sınırlı sebeplerden birisini veya birkaçını içermelidir¹¹⁸. Temyiz ise çok daha fazla sebebi kapsamaktadır. Ad hoc komiteler iptal taleplerine ilişkin başvurularda bu konuları özellikle vurgulamaktadırlar. Ad hoc komiteler fonksiyonlarının sınırlı olduğunu, temyizdeki kadar yetkili olmadıklarını özellikle vurgulamak zorunda kalmaktadırlar. İptal edilen bir hükme ilişkin verilen karar, ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.

MINE ve Gine davasında¹¹⁹ ad hoc komite iptale ilişkin sınırlı fonksiyonunu şu ifadelerle açıklamıştır. " *Sözleşmenin 52'inci maddesi 1'inci fıkrasında belirtildiği gibi iptal açıkça sınırlı bir hal çaresidir. Bu durum Sözleşmenin 53'üncü maddesinde kararın yeniden incelenmesinin kapsam dışı bırakılmasından da anlaşılmaktadır. İptal doğru olmayan kararlara karşı başvurulabilecek bir hal çaresi değildir. Netice olarak, bir ad hoc komite kararı değiştiremez.*"

Klöckner ve Kamerun davası ile Amco ve Endonezya davası iptal ile temyiz arasındaki sınırın aşılmış olması nedeniyle eleştirilmişlerdir. Eleştiriler kararların iptal talebine ilişkin sınırın aşılarak tekrar incelenmiş olduğuna ilişkindir¹²⁰.

ICSID tahkiminde iptal talebi taraflardan birisi tarafından ileri sürülür. Görevi gereği taraflar dışında birisi bunu talep edemez. Talep eden taraf, kararın iptalinden sonra, kendi lehine bir karar çıkarabileceğini ümit etmektedir. Taraflar iptal talebi haklarından vazgeçebilir. Bu belirlenen zaman diliminde talepte bulunmayarak

¹¹⁷ Schreuer, age, s.891-893.

¹¹⁸ Schreuer, ICSID Annulment, age, s.103

¹¹⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 102.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), para.4.04 (10.04.2010)

¹²⁰ Schreuer, age, s.893

mümkündür. Kararın iptalini gerektiren bir hususu hakem heyeti önüne getirmedeki başarısızlık iptal talebinden vazgeçme olarak değerlendirilir¹²¹.

Sadece nihai kararlar, iptale konu olabilir. Tahkim heyetinin kendisinin yetkili olduğuna ilişkin ara kararı yalnız başına iptale konu olamaz fakat nihai kararın bir parçası olarak nihai kararla birlikte iptale konu olabilir. Hakem heyetinin kendisini yetkili bulduğuna ilişkin vermiş olduğu ara kararlardaki gibi, ara kararların nihai kararın temelini oluşturabilecekleri durumlarda ara kararlar nihai kararın bir parçası olarak iptale konu olabilirler. SPP ve Mısır davasında¹²² hakem heyeti Mısır'ın yetkisizlik itirazı üzerine kendisinin yetkili olduğuna dair bir karar vermiştir. Bu konuda Mısır kararın iptalini talep etmiştir. Genel sekreter iptali talep edilen kararın, ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesi anlamında nihai bir karar olmadığını açıklamıştır. Bu nedenle iptal talebini kayda geçirmemiştir.

Sözleşmenin 52'inci maddesinin 1'inci fıkrası *“Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliği yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.”* düzenlemesini içermektedir. Bu düzenleme nihai kararın tamamının iptaline ilişkindir. Nihai kararın kısmen iptaline ilişkin değildir. Fakat 52'inci maddenin 3'üncü fıkrası ise *“Komite, paragraf 3' de değinilen durumlar çerçevesinde kararın tümünü veya bir parçasını geçersiz kılmaya yetkilidir.”* düzenlemesini içermektedir. Bu düzenleme nihai kararın tamamının veya bir kısmının iptalinden de bahsetmektedir. Ad hoc komitelerin uygulamalarından 52'inci maddenin nihai kararın kısmen veya tamamen iptaline imkân tanıdığı anlaşılmaktadır. Hükmün tamamının iptali talep edilse bile, heyet nihai kararın kısmen iptaline karar verebilecektir¹²³.

ICSID Sözleşmesi 53(1)'e göre *“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 kararın gereklerini yerine getireceklerdir.”* 53'üncü madde Sözleşmede düzenlenenler dışında hukuki başvuru yollarını ve temyizi kabul etmemektedir. Sözleşmenin 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrası kararların

¹²¹Toope,age,s. 225.

¹²²ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.8, s.329.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/3), Para.3. (10.04.2010)

¹²³ Toope,age,s.225.

bağlayıcılığına ilişkin etkisini, iptal kararlarına da teşmil etmektedir. ICSID Sözleşmesi 52'inci madde nihai kararı etkisiz kılmanın tek yöntemidir. Yerel mahkemelerin ICSID kararlarını tekrar gözden geçirme yetkileri yoktur¹²⁴.

C. ICSID Sözleşmesi 52'inci Maddesinin Ad hoc Komitelerce Yorumu

ICSID Sözleşmesinin 52'nci maddesi üzerinde ad hoc komiteler tarafından bazı yorumlar yapılmıştır. Ad hoc komiteler iptalin dar mı, yoksa geniş mi yorumlanacağı sorusu karşısında tartışmışlar, fakat net bir sonuca ulaşamamışlardır. MINE ve Gine davasında¹²⁵ ad hoc komite, iptalin kararın geçersizliğini temin edecek tek hukuki başvuru yolu olması nedeniyle, 52'inci maddedeki hukuki başvuru yolunun ya katı bir yorumu teklif ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini, ya da tam tersi olarak liberal bir yaklaşımla adil olmayan kararlara karşı tek hukuki başvuru yolu olduğu düşüncesinin kabul edilerek geniş bir yorum tarzına gidilebileceğini belirtmiştir. Fakat sonrasında heyet iki görüşüne de uygun olmayacak şekilde 52'inci maddenin amacı ve hedefi ile uyumlu yorumlanacağını belirterek orta bir yol tercih etmiştir. Klöckner ve Kamerun¹²⁶ heyeti 52'nci maddenin yorumunun dikkatli yapılması gerektiğini, aksi yorumun ad hoc komitenin yetkisinin aşımına sebep olacağını, sadece usule ilişkin temel kurallarda ciddi bir sapma sebebiyle iptal talebinde bulunulduğunda nihai kararı incelemenin haklı olabileceğini ifade etmiştir. Klöckner ve Kamerun ad hoc komitesine göre şüphe ve kararsızlık durumlarında sorun, karar lehine yorumlanacaktır. Bu şu anlama gelmektedir; şüphe halinde olan heyetler iptal yerine kararı destekleyeceklerdir. Fakat Klöckner ve Kamerun komitesinin uygulanacak hukuka ilişkin iptal talebi ile ilgili olarak kendisinin bu kuralı uyguladığını söylemek zor görünmektedir. Daha sonraki heyetler kararın geçerliliği lehine faraziyeleri uygun bulmamışlardır.

¹²⁴ Schreuer, age, s. 1085.

¹²⁵ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 102.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.4.05 (10.04.2010)

¹²⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 125.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>, para. 119, (ICSID Case No. ARB/81/2)

II. İPTAL TALEBİ

A. Taraflardan Birinin Talep Edebilmesi

İptal talebi tahkimin taraflarınca ileri sürülebilir. ICSID Merkezinin veya hakem heyetinin veya hakemlerden birinin iptal usulünü kendiliğinden başlatma yetkisi yoktur. Ayrıca taraflar dışında üçüncü kişilerin de, karardan etkilenmiş olsalar dahi iptale başvurmak yetkileri yoktur. Tarafların her ikisi de ayrı ayrı iptali talep edebileceği gibi, taraflardan birisi de iptal talebinde bulunabilir. İkinci Amco ve Endonezya davası¹²⁷ ile İkinci Klöckner ve Kamerun¹²⁸ davasında her iki tarafta, iptal talebinde bulunmuşlardır. Buradaki taraflar hem yatırımı kabul eden devleti, hem de yatırımcıyı ifade etmektedir.

İptal talebinde bulunmak ihtiyaridir. İptal için kabul edilebilir sebepler olsa dahi iptale başvurmak için bir mecburiyet yoktur. Doğal olarak taraflar iptal sonrası ulaşabileceklerini öngördükleri yeni kararın, kendilerinin menfaatine olacağını değerlendirmektedir. Taraflar bazen bütün hukuki başvuru yollarını tüketmiş olmak maksadıyla da İptal talebinde bulunmaktadırlar. Bir devlet görevlisi davanın istenmeyen acı sona ulaşması nedeniyle, politik sorumluluğu üzerinde taşımak istemeyecektir. Avukatlar bütün çareleri kullanmakla kendilerini müvekkillerine karşı yükümlü görecektir. Bu tür durumlarda başarı şansı az olsa dahi, uygulamada iptal talebinde bulunulmaktadır¹²⁹.

Kendisini davayı kaybeden olarak gören taraf, genellikle iptal müracaatında bulunmaktadır. Klöckner ve Kamerun davasında ilk heyet, dava dilekçesini ve davalı devletin davaya cevap dilekçesini kabul etmemiştir. Neticede davacı Klöckner iptal talebinde bulunmuştur. Ad hoc komite verilen kararı iptal etmiştir. İlk kararın iptalinden sonra ikinci hakem heyeti alış fiyatına ilişkin Klöckner lehine karar verirken, diğer taraftan Klöckner'i tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Bu durum fiyat konusunda Klöckner lehine fakat tazminat konusunda Klöckner aleyhine bir sonuç doğurmuştur. Bu durumda ikinci karara karşı her iki tarafta iptal talebinde bulunmuşlardır.

¹²⁷ İkinci Amco ve Endonezya davası için bkz. dipnot 39, s.20.

¹²⁸ İkinci Klöckner ve Kamerun davası için bkz. dipnot 37, s.21-22.

¹²⁹ Schreuer, age, s.904-905.

Amco ve Endonezya davasında¹³⁰ ilk hakem heyeti davacı Amco'nun lehine bir karar vermiştir. Endonezya kararın iptalini talep etmiş ve ilk kararın iptalinden sonra ikinci heyet te Amco lehine karar vermiştir. Fakat ikinci kararda ulaşılan sonuç Amco'nun talep ettiği miktardan daha az olmuştur. Sonuçta iki tarafta ikinci kararın iptalini talep etmişlerdir.

MINE ve Gine davasında hakem heyeti MINE lehine karar vermiştir. Fakat çok daha az bir miktarı da Gine lehine hükmetmiştir. Gine bu karar sonucunda kararın kısmen iptalini talep etmiştir. SPP ve Mısır davasında¹³¹ hakem heyeti davacı SPP'nin lehine karar vermiştir. Mısır iptal talebinde bulunmuş ve ad hoc Komite oluşturulmuştur. Ad hoc komite iptale ilişkin karar vermeden tarafların talebi ile yargılama son bulmuştur, çünkü taraflar kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuşlardır.

B. İptal Talebinin Konusu

1. Nihai Kararlar

İptal talebi nihai kararlar için geçerlidir. Nihai kararlar dışındaki kararlar iptale konu olamazlar. Sözleşmenin oluşturulmasında, taslak üzerinde yapılan tartışmalarda ilk itirazlara ilişkin verilen ara kararlara ve heyetin oluşturulması kapsamında verilen ara kararlara karşı iptal talebinde bulunulabilmesi teklif edilmiş fakat, bu tür taleplerin yargılamayı geciktireceği endişesiyle bu teklif kabul görmemiştir. Yargılamanın devamını temin eden ve esas kararın hazırlanmasına olanak sağlayan ara kararlar, ICSID Sözleşmesi 52'inci madde kapsamında bağımsız olarak iptale konu olamazlar. Bu tür kararlar, sonradan nihai kararın bir parçası olarak iptale konu olabileceklerdir¹³².

Eğer hakem heyeti uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içerisinde olmadığına karar verirse, bu karar ICSID Sözleşmesi 52'inci madde anlamında iptale konu olabilecek bir karardır. Çünkü bu karar ile hakem heyeti davadan elini çektiği için, bu karar da nihai bir

¹³⁰ Amco ve Endonezya Davası için Bkz.(ICSID Case No. ARB/81/1)
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>

¹³¹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.8,1993, s.329-397

¹³² Schreuer,age,s.911-913.

karardır. Nihai karar öncesi verilen usule ilişkin ara kararlar veya ihtiyati tedbir kararları nihai karar kapsamında etkili oldukları zaman, nihai karara karşı iptal müracaatı ile birlikte iptale konu olabilirler¹³³.

Holiday Inn ve Fas¹³⁴ davasında yargılama, heyetten birisinin istifası ve hakem heyeti başkanının ölümü nedeniyle askıda kalmıştır. Yeni oluşturulan heyet davanın devamına ilişkin bir karar vermiştir. Davacı bu kararın iptali için Merkez Genel Sekreterine iptal müracaatında bulunmuştur. Genel Sekreter bu tür bir talebi kayda geçirmesinin tahkim usulü gereği mümkün olmadığını, Sözleşmenin nihai kararlara ilişkin iptal taleplerini düzenlediğini ve uyuşmazlığa ilişkin nihai bir kararın mevcut olmadığını ve bu talebin kayda alınmayacağını belirtmiştir.

SPP ve Mısır davasında¹³⁵, heyet yargılama yetkisinin varlığı üzerine bir karar vermiştir. Mısır bu kararın iptali için müracaatta bulunmuştur. O zamanki Genel Sekreter bu kararın ICSID Sözleşmesi 52'inci madde anlamında nihai bir karar olmadığını belirterek, Mısırın iptal talebini kayda almamıştır. Gerçek şudur ki, heyetin yetkili olduğu şeklinde verilen ara kararlar nihai kararın bir parçası olarak, iptale konu olabilmektedirler. Amco ve Endonezya davası buna örnek gösterilebilir. Bu davada Endonezya yetkiye ilişkin kararda heyetin yetkisini aştığını diğer bir ifadeyle yetkisinin olmadığını belirterek iptal talebinde bulunmuştur. Yetkiye ilişkin ara karar, nihai kararda atıf yöntemi ile belirtilmiş ve nihai kararın bir parçası olmuştur. Bu durumda yetkisizlik gerekçesiyle iptal talebinde bulunmak tartışmasız mümkündür. Başlangıçta Endonezya bu gerekçeyle iptal talebinde bulunmuş fakat daha sonra bu gerekçesine ilişkin iptal talebini geri çekmiştir. Böyle durumlarda iptal talebini nihai karar verilinceye kadar ertelemek usulün uzaması nedeniyle anlamlı görünmeyebilir. Fakat iptal müracaatı hakkının ara kararlar için de taraflara verilmesi, sürekli olarak usulün geciktirilmesine neden olacağından pek anlamlı görülmemektedir¹³⁶.

¹³³ Schreuer, age, s. 912.

¹³⁴ Holiday Inn ve Fas Davası için Bkz. (ICSID Case No. ARB/72/1)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹³⁵ ¹³⁵ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.8, s.329.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/3), Para.3. (10.04.2010)

¹³⁶ Schreuer, age, s.913.

2. Kısmi İptal Talebi (Kararın Kısımları)

Taraflar nihai kararın bir kısmının da iptalini talep edebilirler. Sözleşmenin 52(3)'üncü maddesi ad hoc komitenin, kararın tamamını veya bir kısmını iptal etme yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. İptal talebi kararın tamamının iptaline ilişkin olsa bile, heyet sadece nihai kararın bir kısmını iptal edebilir.

MINE ve Gine davasında, Gine kararın bir kısmının iptal edilmesi yönünde talepte bulunmuştur. Gine bu müracaatında kararın bazı kısımlarının iptalini istememiştir. Heyet kararın kısmen iptali talebinin mümkün olduğunu ifade etmiş ve kararın iptali istenmeyen kısmı yürürlükte kalmıştır. Eğer kararın iptali istenen kısmı esas karara zemin oluşturan bir bölüm veya ara karar değilse ve kararın açıkça belirlenebilir ve ayrılabilir bir bölümüne ilişkinse, kısmi iptal mümkündür¹³⁷.

3. Tarafların İradesi İle Yargılamanın Son Bulması Durumunda Verilecek Kararlar

ICSID tahkimine sunulan uyuşmazlıkların bir kısmı bazen tarafların anlaşması (sulh) ile çözüme kavuşturulmaktadır. Tahkim Kuralları 43(1) tarafların nihai karar verilmeden önce anlaşmaları durumunda, davanın sona ereceğini belirtmektedir. Taraflar kendi aralarında uyuşmazlığı çözdüklerini, tahkim heyetine yazılı olarak bildirilirse, hakem heyeti davanın düştüğüne karar verecektir. Bu konuya ilişkin verilecek bir karar, nihai karar olmasına rağmen, aşağıda açıklanan istisnai durum hariç iptale konu olabilecek bir karar değildir.

Tahkim Kuralları 43(2)'e göre eğer taraflar, uzlaşmalarının tam bir metnini heyete verirler ve heyetin bunu bir karar şeklinde ifade etmesini yazılı olarak talep ederlerse, heyet bunu bir karar olarak kayda geçirebilecektir. Heyet tarafların bu konudaki taleplerine uymak zorunda değildir. Böyle yapmak yerine, heyet belirli bir çözüm içerisinde yer almak istemiyorsa, davanın sona erdiğini veya düştüğünü basitçe kayda geçer. Heyet tahkim Kuralları 43(2)'ye göre tarafların taleplerine rıza gösterir ve bunu bir

¹³⁷ Schreuer, age, s. 1024.

karar şeklinde yayınlarsa sonuç bir karardır. Bu karar nihai bir karardır ve iptale konu olabilir. Fakat bu durumda iptal gerekçeleri çok sınırlıdır. Böyle bir karara ilişkin olarak tarafların heyetin uygun oluşturulmadığı, heyetin veya üyelerden birinin rüşvet aldığı yönünde gerekçelerle iptal talebinde bulunulamayacağı aşıkardır. Yetki aşımı gerekçesiyle iptal talebi eğer uyuşmazlığı çözümü heyetin etkisi ile gerçekleştiyse mümkündür. Usule ilişkin kurallarda esaslı bir sapma olması gerekçesiyle iptal talebi ve heyetin kararında gerekçeleri yeterince ifade etmemesi sebebiyle iptal talebi de iptal için sebep olarak ileri sürülemeyecek gibi görünmektedir.

4. Nihai Karar Sonrası Verilen Kararlar (Ek karar ve Tashihi Kararı, Yorum Kararı, Karar Düzeltmesi (Revizyon) ve İptal Kararı)

ICSID Sözleşmesi 49(2)'ye göre hakem heyeti taraflardan birinin talebi ile nihai kararda, karar vermediği bir soruna ilişkin ek karar verebileceği gibi, nihai kararda mevcut bulunan rakamsal veya yazıma ilişkin bir hatanın düzeltilmesi konusunda da karar verebilir. Böyle bir karar, nihai kararın bir parçası olacaktır. Bu karar da nihai kararlarla birlikte iptale konu olabilecektir.

Amco ve Endonezya¹³⁸ davasında heyet, ek karar ve tashihi karar talebine ilişkin ICSID Sözleşmesi kapsamında 49'uncu madde 2'inci fıkraya göre bir karar vermiştir. Endonezya bu kararı da içeren nihai karara karşı, usule ilişkin temel kurallarda ciddi bir sapma olduğu gerekçesi ile birlikte başka bazı gerekçeleri de ileri sürerek bu kararın iptalini talep etmiştir. Ad hoc komite kararı iptal etmiştir.

ICSID Sözleşmesi 50'inci maddesi kapsamında taraflar kararın yorumlamasını isteyebilirler. Taraflar ICSID Sözleşmesi 51'inci maddesi kapsamında karar verilmeden önce mevcut bulunan kesin vakıaların varlığını öğrendikten sonra, kararın düzeltilmesini (revizyonunu) da talep edebilirler. ICSID Sözleşmesi madde 49(2)'de "*Heyetin kararı asıl kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir.*" düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenleme ek karar ve karar tashihi talebi sonucu verilen kararların nihai kararın bir parçası olacağını açıkça ifade etmektedir. Oysa yorum kararları ve karar düzeltmesi

¹³⁸ Amco ve Endonezya Davası için Bkz.(ICSID Case No. ARB/81/1)
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward> (31.10.2009)

sonucu verilen kararların nihai kararın bir parçası olacağı şeklinde bir açıklama, kararın yorumunu düzenleyen 50'inci maddede ve kararın düzeltilmesini düzenleyen 51'inci maddede mevcut değildir. ICSID Sözleşmesinin kararların İcrasını düzenleyen 6'ncı Bölümünde bulunan 53(2)'üncü maddesinde *"Bu Bölümün amacı uyarınca "karar" 50, 51 ve 52'nci maddeler çerçevesinde verilmiş kararları yorumlayacak, düzeltecek ve geçersiz kılacak kararları da içerecektir."* düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenleme, nihai kararların icrası için, karar (*award*) ifadesinin yorum ve düzeltme kararlarını da kapsayacağını belirtmiştir. Fakat kararların iptalinin düzenlendiği 5'inci Bölümde yorum ve karar düzeltmesine ilişkin kararların iptale konu olacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. ICSID Sözleşmesinde mevcut bulunan bu düzenlemelerden, yorum ve düzeltme kararlarının da nihai kararın bir parçası olacağı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda yorum ve düzeltme kararları kendi başlarına iptale konu olmayacaklardır. Ayrıca Sözleşmenin 52(4)'üncü maddesi ad hoc komitenin yetkisi kapsamında olan sözleşme maddelerini teker teker saymıştır. Sayılan maddeler arasında 50 ve 51'inci maddeler mevcut değildir. Yorum ve düzeltme kararları da nihai kararın bir parçası olarak iptal talebine konu olacaklardır.

İptale ilişkin kararlar, nihai kararın kısmen veya tamamen iptal edildiğini veya iptal talebinin reddedildiğini belirtir kararlar, iptal müracaatına konu olamazlar. Ad hoc komite karar veren en son heyettir. Ad hoc Komitenin kararı kendisinden başka herhangi bir heyetin incelemesine konu olamayacaktır. Fakat ICSID Sözleşmesi 52'inci madde 6'ncı paragraf gereği, ilk nihai kararın iptali sonrası yeni heyetçe verilen bir nihai karar iptal müracaatına konu olabilir. Burada izlenecek usul ve iptal talebinin kapsamı, aynı ilk kararda olduğu gibidir. Kısmi iptallerde ilk kararın iptal edilmeyen kısmı kesin hüküm (*res judicia*) kuvvetindedir. Yeni heyetin kararının bir parçası değildir. Diğer bir ifade ile kararın kesin hüküm kuvvetinde olan kısmı bir ad hoc komitenin incelemesine ve ikinci bir iptal talebine konu olamaz.

İkinci Klöckner ve Kamerun davası ile İkinci Amco ve Endonezya davalarında yeni heyetlerin verdikleri kararlar iki tarafın da tekrar iptal taleplerine konu olmuşlardır. İki uyuşmazlıkta da ad hoc komiteler müracaatları geri çevirmiştir.

C. İptal Talebinde Bulunma Hakkından Vazgeçme

1. Karardan Sonra Vazgeçme

İptal talebinin isteğe bağlı olması, taraflardan herhangi birisine bu talebinden vazgeçme hakkını vermektedir. Nihai karar taraflara tebliğ edildikten sonra, iptal için başvuru süresi dolmadan taraflardan herhangi birisi açıkça iptal talebinde bulunma hakkından vazgeçebilir. Benzer şekilde taraflardan birisi iptal usulü içerisinde, iptale temel teşkil edecek bazı sebepleri ileri sürmekten de vazgeçebilir.

Amco ve Endonezya davasında Endonezya, 18 Mart 1985'de hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin verdiği kararının, heyetin yetkisini aştığı sebebiyle iptalini talep etmiştir. Fakat Endonezya 30 Ağustos 1985'teki bildiriyle, ad hoc komitenin Endonezya'nın tazminat sorumluluğu ile ilgili diğer konular üzerinde yoğunlaşabilmesi için yetki aşımı sebebiyle iptal talebini geri çekmiştir. Bu bildirden sonra iptal usulü içerisinde Endonezya, hakem heyetinin polis ve ordu personelinin oteli zorla devralması eylemine ilişkin yargılama yetkisinin varlığını kabul ederek açıkça yetkisini aştığını bildirmiştir. Endonezya bu eylemlerin milletlerarası hukuk kapsamında hukuka aykırı olsa bile, bir haksız fiil oluşturacağını ve bunun da yatırım uyuşmazlıklarından farklı bir konu olduğunu belirtmiştir. Ad hoc komite, Endonezya'nın önceden açıkça heyetin yargı yetkisinin olmadığını ilişkin iddialarından vazgeçtiğini belirttiği için, diğer bir ifade ile yetki aşımı sebebiyle iptal talebinden vazgeçtiği için, yargı yetkisine ilişkin iptal talebini kapsam dışına almıştır. Amco ise Endonezya'nın yaptığı bildiriye, daha önceki iptal talebinde bulunan diğer sebeplere ilişkin iptal taleplerinin devam ettiğinin açıkça bildirilmemesi nedeniyle, bu sebeplere ilişkin olarak ta iptal talebinden vazgeçtiğini iddia etmiştir. Ad hoc komite böyle bir bildiri tüm sebepler için iptal talebinden vazgeçme olarak değerlendirmemiştir. Heyet Endonezya'nın yargılama yetkisine ilişkin iptal talebinden vazgeçmesini açıkça ifade ettiğini oysa, vazgeçmenin çok ciddi bir işlem olması nedeniyle bildiriye iptal sebeplerinin bildirilmemesinin bütün gerekçeler için iptal talebinden vazgeçmiş olacağı şeklinde değerlendirilmeyeceğine karar vermiştir¹³⁹.

¹³⁹ Schreuer, age, s.906.

2. Karardan Önce Vazgeçme

Hakem heyetinin nihai kararını vermesinden önce tarafların iptal talep edebilme hakkından vazgeçmelerinin mümkün olup olmayacağı konusu üzerinde değişik görüşler mevcuttur. Acaba taraflar nihai karar verilmeden önce iptal haklarından vazgeçebilecekler midir? Bu konuya ilişkin üç farklı görüş ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerden ilki vazgeçmenin mümkün olduğuna ilişkin olan görüştür. Karar verilmeden önce iptal talebinden vazgeçmenin mümkün olması, iptal usulünün yol açacağı gecikme, belirsizlik ve dava masraflarından tarafların kaçınmasına imkân sağlayacaktır. Bu düşünceyi ileri sürenler, bazı yerel hukuk düzenlemelerinde mevcut olan ve tarafların tahkim neticesinde verilecek kararların tekrardan incelenmesi haklarından karar verilmeden önce vazgeçmelerine olanak sağlayan düzenlemelerin, ICSID tahkimine yansımış olduğunu ifade etmektedirler¹⁴⁰.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise iptal sebeplerinden bir kısmı için karar verilmeden önce tarafların iptal hakkından vazgeçmelerinin mümkün olacağını ilişkindir. Vazgeçmeye olanak sağlayacak sebeplerin neler olacağını belirlemede ne tür bir kriter kullanılacağı yeterince açık değildir. Bazıları kendi kontrolleri altında bulunan sebepler için iptal talebinden vazgeçmenin olanaklı olacağını ifade etmektedirler. Bu sebepler uygulanacak hukuk ve yargılama yetkisine ilişkin belirli konularda karar verilmeden önce iptal talep etme hakkından vazgeçmenin mümkün olacağıdır. Bu görüşü paylaşanlar daha objektif olan hakem heyetinin düzgün kurulmaması, yatırım uyuşmazlığının mevcut olmaması, tarafsızlığın mevcut olmaması veya tarafsızlığı şüpheye düşüren rüşvet alındığı gibi gerekçelerin önceden iptal müracaatı hakkından vazgeçmenin kapsamı içine alınmaması gerektiğini belirtmektedirler¹⁴¹.

Bu konuda mevcut üçüncü görüş ise önceden iptal müracaatı hakkından vazgeçmenin ICSID Sözleşmesi sistemi içerisinde doğru olmayacağı görüşüdür. Bu

¹⁴⁰ Delaume, G.R.: Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards, J Int. Arbitrat, Kluwer Law International 1995, s.11.

¹⁴¹ Reisman, W.M.: The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, Duke Law Journal 739 (1989), s.805.

görüşü savunanlar ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesini gerekçe olarak göstermektedirler. Bu görüşü benimseyenlere göre bu madde emredicidir. ICSID Sözleşmesinin sistematik bir yorumu, karardan önce yapılacak sözleşmelerle İptal müracaatından vazgeçme hakkını desteklemiyor görünmektedir. Sözleşme tarafların rızaları ile yapabilecekleri işlemleri içeren bir kaç madde içermektedir. Sözleşmede tarafların rızalarına bırakılan konulara ilişkin düzenlemeler yapılırken bu düzenlemeler içerisinde *“taraflar diğer türlü kararlaştırmamışlarsa”* şeklinde veya benzeri ifadeler kullanılmıştır. Bu yaklaşımı ICSID Sözleşmesinin 43,46,47,26,38,60 ve 63'üncü maddelerinde görmek mümkündür. Bu görüşü benimseyenlere göre ICSID Sözleşmesi 52'inci madde böyle bir ifade taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin 52'inci maddesi emredicidir¹⁴². Bu görüşe karşı çıkanlar ise, ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinin tarafların rızası ile askıya alınabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe karşı çıkanlar tahkim kurallarının genellikle taraflarca değiştirilebileceğini veya bazı kuralların tahkim usulünde kapsam dışı bırakılabileceğini ifade etmektedirler. Bu sebepten ICSID Sözleşmesi 50'inci madde ile 52-55'inci maddelerin uygulanmaması veya değişik şekilde uygulanması konusunda taraflar anlaşabilirler¹⁴³. Fakat bu yaklaşım tarafların 52'inci madde dışında bir seçeneklerinin olduğu anlamına gelmemektedir. Sözleşmenin 52'inci maddesinin *“emredici olmadığını”* ileri sürenler kendi görüşlerini 44'üncü madde ile gerekçelendirmektedirler. ICSID Sözleşmesi 44'üncü maddesinde *“Hakemlik davası, taraflar başka biçimde anlaşamadıkları takdirde, bu bölüm hükümlerine ve tarafların hakeme gittikleri tarihteki Hakemlik Kurallarına göre yürütülür. Bu bölümce veya Hakemlik Kurallarınca veya tarafların anlaştığı kurallarca kapsanmayan bir sorun arz olduğunda, heyet soruna çözüm bulur.”* hükmü mevcuttur. Sözleşmenin 52'inci maddesinin *“emredici olduğu”* ve tarafların iptal talebinden vazgeçmesinin mümkün olmayacağını savunanlar ise sözleşmenin 44'üncü maddesinin ICSID Sözleşmesinin IV'üncü bölüm 3'üncü kısmı (41-47'inci maddeleri) kapsadığını bu kuralın madde 52'nin de içinde bulunduğu 5'inci kısmı kapsamadığını ileri sürmektedirler. Bu nedenle 52'inci madde tarafların rızası ve anlaşması ile askıya alınamayacaktır.

Kanaatimizce: Sözleşmenin 52'inci maddesinin amacına ve konusuna bakan bir yorum ile, iptal talebinden tarafların iradesi ile vazgeçmenin mümkün olmayacağı

¹⁴² Gaillard, E.: Some Note on the Drafting ICSID Arbitration Clauses, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 136, 142/3 (1988)

¹⁴³ Reisman, age, s.805

sonucuna ulaşılabilir. Hükmün sınırlı şekilde tekrar gözden geçirilmesi sadece tarafların menfaatlerine hizmet etmemektedir. Bu düzenleme ICSID tahkiminin bütünlüğünü ve kamu düzeni fonksiyonunu da içermektedir. Bu yüzden genel veya genele yakın bir iptal talebinden önceden vazgeçme mümkün görünmemektedir¹⁴⁴. Bu durum tarafların kontrolü altında bulunan hususlarla ilgili iptal gerekçelerini önceden vazgeçme ile iptalin dışında bırakılması konusunu kapsamamaktadır¹⁴⁵. Diğer bir ifadeyle böyle durumlarda karardan önce iptal talebinden vazgeçme hakkına taraflar kendi kontrolleri altında bulunan hususlarla ilgili olarak sahip olacaklardır. Yargılama yetkisine ilişkin olarak taraflar, heyetin kendi rızalarının dışında oluşturulduğuna ilişkin gerekçe ile iptal talebine başvurmayacaklarını önceden üstlenebilirler. Bu durum Sözleşmenin objektif olarak belirlediği kişi ve konu bakımından yargılama yetkisinden birisinin kararda ihlâl edildiği gerekçesiyle iptali araştırma imkânını koruyacaktır. Uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmadığına ilişkin yargılama yetkisine ilişkin iptal talebinde de durum böyledir. Fakat taraflar kendi kontrolleri altında bulunan hususlar kapsamında, uygun hukukun uygulanmaması nedeniyle iptal talebinde bulunmayacaklarını belirterek hakem heyetine daha fazla inisiyatif verebileceklerdir.” Usulün esaslı bir kuralından sapma olduğunda iptal talep etme hakkından karardan önce vazgeçmenin mümkün olup olamayacağı sorunu da önemli bir sorun olmaktadır. Taraflar bir sözleşmeyle usulün şeklini değiştirebilirlerken, ICSID Sözleşmesi 52’inci maddesi 1’inci fıkra (d) bendinde mevcut olan “*usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olması*” durumunda iptal talebinde bulunulabileceği hükmü tarafların İstedikleri gibi düzenleyecekleri bir hüküm değildir. Bu düzenleme usulün adil olması gerektiği temel prensibinin içerisinde değerlendirilebilir. Konu ICSID tahkiminin bütünselliği kamu düzeni ve meşruluk içerisinde değerlendirilmelidir.

Karar öncesi iptal talebinden vazgeçmenin mümkün olup olmayacağına ilişkin daha da zor olan sorun, tarafların kararda gerekçelerin ifade edilmesinde başarısızlık mevcut olması sebebiyle iptal haklarından vazgeçip geçemeyeceklerine ilişkindir. ICSID tahkiminde karar gerekçeleri de içermelidir. Bu düzenleme tarafların ve ICSID Kurumsal yapısının menfaatleri ile işlemin bütünselliği ve güvenilirliği açısından uygun bir

¹⁴⁴ Schreuer, age, s.909-910.

¹⁴⁵ Delaume, G.: ICSID Arbitration and the Courts, Am.J. Int’l L., 1983, Vol.77, s.784-803

düzenlemedir ve böyle bir durumda vazgeçmenin uygun olmayacağını değerlendirmekteyiz.

Bazı iptal gerekçelerine ilişkin olarak önceden yapılan vazgeçmenin kabul edilebileceği durumlarda bile, hangi gerekçelere ilişkin olarak ileri sürülebilecek iptal taleplerinden önceden vazgeçmenin mümkün olabileceğini tespit etmek çok zor olacaktır. Bazı iptal sebeplerine ilişkin iptal müracaatından vazgeçme sözleşmesi Genel Sekreterlikle değil ad hoc komite ile ilgili olacaktır. Ad hoc komitenin böyle bir durumda nasıl reaksiyon göstereceğini önceden tahmin etmek imkânsız görünmektedir.

Tarafları iptalden vazgeçme anlaşmaları konusunda cesaretlendirmek uygun olmayacak gibi görünmektedir. Böyle anlaşmalar iptale ilişkin engel oluşturulduğu konusunda taraflarda aldatıcı etki yaratabilir. Kabul edilse bile, uygulamaya konulduklarında kimin lehine sonuç doğuracağını önceden tahmin etmek mümkün değildir. Hükmün kesinliğinin önemli olacağını düşünen bir taraf daha sonra hükme karşı kendi yararına sonuç doğuracak bir hal çaresine başvuramadığı için pişman olabilecektir.

Ç. İptale Talebine İlişkin Usul İşlemleri

1. Genel

İptale ilişkin usul işlemleri Tahkim Kuralları madde 50'de düzenlenmiştir. Tahkim Kuralları 50 'inci maddenin düzenlenmesi aşağıdadır.

“Madde 50

Müracaat,

(1) Bir nihai karar için yorum, düzeltme veya iptal talebi Genel Sekretere yazılı olarak yapılacak ve müracaat dilekçesinde;

(a) İlgili olduğu karar belirtilecek,

(b) Kararın tarihi mevcut olacak,

(c) Dilekçe detaylı olarak,

(iii) Sözleşmenin 52 'inci maddesi kapsamındaki iptal sebeplerini içerecektir. Bu iptal sebepleri aşağıdakilerle sınırlıdır.

- Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- Heyetin yetkisini aştığı,
- Heyetin üyelerinden birinin rüşvet aldığı,
- Usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği,

(2) Üçüncü paragrafta (aşağıda) belirtilen düzenlemelerin etkisi altında kalmaksızın, dava harcı ve müracaatın alınması üzerine Genel Sekreter derhal,

- (a) Müracaatı kaydedecek,
- (b) Tarafları kaydettiğine dair bilgilendirecek,
- (c) Müracaat dokümanı ve eklerinin bir fotokopisini karşı tarafa

gönderecektir.

(3) Genel Sekreter aşağıdaki durumda bulunan müracaatları kaydetmeyi reddedecektir.

....

(b) Mad. 52(2) kapsamında yapılan iptal talebi;

(i) Karar verildikten sonra 120 gün içerisinde yapılmadıysa veya iptal sebepleri aşağıdaki sebepleri içermiyorsa;

- Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- Heyetin yetkisini aştığı,
- Heyetin üyelerinden birinin rüşvet aldığı,
- Usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği,

(ii) Heyetin bir kısmının rüşvet alması ile ilgili durumda, öğrenildikten itibaren 120 gün içerisinde ve nihai karar verildikten sonra üç yıl içerisinde yapılmamışsa;

(4) Eğer Genel Sekreter bir revizyon veya iptal talebini kayda geçmeyi reddetmişse, talep eden tarafa reddettiğini bildirecektir¹⁴⁶.

Yukarıda belirtilen düzenlemeden de anlaşılacağı gibi iptal talebi dilekçesinde, iptali talep edilen nihai kararın hangi karar olduğu açıkça belirtilmelidir. Ayrıca dilekçede iptal sebebi veya sebepleri de belirtilecektir. Müracaat tarihi sürelerin hesaplanması açısından önemlidir. Dilekçede kararın iptali talep edildiği de açıkça ifade edilecektir. Eğer iptal talebinde bulunan taraf, yorum, düzeltme, ek karar veya karar tashihi gibi hal

¹⁴⁶ Bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>, (31.10.2009)

çarelerini de talep ediyorsa bu taleplerine ilişkin ayrı müracaat dilekçesi düzenlemelidir. Bunun sebebi, bu çarelerin ayrı zaman sınırlamaları ve usul işlemleri içermesidir. Örneğin Genel Sekreter tashihi karar ve düzeltmeye ilişkin müracaat dilekçesini ICSID Sözleşmesi 49'uncu madde 2'inci fıkrada belirlenen süreler geçirildiği için kayda almazken, iptal müracaatı süresi geçmediği için geçerli olabilecek ve Genel Sekreter bu müracaatı kayda alacaktır¹⁴⁷.

2. İptal Talebine İlişkin Sebeplerin ve Kararın İptali Talep Edilen Kısımının Belirtilmesi

Müracaat eden kendisini tek bir iptal sebebiyle sınırlamayabilecektir. Fakat hangi sebeplere dayanarak iptal talep ettiğini, nihai kararın hangi kısmının hangi sebeplerden dolayı iptale konu olacağını da müracaatında belirtecektir. Örneğin Amco ve Endonezya davasında Amco Şirketi, Endonezya tarafından ileri sürülen bazı iptal sebeplerinin zamanının geçtiği ve başlangıçtaki iptal müracaatı ile ileri sürülmediğini iddia etmiştir.

D. İptal Talebine İlişkin Müracaatın Kabul Edilmeyeceği Durumlar

ICSID tahkimine ilk müracaatta uygulanacak usul, ICSID Sözleşmesinin 36'ıncı maddesinde belirlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 36'ıncı madde 3'üncü fıkraya göre *“Genel Sekreter, talepte yer alan bilgilere dayanarak uyuşmazlığın Merkezin yargı alanı dışına taşıdığını saptamazsa müracaatı kaydedecektir.”* Buradaki inceleme daha çok taraflardan, devletin ICSID anlaşmasına taraf olan devlet olup olmadığının kontrolü veya diğer tarafın davaya taraf olan devletin vatandaşlığına sahip olup olmadığının tespitine ilişkindir. İptal talebine ilişkin müracaatlar ise, Sözleşmenin 52'inci maddesinde belirlenmiş olup, Sözleşmenin 52'inci maddesi Genel Sekretere bu kapsamda bir eleme veya ayıklama yapma yetkisi vermemektedir. Genel Sekreterin iptal müracaatlarında kullanması gereken yetkisi, müracaatın zaman açısından gerekli düzenlemelere uyup uymadığını, diğer bir ifadeyle talebin belirtilen zaman içerisinde yapılıp yapılmadığını incelemektir. Müracaat belirlenen zaman içerisinde yapılmışsa, Genel Sekreter bu müracaatı kaydedecektir. Fakat bu durum daha sonra taraflardan birisinin müracaatın süresi içinde gerçekleşmediğini iddia edemeyeceği anlamına da gelmemektedir. İptal

¹⁴⁷ Schreuer, age, s.918-922.

müracaatının kayda geçirilmesi, ad hoc komitenin daha sonra sözleşmede belirlenen süre içerisinde talepte bulunulmadığından dolayı, davayı kabul edilemez bulamayacağı anlamına gelmeyecektir. Amco ve Endonezya davasında, ad hoc komite Genel Sekreterliğin Endonezya'nın iptal talebini kayda almasının, Amco'nun hak düşürücü süreye ilişkin iddialarını geçersiz kıldığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir¹⁴⁸.

Genel Sekreterin iptal müracaatına ilişkin talebi içeren müracaat dilekçesini kayda almayacağı diğer bir durum da; iptal müracaatına konu olan kararın nihai karar olmaması durumudur. Bu durumda da Genel Sekreter kayda almayı reddedecektir. Aynı şekilde Genel Sekreterin müracaat dilekçesini kayda alması, ad hoc komitenin kararı bir nihai karar olarak kabul edeceği anlamına da gelmeyecektir.

Genel sekreter taraflar dışında, başka yerlerden gelen iptal müracaatlarını kayda almayacaktır. Fakat bu da, tarafların kimliğine ilişkin hususlarda ad hoc komitenin yetkisini dışarıda bırakmayacaktır. Bu konuya ilişkin itirazları daha sonra ad hoc komite inceleyebilecektir.

Eğer iptal talebine ilişkin müracaat dilekçesi iptal talebinin gerekçelerini ve sebeplerini yeterince açıklamıyorsa, Genel Sekreter bu dilekçeyi kayda alacak fakat, müracaat eden tarafa dilekçesini düzeltmesi ve tamamlaması için fırsat verecektir.

Eğer taraflardan birisi kısmen veya tamamen iptal hakkından vazgeçtiğini açıklamış ve iptal hakkını kullanarak iptal talebinde bulunuyorsa; Genel Sekreterliğin talebi kayda girmeyi reddetmesi mümkün görünmemektedir. Önceden iptal hakkından vazgeçme konusunda müracaatın kayda geçirilip geçirilmeyeceğine ilişkin tereddütler var ise de, bu konu asıl ad hoc komitenin yetkisi kapsamında olduğundan, kayda geçirilerek incelenmesinin ad hoc komite bırakılması uygun olacaktır.

Genel Sekreter müracaatın sağlam temelli olup olmadığını incelemeyecektir. İptal müracaatının değersiz ve anlamsız olduğunu düşünse bile, müracaatı kayıt altına alacaktır. Genel Sekreterin ayıklama veya eleme yetkisi yoktur. Fakat müracaat eğer

¹⁴⁸ Schreuer, age, s.921.

saçma ise ve iptal talebi olarak görünmüyorsa böyle bir müracaatı iptal talebi olmadığı için kayda almayacaktır.

ICSID Sözleşmesi madde 61(2)'ye göre *“Tahkim davasında, taraflar üzerinde başka türlü anlaşamadığı takdirde, heyet davaya ilişkin taraflarca yüklenilecek masrafları tayin eder ve bu masraflar, heyet üyelerinin ödenek ve masrafları ve Merkez olanaklarını kullanmanın masraflarının nasıl ve kim tarafından ödeneceğine karar verir. Bu karar, kararın bir parçasını oluşturur.”* İptal talepleri ad hoc komitenin verdiği kararda mevcut bulunan dava masrafları ile ilgili olabilir. Madde 52(4)'e göre 61(2) kapsamındaki kararlar içinde iptal talebinde bulunulabilir. Dava masraflarına ilişkin kimin ne kadar kısmını ödeyeceğini belirtir karar nihai kararın bir parçasını oluşturur, bu konudaki düzenleme ilk heyet tarafından yapılacağı gibi ad hoc komite de buna yetkilidir.

III. İPTAL MÜRACAATINDA SÜRELER

İptal müracaatı karar verildikten sonra 120 gün içerisinde yapılacaktır. Bunun istisnası heyetin üyelerinden birisinin rüşvet aldığı gerekçesi ile iptal talebinde bulunulacak durumdur. Bu durumda, karar verildikten sonra üç yıl içerisinde ve rüşvet alınması gerçeğinin öğrenilmesinden itibaren 120 gün içerisinde iptal talebinde bulunulmalıdır. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı gibi İki tür süre belirlenmiştir. Bunlardan ilki genel anlamda rüşvet dışında kalan sebepler için belirlenen 120 günlük süredir. Heyetin üyelerinden birisinin rüşvet alması sebebiyle iptal talebinde bulunabilmek için ise iki ayrı özel süre belirlenmiştir¹⁴⁹. Burada belirlenen süreler iptal hakkının düşümüne sebep olacak sürelerdir. Hakem heyeti tarafından kendiliğinden dikkate alınacak sürelerdir.

İptal müracaatı için belirlenen süre, kararın tebliği tarihten itibaren başlayacaktır. Kararın tebliğ tarihi, onaylanmış suretlerin taraflara gönderildiği tarihtir. Kararın gönderildiği tarihten itibaren 120 gün içerisinde müracaat ICSID Merkezine yapılırsa bu iptal müracaatı geçerli olacaktır. ICSID Sözleşmesi mad. 49(2)'ye göre eğer taraflar kararın tashihini veya ek karar verilmesini talep etmişlerse, iptal talebinde bulunabilmek için müracaat süresi uzayacaktır. Bu durumda hak düşürücü süre tashihi karar veya ek

¹⁴⁹ Schreuer, age, s.1008-1012.

karar verildikten sonra başlayacaktır. Burada iptal talebinin karar tashihi veya ek karara ilişkin kararların başarısıyla da ilişkili olduğu söylenebilir.

Tahkim Kuralları mad. 50(3)(b)'ye göre Genel Sekreter 120 gün içerisinde yapılamayan iptal talebi müracaatlarını reddedecektir. Genel Sekreterin müracaatı uygun bulması, heyetin ayrıca inceleme yapmasını etkilemeyecektir. Heyetin üyelerinden birisinin rüşvet aldığı iddiasına yönelik olarak, iki ayrı süre mevcuttur. Burada birinci süre, rüşvetin tespit edilmesinden itibaren hesaplanacak 120 günlük süredir. Bu sürenin dışında, bu süreye ilave olarak müracaatı kesinlikle sınırlayan diğer bir süre daha vardır. Kararın yayınlanmasından itibaren üç yıllık süre olan bu süre de diğer süredir. Tahkim Kuralları 50(3)(b)'ye göre, Genel Sekreter eğer rüşvetin öğrenilmesinden itibaren 120 günden fazla zamanın geçmiş olduğunu tespit ederse, bu üç yıllık süre içerisinde iptal müracaatı yapılmış olsa bile müracaatı kayda almayı reddedecektir. Eğer kararın açıklanmasından itibaren 3 yıldan fazla süre geçmişse Genel Sekreter bu durumdaki müracaatı da kayda almayı reddedecektir¹⁵⁰.

IV. AD HOC KOMİTENİN OLUŞTURULMASI

A. Genel

Genel Sekreter iptal müracaatı sonrası hemen hakemler panelinden üç kişilik bir komite kurulmasını temin edecektir. Ad hoc komitenin oluşturulma şekli Tahkim Kuralları mad.52'de açıklanmıştır. Kararın iptali talebinin kayda alınmasından sonra Genel Sekreter İdari Konsey Başkanından Sözleşmenin 52(3)'üncü maddesine göre bir ad hoc komite atamasını talep edecektir. Komitenin üyelerinin görevi kabul ettiklerinin Genel Sekreterce taraflara bildirildiği tarihte, komitenin kurulmuş olduğu kabul edilecektir. İlk oturumda veya öncesinde komitenin her üyesi, komitenin Tahkim Kuralları mad. 6(2)' ye uygun kurulduğunun bildirgesini imzalayacaklardır.

İdari Konsey Başkanı Hakemler Panelinden istediği hakemleri seçmekte serbesttir. Uygulamada Genel Sekreter ad hoc komitenin oluşturulmasında taraflara danışmakta ve atamalarda başkana tavsiyelerde bulunmaktadır. Ad hoc komitenin

¹⁵⁰ Bkz.<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>,(31.10.2009)

oluşturulma usulü, başlangıçtaki hakem heyetinin oluşturulmasından farklıdır. Hakem heyetinin başlangıçta kurulmasının taraflarca sağlanamadığı durumlarda, İdari Konsey tarafından sağlanması ikincil bir durumken, ad hoc komitenin oluşturulmasında İdari Konsey Başkanının görevi asıldır. Ad hoc komitede hakem sayısının üç kişi olacağı Tahkim Kuralları mad. 37'de düzenlenmiştir. Bu durumda hakem heyetinin oluşturulmasından farklılık gösteren diğer bir düzenlemedir. Ad hoc komitenin başkanının kim olacağı konusunda ne Tahkim Kurallarında ne de Sözleşmede bir düzenleme mevcuttur. Uygulamada üç hakem kendi aralarından bir kişiyi başkan seçmektedirler¹⁵¹. Ad hoc komite üyelerinden hiçbiri, kararı veren hakem heyetinin üyesi veya bu hakem heyeti üyelerinden birisi ile aynı devletin vatandaşı veya aynı uyumsuzlukta arabulucu olarak görev yapmış kişilerden olamayacaktır¹⁵². Ad hoc komiteye seçilen hakemlerden hiçbiri uyumsuzluğa taraf olan devlet veya diğer tarafın vatandaşlığında olmamalıdır. Ayrıca bu hakemlerden hiçbiri daha önceden bu uyumsuzlukta arabuluculuk ta yapmamış olmalıdır.

Vatandaşlık kriterini göze alarak hakem atanması bazı zorluklara da sebep olabilecek niteliktedir. Yatırımcıların vatandaşlığı yargılamanın ilk safhasında belirlenecektir. Çünkü bu yargılamanın önemli bir unsurudur. Fakat çok uluslu yatırımcılarda vatandaşlığın belirlenmesi konusundaki tartışmalar, iptale ilişkin taleplerde ve iptal usulünde bile devam etmektedir. Burada hakemlerin de birden fazla ülkenin vatandaşı olması durumu ayrı bir zorluk yaratmaktadır. Bu anlamda bütün kişilerin vatandaşlığının başlangıçta esaslı bir şekilde belirlenmesi önemlidir¹⁵³.

B. Ad Hoc Komitenin Özellikleri

Yorum ve karar düzeltmesi (revizyon) talepleri, kararı veren heyet tarafından gerçekleştirilirken iptal taleplerini incelemek için yeni bir ad hoc komite görevlendirilmektedir. Bu anlamda ICSID tahkiminde iptal, karara karşı başvurulacak hukuki yolların en şiddetli olanıdır. İptale ilişkin müracaat süresi ve ileri sürülebilecek

¹⁵¹ Schreuer,age,s.1013.

¹⁵² Ekşi,age,70.

¹⁵³ Schreuer,age,s.1014-1016.

sebepler diğer hukuki başvuru yolları olan kararın yorumu, kararın düzeltilmesi (revizyon), ek karar ve kararın tashihi usullerinden de farklıdır¹⁵⁴.

Bazı yorumcular tarafların ad hoc komitenin oluşturulmasında etkili olamamaları nedeniyle ad hoc komitenin taraflar için pek de cazip ve çekici bir komite olmadığını ifade etmektedirler. Fakat diğer taraftan onların oluşturulma şekli, objektif ve rasyonel karar verebilmelerinde etkili de olacaktır. Komitenin bütün üyeleri iki tarafa da eşit uzaklıkta bulunacaktır. Sözleşmeye taraf olan devletler komitenin oluşturulmasında dolaylı bir etkiye de sahiptirler. Çünkü hakemler panelinin çoğu taraf devletlerin üyelerinden oluşmaktadır. Komite için hakemler seçilirken yatırımcının veya taraf devletin vatandaşı olmama şartı da aranmaktadır. Hakemlerin uygulanacak hukuk sistemleri ile iştigalleri ve uygulanacak hukuka ilişkin yabancı dil seviyeleri de hakemlerin atanmalarında önemli rol oynamaktadır.

ICSID hakem heyeti kararlarına karşı, kararı veren heyet dışında başka bir milletlerarası heyet (ad hoc komite), kararı ICSID Sözleşmesi kapsamında tekrar ele alarak, kararın kısmen veya tamamen iptaline karar verebilmektedir. Milletlerarası hakem heyetleri tarafından verilen kararlara karşı, kararın iptali veya yeniden ele alınması için kararı veren heyet dışında yargılama yetkisine sahip başka bir milletlerarası heyete müracaat etme imkânı sağlayan ICSID Sözleşmesi benzeri milletlerarası sözleşmeler mevcuttur. Bu sözleşmelere örnek olarak, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Bölgesi Anlaşması (NAFTA, North American Free Trade Area) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Milletlerarası Çalışma Örgütü (ILO, International Labor Organization) ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gösterilebilir¹⁵⁵.

V. HOC KOMİTENİN KARAR VERMESİ

A. İptal Bir Zorunluluk mu Yoksa Takdiri midir?

Ad hoc Komiteler Sözleşmenin 52'inci madde 1'inci fıkrasında belirtilen sebeplerden birisinin varlığını tespit ettiklerinde iptal kararı vermek zorunda mıdırılar,

¹⁵⁴ Schreuer, age, s.1018.

¹⁵⁵ Petersmann, U.E.: How To Promote The International Rule Of Law, Journal Of International Economic Law 1, 1998, s.37.

yoksa bu konuda bir taktir yetkisine mi sahiptirler? Sözleşmenin lafzıyla yorumlanması durumunda ad hoc komitelerin iptal kararı vermek zorunda oldukları anlamı çıkmaktadır. Sözleşmenin hazırlanması aşamasında bu konuda bir tartışma yaşanmamıştır ve gerekçe de mevcut değildir. Fakat geçmişte görevlendirilen bazı ad hoc komiteler, bu soruya farklı cevaplar vermişlerdir. Klöckner ve Kamerun komitesi bu konuda Sözleşmenin lafzına bağlı bir yaklaşım sergilemiştir. Komitenin iptale ilişkin bir gerekçenin gerçekleşmesi durumunda otomatik olarak kararı iptal etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Komite bu konuya ilişkin olarak Sözleşmenin lafzına bağlı kalınması gerektiğini, kararın maddi doğruluğunu ikinci plâna iterek iptal gerekçeleri için komitenin takdir yetkisine sahip olmadığını belirtmiştir¹⁵⁶.

Amco ve Endonezya davasında görevlendirilen ad hoc komite ise, daha esnek bir yaklaşım sergilemiştir. Hatalı hukuk nizamının uygulanması ile doğru sonuca ulaşan heyet kararını bu gerekçe nedeniyle iptal etmeyi reddetmiştir. MINE ve Gine davasında ad hoc komite açıkça taktir yetkisi olduğunu kabul etmiş ve bu taktir yetkisini kullanmıştır. Komite heyetin yanlışlıkla Gine hukuk nizamı yerine tıpa tıp aynı hükümleri taşıyan Fransız hukuk nizamını uygulaması gerekçesi ile nihai kararı iptal etmemiştir. Bu şekli yaklaşımdan çok maddi bir yaklaşımdır. Doktrinde ad hoc komitelerin takdir hakkını kullanması gerektiği görüşü daha ağır basmaktadır.

B. İptal veya Onama

Ad hoc Komitenin elinde iki seçenek vardır. Ya kararı iptal edecek, ya da iptal etmeyecektir. Komitenin kararı onaması gibi bir yetkisi açıkça düzenlenmemiştir. Eğer komite kararın tamamını veya bir kısmını iptal etmemişse, böylelikle kararın tamamını veya ilgili kısmı onanmış olacaktır. Ad hoc komite iptal talebini reddedebileceği gibi, kararın tamamını veya bir kısmını onamayı da tercih edebilir¹⁵⁷. Komitenin fonksiyonu iptal mahkemesi (istinaf) fonksiyonu gibidir. İptal edecektir, ama iptal edilen kararın tamamı veya iptal edilen kısmı yerine kendi kararını koyamayacaktır. İptal ettiği kararı resmi olarak yorumlayamayacaktır. İptale karar verilirse, yeni kararı yeniden oluşturulacak heyet verecektir. Tarafların taleplerini reddetmek veya kabul etmek gibi bir durumu olmayacaktır. Sadece karar yeni heyete geri gönderilecektir. Yeni heyet ad hoc

¹⁵⁶ Schreuer, age, s. 1018.

¹⁵⁷ Schreuer, ICSID Annulment, age, s. 112.

komitenin iptal gerekçeleri ile bağılı olmayacaktır. Örneğin ad hoc komite yetkisizlik nedeniyle kararı iptal etmişse, yeni heyet kendini yetkili kabul edebilecektir¹⁵⁸.

Hakem kararının iptali için yapılacak olan başvuru sayısı konusunda, ICSID Sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada aynı uyuşmazlığa ilişkin bir hakem kararının iki veya daha fazla sayıda iptali istenebilmektedir. Klöckner ve Kamerun ile Amco ve Endonezya davalarında ikişer defa iptal talebinde bulunulmuştur. Amco davasında yargılama 1981 yılında başlamış ve uyuşmazlık on bir yıl sonra 1992 yılında tarafların anlaşması ile son bulmuştur. ICSID Sözleşmesi uyuşmazlıkların çözümünde tarafların ulusal mahkemelerini yargılama dışında tutmayı başarmasına rağmen, kendi içerisindeki bu denetim mekanizması aynı uyuşmazlığa ilişkin bir kararın birden çok defa iptal edilerek aynı uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın uzamasına neden olabilecek olumsuzlukları da içerisinde barındırmaktadır¹⁵⁹.

C. Nihai Kararların Tamamen İptali

Sadece nihai kararlar iptale konu olabilirler. Ara kararlar ayrı olarak iptale konu olamayacaklardır. Yetkiye ilişkin kararlar ve tedbir kararları kararın bir parçası olmadıkça ayrıca iptale konu olamazlar. Ek kararlar veya tashih kararları da nihai kararlarla birlikte iptale konu olabilirler. Yorum kararları veya düzeltme (revizyon) kararları ise yalnız başına iptale konu olamazlar. Bir ad hoc komitenin iptal kararı da başka bir ad hoc komite için iptale konu olamayacaktır. Fakat iptalden sonra oluşturulan yeni heyetin verdiği karar, iptale konu olabilecektir.

Ç. Nihai Kararın Kısmi İptali

Sözleşmenin 52'inci maddesi 3'üncü fıkrasına göre hükmün kısmen iptal edilmesi mümkündür. Taraflar hükmün kısmen veya tamamen iptalini talep edebilirler veya ad hoc komite taraflar hükmün tamamının iptalini talep etse bile, hükmün kısmen iptaline karar verebilir¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Schreuer,age,s.1023

¹⁵⁹ Ekşi,age,s.73.

¹⁶⁰ ICSID Sözleşmesinin Türkçe metni için: bkz. <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?4375> (31.10.2009)

Klöckner ve Kamerun davasında Klöckner'den hükmün tamamının iptali talebi gelmiş, fakat heyet hükmün kısmen iptaline karar vermiştir. Komite bunu gerçekleştirirken madde 52(3)'e atıf yaparak, kararın bir kısmının kararın diğer kısmından ayrılabilmesi ve iptalin kalan kısmı etkilememesi ve bağımsız bir karaktere sahip olması şartları gerçekleştiğinde kısmi iptalin mümkün olacağını ifade etmiştir¹⁶¹.

Amco ve Endonezya davasında da hükmün tamamen iptali Endonezya tarafından talep edilmiş, Ad hoc komite burada kısmen hükmün iptalini çelişkiler yaratacak şekilde değerlendirmiştir. Komite önce hükmün bazı kısımlarını iptal etmiş, bu kısmi iptallerden sonra hükmün tamamının iptal edildiğini açıklamıştır. Fakat iptalin heyetin ordu ve polis güçlerinin hareketlerinin yasal olmadığı ve Amco'nun Endonezya'dan tazminat hakkı olduğuna ilişkin hususları kapsamadığını belirtmiştir. Ayrıca komite iptalin tazminatın miktarı ve polis ve asker müdahalesi ile ilgili tespit edilen zaman aralığına ilişkin belirlemeleri ise kapsadığını ifade etmiştir. Hükmün tamamını iptal edip sonra bazı kısımları korumak mantıksız görünmektedir. Bu mümkün müdür ve yeni bir heyete uyuşmazlık götürüldüğünde bu tespitlerin geçerliliği (res judicia) ne olacaktır. Bu çeşit iptali bazı yorumcular eleştirmişlerdir. Yeni heyet bu durumu analiz etmiş ve kararın hangi kısımlarının iptal edildiğini ve hangi kısımların kesin hüküm (res judicata) olduğunu ortaya koymuştur. Heyete göre açıkça iptal edilmeyen kısımlar kesin hükümdür(res judicata). Heyetin iptal için ileri sürülmeyen konulara ilişkin tespitleri kesin hükümdür(res judicata). Ad hoc komitenin gerekçeleri yeni heyeti bağlamamaktadır. İptal edilen hususlar yeni heyetçe yeniden değerlendirilmelidir¹⁶².

Hükmün belirli kısımlarının iptali diğer kısımları da etkileyebilir. Hükmün bu bir biriyle bağlantılı doğası bir kısmın geçersizliği durumunda diğer kısmın geçersizliğini de doğurur. Buna domino etkisi denmektedir. Hükmün kısmen iptali ICSID tahkiminde denge unsuru olmaktadır.

VI. İPTAL VE FERAGAT

¹⁶¹ Klöckner ve Kamerun Davası için Bkz.(ICSID Case No. ARB/81/2)
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>

¹⁶² Schreuer,age,s.1025-1026.

İptale ilişkin diğ er bir konu ise iptalin feragate konu olabilmesidir. Karardan önce anlaşma ile iptale müracaat hakkından feragat etmenin hangi derecede ve hangi kapsamda olacağı tartışmalıyken, taraflardan herhangi birinin karar yayımlandıktan sonra bu hakkından vazgeçebileceği açıktır. Usul işlemleri esnasında gerçekleşen bir hataya itiraz mümkünken, bu itirazın yapılmaması, bu durumun sonradan iptal için ileri sürülmemesi bir vazgeçme olarak kabul edilebilir. İptal için belirli konulardaki eksikliklere ilişkin iptal talebinde bulunulması, fakat diğ er bazı eksiklikler için bu taleplerin ileri sürülmemesi ileri sürülmeyen eksikliklere ilişkin konularda bir vazgeçme veya feragat olarak kabul edilebilir. Fakat iptal usulü içerisinde iptale dayanak teşkil edecek yeni gerçeklerin ortaya çıkması durumu, bu durumdan farklıdır. Bu gerçekler taraflarca bilinmiyor ise ve sonradan bilinir duruma gelmiş ise bu durum bir vazgeçme olarak kabul edilmeyecektir. İptal usulü içerisinde iptal için yeni gerçekler ortaya çıkmışsa bu durumda iptal için temel teşkil edebilecektir. Vazgeçme veya feragat iptal usulü içerisinde ortaya çıkabilir. Bir taraf müracaatını geri çekebilir veya yeni gerçekleri ileri sürmekten imtina edebilir. Ad hoc komite kendisinden talep edilmedikçe kendiliğinde kararı iptal edemeyecektir¹⁶³.

VII. İPTAL USULÜ DIŞINDA BIRAKILAN HÜKÜMLER

Sözleşmenin bütün hükümleri tahkimde iptal usulünün kapsamı içerisine dahil değildir. ICSID Sözleşmesi 36'ıncı madde de düzenlenen tahkim talebine ilişkin hüküm ile 37-40'ıncı maddeler arasındaki heyetin oluşturulması kapsamında mevcut bulunan hükümlerin iptal usulü ile ilgileri yoktur. Aynı şekilde 47'inci madde kapsamında geçici tedbirlere ilişkin hükmün de iptal usulü ile ilişkisi yoktur. Çünkü ad hoc komite mad 52(5) kapsamında geçici tedbirler alacaktır. Sözleşmenin 46'ıncı maddesi ilave iddialara ve karşı iddialara ilişkin hususları içermektedir. Taraflardan birisi kararın bir kısmının iptalini talep ederken karşı taraf kararın başka bir kısmının iptalini talep ederse, bu karşı iddia değildir. Madde 46 olası ani iddialar ve ilave iddialarla da ilgilidir. Fakat bu kapsamda değerlendirilebilecek olan ad hoc komitenin yargılama giderlerine ilişkin hususlar Sözleşmenin 59 ile 61'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

¹⁶³ Schreuer, age, s.1036.

Komitenin yargılama yetkisine ilişkin mad.25,26,27 düzenlenen hususların iptal prosedürünün dışında bırakılması konusu da bazı tereddütler oluşturmaktadır. Mad. 25 iptal gerekçelerinde heyetin yargılama yetkisini aştığı sebebi ile yakından ilgilidir. Mad.26 da iptal usulü ile mad. 27 diplomatik korumayla ilgilidir¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Schreuer, age, s.1039-1042.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ

I. İPTAL SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

İptal sebepleri ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi 52'nci madde 1'inci fıkrasında: "*Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliği yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.*

- a) *Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,*
- b) *Heyetin yetkisini açıkça aştığı,*
- c) *Heyetin üyelerinden birinin rüşvet aldığı,*
- d) *Usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,*
- e) *Kararın dayandığı gerçekleri belirtmediği,"* düzenlemesi mevcuttur.

Bu maddede belirtilen sebepler sınırlı sayıdadır ve taraflar bu maddede düzenlenen iptal sebepleri dışındaki sebepleri iptal sebebi olarak ileri süremezler. ICSID Sözleşmesinin 52'inci maddesinde düzenlenen iptal sebepleri incelendiğinde sebeplerin doğaları gereği geniş kapsamlı, değişik durumları içine alabilecek yapıda oldukları görülür. Taraflar, hukuka ve maddi olaylara ilişkin olarak daha önceden hakem heyeti önünde ileri sürmedikleri hususları iptal usulü içerisinde ad hoc komite önünde ileri süremezler. Klöckner ve Kamerun ile MINE ve Gine davalarında ad hoc komitelerin ifade ettikleri gibi, iptal usulü tarafların hakem heyeti önünde sundukları iddialarını tamamlayıp geliştirecekleri bir fırsat değildir. Fakat gene de Sözleşmenin 52'inci maddesinde belirlenen iptal sebepleri geniş kapsamlı ve değişik durumları içerecek şekilde düzenlenmiştir. Örneğin ICSID Sözleşmesi Mad.42(1)'e göre hakem heyeti, uyuşmazlığı tarafların üzerinde anlaşacakları hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturacaktır. Madde 52(1)'de, tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kurallarının uygulanmaması yönünde bir iptal sebebi yoktur. Bu durumda taraflar 42(1)'in ihlâlini, yetkinin aşılması olarak veya kararın dayandığı gerekçeleri belirtmemesi olarak

değerlendirebilirler. Benzer şekilde Sözleşmenin 48(3)'üncü maddesine göre “*Nihai karar, heyete sunulan her sorunun çözümünü içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirtecektir.*” ICSID Sözleşmesi mad. 52(1)(d)'ye göre taraflar, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmemesi durumunda iptal talebinde bulunulabilecektir. Oysa mad. 52(1)'de heyete sunulan bütün sorunlarla ilgilenilmemiş olunması bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda taraflar Sözleşmenin mad.48(3) anlamında heyete sunulan bütün sorunlarla ilgilenilmemesini “usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu” veya kararın dayandığı gerekçeleri yeterince içermediği sebebiyle iptal talebinde bulunulabileceklerdir¹⁶⁵.

B. Birden Fazla İptal Sebebinin Birlikte İleri Sürülmesi

ICSID Sözleşmesi mad. 52(1), iptal taleplerinin bir veya daha fazla sebebi birlikte içerebileceklerini ifade etmektedir. Dava açmanın en çok kabul gören yöntemi, tek atışla hedefi vurmak yerine, birden fazla atışla hedefi vuracak şekilde hareket etmektir. Diğer bir ifade ile iptal talebinde birden fazla iptal sebebini birlikte ileri sürmektir. Madde 52(1)'de düzenlenen sebeplerden bir tanesi kararın iptalini sağlarken, müracaat eden bu sebeple birlikte diğer başka sebepleri de ileri sürebilecektir. Sözleşmenin 52'üncü maddesinde düzenlenen beş iptal sebebinden ikisi uygulamada ileri sürülmemektedir. Bunlar heyetin düzgün oluşturulmadığı ve heyetin üyelerinden birisinin rüşvet aldığı sebepleridir¹⁶⁶. Diğer taraftan diğer üç sebep ise neredeyse hemen hemen her iptal talebinde birlikte ileri sürülmektedirler. 1984–1992 yılları arasında dört karar için iptal talebinde bulunulmuştur. Bu taleplerin üçünde verilen kararlar iptal edilmiştir. 1992 yılından 2001 yılına kadar iptal talebi olmamıştır. 2001 yılında taraflarca iki iptal talebinde bulunulmuş, bu taleplerden birisi reddedilmiş, diğeri ise kararın kısmen iptali ile sonuçlanmıştır¹⁶⁷.

Klöckner ve Kamerun davasında¹⁶⁸ 1984 yılında Klöckner, heyetin yetkisini açıkça aştığı, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu sebepleriyle iptal talebinde bulunulmuştur. Amco ve Endonezya

¹⁶⁵ Schreuer, age, s.888-894.

¹⁶⁶ Schreuer, age, s.923-928.

¹⁶⁷ Schreuer, ICSID Annulment, age, s.104-105.

¹⁶⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.4, s. 92.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>
para. 1. (ICSID Case No. ARB/81/2)

davasında 1985 yılında Endonezya, heyetin yetkisini açıkça aştığı, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu sebepleriyle iptal talebinde bulunmuştur. MINE ve Gine davasında¹⁶⁹ Gine, heyetin yetkisini açıkça aştığı, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu sebepleriyle iptal talebinde bulunmuştur. İkinci Klöckner ve Kamerun davasında iptal kararı tarafların talebi ile yayınlanmamıştır. Bu davaya ilişkin ikincil kaynaklardan alınan resmi olmayan bilgilere göre iptal sebeplerinin, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği ve usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu yönündedir. İkinci Amco ve Endonezya davasında düzeltme talebi neticesinde verilen kararlar ilgili olarak usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu sebebiyle kararın iptal edildiği görülmektedir. SPP ve Mısır davasında iptal talebi müracaatı 27 Mayıs 1992'de kayda alınmıştır. Bu dava ile ilgili resmi olmayan kaynaklardan alınan bilgiye göre Mısır, heyetin yetkisini aştığı, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu gerekçeleriyle iptal talebinde bulunmuştur. Fakat bu davada uyuşmazlık sulh ile çözülmüştür¹⁷⁰.

C. İptal Sebeplerinin Analiz Edilmesi İhtiyacı

Sözleşmenin taslağı üzerindeki görüşmelerde hakem heyetinin kendisine sunulan bütün sorunlarla ilgili karar vermemesinin, usule ilişkin kurallardan temel sapma mı, yoksa yetki aşımı mı oluşturacağı konusunda çeşitli tartışmalar olmuştur. Uygulamalar bir dizi iptal sebebinin farklı algılandığını ve hatta en çok kullanılan iptal sebeplerinin bile, bazen birbirlerinin yerine kullanıldığını göstermiştir. Bu değerlendirme ışığında iptal sebeplerinin iyi analiz edilmesine ihtiyaç vardır¹⁷¹.

Amco ve Endonezya davasında Endonezya kararın iptali talebinde bulunmuştur. İptal talebinde, iptal sebebi olarak üç sebebi birlikte ileri sürmüştür. Bu sebepler, heyetin yetkisini açıkça aşması, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olması ve kararın dayandığı gerekçeleri belirtmemesi sebepleridir. Endonezya, hakem heyetince Amco'nun yatırım eksikliğinin maddi bir unsur olarak görülmemesini, yatırım lisansının Endonezya tarafından iptalinin haklı bulunmamasını ve ayrıca Amco'nun yatırım

¹⁶⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.5, s. 99-100.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.2.05-2.07, (10.04.2010)

¹⁷⁰ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (10.04.2010)

¹⁷¹ Schreuer, age, s.926

lisansını iptal edince, kendisinin adil davranma kuralına aykırı davrandığı yönündeki hakem heyeti tespitini iptal sebeplerine gerekçe olarak ileri sürmüştür. Netice olarak heyetin yukarıda sayılan üç sebebi de içeren hatalı karar verdiğini ifade etmiştir¹⁷².

MINE ve Gine davasında¹⁷³ Gine, heyetin kararını dayandırdığı gerekçeleri açıklamaması sebebiyle heyetin nihai kararının iptal edilmesini talep etmiştir, çünkü Gine'ye göre heyet böyle davranarak yetkisini açıkça aşmış ve usulün temel kurallarından sapmıştır.

Klöckner ve Kamerun davasında Klöckner iptal için başvuru sebeplerini “*üç sebebe de uymamak*”¹⁷⁴ olarak ifade etmiştir. Klöckner bu ifade ile “*heyetin yetkisini açıkça aştığı, usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu ve kararın dayandığı gerçekleri belirtmediği,*” iptal sebeplerini birlikte ileri sürmek istemiştir. Ad hoc komite böyle bir iptal sebebinin Sözleşmede mevcut olmadığını, Klöckner'in “*kararda gerekçelerin bildirilmemesi ve yetkinin aşılması*” sebeplerini ileri sürmek niyetinde olduğu sonucuna varmıştır. İptal sebeplerinin farklı anlaşılması ve kesin olarak belirlenmemesine ilişkin yaklaşımları ad hoc komitelerin kararlarında da görmek mümkündür. İptal sebeplerinin farklı yorumlanması tekrar tekrar devam etmektedir. Yukarıda verilen örneklerde dikkate alınarak, iptal sebeplerinin ayrıntılı incelenmesinde ve net olarak ortaya konulmasında yarar vardır.

II. İPTAL SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ

A. Heyetin Uygun Şekilde Oluşturulmaması

1.Genel

Bu sebep, ICSID tahkimi dışında diğer tahkim usulleri içerisinde de kararlara karşı başvurulacak hukuki yollar arasında yer almaktadır. Bu iptal sebebi ICSID Sözleşmesinin taslağında başlangıçta yokken, sonradan yapılan teklifler ile görüşmeler

¹⁷² Schreuer, age, s.927.

¹⁷³ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 106.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.02 (10.04.2010)

¹⁷⁴ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 139.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2), Para.165-176, (10.04.2010)

esnasında Sözleşmeye dahil edilmiştir. Sözleşmeye bu iptal sebebi ilave ettirilirken oluşan tartışmalarda, heyet oluşturulurken böyle bir hususun tespit edilmesi durumunda, bu durumun taraflarca itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Heyet oluşturulmadan önce itirazda bulunulmaması durumunda, bu sebebin nihai karar sonrası iptal için sebep olarak ileri sürülmesi beklenmeksizin, kurulan heyetin kendi yetkisi için karar verdikten sonra heyetin yeniden teşkili veya düzeltilmesi için taraflara imkân tanınmasının uygun olacağı teklifinde bulunulmuş, fakat bu teklif kabul görmemiş ve son durum şu anki anlaşmadaki metnin oluşmasını sağlamıştır¹⁷⁵.

Heyetin uygun oluşturulmadığı sebebi hiç kullanılmamış ve ileride de kullanılmayacak gibi görünmektedir. ICSID Sekretaryası bu aşamayı çok dikkatli izlemekte ve bu kapsamda usule aykırılık muhtemel görünmemektedir. Hakem heyetinin oluşturulma usulü ICSID Sözleşmesinin 37'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *“Hakem Heyeti 36.'nci maddeye uygun bir istem kaydedildiğinde en kısa zamanda oluşturulacaktır. Heyet yalnız bir hakemden veya tarafların üzerinde anlaşacağı tek sayıda tayin edilmiş hakemlerden oluşacaktır. Tarafların hakemlerin sayısında veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamamaları halinde, heyet, taraflarca ayrı, ayrı atanan birer ve Heyetin Başkanlığını yapacak, tarafların ortak atadığı bir hakemden olmak üzere üç hakemden oluşacaktır.”* Bu düzenleme karşısında taraflar Hakemler Panelinde bulunan kendi ülkelerinin hakemini atayabileceklerdir. Hakem heyetinin başkanı olacak üçüncü hakem ise tarafsızlığı ve bağımsızlığı milletlerarası düzeyde tanınan bir kişi olacaktır¹⁷⁶.

ICSID Sözleşmesi 38'inci maddesinde *“Eğer Heyet 36'nci maddenin 3'üncü paragrafına göre müracaat kaydının Genel Sekreterlikçe dağıtımını izleyen 90 gün içinde veya tarafların daha önce üzerinde konuştuğu bir sürede oluşturulmazsa, Başkan herhangi bir tarafın talebi üzerine taraflara mümkün olduğunca danışarak atanamayan hakem veya hakemleri atayacaktır. Bu maddeye göre Başkanca atanan hakemler, anlaşmazlığa taraf olan akit ülkenin vatandaşı veya akit ülkelerin vatandaşlarından birinin taraf olduğu anlaşmazlığa taraf olan akit ülkenin vatandaşı olamazlar.”* düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemede en önemli husus hakemlerin vatandaşlığıdır.

¹⁷⁵ Schreuer, age, s.928.

¹⁷⁶ Günuğur, H.: Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü, Faruk Erem Armağanı, Ankara. s.340-341.

Hakem heyetinin taraflarca oluşturulmadığı ve ICSID Başkanınca oluşturulduğu durumlarda, ICSID Sözleşmesi 38'inci maddesindeki düzenleme, yatırımı kabul eden ülkenin veya yatırımı yapan ülkenin vatandaşı olan hakemleri heyetin dışında tutmaktadır. Eğer hakem birden fazla ülkenin vatandaşı ise ancak vatandaşı olmadığı ülkeleri ilgilendiren uyuşmazlıklarda görevlendirilebilir. Özellikle yatırımı gerçekleştiren birden fazla ortağın veya şirketin vatandaşlıklarının tespiti ve heyetin oluşturulması konusunda hassasiyetler vardır. ICSID Sözleşmesinin mad.25(2)(b)'ye göre taraflar arasında tarafların vatandaşlığı konusunda bir sözleşme var ise sözleşme kapsamında ortaklığın vatandaşlığı heyetin oluşturulması açısından önem kazanmaktadır¹⁷⁷.

Hakem heyetlerinde görev yapacak kişilerin nitelikleri Sözleşmenin 14'üncü maddesinde belirlenmiştir. Hakemlerin nitelikleri de heyetin uygun şekilde oluşturulması bakımından önem taşımaktadır. Arabulucu veya hakem panellerinde hizmet vermek üzere atanacaklar, yüksek ahlak sahibi hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve tarafsız davranılacağına güvenilebilecek kişiler olacaklardır. Hakem Panelinde görev alacaklar için hukuk alanındaki yeterlilik özel önem taşımaktadır. ICSID sözleşmesi madde 40(2)'ye göre "*Hakemler Paneli dışından atanacak hakemlerde de aynı nitelikler aranacaktır.*"

2. Hakem Heyetinin Oluşturulmasına Karşı Önceden İtiraz Etmiş Olmak Şartı

Sözleşmenin 57'inci maddesi tarafların teklif ettiği hakemlerden birinin uygun görülmemesi durumunu düzenlemektedir. Sözleşmenin 57'nci maddesinde "*Taraflardan biri bir Komisyon veya Heyete, 14. Maddenin 1. paragrafında istenilen niteliklere sahip olmadığını gösterir delillere dayanarak, üyelerin herhangi birinin ıskatını önerebilir. Hakemlik davasının taraflarından biri IV. Kısımın 2. Bölümü gereğince yeterli olmadığını öne sürerek bir hakem veya arabulucunun ıskatını önerebilir.*" düzenlemesi mevcuttur. Diğer bir ifade ile taraflardan biri, ad hoc komite veya hakem heyetinden, hakemlerden birinin 14'üncü maddenin 1'inci paragrafında istenilen niteliklere sahip olmadığını gösterir delillere dayanarak hakemin reddini talep edebilecektir. Bu durum Sözleşmenin IV.Kısımın 2'nci Bölümünde düzenlenen 38 ve 39'uncu maddeler kapsamında

¹⁷⁷ Schreuer, ICSID Annulment, age,s.105.

hakemlerin vatandaşlıklarına ilişkin itirazları da içermektedir. Hatta burada asıl meseleyi hakemlerin vatandaşlığına ilişkin itirazların oluşturacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Sözleşmenin 58'inci maddesi hakemlerin yetkisiz kılınmasının usulünü düzenlemektedir. Karar hakem heyetinin diğer üyeleri tarafından verilecektir. Fakat tek hakemin veya hakemlerin çoğunluğunun reddi talep edildiğinde veya oyların eşit çıkması durumunda İdari Konseyin Başkanı (Dünya Bankasının Başkanı) bu kararı vermeye yetkilidir. Tahkim Kuralları 9'uncu madde hakemin heyet dışında bırakılması veya reddine ilişkin kuralları düzenlemektedir. Bu maddeye göre taraflar sebepleri ile birlikte derhal heyetin uygun oluşturulmadığına ilişkin ilk itirazlarını yapmalıdırlar. Bu itirazın yapılabileceği en son zaman delillerin ikamesinin sona erdiği zamandır. Tahkim Kuralları 27'nci maddesinde, heyetin düzenlenmesinde ICSID Sözleşmesine aykırılık olduğu durumlarda, itirazlarının derhal bildirilmesi gerektiği ve bu konuda taraflardan birisinin gösterdiği başarısızlığın hakem veya hakemlerin reddinden vazgeçmiş olduğu olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Tahkim Kuralları 27'inci maddesinin iptal talebine ilişkin müracaatlarda da uygulanacaktır. Çünkü Tahkim Kuralları 53'üncü maddesinde *"Tahkim Kurallarının bütün düzenlemeleri kararın iptali, yorumu ve düzeltilmesi usulüne ve hakem heyeti ile komitenin bütün kararlarına doğrudan doğruya uygulanacaktır."* İfadesi mevcuttur. Heyetin veya ad hoc komitenin uygun şekilde oluşturulmadığını değerlendiren tarafın itirazda bulunması beklenmektedir. Bu durumun bilinerek itirazda bulunulmaması ve daha sonra kendisi için uygun olmayan şartların gelişmesi üzerine bu konuyu dile getirerek itirazda bulunmanın kabul edilmeyeceği muhakkaktır¹⁷⁸.

Heyetin uygun şekilde oluşturulmadığı sebebinin iptale gerekçe olarak ileri sürülebilmesi için, iptal talebinde bulunacak tarafın bu konudaki itirazını yargılamanın başlangıcında ileri sürmesi gerekmektedir. Aksi durumda bu konuya ilişkin iptal talebi kabul edilmeyecektir. Bunu bu şekilde kabul etmezsek, heyetin uygun şekilde oluşturulmasına engel olacak bir eksikliği bilen tarafa, bekleyerek kendi aleyhine çıkan bir karar için bu sebebi kullanma imkânı sağlanmış olacaktır. Fakat bu konudaki eksikliği heyet oluşturulduktan çok sonra öğrenen tarafın, iptal için bu sebebi ileri sürmesi iptal talebinin kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. İptal için heyetin uygun şekilde oluşturulmadığı sebebini ileri süren taraf, daha önce itirazda bulunmamışsa neden bu konuda yargılama esnasında daha önceden bir itirazda bulunmadığını da açıklamak

¹⁷⁸ Schreuer, age, s.930.

zorunda olacaktır. Eğer bu itirazı yapmışsa ve başarısız olmuşsa Genel Sekreter iptal talebine ilişkin müracaatı kaydetmeden geri çevirme yetkisine sahip değildir. Çünkü heyetin yetkisizliği sebebiyle iptal talebinde bulunan taraf, bu sebebe ilişkin iptal talebinde bulunma hakkını itirazda bulunarak kaybetmemektedir¹⁷⁹.

B. Heyetin Yetkisini Aşması

1. ICSID Hakem Heyetinin Yargılama Yetkisi¹⁸⁰

ICSID'in yargılama yetkisi, sözleşmenin 25'inci maddesinde, *“Bu Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmenin 25'inci maddesi incelendiğinde Merkezin yetkili olabilmesi, hakemlerin uyuşmazlığı çözebilmeleri için maddede belirlenen dört şartın mevcut olması gerektiği görülür. Bunlardan ilki tarafların merkeze başvuru üzerinde uzlaşmış olmaları şartıdır. Diğer bir ifade ile taraflar Merkezin yetkisi üzerinde anlaşmış olmalıdırlar ve bu konuda taraflar arasında bir sözleşme mevcut olmalıdır. Bu sözleşme meydana getirildikten sonra değiştirilemez olur ve tek taraflı olarak geri çekilemez. İkinci husus tarafların niteliğine ilişkindir. Bir taraf ICSID Sözleşmesini imzalayan bir devlet veya onun alt birimi olmalıdır. Diğer taraf ise anlaşmaya taraf olan devletin vatandaşlığında olmalıdır. Bu iki durum *“rationae personae”* dediğimiz kişiye, taraflara ilişkin şartlardır. Diğer ikisi ise *“rationae materiae”* denilen uyuşmazlığın konusuna ilişkin şartlardır. Bu anlamda uyuşmazlık *“hukuksal uyuşmazlık”* olmalı ve *“yabancı yatırımdan”* kaynaklanmalıdır. Başka bir ifadeyle sadece tarafların rızası yeterli değildir¹⁸¹.

¹⁷⁹ Schreuer, age, s.931.

¹⁸⁰ Yılmaz, age, s.45.

¹⁸¹ Toope, age, s.223.

b. Rationae Personae

(1) Merkezin Yetkisi Üzerine Tarafların Anlaşması

İlk basamak için öncelikle yatırımı kabul eden devletin ve yatırımı gerçekleştiren kişinin devletin ICSID anlaşmasına taraf olması gerekmektedir. ICSID Sözleşmesinin onaylanması ve kabul edilmesi ile sözleşmeye taraf devlet yargılama hakkından feragat etmemekte sadece bu konuya ilişkin hakkını kullanmış olmaktadır. Bir defa bu hak kullanılarak yetki verildi mi, tek taraflı olarak yetkiyi geri çekmek mümkün olmamaktadır. Alcao Minerals Şirketi ile Jamaika arasındaki davada¹⁸² heyet oybirliği ile Jamaika'nın usul işlemlerini katılmamasını ve tek taraflı olarak ICSID yargılama yetkisini geri almasını dikkate almayarak yargılama yetkisinin varlığını kabul etmiştir.

Tarafların aralarında ICSID tahkimini kabul ettiklerine ilişkin bir sözleşme de olmalıdır. Bu sözleşme yazılı şekle tabidir. Yani tarafların ICSID hakem heyetinin yargılamasını kabul ettiğini belirtir sözleşmenin şekil şartı, hakemlik sözleşmesinin yazılı olmasıdır. Yaygın olarak sözleşmeler ICSID şartı, konularak düzenlenmektedir. Bunun özel bir formu yoktur. Yatırım sözleşmelerinde yazılı olarak ICSID hakem heyetlerinin yetkili olduğunun belirtilmesi yeterli olmaktadır. Hakem heyetleri bunu davada incelemektedirler. Asıl sözleşmeye böyle bir şart (kloz) konulunca, ICSID Sekreterliğinin bundan bilgilendirilmesi gerekmemektedir¹⁸³.

ICSID Hakem heyetlerinin yetkisini belirleyen ve sınırlayan diğer şartlar (klozlar) da vardır. ICSID Sözleşmesi mad.26'ya göre *"Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Âkid devlet bu rızalarının ön koşulu olarak yerel ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir."* düzenlemesi mevcuttur. Yatırımı kabul eden devlet milletlerarası tahkime gitmeden önce kendi yerel çarelerinin tüketilmesini isteyebilir. Bu tip model şartları daha çok eski tip İki Taraflı Karşılıklı Yatırım Sözleşmelerinde (Bilereteral Investment Treaty- BIT) görmek mümkündür İsrail ile Guatemala, ICSID Sözleşmesine taraf olurken sözleşmeye bu şartı içeren bir çekince koymuşlardır. Fakat daha sonra İsrail bu çekincesini geri almıştır. Özellikle eski tip İki

¹⁸² Toope,age,s.224-225.

¹⁸³ Toope,age,s.226.

Tarafli Karşılıklı Yatırım Sözleşmelerinde (Bilereteral Investment Treaty- BIT) daha çok bulunan bu şart (kloz) “milletlerarası tahkime gitmeden önce yerel hukuki başvuru yollarının tüketilmesi” gerektiğini belirten şarttır (klozdur). Bu şartın (klozun) konulmasının sebebi tahkime başvurmadan önce uyuşmazlığın çözümünü tahkim dışında başka usullerle temin etmektir. Bu tür şartlarda (klozlarda) karşılıklı yatırım sözleşmelerinde belirli bir zaman dilimi tespit edilir. Bu süre uygulamada üç aydan iki yıla kadar değişebilmektedir. Arjantin ile Almanya arasındaki¹⁸⁴ Yatırım Sözleşmesinin 10’uncu maddesi böyle bir düzenleme içermektedir. İki Tarafli Yatırım Sözleşmesinde bulunan bu hüküm, ya tahkime ya da yerel çarelere başvurmak seçenekleri arasında seçme hakkı veren “yol ayrımı” (*fork in the roads*) şartının (klozunun) tam tersidir¹⁸⁵. Yol ayrımı şartında yerel ve adli çareler ile milletlerarası tahkim arasında davacı bir seçim yapar, fakat seçimi yaptıktan sonra bu seçimden dönmesi mümkün değildir. Oysa yerel ve adli çareler için belirli bir zaman diliminin tespit edilmesi durumuna ilişkin şartta, davacı bu süre kadar bekler. Bu sürenin sonunda milletlerarası tahkime başvurur. Bu durumda aşamalı olarak davacı farklı seçenekleri kullanabilir. Şöyle ki Maffezini ve İspanya davası¹⁸⁶ (*Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*) ile Siemens ve Arjantin (*Siemens A.G. v. Argentine Republic*) davasında¹⁸⁷ davacılar “en çok gözetilen ulus”¹⁸⁸ (*most-favoured nation*) kaydını ileri sürerek bu klozlardaki süreleri aşmaya çalışmışlardır.

Bu konuda kullanılan diğer bir şart ise yerel ve adli yargılama usulleri şartıdır. Bazı anlaşmalarda taraflar yatırım uyuşmazlıklarında yerel mahkemeleri yetkili kılmaktadırlar. Bunun örneği Holiday Inn ve Fas davasında¹⁸⁹ (*Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*) otellerin yapımına ilişkin yatırımcı ile Fas arasındaki asıl sözleşme ICSID Tahkim şartını içermektedir. Fakat diğer taraftan otellerin yapımında gerekli kredinin karşılanmasına olanak sağlayan kredi sözleşmesinde ise yerel mahkemeler

¹⁸⁴ <http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779> (10.04.2010)

¹⁸⁵ Schreuer, C.H.:Calvo’s Grandchildren: The Return Of Local Remedies In ICSID Arbitration, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2005, Leiden The Netherland.s.2-17

¹⁸⁶ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No.97/7), Decision on Jurisdiction, Paras. 38.(10.04.2010)

¹⁸⁷ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/02/8),Para.98-101.(10.04.2010)

¹⁸⁸ “Çok gözetilen ulus “ Kaydına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Radi,Y.: The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The European Journal of International Law 2007, Vol. 18, No. 4,s.757-774. <http://ejil.oxfordjournals.>(10.06.2008)

¹⁸⁹ Holiday Inn ve Fas davası 13 Ocak 1972 yılında açılmış ve dava tarafların kendi aralarında uzlaşması ile (sulh) 1972 yılında son bulmuştur. Bu dava ile ilgili bir karar mevcut değildir. ICSID Resmi Web sitesinde bu dava ile ilgili yargılamaya ilişkin işlemlerin safahatını gösterir kısa bir not mevcuttur.

yetkili kılınmıştır. Fas uyuşmazlığın ICSID Tahkimine götürülmesi üzerine yetki itirazında bulunmuş, fakat ICSID Heyeti kendisinin yetkili olduğuna karar vermiş, gerekçe olarak ta yatırımın bütün olduğu bölünemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁹⁰.

Türkiye'nin 1980 yılından sonra diğer devletlerle imzalamış olduğu karşılıklı yatırım anlaşmalarında, çıkacak yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için ICSID tahkim şartını (klozunu) koymuş olduğunu görülmektedir. Yerel çarelerin tüketilmeden ICSID tahkimine gidilememesine ilişkin şarta (kloza) örnek olarak da Türkiye'nin ABD ile imzaladığı karşılıklı yatırım anlaşması gösterilebilir. Bu anlaşmaya göre bir yatırım uyuşmazlığı olduğu takdirde, uyuşmazlık ilk önce iyi niyetle girişilecek istişare ve müzakereler ile çözülmeye çalışılacak, uyuşmazlık çözülemez ise, önceden karar verilmiş olmak şartı ile tahkime gidilecektir. Bunun için uyuşmazlığın çıkmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesi ve yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için herhangi bir mercie başvurmamış olması gerekmektedir.¹⁹¹.

(2) Tarafların Niteliği

Yargılama yetkisine ilişkin ikinci önemli şart tarafların niteliklerine ilişkindir. Yukarıda açıklandığı gibi taraflar ICSID Sözleşmesini imzalayan devlet veya imzalayan devlet vatandaşlığında olmalıdırlar. Bu düzenleme devlet şirketlerinin veya çok uluslu şirketlerin ICSID tahkiminden yararlanmasını engellemez. Bunun istisnası devlet şirketinin devlet için hareket ettiği durumlar veya devlete ilişkin fonksiyonlar icra ettiği durumlardır¹⁹². Üç önemli davada ICSID heyetleri, yatırım yapan şirketin vatandaşlığı yatırım yapılan devletin vatandaşiyken dahi, yargı yetkilerinin olduğunu kabul etmişlerdir. Burada her üç durumda da yatırım yapan şirket başka üst bir şirket veya kişi tarafından kontrol altında olmakta, bu şirket veya şahıs ICSID Sözleşmesine taraf başka bir ülkenin vatandaşı olmaktadır. ICSID Sözleşmesi mad. 25(2)(b) yukarıda açıklanan durumlardaki yerli şirketi de yargılama yetkisi anlamında yabancı şirket olarak kabul etmektedir. Bununla ilgili en önemli davalardan birisi Letko ve Liberya (*Liberian*

¹⁹⁰ Schreuer, C.H.: Travelling The BIT Route Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks In The Road, The Journal of World Investment and Trade, Vol.5, No.2, s.11-12.

¹⁹¹ Erten, R.: ICSID Tahkimi, BATIDER 1998.C.XIX, S.4, s.223.

¹⁹² Broches, A.: The Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Rec. des Cours, 972/III, 136, s.330.

Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia) davasıdır¹⁹³. Bu davada heyetin yorumu; “*durum açıkça farklı bir şekli işaret etmiyorsa, yabancı bir şirketin kontrolünde olduğu hususunda şüphe bulunan bir şirketle ilgili olarak, bu şirketin yabancı bir şirket olarak kabul edilmesi gerekmektedir*” şeklinde olmuştur. Daha da ileriye gidilirse tarafların uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmek için anlaşmaları dahi şirkete yabancılık unsuru katmak için yeterli olmaktadır¹⁹⁴.

Holiday Inn ve Fas davasında¹⁹⁵ 1966 yılında Fas ile Holiday Inn Grubu arasında Fas'ta dört adet otel yapımı için sözleşme imzalanmıştır. 1972 yılında Holiday Inn Grubu çıkan uyuşmazlıklar üzerine ICSID Tahkimine başvurmuştur. Bu başvuru üzerine Fas yetkisizlik itirazında bulunmuştur. Yetkisizlik itirazı için gerekçe olarak; Holiday Inn Grubunu tüzel kişi olarak kabul eden İsviçre'nin, 1966 yılında ICSID Sözleşmesine taraf olmadığını ve Fas'ında 1967 yılında ICSID Sözleşmesine taraf olduğunu ileri sürmüştür. ICSID Hakem heyeti ise yetkisinin varlığı için uyuşmazlığın çıktığı tarihin esas alınacağını ve taraflar arasındaki otellerin yapımı için imzalanan sözleşme tarihinin dikkate alınmayacağını, uyuşmazlığın çıktığı tarihte İsviçre ve Fas'ın ICSID Sözleşmesine taraf olması nedeniyle yetkili olduğunu belirtmiştir¹⁹⁶.

Gelişmekte olan ülkelerde yabancı yatırıma ilişkin hukuk kuralları iki yönlüdür. Bu kurallar sadece yabancı yatırımcıyı çekmek için değil, onun faaliyetlerini düzenlemek için de kullanılırlar. Buna istinaden çoğu yabancı şirket, bu düzenleyici durumla başa çıkmak için yatırım yapacağı ülkede bir şirket kurar, devlet ise bu şirketi yerel bir şirket olarak algılar ve bu şirketin yerli şirket olarak kabul edilmesi devletin düzenleyici işlemlerini boşa çıkarmaya imkân sağlar. Yani kanuna karşı hile yapılmaktadır. Bu durumda da ICSID tahkimine başvurulabileceği aşıkardır¹⁹⁷.

Yargılama yetkisi bakımından gerçek kişilerin vatandaşlık durumunun belirlenmesi önemli bir sorun teşkil etmemektedir. Bununla birlikte vatansızlar ve mülteciler bakımından ICSID Sözleşmesinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü Sözleşmede açıkça diğer devlet vatandaşlarından söz edilmiştir. Çifte vatandaşlık

¹⁹³ Rayfuse,R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 2, s.349.

¹⁹⁴ Toope,age,s.227.

¹⁹⁵ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (10.04.2010)

¹⁹⁶ Akyüz,Ş.: The Jurisdiction of ICSID, AÜHFD 2003,Cilt 52. s.342.

<http://auhf.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-03>

¹⁹⁷ Toope,age,s.228.

durumunda ise vatandaşlıklardan birinin yatırımın yapıldığı ülke vatandaşlığı olup olmadığına göre durum değişmektedir. Eğer yatırımcı aynı zamanda yatırımın yapıldığı ülke vatandaşı ise, ev sahibi ülkeye karşı Merkez'e müracaat etmeye hak kazanamayacaktır¹⁹⁸.

c. Rationae Materiae

Uyuşmazlığın konusuna ilişkin olan ve rationae materiae olarak adlandırdığımız yargılama yetkisine ilişkin diğer iki şart "*hukuki uyumsuzluk*" ve "*yatırıma*" ilişkin olan şartlardır. Bu iki şartı birlikte ifade edecek olursak "*yatırım uyumsuzluğu*" olarak ifade edebiliriz. Yatırım uyumsuzluğunun ne olduğu ICSID Sözleşmesinde tanımlanmamıştır. Sözleşme metni hazırlanırken de böyle bir tanıma açıklayacak yeterli bir bilgi ve tanım mevcut değildir. Fakat böyle bir tanımın olmaması, görünüşte bir belirsizlik yaratmaktadır. Aslında yatırım uyumsuzlukları, uyumsuzluğun konusu ve yatırım alanı ile rahatlıkla belirlenebilmektedir. Uygulamada yatırım uyumsuzlukları, devlet ile yabancı yatırımcı arasında yatırımlardan kaynaklanmaktadır. Burada yatırım devletin topraklarında yapılmaktadır." Burada yatırım uyumsuzluğu için yatırımın gerçekleşmiş olması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılabilir. Fakat yatırımın yapılmadan önce şirketin faaliyetinin yatırımla ilgili olması, şirketin yatırıma yönelik faaliyeti ile ilgili bir uyumsuzluğun mevcut olması yeterlidir. Alcea Maden Şirketi ile Jamaika'nın arasında olan uyumsuzluk buna örnektir. Heyet ICSID tahkiminin kabul edilmesi için yatırımın mevcut olması yerine şirketin faaliyetinin yatırımla ilgili olması kistasını kabul etmiştir¹⁹⁹.

Amco Asia Şirketi ile Endonezya devleti arasındaki otel işletimine ilişkin davada yargılama yetkisini değerlendiren heyet tek şart olarak uyumsuzluğun ICSID'in yargılama yetkisi içerisinde olduğunun ifade edilmesini yeterli bulmuştur. Devletle, yabancı yatırımcı arasında ICSID tahkimini kabul eden bir yatırımın olması yeterlidir. Somut uygulamalar ICSID Sekreterliğinin beklentilerine uygundur. Yıllık raporlarında ICSID Sekreteryası ICSID'in yargılama yetkisine ilişkin kararları hep savunmuştur. ICSID Sözleşmesinde yatırımın tanımının yapılmamış olması, daha geniş hareket olanağı ve yatırıma kabul eden devlet ile yatırımcılar arasında inisiyatif sağlamaktadır. Ayrıca hakem heyetlerine yargılama yetkisinin değerlendirilmesinde esneklik vermektedir.

¹⁹⁸ Erdoğan, F.:Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2006, s.173.

¹⁹⁹ Sornarajah, M.:The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Press 2004.

Fakat ICSID 25(4)'e göre, devletler sözleşmeyi onaylarken belirli yatırım uyuşmazlıklarını ICSID heyetlerinin yargılama yetkisi dışında bırakabilirler. Genellikle bu daha çok belirli doğal kaynaklar yada belirli bir arazi kesimi için tercih edilmektedir. Suudi Arabistan, İsrail, Jamaika, Papua Yeni Gine bu çekinceleri koymuşlardır.²⁰⁰

Diğer taraftan ICSID'in belirli grup davalarda yatırıma ilişkin uyuşmazlıklarda yetkisini genişletmeye yönelik girişimleri olmuştur. 1978'de Ek Mekanizma Tahkim Kurallarını kabul ederek tarafların rızası ile yargılama yetkisini genişletme olanağı sağlamıştır²⁰¹. Böylelikle bu mekanizma ile ICSID tahkimi yatırıma ilişkin olan, taraflardan birisi ICSID'e taraf olan ve uyuşmalığın ticari uyuşmazlık olmadığı durumlarda kullanılabilir. Fakat bu durumda ICSID Sözleşmesi uygulanmayacaktır. Bu durumda tahkim yerel hukuka tabi olacaktır. Bu nedenle pek sık uygulanmamaktadır.

ICSID Sözleşmesinin 41'inci maddesi *"Heyet yetkili olup olmadığını kendisi kararlaştıracaktır. Anlaşmazlığa, bu anlaşmazlığın Merkezin yargı alanı içerisinde olmadığı veya diğer nedenlerle, Heyetin yetki sınırları içerisine girmediği biçimde taraflardan birine itirazın geçerliliğini veya ön bir soru olarak mı ele alınması gerektiğini Heyet belirleyecektir."* düzenlemesini içermektedir. Bu maddede ICSID heyetinin kendi yetkisini kendisinin belirleyeceği prensibini düzenlenmiştir.²⁰².

2. İptal Sebebi Olarak Yetkinin Açıkça Aşılmasının Sınırları

Yetki konusunda yukarıdaki açıklamaları yaptıktan sonra iptal müracaatında yetkinin aşıldığı sebebini değerlendirecek olursak, Sözleşmenin 52'inci maddesinde düzenlenen "yetkinin açıkça aşılması" sebebi heyetin yargılama yetkisini belirleyen sınırların dışına da çıkabilecektir. Hakem heyeti gücünü ve yetkisini tarafların anlaşmasından almaktadır. Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi, hakem heyetinin yetkisinin temelini ve sınırlarını oluşturmaktadır. ICSID Tahkiminde tahkim usulü tahkim sözleşmesi ve ICSID Sözleşmesi ile koordineli ve birleştirilmiş şekilde işler. Bu nedenle ICSID heyetinin yetkisine ilişkin bir düzenleme İki Taraflı Karşılıklı Yatırım

²⁰⁰ Sözleşmeye Katılan Devletler İçin Bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>

²⁰¹ [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/iii.htm\(30.08.2008\)](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/iii.htm(30.08.2008))

²⁰² Toope, age, s. 232.

Sözleşmelerinde (Bilereteral Investment Treaty- BIT) veya taraflar arasında ki sözleşmede bulunabilir²⁰³. Yetki sınırlarının aşıldığı en önemli durum, heyetin yargılama yetkisinin sınırlarının aşılmasıdır.

Yetkinin aşılmasına ilişkin diğer esaslı bir durum ise heyetin Sözleşmenin 42'inci maddesinde düzenlenen uygulanması gereken hukuka ilişkin kuralın ihlâl edilmesi durumudur. Tarafların kararlaştırdıkları veya 42(1) kapsamında belirlenen hukuk dışında başka bir hukukun uygulanması yetkinin aşılması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca ICSID Sözleşmesinin taslak çalışmalarını yürüten heyet, bu iptal sebebinin, heyetin tarafların tahkime ilişkin mutabık kaldıkları hususların ötesine geçmesinin veya heyetin kendisine sunulmayan konular hakkında da karar vermesinin oluşturduğu durumlarda kullanılacak bir iptal sebebi olarak ifade etmiştir²⁰⁴.

3. Yeki Aşımının “Açıkça” Olması

Yetkinin aşılması sebebinin düzenlemede bulunan “açıkça” (*manifestly*) kelimesi taslak metinde bulunmamasına rağmen, Almanya tarafından teklif edilmiş ve Sözleşmenin içeriğine dahil edilmiştir. “Açıkça” kelimesinin metne dahil edilmesinin sebebi, iptalin nihai kararlara ilişkin yaratabileceği hayal kırıklığı riskini yok etmek veya en aza indirmektir. Buradaki “açıkça” ifadesi kolayca anlaşılabilir olmayı ifade etmektedir. Yetki aşımının büyüklüğüne, ciddiyetine, ihlâl edilen kuralın temel bir kural olmasına veya önemine ilişkin bir ifade değildir. Basitçe ifade edilirse yetki aşımının “kolaylıkla” ve “çabukça” anlaşılır olmasını ifade eder. Aynı kelime Sözleşmenin 36'ncı maddesi 3'üncü fıkrasında Genel Sekreterin tahkim talebi için müracaatı kaydetmeyi reddetmesi durumuna ilişkin düzenlemede de mevcuttur. Genel Sekreter uyuşmazlığı merkezin yargılama yetkisinin “açıkça” dışında görürse, bu uyuşmazlığa ilişkin yargılama talebini kayda almayı reddedecektir.

Ad hoc komitelerin uygulamalarının “açıkça” ifadesinin anlaşılmasına çok fazla katkıda buldukları söylenemez. Bu anlamda iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşım iki basamaklıdır. Ad hoc komite öncelikle yetki aşımı olup olmadığına bakmaktadır. Eğer cevap evet ise ikinci basamağa geçilmektedir. Burada da eğer yetki

²⁰³ Schreuer,age,s.932.

²⁰⁴ Schreuer,age,s.931.

aşımı “açıkça” ise bu sebep gerçekleşmiş kabul edilmektedir. İkinci yaklaşım ise *prima facie*, karine testidir. Eğer heyet sadece kısaca kararı incelemesi ile ilk bakışta böyle bir yetki aşımını görebiliyorsa, açıkça bir yetki aşımının varlığını kabul edecek, eğer ilk bakışta bunu göremiyorsa açıkça bir yetki aşımının varlığı kabul edilmeyecektir. Aksi ispat edilinceye kadar böylelikle yetki aşımının açıkça olduğu kabul edilecektir²⁰⁵.

Klöckner ve Kamerun davasında ad hoc komite Klöckner’in yönetimi konusundaki sorun ile ilgili olarak heyetin yetkili olup olmadığını incelemek zorunda kalmıştır. Çünkü bu uyuşmazlıkta bir yönetim sözleşmesi vardı ve bu sözleşme ICC Tahkim şartını içeriyordu. Bu incelemede ad hoc komite iki basamaklı inceleme yöntemini kullanmıştır. Önce yetki aşımı olup olmadığına, sonrada bunun açıkça olup olmadığına bakmıştır. Burada ad hoc komite ilk heyetin yetkisini aşmış olmasına rağmen, mad. 52(1)(b) kapsamında açıkça bir yetki aşımı olmadığına karar vermiştir²⁰⁶.

Yargılama yetkisinin olduğu yerde bu yetkiyi sınırlamak doğru görünmemektedir. Yargılama yetkisinin sınırları ve basamakları, dereceleri yoktur. Yargılama yetkisine ilişkin cevap ya yargılama yetkisinin varlığına ya da yokluğuna ilişkin olacaktır. Heyetin yargılama yetkisi yoksa, heyet yetkisini aşarak bir karar vermiş olacaktır.

Esasa uygulanacak hukuk bakımından yetkinin açıkça aşıp aşılmadığına ilişkin dava Amco ve Endonezya davasıdır. Amco ve Endonezya davasında²⁰⁷ ad hoc komite Sözleşmenin 42’inci maddesi 1’inci fıkrası anlamında heyetin Endonezya kanunlarını uygularken hataya düştüğünü belirlemiştir. Komite burada heyetin yetkisini açıkça aştığı sonucuna varmıştır. Bu dava içerisinde ad hoc komite karine (*prima facie*) testi denetimin ötesine geçmiş, oldukça adil kapsamlı ve somut bir analiz yapmıştır. Ad hoc komiteye göre, hakem heyeti sadece uyuşmazlığa uygulanacak Endonezya hukukunun normlarının tespitinde hataya düşmemiş, fakat bu yanlış tespit edilen normları uygularken de hataya düşmüştür. Bu durum yetkinin açıkça aşılması sonucunu doğurmuştur²⁰⁸.

²⁰⁵ Schreuer, age, s.933.

²⁰⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 125.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2), Para. 119.

²⁰⁷ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 116.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.58, (10.04.2010)

²⁰⁸ Schreuer, age, s.935.

MINE ve Gine davasındaki²⁰⁹ iptal kararında ad hoc komite yetkinin açıkça aşılmasını “*Bir davada uygulanacak hukukun dikkate alınmaması tartışmasında, eğer dikkate alınmama veya askıya alınma açıksa bu durum yetki aşımının açıkça olduğunu göstermektedir*” olarak ifade etmiştir. Maalesef bu davanın yetkinin açıkça aşılması konusuna ilişkin çok fazla bir şey söylemediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

4. Heyetin Yetkili Olmaması

a. Yargılama Yetkisi ve Yetkinin Aşılması

Yetkinin aşılmasının en temel göstergesi, heyetin yargılama yetkisi olmadığı bir uyuşmazlığı çözmek için kendisini yetkili görmesidir. Klöckner ve Kamerun davasında ad hoc komite, açıkça kısmen veya tamamen heyetin yargılama yetkisinin olmaması durumunun, mad.52(1)(b) kapsamında yetki aşılması durumunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Ayrıca komitenin ifadesine göre yetkinin aşılması sebebine dayanarak iptal için müracaat, Sözleşmenin 25 ve 26’ncı maddelerinde belirlenen sadece heyetin konu için yetkisi (*ratione materiae*) veya şahıs için yetkisi (*ratione personae*) dikkate alınarak yapılmayacak, aynı zamanda ICSID Tahkim Şartının doğru yorumlanıp yorumlanmadığı anlamında da iptal için yargılama yetkisinin aşıldığı iddia edilebilecektir²¹⁰.

Hakem heyetlerinin yargılama yetkisi, Sözleşmenin 25’inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin içerisindeki şartlardan bir kısmı tarafların iradesiyle belirlenecek şartlar olmasına rağmen, bir kısmı ise objektif şartları içermektedir. Bu şartları karşılamada yetersizlik, yargılama yetkisinin olmaması anlamına gelmektedir. Örneğin hukuksal bir uyuşmazlık yoksa yargılama yetkisi de yoktur. Eğer uyuşmazlık bir yatırımdan kaynaklanmıyorsa, heyetin gene yargılama yetkisi yoktur. Taraflar bazı kesin şartları karşılamalıdır. Örneğin taraflardan birisi Sözleşmeyi imzalayan devlet diğer tarafta anlaşmayı imzalayan diğer devletin vatandaşı olmalıdır. Eğer yatırımı yapan tarafın devleti ICSID Sözleşmesine taraf değilse, heyetin yargılama yetkisi yoktur²¹¹.

²⁰⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 116.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.58 (10.04.2010)

²¹⁰ Yılmaz,age,s.45.

²¹¹ Schreuer,age,s.937.

Yetki aşımı için mutlaka yargılama yetkisinin eksikliğinin olması gerekmemektedir. Bazen heyet yetkili olduğu bir durumda, yetkisinin ötesine de geçebilir. Örneğin heyet yatırımıyla doğrudan ilişkili olmayan konularda da kendisini yetkili görebilir. Ya da heyet tarafların uyuşmazlık kapsamında tahkime başvurmak için uzlaştıkları konular dışında da kendisini yetkili görebilir. Bu durum Klöckner ve Kamerun davasında tartışılmıştır. Sözleşmedeki düzenleme şekliyle bu durum yetkinin olduğu, ama sınırlarının aşıldığı durumları ifade etmektedir. Heyetin hiç yetkili olmadığı durumlar için yetkisiz olmak ifadesinin kullanılması, diğer yetkinin aşıldığı durumlar için ise yetkinin aşılması ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır²¹².

Diğer bir durum ise yetki varken yetkinin kullanılmaması durumudur. Bu durumda da yetki aşımı oluşacaktır. Sözleşmenin 25'inci maddesi anlamında bütün şartların olduğu durumda heyetin yetkisi olmadığına karar vererek, uyuşmazlığı çözmekten kaçınması bu durumu oluşturmaktadır.

Tahkim Kuralları 41(5)'e göre heyetin yetkisizliğine ilişkin vereceği karar bir nihai karar niteliğinde olacaktır. Bu tür bir karar, Sözleşmenin 52'inci maddesine göre iptal talebinde bulunmak için elverişli bir karar olacaktır. Heyet uyuşmazlıkla ilgili karar verir ve bazı noktalarda yetkisizliği sebebiyle karar vermekten kaçınırsa bu karar da iptale konu olabilecek bir karardır. ICSID uygulamalarında yargı yetkisinin kullanılmaması, heyete sunulan sorunların bir kısmının heyet tarafından çözülmesinde başarısızlık olarak kabul edilecektir. Bazen bu tür kararlara karşı, kararın gerekçesinin açıklanmasında yetersizlik olduğu nedeniyle de iptal talebinde bulunulmaktadır.

b. Yetkinin Ön İncelemesi ve İlk İtirazlar

ICSID Sözleşmesi 36(3)'e göre *“Genel Sekreter, istemde yer alan bilgilere dayanarak anlaşmazlığın merkezin yargı alanı dışına taşıdığına saptamazsa istemi kaydedecek ve hemen taraflara istemin kaydedildiği veya kaydın reddedildiğini bildirecektir.”* Öncelikle Genel Sekreter tahkim talebinin açıkça Merkezin yargılama yetkisi içinde olup olmadığına bakacak, Merkezin yargılama yetkisi içinde olduğuna karar verirse kayıt altına alacaktır. Hakem heyeti ve ad hoc komitede olduğu gibi Genel

²¹² Yılmaz, age, s.72.

Sekreter tarafların tartışmaları ve iddialarını dikkate almaksızın, sadece mutlak olarak Merkezin yargılama yetkisi dışında olan durumlara ilişkin tahkim taleplerini kayıt altına almayacaktır. Heyetin yargılama yetkisinin sınırlarını incelemeyecektir. Hatta tahkim talebinin mad. 36(3) anlamında kaydedilmesi heyetin tahkim yetkisini aşmasına sebep olacak olsa bile kaydedecektir.

Bu aşamadan sonra önüne uyuşmazlık getirilen heyet uyuşmazlığın çözümüne başlamadan önce Tahkim kuralları 41'inci maddesine göre yetkisinin olup olmadığına ilişkin inceleme yapacak ve yetkili olup olmadığına karar verecektir. Madde 41'e göre taraflardan birisinin itirazı üzerine yetkisine ilişkin inceleme yapacağı gibi, yargılamanın her aşamasında da heyet yetkiye ilişkin hususları kendiliğinden dikkate alacaktır. Yetki itirazında bulunacak taraf bu itirazını mümkün olduğunca erken yapmalıdır. Tahkim kuralları madde 41 kapsamında davacı tarafından yetki itirazında bulunulabilecek en son zaman davaya cevap aşamasıdır. Eğer yetki itirazını gerektirecek vakıalar bu aşamada bilinmiyorsa ve öğrenilmemişse, davaya cevap aşamasından sonra itiraz bu gerçeği öğrenir öğrenmez yapılmalıdır. Yetkiye ilişkin bir şartın mevcut olmadığını ve heyetin yetkisiz olduğunu tespit eden taraf zamanında itirazda bulunmazsa, bu hakkından vazgeçmiş kabul edilecektir. Eğer yetkisizliğe ilişkin iddia tarafların uzlaşmaları ile alakalı ise, bu kapsamda itirazın yapılmaması, yetkiye ilişkin konularda tarafların uzlaştığı şekilde kabul edilecektir. Taraflardan herhangi birisi heyetin yetkisiz olduğunu bildiği halde yetki itirazında bulunmayıp, karar verildikten sonra aleyhine karar çıktığı durumda yetkisizlik sebebiyle kararın iptalini talep ederse bu talep kabul edilmeyecektir. Fakat bu durumun, ad hoc komite tarafından dikkate alınacağını söylemekte yarar vardır. Bu kapsamdaki bir iptal talebine ilişkin müracaatı Genel Sekreterin reddetmek gibi bir yetkisi yoktur. Buna ad hoc komite karar verecektir²¹³.

c. Yetkinin Kapsamı

Klöckner ve Kamerun davasında, hakem heyeti kendisinin yetkili olduğunu belirlemiştir. Heyetin bu tespiti Klöckner ile Kamerun arasında imzalanan yatırım sözleşmesinde bulunan ICSID şartına dayandırılmıştır. ICSID şartının mevcut olduğu yatırım sözleşmesinde, Klöcknerin, şirketin teknik ve ticari anlamda yönetiminden

²¹³ Schreuer, age, s.939

sorumlu olacağı hükümleri mevcuttur. Daha sonra Klöckner Şirketi yatırımı beraber gerçekleştireceği Socame şirketi ile yatırımın nasıl yürütüleceğine ilişkin bir sözleşme yapmıştır. Socame bir yap işlet ve devret sözleşmesi ile iş gören yabancı bir şirkettir. Klöckner ile Socame arasındaki sözleşmede yönetimin Klöckner'de olacağı ve şirketin yönetimine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Fakat bu sözleşme, ICSID tahkim şartı içermemekte, ICC tahkim şartını içermektedir. Hakem heyeti Kamerunla Klöckner arasındaki uyuşmazlık için, Klöckner'in ilk sözleşme kapsamında ICSID tahkimini kabul ettiğini ve heyetin yargılama yetkisi olduğunu ve bu yargılama yetkisinin yönetime ilişkin hususları da içerdiğini belirtmiştir²¹⁴.

Heyet Klöckner'in şirketin yönetimine ilişkin görevlerini yerine getirmekte başarısız olduğunu tespit etmiştir. Klöckner bu karara karşı iptal başvurusunda bulunmuş ve heyetin Klöckner'in Socame Şirketi ile imzaladığı sözleşmede bulunan hususları da incelemesinin açıkça yetki aşımına sebep olduğunu ileri sürmüştür. Bu iptal talebi karşısında ad hoc komite şirketin yönetimi üzerindeki hususlarla ilgili heyetin yetkisini tespit etmek amacıyla detaylı analize girmiş ve neticede şirketin yönetimi ile ilgili konular ve uyuşmazlıklar ile ilgili olarak heyetin yetkisinin varlığının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Komiteye göre Klöckner'in Kamerun'la imzaladığı sözleşmenin içerdiği ICSID şartına dayanarak yönetim ile ilgili hususlarda da heyetin yetkili olduğu kabul edilemeyecektir. Yönetim sözleşmesi ICC tahkimi şartını içerdiğinden, yönetim sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda ICC tahkimi uygulanacaktır²¹⁵.

5. ICSID Sözleşmesinin 42'nci Maddesince Belirlenen Hukukun Uygulanmaması

a. Genel

ICSID Sözleşmesinin 42'inci maddesi :

²¹⁴Klöckner ve Kamerun Kararı için bkz.: ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 96., <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 11. (ICSID Case No. ARB/81/2)

²¹⁵ Schreuer, age, s.940.

“1. Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak Hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanmaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Akit ülkenin, hukukun (Kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Milletlerarası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.

2. Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getiremeyebilir.

3. 1 ve 2. paragraf hükümleri, taraflar bu şekilde anlaşığı takdirde, Heyetin anlaşmazlığı hakkaniyet kuralları çerçevesinde çözmeye engel teşkil etmez.” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu madde yakından incelendiğinde ICSID heyetlerince uyuşmazlıkların çözümünde esasa uygulanacak hukukun çok net olmadığı görülmektedir. ICSID Sözleşmesi 42(1)’de esasa uygulanacak hukuk düzenlenirken üç basamaklı bir sistem getirilmiştir. İlk basamak tarafların rızası ile seçtikleri hukukun uygulanmasıdır. Burada irade muhtariyetinin gereği olarak, tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır. Tarafların seçtiği hukuk; belirli bir ülkenin hukuk kuralları olabileceği gibi, milletlerarası hukuk kuralları, milletlerarası ticaretin genel prensipleri veya bu üç sistemin kombinasyonu da olabilir. Taraflar uygulanacak hukuku seçmişse sorun yoktur. Taraflar yatırımı kabul eden ülkenin hukukunu seçmiş olsalar bile seçilen bu hukuk düzeni ile milletlerarası hukuk düzeninin normları çatıştığında milletlerarası hukuk düzeninin normları öncelikle uygulanacaktır²¹⁶. Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda, aralarındaki uyuşmazlığa ev sahibi devletin hukuku, bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulanacaktır. ICSID 42(3)’te taraflara ICSID heyetinden hakkaniyet ve nasfete göre karar vermesini talep edebilecekleri düzenlenmiştir²¹⁷. Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmiş olmalarına rağmen, tarafların seçmiş olduğu hukukun tamamen uygulanmayacağı durumların da mevcut olabileceği ifade edilmektedir²¹⁸.

Uyuşmazlıklarını ICSID heyetlerinin yargılama yetkisine götüren tarafların çoğu, uyuşmazlığın çözümünde esasa uygulanacak hukuku belirlememektedir. Bu durumlarda ICSID Sözleşmesi 42’nci maddede belirlenen iki ve üçüncü bağlanma noktaları ortaya

²¹⁶ Petersmann,U.E.:Dispute Settlement In International Economic Law-Lessons For Strengthening International Dispute Settlement In Non-Economic Areas, Journal Of International Economic Law 1999.s.226-227.

²¹⁷ Öztürk,N,Ö.:ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk,Ankara 2006.s.25.

²¹⁸ Schreuer,age,s.941.

çıkılmaktadır. Böyle bir durumda heyet ICSID Sözleşmesine taraf olan devletin hukukunu uygulayacaktır. Bu hukuk ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını da içermektedir. ICSID Sözleşmesini hazırlayanların amacı, uygulanacak hukuku tamamen milletlerarası hukuk yapmak değildir. ICSID Sözleşmesi mad.42(1) gereği ICSID heyetleri uygulanacak hukuk seçimlerinin yapılmadığı durumlarda aşağıdaki yöntemi uygulayacaklardır. Heyet önce yatırımcıyı kabul eden devletin hukukuna bakacaktır. Uyuşmazlığa bu hukuk uygulanacaktır. Sonuç milletlerarası hukukun kurallarına göre test edilecektir. Bu yöntem yatırımı kabul eden devletin hukukunun kabulü veya reddini kapsamayacaktır. Fakat sözleşmeye taraf devletin hukuku, milletlerarası hukuka aykırı ise uygulanmayacaktır. Bu anlamda milletlerarası hukuk, ICSID Sözleşmesinin 42(1) kapsamında ulusal hukukun hiyerarşik olarak üstünde olacaktır. Bu düzenleme sözleşme hazırlanırken gelişmekte olan ülke temsilcileri tarafından eleştirilmiş ve karşı çıkmıştır. Fakat böyle bir düzenlemenin ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve iyi niyet ilkelerinin gereği olacağı kabul edilmiştir²¹⁹. Yatırımı kabul eden devletin hukuku ancak milletlerarası hukukun kabul ettiği standartları karşılayabiliyorsa uygulanabilecektir. Bu durum özellikle yatırımı kabul eden devlet tarafından gerçekleştirilebilecek kamulaştırmalara karşı etkili bir hukuki koruma sağlayacaktır²²⁰.

Amco ve Endonezya davasında 1968 yılında Amerikalı bir yatırımcı Endonezya'da uzun dönem için otel inşa ve işletmeciliğine ilişkin bir yatırım yapar. 1980 yılında hükümet yatırımcıya verdiği izni geri alır. Çünkü yatırımcı yeterince başarılı değildir. Otele el koyulur. Uyuşmazlık başlar. Taraflar hukuk seçimi yapmamışlardır. Heyet ICSID'e taraf olan Endonezya Devleti hukukunu uygulayacaktır. Heyet yatırımcı ile Endonezya arasındaki yatırım sözleşmesini bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmemiştir. Çünkü Endonezya hukukuna göre yatırım sözleşmesi hükümetin onayı ile iptal edilebilmektedir. Diğer taraftan Endonezya hukukunda kamu hukuku sözleşmeleri için böyle durumlarda meydana gelen zararın ödenmesini öngörülmemektedir. Fakat milletlerarası hukukun genel prensipleri devletlere, kamu yararının mevcut bulunduğu durumlarda zararın ödenmesi koşulu ile devletleştirme hakkını vermektedir. Netice olarak heyet milletlerarası hukukun devletleştirme ile ilgili düzenlemelerini dikkate alarak zararın tazminine karar vermiştir²²¹. ICSID Sözleşmesine taraf olan devletin hukuku

²¹⁹ Toope,age,s.241.

²²⁰ Tiryakioğlu, age,s.152.

²²¹ Toope,age,s.241.

ancak milletlerarası hukukun kabul ettiği standartları karşılayabiliyorsa uygulanabilecektir. Sözleşmeye taraf devletin hukuku, milletlerarası hukuka aykırı ise uygulanmayacaktır. Bu nedenle milletlerarası hukukun devletleştirmede tazminat ödenmesi gerektiğine ilişkin kuralları yatırımı kabul eden Endonezya devletinin hukukunun önüne geçmiştir. Çünkü Endonezya Devletinin hukuku milletlerarası hukukun devletleştirme ile ilgili standartlarını karşılayamamıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar göz önüne alınarak ICSID Sözleşmesinin 42 ve 52'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde ulaşılabilecek sonuç özellikle 52'nci maddenin yorumuna göre farklılık gösterebilecektir. Sözleşmenin 52'inci maddesi lâfzî olarak yorumlanırsa, ICSID Sözleşmesinin 42'nci maddesine göre seçilen hukukun uyuşmazlığın esasına uygulanmaması durumunun, iptal için bir sebep teşkil etmeyeceği görülür. Fakat Sözleşmenin 52'nci maddesi lafzi yorumun dışına çıkılarak yorumlanırsa, taraflarca seçilen hukukun uyuşmazlığın esasına uygulanmaması durumunda, heyetin yetkisini açıkça aştığı sebebiyle iptal talebinde bulunulabileceği sonucuna ulaşılır. Çünkü uygulanacak hukukun düzenlemeleri tarafların tahkime gitmek konusunda anlaşmalarının temel ögesidir ve hakem heyetinin faaliyetlerinin de temelini oluşturur. Seçilen hukukun uygulanmaması durumu yetkinin açıkça aşılması sonucunu doğurur.

Sözleşmenin taslağına ilişkin görüşmelerde başlangıçta Sözleşmenin bir temyiz sistemini kabul etmediği ve Sözleşmenin 42'nci maddesinin belirlediği hukukun uygulanmamasının iptal için geçerli bir sebep olmayacağı ifade edilmiştir²²². Tartışmalardan sonra, hakem heyetinin seçilen hukuktan farklı bir hukuku uygulamasının karara karşı hukuki başvuru yollarına müracaat için sebep oluşturabileceği kabul edilmiştir. Son görüşmelerde hakem heyetinin Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukuku uygulamaması durumunun yetki aşımını oluşturacağı desteklenmiştir. Tartışmalarda Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması durumunda, kararın revizyonu hukuki çaresine başvurulabileceği teklif edilmiş, fakat bu teklif kabul edilmemiştir. Aynı tartışmalarda Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması durumunun ayrı bir iptal sebebi oluşturması yönünde başka bir teklif daha ileri sürülmüş, bu durum da oylama da kabul görmemiştir. Bu konuda açıklanması gereken diğer bir nokta Sözleşmenin 42'nci

²²² Broches, age, s.943.

maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması durumu ile, 42'nci maddesinde belirlenen hukukun yanlış uygulanması arasındaki farktır. Bu ikinci durum, yani Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun yanlış uygulanması iptal sebebi değildir²²³.

Sözleşmenin 42'inci maddesi uygulanacak hukuk seçimiyle ilgili iki yöntem içermektedir. Birinci olasılık tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Taraflar hukuk seçmemişlerse yatırımı kabul eden ülkenin hukuku uygulanacaktır. Bu hükümde ifade edilen hukuk, ülkenin hukukunun kanunlar ihtilafına ilişkin kuralları ve ülkede uygulanır milletlerarası hukuku da kapsamaktadır. Sözleşmenin 52'inci maddesi 1'inci fıkra (b) bendinin 42'inci maddenin ilk cümlesinde düzenlenen hukuka mı, yoksa ikinci cümlesinde düzenlenen hukuka mı ilişkin olarak uygulanacağı konusunda açıklık yoktur. Eğer taraflar hukuk seçmemişlerse ikinci cümlede bulunan uygulama yürürlükte olacaktır. İkinci cümlede mevcut düzenlemede tarafların sözleşmesinin bir parçasıdır. Çünkü ICSID tahkimini kabul etmek, uygulanacak hukuk konusunda sözleşmenin içeriğini de kabul etmek anlamına gelmektedir. Netice olarak bu konuda da bir sözleşme mevcuttur. Diğer bir ifade ile Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması durumu, nihai kararın iptalini sağlayacak olan "heyetin yetkisini açıkça aşması" iptal sebebini oluşturacaktır.

ICSID hakem heyetleri yatırımı kabul eden devlet ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkları çözerken değişik hukuk kurallarına ilişkin yorum problemleri ile karşılaşabilirler. Bu kapsamda sözleşmenin yorumu, milletlerarası çok taraflı ve iki taraflı sözleşmelerin yorumu, milletlerarası teamül hukuku, hukukun genel ilkeleri ve yatırımı kabul eden devletin hukukunun yorumlanması önem arz eden bir durumdur. ICSID Sözleşmesi 42'nci maddesi her ne kadar uygulanacak hukuku belirlese de uygulanacak hukukun yorumlanmasına ilişkin bir düzenleme bu madde de mevcut değildir. Heyet yatırımcı devletin hukukunu başlangıç hukuku olarak alıp, bunu tamamlayan hukuk olarak milletlerarası hukuku dikkate alabileceği gibi, başlangıç noktası olarak milletlerarası hukuku kabul edip bunun tamamlayıcısı olarak yatırımı kabul eden devletin hukukunu dikkate alabilecektir. Esasa uygulanacak hukuk olarak milletlerarası hukuk, ICSID Sözleşmesi 42'inci maddesinin merkezinde yer alırken, uygulanacak hukukun

²²³ Schreuer, age, s. 944.

yorumlanması konusunda 42'nci madde etkili değildir. ICSID hakem heyetleri yatırımcı devletin hukukunu, yönetsel kararlarını ve sözleşmeyi yorumlarken, Sözleşmenin 42'nci maddesi heyetlerin yaklaşımları ile ilgilenmez. Diğer bir deyimle ICSID Sözleşmesi 42'nci madde heyetlerin uygulayacağı hukuku nasıl yorumlamaları gerektiğini belirtmez. Bu anlamda uygulanacak hukukun nasıl yorumlanması gerektiği konusu da ayrı bir problem teşkil eder²²⁴.

b. ICSID Sözleşmesinin 42'nci Maddesinde Belirlenen Hukukun Hakem Heyetlerince Uygulanmaması Durumuna İlişkin Somut Örnekler

Bütün ad hoc komitelerin yaklaşımında Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmamasının, kararın iptaline imkân sağlayacak “heyetin açıkça yetkisini aşması” sebebini oluşturacağı konusunda ortak bir anlayış vardır. Klöckner ve Kamerun davasında²²⁵ ad hoc komite 42'nci maddede belirlenen hukukun uygulanmamasının yetkinin açıkça aşılması sebebini oluşturduğunu ifade etmiştir. Komiteye göre “ *ICSID Sözleşmesi 42'inci maddesinde belirlenen hukuk taraflar için bir tavsiye veya bir teklif değildir. ICSID Sözleşmesi yorumlandığında, ICSID Sözleşmesinin 42'inci maddesi 52'inci madde ile birlikte yorumlanmalıdır. Sözleşmenin hazırlık aşamasında, Sözleşmeyi hazırlayanların 42'nci maddeyi oluştururlarken, 52'inci maddedeki mevcut düzenlemeyi unuttukları şeklinde bir yorumlama doğru değildir. Aynı şekilde 42'nci maddenin kasten 52'inci madde kapsamına alınmadığı şeklinde ki bir yorumlama da doğru olmayacaktır. Sözleşmenin 52'inci maddesi dikkatli şekilde incelendiğinde ve yorumlandığında, 52'nci maddenin 42'inci maddenin ihlâli durumlarına ilişkin olarak bir yaptırım içerdiği kabul edilmelidir.*”

Amco ve Endonezya davasında ad hoc komite de Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmamasını “heyetin açıkça yetkisini aşması” iptal sebebi olarak kabul etmiştir. Bu davada komite çok detaylı bir inceleme yapmıştır. Ad hoc komite kararında 42'inci maddenin ilk cümlesini oluşturan “*Heyet, anlaşmazlığa*

²²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fauchald, O.K.: The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis The European Journal of International Law 2008, Vol. 19, No.2, s.301-364.

<http://www.ejil.org/>

²²⁵ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 109.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 57. (ICSID Case No. ARB/81/2)

tarafarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.” ifadesini yazdıktan sonra, bu hükmün iki açıdan esaslı olduğunu ifade etmiştir. Komiteye göre bu düzenleme taraflara uyuşmazlığa uygulanmasını istedikleri hukuku seçme özgürlüğü vermekte ve hakem heyetine de bu özgürlüğe saygı gösterme yükümlülüğü yüklemektedir. Aksi takdirde heyet uzlaşılan konular üzerinde kısıtlama yapmış veya bu konuların birisini askıya almış olacaktır. Taraflar kararın adil olduğu fikrinde uzlaşmadıkça böyle bir karar, tarafların uzlaştıkları hukukun dışında kalan bir hukukun uygulanması nedeniyle, tarafların, “heyetin yetkisini açıkça aştığı” iddiasına konu oluşturacak ve taraflar bu kararın iptali talep edilebilecektir²²⁶.

Klöckner ve Kamerun davasında²²⁷ tarafların hukuk seçimi yapmamları nedeniyle, ad hoc komite, ikame kuralın yani yatırımı kabul eden devlet hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Komite bu davada Sözleşmenin 42’nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması nedeniyle, heyetin yetkisini açıkça aştığına hükmetmiş ve kararı iptal etmiştir. Amco ve Endonezya davasında da hukuk seçimine ilişkin aynı ikame kural uygulanmıştır. Bu durumda da Sözleşmenin 42’nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması iptal sonucunu doğurmuştur. MINE ve Gine davasında taraflar özellikle Gine hukukunu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçmişlerdir. Bu davada ad hoc komite seçilen hukukun uygulanması yönünde bir başarısızlık tespit etmemiştir²²⁸.

c. ICSID Sözleşmesinin 42’nci Maddesinde Belirlenen Hukuka Ait Kuralların Yanlış Uygulanması

Sözleşmenin 42’nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması ile bu hukuka ilişkin kuralların yanlış uygulanması farklı kavramlardır. Sözleşmenin 42’nci maddesinin ihlali iptal sebebi iken, hukukun uygulanmasındaki bir hata iptal sebebi değildir. Bu ayrımı ad hoc komite Klöckner ve Kamerun²²⁹ davasında şu ifadelerle

²²⁶ Schreuer, age, s.948.

²²⁷ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 115.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 82. (ICSID Case No. ARB/81/2)

²²⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 119.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.73, (10.04.2010)

²²⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 141.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 169. (ICSID Case No. ARB/81/2)

yapmıştır. “Karardaki hata (*error in iudicando*) iptal sebebi değildir, 52’inci madde kapsamında ad hoc komitenin görevi davanın iyi veya kötü yönetildiğini belirlemek değil, sadece kararın iptal edilip edilmeyeceğine karar vermektir.”

Amco ve Endonezya davasında ad hoc komitenin kararı daha kesindir. Komite, ad hoc komitenin görevinin sadece hakem heyetinin Sözleşmenin 42’nci maddesinde belirlenen hukukun uygulayıp uygulamadığının tespiti olduğunu, böyle bir durumun varlığında heyetin yetkisini açıkça aştığının kabul edileceğini ifade etmiştir. Ad hoc komitenin hukukun uygulanmasında hata yapılıp yapılmadığı veya davadaki vakıalarla ilgili hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını tespiti ile görevli olmadığını, böyle irdelemenin sadece temyiz yetkisine sahip olan komitenin görevi olacağını, ICSID tahkiminde ad hoc komitenin böyle bir yetkisi olmadığını belirtmiştir. Komitenin yaklaşımı “Sözleşmenin 42’nci maddesinin ihlâli iptal için gerekçe, 42’nci madde de belirlenen hukukun yanlış uygulanması temyiz için bir gerekçe olacaktır” şeklindedir. Aynı fikir MINE ve Gine davasında ad hoc komite tarafından da benimsenmiştir²³⁰.

Heyetlerin böyle ifade etmelerine rağmen, hukuki hataları inceleyip incelemedikleri konusu ise ayrı bir konudur. Klöckner ve Kamerun ve Amco ve Endonezya davalarındaki komiteler böyle söylemelerine rağmen, bu davalardaki hakem heyetlerinin hukuku doğru uygulayıp uygulamadıklarını inceleme konusunda da kendilerini sınırlamamışlardır. Dahası bu komiteler hukukun nasıl uygulandığı konusuna da bakmışlardır. Bu davalara ilişkin bazı yorumcular ad hoc komitelerin iptal ile temyiz arasındaki çizgiyi aştıklarını beyan etmektedirler²³¹.

ç. ICSID Sözleşmesinin 42’inci Maddesinde Belirlenen Hukukun Bazı Kurallarının Uygulanmaması

ICSID Sözleşmesinin 42’nci maddesince belirlenen hukukun uygulanmamasının iptal sebebi olduğu konusunda bir tartışma yokken, 42’nci maddesinde belirlenen hukukun kısmen uygulanması konusunda durum ne olacaktır. Eğer kısmen uygulamama tamamen uygulamamanın aynı sonuçlarını ortaya çıkaracaksa, kararın

²³⁰ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 104.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), para.5.03 (10.04.2010)

²³¹ Schreuer,age,s.950.

iptal edileceği muhakkaktır. Daha çok rastlanan durum kanundaki bir detayın dikkatsizce gözden kaçırılması sonucu yapılan yanlışlıktır. Uygulanan hukuk nizamı içerisinde bir hukuki düzenlemenin kasten dikkate alınmayarak uygulanmaması, kanundaki detayın gözden kaçırılmasından farklı bir durumdur. Bir hukuk nizamının uyumsuzluğa ilişkin bir düzenlemesinin kasten dikkate alınmaması, heyetin açıkça yetkisini aşması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan kısmi uygulamama ve hatalı uygulama çoğu zaman birbirinden ayrılamaz durumda olmaktadır²³².

Amco ve Endonezya davasında komite, Amco tarafından yapılması gerekip te eksik yapıldığı iddia edilen yatırımın incelenmesinde, hukukun uygulanmasına ilişkin bir sorunla karşılaşmıştır. Heyet yapılan yatırımı \$ 2,472,490 olarak hesaplamış ve yapılması gerekli yatırım miktarını \$ 3,000,000 olarak hesaplayıp arta kalan miktarı önemsiz olarak görmüş ve lisansın iptalini haklı bulmamıştır. Ad hoc komite ise, heyetin tespit ettiği yapılan yatırım miktarını hatalı bulmuştur. Çünkü, Endonezya hukukunun ilgili maddelerine göre sadece yetkili Endonezya otoritelerince kaydedilen ve tanınan miktarlar yabancı yatırım kapsamına girmektedir. Yatırım yapılan paranın kaydına ilişkin hukuk kuralları bir sirkülerde ve Endonezya Bankasının Yabancı Para Bürosunun Tebliğinde mevcuttur. Amco getirdiği miktarlarla ilgili olarak onaya ve kayıt altına alınmaya ilişkin işlemlere uygun davranmamıştır. Bu tespitleri ile ad hoc komite heyetin yetkisini açıkça aştığına ve bu sebeple kararın yapılan yatırım miktarının tespitine ilişkin olan kısmının iptaline karar vermiştir. Heyetin tespit edilen hatası ile ilgili olarak ad hoc komite, bu konuda yapılan hatanın uzayan hesaplamalardan kaynaklandığını da belirterek heyet adına da özüre yakın bir açıklama yapmıştır. Komiteye göre, heyetin yaptığı tartışmalar o kadar uzun sürmüştür ki, Endonezya hukukunun Yabancı Yatırım Kanununa göre getirilen miktarın kayıt ve onay altına alınması gerektiği hususu gözden kaçırılmıştır. Ad hoc komite ayrıca, heyetin hesaplamasında yatırım maksadıyla getirilen para miktarı içerisinde bir borcu da dahil ettiği için heyeti eleştirmiştir. Neticede heyetin Yabancı Yatırım Kanununun 2'nci maddesinin uygulamasında hataya düştüğünü belirtmiştir²³³.

Karara detaylı olarak bakıldığında hakem heyetinin Endonezya Hukukunu detaylı olarak incelediğini ve özellikle Yabancı Yatırım Kanununu detaylı olarak incelediğini

²³² Schreuer,age,s.948.

²³³ Schreuer,age,s.949.

görmek mümkündür. Yabancı Yatırım Kanununun 1 ve 3'ncü maddelerinden kararda iki kez, 2'nci maddesinden de kararda bir kez bahsedilmektedir. Ad hoc komite bu kapsamda değişik bir yorum yapmıştır. Burada aslında yanlış uygulamayı, uygulamama olarak tespit etmiştir. Bazen yanlış uygulama ile eksik uygulamayı birbirinden ayırmak mümkün olmamaktadır²³⁴.

d. Hukuki Kaynakların Kararda Belirtilmesi

Hakem heyeti Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirtilen hukuku uygularken, bu hukukun dava ile ilgili düzenlemelerini kararında belirtecektir. Karar gerekçelendirilirken ulusal alanda ve milletlerarası alanda kararın gerekçeleri değişebilmektedir. Hakem heyetinin ortaya koyacağı karar hukuki dayanakları içeren bir uzlaşma olacaktır. Böyle bir karar genel gerekçeleri içerecektir. Genel gerekçelerde de uygulanan hukukun kaynakları kesin olarak belirtilecektir. Eğer ICSID heyetleri kararlarını açıklarken uygulanan hukukun kurallarını ve maddelerini kesin olarak belirtmezlerse, bu durumda heyetin yetkisini aşması durumu ortaya çıkmaktadır.

Klöckner ve Kamerun davasında²³⁵ uygulanan hukuk Fransa hukukuna dayanan Kamerun hukukudur. Bu davada hakem heyeti yatırımcının yükümlülükleri ile ilgili aşağıdaki durumu tespit etmiştir. Fransız Medeni Kanununa göre güvene dayalı ilişkilerde taraflar dürüst, sadık ve açık sözlü olmak zorundadırlar. Heyet bu kapsamda bu kelimelere Fransa hukukunun bir parçası olarak değil, dürüstlük ve güvenin evrensel gereklilik olduğunu ifade ederek başvurmuş ve kararı gerekçelendirmiştir. Heyet Klöckner'in Kamerun'a karşı yeterince dürüst ve güvenilir davranmadığını ve açıklama yapma yükümlülüğünü ihlâl ettiğine karar vermiştir. Ad hoc komite, bu gerekçelendirmeyi kabul edilebilir bulmamıştır. Ad hoc Komite bu davada 42'inci madde kapsamında belirlenen hukuku uyguladığını ifade eden heyeti eleştirmiştir. Bu davada hakem heyetinin kararına karşı en büyük eleştiri, kararın Fransız hukuku ile alakalı olması yani Fransız hukukunun uygulanması ve kararın Fransız hakem tarafından desteklenmesi nedeniyle yapılmıştır.

²³⁴ Schreuer, age, s.950.

²³⁵ Klöckner ve Kamerun Kararı için bkz.: ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 141. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 170. (ICSID Case No. ARB/81/2)

Ad hoc komite bu davada Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirtilen hukukun uygulanmamasından başka, kararın gerekçelendirilmesi ile de ilgilenmiştir. Hakem heyetinin gerekçeleri hukuksal kaynakların ifadesi açısından eleştiriye açık ve belirli bir hukuk nizamına dayanması açısından da başarısız olarak kabul edilmiştir. Bu durum Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirtilen hukukun uygulanmaması sebebiyle yetkinin aşılması durumundan oldukça farklı bir durumdur. Gerekçelerin niteliğinin ve kaliteli olmasının kontrol edilmesi, iptalin sebeplerinden değildir. İptalin ana fonksiyonu tahkim usulünün “*temel meşruluğunu*” korumaktır. Bir kararda yeterli gerekçelerin olmaması Sözleşmenin 52(1)(e) anlamında gerekçelerin ifadesinde başarısızlık olarak görülebilir. Klöckner ve Kamerun davasında, ad hoc komite, bu olasılığa dikkat çekmiş fakat böyle bir durumun varlığını açıkça kabul etmemiştir. Komite burada heyetin mad.48(3) ve mad.52(1)(e) anlamında gerekçeler olmaksızın bir karar verildiğinin söylenemeyeceğini, heyetin mad. 42(1) çatısı altında hareket etmeyerek, 42'nci maddede belirtilen hukuku uygulamayarak yetkisini aştığını belirtmiştir²³⁶.

Amco ve Endonezya²³⁷ davasında Sözleşmenin 42'nci maddesi kapsamında uygulanması gereken hukuk Endonezya hukukudur. Ad hoc komite, hakem heyetinin hakkaniyet ve nasfete (ex aequo et bono) göre karar vermeye yetkili olmadığını ifade ettikten sonra; hakem heyetinin ulaştığı sonuçların veya bulguların Endonezya veya milletlerarası hukuk ile yeterince desteklenmediğinin değerlendirildiği sonucuna varmıştır. Endonezya, hakem heyetinin Endonezya'yı zorla oteli ele geçirmesi hakkında sorumlu tutması ile ilgili olarak Endonezya Kanunları kapsamında gerekçe göstermekte başarısız olması nedeniyle, yetkisini aştığını iddia etmiştir. Ad hoc komite Endonezya'nın silahlı olarak zorla işletmeyi ele geçirmesini, hakem heyetinin hukuka uygun bulmadığını belirtmiştir. Ad hoc komiteye göre bu durumla ilgili olarak hakem heyetinin kanunları veya içtihatları kapsayan bir gerekçe göstermediği doğrudur. Fakat bu hakem heyetinin Endonezya hukuku yerine Endonezya hukukunun bir parçası olan milletlerarası hukuku uygulamadığını göstermemektedir. Endonezya Kanunları kapsamında kişilerin mülkiyet haklarının korunması ile ilgili bir hüküm vardır. Bu

²³⁶ Schreuer, ICSID Annulment, age, s.113.

²³⁷ Amco ve Endonezya Davası için Bkz. (ICSID Case No. ARB/81/1)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>

kapsamda da ad hoc komite hakem heyetinin Endonezya Hukukunu uygulamadığı yönündeki tartışmayı doğru bulmamıştır²³⁸.

Hakem heyeti, kararın yatırım ruhsatının iptaline ilişkin kısmında, Endonezya'nın iptalden önce karşı tarafı yeterince dinlemediğini, bu kapsamda adil ve yeterli savunma hakkı vermeyerek usulün temel prensiplerine aykırı davrandığını ifade etmiştir. Ad hoc komitenin önünde Endonezya, ülkesinin idare hukukunun böyle bir prensibi içermediğini, böyle bir prensibin Endonezya Anayasasında da mevcut olmadığını söylemiştir. Fakat Endonezya, Endonezya Hukukunun temel prensiplerinin benzer durumlar için tazminat ödeme yükümlülüğü getirdiğini ifade etmiştir. Ad hoc komite, hakem heyetinin hukukun genel ve temel prensiplerinin davada tanınmasındaki başarısızlığına rağmen, konuya ilişkin tespitlerinin Endonezya hukukunda belirlenen hükümlerden nitelik yönünden farklı olmadığını beyan etmiştir. Bu sebepten komite, kararın bu kısmının, Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması sebebiyle yetkinin açıkça aşılması olarak görülemeyeceği gibi gerekçelerin açıklanmasında başarısızlık olarak ta kabul edilemeyeceğine karar vermiştir²³⁹.

Amco ve Endonezya davasındaki iptal kararı, Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmasındaki başarısızlık ve bu hukukun uygulanmasında yapılan teknik hatalara ilişkindir. Fakat yukarıdaki örnek ilgili hukuk nizamının hükümlerinin kararda yazılmamasından daha çok, ad hoc komitenin Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirtilen hukukun esasta doğru uygulanmasının tespiti ile ilgilidir. Hakem heyetinin kararda uygulanan hukuk kurallarına ilişkin hükümleri yazılmadaki başarısızlığı, eğer heyet Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukuku uygulanmışsa, Sözleşmenin 42'nci maddesinin ihlâlinin bir göstergesi olarak ele alınamayacağını belirtmektedir²⁴⁰.

²³⁸ Schreuer,age,s.954.

²³⁹ Amco ve Endonezya Davası için Bkz.(ICSID Case No. ARB/81/1)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward> (30.08.2008)

²⁴⁰ Schreuer,age,s.955.

MINE ve Gine davasındaki²⁴¹ iptal kararı, uygulanan hukuk nizamının kurallarının kararda belirtilmesindeki hataya ilişkin durumları kapsamaktadır. Ad hoc komitenin tespitlerine göre, burada taraflar Gine hukukunun uygulanacağı konusunda anlaşmışlardır. Hakem heyeti, Gine'nin Fransız Medeni Kanununun 1134'üncü maddesindeki iyi niyet kuralını ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Gine, hakem heyetinin sadece uygun hukuk nizamını uygulamakta hataya düşmediğini, ayrıca, uygulanan hukuk nizamının da doğru uygulanmadığını iddia etmiştir. Ad hoc komite buna katılmamış, hakem heyetinin Gine hukuku yerine Fransız hukukunu hatalı olarak uyguladığını belirterek, Gine'de Fransız hukukunun uygulanması ve uygulanan maddenin madde numaralarının bile her iki hukuk düzeninde de (Gine ve Fransız Hukuk Düzenleri) aynı olması nedeniyle, bu hatanın iptale sebep teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

e. Hakkaniyet ve Nasfet

Sözleşmenin 42'inci maddesi 3'üncü fıkrasında *“taraflar anlaşılırsa heyetin hakkaniyet ve nasfete göre karar vereceği”* düzenlenmiştir. Bu düzenleme seçilen hukukun uygulanmasının bir istisnasıdır. Bu uygulama tarafların kesin ve açık olarak anlaşmaları durumunda geçerlidir. Sadece hakkaniyet ve nasfet kapsamında, tarafların seçtiği hukuk düzeni dikkate alınmadan verilen bir karar, yetkinin açıkça ihlâli sebebiyle iptale konu olabilir²⁴².

Bu konuya ilişkin olarak Klöckner ve Kamerun²⁴³ davasında ad hoc komitenin tespitleri çok nettir. Komiteye göre *“Seçilen hukukun yerine hakkaniyet ve nasfete göre karar verilmesi yetkinin aşılmasını oluşturduğu gibi, hakkaniyet ve nasfete göre karar verilmesi taraflarca açıkça kararlaştırılmışken, bunun yerine belirli bir hukuk düzeninin uygulanması da yetki aşımı oluşturacaktır.”*

²⁴¹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 112.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.35, (10.04.2010)

²⁴² Schreuer,age,s. 956.

²⁴³ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 109.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) Para. 99,(10.04.2010)

Amco ve Endonezya ile MINE ve Gine²⁴⁴ davalarındaki iptal kararları, açıkça tarafların seçtiği hukuk yerine hakkaniyet ve nasfete göre karar verilmesi durumlarında, kararın heyetin yetkisini açıkça aşması sebebiyle iptal edilebileceğinin en açık örnekleridir. Bu durumlar açıkça hakem heyetlerinin Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukuka ilişkin düzenlemelerin hakkaniyet ve nasfete uygun olmaması nedeniyle, heyetlerce uygulamaktan imtina edildiği durumlardır. Bu davalarda ad hoc komiteler, Sözleşmenin 42'nci maddesi kapsamında belirlenen hukukun hakkaniyet ve nasfete aykırı olduğu yönündeki heyet tespitlerini doğru bulmamışlar ve bu hukukun ilgili düzenlemelerinin hakkaniyet ve nasfete aykırı olmadığı sonucuna varmışlardır. Hakem heyetlerince 42'nci maddede belirlenen hukukun belirli düzenlemelerinin hakkaniyet ve nasfete aykırı olması sebebiyle uygulanmasından imtina edilmesinin, ad hoc komitelerce 42'nci maddenin ihlâli sebebiyle "heyetin yetkisini açıkça aşması" sebebiyle kararın iptaline sebep olabileceğini göz ardı etmemek gerekir.

f. Milletlerarası Hukuk

Milletlerarası hukuk uygulanacak hukukun birkaç yönden bir parçasını oluşturmaktadır. ICSID Sözleşmesi 42(1)'inci maddesine göre taraflar hukuk seçerken milletlerarası hukuku seçebilirler. Ya da ICSID Sözleşmesinin 42.maddesi ilk paragrafı ikinci cümlesindeki hüküm uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları durumlarda, hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ve milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacaktır. Eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmek için bir anlaşma yapmamışlarsa, hakem heyeti yatırımı kabul eden ülkenin hukukunu milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacaktır. Bir defa milletlerarası hukuk uygulanacak hukukun bir parçası olduktan sonra, bu hukuku uygulamamak yetkinin aşımına kadar gidebilecektir. Amco ve Endonezya davasında ad hoc komite milletlerarası hukuka saygıyı vurgulamış ve gerekçelerini de belirtmiştir. Komiteye göre *"kabul eden devletin hukuku prensip olarak uyuşmazlığı çözmek için uygulanacak hukuktur. Aynı zamanda ICSID hakem kararları Sözleşmeye taraf olan her ülke tarafından tanınacak ve parasal yükümlülükleri doğrudan tenfiz edilecek olduğundan"*

²⁴⁴ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 104.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.5.03, (10.04.2010)

*milletlerarası hukukun uygulanabilir normları ile uyum sağlanmalıdır. Sözleşmenin 27'inci maddesine göre yatırımcının ülkesi yatırımcıya diplomatik koruma sağlayamayacaktır*²⁴⁵.”

Amco ve Endonezya davasında,²⁴⁶ Endonezya, Amco'nun iddialarını yerel mahkemelerin önüne getirmeksizin yerel çareleri tüketmeden doğrudan ICSID tahkimine götürmesini ve heyetin bunu kabul etmesini, heyetin yetkisini açıkça aşması olarak değerlendirmiş ve iptal sebebi olarak ad hoc komiteye bildirmiştir. Çünkü yerel çarelerin tüketilmesi hususu, milletlerarası hukukun kabul ettiği bir yöntemdir. Ad hoc komite ise bu konuyu incelerken milletlerarası hukukun ihlâl edilip edilmediğine girmeksizin, Sözleşmenin 26'ncı maddesinin yerel hukuki başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin genel bir vazgeçmeyi kapsadığına, diğer bir ifade ile taraf devletin eğer Sözleşmeye çekince koymamış ise ICSID tahkimini kabul etmek zorunda olduğuna, sadece çekince konulması durumunda böyle bir itirazda bulunulabileceğine karar vermiştir. ICSID Sözleşmesinin 26'ncı maddesinde *“Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Taraf devlet bu rızalarının ön koşulu olarak yerel ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir.”* düzenlemesi mevcuttur. Ad hoc komite Endonezya tarafından ICSID Sözleşmesine bu hususta bir çekince konulmadığı için ICSID hakem heyetinin yerel çareler tüketilmese dahi yetkili olduğuna karar vermiştir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları durumlarda, hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ve milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacaktır. Bu durumda milletlerarası hukuk uygulanması gereken hukukun bir parçası olduğu için, milletlerarası hukukun uygulanabilir kurallarının uygulanmaması yetkinin açıkça aşımına ve verilen kararın iptaline sebep olabilecektir. Sadece milletlerarası hukukun birkaç kuralının uygulanmasındaki hata veya milletlerarası hukukun bireysel birkaç düzenlenmesinin uygulanmaması prensipte kararın iptaline sebep oluşturmayacaktır. Fakat, köleliğin, terörizmin, soykırımın yasaklanması ve temel hakların korunması gibi milletlerarası hukukun temel kuralları milletlerarası toplumun genel politikası olarak kabul edilirler ve bunlar milletlerarası hukukun emredici kurallarıdır. Eğer uygulanan hukuk milletlerarası

²⁴⁵ Schreuer, age, s.962.

²⁴⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 104.

hukukun emredici kurallarını ihlâl ederse karar iptale konu olacaktır. Eğer milletlerarası hukukun emredici kuralları dışında kalan, örneğin pacta sunt servanda, iyi niyet, yabancılara davranışlarda minimum standartlar gibi milletlerarası hukukun diğer önemli kurallarının uygulanmamasında durum ne olacaktır? Eğer böyle bir uygulama milletlerarası hukukun bütününe zarar verecekse, milletlerarası hukukun tamamı uygulanmamış olarak kabul edilebilecek ve hakem heyetinin yetkisini açıkça aşması sebebiyle karar iptal edilebilecektir.

Gerçekte uygulamada problem milletlerarası hukukun uygulanmasında hata, yatırımı kabul eden devletin hukukunun daha istekli uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin mad. 42(1)'deki düzenleme kabul eden devletin hukuku ile milletlerarası hukukun uygulanmasına ilişkindir. Burada milletlerarası hukukun tamamlayıcı ve düzeltici etkisinden söz edilebilir. Bu durum Amco ve Endonezya davasında açıklanmıştır. Burada ad hoc komite hakem heyetinin yerel hukukta boşluğu doldururken milletlerarası hukuku kullanacağını, yerel hukukla milletlerarası hukuk arasında çatışma olduğunda milletlerarası hukukun normlarının öncelikli olduğunu ifade etmiştir.

Endonezya, otelin yönetiminin zorla alınması ile ilgili olarak milletlerarası hukukun uygulanmasını eleştirmiş ve hakem heyetinin yerel hukuku uygulaması gerektiğini, bu gerekçelerle heyetin yetkisini açıkça aştığını iddia etmiştir. Ad hoc komite ise zorla otelin ele geçirilmesinin Endonezya hukuku açısından da hukuka uygun olmadığını, kararın bu bölümüne bakarak milletlerarası hukukun uygulandığının söylenmesinin doğru olmayacağını ifade etmiştir. Ad hoc komite "milletlerarası hukukun doğru uygulanmamasına ilişkin anlaşmazlıklarda yerel hukuk uygulanmış olsaydı bile aynı sonuca ulaşılabilecekti" iddialarını reddetmiştir. Kararı destekleyen gerekçelerdeki eksiklik, yerel hukukla milletlerarası hukukun sınırları karışmış olsa bile, Sözleşmenin 42'nci maddesince belirlenen hukukun uygulanmamasına kadar gitmeyecektir. Yerel hukuk ve milletlerarası hukukun etkileşiminde ortaya çıkan hukuka aykırılık, eğer hükmün oluşturulmasında ciddi etkiler doğuracaksa yetkinin açıkça aşımı sonucunu doğuracaktır. Ad hoc komitenin tespit ettiği diğer bir husus ise iptale konu olan Amco ve Endonezya kararında milletlerarası hukukun uygulanması açısından bir aşırılığın mevcut olmasıdır. Hakem heyeti tazminatın milletlerarası hukuka göre Endonezya'nın

dışında ve dolar olarak ödenmesine karar vermiştir. Ad hoc komite için hakem heyetinin bu konuya ilişkin kararı milletlerarası hukukun uygulanması anlamında bir zorlamadır²⁴⁷.

C. Heyetin Üyelerinden Birisinin Rüşvet Aldığı İddiası

Tahkimde hakemlerin tarafsızlığı konusu milletlerarası hukukun önemli konularından birisidir. Milletlerarası tahkim normları bu konuda oluşabilecek uyuşmazlıkları çözebilecek şekilde düzenlenmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 10(1) bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı bir şüphe mevcutsa bu hakemin reddinin talep edilebileceğini düzenlemektedir. 1998 tarihli ICC Tahkim Kuralları madde 7(1) ise kendisinden tarafsız bir karar beklenmeyecek hakemin heyete seçilemeyeceği yönünde bir düzenleme içermektedir. ICSID Tahkim Kuralları mad.57 hakemlerin hukuk, ticaret, endüstri ve finans konularında sahip olması gereken niteliklerinde veya bağımsız yargılama yapabilecekleri konusunda açıkça bir eksiklik bulunduğu gerçeğinin mevcut olması durumunda hakemlerin reddine olanak sağlamaktadır. ICSID yargılamasında hakemin bağımsız yargılama yapmadığına ilişkin iddia, Arjantin tarafından Hakem Bay Fernando de Trazegnies Grand'a karşı ileri sürülmüştür. Hakem bu iddia üzerine nihai karar verilmeden önce heyetten çekilmiştir²⁴⁸

ICSID Sözleşmesinde nihai kararın iptaline gerekçe olabilecek diğer bir sebep ise 52'nci maddede heyetin üyelerinden birisinin rüşvet alması olarak açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme çok açık bir düzenlemedir ve tereddüde mahal bırakmamaktadır. Ayrıca tahkim usulünün temelini oluşturmaktadır. Bu iptal sebebi uygulamada zor karşılaşılabilecek bir durum olarak görünmektedir. Bu düzenleme tahkim usulüne ilişkin milletlerarası hukuk kurallarından alınmıştır. Böyle bir durumda hükmün iptal edileceğine ilişkin hiç şüphe yoktur. Sözleşmenin taslağı hazırlanırken "rüşvet" yerine "tarafılık" gibi bir kelimenin kullanılması teklif edilmiş, ama bu teklif kabul görmemiştir. Böyle bir durumun nasıl ispat edilebileceğine ilişkin tartışmalar da olmuş ve tarafılığın ispatının zor olması nedeniyle, "rüşvete ilişkin makul sebeplerin varlığı" terimi teklif edilmiş, fakat oylamada bu teklifte kabul görmemiştir. Rüşvet, yolsuzluk veya hakemlerden birinin kişisel kazancı nedeniyle davanın uygun yönetilmemesidir. Tahkim

²⁴⁷ Schreuer, age, s.966.

²⁴⁸ Brubaker, R.J.: The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication, Berkeley Journal Of International Law 2008, Vol.6.s.133-134.

Kuralları 6'ncı madde her hakemin, heyetin ilk duruşmasından önce "Sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir kaynaktan tahkim usulüne ilişkin olarak bir talimatı veya faydayı kabul etmeyeceğim." ifadesini kapsayan bir bildirgeyi imzalamasını şart koşmaktadır. Hakemlerin düzenli olmayan gelirleri sebebiyle taraflı hareketleri görülürse, yolsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. ICSID usulüne ilişkin olarak düzenli olmayan gelirlerin kabulü yolsuzluğun varlığına ilişkin kuvvetli şüpheler doğuracaktır. Sadece taraflı davranışlar herhangi bir gelir olmaksızın yolsuzluk veya rüşvet olarak kabul edilmeyecektir.

Tahkim Kuralları 6'ncı madde kapsamında hakemler, taraflara ilişkin geçmişte veya şimdi profesyonel beyanat verebileceklerdir. Bu tür beyanatlardan doğru olmayan veya tamamlanmamış olanlar kendi başına bir yolsuzluk olarak değerlendirilmeyecektir. Hakemlerden birisi taraflardan birisi ile sıkı ilişkiler içerisinde ise, ilişkinin yakınlığı ve doğasına bağlı olarak bu hakemin atanmasının kabulü sonrası, eğer hakem kişisel çıkar kazanıyorsa yolsuzluk olarak kabul edilebilecektir.

Sözleşmenin 14'üncü maddesine göre hakem panellerine atanan hakemler iyi ahlaklı, bağımsız yargılama açısından güvenilebilir kimseler olacaktır. Hakem Panellerinin seçilmesi, hakem heyetlerinin oluşturulması, hakemlerin diskalifiye edilmesi veya değiştirilmesine ilişkin düzenlemeler (mad.12-16,37-40,56-58) yolsuzluğa karşı bir çok tedbirler içermektedir²⁴⁹.

Rüşvetle ilgili en önemli nokta aleyhine hareket edilen taraftan bu durumun gizli tutulması hususudur. Diğer bütün iptal sebepleri taraflar için açıktır, fakat rüşvetin delilleri çok sonraki aşamalarda ortaya çıkabilir. Bu sebeple rüşvete ilişkin olarak zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur.

²⁴⁹ Schreuer, age, s.968.

Ç. Kararın Dayandığı Gerekçelerin Belirtilmemesi

1. Genel

ICSID sistemi çerisinde kararlarda gerekçelerin ifade edilmesi gerekliliği 48'inci maddede düzenlenmiş olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi 52'inci madde 1'inci fıkrada iptal sebebi olarak belirtilmiştir. Sözleşmenin 48'inci maddesi 3'üncü fıkrasına göre *“Karar, Heyete sunulan her sorun içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir.”* Heyetin gerekçeleri açıklaması zorunludur ve tarafların önceden buna aykırı bir anlaşma yapmaları veya tarafların rızaları ile bunu ortadan kaldırmaları mümkün değildir. Bu durum MINE ve Gine davasında²⁵⁰ ad hoc komite tarafından da açıkça belirtilmiştir. Komiteye göre *“gerekçenin açıklanması tahkim usulünün esaslı öğelerinden birisidir. Çünkü ICSID Sözleşmesinin taslağının onaylanmasından da anlaşılacağı gibi, Sözleşmenin hazırlanmasında görevli devlet temsilcilerinden 28'i kararda gerekçenin belirtilmesi lehine oy kullanırken, sadece 3 oy aleyhte kullanılmıştır. Tahkim anlaşmasıyla önceden iptal talebinde bulunma hakkından vazgeçme durumunda da taraflar bu sebebi ileri sürerek iptal talebinde bulunabileceklerdir.”*

Burada belirtilen gerekçeler hem hukuksal gerekçeler, hem de maddi gerekçelerdir. Bu konuya ilişkin en önemli hususlardan birisi, “bu gerekçelerin ölçüsü ne olmalıdır?” sorusuna verilecek cevap olacaktır. Burada kullanılacak yeterli standartlar neler olmalıdır. Çünkü bu standartların sınırı iptal ile temyiz arasındaki sınırı da belirleyecektir. Burada gerekçelerin değerlendirilmesi, hükmün doğruluğunun incelenmesi sınırına da geçmemelidir. Farklı hukuk nizamları yeterli gerekçelerin neler olacağı konusunda farklı düzenlemelere sahiptir. İptal taleplerinin hemen hemen hepsinde de kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmediği sebebi iptal sebebi olarak ileri sürülmüştür²⁵¹.

²⁵⁰ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 105.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.5.10, (10.04.2010)

²⁵¹ Schreuer,age,s.985.

2. Gerekçesiz Karar Verilmesi

Gerekçenin tamamen olmaması ICSID Sözleşmesi 48'inci maddesindeki düzenleme mevcutken mümkün ve muhtemel görünmemektedir. Aynı düzenleme Tahkim Kuralları 47'inci madde 1'inci fıkrada da mevcuttur. Yayınlanan bütün kararlar ayrıntılı bir gerekçeyi içermektedirler. Gerekçeler başlangıçta heyetin neden böyle bir karara ulaştığının yasal tartışmalarını içerecektir. Buna ilave olarak heyetin böyle bir karara varmasının ardındaki maddi vakıaların neler olduğu da gerekçelerde belirtilmektedir. Gerekçeler sadece yasal kaynaklarla sınırlı değildir. Tarafların mad. 42(3)'te belirlenen ve heyetin hakkaniyet ve nasfete göre (ex aequo et bono) karar vermeye yetkili olduğu durumlarda da gerekçeler kararda bulunacaktır. Her durumda gerekçesiz bir karar iptale konu teşkil edecektir. Hakkaniyet ve nasfete göre karar vermekle yetkilendirilen heyetler de kararlarında gerekçe belirtmişlerdir²⁵².

Klößner ve Kamerun davasında, ad hoc komite heyetin gerekçelerini açıklamaksızın davacının üzerine bazı yükümlülükler koyduğunu tespit etmiştir. Komiteye göre neden ve nasıl böyle bir karara heyetin ulaştığını anlamak mümkün değildir. Yani gerekçe yoktur²⁵³.

Amco ve Endonezya davasında ad hoc komite, kararda olmayan gerekçeleri kendisi yaratmış gibi görünmektedir.²⁵⁴ Bu davada Endonezya, hakem heyetinin polis ve ordunun işlemleri nedeniyle kendisinin sorumlu tutulmasının, Endonezya hukuku açısından gerekçelerinin olmadığını ifade etmiştir. Ad hoc komite gerekçe olmamasının sorgulanması yerine, kararda gerekçeleri kendisi üretmiştir. Benzer şekilde Endonezya'nın yerel hukuki başvuru yollarının tüketilmesi şartını karşılamadan heyetin kendisini yetkili görmesine ilişkin olarak gerekçelerin olmaması nedeniyle iptal talebine

²⁵² Schreuer, age, s.987.

²⁵³ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 143.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 173. (ICSID Case No. ARB/81/2)

²⁵⁴ Amco ve Endonezya Davası için Bkz. (ICSID Case No. ARB/81/1)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward> (18.08.2008)

başvurmasına ilişkin olarak, ad hoc komite Sözleşmenin 26'ncı maddesi kapsamında heyetin bu konuda gerekçe vermesine gerek olmadığına karar vermiştir²⁵⁵.

MINE ve Gine davasında²⁵⁶ verilen iptal kararında, ad hoc komite hakem heyetini açık gerekçeler vermemesi nedeniyle eleştirilirken, kendisi de gerekçeler yaratmakta geri kalmamıştır. Gine'ye göre hakem heyeti kararda "U.S. Bank" Bankasının faiz oranlarının uygulanmasının gerekçelerini göstermekte başarısız olmuştur. Ad hoc komite bu konuya ilişkin olarak Amerikan Dolarının sözleşmenin seçtiği para birimi olduğu için, bu bankanın faiz oranlarının uygulanmasının doğal olduğunu ifade ederek adeta kendisi de gerekçe yaratmıştır.

Bu durumlar ad hoc komitelerin de gerekçe yaratmaya meyilli olduklarını göstermektedir. Ayrıca gerekçeler açıkça kararda ifade edilmemiş olsalar bile, ad hoc komite için yeterince görünür şekildeyse kararın iptal edilmeyeceği sonucu bu kararlardan çıkarılmaktadır.

3. Gerekçelerin Yetersiz Olması

Gerekçeler kararın böyle oluşturulmasının nedenine ve nasılına cevap verecek şekilde olmalıdır. Neden böyle bir karar verilmiştir? Nasıl böyle bir karara varılmıştır? Bu sorulara cevap vermeyen gerekçeler yetersizdir. Fakat bu soruların yeterince cevaplanıp cevaplandırılmadığı hususu da çok sübjektiftir. Ad hoc komite kararın bu sorulara cevap verip vermediğini araştırırken, adeta karara ilişkin kalite kontrolü de yapmaktadır. Bu test yeterlilik ve doğruluk testi ile temyiz ve iptali birbirinden ayırt etme testidir²⁵⁷ Komiteler temyiz ile iptal arasındaki bu ikilemden kurtulmak ve temyiz incelemesine girmemek için değişik kıstaslar kullanmışlardır. Klöckner ve Kamerun²⁵⁸ davasında komite kararın temelini oluşturulmasında gerekçelerin "yeterli" (*sufficient*) olması gerektiğini belirtmiştir. Fakat bu yaklaşımın temyize de sebep olabileceğini değerlendirerek,

²⁵⁵ Schreuer, age, s.988.

²⁵⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 122, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.86, (10.04.2010)

²⁵⁷ "Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk.s. 54,

²⁵⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 125. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 118. (ICSID Case No. ARB/81/2) (18.08.2008)

aşağıdaki formülü bulmuştur. Kararın sadece görünüşte bir gerekçesinin olması yeterli değildir. Bu gerekçe yeterli miktarda kararla alakalı olmalı ve kararı temellendirmelidir. Vakıalar ve hukuk yönünde karar bu gerekçeye dayandırılabilir. Gerekçe karara bir temel teşkil edebilmelidir. Komiteye göre, eğer gerekçeler yeterli değilse ve mantıksal olarak kabul edilemeyecekse, gerekçelerin ifadesinde başarısızlık olacaktır. Komite Klöckner davasında tazminatın heyet tarafından belirlenmesine ilişkin gerekçeyi de ele almıştır. Heyet iki tarafın da yükümlülüklerini düzgün yerine getirmedeki başarısızlığı nedeniyle tazminata ilişkin talep ve karşı talepleri kabul etmemiştir. Fakat heyet iki tarafın sözleşme kapsamında mevcut borçlarını ve yükümlülüklerini değerlendirerek Klöckner'in yükümlülüklerindeki yetersizliğinin bedeline karşılık bir miktar ödemesine karar vermiştir. Ad hoc komite ise bu gerekçeyi kabul edilebilir bulmamıştır. Ad hoc komite Sözleşmenin mad. 52(1)(e) ve mad. 48(3) anlamında kararı gerekçelendirecek bir hukuksal düzenlemenin kararda mevcut olmaması sebebiyle heyetin değerlendirmesini ve gerekçeleri kabul edilebilir bulmamıştır²⁵⁹.

Klöckner davasının ad hoc komitesi "gerekçelerin yeterli derecede kararla ilgili olma" kistasını uygularken bu gerekçelerin yerindeliliğini incelemekte başarısız kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Komite gerekçenin doğruluğu ve niteliği ile fazla ilgilenmiş fakat yerindeliliğini fazla dikkate almamıştır²⁶⁰.

Amco ve Endonezya davasında taraflar karşılıklı olarak gerekçelerin yetersizliği nedeniyle iptal talebinde bulunmuşlardır. Endonezya kararda gerekçenin bulunmasının yeterli olmadığını karardaki gerekçelerin kararı temellendirmediğini belirtmiştir. Ad hoc komite Endonezya'nın lehine karar vermiş ve bu kararına ulaşılırken de Klöckner davasında belirlenen standartları dikkate almıştır. Ad hoc komite kararın gerekçelerinin yeterli düzeyde yerinde gerekçeler olması ve kararı temellendirmesi gerektiğine karar vermiştir²⁶¹.

²⁵⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 128-129.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>
 para. 127-131. (ICSID Case No. ARB/81/2)

²⁶⁰ Schreuer,age,s.992.

²⁶¹ Schreuer,age,s.992.

MINE ve Gine davasında²⁶² farklı standartlar kullanılmıştır. Komite burada kararın maddi ve hukuki açıdan kararı okuyanı tatmin etmesi gerektiğini ve gerekçelendirmelerin sadece bunu ifade ettiğini belirtmiştir. Komite gerekçelerin yeterli olmasının mad. 52 (1)(e) anlamında kararın tekrar incelenmesini gerektiren bir kriter olmadığını, çünkü bunun kabul edilmesi durumunda heyetin kararının temyizde olduğu gibi incelenmesine olanak sağlanacağını ve mad. 53 kapsamında temyiz usulünün inceleme dışında bırakılmasına rağmen buna olanak sağlanacağını belirtmiştir. Komiteye göre gerekçelerin heyetin A noktasından B noktasına nasıl gittiğini göstermesinde tatmin edici olmasının, hatta maddi ve hukuki anlamda hatalar olsa bile yeterli olduğunu ifade etmiştir.

MINE ve Gine davasının belirlediği kriter Klöckner ve Amco davalarında belirlenenden daha az kapsamlıdır. Gine bu davada sözleşme ihlâline ilişkin heyet tarafından verilen kararın iptal edilmesini talep etmiş ve heyetin kararda bulunan birçok hususu destekleyemediğini ve kabul edilebilir hale getirmediğini ifade etmiştir. Komite ise kararın bir çok gerekçe ile desteklendiğini ve büyük zorluk olmaksızın anlaşılmasının sağlandığını ve gerekçelerin tekrar incelemeye konu olamayacağını ifade etmiştir.

4. Gerekçelerin Çelişkili Olması

Çelişkili gerekçeler konusu yetersiz gerekçelerin bulunduğu durumunun farklı bir görüntüsüdür. Çelişkili gerekçeler; kararın ardında heyetin niyetinin ne olduğunun anlaşılmasını engelledikleri gibi, okuyucuda mantıksal olarak hiç gerekçe yokmuş gibi sonuç ta doğurabilirler. Konuya ilişkin Klöckner ve Kamerun komitesi çelişen gerekçelerin, gerekçelerin ifadesinde başarısızlık sebebiyle iptal talebinde ileri sürülebileceğini, bunun sebebinin çelişen iki gerekçenin birbirini iptal edeceğinden netice olarak hiçbir gerekçenin ortada olmayacağını, bu durumda gerekçenin ifadesinde başarısızlık sonucunun oluşacağını belirtmiştir.

Amco ve Endonezya davasında çelişen gerekçeler, heyetin yatırım yapılan paranın miktarının tespitine ilişkin kullandığı kriterlerin belirlenmesi ile alakalı olarak

²⁶²ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 105.,
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.5.09, (10.04.2010)

ortaya çıkmıştır. Bu davada yapılan hesaplamalarda, bir hesaplamada borçlar dikkate alınmış, diğer bir hesaplamada ise borçlar dikkate alınmamıştır. Ad hoc komite iptal başvurusu üzerine verdiği kararda heyetin kendi kendisiyle çelişkiye düştüğünü belirtmiştir. Bu nedenle heyet yatırımın hesaplanmasında gerekçeleri belirtmede başarısız olmuştur.

MINE ve Gine davasında²⁶³ ad hoc komite kararın zarara ilişkin kısmını iptal etmiştir. MINE bu davada bir kaç zarar hesaplama teorisi ileri sürmüştür. Bunlardan birisi (Y) diğeri ise (Z) teorileridir. Heyet bu teorileri benimsememiş, kendisi ayrı bir teori kullanarak zararı hesaplamıştır. Heyetin kararın bir bölümünde MINE'nin ileri sürdüğü bu teorileri dikkate alarak bazı sonuçlara ulaşması ve zararın hesaplanmasında ise kendisinin ayrı bir teori ortaya koyması, ad hoc komite tarafından heyetin gerekçeleri ifade etmekte kendisi ile çelişkiye düşerek, gerekçelerin ifadesinde başarısızlığa düşmesi olarak değerlendirilmiştir. Komitenin bu yaklaşımı bazıları tarafından eleştirilmiştir.

5. Uyuşmazlığa İlişkin İleri Sürülen Sorunlarla İlgilenmekte Başarısızlık

Sözleşmenin taslağı görüşülürken ileri sürülen bütün sorunlarla ilgilenmemenin karar düzeltmesine (revizyona) konu olabileceği veya heyetin yetkisini aşması veya usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olması nedeniyle iptal gerekçesine konu olabileceği yönünde tartışmalar olmuştur. Bu konuda Sözleşmenin 48'inci ve 49'uncu maddelerinde özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Burada amaç heyete sunulan bütün konularda heyetin görevlendirilmesini ve görev yapabilmesini temin etmektir. Heyetin böyle bir görevi yerine getirmemesi kararın iptaline sebep olabilecektir²⁶⁴. Bu durum ICSID Sözleşmesi 48'inci maddeye göre karar, heyete sunulan her sorunu ve temel alınan gerekçeleri içerecektir. Bu düzenleme ile heyetin kendisine sunulan bütün problemlerle ilgilenmesinin heyetin görevi olduğu açıkça belirlenmiştir. Ayrıca ICSID Sözleşmesi 49'uncu madde 2'inci fıkra "Heyet, kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir ve karardaki yazım, aritmetik veya benzeri

²⁶³ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 117.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.66, (10.04.2010)

²⁶⁴ Broches,age,s.997.

hataları düzeltebilir. Heyetin kararı asli kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir.” şeklinde kararın düzeltilmesi ve ek kararlara ilişkin olarak ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Fakat görüşmelerde genel fikir bu konunun iptale gerekçe olması yönünde olmuştur²⁶⁵.

ICSID Sözleşmesi mad.49(2) daha çok kararda heyetin dikkatsizliği neticesinde unutulmuş hususlara ilişkindir. Burada ek karar almaya hakem heyeti yetkilidir. Fakat temel ve önemli hususlara ilişkin kararın çekirdeğini oluşturan durumlarda kararda bir çözüm bulunmaması hali ise, ek karar usulünden farklı olarak iptal için gerekçe oluşturacaktır. Diğer bir ifade ile Sözleşmenin 49’uncu maddesinde düzenlenen ek karar yöntemi, heyetin kendisine sunulan ve çözüme kavuşturulmasında heyetin başarısızlık gösterdiği her sorun için uygulanabilecek bir çare değildir. Heyetin kararının çekirdeğini oluşturan önemli uyuşmazlıklara ve tartışmalara ilişkin olarak kararda bir çözüm belirtmemesi durumunda, bu karar bütün ileri sürülen sorunlarla ilgilenmekte başarısızlık nedeniyle iptale konu olabilecektir.

Diğer taraftan ICSID Sözleşmesine 48’inci ve 52’inci madde 1’inci fıkra e’bendi karşılaştırılsa bunların arasında da açık bir farklılık mevcuttur. Madde 48 kararın heyete sunulan bütün sorunlarla ilgilenmesi gerektiği ve kararın temelini oluşturan gerekçeleri açıklaması gerektiğine ilişkindir. Madde 52(1)(e) ise gerekçelerin ifadesindeki başarısızlığın iptale sebep olacağına ilişkindir. Sözleşmenin hazırlanmasında bir görüş bütün sorunlarla heyetin ilgilenilmesindeki başarısızlığın açıkça iptal sebebi olarak görülmesinin Sözleşmede olmaması gerektiğini bildirmişlerdir. Bazı yorumcular ise bunun aksini düşünmüş ve açıkça Sözleşmede bunun belirtilmesinin doğru olacağını ifade etmişlerdir. Amco davasında ad hoc komite son görüşü açıkça benimsediğini ifade etmiştir.

Ad hoc komiteler heyetlerin kendilerine sunulan bütün konularla ilgilenmekteki başarısızlıklarının iptale sebep olacağı konusunda uzlaşmışlardır. Bu konuda analiz edilmesi gereken bir husus Sözleşmede sorun olarak ifade edilen hususun neleri kapsayacağı konusudur. Sorunun ne olduğu konusunu incelerken tarafların ileri sürdükleri bütün tartışmaları sorun kapsamı içerisine alarak bütün bu konuların

²⁶⁵ Schreuer,age,s.998.

incelenmesi yükünü heyete yüklemek, heyete çok ağır bir yük yüklemek anlamına gelecektir. Klöckner ve Kamerun davasında²⁶⁶ ad hoc komite bütün küçük tartışmalarla da heyetin ilgilenmesini beklemenin uygun olmayacağını belirtmiştir. Sözleşmenin mad. 48(3)'te bulunan heyetin bütün sorunlarla ilgilenme yükümlülüğüne ilişkin genel prensip kapsamında olan sorunların neler olabileceğini, komite bazı kriterler koyarak belirlemiştir. Bu kapsamda heyetin ilgilenmesi gereken bir sorun olarak kabul edebilmek için sorunun, müracaatın içerisinde heyete ayrı olarak düzenlenmiş şekilde sunulması gerekmektedir. Sorun özellikle tarafların ana dokümanları içerisinde bulunmalıdır. Sonradan heyete sunulan görüş ve bildirme dokümanları içerisinde olmamalıdır. Fakat diğer taraftan bazı tartışmalar gerçekten heyete sunulan sorunlara ilişkin olmakla birlikte, hakemler tartışmaların hepsiyle ilgilenmek zorunda da değildirler.

Klöckner ve Kamerun davasında²⁶⁷ ad hoc Komite, Klöckner tarafından ileri sürülen bütün sorunları esaslı tartışmalar olarak kabul etmiştir. Bunlardan bir tanesi Klöckner'in hukuki sorumluluğunu sınırlayan sözleşmeye ilişkin hükümlerdir. Davacı ve davalının bu konu üzerinde tartışmaları mevcuttur ve heyet tarafından ilgilenilmesi gereken bir konudur. Diğer bir sorun ise Kamerun'un Klöckner'e karşı varlığını onayladığı bir borca ilişkin olan sorundur. Komiteye göre böyle sorun davalının borçlarına ilişkin iddialara dayanmaktadır ve heyetten bu konuda cevap beklenmektedir. Komite bu sorunu da heyetin çözmesi gereken bir sorun olarak görmüştür²⁶⁸.

Klöckner davasında²⁶⁹ belirlenen bu kriterler Amco ve Endonezya davasında da komite tarafından desteklenmiştir. Ad hoc Komite Endonezyanın "*bu davada eğer heyet kendisine Endonezya tarafından sunulan bütün sorunlarla ilgilenmiş olsaydı, karar değişik olarak ortaya çıkacaktı*" iddialarında bulunduğunu ifade etmiş ve eğer heyet "*kararın iptali müracaatında ileri sürülen sorunları kabul etmiş olsaydı, heyetin verdiği karara dayanak teşkil edecek gerekçeler arasında çelişkiler meydana gelecekti ve böylelikle heyet gerekçelerini tekrardan mantık süzgecinden geçirmek zorunda kalacaktı*" demiştir.

²⁶⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 130.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) Para. 131,(10.04.2010)

²⁶⁷ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 134-136.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) Para. 147-151,(10.04.2010)

²⁶⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 130-134.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) Para. 134-144,(10.04.2010)

²⁶⁹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 130.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) para. 131-132,(10.04.2010)

MINE ve Gine davasında²⁷⁰ Gine, heyetin kendisine sunulan bütün sorunlarla ilgilenmediğini iddia ederek kararın iptalini talep etmiştir. Ad hoc komite, Gine'nin Sözleşmenin mad. 48(3) kapsamındaki ihlâl iddialarından bazılarının, kararın tazminatlara ilişkin kısmının iptalini haklı çıkarmak maksadına yönelik olduğunu belirtmiştir. Ad hoc komite heyetin, Gine'nin iddialarına yönelik olarak iki örnek vermiş ve bu örneklerle ilişkin konularda heyetin sorunlarla ilgilenmiş olması durumunda kararın farklı çıkabileceğini belirtmiştir. MINE'nin tazminat taleplerine ilişkin yapılan itirazda Gine, MINE ile aralarında imzalanan sözleşmenin 15'inci maddesini ileri sürerek, ancak kendisinin sözleşmeye aykırı davranması durumunda bu tazminata MINE'nin hak kazanacağını belirtmiştir. Ad hoc komiteye göre eğer Gine'nin iddiaları kabul edilirse bu durumda zararın miktarı azalacaktır. Bu durum, heyet tarafından dikkate alınmamıştır. Ayrıca ad hoc komitenin değerlendirmesine göre heyet dikkate almamasının gerekçesini kararda belirtip belirtmemekte de serbest değildir. Bu uygulamalar kapsamında "sorun" kelimesi kritik ve kararlı tartışmalar anlamında anlaşılmalıdır.

Sorunlarla ilgilenmenin genel yöntemi nasıl olmalıdır. Bu konuda en kesin yaklaşım bir hususun "sorun" olup olmadığını doğrudan kabul etmek veya reddetmektir. Her iki durumda da gerekçeler belirtilecektir. Bazı durumlarda heyetin bulguları nedeniyle bu sorunlarla ilgilenmek aşırı veya hatalı görülebilir.

Klöckner ve Kamerun davasında heyet sorunlara ilişkin çözüm üretilen birkaç örnek incelemiştir. Klöcknerin sorumluluğunun sözleşme ile sınırlı olması sorununa ilişkin olarak ad hoc komite kararın açık bir gerekçe taşımadığını ifade etmiştir. Bu durumda daha başlangıçta (*prima facie*) heyetin davacının esaslı sorunlarından birisi ile ilgilenmediğinin kabul edilmesinin kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir. Klöckner ve Kamerun²⁷¹ davasında soruna örtülü olarak çözüm getirilmeye çalışılan diğer bir durum da komite tarafından incelenmiştir. Kararın bu bölümü Klöckner'in garanti sorumluluğunun kapsamına ilişkin tartışmalarla ilgilidir. Kararda Klöckner'in garanti sorumluluğunun sınırlı bir zaman için ve gizli ayıplarla (*hidden defects*) ilgili konularda olacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Oysa Klöcknerin iddiaları bu yöndedir. Bu kapsamda

²⁷⁰ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 113.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.44, (10.04.2010)

²⁷¹ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 137.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/81/2) Para. 158,(10.04.2010)

heyet kararında Klöckner'in iddialarını destekler yönde bir gerekçe yoktur. Aynı zamanda bu konuda Klöckner'in tartışmalarının ve ileri sürdüğü sorunun reddedildiğine ilişkin de bir gerekçe yoktur. Ad hoc Komite heyetin farklı bir hukuki konuya ilişkin çok genel bir gerekçesini gördükten sonra, garanti sorumluluğuna yönelik esaslı bir konudaki gerekçenin başka bir konu hakkında verilen gerekçede üstü kapalı ve dolaylı olarak aranmasının doğru olmayacağını ifade etmiştir. Diğer taraftan ad hoc komitenin dolaylı gerekçeyi kabul ettiği durum da mevcuttur. Davacıya göre heyet kendisine sunulan bütün sorunlarla ilgilenmemiştir. Çünkü kararda sözleşmeye aykırı hangi yanlış uygulamaların mevcut olduğu ve karara gerekçe teşkil ettiği açıklanmamıştır. Ad hoc komite bu itirazı kabul etmemiştir, çünkü karar sözleşmeye aykırı yanlış uygulamaların mevcudiyetini ve sözleşmenin geçersizliğini içermemektedir.

MINE ve Gine davasında²⁷² ad hoc komitenin verdiği karar, heyete yöneltilen sorunlara heyetçe ortaya konulan doğrudan olmayan çözümlerin ve gerekçelerin ad hoc komiteye kabul edilmesinin bir örneğini içerir. Bu davada Gine'nin yakınmaları, heyetin MINE'nin Gine ile arasında bulunan sözleşmenin ihlâl edildiğine ilişkin iddialarına detaylı bir açıklama getirmemesi yönündeydi. Ad hoc komite Gine'nin iddialarının Gine'nin İddiaları başlığı altında kararda mevcut olduğunu, fakat heyetin bu özel tartışmaya girmediğini, çünkü heyetin MINE'nin sözleşmeyi ihlâl etmediğini tespit ettiğini ve sözleşmeyi ihlâl etmemesinin gerekçelerinin de kararda kolaylıkla bulunabileceğini ifade etmiştir.

D. Usulün Temel Kurallarından Ciddi Bir Sapma Olması²⁷³

1. Genel

Tahkim usulünün bütünlüğünün ve meşruluğunun sağlanmasında etkili olan diğer bir gerekçe usul kurallarının doğru uygulanmasıdır. Usule ilişkin kurallara uyulmaması hüküm sonrası hukuki başvuru yollarına gitmeye neden olan ve kararın tenfizini engelleyen veya kararı bir kıyıya bırakmaya sebep olabilecek bir gerekçedir. Fakat

²⁷² ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 116.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.6.56, (10.04.2010)

²⁷³ ICSID Sözleşmesinin resmi tercümesinde her ne kadar "Mahkemenin Temel Kurallarında Ciddi Bir Sapma Olması" ifadesi kullanılmış ise de, burada asıl hakem heyetinin yargılama esnasında uygulayacağı usul kurallarının esaslı olanlarından ciddi bir sapma olması durumu ifade edilmek istendiğinden, Usulün Temel Kurallarından Ciddi Bir Sapma Olması ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

unutmamak gerekir ki, tahkim kuralları içerisinde usule ilişkin düzenlemelerin hepsi temel kurallar değildir. İhlâl edildiğinde iptal için gerekçe oluşturabilecek kurallar doğal hukuk prensibiyle sınırlanabilir. Sözleşmenin taslağının görüşülmesi sırasında sadece iki tarafın da dinlenmesi ve iddialar karşısında savunma için taraflara yeterli imkânın sağlanması hususlarının usulün temel kuralları olarak kabul edilmesi ve bu kurallara uyulmaması durumunun iptale sebep teşkil etmesinin düzenlenmesi teklif edilmiş fakat kabul görmemiştir. Ayrıca Sözleşme taslağı görüşülürken usulün temel kuralları yerine usul prensipleri teriminin kullanılması da diğer bir teklif olmuştur. Fakat usul prensipleri yerine usulün temel kuralları ifadesinin kullanılması, bu ifadenin prensipleri de kapsayacağı değerlendirildiği için bu teklif de reddedilmiştir²⁷⁴.

2. Temel Kural ve Ciddi Sapma İlkesi

Usul kurallarının ihlâl edilmesi iki şartı da içerdiği taktirde iptal için gerekçe olabilecektir. Usulün ihlâli ciddi olmalıdır ve ihlâl edilen usul kuralı temel kural olmalıdır. Usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olması, iptal gerekçesi içerisinde bulunan ciddi (*serious*) ve temel (*fundamental*) kelimeleri, Sözleşmenin mad. 52(1) (b)'deki açıkça (*manifestly*) kelimesinden farklıdır. Özel öneme haiz usul prensipleri temel kurallar olarak kabul edilebilecektir ve her usul kurallarının ihlâli iptal için gerekçe olmayacaktır. Diğer taraftan usul kuralının ciddi bir ihlâli, eğer bu kural temel bir kural değilse gene aynı şekilde iptal için gerekçe oluşturmayacaktır. Bunun tersi olarak usule ilişkin temel bir kural ihlâl edilirken, bu ciddi bir ihlâl değilse gene iptale konu olmayacaktır. Bütün bunlar heyetin önünde gerçekleşen usule ilişkin ihlâllerin iptale gerekçe olması için yeterli olmadığını göstermektedir. Tahkim kurallarının basit bir ihlâlinin iptal için gerekçe olmayacağı da açıktır.

MINE ve Gine davasında²⁷⁵ ad hoc komite bunu açıkça ifade etmiştir. Ad hoc komiteye göre bütün usule ilişkin ihlâller mad. 52(1)(d) anlamında iptal için gerekçe oluşturamayacaklardır. İhlâlin veya usul kurallarından uzaklaşmanın ciddi (*serious*) olması ve uyulmayan kuralın usulün kurallarından temel olan bir kurala (*fundamental rule of procedure*) ilişkin olması iptal için gerekçe oluşturabilecektir. MINE ve Gine kararı

²⁷⁴ Schreuer, age, s.969.

²⁷⁵ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 104.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (ICSID Case No. ARB/84/4), Para.5.05-5.06,(10.04.2010)

aynı zamanda bu iki gerekliliğin kısaca bir analizini de içermektedir. Komiteye göre ihlâlin ciddi olması demek niteliksel ve niceliksel anlamda ciddi bir ihlâlin oluşması demektir. İhlâl esaslı olmalı ve usul kuralının korumayı amaçladığı menfaatten bir tarafı yoksun bırakmalıdır. İkinci kıstas olan “temellik” ilkesi ise ihlâl edilen kuralın temel bir kural olmasına ilişkindir. Komite buradaki temel kavramını açıklarken UNCITRAL Model tahkime ilişkin milletlerarası Ticari Tahkime Usulünün 18’inci maddesini örnek göstermiştir. Bu ilkeler de tarafların eşit olması ve iddialarını sunarken taraflara eşit fırsat verilmesi ilkesidir. Bu anlamda bütün usul kuralları temel usul kuralları olarak kabul edilmeyecektir. Bu yaklaşım temel kelimesinin anlamını açıklamakta iki kriter sunmasına rağmen ciddi kelimesinin açıklanmasında yeni bir şeyler içermemektedir.

İhlalin ciddi olması minimum ihlâlden daha fazla bir ihlâli gerektirmektedir. Bu da bu ihlâlden zarar gören tarafın somut olarak zarar görmesini ve etkilenmesini gerektirmektedir. İhlâl sebebiyle iptal talebinde bulunan tarafın menfaatine zarar gelmelidir. Eğer taraflardan birisi savunma hakkından mahrum edilmişse, burada ciddi bir ihlâl var demektir. İhlâl şekilsel anlamda ihlâlden öte olmalıdır. Eğer taraf savunma hakkını kullanmayacaksa ve bu da aşıkarsa, bu hakkını kullanmadığı zaman maddi bir etki yok demektir ve ihlâl, ciddi demek değildir. İptal talebine ilişkin bu gerekçeyi içeren ve iptal ile sonuçlanan kararlar çoğu zaman sadece ciddi ve temel terimlerini kullanarak konuyu geçiştirmişlerdir. Yeterli açıklamalar yapılmamıştır. Klöckner ve Kamerun davasında ad hoc komite hakemler arasında tartışma gereğini usulün esaslı bir kuralı olarak görmüştür. Klöckner ve Kamerun davasında ad hoc komitenin, temel kural ile ciddi sapma kavramlarına aynı anlamı verdiği anlaşılmaktadır. Komiteye göre hakemin tarafsız olması temel kuraldır. Bu konudaki bir eksiklik mad. 52(1)(d) anlamında usulün temel kurallarında ciddi bir sapma oluşturacaktır. Buradan eğer kural temel bir kuralsa, ondan hafif bir sapma bile ciddi bir sapma olarak kabul edileceği vurgulanmaktadır. Fakat ad hoc komitenin ciddilik ve temellik üzerine bir analize girip girmediği yeterince belirgin değildir²⁷⁶.

İkinci Amco ve Endonezya davasında düzeltme talebi üzerine verilen karara karşı, iptal talep edilmiş, iptal kararı verilmiş, fakat iptal kararı yayımlanmamıştır. Resmi olmayan kaynaklardan elde edilen bilgilere göre düzeltme kararının iptal sebebi, karşı

²⁷⁶ Klöckner ve Kamerun Davası için Bkz.(ICSID Case No. ARB/81/2)
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>

tarafa kararın düzeltilmesi yönündeki gözlemlerini bildirmesi için imkân sağlanmadan düzeltme kararının verilmiş olmasıdır. Bu durum usulün temel kuralında ciddi bir sapma olarak kabul edilmiştir²⁷⁷.

3. Usulün Etkilenmesi

Bütün iptal taleplerinde hemen hemen usulün temel kuralında sapma olduğu iddiaları mevcuttur. Genelde tarafsızlığın olmaması, savunma hakkının ihlâli, hakemler arasında uzlaşmanın olmaması ve delillere ilişkin kural ihlâlleri usulün temel kurallarında sapma olduğuna ilişkin en çok kullanılan gerekçelerdir.

a. Eşit ve Tarafsız Davranma

Eşit ve tarafsız davranma ilkesi milletlerarası yatırım hukukunun temel prensiplerinden “orantılılık” (*praportionality*) prensibinin sonucudur. Bu prensip milletlerarası yatırım hukukunda “ayrımcılık” yapılmaması ile “tarafalara eşit ve tarafsız davranılması” sonucunu doğurur. Yatırımcılara karşı farklı uygulamaları, yani ayrımcılığı önlemek amacıyla karşılıklı iki taraflı yatırım sözleşmelerine “en çok gözetilen ulus kaydı” konulur. Tarafsız ve eşit davranılma ilkesi yatırımı kabul eden devlet ve yatırımcı tarafından farklı anlaşılmaktadır. Yatırımı kabul eden devlet açısından, yatırımı kabul eden devlet içerisinde başka yatırımcılara nasıl davranılıyorsa diğer yatırımcılara da aynı şekilde davranılarak eşit ve tarafsızlığın teminini gerekli kılar. Yatırımı gerçekleştiren yatırımcı için bu ilkenin anlamı ise, yatırımcıya karşı milletlerarası yatırımlar için gerekli asgari standartlara uygun davranılmasıdır. Eşit ve tarafsız davranılma ilkesi ayrımcılıkla birlikte düşünüldüğünde bütün yatırımcılara ayrımcılık yapılmadan tarafsız ve eşit davranılmasını kapsar, fakat yatırımcının yatırımına ilişkin bütün eylem ve işlemlerinin sınırlandırılmamasını kapsamaz. ICSID Tahkiminde orantılılık prensibi ve bu kapsamda tarafların birbirine karşı eşit ve tarafsız davranması ilkesi en açık şekliyle 2003 yılında Tecmed ve Mexico (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*) davasında²⁷⁸ uygulanmıştır. Bu prensibin temelini taraflar arasındaki menfaatlerin uzlaştırılması ve takdir yetkisinin kötüye

²⁷⁷ Schreuer, age, s.972.

²⁷⁸ [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caselD=C186,\(ICSID Case No. ARB\(AF\)/00/2\)\(16.04.2010](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caselD=C186,(ICSID Case No. ARB(AF)/00/2)(16.04.2010)

kullanılmasının önlenmesi oluşturur. Bu davada Meksika'nın kamu düzeni ve menfaati nedeniyle aldığı tedbirler, Tecmed Şirketinin menfaatlerini olumsuz etkilemiştir. Orantılılık prensibi gereği ICSID hakem heyeti Meksika'nın aldığı tedbirlerin orantılı olması gerektiğine karar vermiştir. Örneğin çevre korunması için alınacak tedbirler kamu düzenine ilişkindir ve alınabilir, fakat bu tedbirler alınırken yatırımcının da menfaatlerinin korunmasına dikkat edilmelidir. Yatırımcının menfaati ile alınan tedbirler arasında bir orantı olmalıdır²⁷⁹.

Tarafların birbirine karşı yükümlülüklerinin sınırlarını belirleyen orantılılık prensibi, ICSID Tahkimi esnasında hakemlere de taraflara karşı eşit uzaklıkta olma yükümlülüğünü getirir. Yargılama esnasında heyetin taraflara karşı eşit ve tarafsız davranma yükümlülüğüne aykırı davranması durumu "usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olması" sebebiyle nihai kararın iptali sonucunu doğurabilir.

Klöckner ve Kamerun davasında²⁸⁰ tarafsızlık iddiaları iptal talebinde merkeze oturtulmuştu. Ad hoc komite, kararı Sözleşmenin 42'nci maddesinde belirlenen hukukun uygulanmaması nedeniyle heyetin yetkisini aştığı gerekçesiyle iptal etti. Bu iptal talebinde iptal için ileri sürülen diğer bir iddia ise heyetin sistematik olarak Klöckner'e karşı düşmanca tavır takındığına ve tarafsızlığını kaybettiğine ilişkindi. Komite, davacının heyetin tarafsızlığı iddiasına ilişkin olarak ciddi bir incelemede de bulundu. Ad hoc komite bu iddiaların çok ciddi olduğunu, Tahkim Kuralları 6'ncı madde kapsamında başlangıçta inanılmaz olduğunu vurguladı. Şüphesiz komite iddiaları incelemek yükümlülüğü altındaydı. Eğer iddialar ispatlanırsa şüphesiz bu durum usulün temel kurallarında ciddi bir sapma olduğu sonucunu doğuracaktı.

Ad hoc komite heyetin tarafsızlığını işaret eden bir durum yakalamak için detaylı olarak kararı ve uygulanan usulü inceledi. Komite kararda Klöckner'in davranışlarından dolayı azarlandığı ve kınandığı durumları buldu. Fakat bunları heyetin tarafsızlığını ispat edecek deliller olarak kabul etmedi. Ad hoc komite heyetin tarafsız olmadığının iddia edilmesine sebep olan üç faktör buldu. Bunlardan ilki heyetin kararı tam olarak

²⁷⁹ Xiuli, H.: The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico, Chinese Journal of International Law (2007), Vol. 6, No. 3, S.641-642.

²⁸⁰ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 118-124.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> para. 93-113. (ICSID Case No. ARB/81/2)

açıklaması görevindeki aksamanın karar üzerinde şüphelere sebep olduğu, ikincisi kararın bazı bölümlerinin heyetin tarafsızlığının ortadan kaldırdığı gibi bir şüpheye sebep olabileceğiydi. Çünkü kararda davacının görevleri ve eksikliklerinden çok onun iddialarına yer verilmişti. Üçüncü olarak ta devletin sorumlulukları açısından yapılan kısa açıklamanın heyetin tarafsızlığını şüpheye düşürecek etkiye sebep olduğunu değerlendirdi. Tüm bu eksikliklere rağmen ad hoc komite heyetin tarafsızlığını yok edecek bir durumun mevcut olmadığına karar verdi. Fakat heyetin bu yaklaşımı komite tarafından eleştiriye de sebep oldu. Komite tarafından, kararın yapısının ve kelimelerinin davacıda bu düşüncelerin oluşmasına sebep olduğu ifade edildi. Komite bu kararında sadece adaletin sağlanmasının yeterli olmadığını, adaletin açıkça sağlanması gerektiğini ifade ederek, kararın taraflara üzerinde şüphe olmayacak şekilde anlaşılır ve adil olduğu etkisi bırakması gerektiğini de belirtti.

Amco ve Endonezya davasında²⁸¹ da Endonezya tarafından heyetin tarafsızlığının kaybolduğu iddia edildi. Bu davada Endonezya, heyetin bazı vakıaları Endonezya'nın bildiğini ve Amco'nun yapması gereken yatırımların kaydına ilişkin konularda usulen ikaz edildiği yönündeki heyet tespitlerinin, heyetin tarafsızlığının kaybolduğunun ispatı olarak ileri sürdü. Bu konularda ad hoc komite bir tarafsızlık görmediğini belirtti ve heyetin tarafsız olmadığına ilişkin ileri sürülen iddialar, ad hoc komite tarafından reddedildi.

Endonezya ayrıca bu davada, Amco'nun yatırım izninin iptaline ilişkin hususları heyetin dikkate almaması durumunda, heyetin vereceği kararın geçersiz olacağı yönündeki iddialarına yönelik olarak heyetin tutumu nedeniyle, heyetin tarafsızlığını kaybettiğini iddia etti. Endonezya'ya göre Amco'nun Endonezya Mahkemeleri karşısında ileri sürmediği hususları heyetin önünde ileri sürmesi de, Endonezya'nın bu konudaki düşüncelerini teyit eder gibiydi. Ad hoc komite taraflardan birisinin ileri sürdüğü sorunlarla ilgilenmekteki başarısızlığının müeyyidesini mad. 52(1)(e)'de ifadesini bulan gerekçelerin ifadesindeki başarısızlık olarak kabul etti. Fakat böyle bir atlama ad hoc komiteye göre belirli durumlarda usulün temel kurallarından ciddi sapma veya yetkinin açıkça aşılması sonuçlarını da oluşturabilirdi. Ad hoc komiteye göre bu durum gerekçelerin ifadesindeki başarısızlık olarak kabul edildi. Bu durumda taraflara eşit

²⁸¹ Rayfuse, R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.509.

muamele edilmemesinin oluşturacağı “usulün temel hukuk kurallarında ciddi bir sapma olduğu” sebebiyle kararı iptal etmedi²⁸².

Endonezya'nın heyetin taraflara eşit davranma yükümlülüğünün ihlali ile ilgili olarak diğer bir yakınması ise ispat yükümlülüğüne ilişkindi. Ad hoc komite, heyetin delillerin değerlendirmesinde sistematik olarak Amco şirketinin lehine hareket ettiği iddiasını reddetti.

İkinci Amco ve Endonezya davasında²⁸³ düzeltme kararı savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle iptal edilmiştir. Ad hoc komitenin bakış açısına göre karşı tarafa düzeltme talebi ile ilgili görüşünü bildirme fırsatı tanınmaksızın karar alınması, heyetin taraflara karşı eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir²⁸⁴.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi heyetlerin taraflara karşı eşit ve tarafsız davranma yükümlülüğünün ihlali kapsamında ileri sürülen iddialar, ad hoc komitenin hafife alacağı iddialar değildir. Fakat buradan şu sonuçta çıkarılabilir. Uygulamalardan da anlaşılacağı üzere bu hususun ispatının pek kolay olamayacağı ve iptale gerekçe oluşturması için başarılı olması zor görünmektedir.

b. Savunma Hakkı

Tarafların hukuksal durumlarını etkileyecek bütün konularda dinlenmesi ve savunmalarına izin verilmesi usulde adaletin gerçekleştirilmesinin en temel kuralıdır. Latince bu (*audiatur ety altera pars*) olarak ifade edilmektedir. Bu ilke ICSID Tahkim Kurallarında 20,21,27,31,32,37,39,40,41,42,44,49,50,54 ve 55'inci maddelerde de açıklanmıştır. Bu kuralın ihlâl edildiği iddiası ile iptal talebi İkinci Amco ve Endonezya davasında²⁸⁵ açıkça görülmüştür. Amco, ICSID Sözleşmesi mad. 49(2)'ye göre ikinci karara karşı, tashihi karar ve ek karar talebinde bulunmuştur. Mad. 49(2) deki düzenleme “*Heyet, kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir ve karardaki yazım, aritmetik veya benzeri hataları düzeltebilir. Heyetin*

²⁸² Schreuer,age,s.975.

²⁸³ Lee,K.:ICSID Reports, University of Cambridge, 2006, Vol 9.

²⁸⁴ Schreuer,age,s. 976.

²⁸⁵ Rayfuse,R.:ICSID Reports, University of New South Wales, Sydney 1993, Vol 1, s.569.

kararı asli kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir.” şeklindedir. Aynı konuda düzenleme içeren Tahkim Kuralları 49(3) ise heyetin böyle durumlarda taraflara belirli bir süre vereceğini ve bu süreyi dikkate alarak usule devam edeceğini düzenlemiştir. Endonezya Amco'nun karar tashihi ve ek karar talebine ilişkin olarak heyetin yargılamadan vazgeçmesini içeren bir bildiri sunmuş ve eğer heyet yargılamaya devam ederse heyetin incelediği konuya ilişkin savunma hakkını elinde bulundurduğunu ifade etmiştir. Heyet bir zaman sınırlamasında bulunmamış ve Endonezya'nın taleplerini dikkate almamıştır. Kararda da bu konuya ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Heyet ek karar talebini reddetmiş, fakat aritmetik ve benzeri hususlara ilişkin tashihi karar taleplerini kabul etmiştir.

20 Şubat 1991'de Endonezya tashih kararının iptali için müracaat etmiştir. Ad hoc komite 1992'de resmi olarak yayımlanmamış bir karar vermiştir. Resmi olmayan kaynaklara göre ad hoc komite Tahkim Kuralları 49'uncu maddeyi usule ilişkin temel bir kural olarak görmüş ve usulün temel kurallarından ciddi sapma olarak gerekçelendirerek iptal kararı vermiştir. Çünkü komiteye göre karşı tarafa da bu konuda savunma hakkı verilmelidir²⁸⁶.

Klöckner ve Kamerun ile MINE ve Gine davalarında da savunma hakkının ihlâl edildiği iddialarında bulunulmuştur. Klöckner, karar verilirken karşı tarafın katılımı olmaksızın tartışmaların yapılması nedeniyle usulün temel kurallarından ciddi sapma olduğunu iddia ederek kararın iptali talebinde bulunmuştur. Bu iptal talebine konu olan husus tarafların arasındaki yatırım sözleşmesinin 9'uncu maddesinin yorumlanmasına ilişkindir. Ad hoc komite kararın tarafların arasındaki tartışmaya göre ortada bir durumda olduğunu gözlemlemiştir. Eğer bu durumda fikirler yeterince ifade edilirse heyet kendi görüşünü değiştirebilecektir²⁸⁷.

MINE ve Gine davasında Gine, kararın iptali için benzer bir gerekçe sunmuştur. Gine'nin iddiası, tazminata karar verilmesi taraflar arasında tartışılmamış ve Gine davada böyle bir olayı hiçbir zaman gündeme getirmediğini belirtmiştir. MINE ise buna karşı zararın belirlenmesinin heyetin taktir yetkisi içerisinde olduğunu belirtmiştir. İptal talebi üzerine ad hoc komite kararı iptal etmiştir. Fakat kararın iptal gerekçesi, kararın

²⁸⁶ Schreuer, age, s. 977.

²⁸⁷ Schreuer, ICSID Annulment, age, s. 105

tazminata ilişkin kısmının gerekçelendirilmesinde yetersiz olmasıdır. Neticede ad hoc komite kararı iptal etmiş ve usulün temel kurallarda ciddi sapma olduğu konusunun incelenmesine gerek kalmamıştır.

Uygulamalar savunma hakkının usulün temel bir prensibi olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Heyetin önünde her iki tarafta savunmalarını ve uyuşmazlığa ilişkin açıklamalarını herhangi bir kısıtlama olmaksızın yapabilmelidir. Fakat bu prensip heyetin tarafların hukuksal konularda açıklama yapmalarına ilişkin tarafları ikaz etmek, onlara hatırlatmada bulunmakla yükümlü olduğu şeklinde de anlaşılmalıdır. Ayrıca buradan, heyet tarafların düşüncelerini öğrenmeksizin ve taraflarca ileri sürülmeyen gerekçelerden kaçınacaktır şeklinde bir sonuca varmak ta doğru değildir.

c. Müzakere

Çoğunlukla alınan kararlarda, heyetin üyelerinin arasında müzakere neticesinde karara varılması doğaldır. Tahkim Kuralları mad. 46 kararın oluşturulması için bir zaman belirlemiştir. Tahkim Kuralları kararların verilmesi için heyetin hepsinin birlikte toplandığı bir oturumun mevcudiyetini şart koşmamıştır. Tahkim Kuralları heyetin müzakeresinin mevcudiyetini açıkça talep etmemektedir. Hatta Tahkim Kuralları mad. 15 müzakerelerin gizli ve özel olarak gerçekleşeceğini düzenlemiştir.

Klöckner ve Kamerun davasında²⁸⁸ davacı hakemler arasında ciddi bir müzakere olmadan kararın verildiğini iddia etmiştir. Bu iddia daha çok kararda bulunan karşı fikre dayandırılmaktadır. Ad hoc komite bu iddiayı kabul edilebilir bulmuştur. Komiteye göre hakemler arasındaki müzakerenin varlığı usule ilişkin temel bir kuraldır. Bu tür müzakereler görünüşte değil ve gerçek olmalıdır. Fakat Komite müzakerenin olmadığı sonucuna varmamıştır. Hatta müzakerenin olduğuna dair deliller vardır. Kararın içerisinde karşı fikrin bulunması müzakerenin varlığı için delildir.

İkinci Klöckner ve Kamerun davası²⁸⁹ kararına karşı açılan iptal talebinde müzakerelerin gizliliği konusu gündeme gelmiştir. Kamerun yeniden görülen davada

²⁸⁸ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 116.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>
para. 84. (ICSID Case No. ARB/81/2)

²⁸⁹

Klöckner'in önceki davanın hakemlerinden birisi tarafından temsil edildiğini açıklamış, bunun mahkemenin esaslı kurallarından ciddi bir sapma oluşturacağını iddia etmiştir. Ad hoc komite bu iddiayı reddetmiştir. Gerekçe olarak da ne Sözleşmenin ne de Tahkim Kurallarının böyle bir yasaklamayı içerdiğini, bunun etik bir problem olduğunu ifade etmiştir²⁹⁰.

ç. Deliller

Tahkim Kuralları mad. 34(1) heyetin, delillerin kabul edilebilirliği ile kanıtlama değerini kendisinin belirleyeceğini ifade etmektedir. Sözleşme delillerle ilgili şekil şartlarına ilişkin hiçbir düzenleme içermemektedir. Taraflar iptal usulü içerisinde ispat yükü ve delillere ilişkin konuları ileri sürerek usulün temel prensiplerinin ciddi bir şekilde ihlâl edildiğini iddia etmektedirler. Bazı durumlar da heyetin delillerle ilgileniş şekli, heyetin tarafsızlığı ve eşit davranmadığının işareti olarak ileri sürülmektedir. Amco ve Endonezya davasında heyetin en önemli problemlerinden biri, tarafların sundukları delillerin yetersiz olması, sonradan tamamlanamamış olmasıydı. Burada Amco iş yerinden çalışmalarına ilişkin kayıtları bile alamadan kovulmuştu. Amco tarafından sunulması beklenen kayıtlar Endonezya tarafından sunulmuştu. Fakat Endonezya tarafından sunulan kayıtlar da tam değildi. Bu durumda Endonezya ispat yüküne ilişkin olarak taraflara eşit davranılmadığından yakınmıştı. Ad hoc komite bunu reddetti. Çünkü makul bir yatırımcının kayıtlarının yatırım yaptığı devlet dışında da bir kopyasının bulunması gerektiğini genel olarak ifade etti. Komite diğer taraftan Endonezya için aynı zamanda yönetimin düşük kapasiteli olmasının ve kayıtların saklanması yetersiz olmasının gelişmekte olan ülkelerin sorunu olduğunu ve kötü niyet kapsamadığını da belirtti. Heyetin delillerin değerlendirilmesinde Endonezya tarafından ileri sürülen heyetin Amco'yu sürekli ve sistematik olarak kayırdığına ilişkin iddialar, kararın bir çok yerinde Amco aleyhine hüküm verilmesi nedeniyle ispat edilemedi²⁹¹.

İkinci Klöckner ve Kamerun davasında da ispat yüküne ilişkin iddialar gündeme gelmiştir. İkinci Klöckner ve Kamerun davasınının 26 Ocak 1988 tarihli kararı ve 17 Mayıs 1990 tarihli iptal talebinin reddine ilişkin karar olmak üzere iki kararda yayımlanmamıştır. Fakat bu durumlara ilişkin resmi olmayan kaynaklar bazı bilgiler

²⁹⁰ Schreuer,age,s. 980-981.

²⁹¹ Schreuer,age,s.981.

vermektedirler. Klöckner davasında ikinci karar projenin başarısızlığının sorumluluğunu Kamerun'un gübre fiyatlarını dünyadaki gübre fiyatlarından aşağıda tutmasına bağlıyordu. Heyet, Kamerun'a gübre fiyatları konusunda delil ileri sürebilmesi için fırsat vermesine rağmen, gübre fiyatları ile ilgili Kamerun delil sunmamıştır. İptal talebinde ise Kamerun heyetin ispat yükünü değiştirerek Kamerun'a yüklediğini iddia etmiştir. İspat yükünün yön değiştirmesi iddiasına ilişkin olarak Ad hoc komite, Tahkim Kuralları mad. 32 ve 33'ü referans göstererek, ispat yükünün esaslı bir konu olmaktan çok usulü bir işlem olduğunu belirtmiştir. İspat yükünün yer değiştirmesi Komiteye göre usulün temel kurallarından ciddi bir sapma oluşturmamıştır.

4. Usule Aykırılığa İlişkin Zamanaşımı İtirazı

Bazı ihlâller usul aşamasında açıkça bellidir. Bazı ihlâllerin ise karar verildikten sonra usule aykırı oldukları ortaya çıkar. Usul işlemleri esnasında açıkça belli olan ihlâllerle ilgili olarak bundan zarar gören tarafın, itiraz ve ihlâlin giderilmesini derhal talep etmesi gerekir. Tahkim Kuralları mad.27 böyle bir itirazın olmaması durumunu daha sonra böyle bir itirazı ileri sürme hakkından vazgeçme olarak yorumlamaktadır. Fakat asıl bu konuyu ileri sürerek iptal talebi için gerekçe oluşturmayı Tahkim Kuralları mad. 53 engellemektedir. Tahkim Kuralları mad. 53 açıkça daha önce itirazda bulunmayarak bunu kendi aleyhine sonuçlanacak bir kararın iptali için elinde silah olarak tutmayı engellenmektedir. Böyle bir durumda, bu konuda gerekli araştırmayı ad hoc komite yapacaktır. Genel Sekreterin bu konuda inceleme yaparak başvuruyu reddetmek yetkisi yoktur. Klöckner I²⁹² davasında ad hoc komite tahkim usulü içerisinde itiraz edilmesi gereken bir konuya ilişkin olarak sonradan iptal talebine başvurulamayacağını belirtmiştir. Daha da ayrıntıya inerseniz, ad hoc komite savunma hakkı ile ilgili olarak, davacının usulün temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu gerekçesiyle zamanında itiraz etmemesi nedeniyle bunu ileri sürerek sonradan iptal için başvuramayacağını belirtmiştir. İkinci Klöckner ve Kamerun davasında ad hoc komite, Kamerun'un Köckner'i temsil eden avukatının eski davada heyet üyesi olması nedeniyle ileri sürdüğü iptal talebini, Kamerun'un başlangıçta itiraz hakkı varken itiraz etmeyerek,

²⁹² ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.4, s. 117.
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>
 para. 88. (ICSID Case No. ARB/81/2)

sonradan bu konuyu iptal talebinin gerekçesi olarak ileri sürmesinin uygun olmayacağını belirtmiştir.

III. İPTAL SEBEPLERİNİN SINIRININ TARAFLARCA GENİŞLETİLMESİ

İptal sebepleri madde 52’de belirlenen beş sebep ile sınırlıdır. İptal başka sebep ile gerçekleştirilemez ve taraflar başka sebepler ileri sürerek iptal talebinde bulunamaz. Fakat ad hoc komiteler nihai kararda mevcut bulunan kusurları bu beş sebep içerisinde esnek olarak değerlendirmektedirler. Örneğin mad 42(1) heyetçe uygulanacak hukuka ilişkindir. Fakat mad. 52(1)’de uygulanacak hukukun yanlış seçilmesi bir iptal gerekçesi olarak düzenlenmemiştir. Ad hoc komiteler bu durumu 52(1)(b)’de belirlenen yetkinin açıkça aşılması durumu içerisinde değerlendirmişlerdir. Aynı şekilde mad.48(3) heyetleri kendilerine sunulan bütün uyuşmazlıklarla ilgilenmesi ve kararın temelini oluşturan gerekçelerin kararda ifade edilmesi konusunda görevlendirmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak mad.51(1)(e) kararın gerekçelerinin ifadesinde başarısızlık durumunu iptal sebebi olarak düzenlemiştir, fakat her sorunla heyetin ilgilenmemesi bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Ad hoc komiteler her sorunla ilgilenilmemesi durumunun gerekçelerin ifadesinde başarısızlığa kadar gidebileceğini veya yetkinin aşılması veya usulün temel ilkelerinden ciddi sapma ile sonuçlanabileceğine karar vermişlerdir²⁹³.

ICSID Sözleşmesi madde 52’deki iptal sebeplerini, ICSID Sözleşmesine aykırılık halinde uygulanacak bir yaptırım olarak da görmek yanlıştır. Bu sonuca ulaşmak için sadece Sözleşmeden herhangi bir ciddi sapma durumunun iptal sebebi olarak kabul edilmesi yeterli olurdu. Fakat genelde iptale sebep olan bir durum, Sözleşmenin de ihlali sonucunu doğurmaktadır. Madde 52(1)’de düzenlenen gerekçeler her olayda ayrı ayrı ve bağımsız değerlendirilmez.

İptal talebinde bulunmak ve bu talebi iptal sebepleri ile desteklemek tarafların inisiyatifindedir. Kendiliğinden kararın iptali mümkün değildir. Taraflardan birisi iptal sebeplerinin gerçekleştiğine inandığı bir nihai karara karşı dahi, iptal müracaatında bulunup bulunmamakta serbesttirler. İptal talebinde sebepler müracaatta belirtilmelidir. Bu sebepler yargılamanın ilerleyen bölümlerinde geliştirilebilir. Burada şöyle bir durumla

²⁹³ Schreuer, age, s.1030.

karşılaşılmaktadır. Ad hoc komite yargılamanın ilerleyen bölümlerinde iptale gerekçe teşkil eden, fakat taraflarca ileri sürülmeyen bir sebebin varlığını tespit ettiğinde durum ne olacaktır. Biraz daha ileri gidersek bu durum şu iki şekilde gerçekleşebilir. Ad hoc komite tarafların ileri sürmediği fakat kendi tespit ettiği bir sebebin varlığını bulabileceği gibi, tarafların ileri sürdüğü bir sebebin mevcut olmadığı fakat tarafların ileri sürdüğü durumun iptali gerektirecek başka bir sebep içerisinde değerlendirilebileceğini tespit ettiğinde sorun ne olacaktır? MINE ve Gine davasında ad hoc komite “kararın tamamı veya bir kısmı, taraflarca ileri sürülen iptal talebinin kapsamında olduğu konuyla ilgili ise bu talep neticesinde iptal gerçekleşecektir” demiştir²⁹⁴.

IV. İPTAL SEBEPLERİNİN TOPLU KULLANIMI

ICSID Sözleşmesi madde 52 kapsamındaki sebeplere bakıldığında, bu sebeplerin her birinin farklı durumlara ilişkin olduğunu görürüz. Bu beş sebepten heyetteki hakemlerden birisinin rüşvet alması ve heyetin uygun oluşturulmaması sebepleri dışındaki sebeplerin genelde iptal taleplerinde her bir durumda ayrı ayrı ileri sürüldüğünü görmekteyiz. Hatta bazı örneklerde iki veya üç sebep ile kararın iptalinin talep edildiği görülmektedir. Bunlar yetkinin aşılması, usulün temel kurallarından ciddi sapma ve gerekçelerin kararda başarılı bir şekilde ifade edilmemesi sebepleridir.

Karar bazen birden fazla sebep nedeniyle iptale konu olabilir. Taraflar iptali talep etmek için çoğu zaman birden fazla sebep ileri sürerler. Eğer Ad hoc komite iptal için birden fazla sebep içerisinden birisinin iptal için yeterli olacağını tespit ederse, iptali gerçekleştirir. Bir sebebin gerçekleşmesi iptali mümkün olan bir karara ilişkin kararın diğer sebepler yönünden incelenmesine gerek kalmaz. Heyet Klöckner davasında iptalin gerçekleşmesine gerekçe teşkil edecek iptal sebebinin varlığını tespit ettikten sonra diğer iptal sebeplerini de inceleyerek ICSID tahkimine katkı sağlamıştır. Bu davada iptal sebeplerinin yarıdan fazlası, iptal gerçekleştikten sonra ilave sebeplerin incelenmesine ilişkindir.

MINE ve Gine davasında²⁹⁵ ad hoc komite çok ekonomik davranmıştır. Kararın tazminata ilişkin kısmı, gerekçelerin ifade edilmemesi, yetkinin aşılması ve usulün temel

²⁹⁴ Schreuer, age, s. 1036.

²⁹⁵ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal , Vol.5, s. 127.

ilkelerinde ciddi sapma olması sebeplerine dayanılarak iptal talebinde bulunulmuştur. Komite kararın gerekçeleri ifadede başarısız olması nedeniyle iptaline karar vermiş diğer sebepleri incelemeye gerek duymamıştır.

SONUÇ

Küresel ekonomik sistem içerisinde, liberal ekonomiyi uygulayan gelişmekte olan ülkeler, vatandaşlarına daha iyi yaşama koşulları sunmak hedefini benimsemişlerdir. Bu hedefe ulaşmak için ülkelerindeki üretimi artırarak, ülkelerinin milli gelirlerini yükseltmek istemektedirler. Bu açıdan bakıldığında gelişmekte olan ülkelerin ellerinde doğal kaynakları, tarım ürünleri ve işgücü, gelişmiş ülkelerde ise teknoloji, bilgi ve sermaye mevcuttur. Liberal ekonomik sistemi benimseyen gelişmekte olan ülkeler, ülkelerindeki üretimi artırmak amacıyla gelişmiş ülkelerin teknolojisini, bilgisini ve sermayesini kendi ülkelerine yönlendirmek istemektedirler. Diğer bir ifadeyle doğrudan yabancı yatırımları kendi ülkelerine çekmek istemektedirler. Bu tür yabancı yatırımlar, yatırımı gerçekleştirecek olan yatırımcının da menfaatindedir. Bu tür yatırımlarda kâr marjı yüksek olmasına rağmen, risk de yüksektir. Yabancı yatırımlara yönelmiş başlıca riskler; ideolojik düşmanlıklar, milliyetçilik, etnik ayrımcılık, şirket ortaklarının değişimi, önceki hükümetler tarafından yapılan sözleşmelerin yeni hükümetler tarafından uygun bulunmaması ve desteklenmemesi, ekonomideki yeni düzenlemeler, insan hakları ve çevrenin korunmasına ilişkin riskler olarak sıralanabilir. Bu risklerden herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda, yatırımı yapan şirket ile yatırımı kabul eden devlet arasında uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Yabancı yatırımın cazip hale getirilmesi, yukarıda sayılan risklerin asgari düzeye indirilmesi ve uyuşmazlıkların yatırımı kabul eden devlet mahkemeleri yerine tarafsız, bağımsız ve uzman kişilerce kısa sürede çözümlenmesini temin edecek kurumsal bir yapının kurulması ile mümkündür.

Dünya Bankası, yabancı yatırımların yatırımı kabul eden gelişmekte olan ülkelerin kalkınmasına katkı sağlayacağını değerlendirerek, yabancı yatırımların korunması ve teşviki anlamında bir dizi düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler kapsamında yatırımcı ile yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkezini (ICSID)" kurmuştur. Merkezin amacı yabancı yatırımcılarla yatırımı kabul eden devlet arasında yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız bir tahkim müessesesi tarafından çözümünü sağlamaktır.

ICSID tahkim yargılamasında, uyuşmazlık hakem heyetinin önüne getirildikten sonra hakem heyeti uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar vermektedir. ICSID hakem

heyetlerinin verdiği kararlar ICSID hakem kararları olarak ifade edilmektedir²⁹⁶. Milletlerarası tahkimde genel kural “hakem heyetlerince verilen nihai kararlara karşı yerel mahkemelere başvurulabilmesidir”. Fakat son zamanlarda milletlerarası tahkimde genel eğilim, hakem kararlarının yerel mahkemeler önünde tekrardan gözden geçirilmesini sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran hukuki düzenlemeler getirmek yönündedir. ICSID Tahkiminde de bu düşünceye paralel olarak, ICSID hakem heyeti kararları yerel mahkemelerin denetimine tabi tutulmamaktadır.

ICSID hakem heyetlerince verilen kararların yerel mahkemelerce gözden geçirilememesi, bu kararların hiçbir şekilde gözden geçirilmeyeceği anlamına da gelmemektedir. ICSID hakem kararlarının hukuki denetimi ICSID’in kendi bünyesinde gerçekleştirilmektedir. ICSID hakem heyetlerince verilen nihai kararlara karşı tarafların başvurabilecekleri hukuki yollar mevcuttur. Nihai kararlara karşı ICSID Sözleşmesinde belirtilen şartlar oluştuğunda, taraflarca kararın tashihi ve ek karar verilmesi, kararın düzeltilmesi (revizyon), kararın yorumu ve kararın iptali hukuki başvuru yollarına başvurulabilir.

²⁹⁶ ICSID tahkimi kapsamında yatırımı kabul eden devlet olarak Türkiye’de yapılan yatırımlara ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda, Türkiye aleyhine toplam yedi dava açılmış olup, üç dava sonuçlanmış ve halen dört dava derdesttir. Türkiye aleyhine açılan davalar “Motorola ve Türkiye “(Motorola Credit Corporation, Inc v. Republic of Turkey), “PSEG ve Türkiye” (PSEG Global Inc. and Konya Igin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey), “Libenanco ve Türkiye” (Libenanco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey), “Comentownia ve Türkiye” (Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey), “Europe Cement ve Türkiye” (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey), “Alaplı Elektrik ve Türkiye” (Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey), “Saba ve Türkiye” (Saba Fakes v. Republic of Turkey) davalarıdır. Bu davalardan Motorola ve Türkiye davası tarafların uzlaşması üzerine 21 Aralık 2005’te sulh ile sona ermiştir. PSEG ve Türkiye ile Comentownia ve Türkiye davaları uyuşmazlığın çözümüne ilişkin nihai kararla sona ermiştir. Comentownia ve Türkiye davasında 17 Eylül 2009’da verilen karar yayınlanmamış olup, taraflarca bu karar karşı herhangi bir hukuki yola da başvurulmamıştır. PSEG ve Türkiye davasında ise hakem heyeti kendisini yetkili gördüğüne ilişkin bir karar ile 2007 yılında uyuşmazlığın çözümüne ilişkin nihai bir karar vermiş, her iki karar da yayınlanmıştır. Fakat bu davada da taraflar uyuşmazlığı esastan çözen nihai karara karşı hukuki başvuru yoluna gitmemişlerdir. Motorola ve Türkiye davası ile Saba Fakes ve Türkiye davası telekomünikasyon hizmetinin sunumuna ilişkin imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan davalar olup, diğer davalar ise elektrik üretim ve dağıtım imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan davalardır.

Bu başvuru yollarından “karar tashihi” yolu ile taraflar kararda mevcut bulunan yazıma aritmetik hesaplamalara veya benzeri hususlara ilişkin küçük hataların düzeltilmesini talep ederler. Bu talep neticesinde kararı veren hakem heyetince kararda oluşmuş küçük hatalar karşı tarafın haberdar edilmesi sonrası düzeltilir. Ek karar hukuki başvuru yolu ile taraflar karara dahil edilmeyen veya atlanan hususların karara dahil edilmesini talep ederler. Ek karar talep eden taraf özellikle hakem heyetinin dikkati çekildiğinde derhal ilave edeceği ve dikkatsizliği neticesinde karara dahil etmediği hususları müracaatında ileri sürer. Heyet, diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir. Hem karar tashihi talebi hem de ek karar talebi sonrası hakem heyetince verilecek kararlar, önceden verilmiş nihai kararın bir parçası olacaktır.

Karar düzeltmesi başvuru yolu ile taraflar, karar verilmeden önce mevcut bulunan vakıaların mevcudiyetini sonradan öğrendiklerinde, bu vakıaları ileri sürerek nihai kararın düzeltilmesini talep ederler. Burada ileri sürülecek vakıalar, kararı etkileyecek türden ve başvuruda bulunan tarafın ihmali nedeni ile bilmezlik etmediği türden vakıalar olmalıdır. Kararı düzeltecek olan heyet kararı veren heyettir. Eski heyetin oluşturulması mümkün değilse yeni bir hakem heyeti oluşturulacaktır. Fakat burada eski heyette görevli hakemlerden birisinin veya birkaçının görevlendirilmesi önemlidir.

ICSID hakem kararının açık olmaması, anlaşılmasında zorluk çekilmesi veya birbiri ile çelişen hükümler ihtiva etmesi halinde taraflar nihai karardaki gerçek anlamı öğrenmek maksadıyla, kararın yorumlanmasını da talep edebilirler. Hakem kararının yorumlanması, hakem kararında verilen hükmü değiştirmemekte, sadece bu hüküm yorumlanmakta ve açıklanmaktadır. Burada da yetkili hakem heyeti kararı veren heyettir. Eski heyetin oluşturulması mümkün değil ise yeni bir heyet oluşturulacaktır.

Hakem heyetince verilen nihai kararın kısmen veya tamamen geçersiz kılınmasına olanak sağlayan en önemli hukuki başvuru yolu ise iptal usulüdür. Taraflardan herhangi biri, Genel Sekretere yazılı olarak başvurarak, hakem heyetinin uygun oluşturulmadığı, usule ilişkin temel kurallarda esaslı bir sapma olduğu, hakem heyetinin açıkça yetkisini aştığı, heyetin üyelerinden birisinin rüşvet aldığı veya nihai kararın temelini oluşturan gerekçeleri ifade etmekte başarısız olduğu sebeplerinden birini veya birkaçını ileri sürerek hakem heyetince verilen kararın iptalini talep edebilir.

Kararın iptali talebini incelemek için ad hoc komite oluşturulur ve bu komite iptal talebinde bulunan tarafça ileri sürülen yukarıdaki sebepler açısından kararı inceler. Ad hoc komite iptal talebinde ileri sürülen sebeplerin mevcut olduğunu tespit ederse, nihai kararı kısmen veya tamamen iptal eder. İleri sürülen sebeplerin mevcut olmadığını tespit ederse iptal talebini reddeder. Kararın iptali usulü kararın etkilerini ortadan kaldıracak en önemli hukuki başvuru yoludur.

ICSID Tahkimi içerisinde temyiz usulüne yer verilmemiştir. Tahkim usulünde kararların tekrar gözden geçirilmesi tahkime taraf olanların menfaatlerini daha iyi korumak için uygulanan bir hukuki başvuru yoludur. Tahkimde taraflar zaman kaybetmeksizin en doğru çözüme, en kısa zamanda ulaşmak isterler. Hedef süratli ve doğru çözüme ulaşmaktır. Taraflar bir an önce kesin karar ulaşmak isterler, fakat bu karar aynı zamanda doğru karar olmalıdır. Doğru karara ulaşmak için daha fazla zaman ve çaba harcanması gerekir. Bu durum kesin karara ulaşmayı geciktirir. Doğru karara ulaşma hedefi, daha fazla kontrol mekanizmasını içinde barındıran bir usulü gerekli kılar. Eğer kararın doğruluğu ön plana çıkarsa kesin karara ulaşmak gecikecektir. Oysa milletlerarası tahkimde kesinlik, doğruluktan önce gelmekte ve en kısa zamanda kesin karara ulaşmak, kararın mutlak doğruluğuna tercih edilmektedir. Kesin karara süratli ulaşmak ve aynı zamanda mutlak doğru karara ulaşmak hedefleri arasında bir denge kurmak maksadıyla “iptal usulü” ICSID yargılamasında tercih edilmiştir. Mutlak doğru karara ulaşmak hedef olarak seçilmiş olsaydı, “temyiz usulünü” ICSID yargılaması içerisine dahil etmek gerekecekti.

ICSID Sözleşmesinin geçmişte taslağını hazırlayan devletlerin, diğer devletlere sermaye ihraç eden yatırımın kaynağını oluşturan devletler oldukları görülür. Yatırımı kabul eden devletler ise, taslağı hazırlayan devletlerde kurulan şirketlerin yatırımını kabul eden, yani sermayeyi kabul eden devletlerdir. ICSID Sözleşmesini değerlendirirken yatırımı kabul eden devletler, kendilerini savunan tarafta yani davalı tarafta, sermaye ihraç eden devletler ise kendilerini taarruz eden tarafta yani davacı tarafında görürler. Sermayeyi ihraç eden devletler için kararların kesinliği önemliyken, yatırımı kabul eden devletler için kararın doğruluğu ön plâna çıkar. Diğer taraftan yatırımı kabul eden devletler açısından, kendi ülkelerinde yatırımı teşvik etmekte önemli bir hedeftir. Bu kapsamda yatırımı kabul eden devletler için, ülkelerindeki yatırımı artırmak maksadıyla, kararın doğruluğu fikrinden uzaklaşarak fedakârlık yapmak

durumu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ICSID tahkiminde kararların kesinliği, kararların doğruluğundan daha ön planda bulunmaktadır. Yatırımcının menfaatlerinin kararın doğruluğunu gerekli kıldığı durumların genel kabul görmesi halinde, temyiz usulünün gelecekte ICSID sistemi içerisinde dahil edilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tüm bu açıklamalarımıza rağmen ICSID tahkim yargılamasının kesin karara bir an önce ulaşılmasını temin ettiğini söylemek doğru değildir. Çünkü hakem heyetince verilen karara karşı iptal talebinde bulunulması durumunda, ad hoc komite tarafından nihai kararın iptaline karar verildiğinde uyuşmazlık yeniden oluşturulacak bir hakem heyetinin önüne götürülmektedir. İkinci hakem heyeti tarafından verilecek nihai kararın da, yeniden teşkil edilecek bir ad hoc komitenin önüne iptal talebi ile götürülmesi mümkündür. Bu işlemin kaç defa olacağı ICSID sözleşmesinde belirlenmemiş olup, bu sürecin tekrar eder şekilde işlemesi durumunda, ICSID sisteminin süratle kesin karar ulaşmak hedefini de gerçekleştiremeyeceği görülmektedir.

Diğer taraftan, her ne kadar ICSID tahkim yargılamasının temyiz usulü yerine iptal usulünü benimseyerek kararların mutlak doğruluğu yerine kesin hükme süratle ulaşılmasını tercih ettiği söylene de, ad hoc komitelerce iptal talepleri incelenirken adeta kararın doğruluğunun da araştırıldığı ve iptal sürecinin uzadığı, nihai kararların adeta bir temyiz incelemesine tabii tutulduğu ICSID tahkiminde eleştirilen hususlar arasındadır.

BİBLİYOGRAFYA

I. KİTAPLAR

Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.

Amerrasinghe, F.C.: Local Remedies In International Law, Cambridge University Press. 2005. S. 263.

Bernstein, R./Wood, D.: Handbook Of Arbitration Practice, BPC Hazell Bokks Ltd Great Britain 1993, s. 435.

Broches, A.: The Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Rec. des Cours, 972/III, 136, s. 330-410

Dost, S.: Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006.

Ekşi, N.: ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009.

Erdoğan, F.: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2006, s. 173.

Keskin, B.: Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul 2008.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001.

Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2008.

Öztürk, N.Ö.: ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 2006.

Schreuer, C.H.: ICSID Convention, A Commentary, Cambridge University Press 2001.

Sornarajah, M.: The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Press 2004.

Şit, B.:Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005.

Tiryakioğlu, B.:Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003.

Toope, J.S.:Mixed International Arbitration, Cambiridge Grotius Pblications Limited 1990.

Tuygun, S.:ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007.

Üstündağ,S.:Medenî Yargılama Hukuku,İstanbul 1992.

Yılmaz, İ.:Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004.

II. MAKALELER

Akyüz,Ş.: The Jurisdiction Of ICSID, AÜHFD 2003,Cilt 52.

<http://auhf.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-03>

Brubaker, R.J.: The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in Intemational Adjudication, Berkeley Journal Of International Law 2008,Vol.6.

Broches,A.:Selected Essays:World Bank,ICSID and Other Subjects of Publicand PrivateInternational Law,ICSID REVIEW-Foreing InvestmentLaw Journal,Fall/1996,Vol.11,Number:2

Choi,W.M.:The Present And Future Of The Investor-State Dispute Settlement Paradigm, Journal of International Economic Law, Oxford University Press 2007, Vol.10, No. 3.s.734-735

Delaume,G.:ICSID Arbitration and the Courts,AJIL, 1983,Vol.77,s.784-803

Delaume,G.R.:Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards, J Int. Arbitrat, Kluwer Law International 1995.

Erten, R.:ICSID Tahkimi, BATIDER 1998.C.XIX,S.4,s.208.

Fauchald,O.K.: The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis
The European Journal of International Law 2008,Vol. 19, No.2,s.301-364.

Gal,O.N.: Thef Concept of Appeal in International Dispute Settlement, The European
Journal of International Law 2008, Vol.19, No.1.

Gaillard,E.:Some Note on the Drafting ICSID Arbitration Clauses, ICSID Review-Foreign
Investment Law Journal 136, 142/3 (1988).

Günuğur,H.:Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye
Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü, Faruk Erem
Armağanı, Ankara.

Oellers,K./ Planck,F.M: Interpretation, Revision And Other Recourses From International
Judgments And Awards, European Journal of International Law, Vol.19, S. 623-625,
<http://ejil.oxfordjournals.org>

Parra, R. A.: The New Amendments To The Icsid Regulations And Rules And
Additional Facility Rules, The Law and Practice of International Courts and Tribunals
Neitherland 2004, s.181-188

Petersmann,U.E.:Dispute Settlement In International Economic Law-Lessons For
Strengthening International Dispute Settlement In Non-Economic Areas, Journal Of
International Economic Law 1999,s.189-248

Petersmann,U.E.:How To Promote The International Rule Of Law, Journal Of
International Economic Law 1,1998,s.25-48

Radi,Y.: The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement
Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”, The

European Journal of International Law 2007, Vol. 18, No. 4,s.757-774.

[http://ejil.oxfordjournals.\(10.06.2008\)](http://ejil.oxfordjournals.(10.06.2008))

Reisman,W.M.:The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, Duke Law Journal 739 (1989),s.805.

Schreuer, C.H.:ICSID Annulment, Kluwer Law International, Neitherland 2003.

Schreuer, C.H.: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, Arbitration International 2004, Vol. 20, No.4.

Schreuer, C.H.:Calvo's Grandchildren: The Return Of Local Remedies In ICSID Arbitration, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2005, Leiden The Netherland.

Schreuer, C.H.:Travelling The BIT Route Of Waiting periods, Umbrella Clouses and Forks In The Road,The Journal of World Invwstment and Trade,Vol.5, No.2

Tiryakioğlu,B.: Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki;ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 2007,S.169-184.

http://www.uedtp.org.tr/dtmadmin/upload/EAD/KonjokturIzlemeDb/dergi/2007_IIkbahar/Bilgin_Tiryakioglu.pdf.

The Annulment Proceeding, 21 ASA Bulletin 2003,S.346-347.

Xiuli, H.: The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico, Chinese Journal of International Law (2007), Vol. 6, No. 3, S.635–652.

Walsh, W. T.: Substantive Review of ICSID Awards, Berkeley Journal Of International Law 2006, Vol.24, s.442-462.

Wendlandt, M.: SGS V. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes, Texas International Law Journal 2008,Vol.43.s.524-559.

III. DİĞER KAYNAKLAR

ICSID - Model Clauses, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/main-eng.htm>

Course On Dispute Settlement - Module 2.8. ICSID: Post-Award Remedies and Procedures, http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add7_en.pdf

Course On Dispute Settlement - Module 2.4. ICSID: Requirements Ratione Personae, http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add3_en.pdf

Course On Dispute Settlement - Module 2.5. ICSID: Requirements Ratione Materiae, http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add5_en.pdf

Crawford, J./ Lee, K.: ICSID Report, Cambridge University Press,

IV. YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

<http://www.unctad.org/Templates>

<http://www.hazine.gov.tr>

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

ÖZET

TORUN, Yalçın. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Bu tez, ICSID tahkiminde uyuşmazlıkların çözümünde, tahkim heyetlerince verilen kararlara karşı hukuki başvuru yollarına ilişkin detaylı bilgileri içermektedir. ICSID Sözleşmesinin 53'üncü maddesine göre, ICSID hakem heyetlerince verilen kararlar kesin ve bağlayıcıdır. Bu kararlara karşı Sözleşmede belirtilen hukuki yollar dışında başka bir hukuki yola başvurulamaz. Ayrıca bu kararlar ulusal mahkemelerin incelemesine tabi tutulamazlar. Fakat ICSID tahkim sistemi içerisinde, belirli şartlar gerçekleştiğinde kararlar kararı veren heyet tarafından veya yeniden kurulacak bir ad hoc komite tarafından yeniden incelenebilmektedirler. Kararlara karşı başvurulacak hukuki yollar, ICSID Sözleşmesi ve tahkim kurallarına göre bu çalışmamızda detaylı olarak incelenmiştir. Bu hukuki başvuru yollarından ilki küçük hatalara, özellikle yazıma ilişkin hatalara karşı başvurulabilecek, kararın tashihi usulüdür. Taraflar kararın anlamı üzerinde uyuşmazlığa düşerlerse kararın yorumunu da talep edebilirler. Taraflarca önceden bilinmeyen bir vakıanın sonradan öğrenilmesi durumunda kararın düzeltilmesi de mümkündür. Karara karşı başvurulacak hukuki yollar içerisinde en esaslısı kararın iptalidir. Kararın iptali kararın kesinliği prensibine bir istisna getirmektedir. İptal hukuki başvuru yolu, kararın hukuka uygun olup olmadığının sorgulanmasına olanak sağlayan ve hukuka uygun olmayan kararlara karşı sınırlı bir çıkış kapısı sunan hukuki başvuru yoludur. Fakat kararın iptalini talep edebilmek için ICSID sözleşmesinde belirlenen iptal sebeplerinden bir veya birkaçının mevcudiyetini ileri sürmek gerekir. Bu talep sonrası karar kısmen veya tamamen iptal edilebilir. İptal sonrası uyuşmazlık yeni bir tahkim heyeti önüne götürülür. Tezimizde yukarıda bahsedilen kararın “tashihi”, “düzeltilmesi”, “yorumu” ve “iptali” hukuki başvuru yolları detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. ICSID Tahkimi
2. Kararlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları
3. Karar Düzeltmesi
4. Kararın Yorumu
5. İptal

ABSTRACT

TORUN, Yalçın. Post – Award Remedies of The International Center For The Settlement of Investmen Disputes (ICSID) Arbitration, Master Thesis, Ankara, 2010.

This thesis gives detailed information of the post-award remedies and procedures in ICSID arbitration. According to the Art. 53 of the ICSID Convention, an award is final and binding and not subject to any remedy except those provided for in the Convention. In particular, an award is not subject to any review by domestic courts. But the Convention itself provides for a number of remedies and procedures that are administered by the original tribunal, by a new tribunal or by an ad hoc committee. All these remedies and procedures are examined in detail according to the Convention and the Arbitration Rules of ICSID. Of these post-award remedies and procedures, some are relatively uncontroversial and deal with routine situations. Thus supplementation and correction deal with minor technical and clerical mistakes in the award. Interpretation clarifies the meaning of the award if the parties disagree on its construction. Revision takes account of new facts that were unknown when the award was rendered. Annulment is a remedy that is much more dramatic. It is a limited exception to the principle of finality. Annulment provides limited emergency relief for situations in which the basic legitimacy of the arbitration process is called into question. It is available only on the basis of a few specific grounds listed in the Convention. A successful plea of nullity leads to a decision that declares the award void in whole or in part. The parties may then resubmit their dispute to a new tribunal. This thesis gives a detailed information of supplementation and correction, interpretation revision and annulment..

Key Words

1. ICSID Arbitration
2. Post – Award Remedies and Procedures
3. Revision of The Award
4. Interpretation of The Award
5. Annulment