

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

MİLLETLERARASI YATIRIM HUKUKUNDA YOLSUZLUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Haydar KOTİL

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

EYLÜL 2019

ÖNSÖZ

Tezimin her aşamasında her türlü desteğini benden esirgememiş olan saygıdeğer Tez Danışmanım ve Hocam Prof. Dr. Akif Emre Öktem'e ve tez çalışmalarım kapsamında uzmanlığıyla her daim bana yol göstermiş olan ve her türlü tecrübesizliğime rağmen sabırla beni destekleyen pek kıymetli Hocam Dr. Mehmet Karlı'ya ve ayrıca tarafıma vermiş oldukları burs ile öğrenimimi finanse etmemi sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na ve TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı'na teşekkürü bir borç bilirim.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	xii
ÖZET	xvii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: YOLSUZLUK NEDİR?	4
1. TANIM.....	4
2. YOLSUZLUĞUN TEMEL GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	6
2.1. Rüşvet.....	7
2.2. İrtikâp	8
2.3. Yolsuzluğun Diğer Görünüş Biçimleri	9
3. AMACINA GÖRE YOLSUZLUK TİPLERİ	10
3.1. Kamu Görevlisinin Olağan Uygulamasını Yerine Getirmesi İçin Yapılan Yolsuzluk	11
3.2. Kamu Görevlisinin Olağan Uygulamasından Sapması İçin Yapılan Yolsuzluk	12
4. YOLSUZLUKLA MÜCADELENİN TARİHSEL GELİŞİMİ	12
4.1 Antik Çağ'dan Günümüze.....	12
4.2 Günümüz	16
4.2.1. FCPA ve Kısılcım Etkisi	17
4.2.2. OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu	18
4.2.3. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi.....	21
5. MİLLETLERARASI DÜZEYDE YOLSUZLUKLA MÜCADELE.....	22
5.1. Yolsuzluğun Arz Tarafı: Milletlerarası Yolsuzlukla Mücadelenin Odak Noktası	23

5.2. Yolsuzluğun Medeni ve İdari Yaptırımları Hususunda Bir Uzlaşı Bulunmamaktadır	24
İKİNCİ BÖLÜM: YOLSUZLUK VE YATIRIM TAHKİMİ	26
1. YATIRIM TAHKİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ	26
2. YATIRIM TAHKİMİ İÇTİHADINDA YOLSUZLUK	33
2.1 Önemli Davalar	33
2.1.1. Yolsuzluğun Sonucu Etkilediği Davalar	33
2.1.1.1. World Duty Free Company Ltd v. Republic of Kenya (2006)	33
2.1.1.2. Metal-Tech v. Uzbekistan (2013)	45
2.1.2. Yolsuzluğun Sonucu Etkilemediği Davalar	54
2.1.2.1. Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt (2000)	54
2.1.2.2. EDF (Services) Limited v. Romania (2009)	56
2.1.2.3. Methanex v. United States of America (2005)	59
2.1.2.4. Tanzania Electric Supply Co. v. Independent Power Tanzania Ltd (2001)	64
2.1.2.5. Thunderbird v. Mexico (2006)	67
2.1.2.6. African Holding Company of America, INC et Société Africaine de construction au Congo SARL v. République Démocratique du Congo (2008)	71
2.1.2.7. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan (2008)	73
2.1.2.8. Niko Resources v. Bangladesh, BAPLEX and Petrobangla (2014)	76
2.1.3. Doğrudan Yolsuzlukla İlgili Olmamakla Birlikte Benzer Hukuki Aykırılıkları İçerisinde Barındırdığı İçin Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yolsuzluk İctihadını Etkileyen Davalar	84
2.1.3.1. Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic (2014)	84
2.1.3.2. Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd. v. Republic of Indonesia (2016)	88
2.1.3.3. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (2007)	94
2.2. İctihattaki Temel Eğilimler	99

2.2.1. Yolsuzluk İddiaları Kahir Ekseriyetle Sonuca Etki Etmemektedir.....	99
2.2.2. Yolsuzluk İddiaları Çoğunlukla Devletler Tarafından Külli Savunma Olarak İleri Sürülmektedir.	100
2.2.3. Yolsuzluk İddialarının İspatı Bakımından Sıklıkla Ağır İspat Şartları Aranmaktaysa da Aksi Yönde Eğilimler Artmaktadır.	101
2.2.4. Hakemler Yolsuzluk İddialarının Milli Makamlarca Soruşturulmamasına Çoğunlukla Önem Atfetmemektedir.	102
2.2.5. Hakemler Yolsuzluğun İspatlanması için Kırmızı Bayrak Kurallarına Başvurmaya Başlamışlardır.	103
2.2.6. Yolsuzluk Yatırımın Yapılması Sırasında Gerçekleştiğinde Dava Yargı Yetkisi Yokluğundan Reddedilmekteyken Yatırım Süresince Gerçekleşirse Dava Esastan veya Kabul Edilemezlikten Reddedilmektedir.	105
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YATIRIM TAHKİMİNDE YOLSUZLUĞA İLİŞKİN TEMEL SORUNLAR	108
1. İSPATLAMA ZORLUĞU	108
1.1. Hakemlerin Yolsuzluk İddialarını Resen Araştırma Yetkileri	109
1.2. İspat Yükü Sorunu	111
1.3. İspat Standartı Olarak Şüpheden Uzak ve İkna Edici Kesin Deliller Beklenmesi ..	114
2. YAPTIRIM ÇEŞİTLİLİĞİN BULUNMAMASI.....	118
3. YOLSUZLUK İDDİALARINDA DEVLETLERİN HAKSIZ AVANTAJA SAHİP OLMASI	121
SONUÇ.....	124
KAYNAKÇA.....	129
ÖZGEÇMİŞ	138

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ACC	Bangladesh Anticorruption Commission
ARB	Arbitration
A.g.e.	Adı geçen eser
Art.	Article
Bkz.	Bakınız
Co.	Corporation
Ed.	Edition
EKCP	The East Kutai Coal Project
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GEO 104	Government Emergency Ordinance No.104
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
JVA	Joint Venture Anlaşması
m.	Madde
MTBE	methyl tertiary butyl ether
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
s.	Sayfa
sec.	section
NAFTA	The North American Free Trade Agreement
No.	Numara
TDK	Türk Dil Kurumu
U.N.	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCLOS	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
U.S.C.	United States Code
v.	versus
Vol.	Volume

RÉSUMÉ

Dans cette étude, le phénomène de la corruption et la corruption dans le droit international des investissements ont été examinés. Le premier chapitre de cette étude comprend l'explication du terme de corruption et de ses apparences historiques. Après avoir examiné et expliqué le terme corruption d'un point de vue universitaire, différents types et formes de la corruption dans l'histoire ont été mentionnés. Dans le deuxième chapitre, la corruption dans la jurisprudence d'arbitrage international d'investissement a été examinée. Dans cette partie, des sujets tels que les décisions du Tribunal dans des cas de corruption, le niveau de preuve requis et la partie qui en a la charge de la preuve de corruption ont été examinés de manière approfondie et les tendances générales dans les cas de corruption ont été mentionnées. Dans le dernier chapitre, nous avons examiné les problèmes de corruption posés au droit de l'arbitrage international d'investissement et proposé des solutions.

Dans la première chapitre de l'étude, des informations universitaires générales sur la corruption ont été fournies. Comme dans toute étude académique impliquant un phénomène, la définition a été énoncée en premier. Par conséquent, le terme corruption a été défini en premier. Avant de définir le terme de corruption, les définitions philosophiques et éthiques étaient définies. Après cela, en mentionnant diverses significations du mot corruption, le champ de la définition est élargi. Enfin, les définitions de la corruption formulées par les avocats et les organisations de la société civile ont été mentionnées.

Après avoir défini la corruption, ses types et formes de fondamentales ont été examinés. Bien que la corruption puisse revêtir de nombreuses formes, elle comporte deux types fondamentaux: premièrement, l'offre d'une bénéfice par une individuelle à un fonctionnaire appelé corruption, et deuxièmement à la demande de ce pot-de-vin par un fonctionnaire appelé extorsion. Même si la corruption a d'autres types, ces types ne se sont produits qu'à des moments et à des endroits spécifiques, alors que la corruption et l'extorsion ont été les types de généraux de la corruption au cours de l'histoire.

De l'Antiquité à nos jours, la corruption s'est produite à différents âges et à différents endroits, causant différents types de problèmes. Ainsi, il a été combattu avec de nombreuses techniques différentes au cours de l'histoire. Dans l'Antiquité, la méthode générale consistait

uniquement à punir les personnes impliquées dans la corruption. À l'époque médiévale, puisque les États devenaient de plus en plus organisés, les techniques devenaient de plus en plus organisées. Cependant, à l'époque moderne, la méthode générale de lutte contre la corruption reposait sur des méthodes idéologiques.

Après la Seconde Guerre mondiale, un consensus officieux dans le monde affirmait qu'il était légitime de corrompre des fonctionnaires étrangers dans les pays étrangers où des entrepreneurs de pays développés investissaient, même ce montant était déductible de la détermination fiscale de l'investissement. Cette situation a changé avec l'émergence du "Foreign Corrupt Practices Act" aux États-Unis après le scandale Watergate. Après cela, les pays ont adapté l'exemple des États-Unis et les pays de l'OCDE ont signé la "Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales". Ensuite, les membres des Nations Unies ont signé la "Convention des Nations Unies contre la corruption". Toutes ces conventions garantissaient que, peu importe le lieu où une corruption est commise, elle sera punie. Ces punitions visaient principalement à punir le corrupteur plutôt que l'agent public qui avait également commis le crime. Cependant, même si un consensus a été atteint sur la répression de la corruption, il n'existe pas de consensus sur les conséquences administratives et civiles de la corruption.

L'arbitrage international d'investissement est une méthode plus récente par rapport à d'autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends et se distingue d'eux à de nombreux égards.

La partie la plus attrayante de l'arbitrage international d'investissement réalisé au sein du CIRDI réside probablement dans le fait que les sentences des tribunaux du CIRDI ont le même pouvoir qu'une sentence définitive acquise des tribunaux nationaux de l'État hôte, ce qui signifie que les sentences du CIRDI sont exécutoires devant les tribunaux nationaux sans examination de l'ordre public. Presque toutes les règles concernant le droit international des investissements découlent de la Convention du CIRDI ou de la jurisprudence du CIRDI. Ainsi, pour examiner et analyser la corruption dans le droit international des investissements avec précision, les précédents doivent être mentionnés et examinés.

Le cas la plus importante concernant la corruption dans l'arbitrage d'investissement international est probablement l'affaire *World Duty Free v. Kenya*. Dans ce cas, l'administration

de deux locaux hors taxes dans les aéroports internationaux au Kenya a été confiée à un citoyen des Émirats Arabes Unis, Nasir Ali. Au cours des négociations contractuelles avec l'ancien président de la République du Kenya, Daniel arap Moi, Nasir Ali a donné 2 millions de dollars américains au président sous le titre de cadeau personnel. La société créée par Nasir Ali pour exploiter ces locaux hors taxes, la World Duty Free Company, a falsifié des documents d'exportation avec l'aide de l'assistant aux élections du président et a reçu une incitation gouvernementale s'élevant à quatre cent trente-huit millions de dollars américains sans que Nasir soit au courant. Après que ces activités corrompues ont attiré l'attention du public, un administrateur est nommé à la World Duty Free Company pour se débarrasser des preuves. Au bout d'un moment, tous les avoirs et les biens de World Duty Free ont été saisis. Nasir Ali s'est présenté devant le CIRDI en affirmant que son investissement lui avait été retiré injustement. Le Tribunal a souligné l'un des principes fondamentaux les plus importants régissant la corruption dans l'arbitrage international d'investissement "ex turpi cause non oritur actio", avec ce principe cité, le tribunal a conclu que l'on ne pouvait revendiquer aucun droit pour un investissement obtenu par la corruption. Le Tribunal a également déclaré que cela ne signifiait pas que l'État était innocent, mais que les tribunaux et les tribunaux d'arbitrage internationaux ne pouvaient pas aider un demandeur qui fondait son droit d'arbitrer sur investissements entachés d'activités illégales.

La deuxième affaire en importance concernant la corruption dans l'arbitrage international en matière d'investissement est "Metal-Tech c. Ouzbékistan". Une société israélienne dénommée Metal-Tech crée une société en joint-venture en Ouzbékistan, Uzmetal, avec deux sociétés ouzbèkes appartenant à l'État, afin de construire une usine de molybdène en Ouzbékistan et de vendre à Metal-Tech tous les produits qu'elle fabrique. Au cours des années qui ont suivi la construction de l'usine, Uzmetal a exporté du molybdène vers Metal-Tech, mais le Cabinet des ministres a décidé d'annuler sa licence lui permettant d'acheter les matières premières nécessaires et de vendre le produit uniquement à Metal-Tech. Le Cabinet a fondé sa décision sur le fait que ces deux sociétés causaient des dommages à l'Ouzbékistan. À la suite de ces événements, le gouvernement a liquidé Uzmetal et ses biens ont été transférés à deux sociétés ouzbèkes, à la suite l'appel interjeté par Metal-Tech auprès du CIRDI. Dans sa défense, l'Ouzbékistan a affirmé que les quatre millions de dollars alloués à des personnes proches du gouvernement au nom d'accords de consultants étaient en fait des pots-de-vin. Par conséquent, puisqu'il est impossible de faire valoir des droits acquis par la corruption, l'affaire doit être classée. Le tribunal a classé l'affaire pour cause de corruption, car il existait dans l'affaire

actuelle des preuves indirectes appelées «drapeaux rouges», telles que le manque de connaissances du consultant pour fournir un service adéquat, des paiements extraordinairement élevés et des taux de commission.

Dans l'affaire *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, *Wena Hotels Co.* lance un appel d'offres et remporte l'appel d'offres relatif à la rénovation de deux hôtels et à leur exploitation pendant 25 ans. Après quelques problèmes liés au paiement du loyer, la situation est devenue grave et le bureau du procureur général d'Égypte a saisi les hôtels. Lorsque *Wena Hotels* a fait appel au CIRDI, l'Égypte, dans sa défense, a affirmé qu'entre *Wena Hotels* et le président du conseil d'administration de la société qui a ouvert l'appel d'offres pour la rénovation et l'exploitation d'hôtels avait conclu un contrat de consultant, c'était en fait une corruption couverte par un contrat de conseil. Le Tribunal a décidé que s'il était prouvé que le contrat de consultant était en réalité une corruption, il accepterait l'existence de corruption. Toutefois, dans le cas présent, le contrat de consultant avait un but légitime et des honoraires raisonnables; il n'existait donc pas de preuve raisonnable pour accepter l'existence de la corruption. Le CIRDI a statué en faveur de *Wena Hotels* pour que l'Égypte indemnise leurs dommages.

Dans l'arrêt *EDF (Services) c. Roumanie*, les licences et accords d'EDF avaient été annulés. EDF a formé un recours devant le CIRDI, affirmant que cet acte illégal avait été commis uniquement parce qu'ils refusaient de payer le pot-de-vin demandé. Le Tribunal a recherché des preuves claires et convaincantes permettant de juger l'existence de la corruption. EDF n'ayant pas fourni au Tribunal d'éléments de preuve clairs et convaincants sur la corruption, l'affaire a été classée. Ce jugement est important car il indique que les plaintes pour corruption doivent répondre à des critères clairs et convaincants en matière de preuve, ce qui signifie que les plaintes de corruption non étayées doivent être rejetées.

Dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, il a été discuté de la question de savoir si la pratique habituelle consistant à donner de l'argent à des campagnes électorales était considérée comme une corruption. Dans ce cas, il a été déclaré que chaque pays avait des mécanismes démocratiques différents. Par conséquent, puisque les États-Unis considèrent les dons des entreprises aux campagnes électorales comme faisant partie de leur démocratie, il est impératif d'accepter que ces dons ne puissent être considérés comme de la corruption. Dans sa sentence, le Tribunal a utilisé la méthode «Relier les points» pour combiner des preuves secondaires et les considérer comme une preuve au dossier si ces preuves secondaires constituent une intégrité

globale. Mais même dans ce cas, le Tribunal a décidé que le demandeur n'avait pas raison dans ses revendications.

Dans l'affaire *Niko Resources c. Bangladesh*, le Tribunal a d'abord différencié les accords de corruption des accords conclus par l'aide de la corruption, affirmant que ces deux situations ont des conséquences différentes. Ensuite, le Tribunal mentionne «La doctrine des mains propres», la doctrine qui dit que pour rechercher l'équité, il faut avoir agi conformément à l'équité auparavant, ne s'applique pas aux affaires d'investissement international. Sur la base de ces explications, le Tribunal a décidé qu'ils avaient compétence pour juger l'affaire, mais il n'y avait pas de corruption dans l'affaire en cours.

Lorsque l'on examine la jurisprudence d'arbitrage d'investissement international, on peut identifier certaines tendances. Premièrement, dans la plupart des cas, les plaintes pour corruption n'affectent pas le résultat du procès. Même si le norme de la preuve est lourd pour la preuve de la corruption, la tendance est à l'utilisation de preuves secondaires ou d'indicateurs possibles de la corruption, appelés «drapeaux rouges» pour prouver les allégations de corruption. Enfin, les tribunaux ne se soucient guère des activités menées par les autorités nationales.

L'un des problèmes les plus importants concernant la corruption dans le droit international des investissements est clairement la preuve de la corruption. La règle générale est que les tribunaux n'ont pas le droit d'office de rechercher la corruption, mais il y a quelques lacunes dans la règle générale. En outre, le fardeau de prouver l'existence de la corruption, mais l'utilisation croissante de drapeaux rouges l'a aidé à prouver la corruption. Il est généralement admis que la norme de preuve pour prouver la corruption est l'exigence de preuves «claires et convaincantes» ou «irréfutables». Mais la tendance est d'éviter ce lourd norme de preuves, en utilisant des méthodes telles que «relier les points» ou en recherchant un norme de preuve plus léger que les standards de preuves lourdes largement acceptés.

L'un des problèmes du droit international des investissements est qu'il n'y a pas de variété de sanctions. Si l'existence de la corruption est acceptée, l'affaire est classée. Si l'existence de la corruption n'est pas acceptée, le jugement se poursuit, rien ne s'est passé, mais cette solution à deux options ne convient pas à un problème aussi complexe que la corruption. Enfin, l'arbitrage international d'investissement est une méthode dont les investisseurs ont

grand besoin, mais comme la corruption ne peut être résolue que par l'engagement des deux parties, le fait de classer l'affaire en présence de la corruption enlève en pratique le droit des investisseurs à des recours légaux quand les parties sont également responsables, ce qui a pour résultat indésirable que les gouvernements s'échappent avec ce qu'ils ont fait.



ABSTRACT

In this study, the corruption phenomenon and corruption in International Investment Law has been examined. The first chapter of this study comprises of the explanation of the term of corruption and its historical appearances. After examining and explaining the term corruption from an academic point of view different types and forms of corruption in history has been mentioned. In the second chapter, corruption in International Investment Arbitration Jurisprudence has been examined. In this part, subjects such as the decisions of the Tribunal's in cases of corruption, what standard of proof is required and which side has the burden of proof in cases of corruption have been examined thoroughly and general tendencies in cases of corruption have been mentioned. In the last chapter, the problems that corruption causes in International Investment Arbitration Law have been examined and possible solutions to these problems have been proposed.

In the first part of the study, general academic information about corruption have been given. As it is in every academic study involving of a phenomenon or a case, the definition has been put out first. Therefore, the term corruption has been defined first. While defining the corruption term, before the legal practitioner's definitions, the philosophical and ethical definitions were put out first. After this, by mentioning various meanings of the word of corruption, the scope of the definition is extended. Lastly, the definitions of corruption made by lawyers and civil society organizations have been mentioned.

After defining corruption, it's basic types and forms have been examined. Although the corruption may take many forms, it has two basic types: First, the benefit a civilian offer to a public official called bribery, and second the request of that bribe by a public official called extortion. Even though the corruption has other types, these types have only occurred in specific times and places, whereas the bribery and extortion have been the general corruption types over the course of history.

From the Ancient Era to this day, corruption has occurred in many different ages and places, causing different types of problems. Thus, it has been fought with many different techniques over the course of history. In Ancient Era, the general method was solely punishing the people who were involved in corruption. In Medieval Era, since states were becoming more

organized, the techniques also got more organized. In Modern Era however, the general method of combating against corruption was through ideological methods.

After World War II, there was an unofficial consensus in the world that bribing foreign public officials in the foreign countries where entrepreneurs from developed countries invests was legitimate, even that amount of bribe were deductible from the tax assessment of investment. This situation has changed with emergence of “Foreign Corrupt Practices Act” in USA after Watergate Scandal. Following this, nations have adapted USA’s example and first OECD countries signed the “OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions”. Then, members of United Nations have signed the “United Nations Convention against Corruption”. These conventions all together guaranteed that regardless of wherever a corruption is committed, it will be punished. These punishments focused on punishing the briber, rather than the public official who also committed the crime. However, even though a consensus has been met on punishing bribery, there is no consensus on the administrative and civil consequences of corruption.

International Investment Arbitration is a newer method compared to other alternative dispute resolution methods and is different from them in many aspects. International Investment Arbitration, even though it can be implemented with different rules, owes its popularity and usefulness to ICSID, which operates under certain rules set forth in ICSID Convention.

The most appealing part of international investment arbitration performed in ICSID is probably that the awards of ICSID Tribunals have the same power of a final award acquired from domestic courts of Host State, this means that the awards of ICSID are enforceable in domestic courts without public policy examination. Another important and different part of investment arbitration in ICSID is that the annulment authorities for the awards of ICSID are special committees within ICSID.

Nearly all the rules concerning the International Investment Law originates from the ICSID Convention or the Jurisprudence of ICSID. Thus, to accurately examine and analyze corruption in international investment law, the precedents shall be mentioned and examined.

The most important case about corruption in international investment arbitration is probably the *World Duty Free v. Kenya* case. In this case, the administration of two duty-free

premises in international airports in Kenya have been given to a UAE citizen named Nasir Ali. During the contract negotiations with former president of Republic of Kenya Daniel arap Moi, Nasir Ali has given 2 million American dollars to the President as a personal gift. The company that Nasir Ali founded to operate these duty-free premises, World Duty Free Company, has forged export documents with the help of president's election assistant, and received government incentive worth four hundred thirty-eight million American dollars without knowledge of Nasir Ali. After these corrupt activities got public attention, a trustee is appointed to World Duty Free Company to get rid of evidence and after a while all the assets and property of World Duty Free has been seized. Nasir Ali went to ICSID with the claim that his investment has been taken from him unjustly. The Tribunal pointed out one of the most important core principles governing the corruption in international investment arbitration "*ex turpi cause non oritur actio*", with that principle cited Tribunal concluded that one cannot claim any rights for an investment obtained by corruption. The Tribunal also stated that this does not mean that the state is innocent, but instead, it means that courts and international arbitration tribunals cannot aid a claimant who bases his right to arbitrate on investments tainted by illegal activities.

The second most important case about corruption in international investment arbitration is "*Metal-Tech v. Uzbekistan*". An Israeli corporation named Metal-Tech founds a joint-venture company in Uzbekistan named Uzmetal with two state owned Uzbek company, to build a molybdenum factory in Uzbekistan and sell all the goods that the factory produces to Metal-Tech. During the several years after construction of the factory and Uzmetal has exported molybdenum to Metal-Tech but after a while Cabinet of Ministers has decided to annul the the license of Uzmetal to buy necessary raw material and its right to solely sell its product to Metal-Tech. Cabinet based its decision that these two companies together were damaging Uzbekistan. After these events, the government winded up Uzmetal and its property was transferred to two Uzbek company, following this Metal-Tech appealed to ICSID. In their defense, Uzbekistan claimed that the four million dollars given to people close to government in the name of consultant agreements were in fact bribes, thus since one cannot claim any rights obtained by means of corruption the case must be dismissed. The tribunal dismissed the case because of corruption since some circumstantial evidence called red flags existed in current case, such as the consultant's lack of knowledge to provide adequate service, extraordinarily high payments and commission rates.

In *Wena Hotels Ltd. v. Egypt Case*, Wena Hotels Co. enters into a tender and wins the tender concerning the renovation of two hotels and operating them for 25 years. After some problems about rent payments, things got serious and Egypt Chief Public Prosecutor's Office seized the hotels. When Wena Hotels appealed to ICSID, Egypt, in their defence, claimed that between Wena Hotels and board chairman of the company that opened the tender for the renovation and operation of hotels had a consultant agreement, which was in fact a bribery covered with a consultant agreement. The Tribunal decided that if it were to be proven that the consultant agreement was in fact bribery, they would accept the existence of corruption, but in current case, the consultant agreement had a legitimate purpose and a reasonable fee, therefore there was no reasonable proof to accept the existence of corruption. ICSID judged in favor of Wena Hotels for Egypt to compensate their damages.

In *EDF (Services) v. Romania judgement*, the licenses and agreements of EDF had been annulled. EDF appealed to ICSID, claiming that this unlawful act was made solely because they refused to pay the demanded bribe. The Tribunal searched for clear and convincing evidence for ruling the existence corruption. Since EDF failed to provide the Tribunal with clear and convincing evidence about corruption, the case was dismissed. This judgement is important because it states that clear and convincing evidence requirements should be met for a corruption claim, meaning that unsupported claims of corruption should be dismissed.

In *Methanex v. United States case*, it has been discussed that whether the common practice of companies donating money to election campaigns does register as a corruption. In this case, it has been stated that every country has different democracy mechanics, therefore, since the USA regards the donations by companies to election campaigns as a part of their democracy, it is mandatory to accept that these donations cannot be regarded as corruption. In their award, the Tribunal used "connecting the dots" method to combine secondary evidences and consider them as a proof to the case if these secondary evidences constitutes an integrity aggregately. But even then, the Tribunal decided that the plaintiff was not right in his claims

In *Niko Resources v Bangladesh case*, the Tribunal first differentiates corruption agreements and agreements obtained by corruption, stating that these two situations have different consequences. Then, the Tribunal mentions "Clean Hands Doctrine", the doctrine which states that in order to seek equity, one has to have acted in accordance with equity beforehand, is not applicable to international investment cases. With these explanations, the

Tribunal decided that they had the jurisdiction over the case, but there was no corruption in the current case.

When International Investment Arbitration Jurisprudence is examined, some tendencies can be found. First of them being, in most of the cases, the corruption claims do not affect the result of the case. Even though heavy burden of proof is required for the proof of corruption, the tendency is towards the use of secondary proofs or possible indicators of corruption called red flags for proving corruption claims. Lastly, the Tribunals does not care much about the activities made by national authorities.

One of the most important problems about corruption in International Investment Law is clearly proving the corruption. The general rule is that the Tribunal has no ex officio right to search for corruption, but there are some courts acting contrary to the general rule. Also, the burden of proof being on the side of claimant makes proving the existence of corruption harder, but the increasing use of red flags helps proving corruption. It is accepted as a rule that the standard of proof for proving corruption is the requirement of “clear and convincing” or “irrefutable” evidence. But the tendency is towards avoiding this heavy burden of proofs, by using methods such as “connecting the dots” or looking for a lighter standard of proof than the widely accepted heavy proof standards.

One of the problems in International Investment Law is that there is no variety on sanctions. If the existence of corruption is accepted, then the case is dismissed. If the existence of corruption is not accepted, judgement continues as nothing has happened, but this two-option solution is not suitable for a such complex problem as corruption. Lastly, the international investment arbitration is a method that investor requires dearly, but since corruption can only be fulfilled by the engagement of both parties, dismissing the case in the presence corruption is, in practice, taking the investors right to legal remedies when both parties are equally liable, which leads to the unwanted result of governments getting away with what they have done.

ÖZET

Bu çalışmada, yolsuzluk kavramı ve Milletlerarası Yatırım Hukuku'nda yolsuzluk incelenmiştir. Bu inceleme kapsamında ilk bölümde yolsuzluk kavramı ve tarihsel olarak görünümü etraflıca incelenmiştir. Yolsuzluk kavramı akademik olarak incelendikten ve bilimsel olarak neyi ifade ettiği açıklandıktan sonra tarihsel olarak ne gibi görünümlere sahip olduğu incelenmiştir. İkinci bölümde ise Milletlerarası Yatırım Tahkimi İçtihadında yolsuzluk incelenmiştir; bu bölümde milletlerarası hakem heyetlerinin yolsuzluk ile karşılaştıklarında buna ne sonuç bağladıkları, yolsuzluğun varlığına hangi ispat standardı ile kanaat getirdikleri ve yolsuzluğu ispat yükünün kimin üzerinde bıraktıkları gibi konular etraflıca incelenmiş ve içtihatla yolsuzluğa ilişkin göze çarpan temel eğilimler ortaya konmuştur. Son bölümde ise yolsuzluğun milletlerarası yatırım hukukunda çıkardığı temel sorunlara değinilmiş bunlara ilişkin çözüm önerileri incelenmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde yolsuzluğa dair genel akademik bilgiler ortaya konmuştur. Herhangi bir olgunun durumun veya fenomenin bilimsel olarak incelenmesinde olması gerektiği gibi bu çalışmanın ilk bölümünde ilk olarak yolsuzluğun tanımı üzerinde durulmuştur. Yolsuzluğun tanımı incelenirken hukukçuların tanımlarından önce yolsuzluğun felsefi ve ahlaki tanımları incelenmiş; sonrasında ise yolsuzluğun kelime anlamlarından yola çıkılarak konu derinleştirilmeye çalışılmıştır. Daha sonra ise yolsuzluğun hukukçular tarafından yapılan tanımları incelenmiş, milletlerarası sivil toplum örgütlerinin ortaya koymuş oldukları tanımlara yer verilmiştir.

Tanımı yapıldıktan sonra yolsuzluğun temel görünüm biçimleri incelenmiştir. Yolsuzluğun pek çok görünüm biçimi olsa da yolsuzlukta aktif rol oynayan tarafa göre, kamu görevlisine sivilin menfaat teklif ettiği *rüşvet* ve kamu görevlisinin menfaati talep etmesi üzerine menfaatin sağlanması şeklinde gerçekleşen *irtikap* olmak üzere iki temel tipi vardır. Yolsuzluğun bunların dışında görünüm biçimleri olsa da bunlar ancak belirli bir yer ve zamanda yaygınlık gösterebilmiş rüşvet ve irtikap her devirde varlıklarını sürdüren yolsuzluk tipleri olmuşlardır.

Yolsuzluk Antik Çağ'dan günümüze farklı görünüm biçimleri almış farklı dönemlerde ve farklı yerlerde farklı sorunlara sebebiyet vermiş ve dolayısıyla yolsuzlukla birbirinden farklı

yöntemlerle mücadele edilmek zorunda kalınmıştır. Antik Çağ'da yolsuzlukla mücadelede bununla iştigal edenlerin cezalandırılması yöntemi revaçtayken Orta Çağ'da kurumsallaşmaya çalışan devletler yolsuzlukla da kurumsallaşarak mücadele etmiş ve nihayet Modern Çağ'da ideolojiler vasıtasıyla yolsuzlukla mücadele edilmeye çalışılmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası dünyada, gelişmiş ve sermaye ihraç eden ülkeler nezdinde yatırım yapılan ülkelerde yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesinin meşru kabul edilmesi ve bu ödenen rüşvetlerin vergi matrahından düşürülmesi yönünde gayrı resmi bir konsensüs bulunmaktaydı. Bu durum Amerika Birleşik Devletleri'nde Watergate Skandalı sonrasında ortaya çıkan "*Foreign Corrupt Practices Act*" isimli yolsuzlukla mücadele yasasının çıkmasıyla değişmiş; Milletlerarası toplum Birleşik Devletler'in örneğini takip etmiş ve önce OECD'ye üye ülkeler OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu'nu akdetmiş daha sonra ise Birleşmiş Milletler nezdinde Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu gelişmeler neticesinde Milletlerarası toplum nezdinde yolsuzluk her nerede gerçekleşirse gerçekleşsin mahkûm edilmesi gerektiği hususunda konsensüs sağlanmış; bu konsensüs kapsamında yolsuzluğu maddi kısmını sağlayan, parayı veren tarafı bulup cezalandırmaya odaklanılmış yolsuz kamu görevlilerine yoğunlaşılmamıştır. Ancak her ne kadar yolsuzluğun mahkûm edilmesi konusunda Milletlerarası toplum uzlaşıya varmış ise de yolsuzluğun idari ve hukuki neticelerinin ne olması gerektiği hususunda bir uzlaşıdan bahsetmek mümkün değildir.

Milletlerarası Yatırım Tahkimi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre nispeten yenidir ve diğer yöntemlerden pek çok açıdan farklıdır. Milletlerarası yatırım tahkimi, her ne kadar başka kurallara uygun olarak gerçekleştirilebilirse de popülaritesini Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID Konvansiyonu) çerçevesinde kurulan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez'in (ICSID) nezdinde ve ICSID Konvansiyonu'nda belirlenen kurallar altında gerçekleştirilen özel yatırım tahkimi rejimine borçludur.

ICSID nezdinde gerçekleşen özel milletlerarası yatırım tahkimi rejiminin belki de en cezbedici özelliği burada verilen kararların taraf devletlerin kendi mahkemelerince verilmiş nihai kararlar gibi kabul edilmesi dolayısıyla buradan çıkan kararların milli mahkemelerden tenfizi istendiğinde davanın esasına yahut kamu düzenine uygunluk denetimine girilmemesidir.

ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkiminin bir diğer farklı ve önemli özelliği burada verilen kararlara karşı temyiz merciinin de yine ICSID nezdinde bulunmasıdır.

Milletlerarası Yatırım Hukuku'nun temel kaidelerinin neredeyse tamamı ya ICSID Konvansiyonu'nun kendisinden ya da ICSID nezdinde gerçekleşene milletlerarası yatırım tahkimi içtihadından kaynağını alan kurallardır. Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk incelenirken yukarıda açıklanan duruma uygun olarak içtihadındaki kararların incelenmesi gereklidir

Yolsuzlukla alakalı olarak milletlerarası yatırım tahkiminde verilmiş olan önemli kararların başında *World Duty Free v. Kenya* kararı gelmektedir. Söz konusu davada Kenya'da bulunan iki uluslararası havalimanının duty-free işletmeleri bir sözleşme ile birlikte Birleşik Arap Emirlikleri vatandaşı Nasir Ali'ye verilmiştir. Söz konusu sözleşmelerin müzakere döneminde Nasir Ali dönemin Kenya Cumhuriyeti Başkanı Daniel arap Moi ile görüşmüş bu görüşmede iki milyon Amerikan doları tutarında kişisel hediye Başkan'a verilmiştir. Nasir Ali'nin söz konusu duty-free işletmelerini işletmek için kurduğu World Duty Free şirketi üzerinden Kenya Başkanının seçim işlerinden sorumlu yardımcısı tarafından hayali ihracatlar gösterilmiş ve Kenya Hazinesi'nden toplamda dört yüz otuz sekiz milyon Amerikan doları teşvik alınmıştır. Bu yolsuz işlemlerin ayyuka çıkması üzerine delillerin yok edilmesi ve gizlenmesi amacıyla şirkete kayyum atanmış ve payları ile malvarlığına el konulmuştur. Nasir Ali yatırımının elinden alındığı gerekçesiyle ICSID nezdinde yatırım tahkimi yoluna başvurmuştur. Hakem Heyeti milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla alakalı en temel kaideyi bu davada "*ex turpi cause non oritur actio*" ilkesine dayanarak yolsuzluk vasıtasıyla elde edilen bir yatırımın dava hakkı doğurmayacağına hükmederek ortaya koymuştur. Hakem Heyeti bunun davalı devletin masum olduğu manasına gelmediğini ancak mahkemelerin ve milletlerarası tahkim heyetlerinin dava hakkını hukuka aykırı işlem ve eylemlere dayandıran davacılara yardımcı olamayacağını ifade etmiştir.

Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla alakalı en önemli ikinci karar "*Metal-Tech v. Uzbekistan*" kararıdır. İsrail asıllı bir firma olan Metal-Tech Özbekistan'da bir molybdenum fabrikası kurulması ve bu fabrikanın üretiminin tamamının Metal-Tech'e ihraç edilmesini öngören bir yatırımı gerçekleştirmek amacıyla Uzmetal isimli bir joint-venture şirketi Özbek Devleti'ne ait iki şirketle birlikte kurmuştur. Yatırım gerçekleştirildikten ve birkaç sene tüm üretim Metal-Tech'e ihraç edildikten sonra Uzmetal'in Metal-Tech ile işbirliği

vasıtasıyla Özbekistan’a zarar verdiği gerekçesiyle Uzmetal’in hammadde satın alma yetkisi ve bunu sadece Metal-Tech’e satabilme tekeli Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılmıştır. Bu olaylar sonrasında şirket tasfiye ettirilmiş malvarlığı ortak Özbek şirketlere devredilmiştir bunun üzerine Metal-Tech ICSID nezdinde tahkime başvurmuştur. Özbekistan tahkim savunmasında, Metal-Tech’in yatırımının gerçekleştirebilmek için hükümete yakın isimlerle gerçekleştirdiği toplam dört milyon dolar değerindeki danışmanlık sözleşmelerinin esasında hükümete verilmiş rüşvet olduğu ve dolayısıyla rüşvet vasıtasıyla elde edilmiş yatırımdan doğan davanın reddini istemiştir. Heyet yolsuzluk incelemesini gerçekleştirirken kırmızı bayrak adı verilen, danışmanın tecrübe eksikliği ve olağandışı yüksek komisyon ve ödemelerin öngörülmüş olması gibi, ikincil delillere dayanarak yolsuzluğun varlığına hükmetmiş ve davayı buna bağlı olarak reddetmiştir.

Wena Hotels ltd. v. Egypt kararında, Wena Hotels şirketi Mısır’da iki otelin yenilenmesi ve 25 seneliğine işletilmesine dair bir ihaleye girmiş ve kazanmıştır. Sonrasında kira ödemeleri ile alakalı sıkıntı çıkmış olaylar Mısır Cumhuriyet Başsavcılığı’na otellere el konmasına kadar büyümüştür. Wena Hotels davayı ICSID nezdinde tahkime taşıyınca Mısır söz konusu ihaleyi gerçekleştiren kamuya ait şirketin yönetim kurulu başkanı ile Wena Hotels arasında bir danışmanlık sözleşmesi bulunduğu ve bunun esasında bir rüşvet olduğu savunmasını yapmıştır. Hakem Heyeti eğer söz konusu sözleşmenin rüşvet olduğu ortaya çıkarsa taleplerin reddedileceğini ifade etmişse de sözleşmenin meşru bir amacı öngördüğüne ve bedelinin bu amaca uygun olarak cüzi olduğuna kanaat getirdiği için Mısır aleyhine tazminata hükmetmiştir.

EDF (Services) v. Romania kararında ise bir duty-free işletme şirketi olan EDF (Services) Ltd.’nin sahip olduğu lisanslar ve sözleşmeler iptal edilmiştir. EDF’nin ICSID nezdinde tahkim talebinde bulunmuş ve başına gelen haksız uygulamanın kendisinden talep edilen rüşveti ödememiş olmasından kaynaklandığını savunmuştur. Heyet yolsuzluğun ispatı için açık ve ikna edici deliller aramış ve bu yönde milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında bir emsal oluşturmuştur. Sonuç olarak bu ağır delil şartlarının gerçekleşmediğinden bahisle davayı reddetmiştir.

Methanex v. United States kararında Amerika Birleşik Devletleri’nde yaygın bir uygulama olan seçim kampanyalarına şirketlerce yapılan bağışların yolsuzluk oluşturup oluşturmayacağı incelenmiştir. Bu davada her ülkenin demokratik mekaniklerinin farklı olduğu ve bu kapsamda ABD’nin bir demokrasi mekanizması olarak gördüğü seçim kampanyalarına

yapılan bağışların zorunlu olarak yolsuzluk oluşturmayacağını ifade etmiş. Daha sonra somut olaydaki ikincil delilleri “*noktaları birleştirme*” adı verilen ikincil delillerin bir bütünlük arz etmesi halinde ispatta kullanılması anlamındaki yöntemi uygulamış ancak davacının davasını haksız bulmuştur.

Niko Resources v. Bangladesh kararında, Heyet öncelikle yolsuzluk sözleşmeleri ile yolsuzlukla elde edilen sözleşmeler ayrımına gitmiş ve bu sözleşmelerin yargılamalarda farklı sonuçlar doğuracağını ifade etmiştir. Buna ek olarak “*temiz eller*” doktrini olarak bilinen hakkaniyet arayanın daha önce hakkaniyete uygun hareket etmesi şeklinde ifade edilebilen kuralın milletlerarası yatırım hukukunda genel-geçer uygulamaya sahip olmadığını ifade etmiştir. Bu açıklamaları neticesinde Heyet yolsuzluğun varlığına hükmetmesine rağmen yargı yetkisinin varlığına hükmetmiştir.

Milletlerarası yatırım tahkimi içtihadı incelendiğinde birtakım eğilimler göze çarpmaktadır. Öncelikle ifade edilmesi gereken husus yolsuzluk iddialarının ekseriyetle sonucu etkilemedikleridir. Yolsuzluğun ispatı için kural olarak ağır ispat standartları uygulansa da aksi yönde eğilimler artmaktadır bu kapsamda yolsuzluğun ispatı için kırmızı bayrak adı verilen ikincil göstergelerin hakem heyetlerince kullanımı da yaygınlaşmıştır. Son olarak milli makamlarca gerçekleştirilen işlemlere tahkim heyetlerince çok önem atfedilmemektedir.

Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla alakalı temel sorunların başında ispat sorunu gelmektedir. Bu kapsamda öncelikle hakemlerin bu iddiaları re’sen araştırma görev yetkilerinin olmadığı yönündeki genel kabul hakemlerin bu konuda ellerini güçleştirmektedir ancak genel kabulün aksine hareket etmeye başlayan heyetler de vardır. Bundan sonra ispat yükü ile alakalı olarak kural olan müddeinin iddiasını ispatlaması kuralının burada da geçerli olması birtakım zorluklara sebebiyet vermekte ise de kırmızı bayrak kurallarının uygulanmasının yaygınlaşması ile bu sorun bir miktar da olsa çözülmeye başlamıştır. İspat standardı bakımından ise “*açık ve ikna edici*” yahut “*reddedilemez*” delillerin aranması yolsuzluğun ispatı için kural kabul edilmektedir. Ancak hakem heyetleri tarafından bu ağır ispat standardından uzaklaşmaya çalışılmakta noktaları birleştirme ve benzeri yöntemler veya doğrudan bu kadar ağır delil gereksinimi reddedilerek bu ispat standardının zorlukları aşılmaya çalışılmaktadır.

Milletlerarası yatırım hukukundaki sorunlardan bir diğeri yaptırım çeşitliliğın bulunmamasıdır; yolsuzluğın varlığı kabul edilirse tüm talepler reddedilirken yokluğın kabul edilirse yargılamaya devam olunmaktadır ancak bu iki seçenekli yaptırım usulü yolsuzluğın kompleks doğasına uygun bir çözüm oluşturmamaktadır. Son olarak milletlerarası yatırım tahkimi doğası gereğı yatırımcının ihtiyaç duyduğu bir mekanizmadır ancak yolsuzluk gibi iki tarafın katılımıyla gerçekleşen bir hukuka aykırılıktan dolayı tarafların tahkim hakkının ellerinden alınması pratikte devletin yaptığıının yanına kar kalması ve yatırımcının muhtaç olduğu korumadan iki tarafın eşit derecede suçlu oldukları bir eylem sebebiyle yoksun kalması sonucunu doğurmaktadır.



GİRİŞ

Yolsuzluk ilk devletler tarih sahnesine çıktığı günden beri medeniyetler için sorun teşkil etmiştir ve o günden beri de etmeye devam etmektedir. Devletler ve sair siyasi örgütlenmeler geliştikçe ve dolayısıyla daha karmaşık yapılara büründükçe yolsuzluk da daha kompleks yapılara bürünmüş ve farklı görünümler kazanmıştır. Bu doğrultuda İkinci Dünya Savaşı sonrasında milletlerarası sermayenin serbest dolaşımını destekleyen yeni dünya düzenin ortaya çıkması ile birlikte yolsuzluk da hızla önem kazanan milletlerarası yatırım hukukunda diğer hukuk dallarındaki görünümünden farklı yeni görünümler kazanmış, farklı yeni sorunlar yaratmıştır.

Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğun önem kazanması dünya çapında yolsuzluğun her nerede ve nasıl gerçekleşirse gerçekleşsin cezalandırılması gerektiği hususunda konsensüsün sağlandığı ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin imzalandığı 90'lı yıllara denk gelmektedir. Bundan sonra yolsuzluk milletlerarası yatırım tahkimlerinde ortaya çıkmaya başlamış ve tarafların iddialarında kendisine yer bulmuştur.

ICSID Konvansiyonu'nda öngörülen kurallar altında yürütülen milletlerarası yatırım tahkimi rejimi, hukukun üstünlüğü prensibinin köklü ve sürekli olarak uygulanmasının var olmadığı gelişmekte olan ülkelerde yatırım yapan yatırımcıların son çaresidir. Herhangi bir sebeple yatırımcının bu korumadan yoksun kalması yatırımcı için yatırdığı tüm malvarlığının elinden alınması manasına gelebilir. Bu şartlar altında milletlerarası yatırım tahkiminde yargı yetkisinin ortadan kalkması gibi sonuçları bulunan yolsuzluğun bu kapsamda incelenmesi önem arz etmektedir.

Ayrıca Türkiye gibi hem yatırım ihraç eden şirketlere sahip olan hem de pek çok yabancı yatırımcının yatırım yaptığı yani milletlerarası yatırım tahkiminde her iki tarafta da bulunması mümkün olan bir ülkede milletlerarası yatırım hukukuna dair çalışmalar ayrı bir öneme aittir.

Bunların yanında milletlerarası yatırım hukukunda devletler artık neredeyse sistematik olarak yolsuzluk iddialarını birer külli savunma olarak ileri sürmektedirler. Bu sebeplerle milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğun incelenmesi büyük bir öneme sahiptir.

Bu çalışmada milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk, öncelikle kısaca milletlerarası yatırım hukuku kapsamındaki anlamından bağımsız olarak incelenecek bu kapsamda nasıl bir doğaya sahip olduğu ve ne şekillerde var olabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonrasında ise yolsuzluğun tarih boyunca ne gibi görünümlere sahip olduğuna ve bununla tarih boyunca nasıl mücadele edildiğine değinilecektir. Sonra ise yolsuzlukla mücadelenin günümüzde nasıl gerçekleştiği ve ne gibi özellikler arz ettiği incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde önce milletlerarası yatırım tahkimi rejimi kısaca incelenektir sonrasında ise milletlerarası yatırım hukukunun kurallarının temel kaynağı olan milletlerarası yatırım tahkimi içtihadı incelenecektir. Bu doğrultuda yolsuzluğun sonucu doğrudan etkilediği iki (2), yolsuzluğun sonucu doğrudan etkilemediği sekiz (8) ve yolsuzlukla doğrudan alakalı olmamakla birlikte ortaya koyduğu kaidelerle milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğa ilişkin kuralları etkileyen üç (3) yani toplamda on üç (13) karar incelenecektir. Söz konusu kararlar incelenirken her kararda dava konusu maddi vakıalar incelenecek, sonrasında yolsuzluk veya benzeri hukuka aykırılık iddiaları açıklanacak ve son olarak hakem heyetlerinin konu ile alakalı ortaya koydukları kurallara ve yaptıkları çıkarımlara yer verilecektir.

İçtihat incelendikten sonra ise milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğa ilişkin olarak içtihatla fark edilen temel altı eğilimden bahsedilecektir.

Son bölümde ise milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğun ortaya çıkarmış olduğu ve içtihatla değinilmiş olan sorunlar ortaya koyulacak ve bunlara ilişkin çözüm önerilerinden bahsedilmeye çalışılacaktır.

Tez kapsamında yolsuzluğun bir şekilde dahil olduğu tüm milletlerarası yatırım tahkimi kararları incelemeye alınmamış sonuca doğrudan etkisi olmasa bile yolsuzlukla alakalı milletlerarası yatırım hukukunun farklı bir kuralının görülebileceği kararların incelenmesi yoluna gidilmiştir.

Tez kapsamında yolsuzluğun milletlerarası yatırım hukukunda ne gibi özelliklere sahip olduğu ve milletlerarası yatırım tahkiminde görev alan hakemlerin yolsuzlukla karşılaştıkları zaman nasıl hükümler verdikleri ile ne gibi zorluklarla mücadele etmek zorunda kaldıkları sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM: YOLSUZLUK NEDİR?

1. TANIM

Yolsuzluk kavramı doğası gereği sadece hukukçuların ilgi alanına girmemekte, ekonomistler, felsefeciler ve hukukçular yolsuzluk konusuna eşit derecede ilgi duymaktadırlar. Yolsuzluğun hukuki tanımına geçmeden önce kısaca felsefi ve ahlaki olarak bu kavramın incelenmesi, söz konusu kavramın sınırlarının çizilmesinin ve algılanmasının neden güç olduğunun anlaşılması için önemlidir.

Yolsuzluk, doğası gereği, felsefi ve ahlaki manada tanımlanması ziyadesiyle zor bir olgudur; insanlar yolsuzluk dendiği zaman içgüdüsel olarak bunun ne olduğunu anlamakta sıkıntı çekmese de bunu açık bir şekilde tanımlamaları istendiği zaman sıkıntı yaşamaktadırlar.¹

Yolsuzluk ile alakalı pek çok eser yazılmış ise de yolsuzluğun felsefi manada ne olduğunun anlaşılması için yeterli çalışma yapılmamıştır.² Bu kapsamda, son zamanda yapılan felsefi çalışmalarda, yolsuzluk kamu görevlisinin eşitlik ilkesinden ayrılması ve bu şekilde hareket etmesi şeklinde tanımlanmıştır; yolsuzluğun temelinde eşitlik ilkesinden ayrılmayı öngörenlerin öncülerinden olan Bo Rothstein, insanların yolsuzluk olarak gördüğü, kayırmacılık, iltimasçılık, fark gözetme, himayecilik ve patronaj, nepotizm gibi tüm olguların temelinde eşitlik ilkesine aykırı davranmanın bulunduğunu savunmaktadır.³ Her ne kadar yolsuzluğun temeline eşitlik ilkesinden ayrılmanın konması mantıklı ve eldeki sorunu çözer gibi dursa da bu bakış açısına eleştiri olarak söz konusu kamu görevlisinin herkese eşit ölçüde yolsuz davranması ve herkesten işleri hızlandırma amacıyla aynı miktarda ödeme talep etmesi halinde eşitlik ilkesinden ayrılmadan da yolsuz hareket edebileceği savunulmuştur.⁴

Ayrıca Divan-ü Lügati't Türk'te yolsuz kelimesi "*yolunu azıtan kimse*"⁵ olarak tanımlanmıştır; hakikaten yolsuzluk felsefi olarak, takip edilmesi gereken yoldan kişinin

¹ Aloysius P. Llamazon, **Corruption in International Investment Arbitration**, Oxford University Press, 2014, s.19

² Robert Alan Spalding, "Impartiality and the Definition of Corruption", **Political Studies Journal**, Volume 66 Issue 2, Sage Publication Ltd. 2017 s. 376

³ Bo Rothstein, "What is the opposite of Corruption?", **Third World Quarterly**, Volume 35, Taylor and Francis Group, 2015 s.745

⁴ Spalding, s. 378

⁵ Mahmut Kaşgari, **Divanü Lügati't Türk 4. Cilt**, Azerbaycan Milli İlimler Akademisi Yayınları, 2006, s. 692

sapması şeklinde tanımlanabilir ancak burada tartışma konusu olacak husus takip edilmesi gereken yolun hangisi olduğudur. Kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin buyurduğuna uygun hareket etmek her ne kadar takip edilmesi gereken yol olarak gösterilebilirse de bu insan psikolojisini tam olarak yansıtmamaktadır zira birçok kamu görevlisine, ellerinde bulundurdıkları güçten faydalanmalarına rağmen toplum tarafından yolunu şaşırmış kişiler olarak bakılmamakta ve hatta bu kişilere yeniden kamu gücü emanet edilmektedir.

Görüldüğü üzere, yolsuzluk kavramının felsefi ve ahlaki olarak incelenmesi birçok tartışmaya gebe ancak bu tartışmaların çoğunluğunun yatırım tahkiminde yolsuzlukla fiili bir alakası bulunmamaktadır. Yatırım tahkimi bakımından önem arz eden doğal olarak yolsuzluğun hukuki tanımlarıdır; bu noktada yolsuzlukla pratikte mücadele etmesi gereken hukukçular, günlük yaşamda yolsuzluğu tespit edebilmeleri ve bununla mücadele edebilmeleri için yeterince iyi olan tanımlarla çalışmakta ve konunun felsefi boyutuna fazla odaklanmamaktadırlar.⁶

Yolsuzluk Türk Dil Kurumu tarafından “*Bir görevi, bir yetkiyi kötüye kullanma*”⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Etimolojik olarak yolsuzluk ise yukarıda da değinildiği üzere yolunu azıtmış yahut şaşırmış kimsenin bulunduğu durum manasına gelmektedir. Yolsuzluk Avrupa dillerinin ekseriyetinde Latince bir şeyi kırmak, viran etmek manasına gelen “*Corruptere*”⁸ fiilinden türeyen “*Corruption*” kelimesinin varyasyonları ile adlandırılmaktadır.

Yolsuzluğun yatırım tahkiminde yol gösterici olacak birçok tanımı, ekonomik ve hukuki yüzleri birbirinden ayıramaz nitelikte olduğu için hem hukukçular tarafından hem de ekonomistler tarafından ortaya atılmıştır. Bunların arasında en etkili ve kısa olanı Transparency International isimli sivil toplum kuruluşuna ait olan “*yolsuzluk emanet edilmiş gücün kişisel faydalar için kullanılmasıdır*”⁹ tanımıdır. Bazı yazarlar, bu tanıma ek olarak yolsuzluğun gerçekleşmiş olması için bir kuralın ihlal edilmiş olmasının zorunlu olduğunu ve bir kuralın

⁶ Spalding, s. 376

⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&xarama=gts&guid=TDK.GTS.5c82e7321312d4.06162202, Erişim Tarihi: 02.03.2019

⁸ **Collins Latin Dictionary**, HarperCollins Publishers, 1996, s.87

⁹ Susan Rose-Ackerman/ Bonnie J. Pafilka, **Corruption and Government**, Cambridge University Press, 2016, s.9

ihlal edilmesinin yolsuzluğun temelini oluşturduğunu savunmuş¹⁰ dolayısıyla yolsuzluğu “*bir bürokrat yahut seçilmiş tarafından şahsi menfaat amacıyla bir kuralın çiğnenmesi*”¹¹ şeklinde tanımlamışlardır.

Yolsuzluk kapsamında elde edilen şahsi menfaatin birçok farklı şekilde görünebileceği kabul edilmektedir; bu noktada söz konusu menfaatin illa nakit bir para olarak görünmeyeceği bunun yanı sıra tatil hediyeleri, münasebetsiz konukseverlik, cinsel ilişki içeren servisler yahut kişinin kendisinin veya bir yakının şartlarını sağlamamasına rağmen bir okula kabul edilmesi şeklinde de görülebileceği ifade edilmektedir.¹²

Yabancı doktrinde yolsuzluk kısaca, “*kamuya yahut üçüncü kişiye ait bir gücün kötüye kullanılması*”¹³ şeklinde tanımlanmıştır.

Hukukçular tarafından yolsuzluğun tespit edilip cezalandırılabilmesi için ellerindeki tanımın maddi olayların karmaşık ve alışılmışın dışında gerçekliğinin tamamını kolayca kapsayacak genişlikte ve soyutlukta olması çok önemlidir. Ancak yolsuzluğun yukarıda da değinildiği üzere birçok açıdan birçok farklı tanımı ortaya konmuştur ve bunların muhtevası konusunda tam anlamıyla bir mutabakata da ulaşılmış değildir. Bu sebeplerle yolsuzluğun bir tanımının seçilmesi ve bu tanım üzerinden çalışılması icap etmektedir; bu noktada yatırım tahkimi bakımından en etkili yolsuzluk tanımı “*kasıtlı olarak, kişisel taleplerin faydasına ancak toplumsal ihtiyaçların zararına olacak şekilde, bir kuralın uygulanması yahut uygulanmasından vazgeçilmesidir.*”¹⁴ şeklindedir.

2. YOLSUZLUĞUN TEMEL GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Yolsuzluğun birçok temel görünüm biçimleri vardır ve bunlar doğaları gereği farklı sektörlerde farklı sıklıkta meydana gelmektedirler. Örneğin madencilik sektöründe yolsuzluk

¹⁰ Abhijit Banerjee/ Rema Hanna/ Sendhil Mullainathan, **Corruption**, MIT Department of Economics Working Paper No.12-08, s.5

¹¹ A.g.e, s.6

¹² Adam Graycar, “Corruption: Classification and Analysis”, **Policy and Society**, Volume 34, 2015, s.90

¹³ Llamazon, s.19

¹⁴ A.g.e., s.22

ekseriyetle varlığını gösterirken; sağlık sektöründe nepotizm kendisini diğer sektörlerde olduğundan daha belirgin olarak ortaya koymaktadır.¹⁵

Ayrıca bir toplumda yahut sektörde yolsuzluğun hangi şekilde zuhur edeceği söz konusu toplumun kültürü ve ekonomik kalkınmasının hangi seviyede olduğuyula doğrudan alakalıdır; zengin bir ülkede rüşvet gündelik yaşamın bir parçası olabilirken fakir bir ülkede rüşvet yolsuzluğun yaygın görünüm biçimi olamayacaktır.¹⁶

Yolsuzluğun görünüm biçimleri incelenirken dünyanın her yerinde her daim bir şekilde varlığını sürdüren ve yatırım tahkimi davalarının kahir ekseriyetinin konusu oluşturan rüşvet ve irtikap özellikle incelenmesi, diğer görünüm biçimlerinden de kısaca bahsedilmesi faydalı olacaktır.

2.1. Rüşvet

Türk Hukukunda “*rüşvet*” bir kamu görevlisi ile başka herhangi bir kişi arasında gerçekleşen ve kamu görevlisinin görev alanına giren bir işin yapılması yahut yapılmaması için bir uzlaşma çerçevesinde haksız bir yararın kamu görevlisi tarafından kabul edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷ Bu kapsamda rüşvetin üç unsuru ortaya çıkmaktadır: Öncelikle rüşveti alan kişinin bir kamu görevlisi olması icap etmektedir; İkinci olarak söz konusu kamu görevlisinin görevi ile alakalı olarak anlaşılmış bir hareketi ifa etmesi gerekmektedir; Son olarak haksız yararın kamu görevlisinin kendisince yahut kendisinin isteğine uygun olarak başkasınca kabul edilmesidir.

Bir kamu görevlisi ile vatandaş arasında bir miktar paranın el değiştirmesinin rüşvet olarak adlandırılabilmesi için gerekli olan en önemli husus taraflar arasında “*quid pro quo*” bir ilişkinin bulunmasıdır; kişinin vermiş olduğu para karşılığında kamu görevlisinin arzu ettiği şekilde hareket etmesini beklemesi gerekir.¹⁸

¹⁵ Graycar, s.4

¹⁶ A.g.e, s.2

¹⁷ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Kitabevi, 2014, s.943

¹⁸ Peter J. Henning/ Lee J. Radek, **The Prosecution and Defense of Public Corruption**, Oxford University Press, 2011, s.38

Elbette rüşvetin tanımının ne olduğunun incelenmesi sırasında yolsuzlukla mücadele amacıyla akdedilmiş milletlerarası antlaşmalardaki tanımlar da özellikle yol gösterici olacaktır. OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi kapsamında rüşvet “ *haksız bir bedelin yahut başka bir faydanın, doğrudan yahut aracılar vasıtasıyla, yabancı bir kamu görevlisine, bu kamu görevlisinin yahut üçüncü bir kişinin adına, bu kamu görevlisinin bir işlemi gerçekleştirmesi yahut görevlerini yerine getirmekten imtina etmesi için ve bir ticari işi gerçekleştirmek korumak yahut milletlerarası ticari faaliyetleri kapsamında rabıtasız bir avantaj elde etmek için kasten teklif edilmesi, söz verilmesi yahut verilmesi*”¹⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

Rüşvet, yolsuzluğun görünüm biçimleri arasında ilk bakışta en kolay tespit edilebilen hâlidir hatta birçok çalışma kapsamında bu iki olgu neredeyse birbirlerinin özdeşi olarak algılanmıştır oysa rüşvet yolsuzluğun özel bir görünüm biçimi olarak daha spesifik bir durumu ifade etmektedir.²⁰

Rüşvet alelade vatandaşların en çok iştigal ettikleri yolsuzluk biçimidir; birçok vatandaş trafik kontrollerinden cezasız kurtulmak için, birtakım vergi ve harçlardan sıyrılmak yahut kamu hizmetinden kolaylıkla faydalanmak için rüşvet ödemekten çekinmemektedir.²¹

Rüşvet yolsuzluğun görünüm biçimleri arasındaki en belirgin özelliği belki de gönüllülük esasına dayalı olarak meydana geliyor oluşudur.²² Taraflar rüşvet kapsamında yolsuz şekilde hareket etme hususunda anlaşılarken iradeleri bir hile yahut ikrah ile sakatlanmamaktadır.

2.2. İrtikâp

İrtikâp, bir kamu görevlisi tarafından görevini yerine getirmek veya bir kuralı çiğnemek için, “*sine qua non*” oluşturacak şekilde bir tehdit ile haksız bir faydanın talep edilmesidir.²³

¹⁹ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art.1.1, s.7 https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf Erişim Tarihi: 10.03.2019

²⁰ Llamazon, s.20

²¹ Rose-Ackerman/ Pafilka, s.11

²² Llamazon, s.21

²³ Rose-Ackerman/ Pafilka, s.8

İrtikâpta rüşvetten farklı olarak bedeli ödeyen kişi bu bedeli haksız bir avantaj elde etmek için değil aksine herkes ile aynı muameleyi görmek için ödemektedir.²⁴ Ayrıca rüşvette parayı ödeyen kişi, parayı teklif eden kişi konumunda bulunduğu için aktif bir rol üstlenirken; irtikâpta kamu görevlisi parayı talep eden konumunda olduğu için aktif rolü üstlenmektedir.

İrtikâp hem şirketlerin hem de alelade vatandaşın karşısına en çok kolaylaştırma ödemeleri (*facilitation payments*) şeklinde çıkmaktadır.²⁵ Yurtdışında, *hız parası*, *çay parası*, *demokratik yolsuzluk*, *makine yağı parası* (idari makineyi hızlı çalışması için yağlama parası) şeklinde de adlandırılan kolaylaştırma ödemeleri “*kamu görevlilerine, sıradan ve takdir yetkisine bağlı olmayan hizmetleri sunmaları için yapılan ödemeler*” şeklinde tanımlanabilir.²⁶

İrtikâbın özel ve amiyane tabirle ehemmiyetsiz biçimi olan ve çok farklı biçimlerde zuhur edebilen ve tespit edilmesi ziyadesiyle zor olan kolaylaştırma ödemelerinin yolsuzluk olarak cezalandırılmasının gerekli olup olmadığı hususunda dahi milletlerarası bir *consensus* bulunmamaktadır; kolaylaştırma ödemelerine karşılık yaptırımlar yasaklamadan hukuken yahut fiilen izin verme arasındaki geniş bir yelpazede yer almaktadır.²⁷

İngiliz ve Amerikan Hukukunda irtikabın gerçekleşmesi için kamu görevlisi tarafından açık bir tehdit bulunması gerekliliği yoktur; bunun yerine kişinin görevini ifa ederken sahip olduğu üstün pozisyona dayanarak imalarda bulunması dahi irtikabın gerçekleşmesi için yeterli kabul edilmektedir.²⁸

2.3. Yolsuzluğun Diğer Görünüş Biçimleri

Yolsuzluk daha önce de değindiğimiz üzere pek çok biçimde varlığını gösterebilen ve sürdürebilen bir olgudur, buna bağlı olarak her ne kadar en çok rastlanan temel iki görünüm biçimi bulunsa da bunlardan farklı görünüm biçimleri de vardır. Bunların da kısaca incelenmesi

²⁴ Llamazon, s.21

²⁵ A.g.e

²⁶ Antonio Argandoña, Petty Corruption – Facilitating Payments and Grease Money, **The Handbook of Business and Corruption**, Published Online, 2017, s.50

²⁷ Argandoña, s.57

²⁸ Susan Rose-Ackerman, The Law and Economics of Bribery and Extortion, **The Annual Review of Law and Social Science**, 2010, s.223

yolsuzluğun ne kadar farklı ve tespiti zor biçimler alabileceğinin anlaşılması için önem arz etmektedir.

“*Nepotism*”, kişinin bir makama liyakat esasına dayalı olarak değil sosyal, siyasal yahut ailevi bağlantıları aracılığıyla gelmesidir.²⁹ Nepotizm, çoğunlukla bencil duygularla veya faydacı yaklaşımlarla ortaya çıkmaz aksine çoğunlukla atamayı gerçekleştiren kamu görevlisinin bu hareketten doğrudan kişisel bir faydası yoktur.³⁰

“*Cronyism*”, kamu görevlisinin bir karar alırken kendisinin de içinde bulunduğu, bir etnisiteye, dine, parti mensubiyetine ve sair temellere dayanan, bir grubun üyelerini tercih etmesidir.³¹ Kronizm ile Nepotizm arasındaki temel fark, Kronizm’de gerçekleştirilen atamanın karşılığı ciddi şekilde beklenmekte, en baştan söz konusu işlem karşılıklılık esasına dayanarak yapılmaktadır.³²

Nüfuz Ticareti (“*Influence Peddling*”), idarenin ve hükümetin dışındaki bir kişinin idare yahut hükümet üzerindeki nüfuzunu ilgilenen üçüncü kişilere pazarlaması ve kullandırmasıdır.³³ Yatırım tahkimi davalarında yolsuzluk iddiasına konu olan para hareketinin hükümete yakın ancak hükümetin içerisinde olmayan kişiler üzerinden danışmanlık ücreti şeklinde gerçekleştirilmesinin olağandışı olmaması sebebiyle nüfuz ticareti yatırım tahkimi bakımından ayrıca önemlidir.

3. AMACINA GÖRE YOLSUZLUK TİPLERİ

Yolsuzluk, yazarlar ve uygulayıcılar tarafından arzu edilen sonucun hukuka uygun ve alışlagelmiş olması yahut hukuka aykırı ve olağandışı olması şeklinde ikiye ayrılmıştır; bu ayrımda istenilen sonucun herkese uygulanması icap eden ve herkese benzer şekilde uygulanan bir muamele olması halinde söz konusu yolsuzluğa muamele yolsuzluğu (“*transaction bribery*”), istenilen sonucun kamu görevlisi tarafından olağan durumlarda hareket edeceğinden

²⁹ Rose-Ackerman/ Pafilka, s.8

³⁰ Sarah Hudson / Cyrlene Claasen, “Nepotism and Cronyism as a Cultural Phenomenon?”, **The Handbook of Business and Corruption**, 2017, s.97

³¹ Rose-Ackerman/ Pafilka, s.8

³² Hudson/Claasen, s.98

³³ Rose-Ackerman/ Pafilka, s.9

değişik şekilde bir muamele olması halinde ise söz konusu yolsuzluğa sapma yolsuzluğu (“*variance bribery*”) denmiştir.³⁴

Bu açıklamalar ışığında, yolsuzluğun, ulaşılmak istenen amaca göre iki ayrı biçimi ortaya çıkmaktadır. Bunlar kamu görevlisinin olağan uygulamasını gerçekleştirmesi için yapılan yolsuzluk ve kamu görevlisinin olağan uygulamasından sapması için yapılan yolsuzluktur.

3.1. Kamu Görevlisinin Olağan Uygulamasını Yerine Getirmesi İçin Yapılan Yolsuzluk

Muamele yolsuzlukları, kamu görevlisinin gerçekleştirmesi icap eden olağan işlemini gerçekleştirmesini garanti altına almak yahut bu işlemleri hızlandırmak için gerçekleştirilen yolsuzluklardır.³⁵ Görüldüğü üzere, burada kamu görevlisinin olağan uygulamasını ifa etmesi beklenmektedir. Bu tip yolsuzluğa birçok şirket yolsuzluk olarak dahi bakmaktadır; işçileri tarafından bir avantaj elde etmek yahut bir sözleşmenin imzalanmasını garantiyi almak amacıyla bir menfaatin teklif edilmesi halinde söz konusu işçinin iş akdini sona erdirecek birçok şirket bu tip yolsuzluğa aldırış etmemektedir.³⁶

Bu tip yolsuzlukların özellikle ekonomik kalkınmasını gerçekleştirmemiş üçüncü dünya ülkelerinde düşük seviyeli kamu görevlileri ile gerçekleştirilmesinin hem içerideki elitlere dahil olmayan vatandaşların³⁷ hem de yabancı yatırımcıların³⁸ etkili ve ihtiyaçlarına uygun sürede kamu hizmetine ulaşmaları için vazgeçilmez olduğu bazı yazarlarca savunulmaktadır.

Buna karşın, her ne kadar bu tarz yolsuzluklar toplum tarafından, söz konusu el değiştiren bedellerin ufak oluşu ve kamu görevlisince takdir yetkisinin ciddi bir ihlali bulunmayışı sebebiyle önemsiz görülse de hem yolsuzluğun taraflarına hem de topluma ciddi zararlar vermektedir.³⁹ Ayrıca söz konusu yolsuzluklar kamu görevlilerini yolsuz hareket

³⁴ Llamazon, s.35

³⁵ A.g.e.

³⁶ A.g.e., s.36

³⁷ Joseph Samuel Nye, “Corruption and Political Development: A Cost Benefit Analysis”, **American Political and Science Review Volume 61**, 1967, s.420

³⁸ Llamazon, s.36

³⁹ Argandoña, s.67

etmeye alıştırmaları ile piyasaları belirsiz ve öngörülemez duruma soktukları uzun vadede özellikle çok zararlıdır.⁴⁰

3.2. Kamu Görevlisinin Olağan Uygulamasından Sapması İçin Yapılan Yolsuzluk

Sapma Yolsuzluğu, kamu görevlisi tarafından kuralın ve uygulamanın uygun ve beklenen şekilde tatbik edilmemesi amacıyla gerçekleştirilen yolsuzluklardır.⁴¹ Burada kamu görevlisinden beklenen hukuka aykırı bir işlem olabileceği gibi takdir yetkisini ödemeyi yapanın lehine olarak kullanması şeklinde kullanması da olabilir. Politikacıların sapma yolsuzluğundan faydalanabilmek için takdir yetkilerinin alanına giren konuları arttırmaya çalışmaları sık rastlanan bir fenomendir.⁴²

Yatırım tahkimi gibi büyük meblağların bulunduğu davalarda yolsuzluk ekseriyetle bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Sapma yolsuzluğunun tespit edilmesi, burada mevcut uygulamadan yahut kural uygulamasından bir ayrılık, değişiklik bulunduğundan daha kolaydır.⁴³

4. YOLSUZLUKLA MÜCADELENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yolsuzluk tarihsel süreç içerisinde durağan bir hal arz etmemiş, siyasi organizasyonlar ve devletler geliştikçe ve karmaşık yapılarla faaliyet göstermeye başladıkça yolsuzluk da değişmiş ve bu yapılara uygun görünüm kazanmıştır.

4.1 Antik Çağ'dan Günümüze

Yolsuzluk insanların organize olup, sosyal kurumlar oluşturmaya başlamaları ile birlikte insanlık tarihine giriş yapmıştır. Antik çağda dahi yolsuzluk medeniyetlerin temel sütunlarının altını oyan bir hastalık olarak yöneticilerin karşısına çıkmış, onları yolsuzlukla mücadele etmeye ve buna kaynak ayırmaya mecbur kılmıştır.

⁴⁰ Llamazon, s.37

⁴¹ A.g.e.

⁴² W. Michael Reisman, **Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms**, Free Press Publishing, 1979, s.78 (Aktaran: Llamazon, s.38)

⁴³ A.g.e., s.38

Antik çağın belki en büyük yolsuzluk skandalı Büyük İskender'in hazinedarı Harpalos'un hikayesidir. Harpalos, İskender'in hazinesinin yıllık gelirlerinin yarısıyla kaçıp, Atina şehir devleti yetkililerince yakalandığında, esrarengiz bir şekilde yargılamaya tabi tutulmadan hapisten kaçabilmiştir.⁴⁴ Bu kaçışın ardından gerçekleştirilen yargılamada ortaya çıkan sonuç demokrasinin beşiği olarak gösterilen Atina için korkunçtur: Meclis tarafından kovuşturmayı yürütmesi için görevlendirilen üye olan Demosthenes de dahil olmak üzere on kişi Harpalos'un kaçışına yardım etmek için elindeki gümüş ve altının yarısını almış ve aralarında paylaşmışlardır.

Yolsuzlukla suçlanan bu kişilerin yargılamasındaki birkaç nokta Antik Çağ'da yolsuzlukla mücadelenin doğasına ilişkin birçok hususu aydınlığa kavuşturacaktır. Öncelikle yargılamada iddia makamı Demosthenes'in politik rakibi olan Hyperides tarafından üstlenilmiştir; Hyperides yargılamayı bir politik "*perseküsyon*"a dönüştürmüş ve jüriyi etkilemek uğruna bir hukukçudan ziyade politikacı gibi davranmıştır. Burada ortaya çıkan ve yazarların da tespit ettiği ilk sonuç Antik Çağ'da yolsuzlukla mücadelenin politik elitler arasında bir mücadele aracı olarak kullanılmasıdır.⁴⁵ Demosthenes'in yargılamasında önem arz eden bir diğer husus jürinin kompozisyonudur; Atina'da gerçekleşen yargılamalarda kural olarak iki yüz bir (201) kişilik jüri oluşturulurdu, bu yargılamada ise daha da kalabalık bir jüri oluşturulmuştu.⁴⁶ Bu durum ise, jüriyi oluşturan kişilerin elitler değil yoksullar ile zanaatkarlar olması ve yargılananların politik elitin mensubu olmaları sebebiyle, yolsuzlukla mücadelenin antik dönemde "demos" tarafından elitler üzerindeki kontrolü sağlamak ile sosyal ve politik dengenin korunması için kullanıldığını göstermektedir.⁴⁷

Hastanelerden bankalara birçok modern kurumun doğuşunun gerçekleştiği bir dönem olan Orta Çağ, aynı zamanda bu gelişmelere bağlı olarak hem kamu görevlilerince hem de özel teşebbüslerde istihdam edilen kişilerce gücün kötüye kullanılmasını ve bununla mücadeledeki yetersizlik ile güçsüzlüğü içinde barındırmıştır.⁴⁸ Aynı zamanda Orta Çağ yolsuzlukla mücadelede, yolsuzluk gerçekleştikten sonra bunu cezalandırmaya yönelik politikaların

⁴⁴ Claire Taylor, "Corruption and Anticorruption in Democratic Athens", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018, s.21

⁴⁵ Taylor, s.32

⁴⁶ A.g.e., s.25

⁴⁷ A.g.e., s.31

⁴⁸ Ronald Kroeze, André Vitoria, G. Geltner, "Introduction", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018, s.8

ötesinde yolsuzluk gerçekleşmeden önleyici kurumların ve tedbirlerin de ortaya çıktığı dönemdir.

Orta Doğu'da Abbasiler'den Selçuklular'a kadarki dönemde yolsuzluğun hukuka aykırılığı kabul edilmiş ise de esas toplumun ve yöneticilerin öfkesini çeken büyük sorun ise toplanan vergilerin kamu görevlilerinin zimmetlerine geçmesiydi; rüşvet ve nepotizme karşı herhangi bir tepki bulunmuyordu.⁴⁹ Bu yolsuzlukla mücadele için başvuru mercileri oluşturulmuş, bu başvurular sonucunda suçlu bulunan görevlilerin mallarının müsaderesi ve kamu görevinden el çektirilmeleri öngörülmüş ve hatta vergi toplayıcılarını denetlemek için ayrı bir denetim ofisi(*divan al-zimâm*) kurulmuş ise de bunlar biraz dönemin şartlarından dolayı biraz da kamu gücünün kişisel kullanımı sebebiyle bir başarı kaydedememişlerdir.⁵⁰

Orta Çağ'da İngiltere'de toplumun özellikle iki kesiminin, yargıçların ve Kral'ın danışmanlarının, yolsuzlukları büyük tepki toplamaktaydı. Yargıçların yolsuzluğunun önüne geçmek amacıyla yargıçlara hediye verilmesi yasaklandı ve yargıçların herhangi bir soylunun maiyetine dahil olması ve buradan sürekli bir gelir elde etmesi yasaklandı.⁵¹ Kral'ın danışmanlarının toplanan vergilerin kullanılması noktasında yolsuz hareket etmeleri sebebiyle hükümet kurumsallaştırılmaya çalışıldıysa da dönemin şartları üst düzey yöneticiler ile Kral arasında bir güven ilişkisini zorunlu kıldığı için kurumsallaştırma hareketlerinin etkisi ancak uzun vadede görülebilmıştır ancak bu kurumsallaşmayla birlikte de Orta Çağ'ın yolsuz uygulamaları yerlerini Aydınlanma Çağı'nın uygulamalarına bırakmıştır.⁵² Söz konusu danışmanlara karşı kurumsal önleyici tedbirler alınamadığından bunlardan herhangi birinin yolsuzluğu ayyuka çıkarsa bu görevden uzaklaştırılır yerine yenisi atanırdı ancak yeni gelenin eskisi kadar yolsuz olmadığına hiçbir güvencesi bulunmamaktaydı; aynı bir *hydra*'nın bir kafasını kesmekle sadece yerine yenilerinin çıkmasına vesile olmak gibi bu üst düzey yolsuz kamu görevlileri ile mücadele hiçbir zaman yolsuzluğun kendisi ile değil artık katlanılamayacak düzeyde yolsuzluğa batmış olan görevlilerin henüz o kadar yolsuzluğa batmamış benzerleri ile değiştirilmesinden ibaretti.⁵³

⁴⁹ Maaïke van Berkel, "Fighting Corruption between Theory and Practise, The Land of the Euphrates and Tigris in Transition, Ninth to Eleventh Centuries", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018, s.75

⁵⁰ A.g.e., s.76

⁵¹ John Watts, "The Problem of the Personel, Tackling Corruption in Later Medieval England, 1250-1550", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018, s.98

⁵² A.g.e, s.101

⁵³ A.g.e, s.100

Yolsuzluğun görünümü Aydınlanma Çağı'nın sonunun gelmesi ve Fransız Devrimi'nin gerçekleşmesinden sonra önceki yüzyıllardakinden daha dar ve belirli bir görünüm almış ve yolsuzluğun günümüzde kullanılan tanımının temel unsurları bu erken modern dönemin başlangıcında belirlemiştir.⁵⁴ Yolsuzluğun görünümü rüşvet ve makamdan gayrimeşru fayda elde etme etrafında yoğunlaşmış eskinin yolsuzluk görünümleri bu yaygın görünüm karşısında yok olmuşlardır.⁵⁵

Antik Çağ'da cezalandırıcı, Orta Çağ'da önleyici ve kurumsallaşmaya çalışan bir görünüm alan yolsuzlukla mücadele Modern Çağ'ın başlamasıyla teorik ve ideolojik bir görünümü de almış ve sorunun temeline inilmeye çalışılmıştır. Bu dönemde yolsuzlukla mücadele yönünde atılan ilk adım kamu ve özel ayrımının keskinleştirilmesidir; yolsuzluğun temelindeki çatışma olan kişisel fayda ile kamu yararı arasındaki ilişkide kamu olgusu çok zayıf bir pozisyondaydı zira kamuyu kendisi de bir kişi olan ve vergileri kişisel ihtiyaçları için de kullanmakta olan monark temsil etmekteydi, bu şartlar altında kamu görevlilerinin kendi menfaatleri yerine monarkın menfaatlerini korumaları beklenemezdi.⁵⁶

Dolayısıyla bu dönemde yolsuzlukla mücadele amacıyla atılan her adım kamuyu temsil eden monarkın yerinin bir insan olmayan devletin almasını amaçlamıştır. Bu kapsamda atılan adımlar arasında, kamu hukuku ile özel hukukun birbirinden ayrılması, kamusal makamların satın alınmasının yasaklanması, monarkın kişisel gelirleri ile kamu bütçesinin birbirinden ayrılması gibi uygulamalar bulunmaktadır.⁵⁷ Bu tarz uygulamaların yaygınlaşması ile beraber kamu görevlileri monarkın bir ajanı olmaktan çıkıp devletin bir memuru konumuna gelmiş ve ulusun üstün yararı karşısında kendi kişisel menfaatlerini terk etmişlerdir.⁵⁸

Ulusun ortak üstün faydasının benimsenmesi ve kamu-özel ayrımının toplumda ve devlette oturması ile birlikte yolsuzluk her biçimi ile hem toplum nezdinde hukuka aykırı kabul edilmiş hem de ortaya çıkmaları halinde milli mahkemelerce cezalandırılmıştır. Yolsuzluk üzerine gerçekleşen tartışmalar bu gelişmelerin ve tekdüzeleşmiş yolsuzluk görünümünün

⁵⁴ Jens Ivo Engels, "Corruption and Anticorruption in the Era of Modernity and Beyond", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018, s.169

⁵⁵ A.g.e.

⁵⁶ A.g.e., s. 174

⁵⁷ A.g.e.

⁵⁸ A.g.e., s.175

ışığında küllenmiş ve uzun süre boyunca tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Bu durum 1970lerde FCPA ile yolsuzluğun post-modern görünümüne karşı mücadelenin başlaması ve 1990larda bu mücadelenin alevlenmesiyle değişmiştir.

4.2 Günümüz

Yolsuzluğun hukuka aykırı olduğu hususunda muasır hukuk sistemleri nezdinde herhangi bir şüphe çok uzun zamandır bulunmazken söz konusu fiiller yurtdışında işlendiği zaman aynı hukuk sistemleri aynı fiillere uzunca bir süre suç olarak bakmamıştır. Söz konusu muasır devletlerdeki gelip geçmiş birçok hükümet yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetleri vergilendirilebilir bir gelir elde etme uğruna yapılan masraf olarak gördükleri için bu meblağların vergi matrahlarından indirilmesi hususunda kolaylıklar sağlamış, bu durumu hukuka uygun kabul etmişlerdir.⁵⁹ Başta Fransa ve Almanya gibi Avrupa Birliği'nin lider ülkeleri de dahil olmak üzere birçok devlet yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetleri vergi matrahından indirilebilir gider olarak görmeye 20. yüzyılın sonlarına kadar devam etmişlerdir.⁶⁰

Uzunca bir süre tartışma konularından uzak olan yolsuzluk, yukarıda anlatılan muasır medeniyetlerin kendi ülkelerinde yolsuzluğu suç kabul edip ağır şekilde cezalandırmalarına karşın kendi vatandaşları aynı fiilleri az geliştirmiş, yabancı devletlerde gerçekleştirince bunu görmezden gelmeleri hatta buna bir takım kolaylıklar sağlamaları ve esasında daha önceleri yaygın görünüm biçimi vatandaşların kendi devletlerinin kamu görevlileri ile yolsuz ilişkiler içerisine girmesi iken, ikinci dünya savaşının sona ermesiyle ve milletlerarası yatırım hukukunun sağlam temeller üzerine oturmasıyla birlikte milletlerarası yatırımların sayısında büyük artış olması ve buna bağlı olarak yolsuzluğun küresel niteliği haiz görünümünün yaygınlaşması sonucunda yolsuzluğa ilişkin tartışmalar yeniden alevlenmiştir.⁶¹ Artık küresel bir görünüm almış olan yolsuzluk küresel bir misilleme gerekliliği doğurmuştur.⁶²

Yolsuzluğa karşı milletlerarası düzeyde ilk düzenleme 1969 yılında imzalanan Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun, devletleri, temsilcilerinin yolsuz olarak hareket

⁵⁹ Martine Milliet-Einbinder, "Writing Off Tax Deductibility", **The OECD Observer No.220**, 2000, s.38

⁶⁰ Llamazon, s.43

⁶¹ Engels, s.179

⁶² Huguette Labelle, "Anti-Corruption : Challenges and Trends", **The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges**, Cambridge University Press, 2010, s.101

etmeleri hâlinde bu temsilcilerce imzalanmış olan antlaşma ile bağlı olmamaya karar verebilmelerini sağlayan 50. madde hükmüdür.⁶³ Söz konusu hükmün andlaşmaların geçersizliği başlığı altında ayrı olarak düzenlenmesinin ardında zayıf devletlerin, ekonomik olarak kalkınmış ve güçlü devletlere karşı korunması fikri yatmaktadır.⁶⁴

Ancak milletlerarası düzeyde gerçek manada yolsuzlukla mücadele, milletlerarası işbirliği ile değil aksine Amerika Birleşik Devletleri'nin, Watergate Skandalı'nın ortaya çıkması ve bu kapsamda birçok Amerikan firmasının yabancı bağlantılarını kullanarak Başkan Nixon'un seçim kampanyasına yapılan illegal katkıları aklamaya çalışmaları üzerine tek taraflı olarak 1977 yılında çıkardığı “*Foreign Corrupt Practises Act*” (FCPA) ile başlamıştır.⁶⁵

FCPA'den sonra, Avrupa devletleri, şirketlerinin rekabetten geri kalmalarına sebebiyet vereceğine inandıklarından yolsuzlukla mücadele yolunda düzenlemeler yapmada ayak sürttükleri için yolsuzlukla mücadele amacıyla bir sonraki metnin çıkması yirmi (20) sene sürmüştür. OECD'ye üye ülkeler tarafından 1997 senesinde “*Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*” imzalanmıştır. Bundan sonra ise yolsuzlukla mücadele yolunda kapsamlı, milletlerarası toplumun üyelerinin tamamınca tartışılmış ve uygulanabilir sözleşme 2003 senesinde Birleşmiş Milletler nezdinde “*United Nations Convention Against Corruption*” ismiyle imzalanmıştır.

4.2.1. FCPA ve Kısılcım Etkisi

FCPA öncesinde Amerikan Birleşik Devletleri'nde de diğer birçok gelişmiş devlette de olduğu gibi yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetler vergiden düşülebiliyordu.⁶⁶ Ancak Watergate Skandalı sonrasında gerçekleşen soruşturmada en azından 400 Amerikan şirketinin dünyanın dört bir yanında yabancı kamu görevlilerine rüşvet verdiği ve benzeri yolsuz faaliyetlerle iştigal ettiği ortaya çıkınca şirketlerin yolsuzluklarının büyüklüğü ortaya çıkmış oldu.⁶⁷

⁶³ Llamazon, s.44

⁶⁴ Mark E. Villiger, **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s.624

⁶⁵ Llamazon, s.44

⁶⁶ Llamazon, s.45

⁶⁷ Arkady Bukh, “Criminalizing the Second Oldest Profession: Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)”, **Gaming Law Review and Economics Volume 19**, 2015, s.695

FCPA kapsamında yasaklanan fiiller geniş olarak “*yabancı bir kamu görevlisine, bir ticari işi elde etmek yahut elde tutmak için, bu görevli kamu adına karar verirken onu etkilemek amacıyla yolsuz bir şekilde bir ödemenin yapılması, teklif edilmesi, söz verilmesi yahut bir ödemenin yapılması için yetkilendirme yapılması*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁸ Buradaki geniş tanımlama 1998 senesinde OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu ile uyumlu hale gelmesi için değiştirilmiş ve daha önce değindiğimiz “*kolaylaştırma ödemeleri*” yasanın kapsamının dışına çıkarılmıştır.⁶⁹ FCPA kapsamından istisna edilmiş bir diğer durum ise fiilin milli güvenliği ilgilendiren bir konuda gerçekleştirilmiş olması ve bu fiilin hükümetin bir kurumu yahut ajanı tarafından onaylanmış olmasıdır.⁷⁰

FCPA her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri’nin federal bir yasası olması ve söz konusu yolsuz fiilin Amerika Birleşik Devletleri’ni etkilemesi zorunluluğu getirmesi sebebiyle ulusal bir nitelik taşısa da dünyadaki en büyük şirketlerin ya Amerikan şirketleri olmaları ya da ABD’de ticari faaliyet yürütmeleri sebebiyle milletlerarası etkiye sahiptir.⁷¹ FCPA başlangıçta çok az uygulama alanı bulması sebebiyle eleştirilmiş ise de günümüze yaklaştıkça uygulaması ziyadesiyle artmış 2009 ve 2010 yıllarında FCPA kapsamında kesilen cezalar ve uzlaşma paraları toplamda 2 milyar Amerikan dolarına ulaşmıştır.⁷²

Tüm bu olumlu durumlarla birlikte FCPA’nın uygulamasının en büyük sıkıntısı yolsuzluk suçunu işleyen şirketlerin neredeyse tamamının uzlaşarak davaları kapatması ve fiilleri karşısında para cezası dışında herhangi bir ceza almadan faaliyetlerine devam etmeleridir; FCPA’nın tarihinde sadece iki dosyada ceza yargılaması tamamlanmış ve uzlaşma yoluna gidilmemiştir.⁷³

4.2.2. OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu

OECD nezdinde yolsuzlukla mücadele yönünde adımlar atılmasının gerekliliği 1976 yılından beri tartışılmış bu doğrultuda OECD aynı yıl bir bildiri yayınlarak üye devletlerin

⁶⁸ Foreign Corrupt Practices Act, 15 U.S.C. sec. 78dd-1

⁶⁹ Llamazon, s.47

⁷⁰ FCPA, 15 U.S.C. sec. 78m(b)(3)

⁷¹ Llamazon, s.48

⁷² A.g.e.

⁷³ Editorial, “Bribery Abroad: A Tale of Two Laws”, **The Economist**, 17 Eylül 2011, <https://www.economist.com/business/2011/09/17/a-tale-of-two-laws> Erişim Tarihi: 25.03.2019

şirketlerini “herhangi bir rüşvet yahut başkaca uygunsuz avantajı, bir ticari işi elde etmek, elde tutmak yahut başkaca bir uygunsuz avantaj adına doğrudan yahut dolaylı olarak, teklif etmemeyi, söz vermemeyi, vermemeyi yahut talep etmemeyi”⁷⁴ tavsiye etmiştir. Aynı bildiri kapsamında politik kampanyalara hukuka aykırı şekilde bağış yapılmasına varıncaya kadar yolsuzluğun pek çok biçiminden uzak durulması tavsiye edilmiştir.

Bildiri 1976 tarihli FCPA’dan bile önce yayınlanmış ise de bağlayıcı olmak uzaktır. FCPA çıktıktan sonra Amerikan şirketleri kendilerini yolsuzlukla mücadeleye uyumlu hale getirmek zorunda kalmışken OECD üyesi pek çok Avrupa ülkesinde rüşvetler hala vergiden düşülüyor, bu da Amerikan şirketleri ile Avrupalı şirketler arasındaki rekabet dengesini Amerikalıların aleyhine bozuyordu. Dolayısıyla ABD OECD ülkelerini de kendisi gibi yolsuzlukla mücadele etmeye itmiş bu amaçla bir konvansiyon hazırlamalarını istemiş ise de söz konusu konvansiyon ancak FCPA’dan yirmi (20) sene sonra yürürlüğe girmiştir.⁷⁵

OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu (“Konvansiyon”) 1997 senesinde yürürlüğe girmiş ve temel olarak yabancı ülkelerde gerçekleştirilen yolsuzlukları şirketlerin kendi ülkelerinde yargılanabilir hale getirmeyi amaçlamıştır. Konvansiyon’da yolsuzluk “haksız bir bedelin yahut başka bir faydanın, doğrudan yahut aracılar vasıtasıyla, yabancı bir kamu görevlisine, bu kamu görevlisinin yahut üçüncü bir kişinin adına, bu kamu görevlisinin bir işlemi gerçekleştirmesi yahut görevlerini yerine getirmekten imtina etmesi için ve bir ticari işi gerçekleştirmek korumak yahut milletlerarası ticari faaliyetler kapsamında rabitasız bir avantaj elde etmek için kasten teklif edilmesi, söz verilmesi yahut verilmesi”⁷⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Konvansiyon tanımlanan bu yolsuzluğun taraf devletlerin tamamınca ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilir bir suç olarak kanunlaştırılmasını zorunlu kılmıştır.

Burada açıklığa kavuşturulması icap eden önemli bir konu küçük kolaylaştırma ödemelerinin durumudur, bu husus Konvansiyon’un metninde açıklığa kavuşturulmamış ise de bu tarz ödemelerin “bir ticari işi gerçekleştirmek, korumak yahut milletlerarası ticari faaliyetler kapsamında rabitasız bir avantaj elde etme” amacı şartını sağlamadıkları için

⁷⁴ OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (1976)

⁷⁵ Llamazon, s.50

⁷⁶ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art.1.1, s.7 https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf Erişim Tarihi: 10.03.2019

Konvansiyon'un uygulama alanına dahil olmadıkları ve cezalandırılabilir bir suç olmadıkları Konvansiyon'u müzakere eden komisyonca çıkarılan Şerh'te açıklığa kavuşturulmuştur.⁷⁷

Konvansiyon, yolsuzluğu bir suç olarak tanımlamayı zorunlu kılmış olmakla birlikte imzacı devletleri yolsuzluğa karşı idari ve medeni yaptırımlarla da cezalandırmaları hususunda sadece düşünmeye davet etmiştir.⁷⁸ Konvansiyonun bu tutumu karşısında imzacı tüm devletler yolsuzluğu suç haline getirmişken, yolsuzluğun idari ve medeni yaptırımlarla da cezalandırılması hususunda birçok imzacı devlet herhangi bir faaliyette bulunmamıştır. Oysa idari yaptırımların, cezai yaptırımlardan daha sert etki yaratabileceği; uzlaşma sonucunda ödenen para cezaları yerine yolsuzluk fiilin işleyen gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerinden geçici yahut kalıcı olarak men edilmelerinin yolsuzlukla mücadele kapsamında daha caydırıcı etkiye sahip olacağı pek çok yazar tarafından savunulmaktadır.⁷⁹

OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu, yolsuzlukla doğrudan mücadele etme yönünde herhangi bir kurum oluşturmadığı ve yolsuzlukla mücadelenin ulusal düzeyde gerçekleştirilebilmesi için taraf devletlere bir yükümlülük yüklediği için uygulamasının ne denli başarılı olduğu OECD'nin kendisinden bağımsız bir husustur. Konvansiyon'un rüşvet verme kabiliyeti ve fırsatı bulunan şirketlerin yöneticileri arasında ne kadar tanındığına dair Transparency International tarafından yapılan bir araştırmada 2700 kişinin yaklaşık yüzde yetmiş beşinin (%75) OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu'ndan habersiz olduğunu ortaya çıkarmıştır.⁸⁰

Görüldüğü üzere Konvansiyon kusursuz olma ve sorunu kökünden çözme noktasından uzaktır ancak tüm kusurlarına rağmen muasır devletler nezdinde yabancı kamu görevlileriyle gerçekleştirilen yolsuzluğun ulusal mahkemelerce cezalandırılabilir bir suç haline getirilmesi amacına büyük hizmetler sağlamış ve bu konuda gerçekten başarıya ulaşmıştır.

⁷⁷ Commentaries on the Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, §8, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/combatbribe2.pdf> Erişim Tarihi: 27.03.2019

⁷⁸ OECD Convention on Combatting Bribery, art.3.4

⁷⁹ Llamazon, s.52

⁸⁰ Labelle, s.109

4.2.3. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

Her ne kadar Birleşmiş Milletler'in yolsuzlukla mücadele amacıyla gerçekleştirdiği çalışmalar yeni olmasa da bu amaçla bağlayıcı bir antlaşma ortaya koyulması görece olarak yeni bir tarihte gerçekleşmiştir. Birleşmiş Milletler, 1975 yılında yolsuzluğu kınayan ve milletlerarası şirketlerin yolsuzluktan uzak durmasını telkin eden bir bildiri yayınlamış ise de bu bildirinin herhangi bir yaptırımını bulunmuyordu;⁸¹ buna bağlı olarak da etkililiği ziyadesiyle zayıftı. Söz konusu bildiride yolsuzluğu herhangi bir tanımını bulunmuyordu, sadece Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun rüşvet de dahil olmak üzere tüm yolsuz uygulamaları kınadığı belirtilmişti.⁸²

Birleşmiş Milletler'in yolsuzlukla etkin mücadeleye başlaması ise 2003 senesinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ("Sözleşme") ile olmuştur. OECD Konvansiyonu'na nazaran çok daha fazla tarafı bulunan Sözleşme ayrıca yolsuzluğu çok daha geniş bir kapsamda karşısına almıştır.⁸³ OECD Konvansiyonu'na ek olarak irtikap da özel sektörde gerçekleşen rüşvetler de yolsuzluk kapsamında görülmüştür.⁸⁴ Sözleşme hakikaten küresel ve hukuki manada bağlayıcı olması ve geniş katılımı ile imzacılarının ortak iradesiyle ortaya çıkmış olması sebebiyle yolsuzlukla mücadelede bir ilk teşkil etmektedir.⁸⁵

Sözleşme'de yolsuzluğun Nüfuz Ticareti, Zimmet, Suç Gelirlerinin Aklanması gibi birçok görünümünü tanımlanmıştır⁸⁶; ancak bu çalışma kapsamında en büyük önemi arz eden tanım Sözleşme'nin "yabancı kamu görevlilerinin ve uluslararası örgüt görevlilerinin rüşveti" başlıklı 16. Maddesinde ortaya konmuş olan tanımdır:

"Her Taraf Devlet, kasten işlenmesi halinde, uluslararası ticari işlemlerin yürütülmesinde iş ya da başka haksız menfaat elde etmek yahut sürdürmek amacıyla, yabancı bir kamu görevlisi veya bir uluslararası örgüt görevlisine, resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir işlem yapması veya yapmaktan kaçınması için, kendisi

⁸¹ Birleşmiş Milletler 3514 No'lu Karar

⁸² Birleşmiş Milletler 3514 No'lu Karar, art.1

⁸³ Llamazon, s.60

⁸⁴ A.g.e., s.61

⁸⁵ Antonio Argandoña, "The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies" **Journal of Business Ethics**", Volume 74, 2007, s.485

⁸⁶ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.17, art.18, art.23

ya da bir başka kişi yahut varlık lehine, doğrudan ya da dolaylı olarak, haksız bir menfaatin vâdedilmesini, teklif edilmesini veya sağlanmasını suç olarak düzenleyen yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır.”⁸⁷

Yukarıdaki tanımdan da görüldüğü üzere, müzakereler süresince yolsuzluğun “polyvalent” ve değişken doğası sebebiyle herhangi bir tanımının dahi Sözleşme metnine dahil edilmemesi savunulmuş olmasına rağmen, yolsuzluğun gayet kapsamlı ve kesin tanımları Sözleşme kapsamında ortaya konmuştur.⁸⁸

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, yolsuzlukla mücadelenin aktif kısmını sadece devletlerin üzerine bırakmamış yolsuzlukla mücadele için kurulacak kurumlar öngörmüş, devletler arasında sanıkların yakalanması ve iadesi, yolsuzluğa ilişkin delillerin toplanması, yolsuzluktan elde edilen gelirlerin yabancı bankalardan geri alınması için etkili yöntemler öngörmüştür.⁸⁹

Son olarak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kapsamında da yolsuzluğun idari ve medeni yaptırımlarının ne olacağı hususu bağlayıcı bir düzenlemeye konu olmamıştır. Sözleşme’nin yolsuz eylemlerin sonuçlarını düzenleyen hükmü yolsuzluğa medeni ve idari hukuk kapsamında ne gibi sonuçlar bağlayacakları hususunda geniş takdir yetkisi bırakmıştır.⁹⁰

5. MİLLETLERARASI DÜZEYDE YOLSUZLUKLA MÜCADELE

Milletlerarası toplum yolsuzlukla mücadele ederken belirli plan ve programlarla bunu gerçekleştirmiştir, bazı noktalarda arttırıp tahakküm kurmaya çalışırken bazı alanlarda bilinçli boşluklar bırakarak güvenli limanlar ve hareket alanları bırakmıştır. Milletlerarası toplumun yolsuzlukla mücadele konusundaki politikasının incelenmesi milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğun anlaşılması bakımından da önem arz etmektedir.

⁸⁷ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.16

⁸⁸ Antonio Argandoña, “The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies”, s.488

⁸⁹ Llamazon, s.61

⁹⁰ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.34

5.1. Yolsuzluğun Arz Tarafı: Milletlerarası Yolsuzlukla Mücadelenin Odak Noktası

Milletlerarası toplum yolsuzlukla mücadeleyi, yolsuz ve kemikleşmiş kamu görevlilerine karşı yürütmenin çok zor ve pratik olmaktan uzak olması sebebiyle yolsuzlukla mücadelenin hedefine yolsuzluğun arz tarafını oluşturan ve yolsuzlukla mücadele kurallarını uygulayabilecek kudrette devletlerin yargı yetkisi altında bulunan milletlerarası şirketlere karşı yürütme yolunu tercih etmiştir.⁹¹

OECD Konvansiyonu’nu hazırlayan komisyon, Konvansiyon kapsamında mücadele edilen yolsuzluğun, bazı ülkelerde “aktif yolsuzluk” olarak adlandırılan ödeme yapan yahut söz veren tarafın suçları olduğu hazırladığı şerhte açıkça belirtmiş; buna karşın “pasif yolsuzluk” adını verdikleri ödemeyi kabul eden kamu görevlisinin suçlarının Konvansiyon’un kapsamının dışında kaldığını ifade etmişlerdir.⁹²

Her ne kadar Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi yolsuzlukla mücadeleyi yeni bir seviyeye çıkarmayı ve yolsuzluğun tüm taraflarını hedef almayı amaçlamış olsa da yabancı kamu görevlileri ile girilen yolsuz ilişkileri düzenlediği 16. madde hükmünün ilk bendinde yolsuzluğun ödeme yapan yahut söz veren yani arz tarafının cezalandırmasını taraf devletlere zorunlu kılmışken aynı maddenin ikinci bendinde yolsuzluğun talep kısmını oluşturan kamu görevlilerinin cezalandırılması yönünde taraf devletleri sadece değerlendirmeye teşvik etmekle yetinmiştir.⁹³ Buna ek olarak Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi kapsamında devletlerin kendi hukuklarına uygun olarak yine kendi kamu görevlilerine Sözleşme kapsamındaki suçlara karşı bağışıklık sağlayabileceği hüküm altına alınmıştır.⁹⁴

Yolsuzluk doğası gereği iki tarafı olan bir suç iken Milletlerarası toplum yolsuzlukla mücadelede en etkili iki enstrümanında da yolsuzluğun özellikle arz tarafına odaklanmıştır. Milletlerarası toplumun yolsuzlukla mücadele yolunda kovuşturma ve cezalandırma yetkisini

⁹¹ Llamazon, s.67

⁹² Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, §1, https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf Erişim Tarihi: 27.03.2019

⁹³ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.16

⁹⁴ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.30

tamamen milli mahkemelere bırakmış olması, milletlerarası yahut milletlerüstü herhangi bir kovuşturma ve yargı merciinin kurulmasından ısrarla imtina etmesi biraz septik bir bakış açısıyla bakıldığında yolsuz kamu görevlilerine güvenli bir liman bırakılmak istendiğini düşündürmektedir.⁹⁵

Hakikaten yolsuzlukla mücadele ederken, yolsuz kamu görevlilerinin hedef alınması birçok probleme gebedir zira yolsuz kamu görevlisinin yine kendi ülkesinin başka bir kamu görevlisi tarafından yargılanacaktır, işte bu noktada milliyetçi duyguların ön plana çıkması söz konusu yolsuz kamu görevlisinin adil bir yargılamaya tabi tutulmasının ve ceza almasının önüne geçecektir. Ayrıca yolsuz bir kamu görevlisinin bulunduğu yerde ekseriyetle başka yolsuz kamu görevlileri de vardır zira yolsuzluk toplumda münferit şekilde görünmekten ziyade yaygın ve organize şekilde görünür; yolsuz faaliyetlerde bulunan idare ajanının yasamada ve yargıda yine kendisi gibi yolsuz ahabları, işbirlikçileri vardır, böyle bir yolsuzluk çetesinin çökertilmesi için ise milletlerarası bir sözleşmeden fazlası gerekir. Bütün bunlarla birlikte milletlerarası toplumun yolsuzluğun sadece arz tarafına odaklanması bütünüyle doğru değildir çünkü ekonomik gelişmemişliğin ardında temel olarak ellerinde kamu gücünü bulunduranların yolsuzluğu yatmaktadır.⁹⁶ Ve bu kamu görevlilerine karşı mücadele başlatılmadıkça yolsuzluğun sadece arz tarafının yok edilmesi yeterli olmayacak talep eninde sonunda kendisine yeni arzlar oluşturacaktır.

5.2. Yolsuzluğun Medeni ve İdari Yaptırımları Hususunda Bir Uzlaşa Bulunmamaktadır

Yabancı kamu görevlileri ile gerçekleştirilen yolsuzlukların cezai yaptırımlarının nasıl olması gerektiği hususunda Milletlerarası toplum nezdinde uzlaşya ulaşılmış ise de aynı şeyi yolsuzluğun medeni ve idari yaptırımları için söylemek mümkün değildir. Yolsuzluğu suç haline getirmek maalesef bu kadar kompleks bir problemin çözümü için yeterli bir tedbir değildir; yolsuzlukla elde edilmiş olan idari sözleşmelerin, ki söz konusu sözleşmeler alelade yerlerine hemen yenilerinin bulunabileceği sözleşmeler olabileceği gibi ekseriyetle olduğu üzere toplumun refahını etkileyebilecek büyüklükte altyapı çalışmalarını içeren ve yeri kolay kolay doldurulamayacak sözleşmeler de olabilir, işte bu sözleşmeleri akıbetinin ne olacağının

⁹⁵ Llamazon, s.69

⁹⁶ A.g.e.

belirlenmesi gerekmekte ancak Milletlerarası toplumta ve sözleşmelerde bu hususta bir uzlaşma bulunmamaktadır.⁹⁷

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi bu konuda bir hüküm tesis etmekten imtina etmiş aşağıdaki “Yolsuzluk Eylemlerinin Sonuçları” hükmüyle birlikte devletlere sadece yol göstermekle yetinmiştir:

“Üçüncü kişilerin iyi niyetli olarak kazanmış olduğu haklar dikkate alınmak suretiyle, her Taraf Devlet, iç hukukunun temel ilkelerine uygun biçimde, yolsuzluğun sonuçlarına ilişkin önlemler alacaktır. Bu bağlamda, Taraf Devletler, yolsuzluğu, bir sözleşmenin iptal veya feshedilmesi, bir imtiyaz ya da benzer bir vesikanın geri alınması yahut diğer telafi edici önlemlerin alınmasına ilişkin yasal işlemlerde ilgili bir etken olarak değerlendirebilirler.”⁹⁸

Görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler, devletlere yolsuzluğun medeni sonuçlarını belirlerken yolsuzluğu göz önünde bulundurmalarını telkin etmekle yetinmiştir.

Yolsuzluğun cezai yaptırımlarının belirlenmesi kadar medeni yaptırımlarının belirlenmesi de önemlidir zira bazen suçluyu medeni yaptırımlar cezai yaptırımlardan daha çok cezalandırır ve ıslah eder. Bu noktada yolsuzluğun medeni yaptırımını olarak tekdüze bir yöntem belirlenmesi bu sorunu sadece daha kötü bir hale getirecektir; ihdas edilecek yaptırımların rüşvet ile irtikap arasındaki yahut bir sapma yolsuzluğu ile basit bir kolaylaştırma ödemesi arasındaki farka uygun olarak düzenlenmesi icap etmektedir.⁹⁹ Bunun dışında, yolsuzlukla bağlantılı tüm sözleşmeleri kesin hükümsüz sayılması gibi genel geçer yaptırımlar ancak sorunu daha da çözümsüz hale getirecektir.

⁹⁷ A.g.e. s.70

⁹⁸ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, art.34

⁹⁹ Llamazon, s.71

İKİNCİ BÖLÜM: YOLSUZLUK VE YATIRIM TAHKİMİ

1. YATIRIM TAHKİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Milletlerarası ticari tahkim her ne kadar yüzlerce yıllık bir geçmişe sahip olsa da milletlerarası yatırım tahkiminin bu kadar eskiye giden bir mazisi bulunmamaktadır; Yatırım tahkiminin başlangıcı daha eskiye dayansa da, sıklıkla kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ortaya çıkması 1965 senesinde Dünya Bankası'nın riyasetinde resmi adıyla “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” nin (ICSID Konvansiyonu) imzalanması ve bu Sözleşme ile “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez’in (ICSID) kurulması ile olmuştur.¹⁰⁰

Yatırım tahkiminde yolsuzluk incelenmeden önce, yatırım tahkiminin birtakım temel özelliklerinden bahsetmek icap etmektedir, bu noktada bahsedilmesi gereken ilk husus yatırım tahkiminin hangi organlarca ve hangi kurallara bağlı olarak gerçekleştiğidir. Bu noktada elbette yukarıda değindiğimiz üzere milletlerarası yatırım tahkimi sisteminin merkezinde ICSID nezdinde tahkim bulunmaktadır ve buna bağlı olarak bu çalışma kapsamında da ICSID içtihadı kahir ekseriyete sahiptir ancak ICSID’e geçmeden önce incelenmesi gereken bir diğer, ikinci temel, yatırım tahkimi yöntemi bulunmaktadır.¹⁰¹ Birçok yatırım sözleşmesi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hem ICSID nezdinde tahkim yöntemini hem de Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Kuralları ile tahkim yöntemini taraflarına sunmaktadır.¹⁰²

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na bağlı bir yardımcı kurul olan UNCITRAL, dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşen herhangi bir türden bir ticari uyuşmazlığın çözümü için genel-geçer olmayı amaçlayan birtakım tahkim kurallarını kaleme almış ve bu kurallara “*UNCITRAL Tahkim Kuralları*” denmeye başlanmıştır. Bu kurallar doğrudan yatırım tahkimi için hazırlanmış kurallar değildir aksine tüm ticari tahkimlere uygulanmak üzere hazırlanmıştır buna rağmen birçok ikili yatırım antlaşması (BIT) bu kurallar kapsamında tahkim yoluyla

¹⁰⁰ Karl-Heinz Böckstiegel, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?”, *Arbitration International*, Vol.28, No.4, 2012, s.578

¹⁰¹ Llamazon, s.86

¹⁰² Judith Levine, “Navigating the Parallel Universe of Investor-State Arbitrations under the UNCITRAL Rules”, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, s.369

uyuşmazlıkların çözümünü taraflara sunduğu için bu kurallar kapsamında yatırım tahkimine rastlanmaktadır. Bununla birlikte UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında yatırım tahkiminde ekseriyetle taraflardan biri ya ICSID Konvansiyonu'na taraf olmayan, Hindistan yahut Meksika gibi, bir devlettir ya da bu ICSID Konvansiyonu'na taraf olamayan devletlerin vatandaşı olan yatırımcılardır.¹⁰³

UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında yatırım tahkimi tek bir merkezde gerçekleşmediği ve ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkimlerinin aksine kayıtları kamuya açık olmadığı için bu kurallar kapsamında ne kadar yatırım tahkimi gerçekleştiği net olarak bilinmemektedir.¹⁰⁴ Ancak 2010 senesinde Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Örgütü(UNCTAD) tarafından yayımlanan bir çalışma kapsamında bilinen yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının doksan birinin (91) UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında çözümlenmekte olduğu dolayısıyla tüm yatırım tahkimlerinin yaklaşık yüzde yirmi beşlik (%25) bir kısmının UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında yürütüldüğü tespit edilmiştir.¹⁰⁵ Benzer bir çalışma yine UNCTAD tarafından 2018 senesinde gerçekleştirilmiş ve 2017 senesinde başlatılan altmış beş (65) yatırım tahkiminin on iki (12) tanesinin UNCITRAL tahkim kuralları kapsamında gerçekleştiği görülmekte, dolayısıyla yüzde yirmi beşlik oranın korunduğu görülmektedir.¹⁰⁶

UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında gerçekleşen yatırım tahkimlerinin belki de en önemli özelliği davaların ve kararların kural olarak kamuya açık olmayışdır; UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 32(5) bendi uyarınca bu kurallar kapsamında gerçekleşen bir tahkim verilen bir kararın yayınlanması tarafların ortak rızasına bağlıdır.¹⁰⁷ Ancak bu durum UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında gerçekleşen tüm tahkimlerin ulaşılmaz ve kamuya kapalı olduğu sonucunu doğurmamalıdır.¹⁰⁸

¹⁰³ A.g.e., s.373

¹⁰⁴ Llamazon, s.87

¹⁰⁵ Levine, s.375

¹⁰⁶ Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf Erişim Tarihi: 01.04.2019

¹⁰⁷ Levine, s.379

¹⁰⁸ UNCITRAL Tahkim Kuralları 15(1) hükmü uyarınca hakemler “*amici curiae*” başvurularını kabule yetkilidirler dolayısıyla UNCTIRAL kapsamında gerçekleşen tahkimler de tam anlamıyla kamuya kapalı değildirler. Bu konuyla alakalı önemli bir karar bu çalışma kapsamında da yolsuzluk iddiaları bakımında incelenecek olan “*Methanex Co. V. United States of America*” kararında verilmiş uluslararası çevre örgütlerinin izleyici olarak tahkime katılmalarına müsaade eden karardır, söz konusu karar bu madde kapsamında bu yöndeki ilk karardır. İlgili karara buradaki linkten ulaşılabilir: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf Erişim Tarihi: 05.04.2019

Her ne kadar UNCITRAL Tahkim Kuralları ile gerçekleşen yatırım tahkimleri, toplamın yüzde yirmi beşini oluştursa da UNCITRAL kuralları kapsamında gerçekleşen tahkimler tek bir merkezde gerçekleşmediği, kararlar için merkezi bir kayıt sistemi bulunmadığı için ve ayrıca bu kararların yayınlanması zorunlu olmadığı hatta gizlilik içerisinde yürütülmeleri esas olduğu için UNCITRAL Tahkim Kuralları ile gerçekleşen yatırım tahkimi kararlarına ulaşmak ziyadesiyle zordur.¹⁰⁹ Bu sebeplerle bu çalışma kapsamında UNCITRAL Tahkim Kuralları ile gerçekleşen yatırım tahkimlerine yoğunlaşılammış, ICSID içtihadı esas alınarak yatırım tahkiminde yolsuzluk incelenmiştir dolayısıyla bundan sonra esas incelenmesi gereken ICSID nezdinde yatırım tahkiminin nasıl gerçekleştiğidir.

ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkimlerinin ilk ve belki de en bariz özelliği, herhangi bir uyuşmazlığın ICSID'in yargı yetkisine girmesi için söz konusu uyuşmazlığın ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devlet ile yine ICSID Konvansiyonu'na taraf başka bir devletin vatandaşı arasındaki, Konvansiyon kapsamında kabul edilen anlamıyla bir yatırımdan doğmasına bağlıdır.¹¹⁰ Konvansiyon kapsamında neyin yatırım kabul edileceği birçok tartışmaya konu olmuşsa da bu tartışmalara burada konudan sapmamak adına değinilmeyecektir. ICSID Konvansiyonu'nun ilgili hükmü aşağıdaki gibidir:

“Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır.”¹¹¹

ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkimlerinin bir diğer önemli özelliği burada verilen kararların taraf devletlerin kendi mahkemelerince verilen kesinleşmiş nihai karar olarak kabul edilmesidir; buna bağlı olarak ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkimleri sonucu ortaya çıkan kararların tanınması veya tenfizi milli mahkemelerden talep edildiğinde, mahkemeler bu kararların sadece gerçekliğini (*authenticity*) inceleyebilecektir buna karşın ne davanın ICSID'in yetki alanına girip girmediğini ne de davanın esasını veya ilgili kararın kamu

¹⁰⁹ Llamazon, s.87

¹¹⁰ Rudolph Dolzer / Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2008, s.223

¹¹¹ ICSID Konvansiyonu madde 25(1), <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?3781> Erişim Tarihi: 05.04.2019

düzenine uygunluğunu yahut adil olup olmayışını inceleyemeyecektir.¹¹² ICSID Konvansiyonu'nun ilgili hükmü aşağıdaki gibidir:

“Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Federal Anayasalı bir âkit ülke bu kararı Federal mahkemelerde yürütecek ve bu mahkemelerin karara Federe Devletin mahkemelerinin nihai bir kararı gibi yaklaşımlarını sağlayacaktır.”¹¹³

ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkiminin, verilen kararların milli mahkemelerce verilmiş nihai karar niteliğinde olması ile birbiri ile bağlantılı bir diğer özelliği kararların yeniden incelenmesi sisteminin kendi içerisinde barındırmasıdır. Bu kapsamda ICSID tarafından verilmiş bir karara karşı ancak yine ICSID Konvansiyonu madde 49-52 hükümlerine dayanarak yeniden inceleme talep edilebilir bunun dışında bir yeniden incelemeye gidilmesi yatırımcının vatandaşı olduğu devletin Konvansiyon kapsamındaki diplomatik koruma yoluyla vatandaşını korumasına haklı olarak yol açacaktır.¹¹⁴ ICSID nezdinde verilen karar için ICSID Konvansiyonu'nda öngörülmüş yeniden inceleme usulü dışında başka bir yola başvurulamayacağı Konvansiyon'un 53(1) madde hükmünde açıkça ifade edilmiştir:

“Karar, tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır.”¹¹⁵

ICSID nezdinde bir yatırım tahkimi gerçekleşirken taraf devletler Konvansiyonu'nun ihlal edildiği gerekçesiyle birbirlerine karşı devletler umumi hukuku kapsamında herhangi bir iddiada yahut hukuki eylemde bulunamazlar ancak yukarıda da bahsedildiği üzere eğer taraf devletler ICSID nezdinde verilmiş olan herhangi bir kararı uygulamaktan imtina eder yahut bu kararları kendi iç hukuk sistemlerinde yeniden incelemeye karar verirlerse artık taraf devletler ICSID Konvansiyonu 27. Maddesinde öngörülmüş olan diplomatik koruma yoluna başvurabilirler. Gücünü milletlerarası teamül hukukundan alan bir kurum olan diplomatik koruma, bir devletin kendi vatandaşının hakkını üstlenip başka bir devlete karşı kendi adıyla

¹¹² Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2009, s.1139

¹¹³ ICSID Konvansiyonu, madde 54(1)

¹¹⁴ Dolzer/Schreuer, s.224

¹¹⁵ ICSID Konvansiyonu, madde 53

takip etmesine denir.¹¹⁶ Elbette ICSID nezdinde gerçekleşen yatırım tahkiminin esas avantajı devletin diplomatik korumasına ihtiyaç duymadan yatırımcıların haklarını taraf devletlerden alabilmeleridir ancak bunun herhangi bir sebeple gerçekleşmemesi durumunda devletin diplomatik koruma gerçekleştirebiliyor olması ayrı bir güvence sağlamaktadır.¹¹⁷ Konvansiyon'un ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

*“Alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir Âkit Devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz.”*¹¹⁸

ICSID nezdinde gerçekleşen tahkimler tarafların işbirliğine ihtiyaç duymamaktadır, öncelikle hakemler taraflarca değil ICSID tarafından atanmaktadır, tarafların dilekçelerini sunmamaları yahut duruşmalara gelmemeleri süreci durdurmaz yahut sürecin sonunda çıkacak kararın bağlayıcılığını yahut tenfiz edilebilirliğini etkilemeyecektir.¹¹⁹

ICSID nezdinde yatırım tahkiminin nasıl gerçekleştiğinden genel olarak bahsettikten sonra değinilmesi gereken bir diğer önemli konu hakem heyetinin yargı yetkisini nereden aldığıdır. Yatırım tahkiminde hakem heyetleri yargı yetkilerini iki yerden alıyor olabilirler bunlar milletlerarası antlaşmalar yahut devletlerin yatırımcılarla imzalamış oldukları sözleşmelerdir. Bu kapsamda hakem heyetinin yargı yetkisini antlaşmalardan aldığı tahkimlere, antlaşmaya dayalı yatırımcı-devlet tahkimi (*“treaty based investor-State arbitration”*), sözleşmelerden aldığı tahkimlere ise sözleşmeye dayalı yatırımcı-devlet tahkimi (*“contract based investor-State arbitration”*) denmektedir.¹²⁰

Bu iki tip yatırım tahkimine doktrinde farklı isimler verilmiş, antlaşmaya dayalı yatırım tahkimine *“milletlerarası yatırım tahkimi”* (*“international investment arbitration”*)¹²¹, *“Doğrudan yatırımcı-Devlet tahkimi”* (*“Direct investor-State arbitration”*)¹²² ve son olarak

¹¹⁶ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s.415

¹¹⁷ A.g.e.

¹¹⁸ ICSID Konvansiyonu, madde 27(1)

¹¹⁹ Dolzer/Schreuer, s.223

¹²⁰ Llamazon, s.85

¹²¹ A.g.e.

¹²² Giorgio Sacerdoti, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Volume 19, 2004, s.7

“Nisbilikle bağı olmayan tahkim” (“*Arbitration without privity*”)¹²³ de denmekte iken; sözleşmeye dayalı yatırım tahkimine “milletlerarası ticari tahkim” (“*international commercial arbitration*”) de denmektedir.¹²⁴

Kural olarak tahkim tarafların rızasına bağı olan gerçekleşen bir süreçtir yani taraflardan biri tahkim yolunu başlatsa da bu yola başvurabilmesini karşı taraf ile aralarında çıkması muhtemel bir uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözeceklerine ilişkin anlaşmış olmalarına borçludur.¹²⁵ Sözleşmeye dayalı yatırım tahkimi yukarıdaki klasik sürece uygundur zira taraflar aralarındaki sözleşme kapsamında aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim vasıtasıyla çözeceklerini kararlaştırmışlardır oysa antlaşmaya dayalı yatırım tahkiminde taraflar arasında bir sözleşme bulunmasına gerek yoktur zira genellikle ev sahibi devlet ikili yatırım antlaşmasının karşı tarafında bulunan devletin vatandaşlarının tamamına açık bir tahkim icabını söz konusu antlaşma kapsamında ortaya koymuştur ve yatırımcı tahkim yoluna başvurduğunda bu tahkim icabını kabul etmiş sayılır ve tahkim başlar.¹²⁶

Her ne kadar milletlerarası ticari tahkim ile milletlerarası yatırım tahkimi arasında usul ve tahkime konu taraf kişiler bakımından birçok benzerlik bulunsa da bu iki tahkim yöntemi arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılığın varlığı NAFTA’ya dayalı olarak gerçekleşmiş bir yatırım tahkimi davası olan *Loewen v. United States* davasında aşağıdaki gibi ortaya konmuştur:

“Özel hukuk kapsamında dava hakkı nisbi borçlardan yahut hukuki ilişkilerden doğar ve iç hukuktan kaynağını alıp milli mahkemeler nezdinde takip edilir. Oysa NAFTA’dan doğan haklar devletler umumi hukukunun bir parçasından meydana gelir ve bambaşka bir doğaya sahiptir öyle ki antlaşma sayesinde devletlerin milletlerarası hukuktan doğan kendi vatandaşlarına karşı yapılmış yanlışlara karşı milletlerarası önlem ve aksiyon alma güçleri yerini ad hoc yanlışlar bakımından özel tazmin yöntemlerine bırakmıştır... .. Gerçekten özel milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözüm yöntemlerinin bazı yönleri NAFTA sistemine dahil edilmiştir... ve bu durum NAFTA tahkimi ile diğer büyük tahkim yöntemlerini benzer kılmaktadır. Ancak bu benzerlik yanıltıcıdır. Bu iki usul ve bu usullerle takip edilen hakların

¹²³ Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, **ICSID Review – Foreign Investment Journal**, Volume 10, 1995, s.1

¹²⁴ Llamazon s.85

¹²⁵ Paulsson, s.1

¹²⁶ Llamazon, s.89

ortak hiçbir yanı yoktur. Davacıların esasında vatandaşı bulundukları devletlere ait olan hakları kullanmaları kolaylığının sağlandığı bu sistemde özel hukuka ait kuralların milletlerarası hukuk sahasına aktarılacağına bir garantisi yoktur.”¹²⁷

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli konu ise uygulanan hukukun belirlenmesidir. Antlaşmaya dayalı yatırım tahkiminde tarafların dayandıkları antlaşmalar esas olarak birbirine çok benzer korumalar sağlamakta ve genellikle devletler umumi hukukunun kurallarının uygulanmasını mümkün kılmaktadır; buna karşın sözleşmeye dayalı yatırım tahkiminde hakemler taraflar arasındaki sözleşmenin rızaî doğasını da göz önüne alarak kendilerini sözleşmenin kendilerine tanıdığı yetkinin ötesine geçmemekte ve sözleşmede tespit edilmiş korumalar ile sözleşmeye uygulanmakta olan devletin hukukunu uygulamanın ötesine geçmemektedirler.¹²⁸

Her ne kadar, yukarıda da açıklandığı üzere, yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisini nereden aldığı önemli olsa da yolsuzlukla ilişkili yatırım tahkimlerinin sadece ikisinde (World Duty Free v. United States ve Tanesco v. IPTL) yatırım tahkimi sözleşmeye dayanmakta olduğu ve bu ikisinde de sözleşmeler ICSID Konvansiyonu’na atıf yaptığı, Konvansiyon da tarafların anlaşmadıkları hususlar bakımından milletlerarası hukukun uygulanmasını mümkün kıldığı için yatırım tahkiminde yolsuzluğun incelenmesi bakımından yatırım tahkiminin sözleşmeye yahut antlaşmaya dayanması büyük bir fark yaratmamaktadır.¹²⁹

Milletlerarası yolsuzlukla mücadele antlaşmalarının tamamının en büyük açmazları antlaşmalarda ortaya konmuş olan kuralların uygulanmasının milli mahkemelere ve kurumlara bırakılmış olmasıdır.¹³⁰ Bu antlaşmaların daha etkili olabilmesi “Milletlerarası Yolsuzlukla Mücadele Forumu” kurulması gibi çözümler önerilmiş ise de milletlerarası toplumun böyle bir denetim mekanizması kurma iradesi yoktur. Bu noktada mevcut milletlerarası mekanizmaların önemi daha da artmaktadır bunların arasında ise belki de en önemlisi yatırım tahkimidir.¹³¹ Hem vermiş olduğu kararların milli mahkemelerin denetimlerinden azade oluşu hem de milletlerarası hukukun temel prensiplerine dayanarak devletlerin yolsuzluk gibi milletlerarası kamu düzenine

¹²⁷ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Karar No. ARB(AF)/98/3 Karar, 26 Haziran 2003, § 233

¹²⁸ Llamazon s.90

¹²⁹ A.g.e., s.97

¹³⁰ A.g.e., s.81

¹³¹ A.g.e., s.82

aykırı hareketlerinin parasal olarak cezalandırılmasını mümkün kılması sebebiyle yatırım tahkimi yolsuzlukla mücadele bakımından gün geçtikçe daha fazla önem kazanacaktır.

2. YATIRIM TAHKİMİ İÇTİHADINDA YOLSUZLUK

2.1 Önemli Davalar

Bir önceki başlıkta yatırım tahkiminin temel özelliklerinden kısaca bahsedildi bu başlık altında ise artık bu çalışmanın esas konusunu oluşturan yatırım tahkiminde yolsuzluk konusu incelenecektir. Bu kapsamda toplam on beş dava incelenecek olup bu davaların önce genel olarak maddi vakıalarından bahsedilecek sonra söz konusu davalar kapsamındaki yolsuzluk iddiaları ve vakıaları incelenecek ve son olarak söz konusu davalardan yatırım tahkiminde yolsuzlukla alakalı hangi hukuki meseleler tartışılmış, hangi kurallar tesis edilmiş gibi hukuki çıkarımlar incelenecektir.

2.1.1. Yolsuzluğun Sonucu Etkilediği Davalar

2.1.1.1. World Duty Free Company Ltd v. Republic of Kenya (2006)

a. Maddi Vakıalar

27 Nisan 1989'da Kenya Cumhuriyeti, Nairobi ve Mombassa Uluslararası Havalimanları içerisinde duty-free kompleksleri kurulması, bakımı ve işletilmesi için “*House of Perfume*” isimli bir şirketle 10 yıllık bir kiralamayı ve yüklenici şirket tarafından, kira bedeli üzerinde tekrar görüşme ve anlaşmaya bağlı olarak bir 10 yıl daha bu kiralamanın uzatılması hakkını öngören bir sözleşmeyi imzalamıştır.¹³² 11 Mayıs 1990 tarihinde yüklenici şirket sözleşmede yapılan bir değişiklik ile Mann Adası'nda kurulmuş bir şirket olan “World Duty Free Company Limited” adlı işbu tahkime taraf olan şirketle yer değiştirmiştir.¹³³

Söz konusu World Duty Free ve House of Perfume şirketlerinin payları sözleşmenin imzalanması ve değiştirilmesi sırasında Al-Ghurair ailesine ait olsa da bu şirketler Bay Nasir

¹³² *World Duty Free Company Ltd. v. The Republic of Kenya*, ICSID Karar No. ARB/00/7, Karar, 4 Ekim 2006, §62

¹³³ *World Duty Free*, §63

İbrahim Ali tarafından yönetilmektedir ve 1991 senesinde Al-Ghurair ailesi bu şirketlerdeki payları Nasir İbrahim Ali'ye ve onun eşine devretmiştir.¹³⁴ Bu noktada davacı Nasir Ali, 1989 senesinin mart ayında, yani sözleşmenin imzalanmasının hemen öncesinde, kendisinden dönemin Kenya Cumhuriyeti Başkanı Mr. Daniel arap Moi'ya iki milyon dolar tutarında kişisel bir bağış yapmasının sözleşmenin elde edilmesi için ödenmesi gereken bedel kapsamında gerekli olduğu söylenmiştir.¹³⁵

Sözleşme imzalandıktan sonra davacı Nairobi ve Mombasa havalimanlarında duty-free komplekslerinin kurulması ve havalimanlarının yolcu tesislerinin renovasyonu ve geliştirilmesi için Nasir Ali tarafından yirmi yedi milyon (27.000.000) Amerikan doları tutarında yatırım gerçekleştirilmiş ve Nairobi havalimanından kurulan 1 ve 2 numaralı tesislerin açılışı Kenya Cumhuriyeti Başkanı ve Başkan Yardımcısının katılımıyla açılmıştır.¹³⁶

Davacının iddiasına göre 1992 senesinin Nisan ayına kadar işletmesini Kenya Cumhuriyeti'nin herhangi bir müdahalesi olmadan işletmiştir ancak bu durum Başkan Moi tarafından Nasir Ali'den seçim kampanyası için gerekli parayı elde etmesi için gerçekleştireceği yolsuz işlemlerde yardımcısı olan Kamlesh Pattni isimli şahsa yardım etmesini istemesiyle değişmiştir; Kamlesh Pattni, Goldberg International Ltd. isimli şirketi üzerinden sanki World Duty Free şirketine altın ve pırlanta ihraç etmiş gibi Nasir Ali'nin haberi ve rızası olmaksızın belgeler hazırlamış ve bu belgeleri Kenya Hazinesi'ne ve Kenya Merkez Bankası'na sunarak ihraç ettiğini iddia ettiği altın ve pırlantalar karşılığı dört yüz otuz sekiz milyon (438.000.000) Amerikan dolarını tahsil etmiştir.¹³⁷

IMF tarafından baskı kurulana kadar bu dolandırıcılığın üzerine, basında birçok kez bahsedilmiş olmasına gidilmemiş, ancak 1994 senesinde Kamlesh Pattni'nin de içinde bulunduğu pek çok kişi tutuklanmıştır.¹³⁸ Davacının iddiasına göre söz konusu dolandırıcılık davalarının başarıya ulaşması için gerekli delillerin yok edilmesi amacıyla Kenya Hükümeti tarafından World Duty Free şirketinin yönetimine, paylarına ve mallarına el konulması için düğmeye basılmış ve 24 Şubat 1998 tarihinde Kenya Yüksek Mahkemesi'nin kararı ile Kamlesh

¹³⁴ *World Duty Free*, §64

¹³⁵ *World Duty Free*, §66

¹³⁶ *World Duty Free*, §67

¹³⁷ *World Duty Free*, §68

¹³⁸ *World Duty Free*, §69

Pattni şirketin intifa hakkı sahibi olarak atanmış, şirkete kayyım atanmıştır.¹³⁹ Davacının iddiasına göre bu kayyım vasıtasıyla şirket kötü yönetilerek Nasir Ali'nin Kenya'daki tüm yatırımı ve malvarlığı yok edilmiştir.¹⁴⁰

Nasir Ali tarafından şirketine atanan kayyımın kaldırılması için yapılan başvurular sonuçsuz kalmış ancak Goldberg dolandırıcılık davasına gerekli delilleri yok etmeyi ve sunmamayı kabul ederse şirketine yapılan kayyım atamasının kaldırılacağı söylenmiş; Nasir Ali bunun yerine bir basın açıklaması yapınca tutuklanmış, sınır dışı edilmiş ve 2001 senesinde Kenya Yüksek Mahkemesi tarafından, Kamlesh Pattni, World Duty Free şirketinin maliki ilan edilmiştir.¹⁴¹

16 Haziran 2000 tarihinde World Duty Free Company Ltd. ICSID nezdinde yatırım tahkimini başlatmıştır.¹⁴² World Duty Free bu tahkimi başlatırken herhangi bir ikili yatırım antlaşmasına yahut başka herhangi bir çok uluslu yatırım antlaşmasına dayanmamış, Kenya Cumhuriyeti ile imzalamış olduğu sözleşmenin "Tahkim" başlıklı tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkları ICSID nezdinde bu ICSID'in usul kurallarına uygun olarak çözeceklerini ve aralarındaki uyuşmazlığa İngiliz Hukuku'nun uygulanacağını öngören 9. Madde hükmüne dayanmıştır.¹⁴³

b. Yolsuzluk İddiaları

Hakikaten Nasir Ali kendi ifadesinde kapsamlı bir şekilde iki milyon doların nasıl verildiğini anlatmış ve bu ifadeye hakem heyeti tarafından kararda aynen yer verilmiştir; bu ifadenin detaylarının incelenmesi yolsuzluğun nasıl gerçekleşebileceğinin detaylı bir örneği olması sebebiyle önemlidir, kısaca: Nasir Ali Dubai'de Kenyalı bir tacir olan Rashid Sajjad ile tanışmış ve ona parfüm işlerini büyütmek istediğinden bahsetmiş Kenya'da böyle bir yatırım yapmasında kendisine yardımcı olmasını istemiş bunun üzerine Rashid Sajjad Başkan Moi ile bir görüşme ayarlamış ve Ali'ye usul gereği bir yatırım yapmak için Başkan'a bir miktar bağışta bulunması gerektiğinden bahsetmiş ve söz konusu yatırımın büyüklüğü de göz önüne alınınca iki milyon dolarlık bir bağışın kafi geleceğini söylemiş ve bu tutarın kendi hesabına

¹³⁹ *World Duty Free*, §70

¹⁴⁰ *World Duty Free*, §71

¹⁴¹ *World Duty Free*, §72-73

¹⁴² *World Duty Free*, §4

¹⁴³ *World Duty Free*, §6

gönderilmesini istemiştir. Toplantı günü Sajjad söz konusu paranın beş yüz bin dolarlık kısmını bir çantaya koymuş ve toplantı için Nasir Ali ile Başkan'ın ofisine gitmişlerdir, burada Sajjad para dolu çantayı ofise girer girmez kapının eşiğine bırakmış ve toplantı bittikten sonra aynı çantayı içindeki paralar alınmış ve yerine taze mısır konmuş olarak alıp ofisi terk etmişlerdir.¹⁴⁴ Sajjad toplantıdan sonra çantaya mısır konmuş olmasının çok iyiye işaret olduğunu söylemiş ve Nasir Ali'ye “*Harambee*” isimli Kenya başkanlarına geleneksel olarak verilen bağışlara ilişkin birkaç gazete yazısı göstermiş ve yaptıklarının hukuka uygunluğu konusunda onu ikna etmiştir.¹⁴⁵

19 Mart 2003'te Kenya söz konusu sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ve bu sebeple davacının taleplerinin tamamının buna bağlı olarak reddedilmesi gerektiğini zira davacının kendisinin sözleşmeyi elde etmek için Başkan Moi'ya iki milyon Amerikan doları rüşvet verdiğini kabul ettiğini ve rüşvetle elde edilmiş bu sözleşmenin ne İngiliz hukukunda ne Kenya hukukunda ne de milletlerarası kamu düzeninde hukuken hiçbir gücünün bulunmadığını savunmuştur.¹⁴⁶

Kenya tarafından rüşvet iddialarına dayalı olarak davanın düşürülmesinin istenmesi üzerine Heyet davacının bu iddialar hakkındaki cevabını talep etmiş; davacı bu talebin kabul edilmemesi gerektiğini birçok sebeple savunmuştur:

Davacı öncelikle Nasir Ali'nin söylediklerinin bir rüşvet itirafı olarak kabul edilemeyeceğini savunmuş daha sonra rüşvet suçunun gerçekleşmesinin kusursuz sorumlulukla mümkün olmayacağını ancak kasıtlı bu suçun işlenebileceğini ve verilen paranın meşru olduğunu düşünen Nasir Ali'nin bu suçu işleyemeyeceğini ki söz konusu dönemde “*Harambee*” kültürünün yaygın ve köklü olduğunu dolayısıyla Ali'nin verilen parayı meşru zannetmesinin makul olduğunu savunmuştur.¹⁴⁷

Daha sonra davacı, iddia edilen rüşvetin tahkime konu sözleşmeye ilişkin olmadığını aksine bu sözleşmeden ayrı ve kronolojik olarak daha eski olan ve Rashid Sajjad ile Nasir Ali

¹⁴⁴ *World Duty Free*, §130

¹⁴⁵ *World Duty Free*, §131

¹⁴⁶ *World Duty Free*, §105

¹⁴⁷ *World Duty Free*, §110

arasında akdedilmiş, Başkan Moi ile bir görüşme ayarlanması karşılığı iki milyon doların verilmesini öngören bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁸

Ayrıca davacı kamu düzenine aykırılığın ICSID Konvansiyonu madde 53 kapsamında bir iptal sebebi olmadığını ve davanın düşürülmesinin ancak Kenya'nın kendi çok daha ağır hukuka aykırılıklarında faydalanması sonucunu doğuracağını ve İngiliz Hakkaniyet Hukuku kapsamında bir sözleşmenin iki tarafının da hukuka aykırı hareketlerde bulunması halinde daha az kusurlu olan tarafın iddialarının hukuka aykırılık iddiasıyla bertaraf edilemeyeceğinin bir kural olduğunu savunmuştur.¹⁴⁹

Bunlara ek olarak davacı Başkan Moi ve çalışma arkadaşlarının hareketlerinin Kenya Cumhuriyeti'nin eylemi sayılacağını dolayısıyla Kenya'nın sözleşme ilişkisine girerken iddia edilen rüşvetin verildiğinden haberdar olduğunu ve buna rağmen sözleşmesel ilişkiye girerek ve bu sözleşmeyi ifa etmeye başlayarak rüşvet iddiasıyla bu sözleşmeyi ifa etmeme hakkından çelişkili davranma yasağı kapsamında vazgeçtiğini savunmuştur.¹⁵⁰ Son olarak davacı rüşvetin milletlerarası kamu düzeni nezdinde yasaklanmasının ancak yakın zamanlardaki ortaya çıkan eğilimlerle gerçekleştiğini ve sözleşmenin imzalandığı tarih de göz önüne alındığında milletlerarası kamu düzeninin bu dava kapsamında *ratione temporis* sebebiyle uygulanamayacağını savunmuştur.¹⁵¹

c. Hukuki Çıkarımlar

Öncelikle Heyet rüşvete olduğu iddia edilen para transferinin gerçekleştiğini iki tarafın da bu vakıayı reddetmemesine dayanarak kabul etmiştir.¹⁵²

Bundan sonra Heyet'in ilk hükme bağladığı husus söz konusu para transferinin bir rüşvet mi olduğu yoksa kültürel olarak kabul gören meşru bir hediye mi olduğu hususudur. Davalı söz konusu para transferini rüşvet olarak nitelerken davalı aynı transferi Kenya kültüründe köklü bir gelenek olan ve toplumun üyelerinin güçleri yettiği takdirde kamu

¹⁴⁸ *World Duty Free*, §111

¹⁴⁹ *World Duty Free*, §113

¹⁵⁰ *World Duty Free*, §114

¹⁵¹ *World Duty Free*, §115

¹⁵² *World Duty Free*, §132

projelerini finanse etmeleri şeklinde işleyen “*Harambee*” sisteminin bir parçası olarak bu paranın verildiğini savunmuştur.¹⁵³

Heyet her ne kadar devlet başkanlarına gerçekleştirilen ziyaretlerde protokol icabı hediyelerin değiş tokuş edilmesinin olağan olduğunu ve “*Harambee*” kültürünün hakikaten sadece Kenya’da değil tüm Afrika’da eski bir gelenek olduğunu kabul etse de daha sonra bu “*Harambee*” ödemelerinin karşılıksız olarak kamu projelerine dolayısıyla toplumsal kalkınmaya katkıda bulunma amacından saptığını ve irtikapçı ve baskıcı kamu görevlilerince aldıkları rüşvetlerin gerçek doğalarını gizlemek için bir örtü olarak kullanıldığını tespit etmiştir.¹⁵⁴

Bu tespitlerden sonra Heyet Nasir Ali’nin kendi ifadesine atıfta bulunarak söz konusu ödemelerin şirket adına tekliflerinin ciddiye alınması için verildiğini ve Nasir Ali’nin bu paranın Kenya’da iş yapabilmek için ödenmek zorunda olduğunu düşünmesi gibi sebeplerle bu ödemelerin kamu hizmetinde kullanılmak üzere verilmiş bir hediye olmadığını ve söz konusu ödemelerin Başkan Moi ile görüşebilmek için değil bu görüşme sonunda Başkan Moi tarafından projelerine onay almak için verildiğine kanaat getirmiş dolayısıyla söz konusu ödemenin bir hediye olarak nitelenemeyeceğine ve rüşvet olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁵

Heyet rüşvetin varlığını tespiti tespit ettikten sonra bunun hukuki sonucunun ne olacağı konusunu incelemeye başlamış bunu yaparken de Kenya Cumhuriyeti’nin sözleşmenin hem milletlerarası kamu düzenine hem Kenya Hukukuna hem de İngiliz Hukukuna aykırı olduğu iddiasına uygun olarak bu sistemler altında rüşvetin hukuki sonucunun ne olduğunu incelemeye koyulmuştur.

Heyet öncelikle milletlerarası kamu düzenin ne olduğu üzerinde durmuştur, bu kapsamda milletlerarası kamu düzeninin iki anlamı olduğunu tespit etmiş; ilk manasının New York Konvansiyonu kapsamında bir tahkim kararının tanınmasının yahut tenfizinin reddedilmesi için bir sebep olarak kabul edilen milletlerarası kamu düzenine aykırılık hükmündeki manası olduğunu tespit etmiş ancak daha sonra buradaki manada kamu düzenin isminin tahmin ettirdiğinin aksine gerçekte milletlerarası nitelikte olmadığı aksine milli kamu

¹⁵³ *World Duty Free*, §133

¹⁵⁴ *World Duty Free*, §134

¹⁵⁵ *World Duty Free*, §135-136

düzeninin yabancı tahkim kararlarına uygulanmasından ibaret olduğu ve her devletin sübjektif bir milletlerarası kamu düzeni anlayışı olduğunu ortaya koymuştur.¹⁵⁶

Milletlerarası kamu düzeni tabiri bazen yukarıdakinden farklı bir anlamda, genel-geçer evrensel olarak kabul edilmiş ve her zaman uygulanması gereken kurallar üzerindeki milletlerarası konsensüs ifade etmek için kullanılır. Milletlerarası kamu düzeninin bu anlamdaki kullanımına uluslararası kamu düzeni (“*transnational public policy*”) veya gerçekten milletlerarası kamu düzeni (“*truly international public policy*”) denmektedir.¹⁵⁷

Heyet, milletlerarası kamu düzeninin bu ikinci anlamını ortaya koyduktan sonra, tüm hakem heyetlerinin hangi kuralların bu kapsamı girdiğini ve hangilerinin girmediğini tespit ederek çok dikkatli olmaları gerektiğini ve bu kapsamda varlığı kabul edecekleri kuralların objektif olarak var olduklarından emin olmaları gerektiğini ve bir kuralın gerçekten milletlerarası kamu düzeni kapsamında olduğunu tespit ederken milletlerarası antlaşmaların, mukayeseli hukukun ve tahkim kararlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵⁸

Bu açıklamalarına bağlı olarak Heyet yolsuzlukla mücadelenin milletlerarası antlaşmalardaki yerini incelemeye koyulmuş bu kapsamda önce 1989 tarihli Kenya Yolsuzluğun Önlenmesi Kanunu’nun varlığı tespit etmiş; daha sonra OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu’ndan bahsetmiş, bundan sonra Afrika Birliği’nin 2003 senesinde ortaya koyduğu Yolsuzluğu Önleme ve Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu’nun varlığına dikkat çekmiş; ve son olarak Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nden bahsederek milletlerarası antlaşmaların yolsuzlukla mücadele bakımından durumunu ortaya koymuştur.¹⁵⁹ Bu milletlerarası antlaşmaların varlığından yola çıkarak Heyet, milletlerarası topluluğu oluşturan devletlerin sadece milli vasıtaları ile değil milletlerarası yollarla da yolsuzlukla mücadele konusunda iradelerini ortaya koyduklarını tespit etmiş ve yolsuzlukla mücadelenin milletlerarası işbirliği ile yeni bir aşamaya ulaştığını tespit etmiştir.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *World Duty Free*, §138

¹⁵⁷ *World Duty Free*, §139

¹⁵⁸ *World Duty Free*, §141

¹⁵⁹ *World Duty Free*, §142-145

¹⁶⁰ *World Duty Free*, §146

Bundan sonra Heyet milli mahkemelerin ve hakem heyetlerinin içtihatlarında yolsuzlukla mücadelenin hangi durumda olduğunu incelemiş bu kapsamda bir Fransız İstinaf Mahkemesi kararı ile birçok ICC tahkimi kararına değinmiş ve yolsuzlukla mücadelenin içtihatlarıdaki yaygınlığına da dikkat çekmiştir.¹⁶¹ Bundan sonra Heyet maddi vakıalar ne olursa olsun yolsuzluğun ziyadesiyle yaygın olduğu ve yolsuz davranmadan iş yapmanın çok zor olduğu yerlerde dahi yolsuzluğa başvurulmasını kabul edilmediğini tespit etmiş dolayısıyla hem milli hem de milletlerarası düzeyde gerçekleştirilen yargılamalarda yolsuzluğun mahkum edildiğini tespit etmiştir.¹⁶²

Bu hususla bağlantılı olarak Heyet, “*Harambee*” gibi, verilmiş olan rüşvetin meşruluğu manasına gelecek şekilde hiçbir uygulamayı hukuka uygun olarak tanımayı kabul etmediğini ve bunun milletlerarası kamu düzeninin bir gereği olduğu açıkça ifade etmiştir.¹⁶³

Heyet milli mevzuatlar ile milletlerarası antlaşmaların yolsuzlukla mücadele noktasındaki varlığı ve yoğunluğu ile mahkemelerce ve hakem heyetlerince verilen kararların ışığında rüşvet vermenin uluslararası kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmış ve Heyet’in ne bir yolsuzluk sözleşmesine ne de yolsuzlukla elde edilmiş bir sözleşmeye dayalı hiçbir hakkı kabul edemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁴

Heyet sözleşmenin milletlerarası kamu düzenine göre sözleşmenin durumunu inceledikten sonra sözleşmenin İngiliz ve Kenya hukukuna göre durumunu incelemeye koyulmuştur. Heyet Kenya Hukuku’nda hüküm bulunmadığı hallerde İngiliz Hukuku’nun uygulanacağına ilişkin Kenya Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeden yola çıkarak hem Kenya Hukuku’nun hem de İngiliz Hukuku’nun sözleşmenin esasına etkili olduğunu tespit etmiştir.¹⁶⁵ Daha sonra Heyet iki temel sorunun çözülmesi gerektiğini tespit etmiştir; bunların ilki usule ilişkin olarak yolsuzluk sebebiyle mahkemeye erişim hakkının reddi hususu iken ikincisi esasa ilişkin olarak yolsuzluk sebebiyle sözleşmenin ifasından imtina hakkına ilişkindir.¹⁶⁶

¹⁶¹ *World Duty Free*, §147-155

¹⁶² *World Duty Free*, §156

¹⁶³ *World Duty Free*, §172

¹⁶⁴ *World Duty Free*, §157

¹⁶⁵ *World Duty Free*, §159

¹⁶⁶ *World Duty Free*, §160

Usule ilişkin olarak mahkemeye erişim hakkının olup olmadığını incelerken mahkeme İngiliz doktrinine atıf yapmış ve bu kapsamda Heyetin atıf yaptığı eserin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

*“Hukuka aykırılığın etkisi esasa değil usule etkilidir, davacının hukuka aykırı bir ilişkiyi icra etmesini engeller... .. her ne kadar hukuka aykırı sözleşmeler hukuki etkiden tamamen yoksun değillerse de “ex turpi causa” kuralı söz konusu sözleşmeye dayanarak bir eylemde bulunmayı engeller.”*¹⁶⁷

Heyet yukarıdaki açıklamaya dayanarak her ne kadar bir sözleşme hukuka aykırı dahi olsa sözleşmelerin birtakım etkileri olabileceğini kabul etse de böyle bir sözleşmeye dayanarak bir hak iddia edilmesinin ancak davacının kendi hukuka aykırılığına dayanmadan gerçekleşebiliyorsa mümkün olabileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁸

Heyet esas bakımından İngiliz Hukuku’nda gerçekleştirdiği inceleme kapsamında öncelikle bir sözleşmenin kesin hükümsüz olması ile iptal edilebilir olması arasında fark olduğunu tespit etmiş; daha sonra taraflardan birinin ajanının yahut temsilcisinin bir sözleşmeyi akdederken karşı tarafla yolsuz bir ilişkiye girmesi durumunda bu sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüz olmadığını, menfaati ihlal edilen tarafın sözleşmeye bağlı olmamayı seçebileceğini ancak bunun kendi takdir yetkisinde olduğu ayrıca yine aynı tarafın sözleşmenin ifasına başlamasının bu hakkından vazgeçmesi olarak algılanabileceğini ancak bunun sadece söz konusu tarafın bu durumu biliyor olmasına bağlı olduğunu tespit etmiştir.¹⁶⁹ Daha sonra Heyet Kenya Hukuku ile İngiliz Hukuku’nun söz konusu hususlar bakımından birbirleriyle uyumlu olduklarını tespit etmiştir.¹⁷⁰

Yukarıdaki açıklamalara dayanarak Heyet davacının yolsuzluğun kendi fiili olmadığı Nasir Ali’nin fiili olduğu bu sebeple bundan sorumlu tutulmaması gerektiği iddialarını, Nasir Ali’nin söz konusu şirketlerin esasında alter egoları olduğu ve dolayısıyla başından itibaren şirketlerin yolsuzluktan haberdar olmaları sebebiyle reddetmiş şirketin Nasir Ali’nin eylemlerinden korunmasını hukuka aykırı bulmuştur.¹⁷¹

¹⁶⁷ **Chitty on Contracts**, Volume 1, 32. Ed., Sweet & Maxwell, 2018, §16-015

¹⁶⁸ *World Duty Free*, §162

¹⁶⁹ *World Duty Free*, §163-164

¹⁷⁰ *World Duty Free*, §165

¹⁷¹ *World Duty Free*, §167-169

Bu hususu da çözümledikten sonra heyet Başkan Moi ve çalışma arkadaşlarının eylemlerinin Kenya Cumhuriyeti'ne atfedilip atfedilemeyeceğini ve buna bağlı olarak Kenya'nın çelişkili davranma yasağına aykırı davranıp davranmadığını incelemeye koyulmuştur. Heyet, gerçekleşen para transferinin gizlice verilmiş bir rüşvet olması sebebiyle Kenya'nın bundan haberi olamayacağını dolayısıyla hukuken de bu rüşvetten sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir zira bir sözleşme ilişkisine girmek için verilen bu para gizlice başkana verilmek yerine açıkça devlete verilmiş olsaydı bu hukuka aykırı bir ödeme olmayacağından bahisle bu rüşvetin alınmış olmasının Kenya Cumhuriyetini bağlamayacağını kabul etmiştir.¹⁷² Buna karşılık davacı Başkan Moi'nin Afrika'nın son "Büyük Baba" larından olduğunu aynı tek partili sistemi öngören Kenya Anayasası altında Louis XIV gibi devletin bizatihi kendisi olduğunu dolayısıyla tüm eylemlerinden Kenya'nın sorumlu tutulması gerektiğini savunmuşsa da Heyet Kenya Anayasası kapsamında Başkanlık makamının seçimle elde edilen bir makam olduğundan bahisle bu iddiaları, Başkan'ın yolsuzluk yaptığını kabul etmekle beraber, reddetmiştir.¹⁷³

Heyet, Başkan Moi ve çalışma arkadaşlarının eylemlerinden Kenya'yı bağışık tutarak, Kenya'nın yolsuzluğu bilerek sözleşmesel ilişkiye girmesinin ve sözleşmeyi ifa etmeye başlamasının çelişkili davranma yasağına aykırı olduğu yönündeki iddiayı daha önce de bahsettiğimiz üzere kişinin varlığını bilmediği bir haktan feragat etmesinin mümkün olmayacağından bahisle reddetmiştir.¹⁷⁴

Bundan sonra Heyet, davacının rüşvetin verildiği sözleşmenin görüşmeyi sağlamak amacıyla Rashid Sajjad ile yapılmış bir sözleşme olduğu ve dolayısıyla bir rüşvet varsa bile bunun yatırım sözleşmesinden ayrı bir sözleşmeye ilişkin olduğu iddiasını incelemiştir. Bu kapsamda Heyet burada birbirinden ayrı iki hukuki ilişkinin değil esasında toplamda tek bir hukuki ilişki oluşturacak nitelikte ilişkiler olduğundan ve aksi yönde bir kabulün tüm verilen rüşvetlerin esas sözleşmeden ayrılarak hiçbir ciddi hukuki sonucu doğurmayacağından bahisle bu iddiaları da reddetmiş rüşvet ilişkisi ile yatırım sözleşmesinin tek bir hukuki ilişkinin parçaları olarak kabul etmiştir.¹⁷⁵

¹⁷² *World Duty Free*, §169

¹⁷³ *World Duty Free*, §185

¹⁷⁴ *World Duty Free*, §164, §184-185

¹⁷⁵ *World Duty Free*, §174-175

Heyet, davacının İngiliz Hakkaniyet Hukuku kapsamında varlığını iddia ettiği daha az kusurlu olan tarafın sözleşmenin hukuka aykırılığı sebebiyle haklarından mahrum edilemeyeceği kuralını iki nedenle uygulamayı kabul etmemiştir. Öncelikle söz konusu kural İngiliz Hukuku'nda müstakar içtihat olan hukuka aykırı, illegal sözleşmelerin infazı kabil olmayışı kuralına aykırı henüz yeni yeni kendisine yer bulmaya çalışan bir kural olduğu ve ikinci olarak söz konusu kuralın taraflardan birinin kendi kastı dışında illegal ilişkiye girmesi durumunda uygulanacak bir kural olduğundan ve Nasir Ali kendi kastıyla ve özgür iradesiyle rüşvet vermiş bir şahıs olarak bu kural faydalanamayacağından bahisle, davacının bu ilkeye dayanarak hak talep etmesine müsaade etmemiştir.¹⁷⁶

Bütün bu açıklamalar ışığında Heyet, milletlerarası kamu düzeni ile İngiliz ve Kenya kamu düzenlerini de göz önüne de aldıktan sonra davacının hak iddialarının tamamını “*ex turpi causa non oritur actio*” ilkesine dayanarak reddetmiştir.¹⁷⁷ Ancak Heyet tespitlerini burada noktalamamış ve vermiş olduğu karar ile alakalı çekincelerini ve rahatsızlıklarını açıklamıştır, her ne kadar verilen karara bir etkisi olmasa da bu çekinceler yatırım tahkiminde yolsuzluğun anlaşılması için önemlidir.

Heyet öncelikle olayda rüşveti alanın alelade bir kamu görevlisi değil bizzat devlet başkanı olmasından ve buna bağlı olarak Kenya'nın kendi eski başkanının hukuka aykırılıklarını bir külli savunma olarak öne sürmesinden duyduğu rahatsızlığı dile getirmiş buna ek olarak söz konusu rüşvetin davacı tarafından teklif edilmemiş aksine Kenya Başkanı'na talep edilmiş olmasını da önemli bulmuştur. Ayrıca Başkan Moi artık görevde bulunmasa da aleyhine herhangi bir soruşturma açılmamış olmasını Nasir Ali bakımından adaletsiz bulmuştur.¹⁷⁸

Bütün bu çekincelerine rağmen Heyet, söz konusu kamu düzeni olduğunda menfaati korunanın taraflar değil kamu olduğunu ve bu dava özelinde dünyanın en fakir ülkelerinden birinin vatandaşları olduğunu dolayısıyla bu yönde karar verdiğini açıklamıştır. Heyet'in vermiş olduğu kararın temelini oluşturan İngiliz içtihadındaki kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

¹⁷⁶ *World Duty Free*, §176-178

¹⁷⁷ *World Duty Free*, §179

¹⁷⁸ *World Duty Free*, §180

“... buradaki kamu düzeni kuralı budur: *ex dolo malo non oritur actio*. Hiçbir mahkeme iddiasını ahlaka yahut hukuka aykırı bir işleme dayandıran bir adama yardımda bulunmaz. Eğer, davacının kendi beyanlarından ya da başka bir şekilde, davanın sebebinin *ex turpi causa*’dan ya da ülkenin pozitif hukukuna aykırılıktan doğduğu anlaşılırsa, mahkeme der ki davacının hiçbir yardım almaya hakkı yoktur. İşte bu mahkeme de, davalının iyiliği için değil, böyle bir davacıya yardımcı olmayacakları için yukarıdaki kurala uygun karar verecektir. Eğer taraflar yer değiştirecek ve davalı davacıya karşı hak iddiasında bulunuyor olsaydı bu sefer yeni davalı avantajlı pozisyonda olacaktı; ikisi de eşit derecede kusurlu olduklarından, *potior est conditio defendentis*. ”¹⁷⁹

Yukarıdaki pasajı kararında paylaştıktan sonra Heyet, eğer bu davada Kenya davacı olsaydı Nasir Ali’nin lehine olacak şekilde onun da aynı engele takılacağını belirtmiştir.¹⁸⁰

Hakem Heyeti yukarıdaki açıklamalar ışığında sonuç olarak aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

- “1) Davalı Kenya, hukuken sözleşmeyi yerine getirmeme hakkına sahiptir ve bu hakkını vermiş olduğu 18 Nisan 2003 cevap dilekçesinde hukuka uygun olarak kullanmıştır.
- 2) Davalı Kenya, sözleşmeyi yerine getirmeme hakkını, sözleşmeyi kabul ederek yahut başka bir şekilde kaybetmemiştir.
- 3) Davalı’nın ileri sürdüğü iddiaların herhangi birinin, milletlerarası kamu düzeni ve sözleşmeye uygulanacak hukukların kamu düzenleri gereğince, kabul edilmesi hukuka aykırıdır.”¹⁸¹

World Duty Free v. Kenya Kararı milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğa ilişkin en önemli karardır. Yolsuzluğun bir yatırıma etki etmesinde ortaya çıkacak sonuca ilişkin temel içtihadı ortaya koymuştur. Yolsuzluğun hukuka aykırılığını tespit ederken sadece milli hukuklara gönderme yapmamış aksine çok daha kuvvetli bir hukuk kaynağı olarak ifade edilen uluslararası kamu düzenine (*transnational public policy*) de atıfta bulunmuş ve yolsuzluğu buna dayandırarak hukuka aykırı addetmiştir. Kültürel normların bir eylemin gerçekte ne olduğunu

¹⁷⁹ **Chitty on Contracts**, Volume 1, §16-011

¹⁸⁰ *World Duty Free*, §181

¹⁸¹ *World Duty Free*, §188

değiştiremeyeceğini, *Harambee* olarak addedilse bile bir yolsuzluğun milletlerarası standartları sağlaması haline yolsuzluk olduğunu tespit etmesi de ayrıca çok önemlidir. Son olarak verdiği kararı davalının yararına olması için değil böyle bir davacının hiçbir mahkemeden yardım isteme hakkı bulunmadığı için vermesi ve bunu çok iyi gerekçelendirmiş olması büyük önem arz etmektedir.

2.1.1.2. Metal-Tech v. Uzbekistan (2013)

a. Maddi Vakıalar

60lar ve 70lerde yükselen molybdenum talebine bağlı olarak, Özbek molybdenum endüstrisi 80lerde yükselişe geçiş olsa da Sovyetlerin dağılmasıyla Özbekistan kendi öz sermayesiyle söz konusu endüstriyi finanse edemeyecek duruma gelmiş ve milletlerarası yatırıma kapılarını açmıştır; buna bağlı olarak İsrail asıllı bir firma olan Metal-Tech ile Özbek Hükümeti arasında 98 ve 99 yılları arasında modern bir molybdenum fabrikası kurulması ve işletilmesi amacıyla “*Uzmetal*” isimli joint venture kurulması amacıyla görüşmeler gerçekleşmiştir.¹⁸² Bu görüşmelerin olumlu sonuçlanması üzerine 28 Ocak 2000 tarihinde Metal Tech ile Özbekistan’a ait iki şirket “*Uzbek Refractory and Resistant Metals Integrated Plant*” (UzKTJM) ve “*Almalik Mining Metallurgy Combine*” (AGMK) arasında Uzmetal Limited Şirketi’nin kurulmasını öngören kurucu sözleşme imzalanmıştır.¹⁸³

Daha sonra tarafların aralarındaki sözleşmeye uygun olarak 12 Kasım 2000 tarihinde Metal Tech ile Uzmetal arasında fabrikanın tüm molybdenum üretiminin Metal Tech’e satılmasının öngören bir ihracat sözleşmesi imzalanmış; ancak bundan sonra önce 15 Aralık 2000’de daha sonra 3 Mart 2003 tarihlerinde İsviçre asıllı “*MPC International Investments and Consultants GmbH*” (MPC) ile danışmanlık sözleşmeleri imzalamış, 25 Ekim 2004 tarihinde ise MPC-Tashkent isimli, MPC’nin hakimi olduğu, şirket ile bir danışmanlık sözleşmesi daha yapılmıştır.¹⁸⁴

Yukarıdaki danışmanlık sözleşmelerine ek olarak 1 Ekim 2004’te ve 28 Şubat 2005’te Metal Tech, Victor Mikhailov, Uygur Sultanov ve Igor Chijenok ile üçer ayrı danışmanlık

¹⁸² *Metal Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Karar No. ARB/10/3, Karar, 4 Ekim 2013, §6-7

¹⁸³ *Metal Tech Ltd.*, §19

¹⁸⁴ *Metal Tech Ltd.*, §28

sözleşmesi imzalamıştır; Daha sonra taraflar bu sözleşmelerin amacı hususunda ayrılığa düşecek Metal Tech bu sözleşmelerin meşru danışmanlık sözleşmeleri olduğunu iddia edecek Özbekistan bu sözleşmelerin Metal Tech'in kamu görevlilerine ve hükümete yakın isimlere yaptığı illegal ödemeler için birer kılıf olduğunu savunacaktır.¹⁸⁵

Bunlarla birlikte 1 Ekim 2002 tarihinde söz konusu fabrika işlemeye başlamış ve çok kısa sürede büyük miktarlarda molybdenum oxide üretimini ve ihracatını gerçekleştirmiş; Uzmetal ve Metal Tech sözleşmesel yükümlülüklerin 2006 senesinin ortalarına kadar ifa etmişlerdir ancak 12 Haziran 2006'da Taşkent Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Uzmetal'in yetkisini kötüye kullandığından ve Özbekistan'a zarar verdiği gerekçesiyle soruşturma başlatılmış ve soruşturmanın öncelikli hedefine de Uzmetal'in Metal Tech ile ihracat sözleşmelerini imzalayan genel müdürü konmuştur.¹⁸⁶ Cezai tatbikatın başlamasını müteakiben Özbekistan Bakanlar Kurulu aldığı bir kararla hem Uzmetal'in işlenecek hammadde alma hakkını kaldırmış hem de davacı Metal Tech'in Uzmetal'in işlenmiş ürünü olan molybdenum oxide'i ihraç etmedeki tekel hakkını kaldırmıştır.¹⁸⁷

Bu olayların üzerine joint venture'nin tarafı olan Özbekistan'a ait iki şirket Uzmetal ile aralarındaki sözleşmesel ilişkileri sona erdirmiş ve UzKTJM yüz altmış iki (162) milyon dolar tutarında kâr payının Uzmetal tarafından kendisine ödenmesini istemiş, daha sonra UzKTJM'nin bu talebi Taşkent Ticaret Mahkemesi'nce onaylanmış ve Uzmetal'in bu karara karşı yapmış olduğu itirazlar reddedilmiştir.¹⁸⁸ Bunun üzerine 31 Temmuz 2007 tarihinde UzKTJM, Uzmetal aleyhine iflas yoluyla icra takibi başlatmış ve bu takip sonucu Uzmetal'in iflası gerçekleşmiş, malvarlığı satılmış ve 30 Aralık 2009 tarihinde de ticaret sicilinden kaydı silinmiştir.¹⁸⁹

Bunun üzerine 26 Ocak 2010'da Metal Tech, Özbekistan'ın hem yabancı yatırımların korunmasına ilişkin kendi milli mevzuatının hem de İsrail-Özbekistan İkili Yatırım Antlaşması'nın muhtelif hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle ICSID nezdinde tahkim talebinde bulunmuştur. Tahkim talebiyle birlikte Metal Tech, Özbekistan'ın sahibi olduğu firmalarla organize bir şekilde hareket ederek davacının yatırımını elinden almak için hareket ettiğini ve

¹⁸⁵ *Metal Tech Ltd.*, §29-30

¹⁸⁶ *Metal Tech Ltd.*, §37

¹⁸⁷ *Metal Tech Ltd.*, §38

¹⁸⁸ *Metal Tech Ltd.*, §39-45

¹⁸⁹ *Metal Tech Ltd.*, §46-53

bu amaç uğruna hem firmalar sözleşmelerini ihlal etmiş hem de Özbekistan söz konusu antlaşmaya aykırı hareket etmiştir.¹⁹⁰

Buna karşın Özbekistan ise savunmasında davacının yolsuzluk vasıtasıyla söz konusu sözleşmenin onaylanmasını sağladığını ve buna bağlı olarak Özbekistan rüşvet kanunlarına ve İkili Yatırım Antlaşması'na aykırı olarak elde edilmiş bir sözleşmenin ICSID nezdinde yargılamaya konu olamayacağını ve ICSID'in yargılama yetkisine sahip olmadığını savunmuştur.¹⁹¹

b. Yolsuzluk İddiaları

Metal Tech'in Uygur Sultanov, Igor Chijenok ve Victor Mikhailov ile yapmış olduğu danışmanlık sözleşmeleri, bu davada yolsuzluk iddialarının etrafında toplandığı ilişkililerdir. Heyet gerçekleştirdiği ilk duruşmada bu sözleşmeler hakkında, söz konusu sözleşmelerin 1998'den beri Metal Tech'in danışmanlığını yapan kişilerin danışmanlık sözleşmelerinin sona erdirilmesi ve onların yerine bu sözleşmelerin yapılmasının, bu sözleşmeler kapsamında verilen hizmetin esas olarak davacının işlerinin yürütülmesine yardım edilmesinden ziyade "lobicilik faaliyetleri" olmasının ve son olarak bu danışmanlara dört milyon (4.000.000) Amerikan doları ödenmiş olmasının ortaya çıkması üzerine re'sen harekete geçerek bu konu hakkında taraflardan bu konuyla alakalı delil ve bilgi sunmalarını istemiştir.¹⁹²

World Duty Free kararında olanın aksine bu davada yolsuzluğun nasıl gerçekleştiğine ilişkin detaylı ifadeler bulunmamaktadır; Heyet yolsuzluğun varlığını herhangi bir itiraf olmaksızın dışarıdan gözlemleyebildiği bulguları inceleyerek araştırmıştır.

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet esas incelemesi kapsamında, söz konusu sözleşmelerin yolsuzlukla bağlantılı olup olmadığı; söz konusu yolsuzluğun ispatına ilişkin kuralların ne olduğu ve ispat yükünün kimin üzerinde olduğu; davacının yatırımını gerçekleştirirken mevcut hukuka uygun davranıp

¹⁹⁰ *Metal Tech Ltd.*, §107

¹⁹¹ *Metal Tech Ltd.*, §110

¹⁹² *Metal Tech Ltd.*, §86

davranmadığı ve son olarak bu hususlara bağlı olarak nasıl bir karar verilmesi gerektiği olmak üzere dört konuyu incelemiş ve açıklamıştır.¹⁹³

Heyet öncelikle söz konusu sözleşmelerin yolsuzlukla alakalı olup olmadıklarını birkaç anahtar faktör belirleyip bunlar vasıtasıyla incelemiştir. Bu kapsamda yolsuzlukla bağlantılı ilk anahtar faktör ödenen bedellerin büyüklüğüdür; danışmanlara ödenen bedel yaklaşık dört milyon (4.000.000) dolardır ki bu miktar tüm projenin finansmanı için harcanan yirmi milyon (20.000.000) doların yüzde yirmisini (%20) oluşturmaktadır.¹⁹⁴ Bu kadar yoğun bir ödemenin garipliğine ek olarak Heyet Özbekistan'daki ortalama danışmanlık ücretlerinin aylık yüz dolar civarı olduğunu ve hayatın ziyadesiyle ucuz olduğunu buna karşın bu sözleşmeler kapsamında danışmanlara aylık ortalama beş bin (5.000) dolar ödeme yapıldığı anlaşılmıştır.¹⁹⁵

Heyet söz konusu sözleşmelerin yolsuzlukla ilişkisini incelerken, ikinci olarak sunulduğu iddia edilen hizmetler karşılığında hiçbir belgenin sunulmamış olmasını nazara almıştır. Her ne kadar davacı aldığını iddia ettiği servislerin bir kısmı için belgeler sunmuş olsa da Heyet bu belgelerin bir kısmının tarihsiz olması ve diğerlerinin de bu büyüklükte ödemeleri meşru kılmadığını düşündüğü için davacının her ödeme kalemi için ne hizmet alındığını sormuştur bu talebe davacının tatmin edici cevap verememesi üzerine davacının danışmanlardan meşru bir hizmet aldığını tespit edemediğini belirtmiştir.¹⁹⁶

Bundan sonra Heyet, danışman olduğu iddia edilen kişilerin yetkinliklerinin, sundukları iddia edilen hizmetler için yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Davacı danışmanlardan, “Özbekistan’da market incelemesi yapılması”, “Özbek uzmanlarla ve diğer organizasyonlarla ilişkiler kurulması” ve “Kanunların ve yönetmeliklerin uygulanmalarına ilişkin danışmanlık hizmeti sunulması” gibi teknik ve finansal hizmetler aldığını iddia etmişse de Heyet danışmanların yetkinliklerinin ilk bakışta bile bu hizmetler için yetersiz olduğunu ifade etmiştir.¹⁹⁷ Ayrıca danışmanlardan biri olan Victor Mikhailov hem iddia edilen hizmetleri vermediğini hem de bu tarz hizmetler vermek için gerekli donanıma sahip olmadığını itiraf etmiştir.¹⁹⁸

¹⁹³ *Metal Tech Ltd.*, §194

¹⁹⁴ *Metal Tech Ltd.*, §199

¹⁹⁵ *Metal Tech Ltd.*, §200

¹⁹⁶ *Metal Tech Ltd.*, §204-207

¹⁹⁷ *Metal Tech Ltd.*, §208

¹⁹⁸ *Metal Tech Ltd.*, §212

Heyet bundan sonra ödemelerin yapılma usulünü incelemeye başlamış ve ancak toplam ödemelerin yüzde sekizinin (%8) doğrudan danışmanlara yapıldığını, geri kalan ödemelerin ise Virgin Adaları gibi off-shore ülkeler ve aracı şirketler vasıtasıyla gerçekleştiğini tespit etmiştir.¹⁹⁹ Heyet eğer meşru bir ödeme yapılıyorsa bunun kolaylıkla doğrudan yapılabileceğini, birbiriyle bağlantılı off-shore şirketler vasıtasıyla ödeme yapılmasının makul bir açıklaması bulunmadığını belirtmiştir.²⁰⁰

Bu kapsamda son olarak Heyet danışmanların, davacının yatırımı ile alakalı onayların verilmesiyle yetkili hükümet mensupları ile yakın bağları olduğunu tespit etmiştir. Danışmanlardan biri Özbekistan Başkanı'nın ofisinde çalışırken bir diğer danışman Uygur Sultanov ise Özbekistan başbakanının kardeşidir. Buna ek olarak Heyet danışmanlara yapılan son ödemenin Özbekistan Başkanı Kerimov'un danışman Sultanov'un kardeşini başbakan yardımcılığından azletmesinden hemen önce olmasını ve bundan sonra devam etmemesini de şüpheli bulmuştur.²⁰¹ Heyet yolsuzlukla alakalı bu açıklamalarının ışığında yolsuzluğun Özbek Hukuku'na aykırılık oluşturacak şekilde gerçekleşmiş olduğuna karar verecektir.²⁰²

Heyet yukarıda açıklamalardan sonra ispatın hangi vasıtalarla gerçekleştirilmesi gerektiği ve ispat yükü ile alakalı incelemelerde bulunmuştur. Taraflar ispatın nasıl gerçekleşeceği konusunda farklı görüşleri savunmuş, davacı davalının yolsuzluğu açık ve ikna edici delillerle ispatlaması gerektiğini savunurken; davalı yolsuzluğun "*prima facie*" veya ikinci derece delillerle ispatlanabileceğini buna karşın davacının yolsuzluğun yokluğunu ispatlaması gerektiğini savunmuştur.²⁰³

Davacı, milletlerarası hakem heyetleri ve bu düzeydeki hukuk yorumcuları nezdindeki genel consensus gereğince yolsuzluk için ağır ispat şartları gerektiğini belirterek, davalının yolsuzluk iddialarını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁴

¹⁹⁹ *Metal Tech Ltd.*, §219-223

²⁰⁰ *Metal Tech Ltd.*, §202

²⁰¹ *Metal Tech Ltd.*, §225-227

²⁰² *Metal Tech Ltd.*, §372

²⁰³ *Metal Tech Ltd.*, §228

²⁰⁴ *Metal Tech Ltd.*, §233-235

Buna karşın davalı ise davacının Heyet'in yargı yetkisini ispatlaması gerektiğini savunmuş, yolsuzluk davalarında delil gizlemenin yaygın olduğu ve birçok tahkim heyetinin de bu durumu kabul ettiğini de göz önüne alınca davacının 4.000.000 dolarlık ödemenin neye binaen ödendiğini açıklaması gerektiğini savunmuştur. Bunlara ek olarak davalı sunacağı delillerin karşısına başka deliller davacı tarafından sunulamazsa yahut uygun açıklamalar getirilemezse iddialarının doğru kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.²⁰⁵

Heyet ispatla ilgili açıklamalarına, sonuç olarak bu tahkimde devletin milletlerarası sorumluluğuna aykırı davranmasına dayanılmak istendiğine göre milletlerarası hukuktaki ispat kurallarının uygulanmasının uygun olacağını belirterek başlamış; buna bağlı olarak her tarafın dayandıkları vakıaları kendileri ispatlamaları gerektiğinin milletlerarası mahkemelerce ve hakem heyetlerince kabul edildiğini belirtmiş, Adalet Divanı'nın, ICSID Konvansiyonu ve NAFTA kapsamında kurulan hakem heyetlerinin bu kuralı hukukun temel prensibi olarak algıladığını ortaya koymuştur.²⁰⁶ Heyet bundan sonra davadaki esas önemli olanın ispat yükünün yer değiştirmesi gerekip gerekmediği hususu olduğunu belirtmiş ve bunun için *lex causae*'ye bakılması gerektiğini ki bu dava kapsamında bunun İsrail-Özbekistan BIT'si olduğunu ve söz konusu antlaşmada bu hususla alakalı bir kural bulunmadığından Heyet'i ispat kurallarını belirlemekte serbest olduğunu ortaya koymuştur.²⁰⁷

Ancak Heyet tüm bu tartışmaları ilginç bulsa da World Duty Free v. Kenya kararına atıf yaparak aynı orada olduğu gibi burada da ispat yöntemi ve ispat yüküne ilişkin tartışmaların sonuca etkisiz olduğunu zira World Duty Free kararındaki davacının itirafına paralel olarak bu davada da davacının esas tanığı olan Bay Rosenberg'in danışmanlara dört milyon dolar verildiğini ve bu bedel karşılığı alınan hizmetin lobicilik faaliyeti olduğunu itiraf ettiğini belirtmiştir.²⁰⁸

Heyet bundan sonra davacının söz konusu yolsuz hareketlerinin, Özbek Hukuku ve milletlerarası yolsuzlukla mücadele kurallarına aykırı olup olmadığını incelemeye koyulmuştur. Özbek Hukuku'nun yolsuzlukla alakalı hükümlerini inceleyen Heyet bir kamu görevlisine yahut onun bir aracısına bir bedelin bir işlemi gerçekleştirmesi yahut bundan imtina

²⁰⁵ *Metal Tech Ltd.*, §229-230

²⁰⁶ *Metal Tech Ltd.*, §237

²⁰⁷ *Metal Tech Ltd.*, §238

²⁰⁸ *Metal Tech Ltd.*, §239-243

etmesi için verilmesinin hukuka aykırı olduğunu; bu bedelin söz konusu kamu görevlisinin, ailesinden biri gibi, bir yakınına verilmesinin de hukuka aykırı olduğunu; son olarak ise ödemenin söz konusu işlemten önce veya sonra gerçekleşmesinin bir önemi olmadığını tespit etmiştir.²⁰⁹

Daha sonra Heyet milletlerarası hukuktaki durumu incelemeye koyulmuş ve bu kapsamda Viyana Sözleşmeler Hukuku Konvansiyonu'nda, ICSID Konvansiyonu'nda OECD Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu'nda ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde ve daha bir çok uluslararası antlaşmada yolsuzluğun yasaklanmış olduğunu tespit etmiştir.²¹⁰ Bunlara ek olarak Heyet *World Duty Free v. Kenya* kararındaki yolsuzluğun milletlerarası kamu düzenine daha özel olarak uluslararası kamu düzenine aykırı olduğu tespitine atıf yapmış ve dikkat çekmiştir.²¹¹

Bunlara ek olarak Heyet milletlerarası toplumun yolsuzlukla mücadele ederken, yolsuzluğun tespit edilmesi amacıyla “kırmızı bayrak” göstergelerinden faydalandığını belirtmiş ve bu “kırmızı bayrak” listelerinden eski İngiltere Adalet Bakanı Lord Woolf'un hazırladığı listedeki bazı göstergelere atıf yapmış bunların davada var olduklarını tespit etmiştir, toplamda 16 gösterge belirlenmiş ise de mahkeme altı tanesine atıf yapmıştır söz konusu atıf yapılan göstergeler aşağıdaki gibidir:

- “(1) Danışman'ın danışmanlık sunduğu sektörde tecrübe eksikliğinin bulunması;
- (2) Danışman'ın işin yapıldığı yahut müşterinin bulunduğu ülkede ikamet etmiyor oluşu;
- (3) Danışman'ın yatırım yapılan ülkede ciddi bir ticari işletme varlığının bulunmaması;
- (4) Danışman'ın acil ödemeler talep etmesi ve olağandışı yüksek komisyonlar alması;
- (5) Danışman'ın ödemeyi nakden, başka bir şirketi araç kullanarak, üçüncü bir ülkede, isimsiz bir hesaba gönderilmek suretiyle veya başka kişi ya da kurumlar vasıtasıyla talep etmesi;

²⁰⁹ *Metal Tech Ltd.*, §289

²¹⁰ *Metal Tech Ltd.*, §290-291

²¹¹ *Metal Tech Ltd.*, §292

(6) *Danışman'ın hükümetle veya müşteriyle, bunların kararlarının uygunsuz şekilde etkileyecek düzeyde yakın ilişkisinin bulunması.*"²¹²

Yukarıdaki açıklamaların ışığında Heyet, davacının yatırımının Özbek Hukuku'na aykırı olduğu gerekçesiyle kararını oluşturmuş olsa da yorumcular Heyet'in kararına meşruiyetini desteklemek, aralamak için birçok milletlerarası enstrümana atıf yaptığını ifade etmişlerdir.²¹³

Heyet tüm bu açıklamaların ardından, davacının yatırımının Özbek Hukuku'na aykırı olarak gerçekleştiği ve İsrail-Özbekistan İkili Yatırım Antlaşması'nın 1. Maddesinde *"yatırımın yapıldığı taraf ülkenin kanunlarına ve düzenlemelerine uygun olarak gerçekleşen"* yatırım olma şartını taşımadığı tespitini yapmıştır.²¹⁴ Daha sonra Heyet, Özbekistan'ın ICSID nezdinde tahkime rızasının İkili Yatırım Antlaşması'nın 8(1) maddesi gereğince sadece yatırımlara ilişkin olduğu ve söz konusu yatırımların İkili Yatırım Antlaşması'nın 1. Maddesi kapsamında Özbek Hukuku'na uygun gerçekleştirilmiş yatırım olmaları gerektiğinden bahisle ICSID Konvansiyonu 25(1) madde hükmü kapsamında Özbekistan'ın tahkime rızası bulunduğu kabul edilemeyeceğini tespit etmiş dolayısıyla kendisinin de yargı yetkisinden mahrum olduğu sonucuna ulaşmıştır.²¹⁵

Sonuç olarak Heyet gerçekleştirdiği kapsamlı inceleme sonucunda Metal Tech'in tüm taleplerini, yargı yetkisinden yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.²¹⁶ Heyet davacının tahkime başvurma hakkının, yatırımının yolsuzlukla lekelenmesi sebebiyle korunamayacağını belirtmekle beraber Devlet'in eşit derecede bu yolsuzluğa sebebiyet vermesini göz önüne alarak tarafların yargılama giderlerini bölüşmelerine karar vermiştir.²¹⁷

Metal-Tech tahkimini yürüten Heyet, yolsuzluk sebebiyle bir antlaşmaya dayalı yatırım tahkimi davasını, yargı yetkisi yokluğundan reddeden ilk Heyet olmuş ve yolsuzluğun tespit

²¹² Woolf Committee Report on Business Ethics, Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in BAE Systems plc – The Way Forward, Mayıs 2008, s.26 <http://www.giacentre.org/documents/WOOLFREPORT2008.pdf> Erişim Tarihi: 15.04.2019

²¹³ Llamazon, s.121

²¹⁴ *Metal Tech Ltd.*, §372

²¹⁵ *Metal Tech Ltd.*, §373

²¹⁶ *Metal Tech Ltd.*, §389

²¹⁷ *Metal Tech Ltd.*, §422

edilmesinde kırmızı bayraklara ve ikinci derece delillere başvurarak daha sonra kurulacak yatırım tahkimi heyetlerine bir emsal oluşturmuştur.²¹⁸

Ayrıca *Metal-Tech* kararı ile birlikte dolandırıcılık (“*fraud*”) ve yatırım yapılan ülkede gerçekleştirilen diğer hukuka aykırılıklarda olduğu gibi ICSID heyetlerinin yargı yetkisinden yoksun olacakları hükmü yolsuzluk bakımından da ortaya konmuş olmuştur.²¹⁹

Yine bu karar sözleşmeye dayalı yatırım tahkimleri ile yargı yetkisinin yatırım anlaşmalarından doğduğu anlaşmaya dayalı yatırım tahkimleri arasındaki farkın anlaşılması için güzel bir örnektir zira *World Duty Free* kararındaki aksine *Metal-Tech* heyeti, davayı esas bakımından inceleyip davacıyı yolsuzlukla iştigal ettiği gerekçesiyle korumama kararı vermek yerine kendisini külli olarak yargı yetkisinden yoksun ilan etmiştir.²²⁰

Son olarak Heyet’in bu kararı verirken, yolsuzluğun her iki tarafça gerçekleştirilen bir eylem olması karşısında ceremesinin sadece ve çok ağır olacak şekilde davacı-yatırımcı tarafından çekilmesinin ilk bakışta adaletsiz gibi görülebileceği ancak esasında kararlarının arkasındaki dinamiğin taraflardan birinin lehine olacak şekilde diğerini cezalandırmak olmadığını aksine yolsuzlukla iştigal etmiş bir davacının hiçbir mahkeme yahut hakem heyetinden destek almaması gerekliliğini içinde barındıran hukukun üstünlüğünü korumak olduğunu ifade etmiştir.²²¹

Metal-Tech v. Uzbekistan kararı yolsuzluğun hakem heyetinin verdiği kararı doğrudan şekillendirmesi bakımından önemlidir ancak kararın en önemli kısmı yolsuzluğun ispatlanması için ikincil delil niteliğinde olan kırmızı bayrak göstergelerinin kullanılmış olması ve buna bağlı olarak yolsuzluğun varlığını kanaat getirilmiş olmasıdır.

²¹⁸ Carolyn B. Lamm/ Brody K. Greenwald/ Kristen M. Young, “From *World Duty Free* to *Metal-Tech*: A Review of International Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption”, *ICSID Review*, Vol.29 No.2, 2014, s.341

²¹⁹ Llamazon, s.121

²²⁰ A.g.e.

²²¹ *Metal Tech Ltd.*, §389

2.1.2. Yolsuzluğun Sonucu Etkilemediği Davalar

2.1.2.1. Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt (2000)

a. Maddi Vakıalar

Bir İngiliz şirketi olan *Wena Hotels Ltd.* (“*Wena*”), Mısır Arap Cumhuriyeti’ne ait olan “*Egyptian Hotels Company*” (“*EHC*”) ile ihale usulüyle toplamda iki otelin işletilmesi ve bu otellerin kalitelerinin yükseltilmesi hususunda iki tane kiralama ve geliştirme sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşmelerin 1989 senesinde 21,5 seneliğine Luxor’daki Luxor Hotel’e ilişkin olarak; ikincisi ise 25 seneliğine Kahire’deki El Nile Hotel’e ilişkin olarak yapılmıştır ve bu sözleşmeler kapsamında taraflar EHC’nin sözleşmeler süresince Wena’nın oteller üzerindeki tasarruflarına müdahalede bulunmayacağı konusunda anlaşmışlardır.²²²

Sözleşmeler imzalandıktan kısa süre sonra Wena ve EHC arasında önce kira ödemeleri konusunda anlaşmazlık çıkmış; EHC, Wena’nın kiraları ödemediğini belirtirken Wena söz konusu otelleri sözleşmelerde belirtilen kondisyonun çok altında bulunduğunu ve sözleşmenin kendisine verdiği kapsamda kiraları ödemediğini beyan ettiyse de EHC Wena’nın tarafına temin ettiği teminat mektuplarını nakde çevirmiştir.²²³ Tarafların aralarındaki bu uyuşmazlık büyümüş ve EHC’nin yönetim kurulu toplanmış ve Wena’nın oteller üzerindeki hakimiyetini zorla sona erdirme kararı almışlardır.²²⁴ Buna bağlı olarak 1 Nisan 1991’de silahlı yaklaşık 250 sivil otellere sabaha karşı baskın düzenlemiş ve Wena’nın oteller üzerindeki hakimiyetini zorla sona erdirmişlerdir;²²⁵ kendilerine sorulduğunda ise bu eylemi EHC’nin yönetim kurulu başkanının talimatıyla gerçekleştirdiklerini ifade etmişlerdir.²²⁶

Bu olaylar üzerine Wena her türlü hukuki temelden yoksun bu el atmalara karşı hukuki yollara başvurmuş ve Şubatve Nisan 1992’de Mısır Cumhuriyet Başsavcılığı’na otellere el konmasının hukuka aykırı olduğunu ve söz konusu otellerin Wena’nın hakimiyetine iade edilmesine karar vermiştir.²²⁷ Ancak EHC bu kararı hemen uygulamamış kararı geciktirdiği

²²² *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Karar No. ARB/98/4, 8 Aralık 2000, §17-18

²²³ *Wena Hotels Ltd.*, §19

²²⁴ *Wena Hotels Ltd.*, §28-30

²²⁵ *Wena Hotels Ltd.*, §34-38, §48-49

²²⁶ *Wena Hotels Ltd.*, §34

²²⁷ *Wena Hotels Ltd.*, §54

sürede Nile Hotel'in lisansı iptal edilmiş Luxor Hotel'in ise lisansı kısıtlı bir lisansa dönüştürülmüş ve oteller feci zarar görmüş halde Wena'ya teslim edilmiştir.²²⁸

10 Temmuz 1998'de Wena, yatırımının hızlı, etkili ve yeterli bir tazminat ödenmeden hukuka aykırı olarak kamulaştırıldığından ve Mısır'ın adil ve eşit muamele yükümlülüğüne aykırı davrandığından bahisle ICSID nezdinde yatırım tahkimi başlatmıştır.²²⁹

b. Yolsuzluk İddiaları

Mısır esasa ilişkin savunmasında, Wena'nın danışmanlık sözleşmesi vasıtasıyla ECH'nin yönetim kurulu başkanı Kamal Kandil'den hukuka ve aykırı fayda elde amacıyla hareket ettiğini savunmuştur.²³⁰ Bunun üzerine Kamal Kandil'in ifadesine başvurulmuş ve Kandil ifadesinde; Wena ile aralarında bir sözleşme akdedilmediğini sadece bir taslak üzerinde müzakere etmiş olduklarını ve bu taslak kapsamında sunulması öngörülen danışmanlık hizmetinin de Wena'nın dava konusu sözleşmelerine ilişkin olmadığı bunun yerine Abou Simbal ve Aswan'da işletmek istedikleri yeni otellere ilişkin olduğu ve kendisinin söz konusu bölgede turist danışmanlığı yaptığı ve bu konuda iş yapan bir şirkette yönetim kurulu başkanlığı yapması sebebiyle bunun normal bir ilişki olduğunu savunmuştur.²³¹

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet öncelikle eğer varlığı ispatlanırsa yolsuzluğun davanın esastan reddi sonucunu doğuracağını tespit etmiş ancak hukuka uygun ödemeler ile hukuka aykırı rüşvetin birbirinden ayrılmasının önemli olduğunu vurgulamıştır.²³²

Bundan sonra yolsuzluğa ilişkin delilleri incelemeye koyulan Heyet öncelikle danışmanlık sözleşmesinin varlığını tespit etmiş; bu sözleşme kapsamında toplam elli iki bin (52.000) İngiliz Sterlini ödeme yapıldığı ve bu ödemelerin ilkinin Nile Hotel'in sözleşmesinin imzalanmasından on gün sonra sonuncusunun ise Luxor Hotel'in sözleşmesinin imzalanmasından iki gün sonra yapılmış olmasını ilginç bulmuş; Wena'nın söz konu

²²⁸ *Wena Hotels Ltd.*, §55-57

²²⁹ *Wena Hotels Ltd.*, §1

²³⁰ *Wena Hotels Ltd.*, §70

²³¹ *Wena Hotels Ltd.*, §72

²³² *Wena Hotels Ltd.*, §111

sözleşmeleri ihale usulü ile en iyi teklifi verdiği için aldığını tespit etmiş; Mısır'da Kamal Kandil aleyhine soruşturma başlatılmamış olmasına dikkat çekmiştir.²³³

Delilleri incelemesinin sonucunda Heyet, Mısır'ın böylesine bir savunma yaparken yolsuzluğu ispatlamakla yükümlü olduğunu tespit etmiş ancak Wena'nın bu danışmanlık sözleşmesinin Aswan bölgesine ilişkin fırsatlarla alakalı olduğu iddiasına karşı herhangi bir delil sunamaması karşısında, ödemelerin zamanlamalarının birer tesadüf olduğuna ve yolsuzluğun yokluğuna karar vermiştir.²³⁴

Yolsuzluğun yokluğunun ışığında Heyet Mısır'ın adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ve yatırımcının yatırımını güvende tutma yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle Wena lehine yirmi milyon (20.000.000) dolar tazminata hükmetmiştir.²³⁵

Wena Hotels Ltd. kararının yatırım tahkimi bakımından önemli kısımları, yolsuzluğun varlığının ispatı halinde taleplerin reddi sonucunu doğuracağını tespit etmesi ve yolsuzluğun ispatında ispat yükünü devlete yüklenmesidir.

2.1.2.2. EDF (Services) Limited v. Romania (2009)

a. Maddi Vakıalar

Birleşik Krallık asıllı bir şirket olan EDF (Services) Ltd. Romanya'ya ait şirketler ile iki joint venture kurmuştur. İlk joint venture "ASRO" 1991 senesinde, paylarının yüzde altmış sekizi (%68) EDF'ye olacak şekilde kuruldu; ASRO'nun kurucu sözleşmesi kapsamında Romanya'yı temsilen sözleşmeye taraf olan "*C.N. Bucurest Aeroport Otopeni*", Otopeni Havalimanında bulunan tesislerdeki dükkanların işletmelerini münhasıran belli bir bedel karşılığı on seneliğine kiralama yükünü yüklenmiştir; bu on yıllık kira süresi bitiminde EDF'nin isteği üzerine yenilenebileceği öngörülmüştür.²³⁶ Daha sonra ASRO Romanya'daki başka bir havalimanı için de benzer bir anlaşmaya on beş (15) yıllığına girmiştir.²³⁷ İkinci olarak 1994 senesinde EDF ile Romanya "*SKY*" adlı, Romanya milli havayolu şirketinin uçuşlar sırasındaki

²³³ *Wena Hotels Ltd.*, §112-116

²³⁴ *Wena Hotels Ltd.*, §117

²³⁵ *Wena Hotels Ltd.*, §131

²³⁶ *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, ICSID Karar No. ARB/05/13, 8 Ekim 2009, §47-51

²³⁷ *EDF (Services) Ltd.*, §52

duty-free işletmelerine ilişkin bir joint venture daha kurmuşlar ve Romanya SKY ile de 15 yıllık münhasır işletme sözleşmesine girmiştir.²³⁸

2000 senesinde Romanya’da hükümet değişmiş ve 2002 senesinde 104 Sayılı Acil Hükümet Yönetmeliği (Government Emergency Ordinance No.104) “*GEO 104*” çıkarılmış ve bu yönetmelik ile ASRO’nun duty-free lisansları iptal edilmiş ve duty-free tesisleri kapatılmıştır.²³⁹ Aynı yıl Romanya tarafından ASRO’ya idari para cezaları kesilmiş ve mallarına el konulması kararı alınmış bunu müteakiben 2004 senesinde ASRO’nun iflasına karar verilmiştir.²⁴⁰

b. Yolsuzluk İddiaları

Yaşanan bu olayların üzerine EDF, Romanya’nın duty-free politikasını değiştirmesinin ve ASRO’nun sözleşmelerinin yenilenmemesinin sebebinin EDF’nin yüksek mevki sahibi bir Romanyalının rüşvet taleplerini yerine getirmemesi olduğundan bahisle, 14 Haziran 2005’te ICSID nezdinde yatırım tahkimine başvurmuştur.²⁴¹ Davacı söz konusu yüksek mevki sahibi Romanyalının Romanya başbakanı Nastase olduğunu ve Ağustos 2001’de Bükreş Hilton Otel’in otoparkında EDF’nin CEO’su ile görüştüğünü ve ondan iki buçuk milyon (2.500.000) dolar rüşvet istediğini ifade etmiştir.²⁴²

Davacı, Ceo’larının bu rüşvet tekliflerini kabul etmemesi üzerine Romanya’nın karşı saldırıya geçtiğini ve bu saldırılar neticesinde tüm yatırımını kaybettiğini savunmuştur.²⁴³ Söz konusu yaptırımların, evleviyetle GEO 104 kararının, idari para cezasının ve el koyma kararının, davacının rüşvet vermeyi reddetmesine misilleme olarak gerçekleştiğini bu yaptırımların organize şekilde gerçekleştiğini ve milletlerarası hukuk ile tahkim teamülleri gereğince bu eylemlerin devlete atfedilmesi gerektiğini ve devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurduğunu ve son olarak bu hareketlerin İkili Yatırım Antlaşması’nın öngördüğü adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ve yatırımdan faydalanma hakkının mantıksız ve ayrımcı sebeplerle engellenmesi yasağına aykırı olduğunu savunmuştur.²⁴⁴

²³⁸ EDF (Services) Ltd., §60-61

²³⁹ EDF (Services) Ltd., §57

²⁴⁰ EDF (Services) Ltd., §59

²⁴¹ EDF (Services) Ltd., §1, §69

²⁴² EDF (Services) Ltd., §70-71

²⁴³ EDF (Services) Ltd., §73

²⁴⁴ EDF (Services) Ltd., §101-103

Buna karşın davalı Romanya, iddia edilen rüşvet talebinden altı ay önce söz konusu kiralamaların piyasa şartlarının çok altında olduğuna ve süreleri bitince bunların yeniden ihale edilmesi gerektiğine ilişkin bir raporun bakanlık incelemesi neticesinde ortaya çıktığını savunmuştur.²⁴⁵ GEO 104'ün çıkarılmasında birçok kademedeki farklı karar vericinin iradesinin ortaya konduğunu ve bu karar vericilerin bu rüşvetten etkilenmek bir yana haberdar dahi olduklarına ilişkin bir delil olmadığını; son olarak ise EDF'nin Ceo'sunun bu rüşvet taleplerine dair bir şikayette bulunmadığını ve bu iddiaları bir alman gazetesine açıklayınca Roman yargı merciilerinin zaten harekete geçtiğinin ve gerçekleştirilen soruşturma sonucunda delil yetersizliği sebebiyle kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiğini savunmuştur.²⁴⁶

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet, tarafların beyanları üzerine yaptığı inceleme neticesinde yolsuzluk iddialarının davacının davasının kalbinde olduğunu tespit etmiş; davacının bir kamu görevlisince rüşvet talep edilmesinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olacağını görüşüne katıldığını belirtmiş; ancak yolsuzluğun ispatlanmasının zor olduğu zira genellikle ya çok az delil bulunduğu ya da hiç delil bulunmadığını tespit ettikten sonra en yüksek mevkideki kamu görevlisinin yolsuzluğunun söz konusu olduğu ve milletlerarası hakem heyetleri ile yorumcuların da savunduğu üzere yolsuzluğun ispatında ağır ispat şartları arandığından bahisle bu davada da yolsuzluğun ispatı için açık ve ikna edici delillerin varlığının gerektiğini savunmuş ancak Heyet'in önüne gelen delillerin açık ve ikna edici olmaktan çok uzak olduğu tespit etmiştir.²⁴⁷

Heyet, EDF'nin Ceo'sunun rüşvet talebini yetkililere bildirmekten korkmasını kira sözleşmelerinin uzatılması müzakerelerinin sürmesi sebebiyle makul görmüş ve söz konusu müzakerelerin olumsuz sona ermesi ile CEO'nun bu rüşvet talebini bir alman gazetesine açıklamasını da bu kapsamda tutarlı bulmuş dolayısıyla rüşvet talebinin bildirilmemesine davacı aleyhine bir sonuç bağlamamıştır.²⁴⁸ Heyet davacının tanıklarının birbiriyle tutarsız ifadeler vermiş olmaları sebebiyle, bu tanıkların ifadelerine dayanarak açık ve ikna edici delil

²⁴⁵ EDF (Services) Ltd., 129

²⁴⁶ EDF (Services) Ltd., §143-145

²⁴⁷ EDF (Services) Ltd., §221

²⁴⁸ EDF (Services) Ltd., §222

şartını yerine getiremeyeceğine karar vermiştir.²⁴⁹ Buna ek olarak Heyet, davacının sunmuş olduğu e-mailin bilirkşi inceleme sonucunu manipüle edilmiş olduğu anlaşıldığı, sunmuş olduğu ses kaydının ise hakikiliği ispatlanamadığı için açık ve ikna edici delil şartını sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁵⁰ Buna ek olarak yolsuzluk iddialarının Romanya'nın yerel yargı mercilerince incelenmesinden ve ispatlanamamasından bahsetmiş ise de bunun sonucunun ne olduğuna dair bir tespit bulunmamıştır.²⁵¹

Heyet, davalının tanıklarının dinlerken de açık ve ikna edici delil kuralını uygulamış ve söz konusu tanık beyanlarının yolsuzluğun gerçekleşmediğini açık ve ikna edici şekilde ispatlamadığına karar vermiştir ancak ispat yükünü davacıya yüklediği için yolsuzluğun gerçekleşmediğine ve buna bağlı olarak İkili Yatırım Antlaşması'nın ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁵²

EDF (Services) Ltd. v. Romania kararı öncelikle yolsuzluğun yatırımcı tarafından ileri sürüldüğü bir dava olması sebebiyle yolsuzluğun yatırım tahkimindeki olağan görünümünden ayrılmaktadır. Buna ek olarak yolsuzluğun ispatı için ağır ispat standardı öngörmesi; kırmızı bayraklara ve ikinci derece delillere itibar etmemesi ve bu ağır ispat standartını iki tarafa ısrarlı ve tutarlı şekilde uygulaması sebebiyle önemlidir. Son olarak, her ne kadar buna ne sonuç bağladığını açıkça ortaya koymasa da yolsuzluğun yerel mahkemelerce incelenmesine dikkat çekmesi de ilgi çekicidir.

2.1.2.3. Methanex v. United States of America (2005)

a. Maddi Vakıalar

Methanex Co., Amerika Birleşik Devletleri'nde hâkim olduğu şirketler ("*Methanex-US*", "*Methanex-Fortier*") vasıtasıyla Amerika Birleşik Devletleri'ne ihracat yapan Kanada asıllı bir şirkettir.²⁵³ Methanex, Amerika Birleşik Devletleri'ne kurşunsuz benzinin kalitesini arttırmak için kullanılan "*methyl tertiary butyl ether*" ("MTBE") isimli bileşenin üretilmesi için

²⁴⁹ *EDF (Services) Ltd.*, §223

²⁵⁰ *EDF (Services) Ltd.*, §224-225

²⁵¹ *EDF (Services) Ltd.*, §228

²⁵² *EDF (Services) Ltd.*, §227, §237

²⁵³ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Nihai Karar, 3 Ağustos 2005, Kısım II Bölüm A §4-6

elzem olan “*methanol*” isimli bileşeni ihraç ediyordu ve methanol üretiminin dünya çapında yüzde on yedisinin (%17) sahibiydi.²⁵⁴

25 Mart 1999’da California Eyaleti Valisi Gray Davis tarafından, methanol bazlı MTBE’nin kurşunsuz benzin içerisinde kullanımının ciddi çevresel riskler taşıdığı iddiasıyla, MTBE’nin kullanımını yasaklayan bir kararname çıkarılmıştır.²⁵⁵ Aynı kararname ile birlikte 2002’nin sonuna kadar MTBE kullanımının sona erdirilmesi için süre tanınmış, California Hava Kaynakları Komisyonu’nunca etanolün içme suyuna ve havaya zararlı olup olmadığının MTBE yerine etanol bazlı ETBE’nin kullanılıp kullanılamayacağını tespit edilmesi de istenmiştir.²⁵⁶

Bu kararnameden ziyadesiyle zararlı çıkan Methanex, Amerika Birleşik Devletleri’nin bu kararname ile yerel etanol endüstrisini desteklemek amacıyla yabancı yatırımcıya karşı ayrımcı davranışlarda bulunduğu ve adil ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği, son olarak pazardaki payının kendisinden zorla alınıp yerel etanol endüstrisine transferinin en iyi senaryoda kamulaştırma sayılması gerektiği gerekçeleriyle NAFTA’nın ihlal edildiğini savunmuş ve zararının tazmini için Aralık 1999’da yatırım tahkimine başvurmuştur.²⁵⁷

b. Yolsuzluk İddiaları

Methanex, söz konusu kararnameyi çıkaran Vali Gray Davis’in 1998 seçim döneminde isimli Amerika’nın en büyük etanol üreticisi olan “*Archer-Daniels-Midland*” (“ADM”) ile gizli görüşmeler gerçekleştirdiği; bu görüşmelerin ADM’nin merkezinde gerçekleştiği; Vali Davis’in bu görüşmelere gitmek için ADM’nin özel jetini kullandığını; söz konusu görüşmeden iki hafta sonra toplamda iki yüz altmış bin (260.000) Amerikan Doları tutarında bağışın Vali Davis’in seçim kampanyasına taksitler halinde yapılmaya başlandığını iddia etmiş ve bu yolsuz aktiviteler sebebiyle söz konusu kararnamenin çıkarıldığını savunmuştur.²⁵⁸

²⁵⁴ *Methanex Co.*, Kısım II Bölüm D, §2-3

²⁵⁵ *Methanex Co.*, Kısım II Bölüm D, §14-15

²⁵⁶ *Methanex Co.*, Kısım II Bölüm D, §16

²⁵⁷ *Methanex Co.*, Kısım II Bölüm D, §26-28

²⁵⁸ *Methanex Co.*, Kısım I Giriş, §5

c. Hukuki Çıkarımlar

Methanex davasında Heyet'in hukuki değerlendirmelerinin, yatırım tahkiminde yolsuzlukla alakalı olarak en önemlisi bir ispat aracı olarak kullandığı “noktaları birleştirme” yöntemidir; noktaları birleştirme yöntemini Heyet “bağımsız olarak değerlendirildiğinde bir önem arz etmeyecek muhtelif olayların birlikte incelendiklerinde bir vakıanın en makul açıklamasına delil teşkil edebilmeleri” olarak açıklamıştır.²⁵⁹ Noktaları birleştirme yönteminin yeni bir yöntem olmadığını belirten Heyet, öncelikle “nokta” olarak algıladığı anahtar olayların belirlenmesi gerektiğini daha sonra bunların kendi bağlamlarında, önemlerine uygun olarak incelenmeleri gerektiğini ancak bundan sonra bir sonuca yaklaşılabileceğini belirtmiş; sadece bir tarafın belirlediği olayların “nokta” olarak seçilmesi ve yine bir tarafın yorumlaması ile ortaya çıkacak desenin gerçeğe benzemesi mümkün ise de hakikate uzak olacağını ortaya koymuştur.²⁶⁰ Bundan sonra Heyet Methanex tarafından iddia edilen altı tane “nokta” tespit etmiştir.

Birinci olarak Methanex, Kaliforniya'nın yerli bir etanol endüstrisi kurmayı uzun zamandır arzuladığını savunmuştur ancak Heyet Kaliforniya'nın etanole dayalı yerli bir endüstri kurmak istemesinin, etanole ikame ürünlere zarar vermek amacına sahip olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmadığını ve Methanex'in bu yönde herhangi bir delil sunmadığını tespit etmiştir.²⁶¹

İkinci olarak Methanex, yeraltı tanklarından MBTE sızmasının ne toplum nezdinde ne de Kaliforniya Hükümeti nezdinde bir tepki ve dikkat çekmediğini dolayısıyla bunun bir kılıf olarak kullanıldığını savunmuştur ancak Heyet Kaliforniya Senatosu'nun daha önce de MBTE'yi yasaklamayı tartıştığını ve bu tartışmaların Kaliforniya halkının yeraltı sularının sağlığına ilişkin endişelerinden kaynaklandığını tespit etmiş dolayısıyla bu noktayı da ciddiye almamıştır.²⁶²

Üçüncü olarak Methanex, ADM'nin etanolün yasaklanmasını desteklediği ve Kaliforniya Hükümetinin karar alma mekanizmalarını hukuka aykırı olarak etkilediğini ve verilen kararın ayrımcı bir şekilde etanol endüstrisinin ve özel olarak ADM'nin yararına

²⁵⁹ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §2

²⁶⁰ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §3

²⁶¹ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §4-8

²⁶² Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §9-12

olduğunu savunmuştur.²⁶³ Buna ek olarak Methanex, ADM'nin bazı yetkililerinin davadan birkaç sene evvel fiyat sabitleme suçundan hüküm giydiğini ve ADM'nin klasik iş yapma usulünün politik manipülasyonu içinde barındırdığını savunmuştur ancak Heyet bu iddiaları, ADM'nin, bir çok departmanı olan, büyük ve birçok farklı alanda faaliyet gösteren bir şirket olduğunu; böyle bir şirketin çalışanlarından bazılarının cezai yaptırımla karşılaşması sonucunu doğuran bir hukuka aykırı eylemin söz konusu şirketin bir suç örgütüne dönüştürmesinin yahut bu şirket üzerinde hukuka aykırı hareket etme karinesi oluşturacak şekilde ispat yükünün yer değiştirmesi sonucu doğurmasının herhangi bir hukuki dayanağı olmasının mümkün olmadığını tespit etmiştir.²⁶⁴

Dördüncü olarak Heyet siyasi kampanyalara yapılan bağışların hukuki statüsünü incelemeye koyulmuştur. Heyet her ne kadar bazı devletlerin siyasi kampanyalara bağışı yasakladığını tespit etse de herhangi bir milletlerarası hukuk kuralının bu uygulamayı yasakladığına dair bir delilin bulunmadığı dolayısıyla söz konusu uygulamanın milletlerarası hukuka aykırılık teşkil etmediğini tespit etmiştir.²⁶⁵ Buna ek olarak Heyet gerçekleşmiş olan ödemelerin Amerikan Seçim Hukuku kapsamında legal olduğu ve Methanex'in de buna itiraz etmediğini tespit etmiş ancak söz konusu bağışlar kendiliğinden hukuka aykırı olmasa da ADM ve Vali Davis arasındaki ilişkinin politik yolsuzluk seviyesinde olduğu ve ADM'nin Vali üzerinde haksız bir etkiye sahip olduğunu savunmuştur.²⁶⁶ Methanex burada beşinci olarak ADM ile Vali arasında gerçekleşen yemeğin etanol lehine ve metanol ile Methanex aleyhine olacak şekilde hareket edilmesine karar verildiğini savunmuştur.²⁶⁷ Heyet dışarıdan bakıldığında hukuka aykırı olmayan seçim yardımları ile Vali tarafından metanolün yasaklanması arasında “*quid pro quo*” bir ilişki bulunması halinde artık burada hukuka uygun seçim yardımından değil ancak yolsuzluktan bahsedilebileceğine ve böyle bir ilişkinin ispat edilmesi halinde Amerika Birleşik Devletleri'nin NAFTA kapsamındaki yükümlülüklerine aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir.²⁶⁸ Ancak Methanex, cezai hiçbir şeyi ispatlayamayacağını, herhangi açık el sıkışmanın varlığını delillendiremeyeceğini kendi ifadesinde itiraf etmiş bunun yerine birtakım ikincil delillerle, söz konusu yemeğin gizli olması, bu yemeğe katılan ADM yetkililerinin etanol departmanından olmaları gibi, bu “*quid pro quo*”

²⁶³ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §13

²⁶⁴ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §15

²⁶⁵ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §17

²⁶⁶ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §18-21

²⁶⁷ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §34

²⁶⁸ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §37

ilişkinin varlığını ispatlamaya çalışmıştır. Heyet ikincil derecedeki bu delilleri etraflıca incelemiş ancak böyle bir ilişkinin varlığına ulaşamamıştır bunu da şu şekilde gerekçelendirmiştir:

*“Demokratik sistemlerde yasa çıkarma, doğası gereği, geniş bir yelpazede şahısları, çıkar gruplarını, yasama ve yürütmeden yetkilileri içerisinde barındırır zira tüm bunların desteğiyle kanunlar çıkar. Her ne kadar “gizli bir elin” perde arkasından görünüşte demokratik bir sürece müdahale ettiğine dair birtakım olgular ortaya çıkabilirse de... .. bu davada böyle bir müdahale yoktur.”*²⁶⁹

Altıncı olarak Heyet, Methanex tarafından, Kaliforniya’nın ayrımcı ve yolsuz tutumunun ispatı için, dinletilen tanığın ifadesini incelemiş ancak söz konusu ifadeyi doğrudan konuyla bağlantılı olmadığı ve pek güvenilir olmadığı için ciddiye almamıştır.²⁷⁰

Heyet yaptığı bu incelemeler neticesinde Methanex’in ortaya koyduğu noktaların etraflıca incelemeyi başarıyla geçemediği sonucuna ulaşmıştır. Öncelikle siyasi kampanya yardımlarının Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuka uygun olmaları sebebi ADM tarafından yapılan bağışlar *per se* yolsuzluğun varlığına delalet etmez ayrıca MTBE üreticileri tarafından da Vali Gary Davis’in seçim kampanyasına bağışlarda bulunulmuştur.²⁷¹ Ayrıca Methanex’in, MTBE’nin Vali Davis tarafından alınan rüşvetler sebebiyle yasaklandığına ve daha öncesinde Kaliforniya Eyaleti’nin böyle bir iradesi olmadığı yönündeki teorisi, Gary Davis’in selefi döneminde alınan ve Vali tarafından MTBE’ye ilişkin eylemde bulunulmasını zorunlu kılan Senato Kararı’nı açıklama noktasında yetersiz kalmaktadır.²⁷²

Heyet, Methanex’in iddialarının hiçbirinin doğrudan delillere dayanmadığını ve çıkarımlar vasıtasıyla sonuca ulaşmak istediğini ve aynı yöntemle hareket etmesini Heyet’ten beklediğini tespit etmiştir. Ancak vakılardan yola çıkarak çıkarım yapılması ancak sağlam ve açık delillerin yokluğunda mümkün olan bir yöntemdir; mevcut davada ise tüm objektif delillere rağmen tüm bu delillerle çelişecek ve bazı anahtar oyuncuların ceza hukuku kapsamında suç işledikleri sonucunu doğuracak şekilde çıkarım yapılması hukuka aykırıdır.

²⁶⁹ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §46

²⁷⁰ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §47-51

²⁷¹ Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §52-53

²⁷² Methanex Co., Kısım III Bölüm B, §54

Sonuç olarak Heyet “*noktaları birleştirme*” yöntemine muhalif değildir ancak mevcut davadaki tüm deliller Methanex’in ortaya koyduğu çıkarımın aksine delalet etmektedir.²⁷³

Sonuç olarak Heyet, Vali Davis’in takdir yetkisi kapsamında hareket ettiğine, metanol yahut MTBE üreticilerine zarar vermek gibi bir amacı olmadığına ve bunların aksini ispatlayacak hiçbir sağlam delil bulunmadığına karar vermiştir.²⁷⁴

Methanex Corporation v. United States of America kararı, yolsuzluğun ispatlanmasında ikinci derece delillerin ve çıkarımların kullanılmasına yarayan “*noktaları birleştirme*” yönteminin kullanılması sebebiyle ziyadesiyle önemlidir. Bu kararın önemli bir diğer özelliği ise, siyasi kampanyalara yapılan bağışların hukuki statüsünü incelemesi sebebiyle hukuka uygun ödemeler ile yolsuz para transferleri arasındaki fark güzel bir örnek teşkil etmesidir.

2.1.2.4. Tanzania Electric Supply Co. v. Independent Power Tanzania Ltd (2001)

a. Maddi Vakıalar

Tüm paylarıyla Tanzania Birleşik Cumhuriyeti’ne ait olan ve ülke çapında elektrik üretimi, tedariki ve taşınmasıyla görevli “*Tanzania Electric Supply Company Limited*” (“*TanESCO*”), 26 Mayıs 1995 tarihinde çoğunluk payları Malezya menşeli bir şirkete ait olan “*Independent Power Tanzania Limited*” (“*IPITL*”) ile IPITL tarafından Tegeta, Tanzania’da 100 megawatt üretim kapasitesinde bir tesisin projesinin hazırlanması, kurulması, işletilmesi ve yirmi sene boyunca TanESCO’ya elektrik enerjisi temin edilmesine yönelik bir Enerji Satın Alma Anlaşması (PPA) yapmıştır.²⁷⁵

Söz konusu PPA, Tanzania’da büyük bir enerji krizi yaşandığı ve daha fazla enerji üretiminin acele olarak çözümlenmesi gerektiği sırada imzalanmıştır.²⁷⁶ Buna bağlı olarak Tanzania ve TanESCO iki Kanadalı yatırımcı ile mevcut projeye rakip olacak şekilde yeni bir sözleşme ilişkisine girmiş ve hem TanESCO içerisinde hem de Tanzania Hükümeti içerisinde IPITL ile yapılan sözleşmenin, sona erdirilemiyorsa bile, ötelenmesine veya ağırdan alınmasına

²⁷³ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §57

²⁷⁴ *Methanex Co.*, Kısım III Bölüm B, §60

²⁷⁵ *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Karar No. ARB/98/8, Nihai Karar, 12 Temmuz 2001, §1-3

²⁷⁶ *Tanzania Electric Supply Co.*, §9

yönelik baskılar oluşmuştur.²⁷⁷ Tesisin inşaatının sonuna gelinmesi ve işletmesinin başlamasının yaklaşması ile beraber taraflar arasında kurulacak enerji üretim motorlarının nevi ve elektrik satın alma tarifesinin belirlenmesi hususlarında taraflar arasında anlaşmazlıklar çıkmıştır bu anlaşmazlıklara ilişkin müzakereler sürerken Tanesco tarafından, 20 MW gücünde beş tane motor kurulması gerekirken 10 MW gücünde on tane motor kurulduğundan bahisle , IPTL'nin borcunu ifada kusurlu davrandığına ilişkin bir ihtar gönderilmiştir.²⁷⁸

Taraflar arasındaki sözleşme uyuşmazlıkların çözümü için ICSID nezdinde tahkim öngördüğünden Tanesco 25 Kasım 1998'de ICSID'e tahkim için başvuruda bulunmuştur.²⁷⁹ Her ne kadar taraflarca ICSID'in yargı yetkisine ilişkin bir itiraz gelmemiş ise de Heyet bu konuyu, taraflardan birinin doğrudan devlet olmaması sebebiyle, inceleme gereği duymuştur; bu kapsamda öncelikle Tanesco'nun ICSID Konvansiyonu 25(1) hükmü kapsamında Tanzanya'nın temsilcisi olarak atandığını ve Tanzanya tarafından söz konusu PPA kapsamında ICSID'e başvurma konusunda yetkilendirildiğini tespit etmiş dolayısıyla Tanesco'nun başvuru hakkını varlığına karar vermiş daha sonra IPTL'nin paylarının yüzde yetmişinin (%70) Malezya asıllı kişilere ait olduğunu ve hem Malezya'nın hem de Tanzanya'nın ICSID Konvansiyonu'na taraf olduklarını tespit etmiş ve tüm bu tespitlerinin neticesine yargı yetkisinin varlığına karar vermiştir.²⁸⁰

b. Yolsuzluk İddiaları

Tanesco, IPTL tarafından hem Tanzanya Hükümeti'ndeki ve Tanesco'daki çalışanlara rüşvet verildiği ve verilmeye çalışıldığını iddia etmiştir. Heyet tarafından konu ile alakalı tarafların belgeleri istenmiş ise de Tanesco, yerel mercilerce soruşturmalar devam ettiğinden söz konusu belgeleri verme konusunda sürekli süre uzatımı istemiş ancak sonunda Heyet bu süreyi vermeyerek elindeki belgelerle konu üzerinde hüküm vermiştir.²⁸¹

²⁷⁷ *Tanzania Electric Supply Co.*, §16

²⁷⁸ *Tanzania Electric Supply Co.*, §15, §17

²⁷⁹ *Tanzania Electric Supply Co.*, §10, §19

²⁸⁰ *Tanzania Electric Supply Co.*, §13

²⁸¹ *Tanzania Electric Supply Co.*, §40-49

c. Hukuki Çıkarımlar

Öncelikle Heyet sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş olan Tanzanya Hukuku'nun olduğunu tespit etmiş ve yolsuzluk dahil tüm uyuşmazlıkların bu hukuka göre çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁸² Heyet Tanesco ve Tanzanya tarafından talep ettiği belgelerin getirilmemesi karşısında elindeki belgeler üzerinde yolsuzluk hususunu incelemiştir; mevcut belgeler ışığında Heyet, IPTL tarafından Tanesco çalışanlarına herhangi bir rüşvet verildiğine dair ciddi bir delil bulunmadığı dolayısıyla bu iddianın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁸³

Buna rağmen Heyet önündeki belgelerden yolsuzluk olması muhtemel tek bir transfer olduğunu, bunun da sözleşmenin tarafı olan bir Tanesco çalışanına değil Tanzanya Hükümeti içerisinde bulunan Mrs. Masunzu'ya verilmiş olan yüz bin (100.000) Tanzanya Şilini yani iki yüz (200) Amerikan Doları değerindeki bir tatil hediye paketi olduğunu tespit etmiştir; Her ne kadar Mrs. Masunzu daha önce iki sefer kendisine yirmi bin (20.000) Amerikan Doları teklif edildiğini ve söz konusu 100.000 Tanzanya Şilini değerindeki hediye paketini alarak IPTL'nin söz konusu projede kendisinin desteğini aldığını iddia etmiş ise de Heyet bu iddiaları öncelikle söz konusu rüşvet miktarı kadar az bir meblağ için böylesine bir projede nüfuz kullanmanın makul olmadığı ve Mrs. Masunzu'nun desteğinin elzem veya gerçekten bir etkiye sahip olduğuna dair bir delil bulunmadığı gerekçeleriyle reddetmiştir.²⁸⁴ Bu açıklamalar ışığında Heyet söz konusu PPA'nın herhangi bir hukuki sakatlığı bulunmayan ve taraflar arasında bağlayıcılığı devam eden bir sözleşme olduğuna hükmetmiştir.²⁸⁵

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited kararının yatırım tahkiminde yolsuzluk bakımından en ilginç yanı devlete ait bir şirket tarafından devletin görevlilerinin yolsuzluğunun iddia edilmiş olmasıdır ki bu alışlagelmiş tek merkezli yolsuzluktan farklı olarak yolsuzluğun ne kadar farklı şekillerde gerçekleşebileceğinin güzel bir göstergesidir.²⁸⁶ Buna ek olarak verilen miktarın büyüklüğünü incelemesi ve söz

²⁸² *Tanzania Electric Supply Co.*, §51

²⁸³ *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Karar No. ARB/98/08, Nihai Karar Ek-C Tarife ve Diğer Kalan Hususlar Hakkında Karar, §53

²⁸⁴ *Tanzania Electric Supply Co. Ek-C*, §55

²⁸⁵ *Tanzania Electric Supply Co. Ek-C*, §57

²⁸⁶ Llamazon, s.136

konusu miktarı alan kişinin iddia edilen yolsuzluğu gerçekleştirmeye kabil olup olmadığını incelemesi de ayrıca önemlidir.

2.1.2.5. Thunderbird v. Mexico (2006)

a. Maddi Vakıalar

Kanada asıllı ancak merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan "*International Thunderbird Gaming Corporation*" ("*Thunderbird*") oyun makineleri üreten ve bunları pazarlayan bir şirkettir. Meksika'da "skill machine" isimli oyun makinelerini pazarlamayı ve buna ilişkin tesisler kurmayı planlayan Thunderbird, söz konusu makinelerin dolayısıyla yatırımının Meksika Hukuku'na uygun olup olmadığına ilişkin bir özelge talebiyle Meksika Hükümeti'ne başvurur.²⁸⁷ Bu başvuru kapsamında ürünlerinin Meksika Oyunlar ve Piyangolar Federal Kanunu kapsamında yasak olup olmadığını inceleyen Meksika İç İşleri Bakanlığı öncelikle, her türlü kumar ve şans oyununun Meksika'da yasak olduğunu ve İç İşleri Bakanlığının kumar yahut şans oyunu olabilecek her türlü oyunu denetlemekle yükümlü olduğu tespitini yapmış ve başvurusunun makinesi hakkındaki beyanını esas kabul ederek kullanıcılarının eğlenmesi amacını güden, bir ödül kazanılmasının şansa veya kumara değil oyuncunun kabiliyetine bağlı olduğu söz konusu oyun makinelerinin kullanımının, eğer başvurusunun beyanları gerçekte örtüşüyorsa, yasaklanamayacağına karar vermiştir.²⁸⁸

Bu özelgenin alınması üzerine Thunderbird birçok oyun tesisi kurmaya başlamış ve 2000 senesinin sonu itibarıyla bunlardan bir kısmını faaliyete geçirmiştir. Ancak Aralık 2000'de Meksika'da hükümet değişmiş ve yeni hükümet Thunderbird'ün tesislerini kapatmaya başlamış; ve 10 Ekim 2001'de Meksika İç İşleri Bakanlığı tarafından çıkarılan idari karar neticesinde Thunderbird'ün makinelerinin kullanımının Meksika Oyunlar ve Piyangolar Federal Kanunu kapsamında yasak olduğuna karar vermiş ve Thunderbird'ün tüm faaliyetlerini durdurmuştur.²⁸⁹ Bunun üzerine Thunderbird, Meksika'nın kendi özelgesiyle yaratmış olduğu meşru beklentilere aykırı davrandığından da bahisle, 21 Mart 2002'de NAFTA'nın ihlal edildiği gerekçesiyle ICSID nezdinde yatırım tahkimine başvurmuştur.²⁹⁰

²⁸⁷ *International Thunderbird Gaming Co. V. The United Mexican States*, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Tahkim Kararı, 26 Ocak 2006, §48

²⁸⁸ *Thunderbird Gaming*, §55

²⁸⁹ *Thunderbird Gaming*, §60-73

²⁹⁰ *Thunderbird Gaming*, §6

b. Yolsuzluk İddiaları

Heyet, Thunderbird'ün meşru beklenti iddiasını incelerken, Meksika'nın söz konusu özelgenin, Thunderbird'ün Meksika'daki lobici-avukatlarıyla yapmış olduğu sözleşme kapsamında eğer kendi görüşlerine uygun bir özelge alabilirlerse üç yüz bin (300.000) Amerikan doları ve eğer tek yetkililiklerini sağlayacak bir karar almaları halinde buna ek yedi yüz bin (700.000) Amerikan Doları başarı ücreti ödeme öngörmesinden bahsederek, yolsuzluk vasıtasıyla elde edildiği imalarını incelemiştir.

c. Hukuki Çıkarımlar

Ancak bu incelemesi neticesinde Heyet önyargılara çıkarımlara hele spekülasyonlara dayanamayacağını belirtmiş eğer Thunderbird ile avukatları arasında yolsuz bir ilişkinin varlığı iddia ve ispat edilmezse Heyet'in söz konusu özelgeyi meşru kabul etmek zorunda kalacağına hükmetmiştir.²⁹¹ Her ne kadar Heyet yolsuzlukla alakalı imaları açıkça iddia ve ispat yokluğu sebebiyle reddetmişse yazdığı Muhalefet Şerhi'nde²⁹² Prof. Thomas Wälde tarafından yolsuzluk konusuna da etraflıca değinilmiştir.

Prof. Walde, öncelikle artık yatırım tahkimlerinde hem yatırımcı tarafından hem de devletler tarafında yolsuzluğun sıklıkla ima edildiğini ancak bu imalara, açık bir şekilde iddia edilmedikleri takdirde, tahkim heyetlerince itibar edilmemesi gerektiğini zira bu imaların herhangi bir tartışma alanı doğurmadığını dolayısıyla tarafların adil yargılama hakkına aykırı sonuçlar doğurduklarını savunmuş; tahkim heyetlerinin ne doğrudan ne de dolaylı olarak yolsuzluk imalarından kesinlikle etkilenmemeleri gerektiğini ve bu kapsamda hem bilinçlerini hem de bilinçaltılarını yolsuzluk iddialarından azade tutmak ve hem kararlarını hem de kararlarının ardındaki dinamiklerini yolsuzluk imalarından uzak önlerinde adil olarak tartışılmış iddialara ve delillere dayandırmak zorunda olduklarını savunmuştur.²⁹³

Prof. Walde her ne kadar yolsuzluğun iddia edilmeden ima seviyesinde ileri sürülmesi halinde dikkate alınmaması gerektiği hususunda Heyet'in geri kalanıyla uzlaşıda olsa da yolsuzluk imalarının ister istemez Heyet'in kararını etkilediğini, bu imaların tahkim sürecinin

²⁹¹ *Thunderbird Gaming*, §150

²⁹² *International Thunderbird Gaming Co. V. The United Mexican States*, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, 1 Aralık 2005

²⁹³ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §20

üzerinde kara bulut gibi durduğunu ve bu imalar ortaya atıldıktan sonra Heyet'in bunlardan azade olarak söz konusu özelgenin hukuka uygunluğunu inceleyebileceğine inanmanın zor olduğunu savunmuş dolayısıyla bu kara bulutlar Heyet'in kararın rengine etki ederken bunlara değinmeden geçilmesini doğru bulmadığını ifade etmiştir.²⁹⁴

Prof. Walde, öncelikle eğer hukuka aykırı vasıtaların özelgenin elde edilmesi ispat edilirse artık Thunderbird'ün herhangi bir meşru beklentisinden bahsedilemeyeceğini savunmuş ve hukuka aykırı yollarla elde edilen hakların hiçbir şekilde milletlerarası antlaşmaların korumasından faydalanamayacağını ifade etmiştir. Daha sonra yolsuzluğun ispatlanması konusunda gün geçtikçe açık, kesin ve şüpheden uzak delillerin kullanımının yerini "kırmızı bayrak" yöntemine bıraktığını tespit etmiştir.²⁹⁵ Bu noktada eğer bir kırmızı bayrak bir para transferinin içerisinden ortaya çıkar ve makul bir şüphe uyandırırsa artık bu para transferini kontrolü altında tutan tarafın bu şüpheyi dağıtması gerektiğini ve eğer bunu başaramazsa bundan birtakım çıkarımlar yapılması gerektiğini savunmuştur; bu davada da Meksika'nın imasında bulunduğu yolsuzlukla alakalı gerekli tanıkları dinletmemiş olmasından sonuçlar çıkarılması gerektiğini savunmuştur.²⁹⁶

Prof. Walde daha sonra Thunderbird ile Meksika'da kendi adlarına müzakerelerde bulunması ve işlemler yapması için anlaştığı avukatlar arasında ödeme konusunda saatlik faturalandırma yerinde belli başlı sonuçları elde etmeleri halinde büyük meblağlar ödenmesinin öngörülmüş olmasının "per se" yolsuzluk sonucu doğurmayacağını aksine bu tarz yerel lobicilerin bulunmadığı yatırımların nadir olduğunu ifade etmiştir.²⁹⁷

Prof. Walde, söz konusu davadaki esasa etkili bazı olayların Heyet'in önünde değil gizli şekilde adeta bir "kara kutu" içerisinde gerçekleştiğini ifade etmiş ve bu sebeple Heyet'in bazı hususları tespit ederken mecburen varsayımlara ve akla yatkınlık testlerine başvurmak zorunda kaldığını ifade etmiştir; bu doğrultuda gerçekten söz konusu meblağların yerel avukat-lobicilere karar verici kamu görevlilerini hukuka aykırı olarak etkilemeleri için verilmiş olmasının imkansız olmadığını ancak aynı zamanda söz konusu yasaklamaların Meksika tarafından Thunderbird'ün rakibi olan Guardia'nın önünü açmak için yapılmış olmasının da

²⁹⁴ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §111

²⁹⁵ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §112

²⁹⁶ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §113

²⁹⁷ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §116

ihтимaller dahilinde olduğunu ifade etmiştir.²⁹⁸ Ancak Prof. Walde bu iki teorinin de hakikatten ziyade birer zan olduklarını ve gelişmekte olan ülkelerde ve geçiş ülkelerinde yatırım müzakereleri çevresinde geçirmiş olduğu 30 yıllık profesyonel hayatı boyunca nadiren yolsuzluk dedikodusundan yoksun bir yatırıma şahit olduğunu ifade etmiş; dedikodulara dayanmanın her ne kadar komplocu bakış açılarıyla akla uygun görünürlerse görünsünler yolsuzlukla alakalı hüküm verirken doğru olmadığını ifade etmiştir.²⁹⁹

Sonuç olarak Prof. Walde teorilere dayalı olarak karar vermeyeceğini ifade ettikten sonra yolsuzluk imalarında bulunan Meksika'nın, her ne kadar bu yükünün kırmızı bayraklar vasıtasıyla hafifleyebileceğini ifade etse de, ispat yükünü üzerinde bulundurduğunu ve bu kapsamda *Methanex v. U.S.A* kararına atıfta bulunarak eğer bir taraf yolsuzluğu ileri sürecekse bunu ispatlayamayacak olsa bile en azından bunu iddia edecek temeli oluşturmakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir.³⁰⁰

Prof. Walde yolsuzlukla alakalı tespitlerini sona erdirirken yatırım tahkiminde git gide kuvvetlenen yolsuzluğu iddia etmek yerine birtakım yolsuzluk imalarında bulunma eğilimine değinmiştir:

*“Ortaya çıkıp temellendirilmiş şekilde iddiada bulunup bu iddianın heyet önünde düzgün bir şekilde tartışılması ve sınanmasına hazır olmadan imalarda bulunmak dava yürütmenin zehirli bir yoludur. Adil ve tam bir yargılamaya sunmaya hazır olmadan hem davacılarca hem de davalılarca böyle imalarda bulunulması yatırım tahkiminde gün geçtikçe daha yaygın hale gelmektedir. Tahkim Heyetleri bu taktiğin kullanılması hevesini aktif şekilde kırmalı ve bu imaların doğrudan veya dolaylı olarak kararlarında hiçbir etkiye sahip olmamasını sağlamalıdır.”*³⁰¹

Son olarak Prof. Walde, Heyet tarafından, standart yatırım tahkim uygulamasındaki eşit bölüşme kuralından farklı olarak, yargılama giderlerinin yüzde yetmiş beşini (%75) Thunderbird'ün üstlenmesi şeklinde hüküm kurulmasının temelinde yolsuzluk imaları bulunduğunu savunmuştur. Eğer böyle bir yolsuzluk hakikaten gerçekleşmiş olsaydı davacıyı

²⁹⁸ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §114

²⁹⁹ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §115

³⁰⁰ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §117

³⁰¹ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §118

etik dışı hareketinden dolayı cezalandırmaktan çekinmeyeceğini belirtmiş hatta söz konusu yolsuzluk için kesin deliller aramadığını ispat yükünün yer değiştirmesine yetecek göstergeler olmasının da yeterli olacağını ifade etmiştir ancak Meksika tarafından böyle göstergelere dayanılmadığı gibi herhangi bir yolsuzluk iddiasında da açıkça bulunulmamıştır. Bu tutum ışığında yolsuzluk iddiaları dikkate alınamayacağını aksi takdirde dünyadaki tüm hükümetlere yolsuzluk imasının olağan bir savunma yöntemi olarak sunulması sonucunun doğacağını ve yolsuzluğun gerçekleşmediğinin ispatının, yatırım yapılırken yerel araçlarla ve hükümet yetkileriyle yakın ilişkiler içine girmenin kaçınılmaz olduğu gerçeğinin ışığında, neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmiştir.³⁰²

Sonuç olarak *International Thunderbird Gaming Co. V. The United Mexican States* kararında Heyet yolsuzluk iddialarını, açıkça iddia edilmemeleri halinde dikkate almayarak önemli bir içtihat ortaya koymuştur ancak muhalefet şerhinde Prof. Thomas Walde'nin hem kırmızı bayrakların kullanıma atıf yapması hem yolsuzluğun varlığının söz konusu tarafı korumadan yoksun bırakacağını tespiti hem yolsuzluğun ispatı için yeterli göstergelerin varlığı halinde ispat yükünün yer değiştireceğini kabul etmesi hem de yolsuzluk imalarının heyet üzerindeki etkisinin aktif şekilde sıfırlanması gerekliliğine dikkat çekmesi açısından önemlidir.

2.1.2.6. African Holding Company of America, INC et Société Africaine de construction au Congo SARL v. République Démocratique du Congo (2008)

a. Maddi Vakıalar

Amerika Birleşik Devletleri asıllı bir şirket olan “*African Holding Company of America, INC*” (“*African Holding*”) ve Kongo asıllı “*Société Africaine de construction au Congo SARL*” (“*SAFRICAS*”), Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmediğinden bahisle Eylül 2005'te ICSID nezdinde yatırım tahkimine başvurmuşlardır.³⁰³

³⁰² *Thunderbird*, Prof. Thomas Walde Muhalefet Şerhi, §147

³⁰³ *African Holding Company of America, INC et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République Démocratique du Congo*, ICSID Karar No. ARB/05/21, Kabul Edilebilirlik ve Yetki İtirazları Hakkında Karar, 29 Temmuz 2008, §1, §22

b. Yolsuzluk İddiaları

Kongo her ne kadar yargı yetkisine karşı olan itirazlarını borcun doğduğu iddia edilen sözleşmenin yazılı kopyasının sunulamıyor olmasına dayandırmış olsa da aynı zamanda söz konusu inşaat sözleşmesinin, SAFRICAS'ın da epey dahil olduğu, Mobutu rejiminin yolsuz aktiviteleri neticesinde elde edildiğini dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin var olmadığını savunmuştur.³⁰⁴ Kongo bu iddiasını desteklemek için Kongo'da beş bin (5.000) Amerikan dolarından fazla bedel öngören sözleşmelerin ihale usulü ile yapılması gerektiğini oysa söz konusu sözleşmenin doğrudan müzakere yöntemi ile yapıldığını göstermiş ve ihalenin yapılmamış olmasının hem sözleşmenin hukuka aykırılığını doğurduğunu hem de ancak yukarıda bahsedilen yolsuz aktivitelerle açıklanabileceğini savunmuştur.³⁰⁵

Buna karşılık davacılar Kongo İhale Hukuku'nun birkaç durumda idarenin ihale yapılmadan sözleşmeye girebileceğini savunmuş; bu durumlardan ikisinin söz konusu işin acil olması ve pazarın ihale yapmayı mümkün kılmayacak şekilde kısıtlı olması olduğunu ifade etmiş ve söz konusu sözleşmeyi imzaladığında SAFRICAS'ın piyasada söz konusu işi yapabilecek tek şirket olduğundan hukuka aykırılık ve yolsuzluk iddialarını reddetmiştir.³⁰⁶

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet öncelikle yolsuzluğun çok ciddi bir konu olduğunu belirtmiş ancak ispatı için, yolsuzluğu suç kabul eden ülkelerde yolsuzluktan hüküm kurulmasına sebebiyet verecek şekilde, reddedilemez deliller gerektirdiğine hükmetmiştir. Bu bilgiler ışığında Heyet davalı Kongo'nun bu anlamda herhangi bir delil sunmadığını aksine Mobutu döneminin genel özelliklerinden ve genel politik durumundan bahsetmekle yetinmiş olduğunu dolayısıyla bu iddiaları taraflar arasında hukuki sonuç doğuracak şekilde kabul edemeyeceğinden bahisle yolsuzluk iddialarını reddetmiştir.³⁰⁷

Heyet yolsuzluk incelemelerini bitirmeden önce, Kongo'nun dilekçesinde atıf yaptığı World Duty Free v. Kenya kararı ile bu davayı karşılaştırmış oradaki açık yolsuzluk itirafı gibi reddedilemez bir delilin burada bulunmadığından bahisle iki durumun aynı olmadığını ifade

³⁰⁴ *African Holding*, §48

³⁰⁵ *African Holding*, §49

³⁰⁶ *African Holding*, §50

³⁰⁷ *African Holding*, §52

etmiştir.³⁰⁸ Son olarak Heyet gün geçtikçe daha fazla devletin yolsuzluk iddialarına başvurarak hem heyetlerin yargı yetkilerine itiraz etmesinden hem de davayı esastan reddetmeye çalışmalarından rahatsızlık duyduğunu ve bu durumun yolsuzluk için aranan ispat yükünün ağır olması için başka bir gerekçe olduğunu ifade etmiştir.³⁰⁹

African Holding Company of America, INC et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République Démocratique du Congo kararı davalı devletin yolsuzluk savunmasını külli savunma olarak kullandığı davalardan biridir; bunun yanında devletin kendisinin önceki hükümetlerinin yolsuzluklarına dayanarak savunma yapması sebebiyle önemli bir karardır.

2.1.2.7. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan (2008)

a. Maddi Vakıalar

İkisi de Türk asıllı şirketler olan Rumeli Telekom A.Ş. (“Rumeli Telekom”) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (“Telsim”), Kazakistan’da telekomünikasyon alanında hizmet vermek amacıyla, başlangıçta Rumeli Telekom ve Kazakistan devletine ait Investel isimli firma ortaklığı ile kurulmuş olan, KaR-Tel isimli ortak teşebbüsün ortaklarıdır.³¹⁰ KaR-Tel’in paylarının toplamda yüzde altmışını (%60) elinde bulunduran davacılar söz konusu ortak teşebbüse yatırımda bulunmuş ve büyük borçlar vermişlerdir.³¹¹ Davacıların sağladığı sermaye ile KaR-Tel Kazakistan Yatırım Komitesi’yle GSM sektöründe faaliyet göstermesi için gerekli lisansı da içinde barındıran bir yatırım sözleşmesi imzalamış bu kapsamda GSM sektörü ile alakalı birçok yatırımı gerçekleştirmeyi üstlenmiş buna karşılık vergi muafiyeti gibi pek çok teşvik kazanmıştır.³¹²

Ancak 21 Şubat 2002’de Yatırım Komisyonu, KaR-Tel’in, pek çok sefer sözleşmeyi ve özellikle sözleşme kapsamındaki bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle yatırım

³⁰⁸ *African Holding*, §54

³⁰⁹ *African Holding*, §55

³¹⁰ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Karar No. ARB/05/16, Karar, 29 Temmuz 2008, §1-4, §8

³¹¹ *Rumeli Telekom*, §341-343

³¹² *Rumeli Telekom*, §100-103

sözleşmesini ve dolayısıyla GSM Lisansını sona erdirmiştir.³¹³ Buna ek olarak Telsim ve Rumeli Telekom'un Kazak ortağı Investel, Türk ortaklarının yokluğunda Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı gerçekleştirmiş ve bu Genel Kurul neticesinde alınan kararla Almaty Mahkemesi'nden Türk ortakların yatırım sözleşmesinin sona ermesine sebebiyet vererek şirkete verdikleri zararın belirlenmesini ve Türk ortaklarının paylarının zorla şirkete satılmasına karar verilmesini istemiştir.³¹⁴ Almaty Mahkemesi'nin kırk milyon (40.000.000) Amerikan doları Türk ortakların KaR-Tel'e zarar verdiği ve dolayısıyla paylarının zorla KaR-Tel'e satılmasına karar vermiştir.³¹⁵ 15 Eylül 2003'te Kazak hukuk sisteminde medeni yargının en üst mercii olan Kazakhstan Supreme Court'u ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onamış ve ayrıca satılmasına karar verdiği Türk ortakların paylarının değerinin toplamda üç bin (3.000) Amerikan doları olduğuna hükmetmiştir.³¹⁶ Bu karardan yaklaşık bir yıl sonra 27 Ağustos 2004'te KaR-Tel bir Rus firması olan VimpelCom'a üç yüz elli milyon (350.000.000) Amerikan dolarına satılmıştır.³¹⁷

Bu olayların ışığında 20 Temmuz 2005 tarihinde Telsim ve Rumeli Telekom Kazakistan Cumhuriyeti aleyhine ICSID nezdinde yatırım tahkimi sürecini başlatmıştır.³¹⁸

b. Yolsuzluk İddiaları

Davacılar yolsuzluk iddialarına Kazakistan'da Başkan Nursultan Nazaryev'in ülkeyi demokratik olmaktan uzak usullerle yönettiklerinden ve buradaki mahkemelerin gerçekte çok kısıtlı bağımsızlığa sahip olduklarından bahsederek başlamışlardır.³¹⁹ Daha sonra bir ülkede yaygın şekilde yolsuzluğun var olmasının, bir davada yolsuzluğun varlığına ikinci derecede de olsa delil teşkil ettiğini ve bu görüşünün daha önce milletlerarası ticari tahkimde İran'da gerçekleşen bir yolsuzlukla alakalı kabul görmüş bir görüş olduğunu; aynı şekilde bu davada da davalı Kazakistan'ın organlarının taraflılığı ve Kazakistan'ı yöneten Nazaryev ailesi ile bu organların iç içe geçmiş olmasının aşıkâr olduğu gerçeği ışığında bu durumun yolsuzluğun varlığına delalet etmesi gerektiğini savunmuştur.³²⁰

³¹³ *Rumeli Telekom*, §113

³¹⁴ *Rumeli Telekom*, §120

³¹⁵ *Rumeli Telekom*, §145

³¹⁶ *Rumeli Telekom*, §154-155

³¹⁷ *Rumeli Telekom*, §159

³¹⁸ *Rumeli Telekom*, §14

³¹⁹ *Rumeli Telekom*, §355

³²⁰ *Rumeli Telekom*, §446

Davacılar, yukarıdaki genel açıklamalara ek olarak, paylarının yok pahasına ellerinden alınmasına sebebiyet veren Supreme Court kararının Kazak Hukuku'na ziyadesiyle aykırı olduğunu öyle ki yetkin ve adil hiçbir yargıcın böyle bir karar veremeyeceğini dolayısıyla bunun ancak Telecom Invest ile Kazak mahkemeleri arasındaki gizli bir anlaşma ile açıklanabileceğinden bahisle yolsuzluğun varlığını iddia etmişlerdir.³²¹ Bu açıklamalarının devamında davacılar Kazak Hukuku ihlallerinin Yargıç Begaliev'in verdiği ve davacıların paylarının zorunlu olarak KaR-Tel'e satımını öngören karar ile zirveye ulaştığını belirtmiş; bu karar ile gizli genel kurula meşruiyet kazandırıldığını, Kazak Hukuku'nda her ne kadar azınlığın kararı ile çoğunluğun paylarının satılmasına ilişkin bir usul mümkün değilse de böyle bir karar ile bunun mümkün kılınmasının hukuka aykırı olduğunu ve böyle bir kararın ancak taraflı bir hakimce verilebileceğini savunmuştur.³²² Bunlara ek olarak KaR-Tel'in genel müdürü Bora Agilönü, Yargıç Begaliev'in kendisinden yararlarına bir karar vermek için dört yüz bin (400.000) Euro rüşvet istediğini sonrasında ise aleyhlerine karar vermek için en yukarıdan talimat aldığını, bu talimata uymazsa kendisini ve ailesini tehlikeye atacağını söylediğini iddia etmiştir.³²³

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet, öncelikle ihkak-ı haktan imtina etmenin hem milletlerarası teamül hukukunda yasak olduğunu hem de böyle bir hareketin yatırım antlaşmalarında öngörülen adil ve eşit davranma yasağına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir.³²⁴ Heyet adil yargılamaya aykırı olarak hareket eden bir mahkemenin görevini ifa etmemiş sayılacağını, tarafların ikisinin de keyfi, adil olmayan, kişiye özgü verilmiş kararların ve politik baskı altında verilen, yolsuzluk veya korkutma ile alınmış kararların ihkak-ı haktan imtina etme manasına geleceği hususunda esasında anlaşıklarını tespit etmiştir.³²⁵ Heyet her ne kadar Ancak Heyet bu yolsuzluk iddiaları üzerinde çok durmamış söz konusu iddiaları davalı ve Yargıç Begaliev tarafından reddedildiğini ve davacının bunlara karşılık gelecek şekilde somut delillerle aksini ispatlayamadığına hükmetmiştir.³²⁶

³²¹ *Rumeli Telekom*, §412-413

³²² *Rumeli Telekom*, §420-424

³²³ *Rumeli Telekom*, §425

³²⁴ *Rumeli Telekom*, §651

³²⁵ *Rumeli Telekom*, §652-653

³²⁶ *Rumeli Telekom*, §655

Rumeli Telekom v. Kazakhstan kararı davacının ülkedeki başkanın diktatör benzeri güçlere sahip olması ve bunun yargı kararlarını etkilediği gibi soyut isnatlarının ciddiye alınmaması ve bu kadar ciddi ithamlar için somut deliller talep edilmiş olması bakımından önemlidir.

2.1.2.8. Niko Resources v. Bangladesh, BAPEx and Petrobangla (2014)

a. Maddi Vakıalar

Barbados asıllı bir şirket olan “*Niko Resources (Bangladesh) Ltd.*” (“*Niko*”), Bangladeş’te doğalgaz altyapısı sektöründe hizmet veren bir şirkettir.³²⁷ Niko 16 Ekim 2003’te Bangladeş Hükümeti’nin riyaseti ve onayıyla “*Bangladesh Petroleum & Production Company Limited*” (“*BAPEx*”) ile bir Joint Venture Anlaşması (“*JVA*”) imzalamıştır.³²⁸ Niko ve BAPEx, “Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“*Petrobangla*”) ile Doğalgaz Satım Sözleşmesi için 2004’te müzakerelere başlamış ama ancak 2006’ta söz konusu sözleşmeyi imzalamışlardır buna karşın Niko ve BAPEx kurdukları kuyuların çalışmaya başladığı yıl olan 2005’ten itibaren Petrobangla’ya gaz tedarik etmeye başlamıştır.³²⁹ Sözleşme yokluğunda tedarik ilişkisi sürerken doğalgaz yatağında yapılan kazı çalışmaları sırasında patlama gerçekleşmiş; Bangladeş Hükümeti ile BAPEx bundan Niko’yu sorumlu tutmuş ve 2008 senesinde yerel mahkemelerde Niko aleyhine dava başlatmışlar ve bu olaylardan sonra 2010 yılında davacı davalılar aleyhine toplamda iki kez ICSID nezdinde yatırım tahkimine başvurmuş, bu başvurular birleştirilmiştir.³³⁰

b. Yolsuzluk İddiaları

Doğalgaz Satım Sözleşmesi için müzakereler hala sürmekteyken 23 Mayıs 2005 tarihinde davacı, dönemin Bangladeş Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı’na bir araba hediye etmiş ve Bakan Niko’nun hâkim şirketi konumundaki “*Niko Resources Ltd. (Canada)*” (“*Niko Canada*”) tarafından Calgary’e tüm bedelleri Niko tarafından karşılanmak üzere davet edilmiştir; söz konusu araba hediye edilmesinin Bangladeş kamuoyu tarafından öğrenilmesi ve

³²⁷ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People’s Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, ICSID Karar No. ARB/10/11 ve ARB/10/18, Yargı Yetkisi Hakkında Karar, 19 Ağustos 2013, §168

³²⁸ *Niko Resources*, §2

³²⁹ *Niko Resources*, §3-4

³³⁰ *Niko Resources*, §5, §7

Bakan 18 Haziran 2005'te istifa etmiş iki gün sonra da söz konusu arabayı iade etmiştir; bu olayların ışığında Kanada'da Niko Canada hakkında soruşturma başlatılmış, Niko Canada bu soruşturma neticesinde itirafta bulunarak uzlaşmış ve dokuz buçuk milyon (9.500.000) Kanada Doları karşılığında uzlaşmıştır.³³¹

Bu vakıaların ışığında davalılar Heyet'in yargı yetkisi olmadığına karar vermesi gerektiğini zira davacının hem iyi niyet kurallarına hem de milletlerarası kamu düzenine aykırı davrandığını savunmuş; hileli davranışların sergilendiği davaları etraflica yatırımın doğumundan sona ermesine kadar incelemesi gerektiğini ve *Phoenix Action Ltd. Czech Republic*³³² kararına atıf yaparak ICSID hakem heyetlerinin görevlerinden birinin de milletlerarası yatırımların ICSID Konvansiyonu altında korunmasının kötüye kullanılmasını engellemek olduğunu bu kapsamda milletlerarası iyi niyet kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilmiş yatırımları korumaması gerektiğini ifade etmiştir.³³³

Daha sonra davalılar rüşvet suçunun hem yerel hukukta hem de milletlerarası hukukta kamu görevlisine onu ve alacağı kararları etkilemek amacıyla bedelin verilmesiyle gerçekleşmiş olduğunu dolayısıyla söz konusu rüşvetin, kamu görevlisinin kendisinden arzulanan şekilde hareket etmesi sonucunu doğurup doğurmadığının rüşvet suçu bakımından bir fark yaratmadığını savunmuştur.³³⁴

Davacı davalıların bu iddiaları karşısında, davalıların vermiş olduğu tahkim örneklerinin antlaşmaya dayalı tahkim örnekleri olduğunu buna karşın bu davanın sözleşmeye dayalı bir tahkim olduğu bu sebeple, yatırımın doğumundan sona ermesine kadar yerel hukuka uygunluk şartı öngören ve davacı ile davalı arasındaki ilişkiye etkili bir ikili yatırım antlaşması bulunmadığından bu tahkimde söz konusu kuralların uygulanabilir olmadığını ve ayrıca yolsuzluk ile elde edilen sözleşme arasında bir rabıta kurulması gerektiğini ancak burada böyle bir bağın kurulamadığını savunmuştur.³³⁵

³³¹ *Niko Resources*, §5

³³² *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Karar No. ARB/06/05, 15 Nisan 2009, ilgili kısım 106 nolu paragrafta geçmektedir.

³³³ *Niko Resources*, §374-376

³³⁴ *Niko Resources*, §377

³³⁵ *Niko Resources*, §378-379

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet yukarıdaki iddiaların ışığında Heyet çözülmesi gereken sorunun davacının içinde bulunduğu yahut bulunmuş olabileceği rüşvet yahut yolsuzluğun davacıyı iddialarının Heyet tarafından dinlenmesi ve hakkında hüküm verilmesi hakkında yoksun bırakıp bırakmadığıdır.³³⁶

Heyet öncelikle davalının dayandığı yolsuzluk iddialarının incelemeye koyulmuştur; bu kapsamda Heyet Niko Canada'nın Kanada'da ceza almasına sebebiyet veren, Niko tarafından Şubat ve Haziran 2005 arasında Bangladeş Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Mosharaf Hossain'e öncelikle bir araba hediye edilmesi daha sonrasında ise Bakan'ın işle alakalı olmayan Calgary gezisinin masraflarının üstlenilmesi eylemlerinin bu dava kapsamındaki yolsuzluk olayları olduğunu tespit etmiş ve bu olayların gerçekleşmiş olduğunun Kanada'daki ceza soruşturmasının sonunda Niko Kanada tarafından imzalanmış ve ikrar edilmiş olan uzlaşma metninden kesin olarak anlaşıldığına hükmetmiştir.³³⁷

Daha sonra Heyet Bangladeş Yolsuzlukla Mücadele Komisyonu (*Bangladesh Anticorruption Commission, "ACC"*) tarafından söz konusu rüşvetler ile alakalı olarak gerçekleştirilen soruşturmalar incelenmiştir. Heyet, ACC tarafından gerçekleştirilen soruşturmaların, ceza ile sonuçlanmak bir yana kovuşturma aşamasına bile ulaşmadığını tespit etmiştir; buna ek olarak Niko ve davalılar hakkında Bangladeş Çevreci Avukatlar Birliği tarafından Bangladesh Supreme Court nezdinde yapılan şikayet kapsamında gerçekleşen yargılamada, Supreme Court'un Joint venture anlaşmasının imzalanması sırasında herhangi bir hukuka aykırı yola başvurulmadığı tespitini de göz önüne alarak Heyet ne joint venture anlaşmasının ne de Doğalgaz Satım Sözleşmesi'nin imzalanmalarına yahut muhtevalarına yolsuzluğun etki etmediği sonucuna ulaşmıştır.³³⁸

Bundan sonra Heyet yolsuzluğun hukuki durumunu incelemiştir. Heyet yolsuzluk ve rüşvetin hukuka aykırılığının milletlerarası hukuki düzen tarafından o kadar kabul edildiğini ki milletlerarası kamu düzeninin hatta uluslararası kamu düzeninin bir parçası haline geldiğini tespit etmiştir.³³⁹ Heyet bu tespitini yaparken World Duty Free kararına atıfta bulunmuş ve bu

³³⁶ *Niko Resources*, §380

³³⁷ *Niko Resources*, §381-386

³³⁸ *Niko Resources*, §426-429

³³⁹ *Niko Resources*, §431

kararda rüşvetin uluslararası kamu düzenine aykırılığının tespit edildiğini ve bu tespit yapılırken birçok milletlerarası konvansiyona, milli ve milletlerarası pek çok yargı kararına ve akademik eserlere başvurulduğunu ifade etmiş ve dolayısıyla zaten taraflarca bu tespitlerin aksi iddia edilmediğinden rüşvetin milletlerarası kamu düzenine aykırılığına hükmetmiştir.³⁴⁰

Heyet yukarıdaki tespitinin sonucunun, milletlerarası kamu düzeninin tarafların serbestilerinden üstün ve evvel olması ve öncelikli uygulanması sebebiyle milletlerarası kamu düzenine aykırı bir sözleşmenin mahkemeler yahut heyetlerce etki kazanamayacağı olduğunu ifade etmiştir.³⁴¹ Bu tespitinin ışığında Heyet, konusu bir kamu görevlisinin yolsuzluğu olan ve nüfuz ticareti yahut rüşvet amacı güden sözleşmelerin hiçbir mahkeme yahut heyetten yardım alma hakkı barındırmadığını ifade etmiş bu çıkarımının pek çok hukuk yazarınca desteklendiğini hatta bu kuralın temelini Roma Hukuku'nda "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" şeklinde ifade edilen "*kimse kendi kanunsuzluğuna dayanarak hak iddiasında bulunamaz*" ilkesine dayandığını ifade etmiştir.³⁴²

Bu açıklamalarından sonra Heyet, yolsuzlukla alakalı 1963 senesinde gerçekleşmiş olan 1110 numaralı ICC tahkiminde yolsuzluk sonucunda hakemin kendi yetkisizliğine karar vermiş olduğuna atıf yapmış ancak bu kararda verilen yetkisizlik kararının, doğru kararın eğer dava reddedilecekse de yargı yetkisinin varlığına karar verilip esastan reddedilmesi gerektiğini savunanlarca birçok tartışmaya konu edildiğini ifade etmiş ve bu tartışmaların Heyet'in önündeki dava bakımından ayrıca önemli olduğunu zira burada doğrudan ya da dolaylı olarak yolsuzluğu konu edinen bir sözleşmenin dava konusu edilmediğini bunun yerine terk edilmiş doğalgaz yataklarının ıslah edilmesi, geliştirilmesi ve doğalgaz satımı gibi meşru amaçlar güden bir sözleşmenin dava konusu edildiğini ifade etmiştir.³⁴³

Bundan sonra Heyet, konusu yolsuzluk olan sözleşmeler (*contracts of corruption*) ile yolsuzluk vasıtasıyla elde edilmiş sözleşmeler (*contracts obtained by corruption*) arasında temel farklılıklar olduğunu ve bu farklılıkların hakem heyetlerini ve mahkemeleri yolsuzluk hakkında hüküm tesis ederken temelden etkilediğini ifade etmiş ve bunların arasındaki farkı, konusu yolsuzluk olan sözleşmelerde amacın kamu görevlisinin yolsuzluğu iken ve bu amaç

³⁴⁰ Niko Resources, §432-433

³⁴¹ Niko Resources, §434

³⁴² Niko Resources, §435-436

³⁴³ Niko Resources, §437-438

sözleşmenin taraflarınca açıkça bilinirken; yolsuzluk vasıtasıyla elde edilen sözleşmelerde konuyu meşru edimler olduğunu ve devleti temsil eden tarafın her zaman rüşvetten haberdar olmayabileceği şeklinde açıklamıştır.³⁴⁴

Heyet bu ayrımı gerçekleştirdikten sonra bu sözleşmelerin sonuçlarının neler olduğunu açıklamıştır; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 50, devletin temsilcilerinin devletin iradesini beyan ederken yolsuzluk içerisinde bulunmaları durumunda, devletin söz konusu antlaşma ile bağlı olmaktan vazgeçme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir, Heyet bu kuralın sadece bir milletlerarası umumi hukukun bir kuralı olmadığını aksine bir genel hukuk kaidesi olduğunu sözleşmeler bakımından da uygulanabilir olduğunu ve ayrıca Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi Madde 34'ün yolsuzlukla malul olmuş sözleşmelerin devletlerce iptal edilebilir olduğunu ifade ettiğini tespit etmiştir.³⁴⁵

Hukuki açıklamaların ardından somut davaya ilişkin çıkarımlarda bulunmaya başlayan Heyet, olaydaki illiyet rabitası konusuna değinmiştir. Dava konusu sözleşmelerden olan Joint Venture Antlaşması söz konusu yolsuzluğun gerçekleşmesinden aylar öncesinde imzalanmıştır; dava konusu diğer sözleşme olan Doğalgaz Satım Sözleşmesi ise yolsuzluğa karışan Bakan'ın istifasından yaklaşık 18 ay sonra imzalanmıştır dolayısıyla dava kapsamında yolsuzluk ile sözleşmeler arasında illiyet rabitası kurmak mümkün değildir zaten dava kapsamında bunun aksi taraflarca iddia edilmemiştir bu noktada davalılar bir sözleşmeyi elde etmek için rüşvet verilmiş olması sonuçlardan bağımsız olarak söz konusu sözleşmenin ICSID tahkiminden reddedilmesi sonucunu doğurması gerektiğini savunmuştur.³⁴⁶

Buna ek olarak davalılar söz konusu sözleşmeleri iptal etme iradeleri olmadığını ve söz konusu sözleşmelerin yolsuzluk sebebiyle *ab initio* hükümsüz olmadıklarını kabul ettiklerini beyan etmişlerdir.³⁴⁷ Heyet davalıların bu iradelerini, söz konusu sözleşmeleri dolayısıyla bu sözleşmelerini içerisindeki tahkim hükümlerini yolsuzluğa dayanarak iptal etmedikleri bunun yerine sözleşmeler ayakta dursa da davacının ICSID tahkim şartına dayanamayacağını iddia ettikleri şeklinde yorumlamıştır.³⁴⁸

³⁴⁴ *Niko Resources*, §443

³⁴⁵ *Niko Resources*, §445-446

³⁴⁶ *Niko Resources*, §453-455

³⁴⁷ *Niko Resources*, §456

³⁴⁸ *Niko Resources*, §463

Bu tespitinin ışığında Heyet, davalılar tarafından söz konusu sözleşmelerin hukuka aykırı olduğu yönünde bir iddia olmaksızın, bu sözleşmelere iptal edilmiş yahut hukuka aykırı muamelesi uygulayamayacağına hükmetmiş ve ardından davalıların söz konusu sözleşmeler muteber olsalar dahi davacının bunlara dayanarak ICSID nezdinde tahkim yoluna başvuramayacağı iddialarının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁴⁹

Davalılar yukarıdaki iddialarını desteklemek amacıyla üç olguya dayanmışlardır:

- (1) *“ICSID Tahkimi ancak iyi niyetle gerçekleştirilmiş olan yatırımlar bakımın mümkündür.”*
- (2) *“Böyle bir davada yargı yetkisinin kabulü ICSID uyuşmazlık çözümü mekanizmasının güvenilirliğini ve bütünlüğünü tehlikeye sokacaktır.”*
- (3) *“Temiz Eller Doktrini.”*³⁵⁰

Heyet davalıların iyi niyetle gerçekleşmemiş yatırımların ICSID Konvansiyonu’nun korumasından faydalanamayacağı yönündeki iddialarını incelerken, bu iddialara dayanak olarak gösterilen ICSID kararlarının tamamının antlaşmaya dayalı yatırım tahkimleri olduğunu ve söz konusu antlaşmaların yatırımların iyi niyetle gerçekleştirilmiş olmaları zorunluluğunu öngördüğünü tespit etmiştir.³⁵¹ Buna karşın Heyet eldeki davanın sözleşmeye dayalı bir yatırım tahkimi olduğuna dolayısıyla yargı yetkisinin de sözleşmeden kaynaklandığına ve bir sözleşmesel uyuşmazlıktan kaynaklanan eldeki davada yatırımın gerçekleşmesinde iyi niyetten yoksunluğun yargı yetkisini etkilemeyeceğine bu durumun ancak esas incelemesi sırasında dikkate alınabilecek bir husus olduğuna hükmetmiştir.³⁵² Bu konuda Heyet son olarak davalıların yine bir sözleşmeye dayalı yatırım tahkimi olan World Duty Free kararına atıf yaptıklarını ancak orada davalı devletin söz konusu sözleşme ile bağlı kalmamayı tercih ettiğini ve oradaki hakem heyetinin de davayı yetkisizlikten değil esastan reddettiğini ifade etmiştir.³⁵³

ICSID sisteminin güvenilirliği ve bütünlüğü konusunda ise Heyet davalıların iddialarının aksine hukuka uygun olarak ICSID’in yargı yetkisine tevdi edilmiş uyuşmazlıklara hak ettikleri uyuşmazlık çözüm mekanizmasını tanıyarak sistemin güvenilirliğini ve bütünlüğünü tehlikeye atmadığını aksine desteklediğini ve sisteme katkıda bulunduğunu ve

³⁴⁹ *Niko Resources*, §464

³⁵⁰ *Niko Resources*, §466

³⁵¹ *Niko Resources*, §467-469

³⁵² *Niko Resources*, §470-471

³⁵³ *Niko Resources*, §472

ayrıca dava konusu iddiaların bir yolsuzluk sözleşmesinden değil davalının da varlığını bildiği yolsuzluğa rağmen iptal etmediği ve faydalanmaya devam ettiği sözleşmelerden doğduğunu ve böyle sözleşmelerden doğan iddiaları dinlememek için bir sebep bulamadığını ifade etmiştir.³⁵⁴

Heyet bundan sonra temiz eller kuralına ilişkin incelemelerini ortaya koymaya başlamıştır. Heyet temiz eller kuralının common law'da yerleşmiş bir ilke olduğunu ve “*her kim ki hakkaniyet arar, hakkaniyete uygun hareket etmelidir.*” şeklinde formüle edildiğini ifade etmiştir.³⁵⁵ Heyet daha sonra bu kuralın common law içerisinde hakkaniyet hukuku altında değerlendirildiğini ifade etmiş ancak bu kuralın milletlerarası hukukun bir parçasını oluşturup oluşturmadığının bu kadar açık olmadığını ve tartışıldığını tespit etmiştir bu duruma örnek olarak da Guyana ve Surinam arasında Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (“UNCLOS”) kapsamında gerçekleşen tahkimdeki hakem heyetinin ifadelerine başvurmuştur.³⁵⁶

*“Milletlerarası Hukukta genel kabule konu bir temiz eller doktrini bulunmamaktadır... ... Uluslararası Adalet Divanı pek çok kez bu doktrini uygulamayı reddetmiş ve kesin olarak hiçbir zaman bu doktrini, başvuruların dinlenmesine engel bir şekilde uygulamamıştır. Bununla birlikte söz konusu doktrine destek Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Daimî Adalet Divanı nezdinde yazılmış muhalefet şerhlerinde görülebilir... ... Bu davalardan anlaşılabileceği üzere temiz eller doktrininin uygulaması seyrek ve kabul gördüğü vakıalar birbirleriyle tutarsızdır.”*³⁵⁷

Bu tespitlerinin ışığında temiz eller doktrininin milletlerarası hukukta genel uygulamaya sahip bir kural olmadığını tespit eden Heyet bundan sonra bu kuralın hangi şartlar altında uygulanabilir olduğunu incelemiş ve yine Guyana v. Surinam kararına atıf yaparak bunu tespit etmiştir; buna göre (1) ihlal devam etmekte olan hukuka aykırılığa ilişkin olmalıdır, (2) talep devam eden ihlalin sona erdirilmesine ilişkin olmalıdır, geçmişteki zararların telafisi değil, (3) ve söz konusu yükümlülükler arasında bir mütekabiliyet ilişkisi bulunmalıdır.³⁵⁸ Bu tespitlerinin sonucunda Heyet, davalıların devam etmekte olan bir ihlale ilişkin değil uzun

³⁵⁴ Niko Resources, §474-475

³⁵⁵ Niko Resources, §476

³⁵⁶ Niko Resources, §477

³⁵⁷ Guyana v. Surinam, PCA nezdinde Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Madde 287 ve Annex VII kapsamında tahkim, Karar, 17 Eylül 2007, §418

³⁵⁸ Niko Resources, §481

zaman önce gerçekleşmiş iki olaya ilişkin talepte bulundukları, geçmişteki zararlarının telafisini istedikleri ve istekleri ile söz konusu olaylar ile talepler arasında bir mütakabiliyet bulunmadığı için temiz eller doktrininin bu davada uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir.³⁵⁹

Son olarak Heyet davalıların söz konusu yolsuzlukları Doğalgaz Satım Sözleşmesini imzalarken kesin olarak bildiklerini, eğer davacı Niko'nun elleri kirliyse de davalıların buna rağmen söz konusu ilişki içerisine girdiklerini ve artık söz konusu olaylara dayanarak yargı yetkisinin yokluğunu çelişkili davranma yasağı kapsamında iddia edemeyeceklerine hükmetmiştir.³⁶⁰ Tüm bu açıklamaların ışığında Heyet tarafların açıkça ICSID tahkimine tevdi ettikleri uyuşmazlığın esasını dinlemekten imtina edemeyeceğine ve davalıların yolsuzluğa ilişkin itirazlarının reddinin gerektiğine karar vermiştir.³⁶¹

Niko Resources v. Bangladesh Kararı, öncelikle temiz eller doktrininin milletlerarası yatırım tahkiminde hangi konumda olduğuna ilişkin gerçekleştirdiği etraflı inceleme bakımından çok önemlidir; buna ek olarak yolsuzluk sözleşmeleri ve yolsuzluk vasıtasıyla elde edilmiş sözleşmeler arasındaki farklara ilişkin çıkarımlarıyla milletlerarası yatırım tahkimi içtihadına yolsuzluğa ilişkin olarak büyük bir katkıda bulunmuştur.³⁶² Yolsuzluğa ilişkin olarak yerel yargı mercilerince gerçekleşen soruşturmalara, verilen hükümlere ve uzlaşmalara önem atfetmesi ve bunlardan elde ettiği çıkarımları kendi kararında kullanması ayrıca dikkate değerdir. Son olarak belki de en önemli olarak *Niko Resources v. Bangladesh* Kararı'nda her ne kadar yolsuzluğun varlığına hükmedilmiş ise de yargı yetkisinin yokluğuna hükmedilmemiş ve esas incelemesi yoluna gidilmiştir; bu karar yolsuzluğa ilişkin yatırım tahkimi içtihadının genel görünüşüne aykırılık teşkil etmektedir.³⁶³

³⁵⁹ *Niko Resources*, §483

³⁶⁰ *Niko Resources*, §484

³⁶¹ *Niko Resources*, §485

³⁶² Llamazon, s.191

³⁶³ A.g.e., s.192

2.1.3. Doğrudan Yolsuzlukla İlgili Olmamakla Birlikte Benzer Hukuki Aykırılıkları İçerisinde Barındırdığı İçin Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yolsuzluk İçtihadını Etkileyen Davalar

Milletlerarası Yatırım Hukuku'nda yolsuzluk içtihadı incelenirken her ne kadar doğrudan doğruya yolsuzluk vakıaları ile ilgili olmasalar da dolandırıcılık, kara para aklama gibi benzer hukuka aykırılıklara ilişkin çıkarımlar ve emsaller ortaya koyan önemli davaların da incelenmesi ve özellikle yolsuzluk vakıalarına uygulanabilecek tespitlerinin ortaya konması önemlidir, bu kapsamda üç karar özellikle önem arz etmektedir dolayısıyla burada incelemeleri yapılacaktır.

2.1.3.1. Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic (2014)

a. Maddi Vakıalar

Bir Letonya Cumhuriyeti vatandaşı olan ve ülkesinde bankacılık sektöründe faaliyet göstermekte olan “*Baltic International Bank*” in de sahibi olan Valeri Belokon 2007 senesinde Kırgız bankacılık sektörüne ilgi duymaya başlamış ve bu doğrultuda aynı sene “*İnsan Bank*” isimli bankayı satın almış ve adını “*Manas Bank*” olarak değiştirmiştir.³⁶⁴

Başlangıçta Manas Bank, Valeri Belokon'un Letonya'dan getirdiği yetişmiş personel ve know-how'ın da yardımıyla hızlı bir başarı elde etmiş ise de bu durum 2010 senesinde Kırgızistan'da ortaya çıkan politik iç karışıklık neticesinde değişme yoluna girmiştir. Söz konusu karışıklık neticesinde Başkan Kurmanbek Bakiev finansal vazifelerini kötüye kullandığı iddiaları altında istifa etmek zorunda kalmıştır; bunun hemen akabinde ise 8 Nisan 2010 tarihinde Kırgız Merkez Bankası bir karar çıkararak, içlerinde Manas Bank'ın da bulunduğu” ülkedeki büyük beş bankanın yönetim kurulları ile her türlü icra organlarının yetkilerini sona erdirmiş, hepsini geçici yönetim altına almıştır.³⁶⁵

8 Nisan 2010 tarihli Kırgız Merkez Bankası Kararı ile kayyum atanan Manas Bank'ın kayyum atamasından bir gün sonra 9 Nisan 2010 tarihinde kara para aklama aktivitelerinde bulunduğu iddiası ile Kırgız Federal Savcılık Ofisi'nce malvarlığına el konulmuştur. 13 Nisan

³⁶⁴ Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic, 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Tahkim Kararı, 24 Ekim 2014, §2-3

³⁶⁵ Valeri Belokon, §4-5

2010 tarihinde ise Manas Bank’a atanan kayyum tarafından Manas Bank Yönetim Kurulu dağıtılmıştır. Genişletilen soruşturma kapsamında ise 17 Nisan 2010 tarihinde yine Kırgız Federal Savcılık Ofisi’nce aralarında Manas Bank’ın da bulunduğu birçok bankanın tüm ortaklık paylarına el konulmuştur. 21 Nisan 2010 tarihinde ise Kırgız Finansal İstihbarat Birimi tarafından Manas Bank’ın faaliyet gösterdiği binaya el konulmuştur.³⁶⁶

Geçici Yönetim altında atanan kayyumun görevi her ne kadar Manas Bank’ın finansal pozisyonunu düzeltmek ve geliştirmek olsa da durum böyle olmamış; Kırgız Merkez Bankası tarafından yabancıların ülkedeki mevduatlarını yurtdışına çıkarmalarına ilişkin yasağa kayyum tarafından itiraz edilmemiş, Manas Bank’ın en büyük müvekkillerinden olan Kırgız Cumhuriyeti Sosyal Fonu ile Kırgız Kalkınma Fonu ile süregelen sözleşmeler yenilenmemiş bu müşterilerin bankayı terk etmelerine sebebiyet verilmiştir.³⁶⁷

Valeri Belokon ve Manas Bank’ın eski yönetim kurulu üyeleri her ne kadar geçici yönetim rejiminin kaldırılması için mücadele etmiş iseler de bu konuda başarılı olamamışlardır. Manas Bank’ın, eski yönetim kurulu üyelerinin ceza yargılamaları ile bağlantıları olduğu iddiasıyla, şüphe uyandırıcı para transferleri ile sağlıklı ve güvenli olmayan usullerle bankacılık faaliyeti yürütüldüğünden bahisle Kırgız Merkez Bankası tarafından geçici olarak kapatılması sonucu geçici yönetim rejimi kaldırılmış, Manas Bank müsadere rejimi altına alınmış ve başına bir tasfiye memuru atanmıştır.³⁶⁸

Gerçekleştirilen ceza soruşturması neticesinde 18 Nisan 2011 tarihinde Kırgız soruşturma mercilerince iddianame hazırlanmış ve içerisinde Valeri Belokon’un da içerisinde bulunduğu 32 kişi hakkında suç örgütü üyeliği, yolsuzluk, illegal vasıtalarla elde edilmiş değerlerin aklanması, dolandırıcılık, sahtecilik ve daha başkaca suçları işledikleri iddiasıyla cezalandırılmaları istenmiştir. Ancak Kırgız Mahkemesi cezalandırılması istenen kişilerin kahir ekseriyetine haklarında soruşturma yapıldığına dair dahi herhangi bir bilgilendirmede bulunulmamış oluşundan ve iddiaları destekleyen delillerin neler olduğunun belirtilmemiş olmasından, delillerin organizasyonundaki büyük eksiklikten bahisle iddianameyi iade etmiş daha düzgün bir soruşturma gerçekleştirilmesini talep etmiştir.³⁶⁹ Daha sonra 28 Aralık 2011

³⁶⁶ Valeri Belokon, §68-77

³⁶⁷ Valeri Belokon, §79-86

³⁶⁸ Valeri Belokon, §112

³⁶⁹ Valeri Belokon, §127-128

tarihinde Kırgız soruşturma mercileri yeniden iddianame düzenleyip mahkemeye sunmuş ise de yerel mahkeme soruşturmanın bir bütün olarak, objektif ve kapsamlı gerçekleştirilmesi gerekirken, üstünkörü ve suçluluk karinesine dayanarak gerçekleştirildiğinden bahisle iddianameyi yeniden iade etmiştir; bunun üzerine ise soruşturma mercileri hareketsiz kalmış Hakem Heyeti'nin karar verdiği tarihte halen yeni iddianame düzenlenmemiştir.³⁷⁰

Ceza soruşturması devam ederken Valeri Belokon tarafından 2 Ağustos 2011 tarihinde Kırgızistan'ın eylemlerinin Kırgızistan ve Letonya arasındaki ikili yatırı antlaşmasının ihlalini oluşturduğu iddiasıyla tahkim talebinde bulunulmuş ve UNCITRAL 1976 Tahkim Kuralları Kapsamında Tahkim süreci başlatılmıştır.³⁷¹

b. Kara Para Aklama İddiaları

9 Nisan 2010 tarihinde Bishkek Federal Savcısı tarafından, başka bir Kırgız bankası olan “*Asia Universal Bank*” in bir müşterisinin şüpheli para transferleri olduğundan ve bunun tüm bankacılık sektöründe gerçekleşmesi muhtemel bir durum olduğu şüphesine dayanılarak, Manas Bank'ın malvarlığı üzerine tedbir konulmuştur.³⁷²

Kırgızistan Cumhuriyeti, tahkim kapsamında tanıkları ve uzmanları vasıtasıyla Valeri Belokon'un kara para aklama ile iştirak ettiğini iddia etmiştir. Bu kapsamda Kırgız Merkez Bankası Başkan Vekili tanık olarak dinlenmiş ve tanıklık kapsamında Manas Bank hakkında yapılan incelemeler neticesinde kara para aklama ve terörle mücadele mevzuatı bakımında pek çok usulsüzlüğe rastlandığı belirtilmiştir.³⁷³ Bundan sonra müsadere rejimi kapsamında atanan tasfiye memurunun tanıklığına başvurulmuş; bu tanıklık kapsamında da pek çok şüpheli para hareketinin bulunduğu Merkez Bankası'nın Manas Bank'ın hukuka aykırı davrandığına dair reddedilemez delilleri olduğu ve Manas Bank ile bir VIP müşterisi arasındaki ilişkinin şüpheli olduğu ve ekonomik olarak manalı olmadığı beyan edilmiştir.³⁷⁴

Kırgızistan, Manas Bank'ın kara para aklama suçunu işlediğini ispatlamak amacıyla sunmuş olduğu uzman raporunda, Manas Bank'ın işlemlerinde birtakım karmaşıklık ve şüpheli

³⁷⁰ Valeri Belokon, §132-134

³⁷¹ Valeri Belokon, §10, §179

³⁷² Valeri Belokon, §135

³⁷³ Valeri Belokon, §137-139

³⁷⁴ Valeri Belokon, §145-147

durumlar olduğu ve bunların yargısal veya profesyonellerce daha fazla incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁷⁵

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet her ne kadar tahkim kapsamındaki kara para aklama iddiaları soyut ve iddia derecesinde olsa da bunları ciddiyeyle incelemiş ve bunlara ilişkin çıkarımlarda bulunmuştur. Öncelikle Heyet Kırgızistan'ın tanıklarının iddialarının delillere yahut birbiriyle uyumlu çıkarımlara dayanmadığını bunun yanında somut olarak hangi eylemin bu suçlarını maddi unsurunu yerine getirdiğini belirtmediklerini tespit etmiş Kırgızistan'ın beyanlarından da ispata ilişkin somut açıklamaların bulunmadığını ifade etmiştir.³⁷⁶

Heyet daha sonra tanıkların ifadelerine ilişkin tespitlerde bulunmuş bu kapsamda Kırgız Merkez Bankası Başkan Vekili tarafından bahsedilen incelemelerin neler olduğunun nasıl yapıldığının açıklanmamış olduğuna dikkat çekmiştir.³⁷⁷ Daha sonra tanıklığına başvurulmuş tasfiye memurunun bahsettiği reddedilemez delillerin neler olduğunun açıklanmadığını ve bir VIP müşterinin işlemlerinin neden şüpheli olduğunun ve ekonomik olarak manalı olmadığını açıklanmadığına dikkat çekmiştir.³⁷⁸

Daha sonra Heyet Kırgızistan'ın sunduğu uzman raporunu incelediği kısımda kapsamlı şekilde kara para aklama konusunu incelemeye koyulmuş ve kara para aklamanın gerçekleştiğinin ispatlanması halinde ikili yatırım antlaşmasından doğan taleplerin reddedileceğini aşağıdaki şekilde ifade etmiştir:

“Eğer Manas Bank’ın aktif olarak kara para aklama faaliyetinde bulunduğu dair kanıtlayıcı ve önemli deliller bulunabilse ve sunulabilseydi İkili Yatırım Antlaşması kapsamında ortaya konan talep reddedilebilirdi. Yatırımların korunması rejiminin suçluların veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek için yapılan yatırımların faydalanması için var olmadığını söylemeye hemen hemen hiç gerek yoktur.”³⁷⁹

³⁷⁵ Valeri Belokon, §152

³⁷⁶ Valeri Belokon, §136

³⁷⁷ Valeri Belokon, §138

³⁷⁸ Valeri Belokon, §148

³⁷⁹ Valeri Belokon, §158

Bunun üzerine Heyet kara para aklamanın ciddi bir sorun olduğunu belirtmiş ve karşısına gelmesi halinde her yargıç ve hakemin bu iddiaları ve delilleri aşırı titizlikle incelemesi gerektiğini ancak iddia edilen suçun ciddiyetinin adil yargılanmanın veya ispat yükünün temel prensiplerinin gevşetilmesini gerektirmediğini ifade etmiştir.³⁸⁰

Heyet eğer yatırımın yapıldığı devlet eğer elindeki bütün kaynaklara ve güce rağmen üzerindeki ispat yükünün gereğini kendi yerel mahkemesi önünde yerine getirmekten acizse bir milletlerarası hakem heyetinin somut ve kesin delillerin yokluğunda aynı şekilde bu ispat yükünü onun üzerinden alamayacak bir pozisyonda olacağını ifade etmiştir.³⁸¹ Bu doğrultuda Hakem Heyeti, Kırgız savcılarının 2010 senesinden beri kovuşturma aşamasına geçememelerini ve Kırgız yerel mahkemelerince iddianamenin iki defa delillerin yetersizliği sebebi ile iade edilmesini göz önüne alarak, maddi ve konu ile ilgili delillerin yokluğunda kara para aklamanın gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edemeyeceğini ifade etmiştir.³⁸²

Hakem Heyeti kara para aklama iddialarını yukarıda açıklandığı üzere kabul edemeyeceğini ifade etmesi üzerine Kırgızistan'ın eylemlerinin dolaylı kamulaştırma teşkil ettiğini ve Kırgızistan'ın ikili yatırım antlaşması kapsamında yüklendiği adil ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiş ve bu doğrultuda Kırgızistan'ı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.³⁸³

2.1.3.2. Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd. v. Republic of Indonesia (2016)

a. Maddi Vakıalar

Avusturalya menşeli bir şirket olan Planet Mining Ltd.'nin tüm paylarının sahibi olan Churchill Mining PLC madencilik sektöründe faaliyet göstermekte olan ve maden alanlarında genel tarama, sondaj ve maden işleme hizmetleri sunan bir İngiliz şirkettir.³⁸⁴

³⁸⁰ Valeri Belokon, §159

³⁸¹ Valeri Belokon, §163

³⁸² Valeri Belokon, §168

³⁸³ Valeri Belokon, §335

³⁸⁴ *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, ICSID Karar No. ARB/12/14 ve ARB/12/40, Yargı Yetkisi Hakkında Karar, 24 Şubat 2014, §1-6

Churchill Mining Endonezya'daki madencilik sektörü ile ilgilenmesi kapsamında dünyanın en büyük yedinci Asya'nın ise en büyük ikinci kömür maden yatağına ilişkin olarak *"The East Kutai Coal Project"* (*"EKCP"*) adlı maden projesini muhtelif Endonezyalı şirketler ile birlikte geliştirmiştir.³⁸⁵ Churchill Mining EKCP kapsamındaki yatırımını doğrudan yapmamış, EKCP'nin geliştirildiği maden yatağı alanının yetki alanında bulunduğu *"Regency of East Kutai"* adlı bölgesel idareden madencilik işleriyle iştigal etme lisansı almış olan şirketlere sahip *"Ridlatama Group"* adlı grup şirketlerinden birini Endonezya Yatırım Koordinasyon Komitesi'nin onayıyla satın almış ve sonrasında diğer grup şirketleriyle söz konusu maden projesinin planlanmasının kurulmasının ve işletilmesinin tamamen Churchill Mining tarafından üstlenildiği buna karşılık ise elde edilen gelirlerin yüzde yetmiş beşinin (%75) kendisine ait olmasını sağlayacak işbirliği ve yatırım sözleşmeleri vasıtasıyla yatırımını gerçekleştirmiştir.³⁸⁶ Bu süreç boyunca, 2005 ve 2010 seneleri arasında, birçok yeni lisans ve lisans yükseltmeleri *"Ridlatama Group"* a ait şirketlere *"Regency of East Kutai"* tarafından ihdas edilmiştir.³⁸⁷

21 Nisan 2010 tarihinde Endonezya Orman Bakanlığı tarafından *"Regency of East Kutai"* bölgesel idaresine gönderilen yazıda, *"Ridlatama Group"* içerisindeki şirketlerin Orman Bakanlığı'ndan izinsiz olarak faaliyet göstermekte olduklarından ve bu şirketlerin ellerindeki lisansların sahtecilik vesilesiyle ortaya çıkarılmış belgeler olduğundan bahisle bölgesel idare tarafından EKCP maden yatağı alanında maden arama ve çıkarma yönünde bu şirketlere verilen lisansların iptal edilmesi tavsiye edilmiştir; bu doğrultuda 4 Mayıs 2010 tarihinde *"Regency of East Kutai"* tarafından söz konusu şirketlerin maden arama ve çıkarma lisansları iptal edilmiştir.³⁸⁸

Lisans iptal kararları karşısında *"Ridlatama Group"* içerisindeki söz konusu şirketler önce ilk derece mahkemesi olarak Samarinda İdare Mahkemesi'ne başvurmuş ancak mahkeme söz konusu kararın hukuka uygun olduğuna kanaat getirmiştir; bunun üzerine şirketler davayı Jakarta Eyalet Yüksek İdare Mahkemesi nezdine taşımış ancak burada da ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır; şirketler son olarak davalarını Endonezya Yüksek Mahkemesi nezdinde takip etmiş ise de burada da kararın onanmasına karar verilmiş ve

³⁸⁵ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §7

³⁸⁶ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §11-28

³⁸⁷ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §29-33

³⁸⁸ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §35-36

şirketlerin talepleri reddedilmiştir.³⁸⁹ Bu olaylar üzerine 22 Mayıs 2012 tarihinde Churchill Mining tarafından; 4 Ekim 2012 tarihinde ise Planet Mining tarafından ICSID nezdinde tahkim başvurusunda bulunulmuştur.³⁹⁰

Her ne kadar Endonezya ICSID nezdinde yatırım tahkimine rızası olmadığından bahisle yargı yetkisine itiraz etmişse de bu itirazı ile birlikte yatırımın hukuka aykırılığına ilişkin hiçbir iddiada bulunmamıştır daha sonra Hakem Heyeti yargı yetkisinin varlığına hükmetmiş ve dosyanın esasının incelenmesi aşamasına geçmiştir.

b. Evrakta Sahtecilik İddiaları

Hakem Heyeti'nin yargı yetkisinin varlığına hükmetmesinden sonra Endonezya, Churchill Mining'in iddiasının temelini oluşturan belgelerin bazılarının orijinalini incelemek istediğini Heyet'e bildirmiş ve bu doğrultuda söz konusu belgeler ICSID gözetiminde incelenmiştir.³⁹¹ Bu incelemeden sonra şüpheleri ve delilleri daha çok artan Endonezya bir kere daha belge incelemesi ve belgelerin sahteliği ile ilgili olmak üzere bir duruşma talep etmiş ve talepleri doğrultusunda bazı belgeler yeniden incelenmiş ve belgelerin hakikiliğine dair bir duruşma tarafların ve uzmanlarının katılımıyla yapılmıştır.³⁹²

Bu incelemeler neticesinde Endonezya aralarında genel arama lisansları, işbirliği mektupları, maden arama lisanslarının da bulunduğu toplam otuz dört (34) belgenin, söz konusu belgelerdeki imzaların "*Regency of East Kutai*" bölgesel idaresinin başında bulunan valinin başka bir belgeye atmış olduğu imzanın kompleks bir teknik vasıtasıyla birebir olarak eklenmiş olduğu ve dolayısıyla bu belgelerin sahte olduğunu iddia etmiştir.³⁹³

İspat yükü hususunda ise Endonezya davacının öncelikle bir yatırımın varlığını ispatlamakla mükellef olduğunu dolayısıyla sunmuş olduğu belgelerin hakiki olduğunu ispatla yükümlü olan tarafın Churchill Mining olduğunu ancak aksi düşünülse dahi iddialarını ispatlamak için "*yeterli delil*" sunduğunu artık davacının bu iddiasını çürütmek için delil

³⁸⁹ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §39-42

³⁹⁰ *Churchill Mining Plc*, Yargı Yetkisi Hakkında Karar §50, §57

³⁹¹ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd. v. Republic of Indonesia*, ICSID Karar No. ARB/12/14 ve ARB/12/40, Karar, 6 Aralık 2016, §17, §28

³⁹² *Churchill Mining Plc*, Karar, §53-58, §82-85

³⁹³ *Churchill Mining Plc*, Karar, §108-113

sunmak zorunda olduğunu savunmuştur.³⁹⁴ Endonezya, sahtecilik iddiasının ispatlanması için yeterli ispat standartının belirlenmesi yetkisinin Heyet’in uhdesinde bulunduğunu ve bu gibi olaylarda milletlerarası hukuktaki yaygın ispat standartının esnek olduğunu ve “*ihimaller dengesi prensibi*” ne dayandığını savunmuştur.³⁹⁵

Endonezya bu tespitleri ışığında davacının EKCP kapsamındaki yatırımının temelini oluşturduğunu iddia ettiği maden arama çıkarma lisansı ve bununla alakalı belgelerin sahte olduğu gerekçesiyle tüm taleplerinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁹⁶

Bu iddialar karşısında Churchill Mining söz konusu imzaların atılma usulünün önemli olmadığını bu imzaların daha sonrasında tensip edilip edilmemiş olmasının önemli olduğunu savunmuş ve bu kapsamda imzaları atmakla görevli yetkilinin pek çok yönetmeliği, sıkça seyahat etmek durumunda olduğu için, mekanik olarak imzaladığını belgelerin hakikiliğine ilişkin yapılan duruşmada yeterli delille ispatlamıştır.³⁹⁷

İspat yüküne ilişkin olarak ise Churchill Mining, Endonezya’nın ortaya koyduğu sahtecilik iddiasını ispatlamakla mükellef olduğunu ve bunu ancak “*açık ve ikna edici*” deliller vasıtasıyla yapabileceğini savunmuştur.³⁹⁸

c. Hukuki Çıkarımlar

Hakem Heyeti incelemesine ispat yükü ve ispat standartına ilişkin olarak başlamış; bu kapsamda öncelikle uygulanacak hukukun, davanın konusunun bir devletin milletlerarası yükümlülüklerine aykırı davrandığı gerekçesiyle sorumluluğunu oluşturmak olduğundan bahisle, milletlerarası hukuk olduğuna kanaat getirmiş ve bu doğrultuda konu ile alakalı çıkarımlarını ortaya koyma yoluna girmiştir. Bu kapsamda müddeinin iddiasını ispatlamakla mükellef olması manasına gelen “*actori incumbit onus probandi*” kuralının milletlerarası hukukun yerleşmiş bir ilkesi olduğuna ve dolayısıyla davalı Endonezya’nın söz konusu belgelerin sahte olduğunu iddia etmesi sebebiyle bu iddiasını ispatla mükellef olduğuna hükmetmiştir.³⁹⁹

³⁹⁴ Churchill Mining Plc, Karar, §157-158

³⁹⁵ Churchill Mining Plc, Karar, §159

³⁹⁶ Churchill Mining Plc, Karar, §106

³⁹⁷ Churchill Mining Plc, Karar, §177-180

³⁹⁸ Churchill Mining Plc, Karar, §198

³⁹⁹ Churchill Mining Plc, Karar, §238

Heyet ispat yüküne ilişkin açıklamalarını yaptıktan sonra Endonezya'nın ispat yükünü ifa etmiş sayılması için yeterli ispat standartının ne olduğunu incelemiştir. Bu kapsamda Heyet her ne kadar bazı tahkim heyetlerinin, *EDF (Services) v. Romania* kararına da atıfta bulunarak, isnat edilen suçun ehemmiyeti göz önüne alındığında ağır bir şart olan “açık ve ikna edici” delil şartını benimsediklerini ifade etmiş buna karşın başka heyetlerin “ihtimaller dengesi” ve “hâkimin vicdani kanaati” prensiplerine başvurduğunu ve beklenmesi gereken delilin isnat edilen eylemin doğasına uygun olarak belirlenmesi gerektiğini savunduklarını ifade etmiştir.⁴⁰⁰ Yukarıdaki tespitini Heyet, *Libananco v. Turkey* kararının aşağıdaki kısmına atıfta bulunarak ortaya koymuştur:

“Heyet, doğası gereği olası olmayan bir vakia bakımından ispat yükünün gereğinin yerine getirildiği hususunda tatmin olmak için doğal olarak daha ikna edici deliller bekleyecektir.”⁴⁰¹

Heyet, olaya uygun olarak ispat standardı belirlenmesi gerekliliğine ilişkin olarak yukarıda atıf yaptığı milletlerarası yatırım tahkimi kararıyla yetinmemiş Birleşik Krallık Müşterek Hukuku'ndan bir karar daha atıfta bulunmuştur:

“Bazı şeyler doğaları gereği diğerlerinden daha olasıdır. Birinin, Regent's Park'ta yürürken görülmüş olan bir yaratığın, bir aslan olmasının olmamasından daha muhtemel olduğu konusunda tatmin olması için ihtiyaç duyduğu delil aynı olasılık standardının bir alman kurduna ilişkin olması durumunda ihtiyaç duyacağı delilden daha kuvvetlidir. Temelinde kuvvetli delil genellikle bir hukuk mahkemesinin bir kişinin sahtekâr olduğuna veya benzer kınanması icap eden bir usulle hareket ettiğine ikna olması için gereken delildir. Ama soru her zaman mahkemenin bir şeyin olduğunu olmadığından daha olanaklı bulup bulmamasıdır.”⁴⁰²

Bu açıklamalardan sonra Heyet, her ne kadar kast ve saikin, evrakta sahteciliğin veya dolandırıcılığın ceza yargılaması sonucunda cezalandırılması için gerekli olabileceğini kabul etmesine rağmen bu davadaki amacın cezai sorumluluk doğurmak olmadığını; burada Heyet'in

⁴⁰⁰ *Churchill Mining Plc*, Karar, §240

⁴⁰¹ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Karar No. ARB/06/8, Karar, 2 Eylül 2011, §125

⁴⁰² *Secretary of State for the Home Department v. Rehman (AP)*, [2001] UKHL 47, Birleşik Krallık: Lordlar Kamarası (Yargı Komitesi), 11 Ekim 2001, §55

tartışmalı belgelerin hakikiliğini sadece devletin milletlerarası sorumluluğuna başvurabilmek için belirlemesi gerektiğini ve bu kapsamda kast ve saikin ispatının gerekmediği ancak belgelerin hakikiliği incelenirken ikinci derece delil olarak bunlara başvurulabileceğine hükmetmiştir.⁴⁰³

Heyet ispata ilişkin tüm açıklamaları ışığında ispat yükünün Endonezya üzerinde olduğuna ve gerekli ispat standartının “*ihimaller dengesi*” ve “*hâkimin vicdani kanaati*” ilkelerine uygun olacağına ancak inanması güç vakıalar için bu ispat standartının ağırlaştırılmış olarak aranacağına ve son olarak sahteciliğin ispatı için ceza yargılamasında olduğu gibi kast ve saik ispatına gerek olmadığına ancak bunların varlığının ikincil delil olarak dikkate alınabileceğine hükmetmiştir.⁴⁰⁴

Bu açıklamalar ışığında davayı yürüten Heyet, teknik incelemeler neticesinde söz konusu belgelerin sahte olduğuna kanaat getirmiş ve bu çıkarımının sonucu olarak söz konusu belgelerin maden ruhsatı almak için düzenlenen dolandırıcılıkta kullanıldığından ve bu durumun ciddiyetinin davacının yatırımını bütün halinde lekelediğinden bahisle, iyi niyet kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince davacının tüm taleplerinin kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.⁴⁰⁵

Churchill Mining Plc v. Indonesia kararı öncelikle sahtecilik ile ilgili vakıaların ispatında “*ihimaller dengesi*” ilkesini kullanması büyük bir yenilik olmasa da güncel bir karar olması itibariyle önemlidir. Milletlerarası yatırım tahkiminde yapılan yargılamanın bir ceza yargılaması olmadığında bahisle ispatı gereken konuların de ceza yargılaması ile aynı olmaması gerektiğini ortaya koyması da önem arz etmektedir. Bunun yanında bir dava kapsamında iddia edilen vakıaların doğaları gereği farklı ispat şartlarına sahip olduklarını ifade etmesi ve her vakıa için aynı ispat standartını kullanmaması belki de bu davanın ortaya koyduğu en önemli içtihatır. İddia edilen farklı vakıaların doğalarına uygun olarak farklı ispat standartlarına sahip olması yöntemi sahtecilik bakımından kullanıldığı gibi yolsuzluğun milletlerarası yatırım tahkiminde ispatı için de kullanılabilir ve bu yöntem milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğun ispatına ilişkin pek çok soruna çözüm olabileceğinden *Churchill Mining Plc v.*

⁴⁰³ *Churchill Mining Plc*, Karar, §243

⁴⁰⁴ *Churchill Mining Plc*, Karar, §244

⁴⁰⁵ *Churchill Mining Plc*, Karar, §528

Indonesia kararı milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk incelemesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

2.1.3.3. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (2007)

a. Maddi Vakıalar

Uluslararası havaalanı sektörünün liderlerinde biri olan Alman Fraport AG Frankfurt Services Worldwide (“Fraport”), Filipinler Cumhuriyeti’nin Manila’da bulunan yeni uluslararası yolcu havalimanı terminali kurulması ve işletilmesi ihalesini Filipinler asıllı bir şirket olan Philippine International Air Terminals Co., Inc. (“PIATCO”) isimli şirkete vermesinden sonra, PIATCO’ya hem paylarının bir kısmını satın alarak hem de kredi sağlayarak yatırım gerçekleştirmiştir.⁴⁰⁶ Fraport, PIATCO’daki bu yatırımını 1999-2003 seneleri arasında aralıklarla gerçekleştirmiş ve hepsini doğrudan yatırım olarak yapmamış yatırımının bir kısmını muhtelif Filipinler asıllı şirketler üzerinden gerçekleştirmiştir; Fraport’un PIATCO’daki doğrudan ve dolaylı toplam pay sahipliği yüzde altmış bir virgöl kırk dört (%61,44) oranındadır.⁴⁰⁷

2002 senesinin eylül ayında Filipinler Cumhurbaşkanı Havalimanı ihalesi ile ilgili sorunları araştırması için kurumlar arası bir komite kurmuş ve bunlardan kendisine konuyla alakalı rapor sunmalarını istemiştir. Hazırlanan raporda PIATCO’nun ihaleye girerken gerekli finansal ön şartları sağlamadığı, ihaleden sonra sözleşmede değişiklik yapılmasına rağmen yeniden ihaleye çıkılmaması ve benzeri sebeplerle ihalelerin hükümsüz olduğu ifade edilmiş ve bunların hükümsüzlüğünün ilan edilmesi tavsiye edilmiştir. Bu doğrultuda Başkan Macapagal-Arroyo sözleşmelerin ihale süreçlerinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu kamuya açıklamış bu sözleşmelere riayet etmeyeceklerini ifade etmiştir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, ICSID Karar No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007, §2

⁴⁰⁷ *Fraport*, §116-117

⁴⁰⁸ *Fraport*, §178-191

Bu açıklamalar üzerine Fraport Filipinler idaresi ile görüşmeye çalışmış ve bir uzlaşya ulaşmak için uğraşmış ise de bu konuda başarısız olmuştur.⁴⁰⁹ Bu sırada, Filipinler Yüksek Mahkemesi nezdinde idarenin büyük hukuka aykırılıklarına karşı bireysel başvuru yolu mevcut olduğundan, gerçekleşen ihalenin idarenin hukuka aykırı bir işlemi olduğu iddiasıyla pek çok bireysel başvuruda bulunulmuş ve PIATCO'nun havalimanı inşaatından el çektilmesi istenmiştir.⁴¹⁰ Filipinler Yüksek Mahkemesi PIATCO'nun ihaleye girmek için gerekli finansal ön şartları taşıyıp taşımadığını ihale neticesinde elde edilen sözleşmenin *ab initio* hükümsüzlüğüne sebebiyet verdiğine ve ihaleye çıkılan sözleşmenin sonradan değiştirilmesinin ve PIATCO'ya birtakım finansal rahatlıklar sunulmasının bunun ihaleye katılan diğer katılımcılar tarafından bilinemeyecek bir fayda olduğundan bahisle sözleşmenin kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁴¹¹

Filipinler Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı üzerine Fraport neredeyse bitmek üzere olan havalimanı inşaatından doğan zararının tazmini için 17 Eylül 2003'te Fraport ICSID nezdinde milletlerarası yatırım tahkimine başvurmuştur.⁴¹²

b. Kanuna Karşı Hile İddiaları

Filipinler Anayasası'na göre yabancı uyruklu kişilerin herhangi bir kamu teşekkülünün yüzde kırkıdan (%40) fazlasının payına sahip olmasını açık olarak yasaklarken, bu anayasal gerekliliğin paravan şirketlerce aşılması ve bir kamu teşekkülünün idaresine, yönetilmesine veya şirket kontrolüne herhangi bir şekilde bir yabancı uyruklu bir kişinin müdahalede bulunması "*Anti-Dummy Law*" isimli kanun ile yasaklanmıştır.⁴¹³ Filipinler, Fraport'un doğrudan ve paravan şirketler aracılığıyla dolaylı olarak PIATCO'nun yaklaşık yüzde altmışını (%60) elinde bulundurmasının Filipinler Anayasası'na ve kanuna aykırı olduğunu savunmuştur.

Buna bağlı olarak Filipinler, Almanya ile aralarındaki ikili yatırım antlaşmasından doğan korumanın ancak Filipinler Hukuku'na uygun olarak gerçekleştirilmiş yatırımlar bakımından uygulanabilir olduğunu savunmuş dolayısıyla davacı Fraport'un yatırımının

⁴⁰⁹ *Fraport*, §197-206

⁴¹⁰ *Fraport*, §207

⁴¹¹ *Fraport*, §217-218

⁴¹² *Fraport*, §221

⁴¹³ *Fraport*, §120

Filipinler Anayasası'na ve Anti-Dummy Law'a aykırı olması sebebiyle bu korumadan faydalanamayacağından bahisle Heyet'in yargı yetkisinin bulunmadığı yönünde karar vermesini talep etmiştir.⁴¹⁴

Bu iddialara karşı Fraport, söz konusu paravan şirketler vasıtasıyla söz konusu engelin aşılmasının Filipinler Hukuku'nun o zamanki kabul gören yorumuna dair aldığı hukuki danışmanlığa uygun olduğunu ve Filipinler'in Fraport'un PIATCO üzerindeki söz konusu hakimiyetini uzun süredir bilmesine ve bu durum Filipinler Sermaye Piyasaları Kurulu'na bildirilmiş olmasına rağmen buna karşı herhangi bir aksiyonda bulunmadığını dolayısıyla bu iddiayı sadece bu tahkim kapsamında sorumluluktan kurtulmak için uydurduğunu savunmuştur.⁴¹⁵

c. Hukuki Çıkarımlar

Heyet hukuki incelemesine tarafların iddiaları doğrultusunda yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı incelemesi ile başlamıştır. Heyet bu kapsamda ICSID Konvansiyonu ile korunan yatırımların ne olduklarının ve nasıl tanımlandıklarının ikili yatırım antlaşmalarına bırakılmış olduğuna ve bu doğrultuda ekonomik anlamda yatırım olarak addedilebilecek bir ekonomik transferin hukuki anlamda yatırım kabul edilmemesinin mümkün olduğuna; Filipinler ve Almanya arasındaki ikili yatırım antlaşmasında yatırımların “*hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş*” olarak nitelendiğine dolayısıyla bu şarta uygun olarak gerçekleştirilmemiş yatırımların söz konusu antlaşma bakımından yatırım sayılamayacağına hükmetmiştir.⁴¹⁶

Heyet daha sonra Fraport'un Denetim Kurulu'na bağımsız danışmanlık şirketlerince sunulan raporları incelemiş ve bu raporlarda söz konusu yatırım yapısının hukuka aykırı olduğu ifade edildiğini görmüş dolayısıyla bu raporlardan yola çıkarak Heyet Fraport'un yapmakta olduğu yatırımın Filipinler Hukuku ile uyumlu olmadığını tam anlamıyla bildiğine kanaat getirmiştir.⁴¹⁷ Heyet Filipinler Hukuku'na aykırı yatırım yapısını bilen Fraport'un bunu aşmak

⁴¹⁴ Fraport, §285-287

⁴¹⁵ Fraport, §292-295

⁴¹⁶ Fraport, §306

⁴¹⁷ Fraport, §312-315

için gizli pay sahipleri sözleşmeleri imzaladığını ve bu sayede kanunu etrafından dolaşmış olduğunu tespit etmiştir.⁴¹⁸

Bu konuda sonuç olarak Heyet Fraport'un *Anti-Dummy Law*'a aykırı davrandığının farkında olduğunu ve söz konusu yatırımın yapısını sadece bu kanunun etrafından dolaşmak için planladığına ve yatırımını buna uygun olarak hayata geçirdiğine kanaat getirmiştir.⁴¹⁹

Heyet daha sonra söz konusu hukuka aykırılığın zamanına ilişkin incelemelerde bulunmuştur; bu doğrultuda ikili yatırım antlaşması kapsamında eğer yatırımın elde edilmesi esnasında hukuka aykırılık gerçekleşirse bu aykırılık hakem heyetini yargı yetkisinden yoksun bırakacakken yatırımın ömrü boyunca gerçekleşen hukuka aykırılıkların ancak davanın esasında ikili yatırım antlaşmasının ihlali iddiasıyla inceleyebilecek konular olduğuna hükmetmiştir.⁴²⁰

Heyet çelişkili davranma yasağına ilişkin olarak da incelemelerini gerçekleştirmiştir. Bu kapsamda Heyet eğer bir Devlet kendi hukukuna aykırı davranışları, bunları daha önceden bilmesine ve buna karşı bir eylemde bulunmamasına rağmen, yargı yetkisi itirazı olarak ileri sürmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını ifade etmiş; somut olay bakımından ise söz konusu hukuka aykırılığın gizli antlaşmalar vasıtasıyla gerçekleştirilmiş olması sebebiyle Filipinler Hükümeti'nin söz konusu hukuka aykırılıklardan haberdar olmadığı gerekçesiyle burada çelişkili davrandığından bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir.⁴²¹

Tüm bu incelemeler ve açıklamalar ışığında Heyet, Fraport'un bilerek ve isteyerek gizli pay sahipliği sözleşmeleri vasıtasıyla Filipinler'in kanunlarının etrafından dolaştığına ve dolayısıyla ikili yatırım antlaşmasında belirtilen "*hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş*" bir yatırım gerçekleştirdiğini iddia edemeyeceğine hükmetmiştir.⁴²² Heyet sonuç olarak ev sahibi devletin hukukuna uygunluk şartının açık ikili yatırım antlaşmasında açık olduğuna, Fraport'un yatırımının ikili yatırım antlaşması kapsamında bir yatırım sayılamayacağına ve kendisinin *ratione materiae* deki sakatlıktan ötürü yargı yetkisinden yoksun olduğuna dolayısıyla eldeki davaya bakamayacağına hükmetmiştir.

⁴¹⁸ Fraport, §319

⁴¹⁹ Fraport, §327

⁴²⁰ Fraport, §344-345

⁴²¹ Fraport, §346-347

⁴²² Fraport, §401

Heyet bu kararı oybirliğiyle almamış hakemlerden biri olan Dr. Bernardo M. Cremades bu karara bir muhalefet şerhi yazarak katılmadığını belirtmiştir. Dr. Cremades Filipinler ve Almanya arasındaki ikili yatırım antlaşmasında yatırımın “*değer*” olarak tanımlandığını ve bu değerlere örnek olarak şirket paylarının sayılmış olduğunu dolayısıyla ICSID’in korumasından faydalanması gerektiğini savunmuştur. Burada hukuka uygunluğun söz konusu değer her hangi bir şekil ve miktarda yabancılarca elde edilmesinin yasak olup olmaması şeklinde yorumlayan Dr. Cremades şirketlerde pay sahibi olmanın doğası gereği hukuka aykırı olmadığını savunmuştur.⁴²³ Bu tespitlerinin devamında Dr. Cremades somut olayda her ne kadar söz konusu payların belirli bir oranın üzerinde yabancı yatırımcı elinde bulunması *Anti-Dummy Law*’u ihlal etmekte kabul edilse de bunun söz konusu payların ikili yatırım antlaşması kapsamında kabul edilen “*değer*” olduğu gerçeğini değiştirmedığını savunmuş ve bu şekilde bir yorumun ikili yatırım antlaşmasının amacıyla bağdaşmayacağını savunmuştur.⁴²⁴

Bu açıklamalar ile birlikte Dr. Cremades devletlerin yatırımcıların belirli hukuka aykırılıklar sebebiyle ikili yatırım antlaşmalarında ICSID nezdinde tahkim yolunu yargı yetkisinden yoksun bırakabileceğini kabul etmekle birlikte söz konusu hukuka uygunluk yorumunun zorlama ve suni olduğunu ifade etmiştir.⁴²⁵

Dr. Cremades Filipinler Yüksek Mahkemesi’nin bireysel başvurular üzerine ihalenin, *ex tune*, yani başından itibaren hükümsüz olduğu yönünde vermiş olduğu karara dayanarak PIATCO’nun hiçbir zaman söz konusu kamu teşekkülü olan havalimanının işletimini eline almamış olduğunu ve dolayısıyla Fraport’un PIATCO hakimiyet sahibi olmasının *Anti-Dummy Law*’un kamu teşekküllerinin hakimiyetini ellerinde bulunduran şirketler bakımından uygulanabilir olduğundan bahisle kanuna aykırı olmadığını savunmuştur.⁴²⁶ Dr. Cremades ayrıca Filipinler Cumhuriyeti’nin Başkanı, Yüksek Mahkemesi ve savcısıyla ihalenin başından beri geçersiz olduğunu ifade ettikten sonra tahkim sürecinde PIATCO’nun bir kamu teşekkülünü elinde bulundurduğunu iddia etmesinin çelişkili davranma yasağına aykırı olduğunu savunmuştur.⁴²⁷

⁴²³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, ICSID Karar No. ARB/03/25, Dr. Bernardo M. Cremades Muhalefet Şerhi, 16 Ağustos 2007, §11-12

⁴²⁴ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §13

⁴²⁵ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §14

⁴²⁶ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §26

⁴²⁷ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §32

Bu açıklamalar ışığında Dr. Cremades Fraport'un sahip olduğu payların, *Anti-Dummy Law* ihlal edilmiş olsa da olmasa da, ikili yatırım antlaşması kapsamında bir yatırım olduğunu; PIATCO'nun söz konusu ihaleyi başından beri kazanamadığı gerçeği ışığında Fraport'un *Anti-Dummy Law*'u ihlal etmesinin mümkün olmadığı; ve nihayet Filipinler'in tahkim öncesi söz konusu ihalenin başından beri geçersiz olduğunu savunduktan sonra tahkim sürecinde bu ihale geçerliymiş gibi savunma yapmasının çelişkili davranma yasağına aykırı olduğunu savunmuştur.⁴²⁸

Son olarak Dr. Cremades'e göre eğer yargı yetki davacının hukuka tam anlamıyla uygun olarak hareket etmiş olmasına bağlanırsa bu durum milletlerarası yatırım tahkiminin "*Aşıl Tendonu*" olacaktır. Ayrıca Dr. Cremades davacı yatırımcıların hareketleri yargı yetki bakımından incelenirken davalı devletlerin hareketlerinin davanın esasında incelenecek olmasının taraflar arasındaki dengenin devletler lehine bozulması manasına geleceğini savunmuştur.⁴²⁹

2.2. İçtihatteki Temel Eğilimler

Bir önceki bölümde yapılan açıklamalar ve gerçekleştirilen incelemeler ışığında milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında birtakım eğilimler tespit etmek mümkündür, bu eğilimlerin kısaca incelenmesi konunun anlaşılması için önem arz etmektedir.

2.2.1. Yolsuzluk İddiaları Kahir Ekseriyetle Sonuca Etki Etmemektedir.

Milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğa ilişkin olarak bu çalışma kapsamında incelenmiş olan on (10) karar içerisinde sadece iki (2) tanesi, *World Duty Free v. Kenya* ve *Metal Tech v. Uzbekistan* kararlarında yolsuzluk iddiaları neticesinde sonuç değişmiş ve yolsuzluk olmasa çıkmayacak bir sonuç çıkmıştır. 2006 senesinde *World Duty Free v. Kenya* davasında kurulmuş olan ICSID Hakem Heyeti, yolsuzluk milletlerarası kamu düzenine veya Heyetin kendi kullandığı ifade ile uluslararası kamu düzenine aykırı olduğundan ve yolsuzlukla elde edilmiş sözleşmelerin hiçbir hakem heyeti ve mahkemece korunamayacağından bahisle

⁴²⁸ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §35

⁴²⁹ *Fraport*, Dr. Cremades Muhalefet Şerhi, §37

davacının tüm taleplerinin reddetmiştir; bu davadan sonra gerçekleşen pek çok yatırım tahkiminde hem davacılar hem davalılar yolsuzluk iddiasında bulunmuşlardır ancak neredeyse hiçbiri, *Metal Tech* hariç, bu iddialarından fayda görememişlerdir.⁴³⁰ Bu çalışma kapsamında yolsuzluğun sonuca etki etmediği ancak önemli unsurlarıyla tartışıldığı sekiz (8) karar incelenmiştir ancak bunun yanında bu miktardan çok daha fazla davada yolsuzluk iddia edilmiş ama ciddi incelemelere konu olmamıştır.

Her ne kadar yolsuzluk iddialarının ekseriyetle sonuca etki etmiyor oluşu, yolsuzluğun ekseriyetle ispatlanamıyor oluşu ile tam bir paralellik içerisindeymiş gibi görülebilirse de *Niko Resources v. Bangladesh* kararı bunun istisnasıdır zira burada her ne kadar yolsuzluğun varlığı hakem heyeti tarafından tespit edilmiş ise de heyet yolsuzluk sözleşmeleri ile yolsuzluk vasıtasıyla elde edilmiş sözleşmeler arasında yaptığı ayrımı dayanarak yolsuzluğun yargı yetkisine etki etmesine müsaade etmemiştir.⁴³¹

2.2.2. Yolsuzluk İddiaları Çoğunlukla Devletler Tarafından Külli Savunma Olarak İleri Sürülmektedir.

Yolsuzluk söz konusu olduğunda bu savunmayı ekseriyetle davalı olan devletler ileri sürmektedir zira yatırım tahkiminde taraflar doğaları gereği farklı pozisyonadadırlar, çoğunlukla devletler yatırım tahkimine gitmek yerine hukuka aykırı gördükleri yatırımlara egemenliklerine dayanarak müdahale etmekte buna binaen söz konusu uyuşmazlık yatırımcı tarafından yatırım tahkimine götürülmekte ve eğer bir yolsuzluk varsa bu davalı taraf olan devletlerce bir külli savunma aracı olarak ileri sürülmektedir. Bu durum milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzlukla alakalı olarak içtihatla ortaya çıkan genel eğilimlerinden biridir.⁴³²

Doktrinde, *World Duty Free v. Kenya* kararın heyetin “*davacı iddia ettiği taleplerini bu yargılamada hukuken takip etme hakkından, milletlerarası kamu düzeni ve sözleşmeye uygulanacak hukukun kamu düzeni uyarınca yoksundur.*”⁴³³ tespitinden yola çıkılarak burada bahsi geçen “*hukuken takip etme hakkı*”nın bir bakımdan söz konusu hakkın temelinde hukuka aykırılık bulunduğu dolayısıyla söz konusu hak hukuki temelden yoksun olduğu için esas ilişkin

⁴³⁰ Lamm/Greenwald/Young, s.2

⁴³¹ Llamazon, s.196

⁴³² A.g.e., s.198

⁴³³ *World Duty Free*, §179

bir tespit olabileceği gibi diğer bakımdan söz konusu takip kabiliyetinden yoksunluğun davacının milletlerarası kamu düzenine aykırı davrandığı için davanın kabul edilemezliği manasına da gelebileceğini ancak her iki durumda da söz konusu tespit devlet için külli savunma manasına geldiği tespit edilmiştir.⁴³⁴

Her ne kadar yolsuzluk ve rüşvet gerçekleşmek için iki tarafa ihtiyaç duysa da devletler tarafı oldukları bu hukuka aykırılıkları ileri sürmekte çekince duymamaktadır. *Metal Tech v. Uzbekistan* kararında da görüldüğü üzere hakem heyetleri yolsuzluğu yargı yetkisine ilişkin yorumlayabilmekte ve devletlere külli savunma tanıyabilmektedir ancak bunun sonucu olarak devletler söz konusu yatırıma ve yatırımcıya karşı ne kadar hukuka aykırı davranırsa davransınlar bu hukuka aykırılıklarının hesabını vermek zorunda kalmamaktadırlar.⁴³⁵

2.2.3. Yolsuzluk İddialarının İspatı Bakımından Sıklıkla Ağır İspat Şartları Aranmaktaysa da Aksi Yönde Eğilimler Artmaktadır.

Yolsuzluk iddialarının ispatına ilişkin soruna daha sonra değinilecek ise de burada içtihatteki pozisyonun ortaya konması açısından bu konunun incelenmesi gerekmektedir. Yolsuzluk iddialarının ispatı için yatırım tahkimi içtihadında çoğunlukla ağır ispat şartları aranmış yaklaşık ispat kabul görmemiştir, *EDF (Services) v. Romania* kararında yolsuzluğun ispatı için açık ve ikna edici delillerin varlığı aranmış daha hafif deliller yeterli görülmemiş⁴³⁶; *African Holding Company v. DRC* kararında ise reddedilemez delillerin varlığı aranmıştır.⁴³⁷ Bu iki dava yolsuzluğun ispatı bakımından hakemlerin genel tutumunu ortaya koymaktadır buna karşın öncelikle *Methanex v. United States* kararında başvuru “noktaları birleştirme” yöntemi ile *Thunderbird v. Mexico* kararında Prof. Thomas Walde’nin yazmış olduğu muhalefet şerhinde bahsettiği “kırmızı bayrak” göstergeleri bu ağır ispat şartlarından ayrılma eğiliminin belirgin delilleridir.⁴³⁸

⁴³⁴ Andrew Newcombe, “Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011, s.197

⁴³⁵ Llamazon, s.199

⁴³⁶ *EDF (Services) Ltd.*, §221

⁴³⁷ *African Holding*, §52

⁴³⁸ *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §112-118

2.2.4. Hakemler Yolsuzluk İddialarının Milli Makamlarca Soruşturulmamasına Çoğunlukla Önem Atfetmemektedir.

Hakem heyetleri, yolsuzluk iddiaları karşlarına geldiğinde çoğunlukla bu iddiaları ciddiye almakta ve söz konusu hukuka aykırılığın vahametini de göz önüne alarak buna uygun araştırmalar gerçekleştirmektedir ancak milli makamlarca gerçekleştirilen soruşturmalara çoğunlukla önem atfetmemekte hatta bazen bu durumdan bahis bile etmemektedirler; *Thunderbird v. Mexico*, *African Holding Company v. DRC*, *Rumeli v. Kazakhstan* kararları bu genel durumun birer örnekleridirler.⁴³⁹

Bununla birlikte bazı kararlarda ise heyetler milli makamlarca gerçekleştirilen soruşturmalardan bahsetmiş ise de bunlara ciddi herhangi bir sonuç bağlamamış, verdiği karara etki ettirmemiştir. *World Duty Free v. Kenya* kararında Heyet öncelikle Başkan arap Moi'nin başkanlığı süresince dokunulmazlığa sahip olduğunu ancak bu süre sona erdiğinde artık başkanlığı süresince gerçekleştirdiği hukuka aykırılıklardan sorumlu tutulabileceğini tespit etmiş hatta başkanlık süresince zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğini tespit etmiştir.⁴⁴⁰ Bu tespitinin ışığında heyet herhangi bir cezai soruşturmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelemeye koyulmuş ve ne yolsuzluk sebebiyle bir ceza soruşturmasına ne de söz konusu rüşvetin geri alınması için bir medeni yargılamaya rastlamadığını kaydetmiştir; ancak bundan sonra bu durumdan aşırı derecede rahatsız olduğunu belirtmiş ise de Kenya'nın kendi başkanın yolsuzluğunu bir külli savunma olarak ileri sürmesine ve bu yolsuzluğu ülkesinde soruşturmayarak çelişkili davranmasına müsaade etmiştir.⁴⁴¹

Yine yukarıdaki karara benzer olarak *EDF v. Romania* kararında da Heyet, Romanya Yolsuzlukla Mücadele Direktörlüğü'nce yolsuzluk iddialarının iki kere incelenmiş olmasından ve yine iki kere bu yolsuzluk iddialarını reddetmiş olmasından bahsetmişse de bunlara ne gibi sonuçlar bağladığından yahut bunun neden önemli olduğundan bahsetmemiştir.⁴⁴² Bunun yerine Heyet kendi araştırmaları ve çıkarımlarına dayanarak, aslında milli mercilerin de ulaştığı sonuca paralel olarak ancak buna herhangi bir atıfta bulunmadan, yolsuzluğun ispatı için yeterli delil bulunmadığına hükmetmiştir.⁴⁴³

⁴³⁹ Llamazon, s.204

⁴⁴⁰ *World Duty Free*, §171

⁴⁴¹ *World Duty Free*, §180

⁴⁴² *EDF (Services) Ltd.*, §228

⁴⁴³ *EDF (Services) Ltd.*, §237

Wena Hotels Ltd. v. Egypt kararında Heyet milli mercilerce cezai soruşturma gerçekleştirilmemiş olmasına dikkat çekmiş ve buna bir önem atfetmiştir; Heyet Mısır Hükümeti tarafından yolsuzluğun öğrenilmiş olmasına rağmen her ne sebeple olursa olsun buna ilişkin herhangi bir cezai yahut idari soruşturma gerçekleştirmeyen Mısır'ın yine bu yolsuzluğu ileri sürmesinden rahatsız olduğunu ifade etmiş ve bu tutum içerisindeki Mısır'ı hukuken sorumlu olmaktan azade tutma konusunda isteksiz olduğunu açıkça ifade etmiştir.⁴⁴⁴

Niko Resources v. Bangladesh kararında ise Heyet öncelikle Kanada'da gerçekleştirilen soruşturma sonucunda gerçekleşen uzlaşma neticesinde Niko'nun yolsuzluğu kabul ettiğini tespit etmiştir.⁴⁴⁵ Daha sonra Bangladeş Yolsuzlukla Mücadele Komisyonu'nun gerçekleştirdiği soruşturmaları incelemiş ve bu soruşturmalarda kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini tespit etmiş ve buna ek olarak Bangladesh Supreme Court'u nezdinde Niko aleyhine gerçekleştirilen şikayet sonucunda Mahkeme'nin sözleşmeler imzalanırken yolsuzluğun etkili olmadığı ve sözleşmelerin yolsuzluktan etkilenmediği yönündeki tespitine atıf yapmış ve milli mercilerin bu kararlarına dayanarak yolsuzluğun var olmadığına hükmetmiştir.⁴⁴⁶ Niko kararı bu özelliği bakımından da eşsizdir zira hakem heyeti milli mercilerce verilen bir karara güvenip atıf yaparak kararına temel oluşturacak şekilde buna dayanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ve içtihattan verilen örnekler ışığında açıkça görülebileceği üzere her ne kadar milli mercilerin bir soruşturma gerçekleştirip gerçekleştirilmemesine yatırım tahkimi heyetleri ekseriyetle önem atfetmese de bu bakımdan içtihadın yeknesaklık taşımadığı açıktır ancak eğilimin çoğunlukla milli mercileri dikkate almamak yönündedir.⁴⁴⁷

2.2.5. Hakemler Yolsuzluğun İspatlanması için Kırmızı Bayrak Kurallarına Başvurmaya Başlamışlardır.

Yolsuzluğun ispatı bir sonraki bölümde etraflıca inceleneceği üzere ziyadesiyle zor bir konudur. Ancak milletlerarası yatırım tahkiminde görev alan bazı hakemler bu zorluğun üstesinden gelmek için kırmızı bayrak adı verilen ikincil delillerin bir ahenk içerisinde

⁴⁴⁴ *Wena Hotels Ltd.*, §116

⁴⁴⁵ *Niko Resources*, §381-386

⁴⁴⁶ *Niko Resources*, §426-429

⁴⁴⁷ Llamazon, s.204

yolsuzluğun varlığına delalet etmeleri halinde yolsuzluğun ispatına ilişkin birtakım sonuçlar çıkararak bu zorluğu aşmaya çalışmışlardır. Bu doğrultuda kırmızı bayrak kurallarının kullanıldığı ve yolsuzluğun varlığına hükmedildiği *Metal-Tech v. Uzbekistan* kararında Heyet kırmızı bayrakları, milletlerarası toplumun yolsuzlukla mücadele için oluşturmuş olduğu göstergeler olarak tanımlamıştır.⁴⁴⁸

Metal -Tech v. Uzbekistan kararında atıf yapılan eski Birleşik Krallık Adalet Bakanı'nın hazırlamış olduğu raporda listelenen kırmızı bayrak göstergeleri aşağıdaki gibidir:

- “ 1. İlgili bölgede yolsuzluğun geçmişinin olması;
2. Sektöre yahut ilgili ülkeye dair tecrübesiz olan Danışmanın varlığı;
3. Danışmanın müşterinin projesini gerçekleştireceği ülkede ikamet etmemesi;
4. Danışmanın söz konusu ülkede ciddi olarak faaliyet göstermiyor oluşu;
5. Danışmanın kötü üne sahip başka şirketlerin temsilcisi olması;
6. Danışmanın kanunen yasaklanmış herhangi bir ödeme yapmayacağını söyleyen bir sözleşmeyi imzalamayı reddetmiş oluşu;
7. “İşi almak” için bir miktar paranın gerekli olduğunu beyan eden Danışmanın varlığı;
8. Acele ve olağan düşü yüksek komisyon ödemeleri talep eden bir Danışmanın varlığı;
9. Danışmanın ödemeyi nakit olarak, paravan şirket aracılığıyla, başka bir ülkede, isimsiz bir banka hesabına veya üçüncü bir kişiye talep etmesi;
10. Danışmanın sözleşme imzalanır imzalanmaz komisyonun tamamının yahut ciddi bir kısmının ödenmesini talep etmesi;
11. Danışmanın, doğru insanları tanıdığından bahisle sözleşmenin alınmasında yardımcı olabileceğini ifade etmesi;
12. Danışmanın hükümetle yahut müşterilerle onların kararını usulsüz olarak etkileyebilecek derecede yakın şahsi yahut iş ilişkilerinin olması;
13. Danışmanın bir kamu görevlisi yahut müşteri tarafından tavsiye edilmiş olması;
14. Danışmanın sözleşmenin imzalanmasından hemen önce konuya müdahil olması;
15. Danışmanın ileride uygunsuz ödemeler yapabileceğini yahut kendisine verilmiş olan paranın bir kısmını kamu görevlisi için ayırdığını gösterir emareler ortaya koyması;

⁴⁴⁸*Metal-Tech*, §293

16. İyi niyetli olarak bakıldığında söz konusu Danışmanı tutmak için kafi ticari sebebin olmaması.”⁴⁴⁹

Görüldüğü üzere kırmızı bayrak göstergeler tek başlarına zorunlu olarak yolsuzluğun varlığı sonucunu doğuracak durumlar değildir ancak birden fazlasının bir davada ahenk içerisinde bulunması halinde yolsuzluğun varlığından makul olarak şüphe duyulacak ve ispat yükünün yer değiştirmesine karar verilebilecektir ve eğer diğer tarafın yolsuzluğun gerçekleşmediği yönünde benzer şekilde delil sunamaması durumunda artık yolsuzluğun gerçekleştiği çıkarımını yapmak mümkün olacaktır.⁴⁵⁰

Kırmızı bayrak göstergelerinin etkililiğini arttırmak için, söz konusu göstergelerin ne kadar doğru tespit edildiğinin ve hangilerinin varlığının daha sıklıkla yolsuzluğun varlığına delalet ettiğinin tespiti için geçmişte gerçekleşmiş ve detayları bilinen olaylara kırmızı bayrak göstergeleri uygulanarak en doğru göstergelerin bulunması için çalışmalar yapılmaya başlanmış ve bu göstergeler bilimsel olarak da sınanmaya başlanmıştır.⁴⁵¹

Prof. Thomas Walde'nin *Thunderbird v. Mexico* kararına yazmış olduğu muhalefet şerhinde milletlerarası yatırım tahkiminde görev alan hakemler gün geçtikçe ağır ispat standartlarından uzaklaşma ve kırmızı bayrak kurallarını kullanma eğilimi gösterdiklerini ifade etmiştir.⁴⁵²

2.2.6. Yolsuzluk Yatırımın Yapılması Sırasında Gerçekleştiğinde Dava Yargı Yetkisi Yokluğundan Reddedilmekteyken Yatırım Süresince Gerçekleşirse Dava Esastan veya Kabul Edilemezlikten Reddedilmektedir.

Milletlerarası Yatırım Tahkiminde yolsuzluk ve benzeri hukuka aykırılıklara dair karar verilirken bunların gerçekleştiği anın ayrı bir önemi bulunmaktadır hatta buna göre verilecek kararların farklılaşması söz konusudur. İctihatta kural olarak yolsuzluk veya benzeri hukuka aykırılık yatırımın yapılması sırasında gerçekleşmişse hakem heyetleri söz konusu aykırılığı yargı yetkisinin varlığına engel teşkil eder nitelikte algılamaktadır ancak yolsuzluk eğer yatırım

⁴⁴⁹ Woolf Committee Report on Business Ethics, Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in BAE Systems plc – The Way Forward, Mayıs 2008, s.26

⁴⁵⁰ Llamazon, s.230

⁴⁵¹ Joras Ferwerda/ Ioana Delenau/ Brigitte Unger, “Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol.23, Issue 2, s.245-267

⁴⁵² *Thunderbird*, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §112

yapıldıktan sonraki süreçte gerçekleşmiş ise artık bu aykırılığı davanın esasında taleplerin kabul edilebilirliği açısından değerlendirmektedirler.

Metal-Tech v. Uzbekistan kararında Heyet davacının yolsuzluğu daha en başta yatırımını gerçekleştirirken yaptığını ve dolayısıyla ikili yatırım antlaşmasında bulunan “yatırımın yapıldığı taraf devletin kanunlarına ve yönetmeliklerine uygun gerçekleşmiş olma” şartının sağlanmamış olduğundan bahisle davaya bakabilmek için ihtiyaç duyduğu yargı yetkisinden yoksun olduğuna kanaat getirmiştir.⁴⁵³

Milletlerarası yatırım tahkimindeki bu eğilim *Hamester v. Ghana* kararında aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Dolayısıyla, eldeki ikili yatırım antlaşmasının lafzından anlaşıldığı üzere, yatırımın yaratılışının hukuka uygunluğu yargı yetkisine ilişkin bir sorunken; yatırımcının yatırımının hayatı süresince hareketlerinin hukuka uygunluğu ise davanın esasına ilişkin bir sorundur.”⁴⁵⁴

Yine aynı kararda Heyet yargı yetkisine dair inceleme yaparken sadece yatırımın yapılması sırasında gerçekleştiği iddia edilen dolandırıcılık eylemleri ile ilgilendiğini ve yatırım yapıldıktan sonra gerçekleştiği iddia edilen eylemlerle bu konu bakımından önem atfetmediğini ifade etmiştir.⁴⁵⁵

Bu kararlara karşın yatırım gerçekleştikten sonra gerçekleşen yolsuzlukların dava konusu olduğu *Niko Resources v. Bangladesh* kararında Heyet yolsuzluğun gerçekleşmiş olduğu kanaatinde olmasına rağmen bunun yargı yetkisine etki etmediğine ve davanın esasına geçmesinde bir engel olmadığına hükmetmiştir.⁴⁵⁶

Son olarak söz konusu eğilim *Fraport v. Philippines* kararında da aşağıdaki şekilde görülebilir:

⁴⁵³ *Metal-Tech*, s.372-374

⁴⁵⁴ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Karar No. ARB/07/24, Karar, 18.06.2010, §127

⁴⁵⁵ *Hamester v. Ghana*, §129

⁴⁵⁶ *Niko Resources*, §381-386, §485

“Eğer yatırımın başlangıcı sırasında ev sahibi devletin hukukuna uygun hareket edilmişse artık devletin, devletin yatırım gerçekleştikten sonra hukukunun ihlal edildiği iddialarını yatırıma karşı aldığı kamu tedbirlerine bir gerekçe olarak sunması, ikili yatırım antlaşmasını ihlal ettiği iddialarına bir esas savunması olarak kabul edilebilirse de Heyeti ikili yatırım antlaşması kapsamında sahip olduğu yargı yetkisinden yoksun bırakmayacaktır.”⁴⁵⁷

Görüldüğü üzere hukuka aykırılığın yatırımın yapılması esnasında gerçekleşmiş olması halinde yargı yetkisini ortadan kalkması sonucunu doğururken yatırım yapıldıktan sonra gerçekleşen hukuka aykırılıkların davanın esası ile ilgili olduğu milletlerarası yatırım hukukunun neredeyse yerleşik bir kuralıdır; *Metal-Tech v. Uzbekistan* ve *Niko Resources v. Bangladesh* kararlarının bu kurala uygun çıkması söz konusu eğilimin milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk içtihadında da geçerli olduğunu göstermektedir.

⁴⁵⁷ *Fraport*, §345

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YATIRIM TAHKİMİNDE YOLSUZLUĞA İLİŞKİN TEMEL SORUNLAR

Yolsuzluğun hukuki ve bilimsel incelemesi gerçekleştirildikten ve yolsuzlukla mücadelede günümüzde gelinen noktaya ilişkin incelemeler tamamlandıktan sonra milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında yolsuzluk incelenmiştir. Bu incelemelerden sonra milletlerarası yatırım tahkimi içtihadındaki birtakım temel sorunlara ilişkin incelemeler yapılacaktır.

1. İSPATLAMA ZORLUĞU

Birinci bölümde tarihsel gelişiminin incelendiği yolsuzlukla mücadelede, günümüzde gelinen nokta itibariyle artık yolsuzluğun hukuka ve ahlaka aykırı olduğu ve karşılaşıldı ve varlığına kanaat getirildiği takdirde cezalandırılması gerektiği hususunda bir şüphe kalmamıştır ancak bu noktada yolsuzluğun varlığının ispatı büyük bir sorun olarak ortada durmaya devam etmektedir. Yolsuzluk ve yolsuz aktiviteler, diğer pek çok suç ve kabahat gibi belki de daha da fazla, özellikle tespit edilemeyecek, yakalanamayacak şekilde arkada aksi sonucu doğuracak delil bırakmamaya ehemmiyet gösterilerek gerçekleştirilmektedir.⁴⁵⁸ Yolsuzluğun bu şekilde gizli bir doğaya sahip olması ispat şartlarının ne olması gerektiği, bu şartların hangi derecede ağır olmaları gerektiği, ispat yükünün hangi tarafta olduğu, ve eğer mümkünse ispat yükünün hangi şartlar altında yer değiştirmesinin mümkün olacağı gibi birçok zor sorunun cevaplanması zorunluluğu doğurmaktadır.⁴⁵⁹

Bir önceki bölümde incelediğimiz yatırım tahkimi içtihadında yolsuzluğa ilişkin kararlar arasında içtihadın en önemli kararları olan *World Duty Free v. Kenya* ve *Metal-Tech v. Uzbekistan* kararlarında yatırımcılar yolsuzluğun varlığını kendisi itiraf etmiş ve dolayısıyla hakem heyetlerini yukarıdaki zor sorularla mücadele etme zahmetinden kurtarmışlardır, ancak bir davacının davasının reddini doğuracak şekilde kendi hukuka aykırılığını itiraf etmesinin ne

⁴⁵⁸ Karen Mills, **Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitrations Relatin Thereto**, Paper prepared for the 16th Congress of ICCA (International Council for Commercial Arbitration): INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS, Londra 12-15 Mayıs, 2002, s.8

⁴⁵⁹ Llamazon, s.225

sıklıkla karşımıza çıkacağı açıktır.⁴⁶⁰ Aynı bu şekilde yine yolsuzluğun varlığının tespit edildiği bir dava olan *Niko Resources v. Bangladesh* kararında da yolsuzluğun ispatı davacının bu yolsuzluğun varlığını kendi ülkesindeki milli merciiler önünde uzlaşma sırasında itiraf etmiş olmasıyla mümkün olmuştur.⁴⁶¹

Her ne kadar yukarıdaki kararlarda olduğu gibi tarafların itirafları vasıtasıyla ispata ilişkin sorunlar çözülebilirse de davaların kahir ekseriyetinde hakem heyetleri ispat yükü, ispat şartları, karineler, çıkarımlar ve “noktaları birleştirme” gibi alışlagelmiş yöntemlerle yolsuzluğun ispatlanıp ispatlanmadığını tespit etmekle yükümlüdürler.⁴⁶² Bu noktada hakem heyetlerinin uygulayacak oldukları ispat yükü veya ispat şartlarına ilişkin kuralları taraflara deliller sunulmadan bildirmeleri gerektiği dolayısıyla tarafların da buna uygun olarak davaların hazırlamalarını mümkün kılmaları gerektiği ve bu doğrultuda tarafların yönlendirilmesi gerektiği doktrinde yazarlarca ifade edilmektedir.⁴⁶³

1.1. Hakemlerin Yolsuzluk İddialarını Resen Araştırma Yetkileri

Hakemlerin yolsuzluğa ilişkin araştırma yetkilerinin kapsamı ve bu araştırmalarında ne kadar ileri gidebilecekleri tartışmalıdır ancak bu sorunlardan daha öncelikli olan hakemlerin önlerine gelen dava kapsamında re’sen hangi noktaya kadar yolsuzluğu araştırabilecekleri ve tarafların açık talebi bulunmaksızın böyle bir araştırma gerçekleştirmelerinin gerekip gerekmediğinin belirlenmesidir zira yolsuzluğun ispatı noktasında bu yükümlülüklerin ve yetkilerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu noktada öncelikli olarak ifade edilmesi gereken husus hakem heyetlerinin önlerine gelen dava kapsamında taraflardan birinin yolsuzluk iddiasında bulunması halinde bu iddiayı, önüne gelen diğer her iddiada olması gerektiği gibi, araştırmak ve buna ilişkin olarak bir hüküm tesis etmekle mükellef olduklarıdır.⁴⁶⁴

Bununla birlikte burada çözümlenmesi gereken esas sorun hakem heyetlerinin karşılarına bir yolsuzluk iddiası değil de birtakım yolsuzluk imaları çıkarsa yahut kendileri bir

⁴⁶⁰ Constantine Partasides, “Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for The Real World”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, Issue 1, 2010, s.51

⁴⁶¹ *Niko Resources*, §381-386

⁴⁶² Llamazon, s.226

⁴⁶³ José Rosell/ Harvey Prager, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, *Arbitration International*, Volume 15, Issue 4, 1999, s.348

⁴⁶⁴ Llamazon, s.227

yolsuzluğun varlığından şüphe duymaları halinde burada ne yapmaları gerektiğidir. Bu noktada milletlerarası tahkimde görev alan hakemlerin rüşvet, kara para aklama ve ciddi dolandırıcılık gibi konuları karşılarına geldiği zaman, tarafların iradesi ne yönde olursa olsun, incelemek, çözmek ve bunlara ilişkin maddi ve hukuki tespitlerini kararlarında belirtmekle mükellef oldukları; bu hareket biçiminin verilecek kararın tenfiz edilebilirliğini mümkün kılacak ve milletlerarası tahkim sisteminin bütünlüğünü koruyacak tek yöntem olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁵

Buna ek olarak milletlerarası yatırım tahkiminde bir dava incelenirken hakemlerin taraflara karşı yükümlülüklerine ek olarak hem taraf devletin halkına ve milletlerarası topluluğa karşı da yükümlülük altında olduğundan ve bununla bağlantılı olarak milletlerarası yatırım tahkiminde milletlerarası hukukun bir parçası olan milletlerarası yolsuzlukla mücadele sözleşmelerinin uygulanması gerektiğinden bahisle yolsuzluğa ilişkin belirtilerin ortaya çıkması halinde bunları *moto proprio*, re'sen incelemelerinin ve çözümlemelerinin evleviyetle gerekli olduğu savunulmuştur.⁴⁶⁶

Yukarıdaki açıklamalar her ne kadar hakemlerin re'sen hareket etmeleri gerektiğini savunuyorsa da içtihatları kararların tam anlamıyla bu görüşle uyumlu olduğu söylenemez zira pek çok kararda yolsuzluk karşılarına gelse bile hakemler ekseriyetle bu konular re'sen araştırmamaktadırlar. Buna ilişkin tutum içtihatları Thunderbird Gaming Co. v. Mexico kararına muhalefet şerhi yazan Prof. Thomas Wälde tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Aynı kurallar davalı tarafından ortaya konan yolsuzluk imaları için de uygulanmalıdır... Bu tarz imalar günümüzde hem yatırımcı davacılar hem de davalı hükümetler tarafından sıklıkla ortaya konmaktadır. Bunlar, usulüne uygun ve açık olarak heyet önünde iddia edilmedikleri, belirli ve belirgin bir eylem isnadı ile desteklenmedikleri ve düzgün hukuki ve maddi açıdan tartışmalara konu edilmedikleri sürece heyet tarafından bir kenara atılmalıdır.”*⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Bernado Cremades/ David J. A. Cairns, “Trans-National Public Policy in International Arbitral Decision Making: the Cases of Bribery, Money-Laundering and Fraud”, **Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud**, 2006, s.85

⁴⁶⁶ Llamazon s.227

⁴⁶⁷ Thunderbird, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, §20

Yukarıda da görüldüğü üzere içtihatla hakem heyetinin karşısına yolsuzluk şüphesine sebebiyet verecek imalar çıkması halinde bunları derinlemesine incelemesi değil bir kenar atması gerektiği savunulmaktadır. Hakikaten milletlerarası yatırımların etrafında her daim toplanan yolsuzluk dedikodularının ışığında tutulması gereken makul yol, bunların taraflarca açık ve belirli bir fiilin isnadı şeklinde gerçekleşmeyen iddiaların dikkate alınmamasıdır.

Buna karşın milletlerarası yatırım tahkimi içtihadının en önemli kararlarından olan *Metal Tech v. Uzbekistan* kararında Heyet duruşma esnasında tanık dinlerken dava kapsamındaki danışmanlık sözleşmelerinin yolsuzlukla bağlantılı olduğundan şüphelenmiş ve bunun üzerine ICSID Konvansiyonu madde 43 kapsamındaki yetkilerine dayanarak re'sen tarafların konuya ilişkin olarak ek açıklamalar ve belgeler sunmasını talep etmiş ve bu yeni bilgi ve belgelerin ışığında yolsuzluğun varlığına hükmetmiştir.⁴⁶⁸

1.2. İspat Yüğü Sorunu

Yolsuzluğun ispatlanmasındaki temel sıkıntıların başında ispat yüğü konusu gelmektedir; kural olarak milletlerarası her türlü tahkimde, herkesçe bilinen veya malum vakıalar hariç, iddia edilen diğer her türlü vakıa gibi yolsuzluğun da müddei tarafından ispat edilmesi gerekir.⁴⁶⁹ Bu kural pek çok milletlerarası tahkim heyeti tarafından pek çok kararda ikrar edilmiş ve varlığı konusunda tartışma bulunmayan bir kuraldır.⁴⁷⁰ *The Rompetrol Group N. V. v. Romania* kararında milletlerarası yatırım tahkimindeki genel ispat yüğü kuralı şu şekilde ifade edilmiştir:

“... Heyet, söz konusu ispat yüğü olduğu zaman iddiasında yahut savunmasında bir vakıaya dayanan tarafın söz konusu vakıayı ispatlamakla mükellef olduğunun genel kabul görmüş milletlerarası bir kaide olduğunu rahatlıkla ifade etmektedir. Bu genellikle müddei iddiasını ispatla mükelleftir (“Onus probandi incumbit actori”) deyimiyle ifade edilmektedir.”⁴⁷¹

⁴⁶⁸ *Metal Tech Ltd.*, §86, §256

⁴⁶⁹ Allan Redfern/ Claude Reymond/ Andreas Reiner/ Bernard Hanotiau/ Edward Eveleigh/ Ian W. Menzies, “The Standards and Burden of Proof in International Arbitration”, **Arbitration International**, Volume 10, Issue 3, 1994, s.321

⁴⁷⁰ Llamazon, s.229

⁴⁷¹ *The Rompetrol Group N. V. v. Romania*, ICSID Karar No. ARB/06/3, Karar, 6 Mayıs 2013, §179

Ancak bu kuralın yolsuzluk gibi doğası gereği gizlilik içerisindeki bir vakıanın ispatlanması bakımından bir değişiklik arz edip etmediğinin incelenmesi ve ispat yükünün yer değiştirmesinin mümkün olup olmadığının, mümkünse hangi şartlarda mümkün olduğunun incelenmesi icap etmektedir.

Bu konu ile alakalı olarak belirtilmesi gereken ilk husus, yolsuzluğun ispatlanmasının neredeyse imkânsız olması sebebiyle eğer yolsuzluğun varlığına ilişkin makul belirtiler varsa artık ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiğinin dolayısıyla yolsuz olduğu iddia edilen tarafın hukuka ve iyi niyet kurallarına uygun hareket ettiğini ispatlamasının beklenmesinin makul bir çözüm olduğu yazarlarca savunulmuş olmasıdır.⁴⁷² Ayrıca yolsuzluk ithamı altında bulunan tarafın eğer gerçekten masum ise bu iddiaları kolayca def edecek imkanlara sahip olduğu savunulmuş örneğin bir para transferinin meşruiyetini alınan hizmetlerin meşruiyeti, kıymeti ve söz konusu tarafın neden söz konusu işte ehil olduğu gibi birçok açıdan ispatlayabileceği ifade edilmiş dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği görüşü desteklenmiştir.⁴⁷³

Ancak hukukun genel prensiplerinden böylesine sert bir şekilde ayrılmayı gerektirecek bir anlayışın herhangi bir hukukçu tarafından kolay kolay kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir.⁴⁷⁴ Buna ek olarak bir tarafın kendi masumiyetini ispatlaması gereğini doğuracak şekilde ispat yükünün yer değiştirmesinin adil yargılanma hakkı bakımından kabul edilebilir olmadığı da ifade edilmiştir.⁴⁷⁵

Bu açıklamalar ışığında yazarlar, konu yolsuzluk olunca ispat yükünün doğrudan doğruya yer değiştirmesini kabul etmemiş ve eğer ispat yükünde bir yer değişikliği olacaksa bunun ancak belirli belirtiler sonucunda gerçekleşmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşmışlardır.⁴⁷⁶ Bu kapsamda hangi şartlarda ispat yükünün değişebileceği tartışması önem kazanmaktadır; hangi delillerin ve hangi derecede ispatın ispat yükünün değişmesi sonucunu doğuracağının tespiti gerekmektedir.

⁴⁷² Mills, s.9

⁴⁷³ Cecily Rose, **Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption**, Leiden Law School Araştırma Makalesi, 2013, s.40

⁴⁷⁴ Partasides, §28

⁴⁷⁵ Alexis Mourre, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of Arbitrator”, **Arbitration International**, Volume 22, Issue 1, 2006, s.103

⁴⁷⁶ Llamazon, s.229

Yolsuzluğun ispatındaki sıkıntılardan ötürü, “*prima facie*” olarak ispatını sağlayacak kadar delilin ispat yükünün değişmesinin makul bir çözüm olacağı hem hakemlerce hem yazarlarca savunulmuş ise de bu görüşe “*prima facie*” ispatın olabilecek en hafif ispat standartını oluşturduğu ve yolsuzluk gibi ciddi bir konuda iddia eden tarafın üzerinden ispat yükünü bu kadar kolay kaldırmanın ve ispat standartını bu kadar hafifletmenin makul olmadığı; bu kadar hafif bir ispat standartının kolaylıkla kötüye kullanmaya müsait olduğu gerekçeleriyle karşı çıkmıştır.⁴⁷⁷

İspat yükünün “*prima facie*” gibi hafif ispatla yer değiştirmesinin pek makul olmadığı ve hukukçular tarafından hoş karşılanmadığı bu noktada *Metal-Tech v. Uzbekistan* kararında açıkça atıf yapılması üzerine milletlerarası yatırım tahkiminde bir başvuru aracı haline gelmiş olan “kırmızı bayrak” kurallarına değinmekte fayda vardır. *Metal-Tech* davasında heyet “*Danışmanın söz konusu sektörde yeterli tecrübeye sahip olmaması*”, “*Danışmanın ilgili ülkede neredeyse hiç ticari faaliyetinin bulunmaması*”, “*Danışman tarafından acele ödemeler ve yüksek komisyonlar talep edilmesi*” gibi vakıaların yolsuzluğun varlığına işaret ettiklerini ifade etmiştir.⁴⁷⁸ Bu kırmızı bayraklar vasıtasıyla gerçekleştirilmiş bir yaklaşık ispatın, ispat yükünün yer değiştirmesine ve yolsuzluğun yokluğuna yönelik delillerin sunulmasının heyetçe istenmesine yol açabileceği ve nihayet kararın içeriğine büyük bir etkide bulunabileceği ifade edilmektedir.⁴⁷⁹

Söz konusu ispat yükü sorunu rahatlatmak için hakem heyetlerinin her vakıanın ispatlanmasını beklememesi gerektiğini bunun yerine birtakım çıkarımlar yaparak belli sonuçlara ulaşması gerektiği de savunulmuştur.⁴⁸⁰ Bu noktada içtihat net bir eğilim bulunmamaktadır; *Hamester v. Ghana* kararında Heyet dolandırıcılığın ispatına ilişkin olarak önünde yeterince delil bulunmadığını ve ancak ispatlanmış olgular üzerine hüküm kurabileceğini çıkarımlara dayanamayacağını ifade etmiştir.⁴⁸¹ Buna karşın *Metal-Tech* kararında heyet açıkça tarafların talep ettiği belgeleri sunmamasından uygun çıkarımlarda bulunabileceğini bunun yerleşik bir içtihat olduğunu savunmuştur.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Rose, s.41

⁴⁷⁸ *Metal Tech Ltd.*, §293

⁴⁷⁹ Llamazon, s.230

⁴⁸⁰ A.g.e., s.231

⁴⁸¹ *Hamester v. Ghana*, §134

⁴⁸² *Metal Tech Ltd.*, §245

Sonuç olarak ispat yükü sorunu yolsuzlukla alakalı temel sorunlardan biridir ancak bu sorunlara ilişkin genel geçer çözümler üretilmemiş ve içtihatla birlik sağlanmamıştır bununla birlikte kırmızı bayrak kurallarının kullanılması vasıtasıyla ispat yükünün yer değiştirmesinin mümkün kılınması hem yolsuzluğun ispatın kolaylaştırarak hem de taraflar üzerinde adil olmayan sonuçlar doğmamasına vesile olacaktır, bu sebeplerle kullanımlarının yaygınlaşması yolsuzlukla mücadele bakımından önemlidir.

1.3. İspat Standartı Olarak Şüpheden Uzak ve İkna Edici Kesin Deliller Beklenmesi

İspat yükü ile ispat standartı birbirinden farklı şeylerdir; ispat yükü ile herhangi bir iddiayı ispatlamakla mükellef olan tarafın kim olduğu belirlenirken, ispat standartı ile herhangi bir vakianın yahut iddianın ispatı için yeterli olan delil miktarı ve kuvveti ifade edilmektedir.⁴⁸³ İspat yükü ile ispat standartı arasındaki bu fark milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında *The Rompetrol Group N. V. v. Romania* kararında aşağıdaki şekilde çok güzel açıklanmıştır:

“... Heyet ispat yükü ile ispat standartı arasındaki fark hakkında birtakım açıklayıcı sözlerin söylenmesi gerektiği kanaatindedir. Heyet’e göre bu ikisi arasındaki fark esasında gayet basittir: ispat yükü davasının kabul görmesi için hangi tarafın neyi ispatlaması gerektiğini ifade ederken; ispat standartı herhangi bir vakianın yahut kül halinde davanın ispatlanması için gerekli delilleri ifade etmektedir. Bu farkın ortaya koyulmasıyla, ispat yükünün mutlak olduğu ancak ispat standartının göreceli olduğu ortaya çıkmaktadır... .. Buna karşın, ispat standartının göreceli olduğunu ifade ederek Heyet bir iddianın ispat yükü altındaki tarafça ispatlanıp ispatlanmadığının sadece ilgili tarafın sunduğu delillere bağlı olmadığını ayrıca her iki tarafın sunmasıyla toplanan tüm delillerin topluca değerlendirilmesine de bağlı olduğunu ifade etmektedir.”⁴⁸⁴

Yukarıdaki karardan da görülebileceği üzere ispat yükü belli bir iddiayı kimin ispatlamakla mükellef olduğunu ifade ederken ispat standartı hangi delil eşiğinin geçilmesinin söz konusu iddianın ispatlanmış sayılması için yeterli olacağını ifade etmektedir.

⁴⁸³ Llamazon, s.232

⁴⁸⁴ *The Rompetrol Group*, §178

Milli hukukların ispat şartları ait oldukları hukuk sisteminin özelliklerini göstermektedir; Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde genellikle ispat standartı olarak ihtimaller dengesi prensibi (“*Balance of Probabilities*”) yani gerçek olması gerçek olmamasından daha muhtemel olma prensibi kabul edilirken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde daha ağır bir şart olarak hâkimin vicdani kanaatine (“*Inner Conviction of the Judge*”) atıf yapılmakta ve hâkimin iddia edilen vakıanın mevcut deliller ışığında var olduğuna kanaat etmesi ve bu konuda vicdanının rahat olması beklenmektedir.⁴⁸⁵ Milletlerarası tahkimde genel ispat standartı olarak bir vakıanın ispatlanmış sayılması için Anglo-Sakson sistemlerindeki ihtimaller dengesi prensibinin benimsendiği ifade edilmektedir.⁴⁸⁶

Ancak her iki hukuk sistemi konu rüşvet veya başka tip dolandırıcılık olduğu zaman bu göreceli hafif ispat şartlarını yeterli bulmamakta bundan daha ağır ispat şartlarının gerekli olduğunu kabul etmektedirler.⁴⁸⁷

Yazarların yolsuzluğun ispatına ilişkin görüşlerinin incelenmesi gerekirse, bazı yazarlar milletlerarası yatırım tahkiminde rüşvet ve benzeri yolsuzluk iddiaları söz konusu olduğunda ağırlaştırılmış bir ispat standartının uygulanmasının mantıklı olduğunu zira bu yolsuzluk iddialarının ekseriyetle davalı devletlerce bir külli savunma yöntemi olarak öne sürülmekte olduğunu; eğer davalı devletler yolsuzluğun ispatı için ağır şartları sağlamak zorunda olmazlarsa bu devletlerin ellerinde ciddi deliller olmaksızın hukuka aykırılıklarının bedelini ödemekten kurtulmaları sonucunu doğacağını ifade etmişlerdir.⁴⁸⁸ Buna karşı doktrinde yolsuzluğun ispat standartını hafifletmemesi gerektiği gibi ağırlaştırmaması gerektiği normal ispat kaidelerinin uygulanması gerektiğini de savunanlar vardır.⁴⁸⁹

Yazarlar hakem heyetlerinin önüne çoğunlukla ikinci derece delillerin geldiğini ancak delillerin ortaya koyduğu belirtiler ciddi olduğu müddetçe bu belirtilere dayanılmasının hukuka aykırı olmadığını ifade etmektedirler.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Redfern/ Raymond/ Reiner/ Hanotiau/ Eveleigh/ Menzies, s.335

⁴⁸⁶ Llamazon, s.233

⁴⁸⁷ Redfern/ Raymond/ Reiner/ Hanotiau/ Eveleigh/ Menzies, s.336

⁴⁸⁸ Rosell/ Prager, s.348

⁴⁸⁹ Partasides, §50

⁴⁹⁰ Florian Haugeneder/ Christoph Liebscher, “Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof”, **Austrian Arbitration Yearbook 2009**, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2009), 2009, s.545; Rosell/ Prager, s.332

Bu genel açıklamalardan sonra milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında yolsuzluğun ispatı için ortaya konmuş olan ispat standartının incelenmesi gerekmektedir ve bu doğrultuda incelenmesi gereken ilk karar içtihadın genel eğilimini açıkça ortaya koyan *EDF (Services) v. Romania* kararıdır. *EDF (Services) v. Romania* kararında heyet yolsuzlukla alakalı beklenen ve artık yerleşik içtihat kabul edilen ağır ispat standartını şekilde ortaya koymuştur:

*“Her hâl ve kârda, buna karşın, yolsuzluk ispata muhtaçtır ve ispatlanma konusunda zorluğuyla kötü bir ün kazanmıştır zira tipik olarak arkada ya pek az ya da hiç maddi delil yoktur. Mevcut davadaki yolsuzluk iddialarının ciddiyeti, dönemin Romanya Hükümeti’nin en üst görevlilerini içinde barındırdığı göz önüne alındığında, açık ve ikna edici delillerin varlığını zorunlu kılmaktadır. Milletlerarası hakem heyetleri ve yazarlar nezdinde yolsuzluğun ispatı için ağır şartlar arandığı konusunda fikir birliği vardır. Ancak Heyet’in önündeki deliller iddia edilen rüşvet için gerekli olan açık ve ikna edici nitelikten uzaktır.”*⁴⁹¹

Yukarıda *EDF (Services) v. Romania* kararından alıntılanan parça, milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında yolsuzluğun ve buna benzer hukuka aykırılıkların ispatı için kabul edilen ağır ispat şartlarının gerekliliği prensibini ortaya koymaktadır. Bu kararla aynı doğrultuda ağır ispat standardı gerekliliğini ortaya koyan bir diğer karar *African Holding Company v. Congo* kararıdır; kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

*“Heyet, yolsuzluğun çok ciddi bir durum olduğunu kabul etmekte ancak bu yolsuzluğun ispatı için reddedilemez delil beklemektedir öyle ki söz konusu deliller yolsuzluğun suç kabul edildiği ülkelerde söz konusu yolsuzluğun ceza kovuşturması sonucunda cezalandırılmasına yeterli olsun.”*⁴⁹²

Yukarıdaki kararda beklenen “*reddedilemez delil*” şartı milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluğun ispatı için aranan ağır ispat standartını bir kez daha ortaya koymaktadır.

Ancak milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında, yolsuzluğun ispatı için öngörülen bu ağır şartlar dışında farklı ispat standardı kurallarının kullanılması gerektiğini söyleyen ve farklı kurallar uygulayan hakem heyetleri de vardır. Bu noktada esasında dolandırıcılık ile alakalı

⁴⁹¹ *EDF (Services) Ltd.*, §221

⁴⁹² *African Holding*, §52

olmakla birlikte yolsuzluğa ilişkin önemli çıkarımların da bulunduğu bir milletlerarası yatırım tahkimi kararı olan *Siag v. Egypt* kararına yazdığı muhalefet şerhinde yolsuzluğa ilişkin ispat standartını da inceleyen Prof. Francisco Orrego Vicuna'nın ilgili görüşlerini incelemekte fayda vardır. İlgili kararda hakem heyeti dolandırıcılığın ispatı için gerekli ispat standartını açık ve ikna edici delil şartı olarak ifade etmiş ve bu şartın ihtimaller dengesi prensibinden ağır ancak ceza mahkumiyetleri için gerekli makul şüpheden uzak delilden hafif olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹³ Görüldüğü üzere *Siag v. Egypt* kararında hakem heyetinin dolandırıcılık özelinde ortaya koyduğu ispat standardı yolsuzluk için daha önce değindiğimiz kararlarda verilen ispat standardı gibi ağır bir şarttır ancak bu karara muhalefet eden Prof. Orrego Vicuna öncelikle yolsuzluk ve dolandırıcılık gibi hukuka aykırılıkların cezalandırılması gerektiği konusunda heyetteki meslektaşlarına katıldığını ancak kullanılan ispat standartına ilişkin itirazını şu şekilde açıklamaktadır:

*“Görüş ayrılığı prensipte değil ancak delillerin farklı şekilde değerlendirilmesine ve böylesine hukuka aykırılıkları ispata yeterli olup olmadığına ilişkindir.”*⁴⁹⁴

*“Bu bağlamda uygulanan ispat standartına da itiraz etmekteyim. Kararda Birleşik Devletler'in açık ve ikna edici delil şartı seçilmiş ise de benim görüşüme göre hakem heyetleri ve özellikle milletlerarası hukuka göre karar verenler davanın şartlarına ve dava konusu vakıaların doğasına göre en uygun kuralları seçmekte özgürdürler... .. Eldeki davanın vakıaları, mutlak bir kesinlik ile ispatın zor olduğu göz önüne alındığında, Heyet'in birbirleriyle uyumlu bir grup ikinci derece delillerden bu delillerin işaret ettiği sonuçları çıkarmasına müsaade eden bir ispat standartının uygulanması en doğrusudur.”*⁴⁹⁵

Yukarıdaki açıklamalarla paralel olarak Metal-Tech kararında Heyet göreceli olarak ispat kurallarını belirlemekte serbest olduğunu şu şekilde ifade etmektedir:

“Karineler, ispat yükünün belli şartlar altında yer değiştirmesi veya delillerin yokluğundan çıkarımlarda bulunmaya ilişkin kurallar genellikle lex causae'nin bir parçası olarak kabul edilir. Eldeki davada ise lex causae karineler yahut ispat yükünün yer değiştirmesi

⁴⁹³ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Karar No. ARB/05/15, Karar, 1 Haziran 2009, §325

⁴⁹⁴ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Karar No. ARB/05/15, Prof. Francisco Orrego Vicuña Muhalefet Şerhi, 11 Mayıs 2009, s.1

⁴⁹⁵ *Siag*, Prof. Francisco Orrego Vicuña Muhalefet Şerhi, s.4

*ile alakalı herhangi bir hükmün bulunmadığı BIT'dir. Dolayısıyla Heyet yolsuzluğun varlığının ispatı için uygun gördüğü şartı belirlemekte göreceli bir serbestiye sahiptir.*⁴⁹⁶”

Yukarıdaki temelleri sağlam açıklamanın ışığında milletlerarası yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin yolsuzluk ve benzeri hukuka aykırılıkların ispatı için gerekli şartı belirlemekte diğer yargıçlar ve milletlerarası ticari tahkim hakemleri gibi diğer hukuk uygulayıcılarına göre göreceli olarak serbest olduklarının kabul edilmesi gerekir.

İncelenen milletlerarası yatırım tahkimi kararları ışığında içtihatla yolsuzluğun ispatı için ağır ispat şartlarının arandığını ancak hakem heyetlerinin, ispat şartlarının, karinelerin veya ispat yükünün yer değiştirmesi kurallarının a priori olarak belirlenmiş olmasını kabul etmeyerek bu durumu sona erdirmeye başladıklarını söylemek mümkündür.⁴⁹⁷

2. YATIRIM ÇEŞİTLİLİĞİN BULUNMAMASI

Eğer bir ICSID hakem heyeti bir yatırımın gerçekleştirilmesinde veya elde edilmesinde yolsuzluğun, dolandırıcılığı veya başkaca bir hukuka aykırılığın gerçekleştiğine hükmederse çok yüksek ihtimalle ya yargı yetki yokluğundan davayı reddedecektir ya da davacının taleplerinin kabul edilemez olduğuna karar verecektir.⁴⁹⁸ Ancak bu durum yolsuzluk gibi ziyadesiyle kompleks bir yapıya sahip bir hukuka aykırılığın cezalandırılması ve bununla mücadele edilmesi için çok basit kalmaktadır ve yolsuzlukla ilişkili her sözleşmenin mutlak butlanla malul olması gibi her soruna uygun tek çözüm maalesef yolsuzluk sorunu karşısında yetersiz kalmaktadır ve bundan daha kompleks bir karşılığın bulunması, oluşturulması gerekmektedir.⁴⁹⁹

Hakikaten ilk bölümde de üzerinde durulduğu üzere yolsuzluğun birbirinden çok farklı görünüm şekilleri olabilmektedir; ilk bölümde açıklanan hukuka uygun ve yapılması icap eden bir işlemin tesisi için gerçekleştirilen muamele yolsuzlukları ile toplumun zararına olacak şekilde normal uygulamadan sapılarak daha iyi koşullarda işlem yapılması için gerçekleştirilen sapma yolsuzluklarının ya da yatırımcı tarafından sunulan rüşvetler ile kamu görevlisi

⁴⁹⁶ *Metal Tech Ltd.*, §238

⁴⁹⁷ Llamazon, s.236

⁴⁹⁸ Lamm/ Greenwald/ Young, s.342

⁴⁹⁹ Doak Bishop, “Toward a More Flexible Approach to the International Legal Consequences of Corruption”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, Issue 1, 2010, s.63

tarafından talep edilen irtikapların aynı sonuca tabi tutulması adalet duygusuna zarar vermektedir. Bu rahatsız edici durum, yolsuzlukla iştigal etmiş davacının her türlü mahkeme ve heyetin desteğinden yoksun olduğuna hükmeden *World Duty Free v. Kenya* kararını veren hakem heyeti tarafından bu açıklamasından hemen sonra şu şekilde ortaya konmuştur:

*“Tüm bunlarla birlikte, eldeki davada rüşvet alan kişinin alelade bir kamu görevlisi değil Kenya’nın en yüksek yetkili görevlisi olan Kenya Başkanı olmasına rağmen, Kenya’nın kendi Başkan’ının yolsuzluğunu bir külli savunma olarak ileri sürmesi aşırı derecede rahatsız edicidir... .. Dolayısıyla Mr. Ali’nin, Kenya tarafından ortaya konan davanın adaletsizliğini kuvvetli şekilde hissediyor oluşu bir sürpriz değildir...”*⁵⁰⁰

Görüldüğü üzere yolsuzluğun cezalandırılması gereğini milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında en açık şekilde ortaya koyan bu emsal kararda dahi hakemler söz konusu adaletsiz durumun farkında ve bu durumdan ziyadesiyle rahatsız olduklarını ifade etmişlerdir ancak ellerinde hüküm olarak ya yolsuzluğu cezalandırmamak ya da yolsuzluk sebebiyle davacıyı her türlü tazmin imkanından yoksun bırakmak vardır ve bu durum yaptırım çeşitliliğinin neden gerekli olduğunu çok güzel ortaya koymaktadır. Bu noktada yolsuzluğun yargı yetkisi veya taleplerin kabul edilebilirliğine etki edebileceği gibi ödenmesi gereken tazminata etki etmesinin mümkün olduğunu dolayısıyla yolsuzluğun bu iki mutlak hükümden başkaca yöntemlerle cezalandırılabilceğini ifade edenler vardır.⁵⁰¹

Yolsuzluğun nasıl cezalandırılması gerektiği konusunda iki mutlak seçenek arasında kalınmaması gerektiğini savunanlar gerçekleşen yolsuzluğun ne kadar kompleks bir şekilde gerçekleştiğinin belirlenmesinin uygun cezanın belirlenmesi için gerekli olduğunu ifade etmektedirler; bu kapsamda örneğin bir işçi veya temsilci vasıtasıyla gerçekleşen yolsuzluğun temsil edilenin bilgi dahilinde mi olduğunun eğer bilgisi dahilinde değilse bu işveren veya temsil edilenin yolsuzlukla mücadele kapsamında ticari organizasyonunda ağır kurallar işleten biri mi yoksa bu tarz durumları görmezden gelen biri mi olduğunun veya gerçekleşen yolsuzluğun münferit bir olay mı olduğu yoksa söz konusu şirketin yaygın bir politikasının

⁵⁰⁰ *World Duty Free*, §180

⁵⁰¹ Joost Pauwelyn, “Different Means, Same End: The Contribution of Trade and Investment Treaties to Anti-Corruption Policy”, **Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?**, Caroline Academic Press, 2012, s.260

ürünü mü olduğunun belirlenmesinin yolsuzluğun sonucunun belirlenmesi bakımından yol gösterici olduğu savunulmaktadır.⁵⁰²

Bu görüşlerle birlikte yolsuzluk, her ne kadar çok kompleks şekillerde ortaya çıkabilirse de yolsuzluğun tespitinin sonuçlarının böyle olmak zorunda olmadığını; eğer bir yatırımcı yatırım yaptığı devletin, rüşvet ödemeyi reddettiği için yatırımına zarar verdiğini ispatlayabilirse bu durumda devletin bu tavrının çoğu yatırım antlaşması tarafından yasaklanan eylemlerden olacağını dolayısıyla yatırım tahkimi sonucu devletin söz konusu zararı tazmin yükümlülüğü altına gireceğini ancak eğer bir yatırımcı bu yol yerine yatırımının yapılmasında yahut ortaya konmasında yolsuzluğa bulaşırsa artık milletlerarası yatırım tahkimi vasıtasıyla hakkını arama yolundan feragat ettiğini ve bu açıklamalar ışığında esasında ortada bir adaletsizlik bulunmadığını ifade edenler de vardır.⁵⁰³

Yolsuzluğun tespit edilmesi halinde verilecek yargı yetkisinin reddi veya taleplerin tamamının reddi gibi mutlak hükümlerden farklı hükümlerin getirilmesi ihtiyacını ve içtihadın bu yönde bir eğilim içerisinde olduğunu gösteren ve bu çalışma kapsamında incelenen en güncel karar olan *Niko Resources v. Bangladesh* kararının konu ile alakalı çıkarımları, yolsuzluğun varlığına hükmetmesine rağmen yargı yetkisinin olduğuna karar vermesi bakımından önemlidir.⁵⁰⁴ *Niko* kararında Heyet yatırım iyi niyetle yapılmış olsun ya da olmasın bundan çıkarılacak sonuçların anlaşılan uyuşmazlık çözüm yöntemi ile gerçekleşmesi gerektiğini ve iddia edilen ve hatta ispatlanmış iyi niyet eksikliğinin yargı yetkisine etki etmeyeceğine bunun yerine davanın esasında değerlendirilmesi gereken bir konu olduğuna hükmetmiştir.⁵⁰⁵ *Niko* kararında heyetin yargı yetkisi olduğuna hükmetmiş olması, yolsuzluğun varlığının mutlak bir red sebebi olarak algılanmaması gerektiğini savunanların görüşünü destekler niteliktedir ancak söz konusu davada henüz nihai karar tesis edilmediği ve yargılama devam ettiği için hakem heyetinin yolsuzluğu esas incelemesinde nasıl değerlendirdiğine dair bilgi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak yolsuzluğun tespit edilmesi halinde yaptırımın ne olduğu içtihadın şu anki durumunda açıktır ancak bu durum tartışılmaktadır ve yeni kuralın ne olması gerektiği konusu

⁵⁰² Bishop, s.65-66

⁵⁰³ Andrea J. Menaker, “The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, Issue 1, 2010, s.74

⁵⁰⁴ Lamm/ Greenwald/ Young, s.349

⁵⁰⁵ *Niko Resources*, §471

tartışmalıdır; yolsuzluğun mutlak şekilde cezalandırılması gerektiğini savunanlar mahkemelerin ve tahkim heyetlerinin yolsuzlukla iştigal ederek “*temiz eller*” kuralına uymayan ve uluslararası kamu düzenine aykırı hareket eden yatırımcılara yardım etmemeleri gerektiğini ve taleplerini mutlak şekilde reddetmeleri gerektiğini zira bu görüşü savunanlara göre ancak bu şekilde yatırım tahkimi güvencesini kaybeden yatırımcılar yolsuzluğun yaygın olduğu ülkelere yatırım yapmayı bırakacaklar ve bu yolsuz ülkeler yatırım çekebilmek için yolsuzlukla mücadeleyi milli düzeyde gerçekten başlatacak ve yolsuzluğu sistemlerinden söküp atacaklardır.⁵⁰⁶

Buna karşın yukarıdaki görüşe katılmayanlar ise her ne kadar yolsuzluğun mutlak şekilde cezalandırılması ilk bakışta makul bir yol olarak gözüксе de esasında yolsuzluk sebebiyle yatırımcının tüm taleplerinin reddinin ve devletin her türlü yaptırımdan azade tutulmasının yolsuz devletlerin yolsuzluk savunmasını sistematik bir savunma haline getirmesine sebebiyet vereceğini ve bunun neticesinde yatırımcıların bu ülkelere yatırım yapmaktan çekineceğini dolayısıyla zaten yolsuzluğun yaygın ve hukukun üstünlüğünün zayıf olduğu bu ülkelerin kalkınmalarının durmasıyla felaket bir sonuç ortaya çıkacağı ve bu sonucun ne yolsuzlukla mücadelenin amaçlarıyla ne de yabancı yatırımların korunması sistemi ile bağdaşmayacağını ifade etmektedirler.⁵⁰⁷

Her ne kadar bu iki görüş de kendi içerisinde tutarlı dursa da milletlerarası yatırım tahkiminin esas amacının yolsuzlukla mücadele değil, gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerin kalkınmalarının hızlanması için yabancı yatırımın teşvik edilmesi ve bunun sonucunda dünya ekonomisine katkıda bulunmak olduğu göz önüne alındığında ikinci görüşün temelinin daha sağlam olduğu açıkça görülmektedir ve bu doğrultuda yolsuzluğun tespiti halinde mutlak reddin daha hafif yaptırımlara ihtiyaç vardır.

3. YOLSUZLUK İDDİALARINDA DEVLETLERİN HAKSIZ AVANTAJA SAHİP OLMASI

Milletlerarası yatırım tahkiminin amacı, devletler ve yatırımcılar arasında, yatırım antlaşmalarından yahut yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi için tarafsız

⁵⁰⁶ Menaker, s.75

⁵⁰⁷ Tamar Meshel, “The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Volume 30, Issue 3, 2013, s.281

ve güvenilir bir mekanizma sağlamaktır ve bu doğrultuda milletlerarası yatırım tahkimi yabancı yatırımcıların yatırım yaparken sahip oldukları endişeleri azaltmış ve devletlerin de yatırımcıların haklarını ihlal etme yönündeki cesaretlerini kırmıştır.⁵⁰⁸ Ancak milletlerarası yatırım tahkiminin getirdiği bu kazanımlar, devletlerin yatırımcıların hukuka aykırılıklarına ve özellikle yolsuz hareketlerine dayanarak, üzerlerindeki yabancı yatırımları koruma mükellefiyetlerine aykırı davranmalarından doğan sorumluluklarından kurtulmak için bir külli savunma olarak kullanmaları sebebiyle zarar görmektedir.⁵⁰⁹

Devletlerce ileri sürülen yolsuzluk külli savunması, yatırım taleplerini bertaraf etme de kuvvetli bir araç olduğunu ispatlamış ve milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında bu savunmanın artarak kabul görmesi ile birlikte devletler de bu olağan ve popüler yönteme başvurularını arttırmışlardır.⁵¹⁰

Yolsuzluğun cezalandırılması gereği konusunda şüphe yoktur ancak yolsuzluğun bir külli savunma olarak kabul edilmesi devletler lehine haksız bir avantaj sağlamaktadır. Yolsuzluğun endemik olduğu bir ülkede, devlet yatırımcının yolsuz hareketlerini görmezden gelebilir ve hatta bunu talep etmiş olabilir daha sonra ise bu yolsuz hareketleri söz konusu yatırıma karşı gerçekleştireceği müdahaleler sebebiyle doğacak sorumluluğundan kurtulmak için kullanabilir.⁵¹¹ Ayrıca başarı ile ortaya konmuş bir yolsuzluk savunması davalıyı her türlü borçtan ve tazmin yükümlülüğünden kurtaracaktır ancak bu savunma açıkça kötü kullanılmaya müsaittir zira yolsuzluk bir hükümet tarafından önceki hükümetin kararlarını ortadan kaldırmak ve söz konusu yatırımı kamulaştırmak için *post hoc* bir sebep olarak da kullanılabilir.⁵¹²

Hakikaten milletlerarası yatırım tahkiminde yolsuzluk söz konusu olduğunda devletler haksız olarak avantajlı bir konuma sahiptirler. Devletlerin avantajı milletlerarası yatırım tahkimi rejiminin korumasının esas olarak korumaya muhtaç olan yatırımcılar bakımından hayati önem arz etmesinden kaynaklanmaktadır zira devletler egemen oldukları için bu egemenliklerine dayanarak kendi ülkelerindeki yatırımcılara karşı kendilerini rahatlıkla

⁵⁰⁸ Margareta Habazin, “Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Volume 18, 2017, s.808

⁵⁰⁹ Meshel, s.268

⁵¹⁰ Habazin, s.810

⁵¹¹ Meshel, s.268

⁵¹² Jason N. Summerfield, “The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions”, **Transnational Dispute Management**, Volume 6, No.1, 2009, s.13

koruyabilirler buna karşın yatırımcılar böyle bir yetkiden yoksundurlar dolayısıyla milletlerarası toplumun korumasına muhtaçtırlar; bu şartlar altında her ne kadar her iki tarafı, ortaklaşa işledikleri bir suçtan dolayı ikisinin de yardım taleplerini yerine getirmeyerek cezalandırmak adil gibi gözükse de sonuç olarak yatırımcı yolsuzluğu sabit bir devletin iradesi altına terk edilmiş olmaktadır bu da milletlerarası yatırım tahkiminin amaçlarıyla bağdaşmayan devletler lehine bir avantaj oluşturmaktadır. Tarafların konumlarının haksızlığı ise yolsuzluğun doğası gereği, dolandırıcılık gibi benzer hukuka aykırılıklardan farklı olarak, zorunlu olarak iki tarafa ihtiyaç duymasındır ve iki taraf da eşit derece de suçlu iken birinin diğerinden avantajlı pozisyonda bulunması haksızdır.



SONUÇ

Bu çalışmanın amacı milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk sebebiyle ortaya çıkan sorunların neler olduğu ve bu sorunların nasıl çözüldüğünün belirlenmesidir. Bu kapsamda öncelikle yolsuzluk doğası gereği kendisine benzer hukuka aykırılıklardan çok farklı olduğu için yolsuzluğun bu farklı doğası incelenmiştir zira çalışmanın ilerleyen aşamalarında yolsuzluğun alacak olduğu kompleks görünümünün kolay anlaşılabilmesi için bu kısa olmakla birlikte açıklayıcı kısım önem arz etmektedir. Daha sonra ise bu çalışmanın esas konusu olan milletlerarası yatırım tahkimi içtihadında yolsuzluğa ilişkin olarak önem arz eden kararlar incelenmiş ve buna ek olarak üç karar doğrudan yolsuzlukla alakalı olmasa da yolsuzluk benzeri hukuka aykırılıklarla alakalı ortaya koydukları kaidelerin yolsuzluk bakımından da uygulanabilir oluşu ve bu kararlara yolsuzlukla doğrudan ilgili kararlarda atıfta bulunulması sebebiyle incelenmiştir. Bu incelemeler gerçekleştirilirken milletlerarası yatırım tahkimine ilişkin genel kurallara konunun anlaşılmasını sağlayacak temel bilgilerin sağlanması amacıyla kısaca değinilmiştir. Yöntem olarak karar incelemelerinin yanı sıra bu kararlardan yola çıkarak milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla alakalı olarak yazılmış olan akademik eserlerin çıkarımlarına ve tespit ettikleri sorunlara da yer verilmiştir.

Bu çalışma kapsamında ulaşılan ilk sonuç, milletlerarası yatırım uyuşmazlıkları esasında milletlerarası umumi hukuktan doğan ve devletin sorumluluğu kuralları ile çözülmesi gereken sorunlar iken, bunların ICSID nezdinde milletlerarası yatırım tahkiminin kendine has sorumluluk rejimi ile çözülmesinin öngörülmüş olmasının ICSID hakem heyetlerinin milletlerarası hukuku kullanmaları ve bu kurallara göre yargılamalarını gerçekleştirmeleri sonucunu doğurduğu ve bunun da yolsuzlukla alakalı pek çok konuda karar verilirken yahut kural oluşturulurken milletlerarası hukukun doğrudan uygulanması sonucunun doğurmuş olmasıdır. Bu sonuca bağlı olarak milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğun suç olup olmaması gibi en temel kurallardan en önemsiz kurallara kadar pek çok kural milletlerarası hukuktan kaynağını almaktadır.

Yukarıdaki açıklamaya bağlı olarak milletlerarası yatırım tahkiminde görev alan hakemler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda bir uygulama milli hukuka yahut örf ve âdet hukukuna uygun kabul edilse bile heyetler konu ile alakalı kendi incelemelerini milletlerarası

hukukun konu ile alakalı kurallarını inceleyerek gerçekleştirmiş ve bu kurallara uygun olarak hüküm tesis etmişlerdir.

Bu çalışma kapsamında ulaşılan bir diğer temel sonuç, milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluğun varlığının ispatı halinin, yargı yetkisinin yokluğu ve kabul edilmezlik gibi, çok ciddi yaptırımlara sebebiyet veriyor olmasıdır. Hakikaten yolsuzluğun varlığına kanaat getirilen davalarda hakemler, her ne kadar yolsuzluk sebebiyle yatırımcıların taleplerini reddetmelerinin devletlerin eşit derecede işlemiş oldukları yolsuzluktan ve hatta sonrasında yatırımcı aleyhine yapmış oldukları haksız eylemlerden dolayı hesap vermek zorunda kalmamalarına vesile olmasından çok rahatsız olduklarının ifade etseler de söz konusu davaları külli olarak reddetmişlerdir. Bunun sebebi milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla iştigal edenlerin tahkim haklarını kaybetmeleri “*ex turpi causa non oritur actio*” ilkesine dayandırılması ve yolsuzlukla iştigal etmiş kişilere hiçbir mahkemenin yardım etmemesi gerektiği düşüncesidir.

Milletlerarası yatırım hukukunun mevcut durumu yolsuzluk için ağır ispat koşulları öngörmektedir. Ceza hukuku anlamında bir suç olan yolsuzluk milletlerarası yatırım tahkimi kapsamında hakemlerin karşısına geldiğinde, hakemler ispat için ağır bir standart koymayı kural kabul etmektedir. Pek çok önemli kararda ispat standardının kural olarak ağır olduğu ifade edilmiş “*açık ve ikna edici*” ve “*reddedilemez*” gibi ifadelerle beklenen delillerin ağır nitelikleri ortaya konulmuştur. Bu durum her ne kadar değişme eğiliminde ise de ağır şartlar arayan hakem heyetlerinin bu taleplerini gerekçelendirmek için, iddiaların ağırlığının bunu gerektirdiği dışında bir açıklama yapmaya ihtiyaç duymazken daha hafif ispat standartları uygulamak isteyen heyetlerin bunu etraflıca gerekçelendirmeleri mevcut durumun ağır ispat standartlarını öngördüğü görüşünü ikincil derecede de olsa desteklemektedir.

Milletlerarası Yatırım Hukuku’nda yolsuzluğun ispatı için her ne kadar ağır ispat standardı öngörülmüş ise de kırmızı bayrak göstergelerinin kullanılması ve noktaları birleştirme yöntemi ile çıkarımlara ulaşma usulünün kullanılması gibi uygulamalarla bu ağır ispat standartına rağmen yolsuzluğun ispatı kolaylaştırılmaya çalışılmaktadır. Ancak burada bahsedilmesi gereken önemli bir husus bu tarz yaklaşımların hukukun temel prensipleri ile ne kadar bağdaştığı sorunudur zira her ne kadar bir ceza hukuku kaidesi olarak bilinse de masumiyet karinesi medeni hukuku anlamında hukuka aykırı fiiller bakımından da geçerli bir kuraldır; bu doğrultuda birtakım ikincil delillerin ahenk içerisinde bulunuyor olmasından yola çıkarak bir kişiden iddia edilen hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmediyi ispat etmesinin

beklenmesinin masumiyet karinesi ve dürüstlük kuralına uygun hareket edilmiş olmasının esas olması kuralı bağdaşmasının zor olduğu açıktır.

Bu çalışma kapsamında tespit edilebilecek bir diğer sonuç, genel geçer bir kural olmamakla birlikte, yolsuzluğun yatırımın gerçekleşmesi sırasında vukuu bulması halinde milletlerarası hakem heyetlerinin yargı yetkisinin yokluğuna sebebiyet vermesi söz konusu olurken yatırım yapıldıktan sonra vukuu bulması halinde konunun kabul edilebilirlik bakımından yahut davanın esasında inceleniyor oluşudur. Bu genel geçer bir kural değildir ve Dr. Bernardo M. Cremades'in bu konu ile alakalı olarak eğer yatırımın gerçekleşmesi aşamasında yatımcının her anlamıyla hukuka uygun hareket etmiş olması aranırsa bunun milletlerarası yatırım tahkiminin “*Aşıl Tendonu*” olacağı yönündeki ve yatırımcıların hukuka aykırılıkları yargı yetkisi kapsamında incelenirken devletlerin hukuka aykırılıklarının ancak davanın esasında inceleniyor olmasının adil yargılama ile bağdaşmadığı yönündeki açıklamaları hukuken isabetlidir.

Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk gerçekleştiği takdirde tarafların pozisyonları birbirine denk olmamaktadır zira milletlerarası yatırım hukuku kapsamında koruma kahir ekseriyetle devletin yatımcının haklarına riayet etmemesi sonucu ihtiyaç duyulan bir mekanizmadır ve tarafların birlikte gerçekleştirdikleri bir eylemden dolayı neredeyse her zaman sadece bir tarafın ihtiyaç duyduğu bir mekanizmadan yoksun bırakılmalarının adil olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Hakikaten yolsuzluğun benzer hukuka aykırılıklardan en temel farkı, her zaman iki tarafın katıldığı bir eylem olmasıdır dolayısıyla yolsuzluk için en az iki kişinin aktif katılımı gerekirken sadece birinin ağır yaptırıma tabi tutulmasının adalet duygusuyla bağdaştığı söylenemez.

Milletlerarası Yatırım Tahkiminde yolsuzluğun ispatına ilişkin olarak var olan ağır şartların yumuşatılmaya çalışıldığı açıkça gözlenmektedir ve gelecekte eğer bu eğilimi nötrleyecek bir irade ortaya çıkmazsa var olan ağır şartlar yerlerini muhtemelen daha hafif şartlara bırakacaktır. Bu takdirde, ortaya çıkacak olan davalarda gerçekleşecek olan yolsuzluk tespitleri sayısı artacaktır bu doğrultuda eğer yolsuzluğun varlığı halinde uygulanacak yaptırımlarda bir çeşitlilik oluşturulmazsa milletlerarası yatırımların ekseriyetinde ufak yahut büyük yolsuzlukların var olduğu da göz önüne alındığında yatırımcıların mağduriyeti artacaktır.

Bunun dışında milletlerarası yatırım tahkimi yolsuzluğu ağır şekilde cezalandıran tutumuyla yolsuzlukla mücadele bakımından etkin bir caydırıcı güç olma yolunda ilerlemektedir ancak bu durumun milletlerarası toplumun iradesine uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır zira her ne kadar Milletlerarası toplum pek çok milletlerarası antlaşma ile yolsuzluğu hukuken cezalandırmış ise de söz konusu antlaşmaların uygulanmasını milli mercilere bırakmayı tercih etmiş ve bu konuda bir milletlerarası kurumun kurulması teklif edilmiş ise de bu kabul görmemiştir. Dolayısıyla Milletlerarası toplum, bilinçli olarak yolsuzlukla mücadele için milletlerarası seviyede bir mekanizma oluşturmamışken milletlerarası yatırım tahkimi mekanizmasının bu rolü üstlenmesinin bu mekanizmayı da ortaya koyan milletlerarası toplumun iradesi ile çeliştiği söylenebilir ancak İngiliz Parlamentosu örneğinde de olduğu gibi bir kurum kendisini yaratan iradenin kendisi hakkında öngördüğü amacın çok dışına çıkarak bambaşka bir kurum halini alabilir dolayısıyla milletlerarası yatırım tahkiminin de kendisini yaratan iradenin öngörmediği bir konuma gelmesinin eşsiz bir durum olacağını söylemek mümkün değildir.

Son olarak milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk konusu henüz çok erken dönemlerini yaşamaktadır, ortaya konulan kuralların ve uygulanan yöntemlerin çoğu köklü doğaya sahip değildirler. İctihadın mevcut durumundan ancak yolsuzluğun varlığı halinde bunun cezalandırılması gerekliliği konusunda tartışmaya kapalı bir kural çıkarılabilmektedir. Bunun dışında uygulanması gereken ispat standartının ne olduğu; ispat yükünün hangi şartlar altında yer değiştireceği; hangi maddi uygulamaların yolsuzluk olduğu hangilerinin olmadığı gibi konularda dahi görüş birliğinin varlığından bahsedilemez. Ancak milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk konusunda gün geçtikçe ilerlemeler kaydedilmekte; yolsuzluğun kompleks doğasının muhtelif unsurları hakem heyetlerinin karşısına çıktıkça bu unsurlar tanınmakta, tanımlanmakta ve bunlarla alakalı kurallar yaratılmaktadır. Bu duruma en güzel örneklerden biri nispeten yeni bir karar olan *Niko Resources v. Bangaldesh* kararında hakemlerin ortaya koymuş olduğu yolsuzluk sözleşmeleri ve yolsuzluk vasıtasıyla elde edilmiş sözleşmeler ayrımıdır zira daha önce milletlerarası yatırım hukukunda böyle bir ayrıma gidilmemiştir ancak muhtelif davaların çözümü böyle farklı incelemeleri ve açıklamaları zorunlu kıldıkça hakemlerde milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzlukla alakalı olarak yeni tespitler bulunmakta ve kaideler oluşturmaktadırlar. Milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk gelişmekte ve değişmekte olan ve içerisinde gelecekte ne kadar önem kazanacağı henüz algılanmamış, uluslararası kamu düzeni gibi, sui generis hukuki kurumları barındıran bir

konudur bu sebeplerden milletlerarası yatırım hukukunda yolsuzluk konusunda gelecekte yeni içtihatlar ortaya çıktıkça yeni akademik çalışmaların yapılması elzemdir.



KAYNAKÇA

Argandoña Antonio, “The United Nations Convention Against Corruption and its Impact on International Companies” **Journal of Business Ethics**”, Volume 74, 2007.

Argandoña Antonio, Petty Corruption – Facilitating Payments and Grease Money, **The Handbook of Business and Corruption**, Published Online, 2017.

Banerjee Abhijit / Hanna Rema / Mullainathan Sendhil, **Corruption**, MIT Department of Economics Working Paper No.12-08.

van Berkel Maaïke, “Fighting Corruption between Theory and Practise, The Land of the Euphrates and Tigris in Transition, Ninth to Eleventh Centuries”, **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018.

Bishop Doak, “Toward a More Flexible Approach to the International Legal Consequences of Corruption”, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Volume 25, Issue 1, 2010.

Böckstiegel Karl-Heinz, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?”, **Arbitration International**, Vol.28, No.4, 2012.

Bukh Arkady, “Criminalizing the Second Oldest Profession: Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)”, **Gaming Law Review and Economics Volume 19**, 2015.

Chitty on Contracts, Volume 1, 32. Ed., Sweet & Maxwell, 2018.

Collins Latin Dictionary, HarperCollins Publishers, 1996.

Commentaries on the Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, Erişim Tarihi: 27.03.2019

Cremades Bernado / Cairns David J. A., “Trans-National Public Policy in International Arbitral Decision Making: the Cases of Bribery, Money-Laundering and Fraud”, **Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud**, 2006.

Engels Jens Ivo, “Corruption and Anticorruption in the Era of Modernity and Beyond”, **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018.

Dolzer Rudolph / Schreuer Christoph, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2008.

Editorial, “Bribery Abroad: A Tale of Two Laws”, **The Economist**, 17 Eylül 2011, <https://www.economist.com/business/2011/09/17/a-tale-of-two-laws> Erişim Tarihi: 25.03.2019.

Ferwerda Joras/ Delenau Ioana / Unger Brigitte, “Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators”, **European Journal on Criminal Policy and Research**, Vol. 23, Issue 2

Graycar Adam, Corruption: Classification and Analysis, **Policy and Society**, Volume 34, 2015, s. 87-96.

Habazin Margareta, “Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Volume 18, 2017.

Haugeneder Florian / Liebscher Christoph, “Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof”, **Austrian Arbitration Yearbook 2009**, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2009), 2009.

Hudson Sarah / Claasen Cyrlene, Nepotism and Cronyism as a Cultural Phenomenon?, **The Handbook of Business and Corruption**, 2017.

Henning Peter J. / Radek Lee J., **The Prosecution and Defense of Public Corruption**, Oxford University Press, 2011.

Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf Erişim Tarihi: 01.04.2019

Kaşğari Mahmut, **Divanü Lügati't Türk 4. Cilt**, Azerbaycan Milli İlimler Akademisi Yayınları, 2006.

Kroeze Ronald, Vitoria André, Geltner G., "Introduction", **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018.

Labelle Huguette, "Anti-Corruption : Challenges and Trends", **The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges**, Cambridge University Press, 2010.

Lamm Carolyn B. / Greenwald Brody K. / Young Kristen M., "From *World Duty Free* to *Metal-Tech*: A Review of Internanional Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption", **ICSID Review**, Vol.29 No.2, 2014.

Levine Judith, "Navigating the Parallel Universe of Investor-State Arbitrations under the UNCITRAL Rules", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011.

Llamazon Aloysius P., **Corruption in International Investment Arbitration**, Oxford University Press, 2014.

Menaker Andrea J., "The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Volume 25, Issue 1, 2010.

Meshel Tamar, "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration", **Journal of International Arbitration**, Volume 30, Issue 3, 2013.

Milliet-Einbinder Martine, "Writing Off Tax Deductibility", **The OECD Observer No.220**, 2000.

Mills Karen, **Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitrations Relatin Thereto**, Paper prepared for the 16th Congress of ICCA (International Council for Commercial Arbitration): INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS, Londra 12-15 Mayis, 2002.

Mourre Alexis, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of Arbitrator”, **Arbitration International**, Volume 22, Issue 1, 2006.

Newcombe Andrew, “Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011.

Nye Joseph Samuel, “Corruption and Political Development: A Cost Benefit Analysis”, **American Political and Science Review**, Volume 61, 1967, s. 417-427.

Partasides Constantine, “*Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for The Real World*”, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Volume 25, Issue 1, 2010.

Paulsson Jan, “Arbitration Without Privity”, **ICSID Review – Foreign Investment Journal**, Volume 10, 1995.

Pauwelyn Joost, “Different Means, Same End: The Contribution of Trade and Investment Treaties to Anti-Corruption Policy”, **Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?**, Caroline Academic Press, 2012.

Redfern Allan / Reymond Claude / Reiner Andreas / Hanotiau Bernard / Eveleigh Edward / Menzies Ian W., “The Standars and Burden of Proof in International Arbitration”, **Arbitration International**, Volume 10, Issue 3, 1994.

Reisman W. Michael, **Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms**, Free Press Publishing, 1979.

Rose Cecily, **Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption**, Leiden Law School Araştırma Makalesi, 2013.

Rose-Ackerman Susan, The Law and Economics of Bribery and Extortion, **The Annual Review of Law and Social Science**, 2010.

Rose-Ackerman Susan / Pafilka Bonnie J., **Corruption and Government**, Cambridge University Press, 2016.

Rosell José / Prager Harvey, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, **Arbitration International**, Volume 15, Issue 4, 1999.

Rothstein Bo, “What is the opposite of Corruption?”, **Third World Quarterly**, Volume 35, Taylor and Fracis Group, 2015.

Sacerdoti Giorgio, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Volume 19, 2004.

Schreuer Christoph / Malintoppi Loretta / Reinisch August / Sinclair Anthony, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2009.

Spalding Robert Alan, “Impartiality and the Definition of Corruption”, **Political Studies Journal**, Volume 66 Issue 2, Sage Publication Ltd. 2017.

Summerfield Jason N., “The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions”, **Transnational Dispute Management**, Volume 6, No.1, 2009.

Taylor Claire, “Corruption and Anticorruption in Democratic Athens”, **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018.

Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Kitabevi, 2014.

Villiger Mark E., **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Watts John, “The Problem of the Personel, Tackling Corruption in Later Medieval England, 1250-1550”, **Anti-Corruption in History From Antiquity to the Modern Era**, Oxford University Press, 2018.

Woolf Committee Report on Business Ethics, Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in BAE Systems plc – The Way Forward, Mayıs 2008, <http://www.giaccentre.org/documents/WOOLFREPORT2008.pdf> Erişim Tarihi: 15.04.2019.

KARARLAR

Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, ICSID Karar No. ARB/12/14 ve ARB/12/40, Yargı Yetkisi Hakkında Karar, 24 Şubat 2014.

Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd. v. Republic of Indonesia, ICSID Karar No. ARB/12/14 ve ARB/12/40, Karar, 6 Aralık 2016.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Karar No. ARB/06/8, Karar, 2 Eylül 2011.

Secretary of State for the Home Department v. Rehman (AP), [2001] UKHL 47, Birleşik Krallık: Lordlar Kamarası (Yargı Komitesi), 11 Ekim 2001.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines, ICSID Karar No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines, ICSID Karar No. ARB/03/25, Dr. Bernardo M. Cremades Muhalefet Şerhi, 16 Ağustos 2007.

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Karar No. ARB(AF)/98/3 Karar, 26 Haziran 2003.

World Duty Free Company Ltd. v. The Republic of Kenya, ICSID Karar No. ARB/00/7, Karar, 4 Ekim 2006.

Metal Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Karar No. ARB/10/3, Karar, 4 Ekim 2013.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Karar No. ARB/98/4, 8 Aralık 2000.

EDF (Services) Ltd. v. Romania, ICSID Karar No. ARB/05/13, 8 Ekim 2009.

Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Nihai Karar, 3 Ağustos 2005, Kısım II Bölüm A §4-6

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Karar No. ARB/98/8, Nihai Karar, 12 Temmuz 2001.

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Karar No. ARB/98/08, Nihai Karar Ek-C Tarife ve Diğer Kalan Hususlar Hakkında Karar, §53

International Thunderbird Gaming Co. V. The United Mexican States, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Tahkim Kararı, 26 Ocak 2006.

International Thunderbird Gaming Co. V. The United Mexican States, NAFTA Bölüm 11 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Prof. Thomas Wälde Muhalefet Şerhi, 1 Aralık 2005.

African Holding Company of America, INC et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République Démocratique du Congo, ICSID Karar No. ARB/05/21, Kabul Edilebilirlik ve Yetki İtirazları Hakkında Karar, 29 Temmuz 2008.

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Karar No. ARB/05/16, Karar, 29 Temmuz 2008.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation, ICSID Karar No. ARB/10/11 ve ARB/10/18, Yargı Yetkisi Hakkında Karar, 19 Ağustos 2013.

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Karar No. ARB/06/05, 15 Nisan 2009.

Guyana v. Surinam, PCA nezdinde Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Madde 287 ve Annex VII kapsamında tahkim, Karar, 17 Eylül 2007.

Valeri Belokon v. The Kyrgyz Republic, 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları altında Milletlerarası Tahkim, Tahkim Kararı, 24 Ekim 2014.

The Rompetrol Group N. V. v. Romania, ICSID Karar No. ARB/06/3, Karar, 6 Mayıs 2013.

Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Karar No. ARB/07/24, Karar, 18.06.2010.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Karar No. ARB/05/15, Karar, 1 Haziran 2009.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Karar No. ARB/05/15, Prof. Francisco Orrego Vicuña Muhalefet Şerhi, 11 Mayıs 2009.

Milletlerarası Belgeler

Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf Erişim Tarihi: 10.03.2019

OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (1976) <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm> Erişim Tarihi: 17.07.2019

Birleşmiş Milletler 3514 No'lu Karar

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi,
https://www.tepav.org.tr/upload/files/haber/1255423114r6531.Birlesmis_Milletler_Yolsuzluk_la_Mucadele_Sozlesmesi.pdf Erişim Tarihi: 01.09.2019

Foreign Corrupt Practices Act <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf> Erişim Tarihi: 01.09.2019

ICSID Konvansiyonu, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?3781> Erişim Tarihi: 05.04.2019



ÖZGEÇMİŞ

Haydar Kotil, 1993 yılında İstanbul’da doğdu. Ortaöğrenimini Özel Başarılı Lisesi’nde, 2011 yılında tamamladı. Lisans öğrenimini, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 2016 yılında tamamlamış aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans programındaki öğrenimine başlamıştır.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Haydar KOTİL
Tez Başlığı : Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yolsuzluk
Savunma Tarihi : 16 / 09 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

Dr. Bleda Rıza KURTDARCAN

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK