

**ULUSLARARASI YATIRIMLARIN KORUNMASI,
TEMEL UYUŞMAZLIKLAR VE TAHKİM KURULLARI
“Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye’deki
Egemenlik ve ‘Uluslararası Tahkim Tartışmaları’ Üzerine”**

M. Ayhan ALTINTAŐ (*)

1- Giriő

Hatırlanacağı üzere, 1998 yılı başlarında Türkiye'yi ziyaret eden ABD Ticaret Bakanı Daley'in özellikle enerji alanında gerçekleştirilmesi düşünülen "Yap-işlet-devret" yöntemli ihalelerde en önemli engelin Danıştay denetimi olduğunu ima ederek bu konuda uluslararası tahkim kurullarının işlevli hale getirilmesini (yabancılarla yapılacak imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanacak uyuşmazlıkların ulusal yargı tarafından değil, uluslararası bir hakem kurulu tarafından karara bağlanmasını) istemesi tepkilere neden olmuş ve bazı çevrelerce, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay denetiminden geçirilmesini öngören Anayasa'nın 155'inci madde-sinin değiştirilmesinin Cumhuriyetin temellerini değiştirme girişiminin en haince adımı olacağı ileri sürülmüştür.

Takip eden bölümlerde; konu ile ilgili tartışmaların daha sağlıklı bir zeminde yürütülmesine katkıda bulunacağı düşüncesi ile, imtiyaz

(*) TC Londra Büyükelçiliği nezdinde Ekonomi Müşaviri.

sözleşmeleri de dahil olmak üzere uluslararası yatırımların korunması, bu çerçevede karşılaşılabilecek başlıca uyuşmazlıklar, bu uyuşmazlıkların uluslararası hakemlere götürülmesi ve uluslararası tahkim kurullarının işlev ve önemi gibi hususlar; Türkiye'nin halihazırda taraf olduğu (veya taraf olmak üzere olduğu) ikili veya çok taraflı uluslararası andlaşmalar ve uluslararası hukukun yerleşik kuralları çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır.

Asıl amaç, yatırımların korunmasından hareketle yap-işlet-devret modelinin oturtulabileceği zemine ve uyuşmazlık hallerine ilişkin bazı gerçeklerin (veya ileri sürülmesi mümkün argümanların) ortaya konulması olmakla birlikte, Türkiye'nin sadece yabancı sermaye çekmeye çalışan bir ülke olmadığı, aynı zamanda dikkate değer ölçülerde sermaye ihraç eder hale geldiği dikkate alınarak, çalışmanın; yurt dışına yatırımda bulunan veya bulunmayı planlayan Türk müteşebbisleri için de aydınlatıcı olmasına gayret edilmiştir.

2- Uluslararası Hukuk

a) Tanım ve kapsamı

En basit tanımı ile uluslararası hukuk devletler arasındaki ikili ve çok taraflı ilişkileri düzenleyen veya devletlerin birbirleri ile olan ilişkilerinde kendilerini uymak mecburiyetinde hissettikleri ve bu nedenle de uluslararası ilişkilerde genel olarak gözlemlenen kurallar bütünüdür. Ancak uluslararası hukuk sadece devletlerarası ilişkilerle sınırlı olmayıp, devletler ve uluslararası kuruluş ve organizasyonlar arasındaki ilişkileri, anılan uluslararası kuruluş ve organizasyonların kendi aralarındaki ve bireyler (gerçek ve tüzel kişiler) ile olan ilişkilerini, devletler ve uluslararası kuruluşlar ile tam devlet formunda olmamakla birlikte yasallıkları genel kabul gören bazı organizasyonlar arasındaki ilişkileri, temel insan hakları ve diğer devletlerin yasal olmayan tasarruflarına karşı koruma sağlanması gibi spesifik hallerle sınırlı olmak üzere devletler ve kendi vatandaşları (tüzel kişi tebalar dahil) arasındaki ilişkileri ve en nihayet uluslararası hukukun devletlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen kuralları çerçevesinde devletler ile diğer devletlerin uyruğunda bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır.

Bu çerçevede konumuzu ilgilendiren bir devletin yabancı yatırımcılara karşı olan hak ve yükümlülükleri ile kendi tebasındaki bir yatırımcının haklarını koruma için harekete geçmesi halleri son iki gruba dahil bulunmaktadır.

b) Kaynakları

Uluslararası hukukun temel kaynakları, herhangi bir uyuşmazlığın karara bağlanmasındaki başvuru sırasına göre (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesinde belirtildiği şekliyle) aşağıda verilmektedir:

-Uluslararası andlaşmalar,

-Uluslararası gelenekler,

-Medeni milletlerce tanınan hukukun genel prensipleri,

-Destekleyici mahiyette kullanılmak üzere uluslararası mahkeme ve tahkim kurullarının benzeri konularda daha önce almış oldukları kararlar ile kayda değer akademik çalışmalar ve hukuk adamlarının görüşleri.

Yukarıda belirtilen kaynaklara, son bir grup olarak, uluslararası teşkilatlarca ve özellikle de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca alınan tavsiye, karar ve deklarasyonların eklenmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak, uyuşmazlık konusunu doğrudan ilgilendirse bile, uluslararası mahkeme ve tahkim kurullarınca; bu karar ve deklarasyonlara gelenek hukuku ile çelişmedikleri müddetçe referansta bulunmaktadır. Bu durum büyük ölçüde Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nı kuran 26 Haziran 1945 tarihli Andlaşma'da Genel Kurul'ca alınan kararların üyeleri bağlayıcılığına dair bir hüküm bulunmamasından ve fazlaca demokratik sayılamayacak oylama yönteminden kaynaklanmaktadır. Zira Genel Kurul'da tüm üyeler (halihazırda bazılarının nüfusu onbinlerle ifade edilebilen 185 devlet) eşit egemen devletler olarak eşit sayıda oy hakkına sahiptirler.

Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca alınan kararların uluslararası hukuka kaynak teşkil etmesi büyük ölçüde, konunun oybirliği

ile karara bağlanmasına ve uluslararası toplumca genelde rıza gösterilip uygulanmasına bağlı bulunmaktadır.

Halen uluslararası yatırımlarla ilgili tüm hususları genel olarak kapsayan çok taraflı bir anlaşma mevcut değildir. Ancak bu nitelikteki bir anlaşmanın müzakereleri OECD nezdinde devam etmekte ve yakın gelecekte imzalanması beklenmektedir. Ayrıca devletler ile diğer devletlerin uyuşunda bulunan yatırımcılar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesinde izlenecek yöntemleri belirleyen ve bu amaçla uluslararası bir merkez kurulmasını öngören 1965 tarihli çok taraflı bir anlaşma halihazırda yürürlükte bulunmaktadır.

Kuşkusuz herhangi bir uyuşmazlığın karara bağlanmasında öncelikle bakılması gereken, münhasıran uyuşmazlığa taraf olanları bağlayacak ve/veya uyuşmazlık konusunu düzenleyen ikili veya daha fazla taraflı özel veya daha genel nitelikte bir anlaşmanın var olup olmadığıdır. Bu tür anlaşmaların en yaygın olanı, OECD tarafından verilen rakamlara göre sayıları halen 1600'ün üzerinde olan, devletler arasında akdedilmiş ve büyük çoğunluğu zaman içinde gelenekselleşmiş benzeri hükümler içeren, yatırım-ların karşılıklı korunması ve teşvikine dair ikili anlaşmalardır. Yine devletler ve yabancı yatırımcılar arasında imzalanan özel yatırım ve imtiyaz sözleşmeleri, herhangi bir uyuşmazlık durumunda doğal olarak bu konuya münhasır öncelikli önemi haizdir.

Dolayısı ile devletler veya devletler ile yabancı yatırımcılar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların karara bağlanmasında öncelikle eğer varsa özel veya daha genel nitelikteki anlaşmalara bakılacaktır. Konuyu düzenleyen herhangi bir anlaşmanın mevcut olmaması veya sarih hükümler içermediği durumlarda ise uluslararası örf ve adetlere başvurulacaktır.

Bu başlık altında son olarak, ikili veya çok taraflı bir anlaşmanın ilke olarak sadece anlaşmaya taraf olanları bağladığını, buna mukabil geleneksel hukuka dayandırılan yükümlülüklerin tüm taraflar için bağlayıcı olduğunu ve bu çerçevede kısmen veya tamamen uluslararası örf ve adetin kaleme alınmasından ibaret bulunan bazı çok taraflı uluslararası anlaşma hükümlerinin, anlaşmaya taraf olmayan devletler için bile bağlayıcı olabileceğini belirtmek gerekmektedir.

c) Uyuşmazlıkların Barışçıl Yöntemlerle Çözümü

Müzakereler ve arabulucu kullanılması gibi nispeten daha az formalite içeren yöntemlerle çözümlenemeyen uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların "medenice" halinde başvurulabilecek üç temel yol veya mercii bulunmaktadır:

- Uluslararası Uzlaştırma Komisyonları,
- Uluslararası Tahkim Kurulları,
- Uluslararası Adalet Divanı.

Merkezi Hollanda'da bulunan Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice) Birleşmiş Milletler Teşkilatının yargı hizmeti sağlayan organı durumundadır ve halihazırda devletler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların götürülebileceği tek uluslararası mahkemedir. Her-hangi bir andlaşmadan kaynaklanan yükümlülük olmadıkça veya peşinen kabul edilmedikçe, uyuşmazlığın Mahkemeye götürülmesi taraf devletlerin rızasına bağlıdır, zorlama yapılamaz. Mahkeme Statüsünde belirtildiği şek-liyle uluslararası hukuk kurallarına göre karar verir, alınan kararlar taraflar için nihai ve bağlayıcıdır. Mahkemede sadece devletler davaya taraf olabil-diğinden, devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların doğrudan Uluslararası Adalet Divanı'na götürülmesi mümkün değildir.

Buna mukabil uluslararası uzlaştırma (conciliation) veya tahkim (arbitration) hem devletler arasındaki hem de devletler ile diğer devletlerin tebarı arasındaki uyuşmazlıklara açık kurumlardır. Uyuşmazlığın ulus-lararası tahkim veya uzlaştırma'ya götürülmesi yine tamamıyla tarafların rızasına bağlıdır. Ancak imzalanacak andlaşmalar veya peşinen rıza veril-mesi suretiyle uyuşmazlıkların bu yöntemlerle çözümü önceden kararlaştırı-labilir. Uzlaştırma ve tahkim arasındaki en önemli fark tahkim kararlarının taraflar için aynı mahkeme kararları gibi bağlayıcı olmasıdır. Uzlaştırma komisyonlarınca varılacak sonuçların taraflar bakımından hukuki bağlayı-cılığı yoktur ancak taraflar, daha az resmiyet taşıması, çözüm yöntemle-rinin ve uluslararası hukuk çerçevesindeki değerlendirmelerin daha net görülebilmesi gibi çeşitli nedenlerle uyuşmazlığın öncelikle uzlaştırma komisyonlarına götürülmesini tercih edebilirler.

Anlaşılabileceği üzere devletler ve yabancı yatırımcılar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, uluslararası arenada tarafları hukuken bağlayıcı bir şekilde karara bağlanmasında kullanılabilir tek yöntem; uyuşmazlığın uluslararası tahkime, diğer bir ifade ile uluslararası hakem kurullarına (arbitral tribunals) götürülmesidir. Geçmiş iki asır öncesine uzanan bu kurulların, kararlarının bağlayıcılığı bir yana, çok önemli bir avantajı; hakem atamasında taraflar arasında denge sağlanabilmesi ve karara referans teşkil edecek kaynaklar ile ilgili önceden sıralama veya sınırlama yapılabilmesi gibi nedenlerle çok daha amaca hizmet eder şekilde kullanılabilirlerdir.

Doğrudan konuyu ilgilendirmesi ve taşıdıkları önem nedeniyle uluslararası hakem kurullarına ve bu çerçevede özellikle Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) tarafından verilen tahkim hizmetlerine ayrı bir başlık altında tekrar dönülecektir. Ancak bundan önce, yatırımlar ve bu kapsamda telakki edilen hakların korunmasında uluslararası tahkimi vazgeçilmez bir ihtiyaç haline getiren temel uyuşmazlık nedenlerinin ve bu alanda kaydedilen gelişmelerin tarihsel bir perspektif içinde ele alınmasında yarar vardır.

3- Uluslararası Yatırımlarda Temel Uyuşmazlık ve Sorunlar

a) Kamulaştırma, El Koyma ve Benzeri Etkilere Sahip Diğer Tasarruflar

Yabancılar için varlıkların ellerinden alınması veya daha geniş kavramlarla mülkiyeti yabancılar için maddi veya gayrimaddi varlıklara devlet tarafından el konulması veya kamulaştırılması (expropriation), gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında yarattığı görüş farklılıkları nedeniyle, uluslararası hukukun devletlerin sorumluluğunu düzenleyen alanının en hassas konularından birisi olagelmıştır.

Kuşkusuz her hukuki sistemde başkalarına ait hukuki hakların veya bunlara karşı olan hukuki yükümlülüklerin ihlali, hukuki sorumluluğu gerektirir. Bu anlamda uluslararası hukukun yerel hukuktan herhangi bir farkı yoktur. Bu nedenle belki de burada cevaplandırılması gereken ilk soru uluslararası hukuka göre, devletlerin yabancıların varlıklarını

ellerinden alma hakkına sahip olup olmadıkları, eğer böyle bir hak varsa bunun nereden geldiği ve koşullarının ne olduğudur?

Bu sorulara büyük ölçüde yanıt verebilen, genelde kabul görmüş ilk uluslararası belge Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Doğal Kaynaklar Üzerindeki Egemenlik Haklarına Dair 14 Aralık 1962 tarih ve 1803 no.lu Kararı'dır. Karar'da millileştirme, kamulaştırma ve el koyma gibi tasarruflar (çalışmanın devam eden bölümlerinde esas itibariyle diğerlerini de içermesi nedeniyle kamulaştırma kavramı tercih edilecektir) devletlerin egemenlik hakları dahilinde mütalaa edilmiş, ancak bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre, kamulaştırma; kamu yararı, güvenliği veya ulusal çıkarlar gerektirdiği için ve uygun miktarda tazminat ödenerek yapılabilecektir (md. 4). Yine önemli olarak Karar'ın aynı maddesinde, tazminatın ulusal ve uluslararası hukukun kuralları dikkate alınarak belirleneceği, uyuşmazlık halinde ulusal hukukun tanıdığı imkanların sonuna kadar kullanılacağı, bununla birlikte karşılıklı anlaşma üzerine uyuşmazlığın tahkim için uluslararası hakemlere götürüleceği de yer almaktadır.

Esasen 1962 tarihli Genel Kurul Kararı'nda mülkiyeti yabancılara ait bulunan varlıkların kamulaştırılmasında aranacağı belirtilen temel iki şart (kamu yararına olması ve uygun miktarda tazminatın ödenmesi) bu tarihe kadar uluslararası pratikte aranagelmış ilkelerden bazılarının yazılı teyidi mahiyetindedir. Ancak, 1962 tarihli Karar'da zikredilmemesine rağmen, uluslararası geleneklere göre yabancılara yönelik kamulaştırmaların kanuni olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınan (ve bu tarihten sonra görülen bazı davalarda kanunsuzluk vasfını destekleyen bir argüman olarak kullanılmaya devam edilen) üçüncü bir şart daha bulunmaktadır: kamulaştırma, göze çarpan açık düzensizlikler ve özellikle de belli devletlerin tebalarına yöneltmiş bir ayrımcılık içermemelidir.

Yukarıda belirtilen vasıflardan birisinin yokluğu yapılan kamulaştırmayı kanunsuz kılabilir. Böyle bir durumda kamulaştırmayı icra eden devlet, kanuni adledilebilecek bir kamulaştırmada ödemesi gereken normal kamulaştırma bedeline ilaveten, kanunsuz tasarruftan veya bizatihi işlemin kanunsuz sayılmasından kaynaklanabilecek ilave zarar, ziyan veya tazminatı ödemekle mükelleftir. Örneğin kamulaştırmada düşük de olsa

bir bedel ödenmesi, tahkim sonucunda kamulaştırma bedeli artırılrsa bile katlanılacak toplam maliyet bakımından, hiç bedel ödenmemesi nedeniyle kanunsuz sayılacak bir kamulaştırmada hükmedilecek toplam tazminatla karşılaştırıldığında çok düşük kalabilir.

1962 tarihli Karar'da kamulaştırma ve tazminatın hesaplanması ile ilgili belirtilen esasları, kendileri için daha elverişli hükümlerle değiştirmek isteyen gelişme yolundaki ülkeler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda pek çok girişimde bulunmuşlardır. Gelişmekte olan veya diğer bir ifade ile genelde sermaye ithalatçısı konumundaki ülkeleri rahatsız eden, tazminatın hesaplanması ve uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası hukuka yapılan atıflardır. Zira tazminatın hesaplanmasında uluslararası norm haline gelen (detaylarını bir sonraki başlık altında vereceğimiz) Hull Formülü yapılan yerel hesaplama ve uygulamalarda dikkate alınmadığında uyuşmazlık kaçınılmaz hale gelmekte, tahkime gidildiğinde ise sonuç yine bu yöntemin uygulanması olmaktadır.

Nitekim anılan girişimlerden birisi, yeni uluslararası ekonomik düzen söylemi çerçevesinde Genel Kurul'dan geçirilen Devletlerin Ekonomik Hak ve Görevlerine Dair 12 Aralık 1974 tarih ve 3281 sayılı Karar ile yapılmıştır. Bu Karar'da da mülkiyeti yabancılara ait varlıkların tazminat ödenerek kamulaştırılacağı kabul edilmiş, ancak tazminatın hesabında sadece yerel usüller ve hukukun dikkate alınacağı, ayrıca aksi özgürce kararlaştırılmadıkça doğacak her türlü uyuşmazlığın kamulaştırmayı yapan devletin yargıçları tarafından yine bu devletin hukukuna göre çözümleneceği belirtilmiş, ilaveten kamulaştırmanın ancak kamu yararı, güvenliği ve ulusal çıkarlar için yapılmasını öngören yükümlülüğe de yer verilmiştir (md. 2/c). 120 devlet Kararın lehinde oy kullanırken, 10 devlet çetimsiz kalmış, 6 devlet ise (Belçika, Danimarka, Batı Almanya, Lüksemburg, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler) aleyhte oy kullanmıştır.

Gelişmiş ve sermaye ihraç eden ülkelerin rızası alınmadan Genel Kurul'dan geçirilen bu Karar, uluslararası hakem kurullarınca da gelenek hukukunu etkileyecek veya alınacak kararlara mesnet teşkil edebilecek bir döküman olarak kabul edilmemiştir.

Nihayet burada, uluslararası yatırım ve kamulaştırma kavramlarının son derece geniş olarak algılanması gerektiğini vurgulamak gerekmektedir. Yatırım kavramı, doğrudan yapılan her türlü fiziki yatırımın yanında, taşınır ve taşınmaz malları, bu tür mallar üzerindeki ipotek, rehin ve kullanıma ilişkin hakları, hisse senetleri veya şirketlere katılımın diğer şekillerini, sınai ve fikri hakları, patent, tasarım, marka ve benzeri hakları, kanunla veya bir sözleşme ile belirlenmiş imtiyazları ve yatırımla ilgili mali değeri olan diğer hakları da içermektedir.

Benzer şekilde kamulaştırma kavramı, yukarıda sayılan yatırımların mülkiyet ve sahipteliğinin yabancıların elinden alınması ile sınırlı değildir. Mutlaka şart olmamakla birlikte, ortaya çıkan zarar ve ziyanla illiyet bağı kurulabildiği sürece;

- mülkiyete dokunulmaksızın işletme yönetimine el konulması,
- mal ve hizmet satışını engellemeye yönelik ayırıcı veya cezai mahiyette vergilemeye gidilmesi,
- mal veya hizmet sunumunun geçici veya sürekli olarak yasaklanması,
- kar veya tasfiye bedellerine cezai mahiyette vergi tatbiki, gibi tasarruflar, yabancı yatırımcılar bakımından kamulaştırma benzeri sonuçlar doğurabilir.

b) Tazminatın Hesaplanması (Hull Formula)

Amerika Birleşik Devletleri ve Meksika hükümetleri arasında 1938 yılında cereyan eden görüşmelerde ABD Dışişleri Bakanı Cordell Hull tarafından yapılan tanıtımı sonrasında Hull Formülü olarak anılmaya başlanan ve genelde kısaca üç kelime ile anında (prompt), yeterli (adequate) ve etkili (effective) ödeme olarak ifade edilen bu yöntemle göre, kamulaştırma bedeli olarak belirlenecek tazminat;

-kamulaştırılan varlığın tam bedelini (genelde adil piyasa değerini) temsil etmelidir,

-makul bir süre içinde (genelde nakden ve peşinen) ödenmeli, aksi takdirde gecikilen süre için faiz içermelidir,

-uluslararası geçerliliği kuşku götürmeyen konvertibil bir para birimi ile ödenmelidir.

Hull Formülü, anında ve döviz üzerinden ödeme öngörmesi nedeniyle, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerce yöneltilen egemenliğe bağlı kamulaştırma hakkının etkin bir şekilde kullanımını engellediği şeklindeki haklı görülebilecek itirazlara rağmen, tazminat ile ilgili uyuşmazlıkların karara bağlanmasında gözetilen uluslararası bir norm haline gelmiştir.

Belki de bu niteliğinden dolayı, Hull Formülü'nü Türkiye tarafından imzalananlar da dahil olmak üzere, devletler arasında aktedilen yatırımların karşılıklı korunmasına dair ikili uluslararası andlaşmaların genelinde, kamu-laştırma başlığı altında, standart olarak bulmak mümkündür.

Kuşkusuz, tazminatın hesabı kamulaştırılan varlığın türüne göre değişebilmekte ve örneğin kurulu tesislerin ve uzun vadeli imtiyazların kamulaştırılması ile ilgili davalarda hükmedilen tazminat, piyasa değerinin yanında gelecek yıllarda beklenen kazançlara ilişkin unsurlar da içerebilmektedir. Yine uygulamada sürüngen veya sinsice tabir edilen dolaylı bir takım kamulaştırmalarda (creeping expropriation) işlemin gerçek mahiyetinin ve etkilerinin tespiti ve hükmedilecek tazminatın belirlenmesi çok daha zorlaşmakta ve doğal olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak hakemlerin uzmanlığı daha da önem kazanmaktadır.

c) Şirketlerin Uyuşunun Belirlenmesi, Yabancı Sermayeli Şirketlerin Tabiiyetinde Buldukları Devlet İle Olan Uyuşmazlıkları

Uluslararası hukuka göre genel ilke, şirketlerin kuruldukları, diğer bir ifade ile kanunları dahilinde tescil ve ilan olunarak tüzel kişilik kazandıkları devletin tabiiyetinde olduklarıdır. Uluslararası Adalet Divanı'nca verilen 1970 tarihli bir kararda ortaya konulan esaslar, akla gelebilecek pek çok soruya cevap teşkil edecek niteliktedir.

Bu karar, Kanada kanunları altında kurulmuş Barcelona Traction Şirketi'nin İspanyol otoritelerinin haksız tasarrufları sonucu zarara uğradığı iddiaları ile ilgilidir. İspanya hükümetine karşı bu iddiaları

gündeme getiren, Şirket hisselerinin %88'inin vatandaşlarına ait olduğunu belirten Belçika'dır. Mahkeme Belçika tarafının istemlerini reddetmiş ve kararında, hissedarların ortaklıktan kaynaklanan haklarına bir devletin haksız tasarruf-ları sonucu hanel gelmesi halinde, hissedarların uyuğunda buldukları devletin (Belçika'nın) kuşkusuz iddiada bulunabileceği, ancak bu olayda haklarına hanel gelenin doğrudan, ortaklarından bağımsız ayrı haklara sahip, Barcelona Traction Şirketi olduğu, dolayısı ile bu tüzel kişiliğın gördüğü zararlar ile ilgili iddiada bulunma hakkının, uyuğunda bulunduğu devlete (Kanada'ya) ait olduğu belirtilmiştir.

Dolayısı ile uluslararası yatırımlar ile ilgili uyuşmazlıklarda öncelik-le bakılması gereken hususlardan birisi, ortada ayrı bir tüzel kişiliğın bulu-nup bulunmadığıdır. Eğer yatırım, şube açılması, tesis edilen adi iş ortaklık-ları veya benzeri bir suretle doğrudan gerçekleştirilmişse, bu yatırımla ilgili tasarrufta bulunacak devletin karşısında bulacağı muhatap ya doğrudan işin sahibi olan merkezi yurt dışındaki şirket veya bu şirketin uyuğunda bulunduğu devlettir.

Buna mukabil eğer yatırım, yatırım mahallinde tüzel kişiliği haiz bir şirket kurulması veya mevcut bir şirkete ortak olunmak suretiyle realize edilmişse, öncelikle sözkonu olabilecek iki hal vardır:

-Şirketin tasfiyesini, tüzel kişiliğının sona ermesini, açık veya dolaylı yöntemlerle kamulaştırılmasını öngören veya hukuken olmasa bile fiili sonucu bu hallerden birisi olan tasarruflar ile ilgili uyuşmazlıklarda, tasarruf sahibi devletin karşısında bulacağı muhatap yabancı hissedarlar ve bunların tabiiyetinde bulunduğu devlet veya devletlerdir.

-Şirket ile tabiiyetinde bulunduğu devlet veya bu devlete ait kurum ve kuruluşlar arasında aktedilen sözleşmelerin uygulanmasından veya sair sebeplerle ortaya çıkabilecek diğer uyuşmazlıklarda muhatap doğrudan şirket tüzel kişiliğidir. Şirket tüzel kişiliği, etkin ve adil bir şekilde haklarını koruyabildiği ve ortakların haklarına açık bir hanel gelmediği müddetçe, şirket hissedarlarının veya bunların uyuğunda bulunduğu devlet veya devletlerin uyuşmazlığa taraf olmaması gerekir.

Ancak, yukarıdaki son hale ilişkin, burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)'nin kuruluşu ile ilgili 1965 tarihli Uluslararası Andlaşma

çerçeve-sinde, yabancı sermayeli şirketlerin, tabiiyetinde buldukları devlet veya bu devletin kurum ve kuruluşları ile aralarında doğabilecek uyuşmazlıklar ile sınırlı olmak üzere, başka bir devletin tebası olarak kabul edileceklerinin önceden kararlaştırılabilmesidir.

Eğer devletler arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmalarına veya devletler ile şirketler arasında imzalanacak özel sözleşmelere bu yönde bir hüküm dercedilmişse, şirket tüzel kişiliği uyuşmazlığı doğrudan veya yerel hukukun tanıdığı imkanları kısmen veya tamamen kullandıktan sonra, uluslararası tahkim için ICSID'e götürebilir. Eğer böyle bir kararlaştırma mevcut değilse, sermayesinin tamamı yabancılara ait olsa bile, şirketin, uyuşmazlıkta bulunduğu devleti ICSID nezdinde dava etmesi mümkün değildir, dava; haklarına hanel gelmesi halinde ancak yabancı hissedarlarca açılabilir. Bu durumda şirketçe yapılacak olan, yerel hukukun tanıdığı tüm imkanların sonuna kadar tüketilmesidir.

Yine önemli olarak, yabancı sermayeli şirket ile diğer devletler arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda, ihtiyaç duyabilecek diplomatik koruma, tabiiyetinde bulunan devlet tarafından sağlanacaktır. Bu nedenle uluslararası operasyonlarda, bölgesel merkezlerin seçimi yapılırken, diğer devletlerin haksız tasarruflarına karşı vatandaşlarının hak ve hukukunu etkin bir şekilde koruyup kollayabilecek veya taraf olduğu anlaşmalar itibarıyla bu imkana sahip ülkelerin üs olarak tercih edilmesinde yarar vardır.

d) Uyuşmazlıkların Yerel Hukuk İle Sınırlanmaya Çalışılması (Calvo Clause)

Calvo Şartı, yabancılar ve yabancı uyruklu şirketler ile bir devlet arasında imzalanacak yatırım, iş ve imtiyaz sözleşmelerine, doğabilecek uyuşmazlıkların, sadece akit devletin hukuki sistemi içerisinde (bu devletin yargıçları tarafından yine bu devletin kanunlarına göre) çözümlenebileceğini, ayrıca akte taraf olan yabancıların, yabancı olmalarından kaynaklanan herhangi bir iddiada bulunmayacaklarını ve uyuşmazlıkta buldukları devletin koruma hakkından feragat ettiklerini hükme bağlayan bir maddenin ilavesidir.

Bu madde ile sözleşmeye taraf yabancılar, uluslararası hukukun kurallarından ve tanıdığı imkanlardan ve ayrıca tabiiyetinde buldukları

devletin diplomatik korumasından (diğer bir ifade ile sözleşme ile sınırlı olarak vatandaşlık haklarından) kendi rızaları ile vazgeçmektedirler.

Arjantinli hukukçu ve diplomat Carlos Calvo'nun (1824-1906) adıyla anılan bu şartlar, belli bir dönemde Latin Amerika ülkeleri ile yabancı şirketler arasında imzalanan imtiyaz ve yatırım sözleşmelerinin hemen hemen tamamına dercedilmiştir. Calvo Şartı'nın sadece yerel hukuk ile ilgili olan bölümüne örnek teşkil edebilecek bir düzenlemeyi, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırımlar ile ilgili 3996 sayılı Kanun'un uygulama esaslarını belirleyen 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 30'uncu maddesinde bulmak mümkündür.

Calvo Şartı'nın, tabiiyetinde bulunulan devletin korumasından feragat ile ilgili bölümünün hukuki bir geçerliliğinin olamayacağı, bu çerçevede vatandaşlarından birisinin aksini öngören bir sözleşmeye imza atmasının, ilgili devleti gerektiğinde müdahaleden alıkoymayacağı genelde kabul edilmektedir. Ancak yine de bu husus büyük ölçüde koruması talep edilen devletin yaklaşımına bağlıdır. Fiili koruma gücü olmayan veya konuya ilgisiz bir devlet için Calvo şartı kaçınma nedeni olabilir.

Buna mukabil, uyuşmazlıkların yerel yargı ile sınırlanmasını öngören sözleşme hükümlerinin baştan geçersizliklerini iddia etmek müm-kün değildir. Konuya olan genel yaklaşımı göstermesi nedeniyle 1920'li yıllardan kalan iki örneğe kısaca değinmekte yarar vardır:

-Meksika hükümeti ile imzaladığı sözleşmede Calvo şartı bulunan North American Dredging Şirketi, Birleşik Devletler-Meksika arasındaki genel zarar-zıyan taleplerini karara bağlamak üzere kurulan komisyona başvuruda bulunmuş, ancak Şirketin talebi, uyuşmazlığın Meksika mahke-melerine götürülmesinin sözleşmeden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu, ancak firmanın yerel hukukun imkanlarını henüz kullanmadığı belirtilerek geri çevrilmiştir.

-Yine Meksika hükümeti ile imzaladığı sözleşmede Calvo şartı bulunan El Oro Mining and Rly Ltd Şirketi'nin, bu defa Birleşik Krallık - Meksika arasındaki genel zarar-zıyan taleplerini karara bağlamak üzere kurulan komisyona yaptığı başvuru, Meksika mahkemeleri nezdinde

yapılan ilk girişimin üzerinden dokuz yıl geçmesine rağmen hiç bir sonuç çıkmaması gerekçe gösterilerek kabul edilmiştir.

4- Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uluslararası Tahkim

Daha önce belirtildiği üzere, devletler ve yabancı yatırımcılar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, uluslararası arenada tarafları hukuken bağlayıcı bir şekilde karara bağlanmasında kullanılacak tek yöntem; uyuşmazlığın uluslararası tahkime, diğer bir ifade ile uluslararası hakem kurullarına (arbitral tribunals) götürülmesidir.

Esas itibariyle uluslararası hakem kurulları, devletler arasındakiler de dahil olmak üzere uluslararası hukuku ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde en fazla başvurulan kurumlardır.

Bu husus büyük ölçüde, yine daha önce işaret edildiği üzere, tahkim kurulu kararlarının bağlayıcılığı yanında, hakem atamasında taraflar arasında denge sağlanabilmesi ve karara referans teşkil edecek kaynaklar ile ilgili önceden sıralama veya sınırlama yapılabilmesi gibi nedenlerle çok daha amaca hizmet eder şekilde kullanılabilmelerinden kaynaklanmaktadır.

a) Uluslararası Hakem (Tahkim) Kurullarının Tarihsel Gelişimi

Uluslararası hakem (veya tahkim) kurullarının modern anlamdaki geçmişi 200 yıl öncesine uzanmaktadır. Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık arasında imzalanan 1794 tarihli Jay Andlaşması ile taraflar arasında müzakereler ile giderilemeyen uyuşmazlıkları karara bağlamak üzere değişik alanlarda oluşturulan üç adet karma komisyon, modern tahkim kurullarının ilk örneği olarak değerlendirilmektedir.

Ancak uluslararası tahkim müessesesinin, uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılmaya başlanması, Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık arasındaki Alabama uyuşmazlıklarının, 1872 yılında başarılı bir şekilde karara bağlanmasından sonra olmuştur. Bu tarihten, 20'nci yüzyılın başına kadar olan yaklaşık 30 yıllık sürede uluslararası hakem kurullarınca 100 civarında dava başarı ile sonuçlandırılmıştır. Bu

dönemde Birleşik Krallığın 30, Birleşik Devletlerin 20, Avrupa Devletlerinin 60, Latin Amerika Devletlerinin ise 50 civarında davaya taraf oldukları bilinmektedir.

Uluslararası tahkim kurullarının kurumsallaştırılmasına yönelik ilk önemli adım 1899 tarihinde uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümüne dair çalışmalar yapmak üzere toplanan Hague Konferansı ile atılmıştır. Bu konferansta uluslararası tahkimin kurallarının belirlenmesi, ayrıca yerleşik bir tahkim kurumunun oluşturulması yönünde önemli mesafe katedilmiş, ancak bu çalışmalar 1907 tarihinde toplanan ikinci Hague Konferansı ile tamamlanamamıştır. Hague Konferanslarının en önemli sonucu Sürekli Tahkim Mahkemesi nin (The Permanent Court of Arbitration) kuruluşu olmuştur.

İsminde geçen sürekli ve mahkeme niteliklerine rağmen, bu kurum ne gerçek anlamda sürekli ne de seçilmiş yargıçların kurul olarak toplanıp karar verdikleri bir mahkemedir. Hague Konferansları sonucunda imzalanan Sözleşmelere taraf her devletin bu uluslararası tahkim kurumuna dört hakem atama hakkı vardır. Atanan hakemin atamayı yapan devletin uyuşmazlıktan olması şart değildir. Hakemlerin önceden atanabilmesindeki amaç herhangi bir uyuşmazlığın karara bağlanması için oluşturulacak hakem (tahkim) kurullarına üye belirlenirken başvurulabilecek bir listenin mevcut olmasıdır.

Tahkim kurullarının çalışma tarzı özetle şu şekilde belirlenmiştir: Aralarında herhangi bir konuda uyuşmazlık doğan iki devlet, bu uyuşmazlığın Sürekli Tahkim Mahkemesi'nde karara bağlanmasını arzu ederler ise, her iki tarafça tahkim kuruluna ikişer üye atanacaktır. Taraflar atayacakları iki hakemden ancak birisini kendi vatandaşları arasından veya daha önceden mahkemeye atadıkları üyeler arasından seçebilirler. Atanan dört üye aynı zamanda heyete başkanlık edecek beşinci bir hakem tayin edecektir. Verilen kararlar oy çokluğu ile alınacaktır. Dava, uyuşmazlığa taraf devletler arasında mutabık kalınacak tahkim anlaşması dahilinde görülecektir. Tahkim anlaşmasının, uyuşmazlık konusunu, tahkim kurulu-nun hangi konularda yetkili olduğunu ve davanın görülmesinde izlenecek prosedür ve verilecek karara esas teşkil edecek düzenlemeler gibi diğer bazı temel hususları içermesi gerekmektedir.

Sürekli Tahkim Mahkemesi 1932 yılına kadar oldukça faal bir şekilde çalışmış ve bu sistem altında atanan tahkim kurulları yirmi civarında uluslararası uyuşmazlığı karara bağlamıştır. Bu tarihten sonra işlevselliğini büyük ölçüde yitirmesine rağmen Sürekli Tahkim Mahkemesi'nin Hague'de bulunan bürosu hala açık bulunmakta ve talep olduğunda Hague Konferanslarında belirlenen esaslar dışında da olsa uluslararası tahkim faaliyetlerine yardımcı olmaktadır.

Sürekli Tahkim Mahkemesi'nin kuruluşta öngörülen işlevini büyük ölçüde yitirmesi, devletler arasındaki uyuşmazlıklarda tahkime olan ihtiyacın azalmasından değil, tam tersine uyuşmazlıkların götürüleceği hakem kurullarının teşkili ve dava prosedürünün belirlenmesi gibi hususlarda devletler arasında duruma daha uygun farklı düzenlemelere gidilebilmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin aktedilen ikili anlaşmalarla veya vaki olan bir ihtilaf üzerine, uyuşmazlığın bir hakem kurulu yerine üçüncü ülke vatandaşlarından seçilecek tek bir hakeme götürülmesi, veya uyuşmazlığın sadece iki tarafın hakemlerinden oluşacak bir komisyon tarafından karara bağlanması pekala kararlaştırılabilmektedir.

Yine devletlerce Uluslararası Adalet Divanına götürülen yıllık uyuşmazlık sayısı bir elin parmaklarını geçmezken, Adalet Divanı yargıçlarının tahkim kurullarına üye olarak atanması çok yaygın bir uygulamadır.

Nitekim, hakem kurullarının teşkili, tahkim kuralları ve verilen kararların icrası ile ilgili uygulamada görülen farklılıkların izafesi amacıyla, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca 1953 yılında devletlerarası tahkim prosedürüne dair uluslararası bir andlaşma taslağı hazırlanmış, ancak uluslararası andlaşma fikri Genel Kurul'ca benimsenmemiştir. Bunun üzerine Komisyon, 1958 yılında, devletler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile çözümlenmesinde veya uyuşmazlık hallerinde tahkim öngören ikili veya çok taraflı andlaşmalar hazırlanırken gözetilmek üzere bazı taslak maddeler hazırlamıştır. Komisyonun bu çalışması Genel Kurul'un 14 Kasım 1958 tarihli Kararı ile üye devletlerin dikkatine sunulmuştur.

Diğer taraftan Sürekli Tahkim Mahkemesi'nin (veya daha doğru bir tabirle büro'nun) tekrar etkinliğe kavuşturulması için yapılan bazı girişimler de mevcut olup, bu kapsamda 1962 yılında uyarlanan, taraflardan sadece birisinin devlet olduğu uyuşmazlıkların tahkiminde uygulanacak isteğe bağlı kurallar 1993 yılında revize edilmiş ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 1976 yılında kabul edilen tahkim kuralları ile uyum sağlanmıştır.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, tahkim ile ilgili ihtiyaç duyulan bazı hizmetlerin temini hususunda Sürekli Tahkim Mahkemesi Genel Sekreterliği'ne atıfta bulunmaktadır. Bu Kurallar, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15 Aralık 1976 tarih ve 31/98 sayılı Kararı ile de tasvip olunmuş ve uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünde kullanımı tavsiye edilmiştir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları için münhasıran tesis edilen ayrı bir tahkim sistemi mevcut olmakla birlikte, tercih edildiği veya bir zorunluluk bulunduğu takdirde (örneğin taraf devletin ICSID'e üyeliğinin bulunmaması veya konulan rezervler sonucu buraya gitmenin mümkün olmaması v.b.) uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde çözümünü engelleyen bir husus yoktur.

b) 1958 Tarihli Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Uygulanmasına Dair Sözleşme

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Tahkim Konferansı sonrasında, 10 Haziran 1958 tarihinde, New York'ta imzalanan Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Uygulanmasına Dair Sözleşme (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), 7 Haziran 1959 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf olan devlet sayısı halihazırda 114'tür. Türkiye, Sözleşme'ye, 2 Temmuz 1992 tarihinde taraf olmuştur.

Sözleşme, gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin (andlaşmaya taraf olsun veya olmasın) herhangi bir devletin sınırları dahilinde verilen tahkim kararlarının, diğer devletler tarafından tanınıp icra edilmesini öngörmekte ve kararı uygulaması talep edilen devlet

tarafından yabancı adledilen (yerel olarak nitelenmeyen) tahkim kararlarını kapsa-maktadır (md.I/1).

Sözleşmede geçen tahkim kararı kavramı, sadece belli bir uyuşmazlığa münhasır olarak atanan hakem kurullarınca verilen kararlar ile sınırlı olmayıp, sürekli tahkim hizmeti vermek üzere kurulan (uluslararası) tahkim kurumlarınca verilen kararları da içermektedir (md. I/2).

Sözleşmeye taraf olurken devletlerce; karşılıklılık ilkesi dahilinde sadece Sözleşmeye taraf olan diğer devletlerin sınırları dahilinde verilen tahkim kararlarının ve/veya sadece gerçek ve tüzel kişiler arasında doğacak ve mutlaka mevcut bir kontrattan kaynaklanması gerekmemeyle birlikte, hukuki nitelik taşıyan ve ayrıca devletin kendi kanun ve nizamlarına göre de ticari kabul edilen uyuşmazlıklar için verilecek tahkim kararlarının, tanınıp uygulanacağı yönünde rezerv konulabilecektir (md.I/3). Türkiye anılan her iki rezerv hakkını da kullanmıştır.

Sözleşme, daha ziyade uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim kararlarının icrası bakımından önem arz etmekle birlikte, OECD nezdinde müzakereleri devam eden yatırımlar hakkında çok taraflı uluslararası andlaşma taslağında, devletler ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar için verilen tahkim kararlarının icrası ile ilgili olarak bu Sözleşme hükümlerine de atıfta bulunulmakta ve dolayısı ile uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından taşıdığı önem artmaktadır.

c) Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)

Yatırım Uyuşmazlıkları İçin Uluslararası Merkez (the International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID), 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesine Dair Sözleşme hükümleri çerçevesinde 1966 yılında kurulan tüzel kişiliği haiz, uluslararası bir kurumdur. Merkez, kuruluşuna dair çok taraflı uluslararası andlaşmada belirlenen esaslar dahilinde uzlaştırma ve tahkim hizmetleri sunmaktadır.

Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesine Dair Sözleşme 18 Mart 1965 tarihinde Washington'da (Dünya Bankası merkezinde) imzaya açılmış ve yeterli sayı-da devletin imza ve onayını müteakip 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Halihazırda sözleşmeye imza koyan devlet sayısı 139'dur. Bu devletlerden aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 126'sı sözleşmeyi onaylayarak (ratification) ICSID'e fiilen üye olmuştur.

Merkez, ayrı tüzel kişiliği haiz olmakla birlikte, Dünya Bankası'nın (IBRD) himayesi altındadır. Merkezin yerleşim yeri Dünya Bankası'nın merkezi içerisindedir. Merkez Sekretaryası için ihtiyaç duyulan personel Dünya Bankası hukuk departmanınca sağlanmakta, ayrıca cari giderler Banka bütçesinden karşılanmaktadır. Görülen uzlaştırma veya tahkim davaları ile ilgili masraflar uyuşmazlığa taraf olanlara yüklenilmektedir.

Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID'e götürülebilmesi için taraflardan birisinin ICSID'e üye devlet (veya bu devletin kurum ve kuruluşları) diğerinin ise yine buraya üye diğer devletlerden birisinin vatandaşı (gerçek veya tüzel kişi) olması gerekir. Sözleşmenin 25/2-b maddesi uyarınca, yabancı kontrolündeki şirketlerin tabiiyetinde buldukları devlet ile olan uyuşmazlıklarını ICSID'e götürebilmeleri için uyuşmazlık hallerinde başka bir devletin vatandaşı olarak kabul edileceklerinin önceden kararlaştırılması gerekir.

Uyuşmazlıkların uzlaştırma veya tahkim için ICSID'e götürülmesi tamamıyla tarafların rızasına bağlıdır. Davanın görülmesi her iki tarafça da kabul edildikten sonra verilen rızanın tek taraflı olarak geri çekilmesi mümkün değildir (md.25/1). ICSID'e gidilmesi şekil itibariyle gönüllü olmakla birlikte, devletler arasında aktedilen yatırımların korunması ve teşvikine dair ikili anlaşmalarda veya devletler ve yabancı yatırımcılar arasında imzalanan özel iş ve imtiyaz sözleşmelerinde, ICSID tahkimi için peşinen rıza verilmesi çok yaygın bir uygulamadır. Devletlerce verilen rızalarda, yerel hukukun imkanlarının (kısmen veya tamamen) tüketilmesi şart koşulabilir (md.26).

Üye devletlerin kurum ve kuruluşları tarafından uyuşmazlığın tahkimi için verilen rızalar, bu devletçe ayrıca onay gerekmediği Merkez'e

bildirilmediği müddetçe, devletin onayını gerektirir (md. 25/3). Bu nedenle, uluslararası yatırımcıların devletlerin kurum ve kuruluşları ile imzaladıkları özel imtiyaz ve yatırım kontratlarında (ICSID tahkimi için rıza beyan edilmiş bile olsa) temkinli davranarak konuyu açıklığa kavuşturmalarında yarar vardır.

ICSID'in yargı yetkisi yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsamakla birlikte, üye devletler Sözleşme'ye onay verirken veya daha sonraki bir tarihte belli türdeki yatırım uyuşmazlıklarını Merkez'in yetkisi dışında bırakabilirler (md. 25/4).

Diğer bir ifade ile devletlerin, gerekli bildirim yaptıkları sürece, Merkez'e üyeliklerini istedikleri kadar sınırlamaları mümkündür. Dolayısı ile yatırımcılarca dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, yatırımın planlandığı ülkeye Sözleşmeye konulan rezervlerin tetkik edilerek, ICSID üyeliğinin reklam mahiyetinde olup olmadığının anlaşılmasıdır.

Merkez'de birisi uzlaştırma, diğeri ise tahkim davalarında görev alabilecek üyelere müteşekkil iki ayrı panel vardır. ICSID'e üye her devletin her iki panele de (kendi veya diğer ülke vatandaşları arasından) 4'er üye atama hakkı vardır. Aynı zamanda ICSID İdari Konseyi'nin başkanı olan Dünya Bankası Başkanı her iki panele 10'ar üye atayabilir (md. 12,13).

Panellerde hizmet vermek üzere atanacakların, yüksek ahlak sahibi olması, hukuk, işletme, maliye, sanayi ve ticaret alanlarında bilgi ve tecrübelerinin bulunması ve bağımsız yargı hizmeti verebileceklerine güven duyulması gerekmektedir. Tahkim davaları için oluşturulan hakem paneline atanacakların hukuk alanındaki yeterliliğine ayrıca özel önem verilecektir. Başkan tarafından yapılan atamalarda, dünyada mevcut yasal ve ekonomik sistemlerin temsiline özen gösterilecektir (md. 14).

Uyuşmazlık konusu için ICSID'de tahkim davası açılmak istendiğinde, tarafların veya peşinen verilmiş bir rıza sözkonusu ise taraflardan birisinin bu konudaki istemi ICSID Genel Sekreterliğine yazılı olarak bildirilir. Genel Sekreter, istemde yer alan bilgilere dayanarak anlaşmazlığın Merkez'in yargı alanı dışına taşmadığına karar verirse istemi kaydederek, sonucu taraflara bildirir (md. 36).

Tahkim Heyeti, yalnız bir hakemden veya tarafların üzerinde anlaşacakları tek sayıda hakemden oluşacaktır. Tarafların hakemlerin sayısında veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamamaları halinde, Heyet, tarafların ayrı ayrı atayacakları birer hakem ile müştereken atayacakları bir hakemden (toplam üç kişiden) oluşacaktır. Ortaklaşa atanan hakem heyetin başkanlığını yapacaktır (md. 37).

Hakem atamaları tartıflarca, Genel Sekreterliğin dava kayıt bildiriminden itibaren, maksimum 90 gün içinde gerçekleştirilemezse, taraflardan birisinin başvurusu üzerine, ICSID İdari Konsey Başkanı atanamayan hakem veya hakemleri atayacaktır (md. 38). Heyeti teşkil eden hakemlerin çoğunluğunun, uyuşmazlığa taraf devletin veya vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan diğere devletin tabiiyetinde olmaması gerekir (md. 39).

Başkan tarafından atanacaklar hariç olmak üzere, heyete atanacak hakemlerin mevcut panelden olması şart değildir. Ancak panel dışından atanacak hakemler, panel üyeleri için aranan nitelikleri haiz olmalıdır (md. 40).

Heyet, davayı görmeye yetkili olup olmadığına kendisi karar verecektir (md. 41). Tahkim davası, taraflar başka bir biçimde anlaşmadıkça Sözleşmede yer alan esas ve kurallara göre görülecektir (md. 44). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Heyet, davanın herhangi bir aşamasında tarafları belge ve delil göstermeğe çağırabilir, uyuşmazlığa konu mekanı ziyaret edebilir ve uygun gördüğü soruşturmayı yürütebilir (md. 43).

Heyet davayı, taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karara bağlayacaktır. Böyle bir anlaşmaya varılamaması halinde, uyuşmazlığa taraf devletin hukukuna ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına dayanılarak hüküm kurulacaktır. Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğunu gerekçe göstererek, uyuşmazlık için bir çözüm öngörmeyebilir. Böyle bir halde, eğer tarafların mutabakatı mevcutsa, uyuşmazlık, hakkaniyet kuralları çerçevesinde karara bağlanabilir (md. 42).

Heyet kararlarını oy çokluğu ile verir. Verilen karar tarafların rızası olmadan yayınlanamaz (md. 48). Kararın yorumu, düzeltilmesi veya geçersiz kılınması ile ilgili talepler yazılı olarak Genel Sekretere yapılmalıdır. Bu talepler, aynı hakem heyetine veya kurulacak ayrı heyet veya

komitelere havale edilmek suretiyle karara bağlanacaktır. İtiraz gerekçesi yapılabilecek nedenler, başvurma süreleri ve herbir durumda izlenecek yöntem Sözleşme'de oldukça detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Heyet kararları, hem uyuşmazlığa taraf olanlar için, hem de uyuşmazlığa taraf olmasalar bile ICSID'e üye diğer tüm devletler için bağlayıcıdır (md. 53, 54). Kararın temyiz için bir üst kuruma götürülmesi v.b. söz konusu olmayıp vaki itiraz ve talepler yine ICSID nezdinde sonuçlandırılacaktır.

Sözleşme'nin 54'üncü maddesi hakem heyetlerince verilen kararların icrası bakımından son derece önemli olup, bu madde ile ICSID üyesi her devlet, Sözleşme'ye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edip, kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırlı içerisinde kendi mahkemelerinin nihai bir kararı gibi uygulamakla yükümlü tutulmuştur. Hiç bir devlet, 54'üncü madde ile getirilen yükümlülüklerin kendi kanunları ile çeliştiğinden bahisle kararları uygulamaktan imtina edemez.

Alınabilecek herhangi bir karara karşı tarafça uyulmaması hali hariç olmak üzere, hiç bir üye devlet, davaya taraf olan vatandaşına diplomatik koruma uygulamayacak veya uyuşmazlık ile ilgili uluslararası bir iddiada bulunmayacaktır. Uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmaya yönelik gayri-resmi diplomatik girişimler diplomatik koruma olarak algılanmayacaktır (md. 27).

Nihayet ICSID Sözleşmesi'nin 64'üncü maddesinde, bu sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve müzakereler yoluyla giderile-meyen üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların, devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde Uluslararası Adalet Divanı'na götürüleceği belirtilmektedir.

Kuruluşundan bu yana (Şubat 1998) ICSID nezdinde açılan dava sayısı 41'dir. Bunlardan 3'ü uzlaştırma, 38'i tahkim davasıdır. Tahkim davalarından 10'u henüz karara bağlanmamış olup, geriye kalanların büyük bölümü kararların icrası gerekmeksizin tarafların anlaşmaya varmaları ile sonuçlanmıştır. Toplam 37 ülkeden 92 değişik hakim, kurulan komisyon ve kurullarda görev almıştır.

5- Türkiye'nin ICSID'e Üyeliği ve İkili Yatırım Andlaşmaları

a) ICSID'e üyelik

Türkiye, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Mer-kezi (ICSID) kuran 1965 tarihli Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaş-ları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesine Dair Sözleş-meyi, yürürlüğe girmesinden yaklaşık 22 yıl sonra, 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 27/5/1988 tarihinden geçerli olmak üzere onaylanmış ve Türkiye ICSID'e fiilen üye olmuştur.

Resmi Gazetenin 2 Haziran 1988 tarihli nüshasında yayımlanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmaz-lıklarının Çözümlemesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 27/5/1988 tarih ve 3460 sayılıdır. Kanun'un 1'nci maddesi ile Sözleşmenin;

[a) Yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID'e götürülebilmesi,

b) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID'e götürülmemesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına" ilişkin münferid ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64'üncü maddesine rezerv konulması,]

kaydıyla onaylanması uygun bulunmuş, ayrıca 3'üncü madde ile katılma için gerekli diğer işlemleri yapma hususunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu 7/10/1988 tarih ve 88/13325 sayılı Kararı ile Sözleşmeyi 27/5/1988 tarihinden geçerli olmak üzere onayla-yarak yürürlüğe sokmuştur.

Kanun'un öngördüğü ilk iki sınırlamayı anlamak mümkün olmakla birlikte, Sözleşmenin 64'üncü maddesine rezerv konulmasına ilişkin hüküm yoruma muhtaçtır. Zira Sözleşme'nin 64'üncü maddesi münferid ikili yatırım anlaşmalarından kaynaklanacak uyuşmazlıkların Lahey Adalet Divanı'na götürülmesi ile ilgili olmayıp, bizatihi Sözleşme'nin yorumundan veya uygulanmasından doğan (ve müzakereler yoluyla giderilemeyen) üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların, (devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde) Adalet Divanı'na götürülmesini öngörmektedir.

Esas itibariyle Sözleşme'nin Türkiye tarafından imzalandığı veya onaylandığı tarih itibariyle yürürlükte olan sadece bir adet ikili yatırım anlaşması mevcut olup, o da 1962 yılında (ICSID'in kuruluşundan önce) Batı Almanya ile akdedilmiştir. Ancak 1987-88, Türkiye'nin, Belçika, Fransa, Japonya, Kuveyt, Hollanda, İsviçre, Birleşik Krallık ve ABD ile yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına dair müzakerelere başladığı veya devam ettiği yıllardır.

Dolayısı ile Kanun'un anılan hükmünü, devletler ile gelecekte akdedilecek münferid ikili yatırım anlaşmalarına da benzeri yükümlülüğün konulmasına zemin hazırlayacak 64'üncü maddeye rezerv konulması şeklinde okumak ve/veya Uluslararası Adalet Divanı ile ilgili benimsenen genel bir politikanın ürünü olarak değerlendirmek mümkündür.

Nitekim, Türkiye'nin ancak ICSID'e fiili üyeliği sonrasında imzalamaya başlayabildiği ikili yatırım anlaşmalarında, ikili anlaşmaların yorum veya uygulamasından doğabilecek ve başka bir yöntemle giderilemeyen akit devletler arasındaki uyuşmazlıklar için nihai karar mercii, uluslararası tahkim kurullarıdır.

64'üncü maddeye konulacak rezervler, tahkim kurulu kararlarına direnilmesi halinde uyuşmazlık kolayca sözleşmenin uygulanmasından veya yorumundan kaynaklanan devletler arası bir ihtilafa dönüşebileceğinden, önemli olmakla birlikte, bu rezervlerin, ICSID'e olan üyeliği etkisizleştireceğini söylemek mümkün değildir.

Zira altına imza konulmuş bir anlaşmadan kaynaklanan tahkim kararlarını mücbir bir sebebe dayanmadan uygulamamakta ısrar, kendisine

uluslararası arenada devlet muamelesi yapılmasını isteyen hiç bir organizasyonun cesaret edemeyeceği bir hadisedir. Kaldı ki, devletlerin moral yükümlülüklerinin ötesinde, ICSID tahkim kararlarının icrası, Sözleşme'nin 54'üncü maddesi ile (tahkim kararlarının uyuşmazlığa taraf olsun olmasın ICSID'e üye bütün devletleri bağlayıcı olması) büyük ölçüde teminat altına alınmıştır.

b) Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair İkili Andlaşmalar

Yukarıda değinildiği üzere, Türkiye'nin diğer devletler ile yatırımların teşviki ve korunmasına dair ikili anlaşmalar imzalayabilmesi, ancak ICSID'e fiili üyelik gerçekleştikten sonra olabilmektedir. Bu tarihten sonra müzakereleri tamamlanarak imzalanan anlaşma sayısı 40 civarındadır. Bunlardan (aralarında ABD, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Çin, Danimarka, Hollanda, İsviçre, Japonya, Kazakistan, Kore, Kuveyt, Macaristan, Polonya, Romanya ve Özbekistan ile imzalananların da bulunduğu) yaklaşık 20'si, işlemleri tamamlanarak yürürlüğe sokulmuştur.

Yatırımların karşılıklı korunmasına dair bazı esaslar, Türkiye'nin, Birleşik Krallık ve İspanya Hükümetleri ile imzaladığı ve sırasıyla Resmi Gazete'nin 9/5/1996 ve 1/12/1997 tarihli nüshalarında yayımlanan ikili anlaşmalardan hareketle, aşağıda özetlenmektedir:

-‘Yatırımcı’ terimi, tarafların uyuğunda bulunan veya yürürlükteki hukukuna göre mukim statüsünü kazanmış gerçek kişiler ile tarafların yürürlükteki hukukuna göre kurulan veya tüzel kişilik kazanan şirketleri, firmaları veya iş ortaklıklarını kapsamaktadır.

-‘Yatırım’ terimi, her türlü varlığı ve özellikle de sınırlayıcı olmak kaydıyla; taraf ülkelerden birisinin sınırları içerisinde o tarafın kanun ve nizamlarına uygun olarak yapılmış bütün doğrudan yatırımları, doğal kaynaklarla ilgili olanlar dahil olmak üzere kanunla veya bir sözleşme ile belirlenmiş iş imtiyazlarını, hisse senetleri veya şirketlere katılımın diğer şekillerini, taşınır ve taşınmaz mallar ile bunlar üzerindeki ipotek, rehin ve benzeri hakları, sınai ve fikri mülkiyet haklarını ve patent, marka ve know how gibi benzeri hakları içermektedir.

-Taraflar kendi sınırları dahilinde, kendi kanun ve nizamlarına uygun olarak diğer tarafın yatırımcılarının yatırımlarını koruyacak ve işletilmesi, kullanımı, faydalanılması, gelişimi, satışı veya olası tasfiyesini haksız veya ayrımcı tedbirlerle baltalamayacaktır.

-Yatırımlar; kamu yararına olmadıkça veya herhangi bir ayrımcılık içerir bir tarzda ve ayrıca 'anında', 'yeterli' ve 'etkin' tazminat ödenmedikçe, doğrudan veya dolaylı bir şekilde kamulaştırılmayacak veya kamulaştırma benzeri etkilere sahip diğer tasarruflara konu edilemeyecektir. Tazminat, yatırımın kamulaştırıldığı veya bu tasarrufun ilk duyulduğu tarihteki (hangisi önce ise) adil piyasa değerine eşit olacak, ödeme tarihine kadar olan dönem için tahakkuk edecek normal bir faizle birlikte, gecikilmeksizin ödenecek ve serbestçe transfer edilebilir olacaktır.

-Birleşik Krallık Hükümeti ile akdedilen andlaşmada, taraflardan birisinin yabancı yatırım otoritesi tarafından diğer tarafın vatandaş ve şirketlerine verilmiş yatırım izinlerinin veya bunlar arasında imzalanacak yatırım anlaşmalarının yorum veya uygulamasından veya bizatihi ikili andlaşmada yatırımlar için belirlenen hakların ihlalden kaynaklanacak uyuşmazlıkların hukuki adledileceği belirtilmekte ve bu tür uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülebilmesi için taraflarca peşinen rıza verilmektedir. Ancak bundan çok daha önemlisi, taraflardan birisinin tabiiyetinde olmakla birlikte, hisselerinin %50'sinden fazlası karşı tarafın vatandaşlarına ait şirketler, ICSID Sözleşmesi'nin uygulaması bakımından hissedarların uyruğunda bulunduğu tarafın vatandaşı kabul edilmekte ve yukarıda arzedilen nitelikteki uyuşmazlıkları ICSID tahkimine götürebilmelerine imkan tanınmaktadır (md. 8).

-İspanya Hükümeti ile akdedilen andlaşmada, hisselerinin çoğunluğu karşı tarafın yatırımcılarına ait olmakla birlikte, kendisi diğer tarafın tabiiyetinde olan şirketlere uluslararası tahkim imkanı tanınmamıştır. Bu andlaşmaya göre; taraflardan biri ile diğer tarafın yatırımcısı arasındaki yatırım ile ilgili uyuşmazlıklar, yatırımcı tarafından yatırımın yapıldığı tarafa, ayrıntılı bilgi içerecek şekilde yazılı olarak bildirilecektir. Yatırımcı ve ilgili taraf, bu uyuşmazlıkları mümkün olduğunca iyi niyetle istişare ve müzakereler yoluyla çözümlenmeye çalışacaklardır. Uyuşmazlık, yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde yukarıda anılan yöntemlerle çözümlenemezse, yatırımcı tarafından seçilecek

aşağıdaki tahkim kurum-larından birisine götürülebilecektir: (a) Paris Uluslararası Ticaret Odası'nın hakem mahkemesi (b) UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir hakem mahkemesi (c) Her iki tarafın da üyeliği sözkonusu ise ICSID, şu kadar ki, burada tahkim davası açılabilmesi için, eğer yatırımcı uyuşmazlığı yerel adli mercilere götürmüş ise ya nihai kararın bir yıl içinde alınmamış olması ya da yatırımcının davasından vazgeçmiş olması gerekir. İspanya ile aktedilen andlaşmada, yukarıda belirtilen hususlara ilaveten, tahkim kurullarınca referans alınacak kaynaklara dair sıralama da yapılmıştır. Buna göre tahkimde: (a) ikili andlaşmanın hükümleri (b) yatırımın yapılmış olduğu (uyuşmazlığa taraf) ülkenin milli kanun ve nizamları (c) uluslararası hukukun kuralları ve evrensel olarak kabul edilen prensipleri, dikkate alınacaktır (Md. IX).

-Akte edilen ikili andlaşmaların yorum veya uygulanmasından kaynaklanacak, taraflar (devletler) arasındaki uyuşmazlıklar, karşılıklı müzake-reler yoluyla (anlaşmalarda belirlenen süreler dahilinde) giderilemediği takdirde, taraflardan birisinin başvurusu üzerine, üç üyeli bir uluslararası tahkim kuruluna götürülecektir. Başvurunun alınmasından itibaren iki ay içinde her bir taraf birer hakem tayin edecektir. Tayin edilen iki hakem, üçüncü bir ülke vatandaşı bir hakemi heyet başkanı olarak seçecektir. Atanamayan hakem veya hakemlerin seçimi (heyet başkanı dahil), taraflardan birisinin başvurusu üzerine Uluslararası Adalet Divanı Başkanı veya mümkün olmaması halinde Başkan Yardımcısı veya en kıdemli Divan üyesi tarafından yapılabilecektir. Birleşik Krallık ile imzalanan andlaşmada, tahkim kurulunun kararlarını oy çokluğu ile alacağı, bu kararların tarafları bağlayıcı olacağı ve heyetin çalışma prosedürünün kendisi tarafından belirleneceği öngörülürken, İspanya ile imzalanan andlaşmada, tahkim kurulunun usule ilişkin kurallar üzerinde anlaşamaması halinde, Uluslararası Adalet Divanı Başkanı'nın usul kurallarını belirlemeye davet edilebileceği yazılıdır.

Nihayet, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı uluslararası andlaşmalar ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde, T.C. Anayasası'nın konuya ilişkin düzenlemelerinin gözönünde tutulması gerekmektedir. Anayasanın 90'inci maddesine göre; *"Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar*

hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

6- OECD Nezdinde Müzakereleri Devam Eden Yatırımlar Hakkında Çok Taraflı Uluslararası Andlaşma (MAI)

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu OECD'ye üye 29 ülke arasında müzakereleri devam eden Yatırımlar Hakkında Çok Taraflı Uluslararası Andlaşma (the Multilateral Agreement on Investment - MAI), özellikle uluslararası mal ve hizmet ticareti ile ilgili ulaşılan çok taraflı GATT ve GATS anlaşmaları dikkate alındığında, uluslararası yatırımlar ile ilgili mevcut olduğuna inanılan boşluğu doldurmayı hedeflemektedir.

Andlaşma, OECD üyelerine ve katılmayı arzu eden ve yükümlülüklerini karşılamaya muktedir diğer tüm ülkelere açıktır. Andlaşma'ya OECD tarafından öncülük edilmesi, uluslararası doğrudan yatırımlarla ilgili toplam sermaye ihracının çok büyük bir bölümünün OECD üyesi gelişmiş ülkelere yapılmasından ve bu ülkelerin uluslararası yatırım kuralları ile ilgili, doğal sayılabilecek, belirleyici konularından kaynaklanmaktadır. Konu ile ilgili yapılacak değerlendirmelerde, 1996 yılı itibariyle uluslararası doğrudan yatırımlara ilişkin toplam sermaye akımının 350 Milyar ABD Doları olduğu, doğrudan yatırımlar ile ilgili toplam sermaye ihracının % 85'inin, toplam sermaye ithalinin ise %60'ının OECD ülkeleri tarafından yapıldığı dikkate alınmalıdır.

Müzakerelerin 14 Şubat 1998 itibariyle geldiği safhayı gösteren Andlaşma taslağı incelendiğinde, nihai şekli almamakla ve/veya bazıları sadece sınırlı sayıdaki delegenin önerisi niteliğinde olmakla birlikte, yatırımlar için öngörülebilecek performans şartları (belli sayıda işçi istihdamı, ihracat hedefi konulması vb.), kamu hisselerinin özelleştirilmesinde izlenecek prosedür, devlet tekellerinin işletimi, imtiyaz'ın tanımı ve verilmesi, yatırım teşvikleri, finansal hizmetler, banka ve diğer mali kurumların yetkilendirilmesi ve mali bünyelerinin korunmasına dair tedbirler ve fikri haklar gibi pek çok konuda düzenleme önerisi yapıldığı görülmektedir.

Bunun ötesinde, doğal olarak Andlaşma'nın önemlice bir bölümü yatırımların korunması ve uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümlere

ayrılmıştır. Yatırımların korunmasına ilişkin genel esaslar, büyük ölçüde, bugüne kadar uluslararası gelenekler ve ikili andlaşmalarla düzenlenen genel kabul görmüş hususların, ikiden fazla devletin altına imza koyabileceği bir şekilde yazılı tekrarından ibarettir. Bu nedenle kamulaştırma ve tazminat ile ilgili Andlaşma taslağında sarfedilen hükümlere, burada tekrar değinilmeyecektir.

Buna mukabil, Andlaşma taslağında öngörülen yeni ve önemli bazı norm ve düzenlemelere, çalışma konusunu da yakından ilgilendirmeleri sebebiyle, kısaca değinmekte yarar vardır.

‘Yatırım’ kavramı mümkün olabilecek en geniş anlamı ile ele alınmaktadır: Yatırımcılar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen maddi ve gayrimaddi her türlü varlık yatırım olarak tanımlanıp, andlaşma kapsamına alınmakta ve bu çerçevede, anahtar teslimi projeler, inşaat, yönetim, üretim veya gelir ortaklığı sözleşmeleri, bir kanuna dayanılarak veya sözleşme altında verilen imtiyaz, lisans, yetki ve izinler, fikri mülkiyet hakları ve benzerleri örnekleme yöntemi ile sayılmaktadır (Bölüm II, Md.2).

‘İmtiyaz’ın tanımlanması ve verilmiş prosedürünün belirlenmesine yönelik öneriler mevcuttur (Bölüm III): Devlete ait kurum ve kuruluşlar tarafından yürütülen faaliyetlerin, bu amaçla kurulan ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe transferini öngören doğrudan veya dolaylı yetki devirleri, verilen bir imtiyaz olarak algılanacaktır. Yetki devri kanun, kararname vb. bir mevzuat ile veya imzalanacak özel veya kamusal nitelikli sözleşmeler altında yapılabilecektir. Yetkilendirmedeki amaç, gerekirse altyapı yatırımlarının inşaa ve işletimi de dahil olmak üzere kamu hizmetlerinin görülmesinin ayrı ve bağımsız hukuki bir yapılanmaya devridir. İmtiyazların, duyurusu yapılan, rekabete açık ihaleler ile verilmesi öngörülmektedir. Doğal kaynakların işletimine dair imtiyazlar için, ayrıca düzenleme önerilmiştir.

Andlaşmaya taraf olacak hiç bir devlet, hiç bir şekilde, yabancı yatırım veya yatırımcıyı, ‘uluslararası hukukun’ gerektirdiğinden daha düşük standartta bir muameleye tabi tutamayacaktır (Bölüm IV, Md.1.1): Bu hüküm, yabancı yatırımcılar ile aktebilecek yatırım ve imtiyaz sözleşmelerinde, uluslararası tahkimi yasaklayan Calvo

Şartları'nı geçersiz kılacak niteliktedir. Uluslararası hukuka göre, yabancı yatırımlarda uluslararası tahkime gidilmeden önce, yerel hukukun imkanlarının kısmen veya tamamen tüketilmesini şart koşturmak mümkündür. Buna mukabil, uyuşmazlıkların ancak, yine uyuşmazlığa taraf devletin kanunlarına göre ve bu devletin yargıçları tarafından karara bağlanacağı yönündeki düzenlemelerin, kanaatimizce, uluslararası hukukla bağdaşır bir yönü yoktur.

Yabancı sermayeli şirketler, tabiiyetinde buldukları devlet ile olan uyuşmazlıklarının çözümü ile sınırlı olarak, başka bir devletin yatırımcısı olarak kabul edilecektir: Daha önce ICSID Sözleşmesi'nin 25(2)(b) maddesi uyarınca, önceden yapılmış bir kararlaşırmanın mevcu-diyetine bağlanan (ve Türkiye tarafından aktedilen ikili yatırım andlaşmaları ile de sadece bazı ülkeler için tanınmış bulunan) bu hak genelleştirilmekte, ancak uyuşmazlığın, şirket hissedarları (yatırımcılar) tarafından, ayrıca uluslararası tahkime götürülmemiş olması şartına bağlanmaktadır (Bölüm V, Md.D-8).

Andlaşma'ya taraf olan devletler yatırımcılar ile olan uyuşmazlıklarının uluslararası tahkime götürülebilmesi hususunda peşinen rıza vermektedirler: Devletlerin uluslararası tahkim için koyabilecekleri tek rezerv, yatırımcılar tarafından eğer varsa aynı uyuşmazlık için diğerkanallar ile yürütölen takiplerin durdurulmasını veya örneğinin yerel mahkemelerde açılan davaların herhangi bir karar çıkmadan geri çekilmesini talep edebilecek olmalarıdır. Devletler bu haklarını kullanmak-tan kısmen veya tamamen imtina edebilirler (Bölüm V, Md. D-3).

Tahkim kararlarının dayandırılacağı hukuk kurallarına dair düzenleme ve farklılaşırılmaya gidilmektedir: Eğer uyuşmazlık bu Andlaşma'da tanınan hak ve yükümlölüklerin ihlalinden kaynaklanan zarar, ziyan, tazminat taleplerinden ibaret ise (ortada münhasıran verilmiş bir izin veya imzalanmış özel bir kontrat yoksa), tahkim davaları Andlaşma'nın hükümlerine ve uluslararası hukukun uygulanabilir diğerkurallarına göre karara bağlanacaktır.

Ancak uyuşmazlık, taraf devletin yetkili otoritelerince münhasıran yatırımcıya verilen özel bir yatırım izni çerçevesinde gerçekleştirilmişse

ve/veya ortada imzalanmış özel bir imtiyaz veya diğer bir yatırım kontratı mevcutsa, tahkim davasında, taraflarca mutabık kalınan kurallar esas alınacaktır. Böyle bir mutabakat yoksa, tahkim kararları sırasıyla, uyuşmazlığa taraf devletin kanun ve nizamlarına, yatırıma ilişkin özel şartlara ve mevcut özel kontratların hükümlerine ve nihayet uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına göre verilecektir (Bölüm V, Md. D-14).

Yatırımcılara, Andlaşmaya taraf olan devletler ile olan uyuşmazlıklarının uluslararası tahkiminde kullanabilecekleri birden fazla seçenek sunulmaktadır: Yatırımcılar, devletler ile olan uyuşmazlık-larının çözümünde; eğer mümkünse (tabiiyetinde bulunulan devlet ile uyuşmazlığa taraf devletin üyeliği sözkonusu ise), ICSID imkanlarını kullanabilecekler veya uyuşmazlığın, UNCITRAL Tahkim Kuralları veya Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC) Tahkim Kurallarından birisine göre tahkimini isteyebileceklerdir (Bölüm V, Md. D-2).

Aynı konu ile ilgili birden fazla yatırımcı tarafından tahkim talebinde bulunulduğu takdirde, uyuşmazlığa taraf devlet, davaların toplulaştırılmasını talep edebilecektir. Bu durumda, yatırımcılarca aksine bir mutabakat sağlanamamışsa, UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanacaktır (Bölüm V, Md.D-9).

Devletler ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar ile ilgili verilen tahkim kararlarının icrasında, 1958 tarihli ‘Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Uygulanmasına Dair Sözleşme’ geçerli olacaktır (Bölüm V, Md. D-18): Andlaşma hükümleri dairesinde tahkim kurullarına sunulan uyuşmazlıklar ile ilgili verilen kararlar, 1958 tarihli Sözleşme'nin uygulanması bakımından ticari bir ilişki veya muameleden kaynaklanmış sayılacak ve parasal yükümlülükleri taraf devletlerce tanınıp, icra edilecektir. Madde'de ICSID tahkim kararları için açık bir istisna öngörülmemektedir.

Hatırlanacağı üzere ICSID Sözleşmesi'nin 54'üncü maddesinde konuya ilişkin yapılan ayrı bir düzenleme mevcuttur. Üstelik, ICSID Sözleşmesi uyarınca tahkim kararları ile ilgili yapılacak ve yine ICSID nezdinde karara bağlanacak itiraz ve iddiaların, 1958 tarihli Sözleşme'ye göre, kararı icrası talep edilen diğer Devletler nezdinde gündeme

getirilmesi mümkündür. Kaldı ki ICSID Sözleşmesi'nin yatırımcılar için daha elverişli olabilecek koşulları, bu kurum nezdinde verilen tahkim kararları için uygulanmayacaksa, yatırımcılarca ICSID'in kullanımını yönünde yapılacak tercihlerin neden mümkün olma şartına bağlandığını sormak gerekmektedir.

Diğer taraftan, Andlaşma taslağında, yabancı tahkim kararlarının tanınması ile ilgili 1958 tarihli Sözleşme kapsamında ileri sürülebilecek defilere dair açık bir hüküm sarfedilmemekle birlikte, tahkim kararlarının nihai ve bağlayıcı olacağı, gecikilmeksizin icra edileceği, karar sonrası yapılacak karşı itiraz ve taleplerin, seçilen tahkim sistemi kuralları dairesinde sonuçlandırılacağı belirtilmektedir (Bölüm V, Md.D-16.c).

Andlaşmaya taraf devletler arasında doğacak uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri ve uygulanacak kurallar detaylı düzenlemeye tabi tutulmuştur (Bölüm V, Md. A, B, C.): Andlaşmanın yorumundan veya uygulanmasından kaynaklanan, iki veya daha fazla devlet arasındaki uyuşmazlıklar öncelikle ikili veya çok taraflı danışma ve karşılıklı görüş alış veriş ile giderilmeye çalışılacaktır. Sonuç alınamaması halinde uyuşmazlığın çözümünde, kuralları yine taraflarca belirlenecek, arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemlerine başvurulabilecektir.

Uyuşmazlığa taraf devletlerden birisinin talebi halinde, uyuşmazlık, tahkim için üç hakemden oluşturulacak, bir heyete sunulacaktır. Ancak uyuşmazlık, yine Andlaşma hükümleri dairesinde tahkime sunulan veya sunulması kararlaştırılan yatırımcı(lar) ile bir devlet arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklanıyor ise, uyuşmazlığa taraf devletin verilen karar-lara direnmesi veya herhangi bir karara ulaşılmadan tahkim prosedürünün sonaermesi halleri hariç, devletler arası tahkim talebinde bulunulamaya-caktır.

Aksi zaruri olmadıkça, tahkim kuruluna atamalar ICSID Genel Sekreteri tarafından önerilen hakemler arasından yapılacaktır. Taraflarca seçilemeyen hakem veya hakemleri ICSID Genel Sekreteri atayacaktır. Tahkim prosedürü ile ilgili olarak Andlaşmada açıkca düzenlenmemiş hususlarda, Sürekli Tahkim Mahkemesi'nin İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimi İçin İsteğe Bağlı Kurallar'ı tamamlayıcı olarak kullanılacaktır.

7- Yap-İşlet-Devret Modeline İlişkin Değerlendirme ve Sonuçlar

Yap-İşlet-Devret (YİD), yüksek finansman gerektiren altyapı yatırımlarının, özel sektör ve yabancı sermaye imkanları ile gerçekleştirilmesini mümkün kılan bir modeldir. Model çerçevesinde yatırımcı, projenin finansmanının karşılanmasından ve yatırımın gerçekleştirilmesinden sorumlu olacak ve belirlenen süre içerisinde yatırımı amorti edecek ve makul bir getiri elde edecek şekilde işlettikten sonra, bedelsiz olarak kamuya devredecektir.

Kamu'nun sorumluluğu, gerekirse yatırımın finansmanına garanti ve benzeri yöntemlerle dolaylı şekilde destek olunması ve ilaveten, aktedilecek sözleşme şartları dahilinde tesisin işletilmesi için gerekli üretim girdilerinin temini (satılması) ve/veya üretilen mal ve hizmetin satın alınması veya bu hususlarda ödeme ve/veya kâr garantisi verilmesidir.

YİD modeli, Türkiye'de, özellikle 1980'li yıllarda telaffuz edilmeye başlanmıştır. Modelin gündeme geliş nedeni, iç finansman kaynaklarının yetersiz kalması sonucu önemli altyapı yatırımlarının gerçekleştirilememesi riski kaşısında, özel sektörün ve yabancı sermayenin finansman ve teknoloji imkanlarından yararlanmaktır.

Türkiye'de, bazı altyapı projelerinin YİD modeli ile gerçekleştirilmesine imkan tanıyan ilk düzenlemeler 4/12/1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak yapılmıştır. Bu Kanun'un amacı, Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımını ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektir. 16/08/1985 tarihinde çıkarılan 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 3096 sayılı Kanun'un uygulama esasları belirlenmiştir. Bu Kanun ve Kararname ile, elektrik üretimi sektöründe yap-işlet-devret modelini kapsayacak şekilde, özel sektöre elektrik üretimi, iletimi, dağıtımını ve ticareti hakkı verilmiştir.

Bundan yaklaşık on yıl sonra, 8/6/1994 tarihli ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi hakkında 3996 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve

kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, YİD modeli çerçevesinde sermaye şirketleri ve yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin esasları kapsamaktadır.

3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esasları, 1 Ekim 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenmiştir. Kararname, Yetkili İdare ile projeyi yürütecek Şirket arasında aktedilecek uygulama anlaşmasına ve bu anlaşma kapsamında, üretim girdilerinin temini ve üretilecek mal ve hizmetlerin satın alınması ve benzeri nedenlerle imzalanabilecek diğer sözleşmelere ve yatırım karşılığı yapılacak ödemelerde uygulanacak esaslara ve uyuşmazlık halinde geçerli olacak prosedüre dair düzenlemeler içermektedir.

Daha önce kısaca işaret edildiği üzere, Kararnamenin 30'uncu maddesi yabancı yatırımcılar bakımından Calvo Şartı niteliğindedir. Madde, uygulama andlaşmasından veya bu anlaşma kapsamında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile imzalanacak sözleşmelerden kaynaklanacak hukuki uyuşmazlıkların TC Kanunlarına göre TC Mahkemelerince karara bağlan-masını öngörmektedir. Maddenin son fıkrasında, taraflarca anlaşılması halinde, uyuşmazlığın Türk Kanunları'na göre Türkiye'de tahkime götürülebileceği yönünde bir hüküm bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin yabancı yatırımcılar bakımından fazlaca bir anlamı bulunmamaktadır.

Burada akla gelebilecek ilk soru, TC Anayasası'nda kanun hük-münde oldukları belirtilen, uluslararası andlaşmalar ile yabancı bir çok ülkenin yatırımcısına (ve bu yatırımcılardan bazılarınca kurulan Türk şirketlerine) uluslararası tahkim hakkı verildiği halde, en azından bu hakka sahip yabancı yatırımcılar için yukarıdaki düzenlemede neden açık bir istisnanın öngörülmediğidir?

Bu soruya cevaben ilk etapta, Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında imzalanacak uygulama anlaşması ve diğer tali sözleşmeler ile yatırımların

korunmasına dair andlaşmalar arasında doğrudan bir ilişkinin bulunmadığı, ikili yatırım andlaşmalarının kamulaştırma ve tazminat ile ilgili uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim hakkı verdiği, halbuki YİD sözleşmelerinin, üretim girdisi sağlanması, üretilen mal veya hizmetin satın alınması ve bunlarla ilgili fiyatların belirlenmesi gibi hususları düzenlediği, YİD yatırım-larına devletçe el konulması ve benzeri durumlarda doğacak uyuşmazlıklarda, uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan hakların elbette kullanılabilmesi ileri sürülebilir.

Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında imzalanacak uygulama anlaşması ve buna bağlı diğer sözleşmelerin, uluslararası andlaşmalar ile ilişkilendirilemeyeceğini (ve dolayısıyla bunlara dercedilecek Calvo Şartları'nın uluslararası tahkim yolunu kapatacağını) sanmak, fevkalade hatalı olmakla birlikte, YİD Modeli projelerinde uluslararası tahkim açısından yaşanan tıkanıklık, esas itibarıyla, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın konu ile ilgili yorum ve görüşlerinden kaynaklanmaktadır.

Türkiye'de, gerek 3996 sayılı YİD Kanunu çıkmadan önce, gerekse çıktıktan sonra da tartışılmalı başlıca konu, YİD projelerinin imtiyaz teşkil edip etmediğidir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un imtiyaz ile ilgili maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmış ve Yüksek Mahkeme yaptığı inceleme sonucu Kanun'un "imtiyaz sayılmama" ile ilgili 5 ve 14'üncü maddelerini iptal etmiştir. Böylece Yap-İşlet-Devret kapsamında yapılacak anlaşmalar imtiyaz sözleşmesi kabul edilerek, idari hukuk kapsamına alınmıştır. Bunun doğal sonucu, YİD projeleri kapsamında imzalanacak tüm sözleşmelerin, Anayasa'nın 155'inci maddesi uyarınca Danıştay'ın incelemesine sunulacak olmasıdır.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi sırasında üzerinde durduğu başlıca konu 'uluslararası tahkim'dir. YİD sözleşmelerine taraf olan yabancı yatırımcılar, kanaatimizce son derece haklı sebeplerle, uyuşmazlık hallerinde uluslararası tahkim yollarının açık olmasını istemektedirler. Buna mukabil Danıştay, belki yine son derece haklı gerekçelerle, uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkime karşı çıkmakta ve uyuşmazlıkların yerel mahkemelerce karara bağlanmasını savunmaktadır.

Yabancı yatırımcılar, yine Türk hukukunun bir parçası olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanmış uluslararası andlaşmalar ile yatırımların korunması babında kendilerine verilmiş bulunan haklara rağmen, içerisinde Calvo Şartı bulunan YİD sözleşmelerini imzalamakta, doğal olarak, tereddüt göstermekte ve projelerden uzak durmaktadırlar.

Kimin haklı, kimin haksız olduğu tartışmaları bir yana, nihai tahlilde ortaya çıkan gerçek, yabancı sermaye ve yüksek teknoloji gerektiren çok yüksek montanlı acil ve zaruri projelerin ve bir anlamda da Türkiye'nin önünün kesilmiş olduğu ve ortada Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin müdahalesini gerektiren bir sorunun bulunduğudır.

Konu ile ilgili yapılacak değerlendirme ve düzenlemelerde, aşağıda ana hatlarıyla değinilen ve bu çalışmanın bir özeti olarak nitelenebilecek hususların da dikkate alınmasında yarar bulunduğu düşünülmektedir:

Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde aktedilecek uygulama anlaşmaları ile üretim girdisi teminine veya üretilen mal ve hizmetlerin satın alınmasına dair diğer sözleşmeler, dolaylı ve sürüngen kamulaştırmanın araçlarıdır ve bu nitelikleri dolayısı ile yatırımların korunması ile ilgili yürürlükte bulunan uluslararası andlaşmalar ile doğrudan ilgilidirler. Türkiye, yatırımların korunmasında uluslararası tahkime hayır diyebilecek noktayı çoktan geçmiştir:

Yap-İşlet-Devret kapsamındaki tesisler, girişimci Şirket'çe, yatırım ile ilgili borçlar ödeninceye ve yatırım bedeli ve ilaveten makul bir kâr realize edilinceye kadar işletilecek ve belirlenen süre sonunda devlete bedelsiz olarak devredilecektir. Dolayısı ile Şirkete yatırım ile ilgili hakların kamuya devri mukabilinde yapılacak toplam ödeme, Şirketin işletme süresi boyunca elde edeceği toplam net kâra eşit bulunmaktadır.

Toplam net kâr, toplam maliyet ile hasılat arasındaki farktan, brüt kâr üzerinden ödenecek vergilerin düşülmesi suretiyle bulunacak meblağdır. Bu çerçevede, YİD projelerinde üretim girdi fiyatları ve/veya üretilen mal veya hizmetin satış fiyatları ile ilgili esasları belirlemeye yönelik girişimci Şirket ile imzalanacak anlaşmalar, tesislerin kamuya devri mukabilinde yapılacak toplam ödeme miktarını, diğer bir ifade ile

toplam kamulaştırma bedelini düzenleyen niteliktedir. Bu anlaşmalara dayanılarak (Şirketin kârının azaltarak ve hatta sıfırlayarak) tesislerin dolaylı ve sinsi bir şekilde kamulaştırılması mümkündür.

Bundan çok daha önemlisi, fiyatlandırmaya ilişkin uyuşmazlıklara veya başka bir nedene dayanılarak uygulanabilecek, yine aynı anlaşmalar uyarınca temin edilmesi gerekli üretim girdilerini vermeme ve/veya üretilen mal veya hizmeti satın almama gibi tasarrufların, yatırımcı hem Şirket hem de Şirketin hissedarları bakımından bir anda değersiz hale getirebilecek olmasıdır. Bu halde, mülkiyete dokunulmamakla birlikte, yatırımcı bakımından etkisi kamulaştırma benzeri olan dolaylı bir tasarruf sözkonusudur ve doğrudan yapılacak kamulaştırmalar ile aynı hükümlere tabidir.

YİD anlaşmalarına dercedilecek Calvo Şartları, dolaylı ve sinsi kamulaştırma ithamlarının uluslararası arenada gündeme getirilme-sine engel değildir. Kuşkusuz, bu ve benzeri iddialara karşılık pek çok defa ileri sürülebilir. Ancak bu defilerin haklı veya haksız olduğuna karar verecek yine uluslararası tahkim kurullarıdır:

Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalar çerçevesinde, YİD sözleşmelerinden kaynaklanacak uluslararası tahkim taleplerinde, başta sözleşmelere dercedilen Calvo Şartları olmak üzere, uyuşmazlığa taraf olanın ayrı bir kamu tüzel kişisi olduğu, tahkim rızasının bulunmadığı şeklinde veya Şirket'in ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına veya ilgili ülke ile akdedilen ikili anlaşmanın hükümlerine göre değişebilecek pek çok karşı defa ileri sürülmesi mümkündür.

Ancak uluslararası anlaşmalar ile, dolaylı ve kamulaştırma benzeri etkilere sahip diğer tasarrufları da kapsayan şekilde peşinen verilmiş rızalar uyarınca, tahkim davasının görülüp görülmeyeceğine karar verecek olan merci, uluslararası tahkim kurum ve kurullarıdır. Eğer uyuşmazlık, uluslararası anlaşmanın yorumu ve uygulanması ile ilgili akit devletler arasında bir anlaşmazlığa dönüşürse, kimin haklı olduğuna karar verecek, yine bu amaçla kurulacak uluslararası bir hakem kuruludur.

Dolayısı ile Türkiye, YİD Modeli'nde yabancı yatırımcılar için uluslararası tahkime izin verip vermeyeceği yönünde kendi başına karar alıp uygulayabileceği noktayı da aşmış görünmektedir.

Mevcut koşullar altında, yabancı yatırımcılara "yap-işlet-devret projelerini yürüt, ama uluslararası tahkim yok" demek "gelme istemiyorum" demekle eş anlamlıdır. Türkiye tercihlerini tekrar göz-den geçirmelidir:

YİD Modeli'nde, altına devlet olarak imza konulan uluslararası anlaşmalar ile verilmiş bulunan hakların, daha özel nitelikteki sözleşmeler ile kullanılmamasını istemek gibi fevkalade olumsuz bir görünüm mevcut olup, bu çelişkinin haklara dayanak teşkil eden anlaşmaları onaylamış bulunan TBMM'ce giderilmesi gerekmektedir.

Türkiye ya yıllar önce yapmış olduğu veya yapmış olması gerektiği yabancı sermaye ile ilgili tercihlerini tekrar gözden geçirerek, uluslararası taahhütlerini (tamamen veya sadece imtiyaz olarak nitelenen yatırımlar ile sınırlı olarak) belli bir tarihten itibaren geri çekmeli veya süresi dolan anlaşmaları yenilememelidir ya da imtiyaz niteliğine konu yatırımlarda probleme kaynak teşkil eden mevzuatı düzeltmelidir.

Konu ile ilgili değerlendirmelerde, OECD nezdinde müzakere edilen çok taraflı yatırım anlaşmasının (MAI), uluslararası tahkimi yasaklayan düzenlemeleri de geçersiz adleden, çok daha kesin ve tavizsiz hükümler içerdiği unutulmamalıdır.

Uluslararası tahkim, yabancı yatırımcılar bakımından, ekonomik ve siyasi belirsizliğin fazlaca olduğu ülkelere yapılacak uzun vadeli ve yüksek montanlı yatırımlarda ülke riskini veya bu yöndeki kaygıları sınırlayabilecek bir tür sigortadır. Kaldı ki Türkiye'de ekonomik ve politik ortamla ilgili gerekçelerin ötesinde, uluslararası tahkim isteklerini mazur kılacak yeterli neden ayrıca mevcuttur:

Kuşkusuz, uluslararası tahkim imkanının mevcut olup olmaması, uluslararası yatırım kararlarının verilmesinde belirleyici tek faktör değildir. Ancak bu imkanın mevcudiyeti, özellikle uzun vadeli yatırım kararlarında son derece olumlu bir rol oynayabilir. Ayrıca uluslararası tahkimden çekinilmemesi, yabancı yatırımlar ile ilgili mevcut iyi niyetin

ve ilaveten devletin kendi hukuk sistemine olan güveninin de bir işaretidir.

Türkiye'deki uzun dönemli ekonomik ve siyasi istikrar hususunda, yabancı yatırımcıların kafasında hiç bir soru işareti olmasa bile; örneğin son yıllarda oldukça sık gündeme gelen mevzuat ve kurumsal yapı değişikliklerinin doğurduğu belirsizlikler dahi “uluslararası tahkim” istemlerine, başka bir nedene hacet kalmaksızın, haklılık kazandıracak niteliktedir.

Yabancı sermayeli olanlar da dahil olmak üzere Türkiye'nin tabiiyetinde bulunan yatırımcılar, diğer ülkelerdeki hak ve hukuklarını yine Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalara dayanarak ve gerekirse Türkiye Cumhuriyeti' nin yardımları ile koruyacaklardır:

Türkiye, uyruğundaki yabancı sermayeli şirketler de dahil olmak üzere kendi vatandaşlarının yurt dışındaki yatırımlarını, diğer devletlerin kanunsuz tasarruflarına karşı, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara dayanarak koruyacaktır. Türkiye'nin aynı zamanda sermaye ihraç eden bir ülke olarak uluslararası tahkim konusunu farklı boyutları ile ele almasının zamanı gelmiştir.

Türkiye'nin, çok uluslu ve yabancı sermayeli şirketler bakımından üçüncü ülkelere yönelik faaliyetlerinde gerçek bir köprü işlevi görerek, bölgesel bir merkez haline gelmesi isteniyorsa, stratejik konuma dayalı söylem ve politikaların, dünya devleti olmanın gereği kabul edilebilecek hukuki altyapı ve teçhizatla desteklenmesi gerekmektedir.

Bu anlamda, yatırımlar ve yatırım uyumsuzluklarını düzenleyen uluslararası anlaşmalara ince hesaplar yapılarak konulacak rezervlerin, en çok gerektikleri bir zamanda yine bu rezervleri koyan ülkenin elini kolunu bağlayabileceği unutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

Kitaplar

- Brownlie, I., Basic Documents in International Law, Oxford, 1995.
- Dixon, Martin, International Law, Blackstone, 1995.
- Shearer, I. A., Starke's International Law, Butterworths, 1994.

Diğerleri

-"Convention On The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Registration No: 4739, <http://www.un.org> [treaties]

-"Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", Registration No:8359, <http://www.un.org> [treaties]

-Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, <http://www.mfa.gov.tr>

-“Uncitral Arbitration Rules”, <http://www.un.or.at/uncitral>

-“Agreement Between The Government of The Republic of Turkey and The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for The Promotion and Protection of Investment”, Resmi Gazete; 9.5.96, Sayı: 22631

-“Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması”, Resmi Gazete; 01.12.97, Sayı: 23187

-OECD, Policy Brief (MAI), No. 2-1997, <http://oecd.org>

-OECD, The MAI Negotiating Text (as of 14 February 1998), <http://oecd.org>

-“An Overview of ICSID”, <http://worldbank.org> (icsid)

-“Current Status of Conventions and Model Laws”, <http://un.or.at/uncitral>

-Investing in Turkey-Basic Legislation and Tax Concessions”, Price Waterhouse, March 1997.