

İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMALARI UYARINCA ICSID KURALLARINDA TAHKİM DENEYİMİ(*), (**)

Çeviren Doç. Dr. Nuray EKŞİ(***)

Özet: Türkiye'nin de taraf olduğu Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Milletlerarası Konvansiyon (ICSID), yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümü için imkânlar sunmaktadır. Konvansiyona göre, Merkezin yetkisi, âkit bir devletle diğer bir âkit devletin vatandaşı arasındaki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Merkezin uyuşmazlığı ele alabilmesi için taraflarının yazılı rızalarını Merkeze sunmaları gerekmektedir. ICSID'in 1966 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, ülkeler, yabancı yatırımcılar ile olan uyuşmazlıklarını ICSID tahkimine sunmaya ilişkin rıza veya teklifleri içeren iki taraflı yatırım andlaşmaları yapmaya başlamışlardır. Bu gün 1800'den fazla iki taraflı yatırım andlaşması bulunmaktadır. ICSID tahkim klozu bulunan iki taraflı yatırım andlaşmalarına bağlı olarak dava sayısının artması ICSID'in görevini değiştirmiştir. Ayrıca, iki taraflı yatırım andlaşmaları kapsamında açılan davalar içtihat hukukunun gelişmesinde önemli katkılar sağlamıştır.

Abstract: International Convention on Settlement of Investment Disputes (ICSID) provides facilities for the conciliation and arbitration of investment disputes. The Convention establishes that the jurisdiction of the Centre shall extent to any legal dispute arising directly out of an investment between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.

(*)Bu makale, ICSID Baş Danışmanı Margrete STEVENS tarafından yazılmış ve International Business Lawyer adlı süreli yayında (Yıl: 2001, C.29, S.8, s.377-380) yayımlanmıştır.

(**)Bu çeviri, yazarın 24.01.2002 tarihli yazılı iznine istinaden yapılmıştır. Gösterdiği ilgi ve destekten dolayı yazara şükranlarımı sunmayı bir borç bilirim.

(***)Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

After entry into force of the ICSID in 1966 countries began widely to conclude Bilateral Investment Treaties (BITs) containing the consent or offer of each state to submit to ICSID arbitration disputes with investors from the other state. Today there are over 1800 BITs.

The proliferation of BITs with ICSID arbitration clauses has transformed the work of ICSID leading to rapid expansion in the number of cases covering a wide range of investments. This trend, which is also true for cases brought under multilateral investment treaties, is likely to continue. The expanding number of cases brought under BITs led to important developments in the case law.

İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca Tahkim Deneyimi

Devletler ile yatırımcılar arasındaki tahkim meselesi, ICSID yetkisinin esasıdır. Bu makale, ICSID hakkında bazı açıklamalar ile başlayacak, iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki (BITs)¹ çoğalmanın ICSID davalarını nasıl değiştirdiğinin açıklanması ile devam edecek ve yakın zamanlarda verilen kararlarda yer alan bazı tespitlerle sona erdirilecektir.

ICSID'in Rolü

ICSID, yatırım uyuşmazlıklarında tahkim ve uzlaştırma imkânları sunmaktadır. Bu güne kadar 133 devlet ICSID'i oluşturan Konvansiyon olan Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkındaki 1965 Konvansiyonunu imzalamış ve onaylamıştır.

1960'ların başında Konvansiyonun üzerinde titizlikle çalışılmasının nedeni, Dünya Bankasının, yatırım uyuşmazlıklarının özel bir yöntemle çözümlenmesinin yatırım akışına büyük katkı sağlayacağı hususundaki inancıydı.

Konvansiyona göre, Merkezin yetkisi, bir âkit devlet ile diğer bir âkit devletin vatandaşı arasında doğrudan yatırımdan kaynaklanan, uyuşmazlığın taraflarının yazılı rızalarını merkeze sundukları bütün hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır.

Başlangıçtan itibaren, ICSID tahkimi hususundaki rızanın tek belgede, örneğin, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde, yer almasının gerekli olmadığı öngörülmüştür. Konvansiyonun hazırlayıcıları, bir alternatif olarak, ev sahibi ülkenin yatırım mevzuatında belirli yatırım uyuşmazlıklarının ICSID'in yetkisine sunulmasını teklif etmesini ve yatırımcının yazılı kabul yoluyla teklife rızasını vermesini önermişlerdi.

1966 yılında ICSID Konvansiyonunun yürürlüğe girmesinden sonra, birkaç devlet yasa yapmaya ve ICSID himayesi altında tahkim "tekliflerini" kapsayan iki taraflı yatırım anlaşmaları imzalamaya başlamışlardır.

¹ BITs=Bilateral Investment Treaties (çevirenin notu).

Bununla beraber, ICSID'in varlığının ilk 20 yılında yalnızca geleneksel yatırım anlaşmalarında yer alan klozlara istinaden davalar açılmıştır. Ülkelerin, her bir devletin diğer devletlerin yatırımcıları ile olan uyuşmazlıklarını ICSID tahkimine sunmasına ilişkin rıza veya "teklifini" içeren iki taraflı yatırım anlaşmalarını yaygın olarak yapmaya başlamaları 1980'lerin ortalarından önce değildir.

İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Sayısındaki Patlama

Sadece on yıl önce yaklaşık 500'ü ile mukayese edildiğinde, bugün 1800'ü aşkın iki taraflı yatırım anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalarda, her bir devlet, genellikle, kendi yasa ve kurallarına göre, diğer devletten yatırımları kabul etmeyi taahhüt etmektedir. Bir çok anlaşmada, kapsama alınan yatırımlar, sadece ulusal muamele görme değil aynı zamanda en çok gözetilen ulus muamelesi görme garantisi altındadırlar. Buna ilave olarak, hemen hemen bütün iki taraflı yatırım anlaşmaları, "adil ve hakkaniyete uygun" muamele garantisine ilişkin hükümler içermekte ve çoğu "tam himaye ve güvenlik" sağlamaktadır.

Ayrıca, iki taraflı yatırım anlaşmaları tipik olarak, yatırımcıya kâr, sermaye ve yatırıma bağlı diğer meblâğları yurt dışına serbestçe transfer etme izninin verilmesini taahhüt etmiştir. Anlaşmalar, genellikle, derhal ödenecek, yeterli ve nakit tazminat karşılığında ve kamu yararı amacıyla yapılanlar dışında, yatırımların kamulaştırılmasını yasaklamışlardır. Nihayet, bu tür anlaşmalar, yatırımcılar ile bunlara ev sahipliği yapan ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler içermektedirler.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının çoğunda yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler ICSID tahkimine rızayı içermektedir. Önemli bir kısmı ise aynı zamanda UNCITRAL Tahkim Kurallarına yollamada bulunmaktadır. Ayrıca, giderek artan sayıda, Konvansiyonun kapsamı dışında kalan belirli uyuşmazlık türlerinin ICSID tarafından idare edilmesine ilişkin ICSID İlave Sulh Kurallarına² yollama yapılmaktadır.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının sayılarındaki patlama ICSID davalarına da yansımıştır. 1966'dan itibaren ICSID'e götürülen toplam dava sayısı 82'dir. 82 davanın üçte ikisinden fazlası veya 47'si son beş yıl içinde açılmıştır. Bu 47 davanın 34'ü iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında ifade edilen rızalara istinaden açılmıştır.

İki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında açılan 28 davanın, sadece altısı esasa ilişkin nihaî hükümle sonuçlanmış, bir dava yetkisizlik kararı ile sonuçlanmış, ve yedi uyuşmazlık taraflar arasında çözümlenmiş veya davalara devam edilmemiştir. Kalan 14

² Additional Facility Rules.

dava hala görülmektedir. Ayrıca, iki hakem kararının hükümsüzlüğüne karar verilmesi için yapılan başvurular tescil edilmiştir³.

İki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında ileri sürülen iddialar 1 milyon ABD Dolarından 700 milyon ABD Dolarına kadar uzanmaktadır. Uyuşmazlıklar, dünyanın her yerindeki ev sahibi devletler ile yatırımcıları kapsamakta ve

- bankalar
- kimyasal fabrikalar
- inşaat şirketleri
- yiyecek üretim teşebbüsleri
- oteller
- hukuk büroları
- madencilik girişimleri
- karşılıklı fonlar
- liman işletmeleri
- hapishaneler
- radyo istasyonları
- geçiş ücretli yollar
- kamu iktisadi teşebbüsleri

alanlarında yapılan yatırımları ilgilendirmektedir. Bu da göstermektedir ki ICSID'e sunulan uyuşmazlıklar sadece hacim olarak değişmemekte aynı zamanda ekonominin bir çok sektörüne de ulaşmaktadır.

Yetki

Diğer bir husus yetki ile ilgilidir. Davaların çarpıcı fakat şaşırtıcı olmayan ortak noktası, iki dava hariç, yetki itirazının davalı ev sahibi devletler tarafından yapılmasıdır.

Bu itirazlar, davaların, iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında açılmasından kaynaklanan bazı karmaşıklıkları yansıtmaktadır. Bunlar,

- (1) yatırımın olmadığı;
- (2) taraflar arasındaki uyuşmazlığın, "yatırımdan kaynaklanan hukukî bir uyuşmazlık" olmadığı;
- (3) İki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce yatırımın sona erdiği;

³ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyonunun 52. maddesinde, bu maddede sayılan sebeplerden birinin veya bir kısmının varlığı halinde taraflardan birinin Genel Sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak hakem kararının hükümsüz kılınmasını talep edebileceği ifade edilmiştir (çevirenin notu).

- (4) yatırımın, yatırım güvencesi yükümlülüğü iddia edilen tarafın 'toprakları içinde' yer almadığı;
- (5) rızanın bulunmadığı;
- (6) davacının, diğer bir âkit tarafın vatandaşı olmadığı;
- (7) davacının mahallî yolları tüketmediği;
- (8) eyalet veya devlet kuruluşlarının davalarının ulusal hükümete atfedilemeyeceği; ve
- (9) uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak tahkimden önce başvurulması gereken müzakerelerin yapılmadığı

itirazlarını kapsamaktadır. Hakem mahkemeleri, bu tür itirazlarla çoğunlukla önsorun olarak ilgilenmişlerdir, fakat bazı davalarda bunları uyuşmazlığın esasına katmışlardır.

Davanın esasına ilişkin yargılamada, *bütün* taleplerde, anında yeterli ve nakit tazminat ödemeksizin yapılan kamulaştırmaların bazı şekilleri için ev sahibi devletin sorumluluğu iddia edilmekteydi.

Taleplerin *çoğu* aynı zamanda, "adil ve hakkaniyete uygun muamele" hükümlerine; ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi hükümlerine ve/veya "tam himaye ve güvenlik" standartlarına dayanan iddialardı.

Yakın zamanda görülen iki dava hakem mahkemesi önüne getirilen meseleleri açıklığa kavuşturmaktadır.

Birinci Dava

İlk dava, yabancı bir yatırımcı ile bir devlet kurumu arasındaki, ev sahibi ülkede bulunan bir girişimin idaresi ve geliştirilmesi hakkındaki bir sözleşme ile ilgilidir.

Sözleşmenin yapılmasından sonra, tarafların borçları hususunda devlet kurumu ile yatırımcı arasında uyuşmazlıklar doğmuştur.

Bu uyuşmazlıklar nihayetinde kısmen devlet kurumunun müdahalesiyle yatırımcının zorla girişimden atılması sonucunu doğurmuştur.

Uyuşmazlık ICSID tahkimine getirildiğinde, yatırımcı, ev sahibi devletin anında, yeterli ve nakit tazminat ödemeksizin teşebbüsü kamulaştırdığını, teşebbüse adil ve hakkaniyete uygun muamele yapmadığını ve tam himaye ve güvenlik sağlamadığını iddia etmiştir.

Yetkiye yapılan itirazlardan biri şuydu; davacı ile davalı (yani ev sahibi devlet) arasında hukukî bir uyuşmazlık yoktu ve uyuşmazlık yalnızca yatırımcı ile devlet kurumu arasındaydı.

Hakem mahkemesi, davacının talebin ICSID'in yetkisi içinde kaldığına ilişkin iddiasını ispatladığı görüşünü benimsedi.

Hakem mahkemesi, davacının, Konvansiyonun 25(1).maddesindeki 'hukukî uyuşmazlık' şartının yerine geldiğini ispatlayan iddialar ileri sürerek bunu yaptığını ifade etti.

Esasa ilişkin kararında, hakem mahkemesi, andlaşmanın "adil ve hakkaniyete uygun muamele" şartı ve "tam himaye ve güvenlik" standardı üzerinde durdu.

Hakem mahkemesi,

- (1) davalının, devlet kurumunun teşebbüse el koyma niyetinin farkında olduğu ve bu el koymayı engellemek için hiç bir şey yapmadığı;
- (2) mahale, resmî olarak çağrılmasına ve elkoymaya şahit olmasına rağmen polisin yatırımı korumadığı;
- (3) elkoyma işleminden sonra davalının teşebbüsün yatırımcıya iadesi hususunda hiç bir adım atmadığı; ve
- (4) davalının, elkoyma işleminden sorumlu devlet kuruluşunun personeli hakkında herhangi bir yaptırım uygulamadığı

hususlarında esaslı deliller olduğunu belirtti. Bütün bu sebeplerden dolayı, hakem mahkemesi, ev sahibi ülkenin, iki taraflı yatırım andlaşması kapsamında yerine getireceği "adil ve hakkaniyete uygun muamele" ve "tam himaye ve güvenlik" yükümlülüklerini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.

Ayrıca, hakem mahkemesi, kamulaştırmanın yapıldığını tespit etti. Ev sahibi devletin aktif olarak elkoyma işlemine katılmamakla beraber devlet kurumunun:

-teşebbüse elkoymasına;

-hukuka aykırı olarak bir yıl için zilyetliğini elde etmesine; ve

-işin devam etmemesi şartıyla teşebbüsün yatırımcıya iade edilmesine izin verdiğini ifade etmiştir.

İkinci Dava

Bu makale şimdi, yetki hususunda ilgi çekici hususlar ortaya çıkaran mahallî müracaat yollarının tüketilmesi ve andlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus kaydının yatırımcının rızasına uygulanması ile ilgili ikinci dava üzerinde duracaktır.

Andlaşma, -diğer bir çok iki taraflı yatırım andlaşmasının yaptığı gibi- uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ön görüşmelerin altı aylık bir dönem sürmesini öngörmüştü. Bundan sonra,

- (1) uyuşmazlığın, ilk olarak ev sahibi ülkedeki yetkili mahkemeye sunulması; ve
- (2) bu mahkemenin 18 aylık bir sürede kararını verememiş olması, veya
- (3) eğer böyle bir karar verilmişse, uyuşmazlığın devam etmesi

şartlarıyla milletlerarası tahkime geçiş mevcuttu. Yatırımcı, iddiasını ICSID önüne getirmeden önce, uyuşmazlığı mahallî mahkemeye sunmadı.

Onun argumanı şuydu, 18 aydan sonra taraflar arasındaki uyuşmazlığın devam etmesi şartıyla bunu yapmak zorunda değildi. Yatırımcı, mahallî mahkeme kararının verilmiş olup olmadığına bakılmaksızın ve bu kararın sonucu dikkate alınmaksızın iki taraflı yatırım andlaşması hükmünün milletlerarası tahkime izin verdiğini ifade etmiştir.

Davalı, eğer mahallî mahkeme 18 aylık süre içinde esasa ilişkin kararını vermişse, davanın artık milletlerarası tahkime götürülemeyeceğini, çünkü uyuşmazlığın devam ettiğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir.

Hakem mahkemesi, davalının argumanını reddetmiştir, iki taraflı yatırım andlaşmasında yer alan uyuşmazlığın çözümü klozunun yabancı yatırımcılara iki taraflı yatırım andlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarının münhasır veya nihaî olarak milletlerarası tahkimde karara bağlanması hakkını vermesi anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Hakem mahkemesi, iki taraflı yatırım andlaşması hükmünde hangi hallerde uyuşmazlığın devam ettiğinden söz edilebileceği belirlenmemiş olduğu için, taraflardan her biri kendi adına durumun bu olup olmadığına ve uyuşmazlığın tahkime sunulup sunulmayacağına karar verebileceğini açıklamıştır.

Hakem mahkemesi, hükmün iki fonksiyona hizmet ettiğini ifade etmiştir:

- (1) taraflardan her birine uyuşmazlığın mahallî mahkemede çözümünü aramasına müsaade etmek; ve
- (2) mahallî mahkemeye uyuşmazlığı götüren tarafın 18 aylık sürenin sona ermesi halinde meseleyi milletlerarası tahkime götürmesinin engellenmemesi veya kendisinin (*karşı tarafın meseleyi milletlerarası tahkime götürmesini*)⁴ engellememesine izin vermek.

Hakem mahkemesi, iki taraflı yatırım andlaşması taraflarının kendi mahkemelerini, iki taraflı yatırım andlaşması göre kararlaştırılan süre içinde uyuşmazlığı karara bağlama fırsatı ile donatmak istediklerini gözlemlemiştir ve eğer açılan davanın dayanağı yalnızca bu olmuş olsaydı yetkinin reddedileceğini ifade etmiştir.

Bununla beraber, davacı alternatif olarak, andlaşmanın, 'iki taraflı yatırım andlaşmasına tabi bütün hususlarda, muamelenin üçüncü bir ülkenin yatırımcıları tarafından her bir âkit tarafın kendi topraklarında yapılan yatırımlara uygulanandan daha az lehe olmamasını temin eden en çok gözetilen ulus kaydını' ileri sürme hakkına sahip olduğunu savunmuştur.

Yatırımcı, bu bağlamda, ev sahibi ülke ile üçüncü devlet arasında yapılan ve tahkimden önce yerel mahkeme yargılamasını gerektirmeyen bir iki taraflı yatırım

⁴ Parantez içindeki italik yazı çeviren tarafından ilave edilmiştir.

anlaşmasına referans yapmıştır. Yatırımcı, böylece yatırımcıların bu andlaşma kapsamında daha lehe muamele gördüklerini ifade etmiştir.

Davalı, en çok gözetilen ulus kaydındaki 'hususlara' yapılan göndermenin muamelenin esaslı unsurlarını kapsadığını ve usul veya yetki sorunlarını kapsamadığını ileri sürmüştür.

Hakem mahkemesi, bu görüşe katılmadı ve bu tür uyuşmazlık çözüm metodunun *ayrılmaz bir şekilde* yabancı yatırımcının korunmasına bağlı olduğunu ifade etti.

Hakem mahkemesi, eğer üçüncü tarafla yapılan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükümler içeren anlaşma, temel andlaşmada yer alandan daha fazla yatırımcının lehine ise o zaman daha lehte olan hükümler en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında bunlara da teşmil edilmelidir diyerek devam etti.

Bununla beraber, hakem mahkemesi, bu prensibin kamu düzeni mülahazalarına tabi olduğunu vurgulamıştır. En çok gözetilen ulus kaydının, örneğin,

- (1) bir âkit tarafın mahallî müracaat yollarını tüketmesi şartıyla tahkime rıza göstermesi halinde; veya
- (2) uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün taraflarının yoldaki çatal⁵ üzerinde anlaştığı durumlarda; veya
- (3) tahkim klozuna özel tahkim yolu için başvurulacağı durumlarda; veya
- (4) belirli usulî kuralları içeren önemli ölçüde kurumsallaşmış tahkim sistemine başvurulması hususunda sözleşme yapılması halinde

ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Yetki hususundaki kararında, hakem mahkemesi iki taraflı yatırım anlaşmasının taraflarının uygulamasını dikkatli bir şekilde gözden geçirdikten sonra, önceden mahallî mahkemelere uyuşmazlığın götürülmesi şartının kamu düzenine ilişkin temel bir mesele mahiyetinde olmadığını ve sonuç olarak davacının andlaşmada yer alan bu hükme uymaksızın uyuşmazlığı tahkime götürebileceğine karar vermiştir.

Sonuç

Sonuç olarak, iki taraflı yatırım andlaşmalarına göre ICSID tahkim deneyiminin bir özeti burada yer almaktadır. İlk husus şudur: ICSID tahkim klozu içeren iki taraflı yatırım andlaşmalarının artışı, dava sayısının hızlı bir biçimde genişlemesine yol açarak, geniş

⁵ Birleşik Devletlerdeki de dahil bazı iki taraflı yatırım andlaşmalarında, davanın karara bağlanması için mahallî mahkemelere başvurmak yatırımcıyı tahkime gitmekten mahrûm bırakmaktadır. Hukukî müracaat yolları arasındaki bu dönülemez seçim sıkça "yoldaki çatal" (the fork in the road) olarak anılmaktadır.

ölçüdeki yatırımları kapsayarak ICSID'in görevini değiştirmiştir. Çok taraflı yatırım anlaşmalarına göre açılan davalar açısından da geçerli olan bu eğilim, muhtemelen devam edecektir.

İkinci olarak, iki taraflı yatırım anlaşmalarına göre açılan davaların sayısının artması ile içtihat hukukunda sayısız önemli gelişmeler olmuştur.

Üçüncü nokta, bir evrim hikayesidir: Daha bir çok dava gelecek aylarda ve yıllarda karara bağlanacaktır. Bu nedenle bu alandaki gelişmeleri takip etmek için özellikle heyecan verici bir zamandır ve bunu ICSID Law Journal ve ICSID Review-Foreign Investment Law Journal ve web sitesinden yapabilirsiniz.