

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Kifayat MAMMADLİ

Danışman
Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER

İZMİR – 2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

07/07/2021

Kifayat MAMMADLİ

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

Kifayat MAMMADLİ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Bu çalışmanın amacı, Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) çerçevesinde yatırım, ticaret, transit, çevre ve rekabet uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerini araştırmak ve değerlendirmektir. Öncelikle, EŞA'nın tarihsel gelişimini izledikten sonra Anlaşmanın kapsamı, hedefleri ve kurumsal yapısını inceleyeceğiz. Daha sonra hem milli, hem uluslararası uyuşmazlıklarda tercih edilen çözüm yöntemlerinden biri olan tahkimi inceleyerek tahkim anlaşması, hekem kurulu, yargılama usulleri ve kurumsal tahkimlere ilişkin açıklamalarda bulunacağız. Son olarak da Anlaşma çerçevesindeki uyuşmazlıkları tek tek ele alarak, Anlaşmanın öngördüğü çözüm yöntemlerini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Enerji Şartı Anlaşması, Uluslararası Tahkim, Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Yatırım, Ticaret.

ABSTRACT
Master's Thesis
Methods for Resolving Disputes within the Framework of the Energy Charter
Treaty
Kifayat MAMMADLI

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

The purpose of this study is to investigate and evaluate the resolution methods of investment, trade, transit, environment and competition disputes within the framework of the Energy Charter Treaty (ECT). Firstly, we will look at the scope, objectives and institutional structure of the Treaty after tracing its historical development. Afterwards, we will examine arbitration, which is one of the preferred resolution methods in both national and international disputes, and proceed to arbitration agreements, arbitration committees, trial procedures and institutional arbitrations. Finally, we will examine the resolution methods envisaged by the Treaty by addressing the disputes within the framework of the ECT one by one.

Keywords: Energy Charter Treaty, International Arbitration, Dispute Resolution Method, Investment, Trade.

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI

I. GENEL OLARAK ANLAŞMA VE TARİHÇESİ	4
A. Anlaşmaya Duyulan İhtiyaç	4
B. İmzalanması Süreci	6
II. KAPSAMI	9
III. AMACI VE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNÜLEN HEDEFLER	15
IV. UYGULAMA ALANI VE TARAF DEVLETLERİN İLERİ SÜREBİLECEĞİ ÇEKİNCELER	16
V. KURUMSAL YAPI VE BU ANLAŞMAYI ETKİLEYEN KURULUŞLAR	22
A. Kurumsal Yapı	22
B. Avrupa Birliği Açısından EŞA	24
C. DTÖ/GATT ile Anlaşmanın İlişkisi	25

İKİNCİ BÖLÜM
ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI
KAPSAMINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

I. SULH YOLU İLE VE KURULUŞLARIN YARDIMIYLA ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	27
II. ULUSLARARASI TAHKİM	28
A. Tahkim Kavramı ve Tarihi	28
B. Tahkim Sürecinin Sağladığı Yararlar	33
C. Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı	37
1. Tahkim Sözleşmesinin Unsurları	37
2. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği	45
3. Hakem Seçimi	49
4. Hakemlerin Bağımsızlığı İlkesi	53
D. Tahkim Yargılaması	57
E. Milletlerarası Ticaret Odası	63
III. EŞA ÇERÇEVESİNDEKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN GETİRİLEN ÖZEL DÜZENLEMELER	65
A. Yatırım Uyuşmazlıkları ve Onların Çözülmesi	65
1. Genel Kavramlar	65
2. Akit Devletlerarası Uyuşmazlıklar	69
3. Yatırımcı ve Yatırımı Kabul Eden Devlet Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları	70
B. Kurumsal Tahkim	72
1. ICSID Tahkimi	72
2. UNCITRAL Tahkim Kuralları	76
C. Ticari Uyuşmazlıklar	78
D. Transit Uyuşmazlıkları	81
E. Çevre ve Rekabet Uyuşmazlıkları	82
SONUÇ	85
KAYNAKÇA	89

KISALTMALAR

AAET	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AT	Avrupa Topluluğu
BASREC	Baltik Denizi Bölgesel Enerji İşbirliği
BDT	Bağımsız Devletler Topluluğu
BIT	İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CIS	Elektrik Enerjisi Konseyi
EBRD	Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası
EŞA	Enerji Şartı Anlaşması
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	Milletlerarası Ticaret Odası
ICSID	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
ISTAC	İstanbul Tahkim Merkezi
KYKT	Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki
m.	Madde
MAI	Çok Taraflı Yatırım Antlaşması
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
NAFTA	Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması
OECD	İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa No
ss.	Sayfadan sayfaya
SCC	Stocholm Ticaret Odası

SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
UN-ECE	Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu



GİRİŞ

Soğuk savaşın bitmesiyle uluslararası kurumlar tarafından, Doğu-Batı bloku arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ve ülkelerin ekonomik açıdan yeniden canlanması için çalışmalar başlatılmıştır. Avrupanın ekonomik anlamda bölünmüşlüğü ve Sovyetler Birliğinin dağılması, devletlerin işbirliği kurma konusunda daha istekli olmalarına sebep olmuştur. Bu çalışmaların odak noktalarından biri de enerji ticaretine ilişkin hususlardır. Avrupa Birliği'ne (AB) üye olan ülkeler, eski Sovyet Bloku ülkelerindeki enerji kaynaklarına erişimin sağlanmasını hedeflemiş ve bu nedenle, zaman kaybetmeden görüşmelere başlamışlardır. Sonuç olarak, 17 Aralık 1994 tarihinde Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) imzalanmıştır. 1998 yılında yürürlüğe giren Anlaşma, enerji sektöründeki en önemli belgelerden biri olarak nitelendirilebilir.

EŞA üyesi olmuş devletler şeffaflık, ayrımcılık yapılmaması, ticaretin serbestleştirilmesi gibi prensiplerle yükümlüdürler. Anlaşma kapsamında ticari, transit, çevre, rekabet, yabancı devletteki yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin çözüm yöntemleri düzenlenmekte olup, uluslararası enerji sektöründe önemli gelişmeler sağlanmıştır. Özellikle, yabancı yatırımcıların ve yatırımların korunmasına, gelecekte ev sahibi devletle ortaya çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin getirdiği düzenlemelerle önemli adımlar atılmıştır.

EŞA çerçevesinde ya devletler arasındaki uyuşmazlıklar, ya da bir devletle diğer devletin vatandaşı arasındaki uyuşmazlıklar düzenlenmektedir. Uluslararası nitelik gerektiren bu gibi uyuşmazlıkların, sulh yoluyla, dostça girişimle, arabulucu vasıtasıyla, uzlaştırmayla çözüme kavuşturulması önerilmektedir. Bu yöntemlerle başarıya ulaşılmadığında uyuşmazlıkların büyük bir kısmı için tahkim öngörülmektedir. Taraflardan birinin diğer tarafın devlet mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmemesi, hakimlerin adil ve tarafsız davranacağına güvenilmemesi, uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak tahkimde karar kılınmasına sebep olmaktadır.

Tahkim mahkemelerinde taraflar, hakemleri, yargı dilini, yerini, uygulanacak hukuku seçebilme şansına sahiptirler. Hakemlerin bağımsız ve tecrübeli kişilerden seçilebilmesi, tahkimi cazip kılan diğer bir nedendir. Devlet mahkemelerine kıyasla tahkimin en önemli avantajları ise hızlı ve kolay olmasıdır. Ticari hayatın sürekliliği,

zaman kaybının büyük miktarda mali kayıplara sebep olabilmesi, ekonomik açıdan da tahkimin tercih edilmesine neden olmaktadır.

Tahkim mahkemesine gidebilmek için taraflar, tahkim anlaşması yapmalıdırlar. Bu anlaşma, ayrıca bir tahkim sözleşmesi yapılarak veya esas anlaşmaya eklenmiş bir tahkim şartıyla gerçekleştirilebilir. Önemli olan husus tarafların tahkim iradelerinin olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, tarafların gelecekteki olası uyuşmazlık için çözüm yöntemi olarak tahkimi tercih etmeleri gerekir. Hatta önceden tahkim anlaşması bulunmadığı hallerde bile, taraflar uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yargılamanın tahkimde olmasında ortak karara varmışsa, tahkime gidilmesinde hiçbir engel olmayacaktır.

Devletlerarası ilişkilerin yaygınlaşması, dolayısıyla uyuşmazlıkların sayısındaki artış, kurumsal tahkimlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kurumsal tahkimler, önceden anlaşma yapmamış, ya da anlaşmada yargılama süreciyle ilgili detaylı bilgi vermek istemeyen taraflar için kolay ve hızlandırılmış seçimler sunmaktadır. Uyuşmazlık tarafları sadece bu kurumlardan birini tercih etme konusunda anlaştıklarında, tahkim mahkemesi veya şartlarını belirlemeye gerek kalmadan sonuca doğru rahatça ilerleyebilirler. Kurumsal tahkim, hakem heyetinin bilgili ve alanında uzman kişilerden oluşturulması açısından da başarılıdır.

Çalışmanın ikinci bölümünün son kısmında incelediğimiz yatırım, ticaret, transit, çevre ve rekabet uyuşmazlıkları EŞA kapsamında değerlendirilmiştir. Yatırım uyuşmazlıklarına büyük önem veren Anlaşma, yabancı yatırıma bütün devletlerde eşit imkanlar sağlanmasına çaba sarf etmektedir. Yatırımcılar genellikle yabancı ülkelerde yatırım yapmaktan endişe duymakta, devletlerin egemenlik hakları, daha güçlü oluşu onları korkutmaktadır. Olası uyuşmazlıklarda güçlü tarafın devlet olması yatırımcıları yatırım yapmaktan alıkoymaktadır. Devletler ise yabancı sermayeyi ülkeye çekmek amacıyla yatırımcılarla eşit şartlarda anlaşmaya razı olmaktadır. EŞA bu koşulları dikkate alarak, her iki taraf için faydalı düzenlemeler getirmiştir. Anlaşma kapsamındaki yatırım uyuşmazlıkları sadece devletle, yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkları değil, hem de akit devletler arasındaki uyuşmazlıkları düzenlemektedir.

EŞA çerçevesinde ticaret, transit, çevre ve rekabet uyumsuzlukları ve onların çözüm yöntemleri de tek tek incelenerek değerlendirilmiştir. Serbestleştirilmiş ticaret piyasası, sağlam rekabet ortamı ve temiz çevre koşulları amaçlayan EŞA, hedefleri doğrultusunda ilerlemektedir. Açık ve rekabetçi enerji piyasasını geliştirmeye çalışan Anlaşma amacına doğru emin adımlarla yaklaşmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI

I. GENEL OLARAK ANLAŞMA VE TARİHÇESİ

A. Anlaşmaya Duyulan İhtiyaç

Soğuk savaşın bitmesi ve Doğu Blokunun çökmesi sonucunda eski Sovyet Bloku ülkelerinde ortaya çıkmış olan ekonomik ve siyasi belirsizliğin, enerji ihtiyacının önemli bir bölümünü bu ülkelerden karşılayan Avrupa açısından büyük bir tehdit algısı yarattığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan, komünizmin sona ermesinin sonucu olarak liberal dünya düzenine adım atacak bu ülkelerin ekonomilerini ayakta tutmak için yabancı yatırıma olan ihtiyaç belirgin hale gelmiştir. Ayrıca, Orta Doğu ülkelerine bağımlılığını azaltmak şansını yakalayan Avrupa ülkeleri için eski Sovyet Blokunun enerji zengini ülkelerindeki enerji kaynaklarına ulaşmak en önemli konu haline almış, politikalarının esas gündemine oturmuştur¹. Enerji sektöründe ortaya çıkacak bu ilişkilerin yasal çerçevesini görmemiz ve Enerji Şartı Anlaşmasının nasıl ortaya çıktığını anlayabilmemiz açısından öncelikle EŞA'nın en önemli aktörü olan Avrupa Birliği açısından enerji politikasının tarihsel gelişimine ve enerji sektöründeki yaklaşımlarına bakmak faydalı olacaktır.

AB'nin enerji politikası Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile şekillenmeye başlamıştır. Topluluk Birliğin temelini de oluşturan 1951 tarihli Paris Antlaşmasıyla kurulmuştur. Bu tarihlerde, diğer sektörlerde olduğu gibi enerji sektöründe de ortak bir politika oluşturmak amacıyla çeşitli direktifler yayınlanmış, birtakım protokoller hazırlanmış ve imzalanmıştır². Daha sonra, yani 1957 yılında imzalanan Roma Antlaşmasıyla da Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) kurulmuş ve bu Topluluk nükleer gücün geliştirilmesi konusunda iş birliklerinin artırılmasını ve bu alanda

¹ Andrei Konoplyanik ve Thomas Walde, "Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy", **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:24, Sayı:4, 2006, ss. 523-558, s. 524.

² Ali Kemal Kılavuz, "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:1-2, 2009, ss. 179-215, s. 181.

yüksek araştırmalar yapılmasını hedefliyordu. Her iki Antlaşmanın da amacı kendi sektörlerinde serbest ve tam entegre edilmiş piyasalar yaratmaktı³.

1970’li yıllarda çıkan petrol kriziyle, Birlik yeni bir enerji stratejisi oluşturmak zorunda kalmış ve bunun sonucunda Avrupa Konseyinin 1974 yılında kabul ettiği “Yeni Enerji Politikası Stratejisi” ile enerji tüketiminin azaltılmasını, arz güvenliğinin sağlanmasını ve enerjinin üretim ve tüketim süreçlerinde çevrenin korunmasını da öngören politika benimsemiştir⁴.

1980’li yıllara gelindiğinde ise, enerji sektöründe tek pazar kurma ve serbestleştirme çalışmaları önemli hal almıştır. AB kurulduğu zamandan sonra hep kömür ve petrolün kısıtlama olmaksızın ve serbestçe Birlik içerisinde dolaşımı mümkün olmuş; ancak elektrik ve doğal gazın hem nispeten yeni gelişmekte olan teknolojilere bağımlı olması, hem de taşınması ve dağıtımının şebekelere bağlı olması nedeniyle, bu sektörlerde serbest dolaşım daha geç meydana gelmiş, yıllarca bu iki enerji sektörü de ulusal piyasalara bağımlı kalmak zorunda olmuştur⁵.

Genel olarak baktığımızda enerji sektörü küreselleşmenin etkilerinin en çok hissedildiği sektörlerden biridir. Soğuk Savaşın bitmesi Avrupa’nın ekonomik olarak bölünmüşlüğü ortadan kaldırmak için yeni fırsatlar yaratmış⁶ ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)’nin dağılmasıyla birlikte ise tüm devletler kendi çıkarlarını gözeterek iş birliği arayışlarını hızlandırmıştır. Bu olayların yaşandığı sırada enerji, Doğu ile Batı arasındaki yakınlaşma aşamasının dikkat çeken sektörlerinden olmuştur.

Tarafların karşılıklı çıkarlarının olması bu alandaki iş birliğini kolaylaştırmış ve enerji kaynakları bakımından zengin olup ancak yatırım için kaynakları sınırlı olan eski Sovyetler Birliği ülkeleri ile enerji kaynakları bakımından fakir olup ancak yatırım kaynakları açısından zengin olan gelişmiş Avrupa ülkeleri arasındaki iş birliği çalışmaları 1990’lı yıllarda artık resmi nitelik taşımaya başlamıştır. Yani enerji açısından dışarıya bağımlı olan Batı Avrupa ülkeleri, üretici bakımdan Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) ülkelerinden güvenli yollarla petrol ve gaz arzının

³ Arzu Yorkan, “Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri”, **Bilgi Strateji**, Cilt:1, Sayı: 1, 2009, ss. 24-39, s. 25.

⁴ Yorkan, s. 26.

⁵ Kılavuz, s. 181.

⁶ Esra Demir, “Enerji Şartı Anlaşması”, **Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi**, Sayı: 8, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, (23.12.2019).

sağlanması, böylelikle Orta Doğu hidrokarbon kaynaklarına olan bağımlılıklarının azalması çıkar güderken Rusya ve SSCB ardılı ülkelerin ise Batılı büyük şirketlerin sağlayabileceği enerji üretme potansiyellerini artıracak yatırımlara ihtiyaç duymakta olması böyle bir iş birliği için iyi bir zemin oluşturmuştur⁷.

Bu iş birliği fikirleri ilk kez 1990 yılında Dublin’de Avrupa Konseyinin toplantılarında dile getirilmiş ve o gün ilk resmi çalışmalara başlanılmıştır. Avrupa Enerji Deklarasyonu 1991 yılında yayınlanarak bu konudaki yol haritası niteliğini taşımıştır. En sonunda 1994 yılında Enerji Şartı Anlaşması imzalanmış ve bu anlaşmayla birlikte enerji sektöründe ilk kez geniş kapsamlı ve çok taraflı⁸, serbest piyasa kurallarına, şeffaf ve rekabetçi temellere dayanması gerektiğini belirleyen⁹ bir mutabakata varılmıştır¹⁰.

EŞA’nın kapsadığı konuların genişliğine ve önemine baktığımızda, hedeflerin de kolay olmamasına rağmen üç yıl gibi kısa bir süre içerisinde müzakereleri tamamlana bilmiştir.

B. İmzalanması Süreci

Avrupa Konseyinin Haziran 1990 tarihinde Dublin’de yapılmış toplantısında Hollanda Başbakanı, Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği’ndeki ekonomik kalkınmanın enerji sektöründe yapılacak iş birliği ile hızlanarak ivme kazanacağı görüşünü öne sürmüştür. Konsey tarafından bu öneri olumlu kabul edilerek, Avrupa Topluluğu (AT) Komisyonu’nun bu iş birliğini nasıl yürütüleceği ile ilgili araştırma yapılmaya

⁷ Bağdagül Kaya Caner, “Enerji Şartı Anlaşmasının Muvakkaten Uygulanması ve Anlaşmadan Çekilme Hakkında Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 2014, ss. 315-332, s. 317.

⁸ Kılavuz, s. 182

⁹ Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

¹⁰ Konferans’a, Arnavutluk Cumhuriyeti, Ermenistan Cumhuriyeti, Avustralya, Avusturya Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti, Belçika Krallığı, Beyaz Rusya Cumhuriyeti, Bulgaristan Cumhuriyeti, Kanada, Hırvatistan Cumhuriyeti, Kıbrıs Rum Kesimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka Krallığı, Estonya Cumhuriyeti, Avrupa Topluluğu, Finlandiya Cumhuriyeti, Fransa Cumhuriyeti, Gürcistan Cumhuriyeti, Federal Alman Cumhuriyeti, Yunanistan, Macaristan, İzlanda Cumhuriyeti, İrlanda, İtalya Cumhuriyeti, Japonya, Kazakistan Cumhuriyeti, Kırgızistan Cumhuriyeti, Letonya Cumhuriyeti, Lihtenştayn Prenslığı, Litvanya Cumhuriyeti, Lüksemburg Dukalığı, Malta Cumhuriyeti, Moldova Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı, Norveç Krallığı, Polonya Cumhuriyeti, Portekiz Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovak Cumhuriyeti, İspanya Krallığı, İsveç Krallığı, İsviçre Konfederasyonu, Tacikistan Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti, Türkmenistan, Ukrayna, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Amerika Birleşik Devletleri ve Özbekistan Cumhuriyeti Temsilcileri ve davet edilmiş bazı ülke ve uluslararası organizasyonların gözlemcileri katılmışlardır.

başlanmıştır¹¹. Şubat 1991’de Komisyon “Avrupa Enerji Şartı” kavramını önermiş, komisyonun önerisinin AT Bakanlar Konseyinde tartışılmasından sonra Avrupa Topluluğu, Avrupa Enerji Şartı üzerinde müzakereleri başlatmak üzere Doğu ve Batı Avrupa ülkelerini, Sovyetler Birliğini ve Avrupa dışı OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development-İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı) üyelerini 1991 yılında Brüksel’de düzenlenmiş Konferansa çağırmıştır. Avrupa Enerji Şartı ile ilgili müzakereler aynı yıl tamamlanarak, 16-17 Aralık 1991 tarihinde Lahey’de toplanan Konferansta üyelerin imzaladığı Sonuç Bildirgesi ile kabul edilmiştir¹².

Anlaşma metniyle ilgili müzakerelerin başlatıldığı süreçte, ortaya çıkarılan ilk taslak metnin Birleşik Krallığın Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki (KYKT) Anlaşması taslağı üzerinden geliştirilmiş olduğu ve müzakere sürecinde öne sürülen görüşlerin de çoğunlukla yine Birleşik Krallığa ait olduğu iddia edilmektedir¹³.

Avrupa Enerji Şartı Konferansı, yatırım, transit ve ticaret alanlarında yasal güvenliği sağlayan, Doğu-Batı arasındaki endüstriyel iş birliğini sağlamak için hazırlanmış olup, ayrıca enerji verimliliği, nükleer güvenlik ve hidrokarbonlar konularında spesifik Protokoller oluşturma görüşmelerini de başlatmış, ama son konudaki görüşmeler Temel Anlaşmanın sonuçlanmasına kadar askıya alınmıştır.

Avrupa Enerji Şartı Konferansı’nın Nihai Genel Kurul Toplantısı 16-17 Aralık 1994’de Lizbon’da yapılmış ve müzakereler başarıyla tamamlanmıştır. Enerji arz güvenliğini artırmak ve enerji yatırımlarını korumak, enerji üretimi, taşınması, dağıtımı ve kullanımının verimliliğini en üst düzeye çıkarmak ve çevre sorunlarını en aza indirmek hedefleri üzerine kurulan¹⁴ Enerji Şartı Anlaşması ve Eki’ni Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Protokol, 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon’da imzalanmış ve 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵.

¹¹ Cengiz Güneş, **Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı**, Yazarın kendisi, Ankara, 2002, s. 336.

¹² **Energy Charter Treaty**, Lisbon, 17 Aralık 1994, 2080 UNTS 95, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

¹³ Sedat Çal, **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 99.

¹⁴ Caner, s. 316.

¹⁵ **Energy Charter Treaty**, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

1991 tarihli Avrupa Enerji Şartı doğu-batı enerji iş birliğini sağlamak amacı güderken, yani politik niyetli bir açıklamayken, Enerji Şartı Anlaşması¹⁶ hukuki bağlayıcılığı olan, çok taraflı bir belge olarak var olmaktadır¹⁷.

EŞA hem de SSCB'nin dağıldıktan sonra kurulmuş olan ülkeleri, OECD ülkeleri ile (Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada, Meksika ve Yeni Zelanda hariç) daha önceden planlı ekonomiyle yönetilmekte olan Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerini bir araya getiren ilk anlaşmadır¹⁸.

2020 mart itibarıyla Enerji Şartı Anlaşması'na 51 devlet taraftır¹⁹.

EŞA müzakerelerine ABD, Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri, Cezayir, Çin, Fas, Kanada, Katar, Kuveyt, Oman, Suudi Arabistan, Tunus, Venezuela, Yugoslavya, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (EBRD), Uluslararası Enerji Ajansı, OECD, BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (UN-ECE), Dünya Bankası, Dünya Çalışma Örgütü, Baltık Denizi Bölgesel Enerji İşbirliği (BASREC), Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü, Avrupa Yatırım Bankası, Elektrik Enerjisi Konseyi (CIS) gözlemci olarak katılmaktadırlar²⁰.

EŞA'yı henüz onaylamamış ülkeler bunlardır: Avustralya, Beyaz Rusya, İzlanda, Norveç ve Rusya. Rusya Anlaşmayı onaylamak için Duma'nın EŞA Transit Protokolü müzakerelerinin sonuçlanmasını beklemekte olduğunu ileri sürmektedir²¹. Bu konuyla ilgili diğer bölümlerde daha geniş bahsedilecektir.

Şartı imzalayan taraflar gözlemcilerden farklı olarak, Enerji Şartı hedeflerini ve prensiplerini sürdürmek, temel anlaşma ve protokoller yardımı ile iş birliğini geliştirmek ve yürütmekle yükümlüdürler.

¹⁶ RG. 17.04.2000-786.

¹⁷ Pınar Baklacı ve Esen Akıntürk, "Enerji Şartı Anlaşması", **İşletme Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2006, ss. 97-113, s. 98.

¹⁸ Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

¹⁹ Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Avustralya, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Moldova, Moğolistan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovakya, Tacikistan, Makedonya, Özbekistan, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna ve Yunanistan.

²⁰ Energy Charter Treaty,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

²¹ Kılavuz, s. 183.

17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon’da imzalanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihaî Senedi, Enerji Şartı Anlaşması ve Eki’ni Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Protokol Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından 01.02.2000 tarihli ve 4519 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. 06.02.2000 tarihli ve 23956 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Şu an itibariyle EŞA imzacısı ülkelerin sayısı 51’dir. Bu listeyi incelediğimizde siyasi, bölgesel, ekonomik ve kültürel farklılıklara sahip olan çeşitli ülkeleri görebiliriz. Ama Anlaşmayı imzalayanlar arasında sadece bu ülkeler değil, hem de Avrupa Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu vardır. “Anlaşma Tarafı (Contracting Party)”, bu Anlaşmanın hükümlerinin bağlayıcılığını kabul etmiş olan ve Anlaşmanın kendi ülkesi veya organizasyonunda yürürlükte olacağı bir devlet veya Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Organizasyonunu ifade etmektedir²².

Rusya Federasyonu’nun da içinde bulunduğu bazı devletler (Beyaz Rusya, Avustralya ve İzlanda) ise anlaşmayı imzalamış olsalar bile, onaylayarak yürürlüğe koymamışlardır. Rusya Federasyonu ilk önce EŞA 45. madde kapsamında muvakkaten uygulama yolunu seçmiş, 19 Ekim 2009 tarihinde ise, hatta muvakkaten uygulamayı da sonlandırarak Anlaşmayı onaylamayacağını deklare etmiştir.

II. KAPSAMI

Enerji Şartı Anlaşması sekiz bölüm ve elli maddeden oluşuyor. Birinci bölüm tanımlar ve amaç, ikinci bölüm ticaret, üçüncü bölüm yatırımların desteklenmesi ve korunması, dördüncü bölüm çeşitli hükümler, beşinci bölüm uyumsuzluk çözümü, altıncı bölüm geçiş aşaması hükümleri, yedinci bölüm anlaşmanın yapısı ve kurumlar, sekizinci bölüm son hükümler hakkında düzenlemeler yapmaktadır. Anlaşmanın çok sayıda eki vardır.

²² Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Organizasyonu (Regional Economic Integration Organization)", birçoğu bu Antlaşma ile hükme bağlanan çeşitli konularda, söz konusu konulara ilişkin olarak devletleri bağlayıcı kararları almakla yükümlü yetki de dahil, yetkilerini devreden devletlerden oluşan organizasyonu ifade etmektedir.

Enerji şartı Anlaşması'nın içeriği incelendiğinde bu Anlaşmanın kaynak olarak, İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları uygulamaları ve Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (North American Free Trade Agreement- NAFTA) yatırımlarla ilgili olan XI. Bölümü; AB enerji hukukundaki girişimler ve düzenlemeler; ve Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (General Agreement on Tariffs and Trade- GATT) esinlendiği görülmektedir²³. Anlaşma, yabancı yatırımların korunmasına ilişkin hükümleri, sınır aşan enerji transidine ilişkin boru hatları, şebekeler ve başka araçlarla taşınmasında güvenliği sağlayıcı hükümleri, taraf ülkeler arasındaki uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümleri ve enerji verimliliğini teşvik edici hükümleri içermektedir.

EŞA müzakerelerinin yürütüldüğü 1991-1994 arası dönemde anlaşmadaki enerji ticaretine ilişkin hükümler, GATT²⁴ sistemine dahil olmayan birçok EŞA tarafı ülke olduğu için önemli bir sorun teşkil etmiştir. Bu nedenle, tüm taraflar arasında eşit hak ve yükümlülüklerin sağlanması hedeflenerek “atıf yoluyla GATT 1947 hükümlerinin” tüm EŞA akit taraflarına uygulanması kararı alınmıştır. 24 Nisan 1998 tarihinde Anlaşmanın ticaret ile ilgili hükümlerinde (29. madde ve ilgili hükümler) değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklik Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) üyesi olmayan taraflar bakımından önem taşımaktadır. Çünkü Anlaşma GATT'da düzenlenen ticaret rejimine tabiyken ilgili hükümler Dünya Ticaret Örgütü olarak değiştirilmiş ve ticaretle ilgili hükümler DTÖ kuralları ve uygulamaları ile aynı çizgiye getirilmiştir²⁵. Böylelikle, DTÖ'ye üye olmayan devletler de enerji materyalleri, ürünleri ve ekipmanları ticaretinde uygulanan kurallar aracılığıyla Dünya Ticaret Örgütü ilke ve uygulamalarına tabi tutulmuştur. Ve bununla da EŞA'ya taraf olan ancak henüz DTÖ'ye üye olmayan Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Özbekistan'ın DTÖ uygulama ve disiplinlerini tanımalarının önü açılmıştır. Ticarete ilişkin hükümlerin yer aldığı 6. maddede ise tarafların rekabete ilişkin piyasa engellerini azaltmaya çalışacakları belirtilmiş ve tek

²³ Leyla Huseynbeyli, **Uluslararası Enerji Hukukunda Petrol ve Doğalgaz Ticareti** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2015, s. 37.

²⁴ RG. 25.02.1995-22213.

²⁵ **The Energy Charter Treaty,**

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

tarafli ve entegre anti rekabet şartlarının tesisi için gerekli ve uygun kanunlara sahip olacakları veya yürürlüğe koyacakları yükümlülüğü ön görülmüştür.

Enerji Şartı Anlaşmasının üçüncü bölümünde yer alan yatırımların teşviki ve korunması ile ilgili hükümlerin Anlaşma kapsamında en önemli yeri tuttuğunu söyleye biliriz. Bu hükümlerle üye devlette yabancı yatırımı teşvik etmek ve korumak amaçlanmakta, yabancı yatırımcıya ev sahibi ülkedeki yatırımlarına ilişkin olarak çeşitli haklar verilmektedir²⁶. Hükümlerin öngördüğü, enerji sektöründeki yatırımlara ilişkin ticari olmayan riskleri en aza indirmek, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılarla aynı imkanları sağlamaktır. Coop, EŞA'yı “çok taraflı bir yatırım antlaşmasından daha fazlası”²⁷ olarak nitelendirmiştir. Bu niteleme, Walde tarafından da desteklenmiştir.

Ayrıca, yatırımların kamulaştırılabileceği haller sınırlı sayıda verilmiş, yatırımların serbest şekilde transfer edilebileceği hüküm altına alınmış ve taraflar başka bir uluslararası antlaşmayı imzaladığı zaman bile EŞA ile yatırımın korunmasına ilişkin düzenlenen hakların daha eksik olarak yorumlanamayacağı, yani uluslararası antlaşmanın EŞA'ya kıyasen yatırımcı aleyhine koşullar ve yükümlülükler getirmesi halinde, yine de EŞA'nın geçerli olacağı, bu hükümlerdeki şartların uygulanacağı belirtilmiştir²⁸.

Anlaşma kapsamına giren enerji materyalleri ve ürünleri Anlaşmanın EM ekinde sayılmış ve bu grup içerisinde nükleer enerji, kömür, doğal gaz, petrol, petrol ürünleri, elektrik enerjisi ve diğer enerji kaynakları değerlendirilmektedir²⁹.

“Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite” ise enerji maddeleri ve ürünlerinin arama, çıkarma, rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret,

²⁶ Baklacı ve Akıntürk , s. 104.

²⁷ Graham Coop, “The Energy Charter Treaty: More than a MIT”, **Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, JurisNet**, 2006, (MIT), ss. 4–9, s. 5.

²⁸ Edna Sussman, “The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration”, **American Bar Association Energy Committees Newsletter**, Ağustos, 2006, s. 2.

²⁹ Anlaşma kapsamında enerji materyalleri ve ürünleri, Gümrük İşbirliği Konseyi Harmonize Sistemi ve Avrupa Toplulukları Kombine Terminolojisi bazında, Ek EM'de yer almış olan maddeleri ifade etmektedir(madde 1/4).1998 yılında Antlaşmanın bu maddesinde yer alan “Gümrük İşbirliği Konseyi Harmonize Sistemi” ifadesi, “Dünya Gümrük Örgütü Harmonize Sistemi” şeklinde değiştirilmiş ve enerji materyalleri ve ürünlerinin “Ek EM I ve EM II'de” yer alan maddeleri ifade ettiği belirtilmiştir.

pazarlama veya satışına, ya da çok katlı konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin ekonomik faaliyeti ifade etmektedir (madde 1/5)³⁰.

EŞA genel anlamda enerji yatırımlarının, enerji ticaretinin ve enerji transitinin korunması ve teşvikine yönelik düzenlemeler manzumesidir³¹. Anlaşma, ticaret, transit, yatırımların korunması ve teşviki, enerji verimliliği, enerji malzemeleri ve çevresel boyutlarla ilgili konuları kapsar. Yatırımların korunması ve teşviki açısından ikili anlaşmalar tahkimle ilgili uygulamalarda olduğu kadar bu Anlaşma'nın da en temel hükümlerindendir³².

Enerji Şartı Anlaşmasının yatırımların korunmasına ilişkin olarak Karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşması modeli üzerine inşa edilen bir kurguya sahip olduğunu daha önce de belirtmiştik. Cameron'a göre EŞA hükümleri genellikle AB üyesi devletlerin akdetmiş olduğu KYKT Anlaşması hükümleriyle benzerlik göstermektedir³³. EŞA, yatırımları korurken dikkate aldığı hususlardan biri de yatırımdan önce ve yatırımdan sonraki aşamaların bir birinden ayırt edilmesidir³⁴.

Yatırım ve enerjinin transiti gibi başlıklar daha sert düzenlense de bazı başlıklarda çok daha esnek ve bağlayıcı olmayan kurallar yer almış, diğer tür başlıklarda ise katı ve esnek kurallar birbirlerini tamamlayacak şekilde belirlenmiştir. Bunların dışında Anlaşmada sık sık birçok teknik anlaşmalara da atıf yapılmıştır³⁵.

³⁰ Enerji sektöründeki ekonomik aktivitelere ilişkin açıklamalar "Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi" IV/2-b'de verilmiştir. Bu metinde ekonomik aktiviteler böyle sıralanmaktadır: "petrol, doğal gaz, kömür ve uranyum gibi enerji hammaddelerinin aranması ve çıkarılması; rüzgar ve diğer kaynaklar da dahil, yenilenebilir enerji kaynaklarıyla çalışan güç üretim birimlerinin inşası ve çalıştırılması; enerji materyalleri ve ürünlerinin, karayolu ile nakliyesi, dağıtımı ve arzı örneğin, boru hatları, dağıtım şebekeleri, demiryolu ile nakliye ve petrol, gaz ve sulu kömürün boru hatlarıyla nakli ya da bunların inşası; termik santral, nükleer santral gibi enerji birimlerinden çıkan atıkların uzaklaştırılması ve atılması; petrol kuyuları, petrol rafinerileri ve güç üretim tesisleri gibi enerji ile ilgili birimlerin işletme dışı bırakılması; enerji maddeleri ve ürünlerinin pazarlanması, satışı ve ticareti, örneğin benzinin perakende satışı; enerji verimliliğini artırmayı amaçlayan, yukarıda belirtilmiş faaliyetlerle ilgili araştırma, danışmanlık, planlama, işletme ve dizayn çalışmaları."

³¹ Caner, s. 318.

³² Graham Coop, "Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?", **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:27, Sayı:3, 2009, ss. 404-419, s. 410.

³³ Peter Cameron, "International Energy Investment Law-Pursuit of Stability", **Oxford University Press**, 2010, s. 156.

³⁴ James Chalker, "Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly", **International Environmental Agreements**, Sayı:6, 25.10.2006, ss. 435-458, s. 443.

³⁵ Chalker, s. 438.

Taraflar, Anlaşmanın üçüncü bölümünde yer alan avantajların, 17. maddede belirtilen kuruluş ve yatırımlara uygulanmasını reddetme hakkını saklı tutar³⁶.

Sınır ötesi enerji yatırımı, ticareti ve transitiyle ilgili kurallar içeren EŞA, bu düzenlemeleriyle kapsadığı ekonomik aktivitelere ilişkin sağladığı güvencelerin etkisiyle hukuki istikrarı sağlamak ve politik riskleri minimize etmek yolunda ilerliyor³⁷. Ama Anlaşmanın 18. maddesinde, devletlerin doğal kaynakları üzerindeki egemenliği kabul ediliyor. Hem de bu hakların uluslararası hukuk kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasını öngörüyor. EŞA'nın 24. maddesinde ise Anlaşmada gösterilen yükümlülöklere istisna teşkil edecek durumlar ve haller; kamu güvenliği, akit tarafların kontrol dışında gelişen arz kısıtları, insan, hayvan ve bitkilerin yaşamı ve sağlığına ilişkin önlemler yer almaktadır.

Enerji Şartı Anlaşması'nda bazı ilkeler bulunmakta olup, tüm uyuşmazlıklarda göz önünde tutulmaktadır. Birincisi, ayrımcı olmayan muamele, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı, şemsiye hükümler ve sermayenin serbestçe transferi ilkeleri çerçevesinde akit devletler arasında enerji yatırımlarının korunmasıdır. İkincisi, enerji, enerji ürünleri ve enerji ile ilgili malzemelerin ticaretinin DTÖ prensipleri çerçevesinde gerçekleştirilmesidir. Üçüncüsü, transit serbestisi, dördüncüsü, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların seçimlik hakların kullanılması suretiyle Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'ne ya da (International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID), Stocholm Ticaret Enstitüsü'ne (Stockholm Chamber of Commerce- SCC) başvurulması suretiyle veya Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law- UNCITRAL) çerçevesinde çözümü ve son olarak beşincisi, hukuki şeffaflığın artırılmasıdır. Bunların yanı sıra Anlaşma, teknoloji transferi, rekabet kurallarının geliştirilmesi, finansal piyasaların açılması yönünde de kurallar koymaktadır³⁸.

³⁶ Bkz: 17. Madde,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

³⁷ Caner, s. 319.

³⁸ Energy Charter Secretariat, **The Energy Charter Treaty A Reader's Guide**, https://is.muni.cz/el/1422/jaro2017/MVV2368K/um/ECT_Guide_ENG.pdf , (12.11.2019).

Bu Anlaşmaya taraf devlet, enerji sektöründe yatırım yapmak isteyen diğer taraf devletlerin vatandaşları veya tüzel kişilerine, “ulusal muamele” veya “en çok gözetilen ulus kaydından” hangisi daha çok ayrıcalık tanıyorsa ona göre muamelede bulunma yükümlülüğü altındadır. Ulusal muamele derken, kendi vatandaşına uyguladığı hükümleri, en çok gözetilen ulus kaydı derken ise en iyi muamele yapılan ülke vatandaşlığına sahip gerçek veya tüzel kişilere uyguladığı hükümleri diğer devletin yatırımcılarına da ait etmesi anlamına gelmektedir³⁹.

EŞA ekonomik büyümenin temeli olarak enerji sektöründeki rekabet koşullarının önemini yineledi⁴⁰. Çeşitli hükümlerle piyasada uluslararası hukuk ilkeleriyle beraber sözleşme hukuku şartlarının da uygulanmasıyla ekonomi desteklendi. EŞA iki temel endişeyi karşılama girişimidir: ilk olarak Orta ve Doğu Avrupa’nın gelişmekte olan ülkelerinin ekonomilerinin yeniden canlandırılmasında enerji sektörünün stratejik önemi, ikincisi bunu fark eden girişimcilerin bu bölgelerde yabancı yatırımcılar için cazip bir ortamın geliştirilebileceği bir çerçevenin kurulması⁴¹. Anlaşmanın, ayrımcılık yapmama ve şeffaflık ilkelerine dayalı, açık ve rekabetçi bir uluslararası enerji piyasasını desteklediği görülmektedir.

Anlaşma diğer anlaşmalarla olası zıtlıkları da göz önünde bulundurarak 16. maddede bu gibi durumlardaki çözüm yöntemlerini sıralamaktadır. Bu maddeye göre, taraf devletlerin, Anlaşmanın üçüncü ve beşinci bölümlerine ilişkin uluslararası bir antlaşmaya dahil olmaları söz konusu olduğunda, bazı koşullar uygulanacaktır. Öncelikle, bu Anlaşmanın üçüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan hükümler, diğer antlaşma şartlarından veya aynı antlaşmanın kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili haklardan daha eksik uygulanmayacaktır. Aynı şekilde diğer antlaşma şartları ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin haklar da, EŞA kapsamındaki herhangi bir haktan eksik biçimde yorumlanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, yatırımcı veya yatırım açısından en avantajlı hüküm hangi Anlaşma kapsamında düzenlenmişse o Antlaşmanın hükümleri dikkate alınacaktır.

³⁹ Bkz: 10. madde,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

⁴⁰ Andrew E.L. Tucker , “The Energy Charter Treaty and ‘Compulsory’ International State/Investor Arbitration”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt:11, Sayı:3, ss. 513-526, s. 517.

⁴¹ Tucker, s. 514.

III. AMACI VE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNÜLEN HEDEFLER

Enerji Şartı Anlaşması'nın amacının ne olduğundan bahsettiğimizde ne olmadığını da belirlersek daha iyi olacaktır. Anlaşma ne enerji üreticisi ülkelerdeki projeleri finanse etmek, ne de ulusal enerji politikalarını belirlemek gibi bir amaca hizmet etmiyor. Bundan başka taraflar için enerji ağlarının üçüncü kişilere açılmasına yönelik herhangi bir tavsiye veya zorunluluk da yoktur⁴².

Devletlerin enerji kaynakları üzerindeki ulusal egemenliğini kabul etmekte, ulusal hükümetlerin, enerji üretim alanlarını seçme, rezervlerin ve kaynakların geliştirilmesinde izleyecekleri politikaları özgürce seçme, üretim ve arama çalışmalarıyla ilgili politikalarını belirleme haklarını kabul etmektedir. Enerji Şartı Anlaşması'nın amaçları, enerji arzı güvenliğinin artırılması, güvenliğin güçlendirilmesi ve çevresel sorunların en aza indirilmesi, enerji üretimi, taşınması, depolanması, dağıtımı, iletimi ve kullanımı zamanı verimliliğin en yüksek seviyeye ulaşması, yatırımların teşviki ve korunması, enerji ticaretinin serbestleştirilmesi ve son olarak, ulusal ve uluslararası sermaye piyasalarına erişim olarak sıralanabilir⁴³.

EŞA'nın bu amaçlara ulaşmak için belli hedefleri vardır: Anlaşmanın ayrımcılık yapılmaması, şeffaflık ve uluslararası ticaretin aşamalı olarak serbestleştirilmesi taahhütlerini kapsayan içeriği, DTÖ üyesi olmayan 10 ülke⁴⁴ için de DTÖ ilke ve uygulamaları ile ticari rejim sağlanmasına sebep olmuştur⁴⁵.

EŞA'nın önem verdiği konulardan biri de yatırımlara ilişkin düzenlemelerdir. Enerji sektöründeki yatırımları ticari olmayan risklerden mümkün mertebe korumayı, bu riskleri en aza indirmeyi hedefliyor. Bunun için de yabancı yatırımcılara da yerli yatırımcılarla aynı koşullar sağlanıyor.

Anlaşmanın enerji yatırımcılarına sağladığı hukuki koruma yatırım aşaması ve yatırım sonrasını kapsamakta olup, yatırım öncesi aşamayı (pre-investment stage) kapsamamaktadır. Yatırım öncesi aşamanın da korunması fikri EŞA tarafı devletler

⁴² Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

⁴³ Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

⁴⁴ Arnavutluk, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kazakistan, Özbekistan, Rusya, Tacikistan, Türkmenistan, Ukrayna.

⁴⁵ Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

tarafından müzakere edilmekte, ama 1998 yılından beri hiçbir ilerleme görülmemektedir.

EŞA'nın transitle ilgili maddeleri, transitin kolaylaştırılmasına hizmet etmektedir. Enerji Şartı Konferansı'nın görevlendirdiği Transit Grubu transitle ilgili kuralların daha kesin hale gelmesi için Transit Protokolü'nü hazırlamak üzere müzakereleri devam ettirmekte ve esas amacı, hidrokarbon ve elektrik enerjisinin kesintisiz ve güvenli şekilde transitini sağlamak, herkes için geçerli ve kabul edilir olan bir rejim oluşturmaktan ibarettir.

Anlaşma çevresel konuları da unutmamış, bunla ilgili de düzenlemeler getirmiştir. "Enerji Şartı Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Boyut Protokolü" 1994 yılında Enerji Şartıyla birlikte imzalanmış ve enerji kullanımının çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılmasının üye devletlerin siyasi hedeflerini belirledikleri zaman önceliklerini oluşturulması teyit edilmiştir⁴⁶.

Olası herhangi uyuşmazlık zamanı yapılması gerekenler de Anlaşmada dikkate alınmış ve akit devletlerarası veya yatırımcı ile yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri belirlenmiştir. Yatırımcı ile yatırımı kabul eden devlet arasındaki uyuşmazlıklarda önce dostane yolla çözülmesi önerilmiş, olmazsa tahkim yoluyla çözüme ulaşma öngörülmüştür. Devletler aralarındaki uyuşmazlıkları ise diplomatik kurallara uygun çözüme götürmeye çabalamalıdır. Olmadığı takdirde ise hakeme başvuru yapma hakları sabit kalmaktadır.

IV. UYGULAMA ALANI VE TARAF DEVLETLERİN İLERİ SÜREBİLECEĞİ ÇEKİNCELER

EŞA uluslararası yatırım hedeflerinin çizgilerini çizen, enerji arzı güvenliğinin artırılması, devletler arasında ayrımcı olmayan yaklaşım ile, şemsiye hükümler ve temel ilkeler çerçevesinde enerji yatırımlarının korunması, enerji üretimi, transferi, depolanması ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek seviyeye ulaştırılması, güvenliğin güçlendirilmesi ve çevresel sorunların en aza indirilmesi, yatırımların teşviki ve korunması, enerji ticaretinin serbestleştirilmesi amaçlarını

⁴⁶ Energy Charter Secretariat, **The Energy Charter Treaty A Reader's Guide**, https://is.muni.cz/el/1422/jaro2017/MVV2368K/um/ECT_Guide_ENG.pdf , (12.11.2019).

taşıyan, bu konularda taraf devletlerin yasal hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilk geniş kapsamlı ve çok taraflı uluslararası sözleşme niteliğine sahip siyasi ve hukuki bir belgedir⁴⁷.

Dünya ekonomisinin küreselleşmesi daha fazla enerji ihtiyacına sebep olmaktadır. Diğer yandan enerji projelerinin artık uzun dönemleri kapsamaları ve tabii ki daha fazla sermayeye gerek duyulması, enerji alanındaki uluslararası iş birliğine yol açmıştır. Lakin böyle zamanda uyuşmazlıkların ortaya çıkması da kaçınılmazdır. EŞA bu olasılıkları öngörüp, ayrıntılı bir uyuşmazlık çözüm sistemi benimsemiş, farklı konularda farklı çözüm yöntemleri geliştirmiştir.

Bu uyuşmazlıklar beş başlık altında toplanmıştır: Yatırım Uyuşmazlıkları, Ticaret Uyuşmazlıkları, Rekabet Uyuşmazlıkları, Transit Uyuşmazlıkları ve Çevreye İlişkin Uyuşmazlıklar. Anlaşmada her bir uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği ayrı ayrı belirlense de esas çözüm yöntemi olarak tahkim öngörülmüştür. Bu çözüm yöntemleriyle ilgili diğer bölümde tek tek ve ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

EŞA'nın üç temel yaklaşım üzerinde şekillendiğini öne süren Walde'ye göre, ilk olarak enerji yatırımlarının korunmasına yönelik hükümlerin, Anlaşma hakkında fikirler ortaya çıktığı zaman sayısı beş yüz olan ikili yatırımı teşvik anlaşmaları, 1998 yılında sona eren Çok Taraflı Yatırım Antlaşması (Multilateral Investment Treaty-MAI), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması'nın yatırım hükümlerindeki temel ilkeleri yansıttığını görüyoruz. İkincisi, EŞA'nın enerji ticaretine ve transidine ilişkin hükümlerinin Tarifeler ve Ticaret Genel Antlaşması'nın ticaret ve transite ilişkin hükümlerini de kendinde barındırdığı söylenebilir. Son olarak, enerji kaynaklarına erişim ve kullanıma ilişkin hükümler ise, 1990'lı yıllarda Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde ortaya çıkan enerji üretiminin serbestleştirilmesi ve rekabet kuralları göz önünde bulundurularak üçüncü tarafların da piyasaya erişimine ilişkin yaklaşımın bir yansımasıdır⁴⁸.

⁴⁷ Semra Gürçal, "Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Doğan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Ve Tahkim Yargılaması", **Özgün Law**, 2017, <http://www.ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/enerji-sarti-anlasmasi-kapsaminda-dogan-yatirim-uyusmazliklarinin-cozumu-ve-tahkim-yargilamasi-270.html> , (25.12.2019).

⁴⁸ Thomas Walde, "The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade", **Kluwer Law International**, 1996, s. 32.

Cameron’a göre ise bu Anlaşmanın ortaya çıkışındaki siyasi hedefler, EŞA’nın enerji yatırımlarını korumaya ilişkin geliştirmiş olduğu hukuki yapı ile ayrı tutularak değerlendirilmelidir⁴⁹. Enerji yatırımlarıyla ilgili hükümlerin en sık başvurulmuş düzenlemeler olduğunu ve uyuşmazlıkların daha çok bu alanda görüldüğünü de dikkate alırsak, görüşteki gerçeklik payının ne kadar fazla olduğuna kanaat getirmiş oluruz.

Kayıpların telafi edilmesine ilişkin konuya da Anlaşmanın 12. maddesinin birinci kısmında açıklık getirilmiştir. Bu hükme göre, madde 13’e ilişkin uygulamalar hariç, herhangi bir Anlaşma tarafının yatırımcısının diğer bir Anlaşma tarafındaki herhangi bir yatırımcının, savaş veya diğer silahlı çatışma, ulusal seferberlik durumu, sivil başkaldırı veya diğer benzer durumlar nedeniyle kayba uğraması halinde, kayba uğrayan Anlaşma tarafına, diğer Anlaşma tarafınca, tazmin, tekeffül, telafi etme veya diğer uyuşmazlık çözümü mekanizmaları açısından, ilgili Anlaşma tarafının diğer bir yatırımcıya sağladığı imkanların en uygun olduğu uygulama prosedürünü sağlamalıdır.

Anlaşma madde 13/1’de ise kamulaştırmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, Anlaşma tarafının yatırımcılarının diğer bir Anlaşma tarafının alanındaki yatırımları, kamu menfaatine dönük bir amaç için, ayırım gözetmeksizin, tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilecek ve zamanında, yeterli ve etkin tazminat ödemesi yapılacaktır. Gösterilen hususlar dışında devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme ve kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere maruz kalmayacaktır. Enerji sektöründeki yatırımlar için önemli bir husus ve temel bir risk olan kamulaştırmaya ilişkin hükümden anlaşıldığı üzere bir Anlaşma tarafı, diğer bir Anlaşma tarafının yatırımlarını kamulaştırmak isterse bunu sadece kamu menfaatine dönük bir amaç için, ayırım gözetmeksizin, tamamen kanuna uygun bir şekilde ve zamanında yeterli bir telafi sağlayarak yapmak zorunluluğu taşır.

Enerji Şartı Anlaşmasının 45’nci maddesi geçici uygulamalara izin vermektedir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 25/1’de bu geçici uygulamalara açıklık getiriliyor⁵⁰. “Bir antlaşma veya bir antlaşmanın bir bölümü, a. antlaşmanın kendisi öngörürse veya b. görüşmeciler devletler başka bir tarzda

⁴⁹ Cameron, s. 158.

⁵⁰ Baklacı ve Akıntürk, s. 111.

böyle mutabık kalırlarsa, antlaşma yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanır”⁵¹. EŞA madde 45/1’e göre de, Anlaşmayı imzalayan taraflar, 44. madde uyarınca Anlaşmayı yürürlüğe koyma işlemini askıya almış olan tarafın, bu Anlaşmayı geçici olarak uygulamaya koyabilmesi için, geçici uygulamaların kendi anayasası, kanunları ve düzenlemeleri ile tutarlı olması gerektiği konusunda fikir birliğine varmalıdır. Aynı maddenin ikinci kısmında ise, imzalayan tarafların Anlaşmanın imza aşamasında Depozitöre gönderecekleri bir deklarasyonla geçici uygulamaları kabul etmeyeceklerini beyan edebilecekleri ifade edilmiştir. Bu hükme göre birinci kısımda sözü edilen yükümlülük, bu tür bir deklarasyon yayınlayan Anlaşma tarafına uygulanmayacaktır. İmzalayan taraflardan biri, Depozitöre yazılı olarak bildirdiyi halde söz konusu deklarasyonu geri çekebilir. Ayrıca, deklarasyon yayınlayan imzalayan taraflardan biri veya anılan imzalayan tarafın yatırımcıları, bu hüküm kapsamındaki geçici uygulamaların avantajlarından yararlanmaya yönelik talepte bulunamaz⁵².

EŞA’nın muvakkaten uygulanmasına yönelik hükümlerin hem kendisi hem de hakem heyetlerinin bu hükümlerle ilgili net olmayan yorumları konuyu karmaşık hale getirmektedir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 25’in ilk fıkrasına göre, bir anlaşma veya bir anlaşmanın bir bölümü ya anlaşmanın kendisi öngörürse, ya da görüşmeciler devletler başka bir tarzda böyle karara varırsa, anlaşma yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanabilir⁵³. Muvakkaten uygulamaya ilişkin EŞA’nın 45. maddesi ise, Anlaşmayı imzalayan tarafların, 44. madde uyarınca Anlaşmayı yürürlüğe koyma işlemini askıya almış olan bir Anlaşma tarafının, bu Anlaşmayı geçici olarak uygulamaya koyabilmesi için, geçici uygulamaların kendi anayasası, kanunları ve düzenlemeleri ile tutarlı olması gerektiği konusunda fikir birliğine vardıkları ifade edilmiştir.

Anlaşmanın hükümlerine dayanılarak başlatılan tahkim davaları, muvakkaten uygulamaya yönelik hususların ilgili devletin ulusal hukukuna uygunluk konusunu ve muvakkaten uygulamadan kaçınılması arasındaki ilişkide bunları birbirinden

⁵¹ Türk – Yunan İlişkileri, “Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”, <http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/140-viyana-andlasmalar-hukuku-soezlesmesi>, (10.06.2021).

⁵² Baklacı ve Akıntürk, s. 111.

⁵³ Caner, s. 324.

ayırma ile ilgili tartışmaları da gündeme getirmiştir⁵⁴. Tüm bunları birlikte incelediğimizde EŞA'yı imzalamış devlet geçici uygulamayı kabul etmediğini usule uygun biçimde beyan etmemişse, anlaşmayı iç hukukunda onaylayarak yürürlüğe koymasından önce bile anlaşma hükümlerine bağlı olduğu yorumu yapılabilir.

EŞA, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesine göre akit devletler açısından bağlayıcı, hak ve yükümlükler doğuran uluslararası antlaşmalardan biridir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 54'üncü maddesi uyarınca, bir anlaşmanın sona erdirilmesi veya bir tarafın çekilmesi ya antlaşma hükümlerine göre, ya da herhangi bir zamanda diğer akit devletlerle istişare ettikten sonra bütün tarafların rızası ile gerçekleşebilir⁵⁵.

EŞA'nın 47'ci maddesinin ilk fıkrasında akit bir devlet için EŞA yürürlüğe girdikten sonra beş yıl içerisinde, ilgili akit devlet EŞA'dan çekilmek istediğini depozitör devlete, yazılı bildirimde bulunarak iletir. Bu da üye olmuş devletlerin 5 yıl içerisinde Anlaşmanın kendileri için bağlayıcı olduğunu kabul ettikleri anlamına gelmektedir⁵⁶. Aynı maddenin ikinci kısmında çekilme bildiriminin ne zaman geçerli kabul edileceği düzenlenmiştir⁵⁷. Bu çerçevede, çekilme, bildirimin depozitör devlete ulaştığı tarihten bir yıl geçtikten sonra ya da çekilme bildiriminde talep edilen daha geç bir tarihten itibaren geçerlilik kazanacaktır. Ama çekilme gerçekleştirildikten sonra çekilen devletteki EŞA tarafından korunan yatırımların sonuna ilişkin sorun ortaya çıkmaktadır, yani çekildikten sonra yine bu yatırımlar koruma altında olacak mı ya da hakları ihlal edildiği takdirde yatırımcılar uluslararası tahkime başvuru bilecekler mi? EŞA'nın 47'ci maddesinin üçüncü fıkrasında çekilen devletin akit devletlerin yatırımcılarına çekilmeden sonra bile yapacağı muamele düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında, Anlaşmanın hükümleri, bir taraf devletin sınırları içinde diğer Anlaşma taraflarının yatırımcıları veya sözü geçen Anlaşma tarafının EŞA'dan çekildiği tarihten itibaren yirmi yıl boyunca diğer taraf devletin arazisinde Anlaşma tarafı yatırımcıları tarafından yapılmış olan yatırımlara uygulanmaya devam edeceği

⁵⁴ Oliver Dörr ve Kristen Schmalenbach, "Vienna Convention on Law of the Treaties: A Commentary", **Springer –Verlag Berlin Heidelberg**, New York, 2012, s. 419.

⁵⁵ Türk – Yunan İlişkileri, "Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi", <http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/140-viyana-andlasmalar-hukuku-soezlesmesi>, (10.06.2021).

⁵⁶ Walde, s. 31.

⁵⁷ Caner, s. 325.

öngörülmüştür. Yani bir akit devlet EŞA'dan çekilse bile çekildiği zamana kadarki yatırımlara ilişkin yükümlülükleri yirmi yıl boyunca devam edecektir. Lakin çekilme bildiriminden sonra yapılan veya yapılacak yatırımlar bu hüküm altına girmemektedir.

Tabi ki de her somut yatırım uyuşmazlığında, muvakkaten uygulama ve EŞA'dan çekilme durumunun yatırımlara etkisi bu uyuşmazlığı çözen hakem heyeti tarafından yeniden incelenerek karar verilecektir.

EŞA çerçevesinde bu iki hususun hakem heyetleri tarafından değerlendirildiği kararlara örnek olarak, Kardassopoulos⁵⁸ ve Yukos⁵⁹ Davasını göstere biliriz.

EŞA imzalandığı tarihten itibaren enerji yatırımcıları ve akit devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde giderek daha çok başvurulmuş bir sözleşme halini almıştır. Hatta Anlaşmaya taraf AB üyesi devletlerle yine AB üyesi devletlerin yatırımcıları arasındaki uyuşmazlıkların yarısından fazlası bu sözleşmeden kaynaklanan çözüm yöntemlerinden olan tahkim yoluyla çözülüyor⁶⁰. Ama bu süreçte EŞA'yı muvakkaten uygulayan Rusya'nın muvakkaten uygulamaya dahi son vermesi ve hatta imzalamayacağını açıklaması akit devletlerin muvakkaten uygulamaya olan inancını da sarsmaktadır.

⁵⁸ Bu uyuşmazlık, Gürcistan'da yatırım yapan Yunan vatandaşı Ioannis Kardassopoulos (Kardassopoulos) tarafından çıkartılmıştır. Kardassopoulos, Gürcistan'da sahip olduğu petrol ve doğal gaz boru hattı inşasına ilişkin imtiyazlarına 1995-1997 yıllarında Gürcistan tarafından el konulduğunu ve zararlarının tazmin edilmediğini gerekçe olarak sunarak tahkim yoluna başvurmuştur. Uyuşmazlığın önemiye bu tarihler arasında hem Yunanistan hem de Gürcistan'ın EŞA'yı muvakkaten uyguluyor olmasındadır. Hakem heyeti bir devletin EŞA'yı imzalaması aşamasında, muvakkaten uygulamayı reddetmeye yönelik bir irade beyanında bulunmasa dahi, daha sonraki bir zaman diliminde muvakkaten uygulamanın iç hukukuna aykırı olduğunu beyan etme hakkının saklı olduğunu belirtmiştir. Bu da itirazlara sebep olmuştur.

⁵⁹ Uyuşmazlık, Yukos Oil Corporation'ın hissedarları olan, Güney Kıbrıs Rum Kesimi kanunları çerçevesinde kurulmuş olan Hulley Enterprises Limited, Isle of Man, UK (Birleşik Krallık) kanunlarına göre kurulmuş olan Yukos Universal Limited ile yine Güney Kıbrıs Rum Kesimi kanunları çerçevesinde Veteran Petroleum Limited tarafından, EŞA hükümlerine dayanılarak, UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde Rusya Federasyonu aleyhine, 3 Şubat 2005 tarihinde, Daimi Tahkim Divanı'nda üç ayrı tahkim davası olarak açılmıştır. Daimi Tahkim Divanı ise, üç talebi de ayrı ayrı ele almakla beraber hepsinin aynı yetki kararına bağlanabileceği kanaatini getirerek uyuşmazlığa ilişkin tek bir karar çıkarmıştır. Rusya Federasyonu Anlaşmanın ulusal hukuk çerçevesinde onaylanmamış olmasını gerekçe olarak göstererek EŞA'nın onun için yürürlüğe girmediğini iddia etmiştir. Davacılar ise EŞA madde 45 hükümleri uyarınca Rusya'nın Anlaşmayı imzaladığı tarihten başlayarak muvakkaten uygulamakta olduğunu, hatta Rusya'nın EŞA'ya gönderdiği deklarasyon ile sözleşmeyi onaylamayacağını ifade etmesini uyuşmazlığa engel olarak değil, bu deklarasyonun Rusya'nın EŞA'yı muvakkaten uyguladığının bir kanıtı olduğunu ileri sürmüştür. Karar da Rusya aleyhine çıkarılmış ve bu yatırımlarla ilgili yükümlülükleri olduğu Daimi Tahkim Divanı tarafından beyan edilmiştir.

⁶⁰ CANER, s. 330.

V. KURUMSAL YAPI VE BU ANLAŞMAYI ETKİLEYEN KURULUŞLAR

A. Kurumsal Yapı

Enerji Şartının ana organı, yani yürütme ve karar alma organı, hükümetler arası bir örgüt olan Enerji Şartı Konferansıdır⁶¹. Anlaşmayı imzalamış ve anlaşmaya katılmış devletlerin her birinden birer yetkili temsilci Konferans üyelerini oluşturmaktadır. Bir ülkenin veya uluslararası kuruluşun anlaşmaya taraf sayılabilmesi ve dolayısıyla Konferansta temsilci bulundurma hakkına sahip olması için EŞA'nın hükümlerinin bağlayıcılığını kabul etmesi ve Anlaşmanın ilgili devlet veya kuruluşta yürürlükte olması gerekmektedir⁶².

Konferans senede iki kere periyodik olarak toplanır. Ayrıca, taraf akit devletlerin en az üçte birinin isteği halinde, diğer anlaşma taraflarına bildirilmesinden sonraki 6 hafta içinde olması şartıyla olağanüstü olarak da toplanabilmektedir.

Konferansın üstlendiği görevler Anlaşmanın 34. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. EŞA ve Protokolleri ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek, Anlaşma prensiplerinin ve hükümlerinin, aynı zamanda Protokoller hükümlerinin uygulanmasını incelemek ve kolaylaştırmak, EŞA prensiplerinin gerçekleştirilmesi için gereken uygun genel tedbirlerin koordinasyonunu, bu Anlaşma ve Protokollere uyumlu olarak kolaylaştırmak, Sekretarya tarafından yürütülecek çalışma programlarını göz önüne almak ve kabul etmek, Sekretaryanın yıllık hesaplarını ve bütçesini göz önüne almak ve onaylamak, Anlaşmanın Konferansı ve Sekretarya için gerekli olduğu öngörülen ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar da dahil olmak üzere, merkez bürolara ait veya diğer anlaşmalara ilişkin şartları göz önüne almak ve onaylamak veya kabul etmek, Protokollerin müzakeresine ilişkin görev tanımlarını belirlemek ve onaylamak, bununla ilgili metinleri ve yapılacak değişiklikleri göz önüne almak ve kabul etmek, deklarasyonlara ilişkin müzakereleri uygun görmek ve sonuçlarını onaylamak, Anlaşmaya katılımlara karar verme, birleşme Anlaşmalarına ilişkin müzakereleri uygun görmek, onaylamak veya kabul etmek, bu Anlaşmaya ilişkin değişiklik metinlerini göz önüne almak ve kabul etmek, Anlaşmanın Eklerinde

⁶¹ Bkz: 34. madde,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

⁶² Chalker, s. 439.

yapılan teknik değişiklikleri ve modifikasyonları göz önüne almak ve onaylamak, Genel Sekreteri atamak ve yapısal durum, personel kalitesi ve istihdam için gerekli standart koşulların tespiti de dahil olmak üzere Sekretaryanın oluşturulması ve fonksiyonlarının belirlenmesi için gerekli tüm kararları almak Konferansın görevleri olarak sayılmaktadır.

Bu görevlerin dışında, ilgili sözleşmedeki maddelerin anlaşılmasında yol gösterici olan mutabakatlar ve tarafların belli konulardaki görüşlerini yansıtan deklarasyon şeklindeki kararlar da alır, ama bu kararlar temelde bağlayıcı nitelikte değildir⁶³.

Konferans, görevlerinin yerine getirilmesi için alt organlar kurmakta da yetki sahibidir⁶⁴ ve yatırım, ticaret, transit, enerji verimliliği olarak sıralana bilirler. Bunlar, Yatırım Konuları Çalışma Grubu, Ticaret Çalışma Grubu, Transit Çalışma Grubu ve son olarak Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Boyutlar Çalışma Grubu'dur. Enerji Şartı Konferansı'na bağlı olarak da Bütçe Komitesi ve Hukuk Danışma Komitesi faaliyet göstermektedir.

Oylama alınacak kararlara göre farklı kurallara tabidir. Anlaşmada değişiklik yapılması, yeni üyeliklerin kabul edilmesi, anlaşma eklerine değişiklik getirilmesi, ortaklık anlaşması müzakere yetkisi verilmesi, anlaşmazlıkların çözümü için genel sekreter tarafından atanan jüri üyelerinin onaylanması kararları alınırken oybirliği gerekmektedir. Bu kararlardan başka önem arz eden diğer kararlar nitelikli çoğunlukla seçilir. Oy birliğine veya nitelikli çoğunluğa gerek olmayan konulardaki kararlar basit çoğunlukla kabul edilir.

Enerji Şartı Konferansının görevlerini yerine getirmesi için Sekretaryası bulunmaktadır⁶⁵. Sekretarya, Enerji Şartı Anlaşmasının ve Protokolünün uygulanmasını denetler, konferansın ve alt grupların toplantılarını düzenler ve yönetir, üye olmayan devletler ve uluslararası kuruluşlarla ilişkilerin geliştirilmesinde Enerji Şartı Konferansını temsil eder, uyuşmazlık çözüm usullerini yürütür veya kolaylaştırır⁶⁶. Enerji Şartı Anlaşmasındaki uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinde de

⁶³ Kılavuz, s. 186.

⁶⁴ Demir, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

⁶⁵ Bakınız: madde 35,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

⁶⁶ Baklacı ve Akıntürk, s. 100.

Enerji Şartı Sekretaryasının rolü büyüktür. Enerji Şartı Sekretaryasına başkanlık eden ve Konferans tarafından seçilen Genel Sekreterin yetki süresi beş yıldır.

B. Avrupa Birliği Açısından EŞA

Anlaşmanın varlığının Avrupa Birliği devletleri için önemini ve enerji kaynaklarına duyulan ihtiyacın bu sözleşmeyle giderilmesindeki isteği belirtmiştik. Ancak sözleşme sadece bu ihtiyaç konusunda değil, hem de uyuşmazlıkların ortaya çıktığı zaman AB açısından ehemmiyet taşımış, tahkim davalarının açılmasına sebebiyet veren konularda bu Anlaşmaya başvurulmasına yol açmıştır. EŞA çerçevesinde, günümüze kadar başlatılmış olan tahkim davaların çoğunlukla Avrupa Birliği devletlerine karşı ya da bu devletlerin yatırımcıları tarafından açıldığını biliyoruz. Bu anlamda yaklaştığımızda EŞA'nın neredeyse, Avrupa Birliğine üye devletlerin enerji yatırımcılarının da birbirini uluslararası tahkime taşıdığı bir mecra halini aldığını görmekteyiz. Neden gibi ise artık AB üyesi olan Merkezi ve Doğu Avrupa Ülkelerinin, AB üyesi olmadan önceki enerji sektörüne ilişkin (uzun dönemli alım taahhütleri gibi) uygulamalarının AB mevzuatı ile uyuşmaması nedeniyle sonlandırılması durumu yer almaktadır⁶⁷.

Diğer dikkat çekici konulardan biri ise Avrupa Birliğinin yenilenebilir enerji hedeflerine ulaşmak amacıyla Almanya ve İspanya gibi bazı üye devletlerin enerji projelerine verdikleri tarife desteklerini azaltması sonucu ortaya çıkan konjonktürdür. Benzer bir sorun da Çek Cumhuriyeti açısından mevcuttur. Çek Cumhuriyetindeki güneş enerjisinden elektrik elde edilmesine yönelik projelere verilen destek mevzuatındaki değişiklikler 7 ayrı yatırımcı tarafından tahkim davalarına konu edilmiştir⁶⁸. Tartışmaların esas odak noktası ise Avrupa Birliğinin üye devletleri tarafından akdedilmiş olan mevcut ikili yatırım anlaşmalarının yerini alacak AB devletlerini kapsayacak düzeyde bir anlaşma hazırlanana kadar geçecek süredeki

⁶⁷ Caner, s. 323.

⁶⁸ EŞA çerçevesinde yatırımcı ile ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. International Energy Charter, "In-Depth Review of Energy Efficiency Policies and Programmes of Croatia", 2005, <https://www.energycharter.org/index.php?id=213&L=0#Eiser.> , (16.08.2020).

durum ve AB üyesi devletlerin birbiri ile akdetmiş oldukları AB arasındaki İkili Yatırım Antlaşmalarının akıbetinin nasıl olacağıdır⁶⁹.

Hem Enerji Şartı Anlaşması, hem de Avrupa Birliği açık ve rekabetçi uluslararası piyasaya destek vermektedir. Rekabetin önündeki engellerin, piyasa çarpıklıklarının ortadan kaldırılması ve hafifletilmesi, istikrarlı, adil ve ayrımcı olmayan koşulların sağlanması her iki yasal rejimin ulaşmak istediği hedeflerdir⁷⁰.

C. DTÖ/GATT ile Anlaşmanın İlişkisi

EŞA'nın enerji ticaretiyle ilgili hükümleri müzakerelerin yürütüldüğü 1991-1994 yılları arasında GATT sistemine dahil olmayan birçok EŞA tarafı ülke olmasından dolayı önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu nedenle de akit taraflar arasında eşit hak ve yükümlülükleri sağlanmak amacıyla atıf yoluyla GATT 1947 hükümlerinin⁷¹ tüm EŞA taraflarına uygulanması kararı alınmıştır. Bu hüküm GATT tarafı devletler için yenilik olmayıp değişikliklere de sebebiyet vermemektedir. İzlenen süreçte, Anlaşmanın enerji ticaretine ilişkin hükümleri 24.05.1998 tarihli Ticaret Değişikliği ile Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması kuralları ile paralel hale getirilmiştir. Bu değişiklik hem de ticarete ilişkin konuların kapsamını genişletmiş ve enerji maddeleri ve ürünleriyle beraber enerjiyle ilgili malzemeleri (boru hatları, rüzgar tribünleri vb.) de EŞA kapsamına dahil etmiştir⁷².

Taraf devletlere DTÖ/GATT'ın transit serbestisi ilkesine uygun olarak, ayrımcılık yaratmayacak şekilde transiti kolaylaştırma sorumluluğunu koyan Transit ilkelerini içeren düzenleme Enerji Şartı Anlaşmasına atıf yapmakla birlikte transit serbestisi ilkesinin yorumlanması da açık değildir⁷³.

EŞA madde 7 (1)'de yer alan transite erişim başlığı altında değerlendirdiğimiz düzenleme, GATT madde 5/1'i kapsayan transit serbestliği ilkesine ve ayrımcılık yapmamaya dayanmaktadır. Transite ilişkin uluslararası hukuki yapı genel olarak

⁶⁹ Caner, s. 323.

⁷⁰ Coop, s. 419.

⁷¹ Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty A Reader's Guide*, s. 20.

⁷² Caner, s. 321.

⁷³ Energy Charter Treaty, *Transit Protocol*, 2015, <https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/> , (02.01.2020).

GATT'ın V. maddesinde ifade edilmiştir. GATT madde V (2) transit serbestisini düzenlemektedir ve bu maddeye göre, uluslararası transit için en elverişli yolları kullanan Anlaşma Taraflarının ülkelerinden gelen veya buralara giden transit taşımalar, diğer Anlaşma Taraflarının ülkelerinde transit serbestisinden yararlanacaktır. Diskriminasyon yapılmayacağı da madde V (2) ikinci paragrafta gösterilmiştir. Başka bir husus ise diğer Anlaşma Taraflarının devletlerinden gelen veya buralara giden nakliyat gereksiz bekletme veya sınırlamalara tabi tutulmayacak ve nakil masraflarıyla, transit dolayısıyla yapılan idari masraflara veya ifa edilen hizmetin bedeline karşılık gelen ücretler hariç, gümrük resimlerinden, transit resimlerinden veya transitle ilgili diğer vergilerin dışında tutulacaktır. Bu enerji materyalleri ve ürünlerinin DTÖ üyesi devletin ülkesi yoluyla naklinde gümrük vergileri veya diğer vergi ve harçların uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Transiti içeren resimler, kanunlar ve kurallar bağlamında her Anlaşma Tarafı, diğer Anlaşma Taraflarının ülkelerinden gelen veya buraya giden transit taşımalara, herhangi bir üçüncü devletten gelen veya buraya giden transit taşımaya uyguladığı muameleden daha az elverişli bir muamele uygulamayacağı söz konusudur⁷⁴.

⁷⁴ Huseynbeyli, s. 43.

İKİNCİ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI

KAPSAMINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM

YÖNTEMLERİ

I. SULH YOLU İLE VE KURULUŞLARIN YARDIMIYLA ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

İkinci Dünya Savaşı Avrupa'yı parçaladıktan sonra devletlerin karşısındaki en önemli hedefler, uluslararası ilişkilerin yeniden inşası, gelecekteki olası savaşları önlemek, uluslararası alanda temel ideolojiler benimsemekdi⁷⁵. Bu bağlamda gelecekteki olası uluslararası uyuşmazlıklar için de farklı çözüm yöntemleri öngörülmüştür. Örneğin, uluslararası örf ve adet genellikle görüşmelere (negotiation) katılma yükümlülüğü getirmektedir. Görüşmeler daha çok kamuyu ilgilendiren konularda hükümet adından büyükelçi ve diğer diplomatlar ya da uzmanlaşmış kamu görevlileri tarafından yürütülür⁷⁶. Bu gibi görüşmelerde sonuç elde edilebilmesi için tarafların aynı fikirde olmaları ya da ortak fikirde karar kılmaları gerekmektedir.

Üçüncü kişilerin uyuşmazlığın tarafı olan devletleri görüşmeler yapmak ve sulh yolu ile uyuşmazlıkları çözmek için ikna etmeye çalıştığı; taraflar arasında haberleşme, öneri ve teklif akışına dahil olduğu faaliyet ise “dostça girişim” (bons offices) olarak adlandırılmaktadır⁷⁷. Dostça girişim sürecindeki üçüncü kişi uyuşmazlığın özüne girmemekle beraber, öze ilişkin öneriler de getirmemektedir. Üçüncü kişi, sadece görüşmelerin sağlanması ve tarafların bir araya gelerek mutabakata ulaşması görevini ifa etmektedir⁷⁸.

Uzlaştırma da uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yöntemlerden biridir. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'ne (Institut de Droit International) göre;

Uzlaştırma, bir uyuşmazlıkla uğraşmak üzere, taraflarca bu mesele için geçici olarak veya daha önceden sürekli nitelikte tesis edilmiş olan komisyonun güdümü

⁷⁵ Kim Talus, **EU Energy Law**, Oxford University Press, New York, 2016, s. 1.

⁷⁶ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 2006, s. 278.

⁷⁷ Feyiz Erdoğan, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 22.

⁷⁸ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 449.

*altında, her türden uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için bir yöntemdir. Komisyon, uyuşmazlığı tarafsız bir şekilde inceleyip değerlendirebilir ve bir çözüm üretme bakımından taraflarca kabul edilebilir ve icra edilebilir çözüm formüllerini sağlamaya çalışır*⁷⁹.

Uzlaşmanın en önemli ve dikkat edilmesi gereken özelliği, uyuşmazlığın aynı organ tarafından hem incelenmesi hem de çözüme yönelik önerilerin sunulmasıdır⁸⁰. Uzlaştırmadan farklı olarak, tahkimde ise hakem kurulu, taraflara çözüme yönelik öneriler sunmak için değil, nihai bir karar vermek için var olmaktadır.

EŞA, ilk aşamada uzlaştırmayı zorunlu hale getirmiştir. ICSID Tahkim Kuralları uyarınca da uzlaştırma, uyuşmazlığın çözüm yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ve bu alternatif çözüm yöntemine sadece devlet değil, yabancı yatırımcı da başvurabilmektedir. Hatta tecrübede yabancı yatırımcının uzlaştırmayı, devlete nisbette daha çok tercih ettiği bilinmektedir⁸¹. Hem mali, hem de zaman tasarrufu bakımından elverişli olması bunun en önemli nedenlerindendir. EŞA kapsamında transit uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin de uzlaştırma kabul edilmektedir.

II. ULUSLARARASI TAHKİM

A. Tahkim Kavramı ve Tarihi

Tarihi çok eskilere kadar giden tahkim, önceleri sadece kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan bir yapıya sahipti. Kişiler arasında doğan hukuki uyuşmazlıklar genellikle devlet mahkemelerince ilgili devletlerin yasal düzenlemeleri uyarınca karara bağlanır. Bunun yanında maddi hukukun tanıdığı irade serbestisi prensibi, usul hukuku bakımından da uygulanmıştır. Bu prensibe bağlı olarak uyuşmazlık taraflarına kendi aralarında bir anlaşma yaparak aralarındaki uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemelerinin yanı sıra özel kişilere de tanıma hakkı verilmiştir⁸².

⁷⁹ Erdoğan, s. 23.

⁸⁰ Sur, s. 281.

⁸¹ Engin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 75.

⁸² Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, **Uluslararası Tahkim Hukuku**, Beta Basım, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 2008, s. 15.

Tahkim, Arapça'dan Türkçe'ye geçmiş bir kelime olup, etimolojik anlamda 'hüküm' kelimesinden türetilmiştir ve 'muhakeme etme' anlamına gelmektedir⁸³. Tahkim teriminin İngilizce karşılığı olan 'arbitration' terimi de Latince'deki 'arbitratus' kelimesinden türemiş ve 'karar vermek' anlamını taşımaktadır. Uluslararası tahkim ise iki devlet arasındaki ya da bir devletle bir uluslararası kuruluş arasındaki ya da bir özel kişi veya özel kurumla bir devlet arasındaki ya da farklı uyruklara sahip özel kurum veya kişiler arasındaki tahkim anlamını taşımaktadır⁸⁴. Uluslararası tahkim terimi uluslararası ticari tahkim terimi ile aynı anlama gelmektedir. Ancak özel kişilerin de taraf olabildiği ve bazen kamu hukuku tüzel kişilerini ilgilendiren uluslararası ticari tahkimi sadece kamu alanında kullanılan uluslararası tahkimle karıştırmamak gerekmektedir⁸⁵.

Kelime anlamı olarak ise tahkim; taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi yöntemidir⁸⁶. Yani, uyuşmazlığın mahkeme tarafından çözülmesi yerine tarafların belirlediği bir veya birkaç bağımsız üçüncü kişi (hakem) tarafından geçerli bir karara bağlanması tahkim olarak (arbitration) adlandırılmaktadır⁸⁷. Doktrinde başka tanımlara da yer veriliyor⁸⁸.

"Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir"⁸⁹. Tahkim, en genel anlamıyla, hukuki uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısına alternatif bir çözüm yolu gibi kabul edilebilir.

⁸³ Milli Eğitim Bakanlığı, **Örnekleriyle Türkçe Sözlük**, Cilt:4, İstanbul, 2020, s. 2724.

⁸⁴ Murat Yıldırım, **Uluslararası Vergi Hukuku'nda Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 8.

⁸⁵ SUR, s. 286.

⁸⁶ Yıldırım, s. 1.

⁸⁷ **Oxford Dictionary of Law**, 2003, s. 31.

⁸⁸ Örneğin, "Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir." Bkz.: Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir- Demir Yayıncılık, Cilt:6, İstanbul, 2001, s. 5875.

⁸⁹ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2020, (Tahkim), s. 5.

Hukukun birçok alanını kapsayacak başka bir tanımlamaya göre, tahkim, uyuşmazlığın taraflarca seçilen tek hakem veya hakemler kurulundan oluşan bağımsız bir kurumda görülmesidir⁹⁰.

Her türlü uyuşmazlık tahkimde çözülemez. Kanunların ve uluslararası sözleşmelerin izin verdiği konularda ve taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşması veya tahkim şartıyla uyuşmazlık çözümü için bu yöntem uygulanabilir. Taraflar yaptığı anlaşmayla bir tahkim kurumunun kurallarına atıf yaparak o kuralları uygulayabilecekleri gibi herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın da tahkimi tercih edebilirler⁹¹.

Uluslararası tahkim iki şekilde olabilir: ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim. Ad hoc tahkim, ortaya çıkmış uyuşmazlık için özel olarak tarafların anlaşmasıyla oluşturulmuş veya belirli tahkim kuralları öngörülerek oluşturulan tahkimdir. Sadece o taraflar arasındaki somut olay için tarafların ortak anlaşmasıyla geçici olarak oluşturulan ve milletlerarası alanda herhangi bir kuruma bağlı olmadan yapılan bu hakem yargılamasına ad hoc tahkim (geçici) denilir⁹². Eğer taraflar tahkimin ağırlıklı olarak kendi denetimlerinde gerçekleşmesini isterlerse ve hakemleri, tahkim usulünü, tahkim yerini, hatta esasa uygulanacak maddi hukuku kendileri tayin edebilir ya da seçtikleri hakemlere bu konuda yetki verebilirler.

Kurumsal tahkimde ise tahkim yerleşik bir tahkim kurumunun idaresinde ve onun kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir⁹³. Kurumsal tahkim kararlaştırılmışsa uygulama zamanı kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları geçerli olacaktır. Tarafların kendi iradeleriyle düzenlenmemiş konular, sözleşmede ya da tahkim şartında belirlenmemiş hususlar bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. Böyle bir kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek ve bu kurumun organizasyonuna tabi olacak tahkim, kurumsal tahkimdir⁹⁴.

⁹⁰ Yıldırım, s. 2.

⁹¹ Malike Polat Ortakaya, **Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Uygulamaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 97.

⁹² Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1986, s. 69.

⁹³ İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 43.

⁹⁴ Şanlı, s. 69.

“Tahkim, tarafların iradeleri doğrultusunda yalnızca kanunun izin verdiği uyuşmazlıkların çözümünün, özel kişilere bırakılarak milli mahkemelerin yargı yetkilerine alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁹⁵”.

Kamu alanında uluslararası tahkimin tarihi, “Jay Treaty” anlaşmasına dayanmaktadır. Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri arasında 1794’te yapılan bu antlaşma, 1872 yılında Alabama Anlaşması için bir model rolünü üstlenmiştir. Alabama Anlaşması ile modern tahkim tarihinde uluslararası alanda yeni bir devir başladığı kabul edilmektedir. Zira bu anlaşma imzalandıktan sonra artık uluslararası sözleşmelerde de tahkim şartı kullanılmaya başlanmıştır⁹⁶.

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin barışçıl bir yöntem gibi kullanılması, 1 Ağustos 1975 tarihinde Türkiye de dahil 35 ülkenin yetkilileri tarafından imzalanan Helsinki Nihai Senedinde de ayrıca tavsiye edilmiştir. Bu Senet alanın değerli belgelerinden biridir. Senette tahkimle ilgili detaylı düzenleme yer almamaktadır. Buna rağmen tahkimin hem ticari hem de devletlerarası uyuşmazlıkların çözüm yöntemi gibi önerilmesi, önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Bu Sened temel alınarak oluşturulan ve 1975 tarihinde imzalanan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı da yarandığı dönem açısından çok faydalı olmuştur⁹⁷.

Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümü Konusunda 1899-1907 tarihli Lahey Barış Konferanslarının sonucu olarak La Haye Sözleşmesi imzalanmıştır. Konferansların getirdiği en önemli yenilik, devletlerarası uyuşmazlıkların giderilmesinde başvurulabilecek organ oluşturma çabalarıdır. Zorunlu tahkim kurumu yaratma girişimleri gerekli uzlaşma sağlanamadığı için mümkün olmamıştır⁹⁸. Konferansın önemli bir başarısı ise uluslararası bir çözüm mekanizması sayılabilecek Sürekli Hakemlik Mahkemesi’ni oluşturulmasıdır. Sürekli Hakemlik Mahkemesi, uyuşmazlık doğduğu anda devletlerin var olan listeden istedikleri hakemleri seçebildiği ve her an mahkeme kurmaya hazır milletlerarası bir kuruluştur. Sürekli

⁹⁵ Ortakaya, s. 97.

⁹⁶ Yıldırım, s. 19.

⁹⁷ Veli Atılgan, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Hakem Kararlarının İptal Sebepleri”, 2004, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_119.htm , (29.04.2021).

⁹⁸ Mehmet Gönlübol, **Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1964, s. 61.

adlandırılmasının sebebi ise, uyuşmazlık doğduğunda tarafların başvurduğu anda hemen tahkim usulüyle mahkemenin başlatılmasına hazır olmasıdır⁹⁹.

Zorunlu tahkimi konu alan ilk sözleşme ise Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü için 1928 Milletler Cemiyeti Genel Senedi'dir. Sözleşmede hukuki ve siyasi uyuşmazlıkların birbirinden farklı olduğu vurgulanmış ve sadece hukuki nitelikteki uyuşmazlıkların tahkimin kapsamına gireceği belirtilmiştir. Tahkim Usulü Hakkında 1958 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Model Kuralları ise, hakem kararlarının geçersiz sayılabileceği hususları ve bunun gerekçelerini düzenlemek için oluşturulmuştur¹⁰⁰.

Tahkim yargılamasının sona ermesi ve hakem kararının verilmesi uyuşmazlığın çözümlenmesinin bittiğini göstermez. Hakem kararları bağlayıcı olsa da onun uygulanabilir olması için başka bir devlette tanınması ve tenfizi gerekmektedir. Her devletin egemenlik ilkesi çerçevesinde tanınma ve tenfizle ilgili maddi hukuk düzenlemelerinin olması bu konularda farklı kuralların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi¹⁰¹ bu sorunu çözüme kavuşturmuştur. Sözleşme ile beraber hangi durumların hakem kararlarını tanımamak veya tenfiz etmemek için sebep olabileceği konusu düzenlenmiştir. Bu tarihten itibaren sözleşmede tespit edilmiş kurallara uygun verilmiş kararlar zorunlu olarak tanınmalıdır. New York Sözleşmesi bu kuralların uygulanma alanını geniş tutarak milli ya da yabancılık unsuru şartı aramamaktadır. Zira Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda 1961 tarihli Cenevre-Avrupa Sözleşmesi¹⁰² aynı konuyu sadece uluslararası ve ticari nitelikteki uyuşmazlıklarda uygulamaktadır¹⁰³. Bu sözleşme, New York Sözleşmesi bakımından tamamlayıcı ve daha dar kapsamlı nitelikte olmaktadır.

Milletlerarası ticaretin gelişmesi, bu alanda ortaya çıkmış uyuşmazlık sayısını da artırmıştır. Buna paralel olarak milletlerarası alanda tahkimin uygulaması da artmıştır. Milletlerarası ticaret alanındaki uyuşmazlıkları çözecek bir uluslar üstü

⁹⁹ Muhammed Erdal, "Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müessese "Sürekli Hakemlik Mahkemesi", **D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt:19, Özel Sayı, 2017, ss. 2871-2892, s. 2880, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/9-MUHAMMED-ERDAL.pdf> , (24.05.2021).

¹⁰⁰ Yıldırım, s. 21.

¹⁰¹ RG. 26.10.1989-500.

¹⁰² RG. 21.05.1991-20877.

¹⁰³ Yıldırım, s. 22.

mahkeme bulunmamaktadır. Bu durum, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkların milli mahkemelerde çözümlenmesi sonucuna yol açacaktır. Ancak ticari uyuşmazlıklarda hiçbir taraf, karşı tarafın milli mahkemesinde uyuşmazlığın görülmesini tercih etmez. Özellikle de uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olduğu milletlerarası uyuşmazlıklarda, söz konusu devletin kendi mahkemelerinde dava açılması, diğer tarafın haklı olarak tercih etmeyeceği bir yöntemdir. Bu sebeple, milletlerarası ticari uygulamalarda tahkim kavramı, özellikle herhangi bir taraf açısından avantaj ya da dezavantaj teşkil etmemesi, sonuç olarak tahkimin uyuşmazlığın tüm tarafları için objektif olması bakımından uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak en çok tercih edilen bir yöntem olmaya başlamıştır¹⁰⁴.

B. Tahkim Sürecinin Sağladığı Yararlar

Tahkimin diğer alternatif çözüm yöntemlerinden daha çok tercih edilmesinin birçok nedeni bulunmaktadır. Milletlerarası ticaret ile uğraşan tacirler bakımından tahkimin hızlı bir çözüm yöntemi olması en önemli sebeplerdendir. Artık milletlerarası ticaretin böylesine dinamik olduğu bir dönemde mahkemelerdeki ağır yargı prosedürüne katılmak tacirlerin bu piyasada çok şey kaybetmesine neden olur. Bu sebeple de tahkim gün geçtikçe daha da önem kazanmaktadır.

Birçok farklı alanlarda aynı anda uyuşmazlık çözümü ile uğraşan devlet yargısına kıyasen tahkimde hakemler tam da uyuşmazlık konusunda uzman kişilerdir ve tarafların iradesi ile seçilirler. Mahkeme yargılamasında sadece hakimin reddi veya yasaklılığı kapsamında hakim davadan el çektirilebilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁰⁵ (HMK) 34. maddesinde hakimin davaya bakmaktan yasaklılığı sebepleri, 36. maddede ise ret sebepleri yer almaktadır. Buna karşın kurumsal tahkimde ise taraflar hakemleri serbestçe seçebilir, istemediklerinde itiraz edebilir, ya da hakemler, tarafların anlaştıkları kurum tarafından seçilebilir. Tahkimin diğer bir tercih nedeni de devlet yargısının katı ve belirli sınırlarının tahkim yargılaması sürecinde olmamasıdır. Milletlerarası ticaretin ruhuna uygun olarak tahkim prosedüründe kurallar devlet yargısına nazaran çok daha esnektir. Bu sayede hakemler de daha bağımsız ve rahat hareket edebilirler. Tahkim, her iki tarafa, devlet

¹⁰⁴ Akıncı, Tahkim, s. 10.

¹⁰⁵ RG. 04.02.2011-27836.

ve ya özel kurum olsun, eşit uzaklıkta ve eşit şartlarda yaklaşan bir yargılama olarak kabul edilir¹⁰⁶.

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin, akdedilen New York Sözleşmesi gibi milletlerarası sözleşmeler sayesinde mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize nazaran kolaylaştırılmış olması da milletlerarası ticari tahkimin daha sık tercih edilmesine neden olmaktadır¹⁰⁷.

Bütün bunların yanı sıra tahkimin en önemli tercih nedenlerinden biri de taraflara tanıdığı irade serbestisidir. Bu serbesti sayesinde taraflar uyuşmazlığın çözüm sürecinde oldukça önemli bir özgürlüğe sahip olurlar. Örneğin taraflar, tahkim yerini, uyuşmazlık hakkında sonuca varacak olan hakemleri, yargılama dilini, bu yargılamada uygulanacak usul kurallarını seçebilme hakkına sahiptirler¹⁰⁸.

Bazı ticari şirketlerin, hatta devletlerin de uyuşmazlığın çözüm yöntemi gibi tahkimi tercih nedenlerinden biri de onun gizlilik kurallarıdır. Sözleşme yapan taraflar her zaman aynı hoşgörüyü ve anlayışa sahip olmayabilirler. Dolayısıyla da tahkim mahkemesi, bir tarafa çok önemsiz görülen konularda bile –ki bu konu diğer taraf için önem taşıyabilir- gizliliğin sağlanmasına karar verebilir¹⁰⁹. Gizli kalması beklenen konulara tahkim yeri, hakemlerin kimliği, deliller, kanıt niteliğindeki belgeler, kararın içeriği gibi haller örnek gösterilebilir.

Milli mahkemelerdeki yargılama yanında tahkim kurumunun varlık sebeplerini; devlet yargısındaki yüklerin azaltılması; yabancılık unsuru taşıdığı için hukuki ilişkilerde milli mahkemelerin tarafsızlığı konusundaki haklı endişeler, ticari ilişkiye giren taraflar için bu ilişkilerden doğan istikrar ve güvenin sağlanması; uyuşmazlığı konuyu iyi bilen uzman kişilerce çözümlenmesinin daha makul olması; devlet yargısı ile kıyaslandığında çözüme daha hızlı ve ekonomik bir şekilde ulaşmak açısından daha elverişli olması oluşturmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁶ Ortakaya, s. 98.

¹⁰⁷ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994, (Hakem Kararları ve Tenfizi), s. 40.

¹⁰⁸ Ortakaya, s. 97.

¹⁰⁹ Kemal Dayınlarlı, **UNCİTRAL Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000, s. 44.

¹¹⁰ Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, s. 16.

Teknik ve özel bilgilerin de gerektiği uyuşmazlıklar açısından baktığımızda hakimlerin bilgisi yetersiz kalabilmektedir. Tahkim yargılaması, uyuşmazlığın konunun uzmanı kişiler tarafından karara bağlanması bakımından daha uygundur¹¹¹.

Tahkimin bu kadar kolay ve kullanışlı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasına rağmen, hala en yaygın kullanılan yargılama yöntemi milli mahkemelerdir. Örneğin İtalyada eyalet mahkemelerinin kullanımı öyle fazla ki ad hoc kullanımına dair istatistik bile yapılmamaktadır¹¹². Oysa ki bu tür alternatif çözüm yöntemleri, modern bir demokrasinin sağlık ve istikrarının sadece kurumların adaletine değil, aynı zamanda vatandaşların niteliklerine ve tutumlarına da bağlı olduğunu açıkça ortaya koymuştur¹¹³.

Tahkimin en büyük dezavantajı bu prosedürün pahalı olmasıdır. Vekilin yanı sıra hakemin veya hakemlerin, varsa tahkim kurumunun masrafları bu çözüm yolunu pahalı kılan unsurlardır. Yapılan bir arştırmada da katılımcıların büyük çoğunluğunun tahkimi seçmeme sebebi olarak masraflar olduğu gözlemlenmiştir. Ancak ticari şirketler açısından zaman kaybının ne kadar zarara mal olduğuna dikkat edince bu harcamaların devlet yargılamasıyla kıyaslandığında daha az olduğu da söylenebilmektedir¹¹⁴.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek uzlaştırma, müzakere veya arabuluculuk gibi diğer bazı çözüm yolları, aksi kararlaştırılmadıkça ya da özel bir durum yoksa, tarafları bağlamayacaktır. Bu nedenle de tarafların seçtikleri bu alternatif çözüm yolları sonuç vermezse ya da taraflardan biri bu çözüm yöntemini kabul etmezse, uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere veya tarafların kararlaştırmaları ya da rıza göstermeleri halinde tahkime gitmek gibi seçimleri olacaktır. Böyle bir durumda da çözüm bulunamadan geçirilen bunca zaman ve yapılan tüm masraflar tarafların aleyhine olacaktır. Fakat, hakem kararları, aynı yargı kararları

¹¹¹ Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, s. 16.

¹¹² Michelangelo Ciogna ve Andrew G. Paton, “Italy”, **The International Arbitration Review**, (Ed. James H. Carter), Law Business Research, 7.baskı, London, 2016, ss. 234-249, s. 239.

¹¹³ Will Kymlicka ve Wayne Norman (Ed.), **Citizenship in Diverse Societies**, Oxford University Press, New York, 2000, s. 6.

¹¹⁴ Detaylı bilgi için bkz: Loukas Mistelis, “Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006”, çev. Bahar Ceyda Süral, **TBB Dergisi**, Sayı:70, 2007, s. 169, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-319> , (06.05.2021).

gibi taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahip oldukları için önceden tahkime gidilmesi daha faydalı olabileceği sonucuna varılabilir¹¹⁵.

Bazı karakteristik özellikleri nedeniyle tahkim, diğer alternatif çözüm yollarından farklılık gösterir. Örneğin, arabuluculuk kurumu tahkimle benzer sonuçlara ulaşmak için oluşturulduysa da farklı prosedürlere tabidir. Arabuluculuğun öğretilde farklı tanımları yer almaktadır. Özbek'e göre arabuluculuk, "Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları bir anlaşmayı müzakere edebilmeleri amacıyla bir araya getirmeye çalışan, tarafların uzlaşmalarını ve birbirlerini anlamalarını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür¹¹⁶". Arabuluculuk üçüncü kişinin kendi teklifiyle ya da istek üzerine başlayabilir. Tahkim ise önceden veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra mutlaka tarafların istekleri üzerine başlayabilir. Arabuluculuktan farklı olarak üçüncü kişilerin tahkim sürecini başlatma ve hakem olma teklifi sunabilmesi söz konusu olamaz. Hakem karar vermek için, arabulucu ise sadece tarafların müzakere yapmalarına yardımcı olmak için orada bulunmaktadır¹¹⁷.

Hakem, yargılama sürecinde hakimlerin gerekli konularda başvurduğu bilirkişiden de farklı niteliklere sahiptir. Bilirşiki, yargılama sürecinde taraflarca belirli bir konu hakkında makul bir bulgu elde etmek ve bu konuyla ilgili iddialar bakımından bir sonuca varmak için tarafsız biri olarak görevlendirilebilir. Böylelikle, bilirkişi daha çok teknik ihtilafların çözüme kavuşmasına yardımcı olmaktadır. Bilirkişinin sunduğu bulgular tarafları bağlamaz ve taraflar aynı bulguları sadece müzakere zemini bulmak için de araştırmış olabilirler¹¹⁸. Hakem belli bir konuda karar verirken bilirkişi belli bir konuda bilgi vermektedir. Hakemin vermiş olduğu karar her zaman bağlayıcıdır. Fakat bilirkişinin ulaştığı sonucun bir bağlayıcılığı yoktur¹¹⁹.

¹¹⁵ Akıncı, Tahkim, s. 9.

¹¹⁶ Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 202.

¹¹⁷ Şeref Ünal, **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 331.

¹¹⁸ Uğur Emek, **Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü**, DPT Yayınları, 1999, s. 16,

https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Uluslararası_Ticarette_Tahkim_Prozed%C3%BCr%C3%BC%E2%80%8B.pdf, (25.05.2021).

¹¹⁹ Yıldırım, s. 16.

C. Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı

1. Tahkim Sözleşmesinin Unsurları

Tahkim yolu ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısı yerine hakem olarak adlandırılan özel kişileri yetkili kılarlar. Dolayısıyla tahkim sürecinin işleyebilmesi için tarafların tahkim anlaşması yapması gerekmektedir. Gelecekte yaranabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi doğrultusunda bir anlaşma bulunmazsa tahkime başvurmak mümkün olmayacaktır. Bu yüzden tahkim anlaşması, tahkimin “olmazsa olmaz” (conditio sine qua non) koşuludur¹²⁰.

Tahkim anlaşması, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun ¹²¹ (MTK) 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır”. Ayrıca, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabileceği de aynı maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde taraflar, bağımsız bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine tahkime girme isteklerini aralarındaki mevcut ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmeye bir madde olarak da ekleyebilirler ve ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine karar verebilirler. Sözleşmeye eklenecek bu hükme ‘tahkim şartı’ denilir ve tahkim sözleşmesi olmasa bile bu şart ayrı bir sözleşme ile aynı geçerliliğe sahiptir. Milletlerarası anlaşmalarda da benzer hükümler var. Örneğin, Avrupa-Cenevre Anlaşması’na göre de taraflar hem tahkim sözleşmesi imzalayabilirler, hem de sözleşmeye ek bir madde gibi tahkim şartı koyabilirler. Bu iki yol da aynı hukuki sonuçlara neden olur¹²². Ancak tahkim sözleşmesinden farklı olarak tahkim şartında uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilirken gereken tüm tahkim koşulları gösterilemeyebilir. Buna rağmen, uygulamada tarafların ayrı bir tahkim sözleşmesi yerine, tahkim şartı düzenledikleri daha sık rastlanmaktadır. Hatta uygulamaya bakıldığında tarafların sonradan tahkim yolunu kararlaştırdıkları durumlar ve sözleşme dışı uyuşmazlıklar bir tarafa bırakılırsa tahkim sözleşmesi

¹²⁰ Akıncı, Tahkim, s. 126.

¹²¹ RG. 05.07.2001-24453.

¹²² Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990, s. 5.

yapılmasının çok istisnai olduğu bile söylenebilir¹²³. Tahkim şartı için ayrı bir sözleşmenin gerekmemesi, dolayısıyla zaman ve masraf kaybının en aza indirilmesi de bu duruma olanak sağlayan nedenlerden biridir¹²⁴.

Ancak tahkimin daha hızlı bir süreç olduğunu bilmesine rağmen uyuşmazlığın tarafı olan devletler, tahkime mesafeli yaklaşmaktadırlar. Bunun sebebi ise yargı yetkilerinin dolayısıyla da egemenliklerinin zarar göreceği endişesidir. Vergi uyuşmazlıkları gibi devletin tekelinde olan alanlarda ise özellikle yargılamayı 3. kişilere devretmek hiç de kolay gelmemektedir¹²⁵.

Hakemlerin yargılama yetkisinin sözleşmeden değil, devletten kaynaklandığını belirten “Delegation Teorisi”, tahkimi devlet yargısının bir uzantısı olarak kabul etmektedir. Bu teori’ye göre taraflar, kendi aralarında anlaştığı takdirde bu yetkiyi devlet mahkemelerinden alıp aynı işi yapan özel kişilerce uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Bunun kamu için faydalı olması devletin kendisine ait olan yargılama görevini hakemlere devretmesi için iyi bir neden oluşturur¹²⁶. Yani, aslında hakemler devletin yükümlülüğünde olan işleri halleden bir araçtır¹²⁷. Ancak tahkim yargılama sürecinin, hakemlerin bağımsızlığı, güçlü ve zayıf tarafların eşitlenmesinin sağlanması, hızlı ve kolay ulaşılabilir olması gibi nedenlerden tercih edildiği gerçeği de unutulmamalıdır.

Tahkim sözleşmesini hakem sözleşmesinden ayırmak gerekir. Hakem sözleşmesi, hakemlerle taraflar arasında hakemlik ücreti ve yargılama olduğu süreç diğer koşullara ilişkin olarak yapılan anlaşmadır. Tahkim sözleşmesi ise sadece uyuşmazlığın tarafları arasındaki anlaşmayı ve çözüm yöntemi olarak tahkimde karar kıldıklarıyla ilgili anlaşmadır¹²⁸.

¹²³ Akıncı, Tahkim, s. 132.

¹²⁴ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2018, s. 433.

¹²⁵ Yıldırım, s. 17.

¹²⁶ Uluslararası vergi hukukunda tahkim anlaşması ya ikiden fazla devlet arasında çok taraflı olarak imzalanmış bir sözleşmeden ya da iki devlet arasında imzalanmış çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmasından kaynaklanabilir. Birinci durumda tahkimin konusu transfer fiyatlandırmasından doğan vergi anlaşmasının uygulanmasından ya da yorumundan doğan uyuşmazlıklar, ikinci durumda ise vergi anlaşmasının uygulanmasından doğan uyuşmazlıklardır. – Yıldırım, s. 4.

¹²⁷ Bilgehan Yeşilova, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **TBB Dergisi**, Sayı:76, 2008, s. 105, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421_\(06.05.2021\).](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421_(06.05.2021).)

¹²⁸ Nomer, Ekşi ve Gelgel, s. 20.; Akıncı, Tahkim, s. 132.

Taraflar, tahkim anlaşması yaparken aralarındaki uyuşmazlıkların tümünün tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, bu uyuşmazlıkların sadece belirli bir bölümünün tahkim yoluyla çözümlenebileceğini ve geri kalanının tahkim dışında kalarak çözülebileceğine de karar verebilirler. Böyle bir durum söz konusu olduğunda ise tahkim anlaşması dışında kalan konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, mahkemelerde çözümüne kavuşacaktır. Uygulamada bazen tarafların herhangi bir konuyu istisnai olarak kabul etmesi ve o konu dışındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırdıkları görülmektedir¹²⁹.

Tahkim anlaşması, tabiatı ve maksadı, hukuki mahiyeti itibariyle taraflar arasında var olan borçlar hukuku ilişkisini düzenleyen asıl sözleşmeden farklıdır ve ondan bağımsızdır. Hatta asıl sözleşmeye dercedilmiş olsa dahi tahkim anlaşmasının sözleşmeden müstakil olduğu, Kıta (Kara) Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemini benimseyen devletlerde, tahkim yapan milletlerarası kurumların tahkim kurallarında da kabul edilmiş olan bir konudur¹³⁰.

Tahkim anlaşması, bazen tahkim usulünün işleyişiyle ilgili temel hususları ya da asgari unsurları içermeyen, alışılmışın dışında bir içeriğe sahip olabilir ve bu tür sözleşmeler ‘hastalıklı’ sözleşmeler olarak nitelendirilir. Hangi eksikliklerin ya da farklı hususların ‘hastalıklı’ bir tahkim sürecine yol açacağı ise taraflar arasındaki uyuşmazlıkların ve onlara bağlı hukuki ilişkinin koşullarına göre belirlenebilir. Bunun yanı sıra, tahkim sözleşmesinin çok uzun ve fazla detaylı olması da işlevselliğine engel olabilecek nitelikte olmamalıdır¹³¹.

Tahkim anlaşması, sadece onu imzalamış tarafları bağlar. Diğer bir anlatımla, tahkim yargılamasında yer alabilmek ve taraf olabilmek için, öncelikle tahkim anlaşmasına taraf olmak gerekmektedir¹³². Anlaşma sadece sözleşmenin taraflarını bağlayacağından, özellikle grup şirketleri açısından, hangi grup şirketinin sözleşmeyi imzaladığı konusu önem taşımaktadır. Çünkü sözleşmeyi imzalayan sadece bir şirketsen, o şirketin şirketin dışında kalan başka şirket veya grubun diğer şirketlerini

¹²⁹ Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, s. 18.

¹³⁰ Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 34.

¹³¹ Ortakaya, s. 58.

¹³² Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta dağıtım sözleşmesinde tahkim anlaşması bulunmasına rağmen, davanın aracı ihracatçı şirkete karşı açılmıştır. Davalı şirketin dağıtım sözleşmesine taraf olmadığı gibi, tahkim anlaşmasına da olmaması dolayısıyla, Yargıtay, uyuşmazlığın tahkimde çözülemeyeceğine karar vermiştir.-Akıncı, Tahkim, s. 128.

tahkim davasında taraf olarak kabul etmek hem onlar için sorun çıkartabilecek hem de karşı tarafın sözleşmedeki irade beyanının geçerliliğini sorgulatacaktır¹³³.

Tahkim anlaşmasının söz konusu olabilmesi için öncelikle tarafların irade beyanlarının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mutlaka anlaşmada yazılı olarak belirtilmiş irade açıklamasıyla mümkün olabilmektedir. İrade beyanı yoksa, tahkim anlaşması ya da tahkim şartı geçerli olmayacaktır.

Tahkim anlaşmasında irade beyanı esas bakımından da çok önemlidir. Şöyle ki, irade açıklamasında ortaya çıkan belirsizlik sözleşmeyi esastan geçersiz kılacaktır. Bu durum, iki ihtimal dahilinde karşımıza çıkabilir. Birincisi, taraflar sözleşmede tahkim kurumunu gösterecek şekilde tahkim sözcüğünü kullanmayabilirler. Bu durum, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini engellemez, çünkü mahkemeler bazı uyuşmazlıklarda tahkim sözü olmasa bile çözüm yönteminin ifade tarzını dikkate alarak tarafların irade ifadesini yansıtmaya yettiğini kabul etmektedir¹³⁴. İkincisi, tahkim sözcüğü kullanılsa da sözleşmedeki hangi uyuşmazlıklar için geçerli çözüm olduğu netleştirilmiyor.

Taraflar, tahkim şartında veya tahkim sözleşmesinde detaylı şekilde ayrıntı belirtmeye zorunlu değildir. İrade beyanının kesin ve açık olması durumunda sözleşmede tahkimle ilgili bir cümle yer aldığı zaman bile bu, tahkimin varlığı için yeterli olacaktır. Hatta tahkim şartı olarak sadece tahkim sözünü ve tahkim merkezinin adının yazılması da tahkim anlaşmasına eşdeğerdir. Önemli olan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi yetkili kılmaktır. Taraflar, bazen tahkim sözleşmesi yapmayı değil, asıl sözleşmede standart terimlere veya tahkim kurallarına atıfta bulunmayı tercih etmektedir. Tahkim şartını da barındırmayan bu gibi sözleşmeler de taraflardan herhangi birinin tahkimi uygulamayacağına dair çekincesi bulunmadığı hallerde yargılamanın tahkimde çözülmesi için uygun sayılacaktır¹³⁵.

Taraflar arasında birden fazla sözleşme bulunabilir ya da birden fazla konuda uyuşmazlığa taraf olabilirler. Bu gibi durumlarda yapılmış tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının hangi sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacağı ve taraflar arasındaki hangi uyuşmazlıkları kapsayacağı belirtilmelidir. Taraflar tahkimin şimdiye

¹³³ Akıncı, Tahkim, s. 128.

¹³⁴ Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 207.

¹³⁵ Akıncı, Tahkim, s. 152.

kadar yaptıkları tüm sözleşmelerde mi, sadece bahsi geçen sözleşmede mi, ya da bundan sonra aralarındaki tüm sözleşmelerde mi geçerli ve yetkili olacağı hususunu kesinleştirmelidir. Bu kesinleştirme ile hem tahkimin yetki alanının kısıtlanması sağlanır, hem de kapsam dahilindeki çözülmesi gereken uyuşmazlıkların tahkim yargılamasının kapsamı dışında kalması engellenecektir. Aksi halde ortaya çıkmış ilk uyuşmazlıkta tahkimin yetki alanı sorgulanacaktır¹³⁶.

Tahkim anlaşmasının yapılması amacı taraflara eşit haklar sağlamak, devletle şirket uyuşmazlıklarında çözüme en adil yoldan kavuşabilmektir. Ancak bazı tahkim anlaşmalarında bu kural, bilerek çiğnenmektedir. Şöyle ki taraflardan birine daha geniş haklar tanınarak veya bir tarafa daha fazla sorumluluk yükleyerek eşitliğin bozulması sağlanabilir. Bu tip anlaşmalar, asimetrik tahkim sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır¹³⁷. Tek taraflı tahkim anlaşması da sayılan bu anlaşmalarda her zaman bir taraf ‘zararlı’ çıkacaktır. Eşitsizlik, tüm hakemleri atama yetkisinin veya tahkim yerini ya da kurallarını seçme yetkisinin sadece bir tarafa verilmesiyle gerçekleşebilir. Eğer bu anlaşma tehdit, korkutma, gabin gibi şartlar altında imzalanmışsa o zaman geçersiz sayılacaktır. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin yapısı her zaman bir tarafın aleyhine olarak düzenlenmektedir. Ancak sözleşmenin eşitsizliği taraflardan birine uyuşmazlık anında isterse tahkime isterse mahkemeye başvurmak hakkı tanınması şeklinde olduğu takdirde bu kısım geçersiz kabul edilecektir¹³⁸. Çünkü bu sözleşmenin sadece güçlü tarafı koruyan, etkisiz sonuçlara yolaçacak bir nitelik taşıdığıının ıspatıdır.

Yargılamanın olduğu yerde her zaman mutlaka bir çekişme veya uyuşmazlık var olmaktadır. Çünkü eğer taraflar arasında bir çekişme söz konusu değilse, yargılamaya da gerek kalmayacaktır. Dava konusunu da bu çekişmeler oluşturmaktadır. Çözüldüğü halde bile taraflara yarar sağlamayan bahis ya da yarışma gibi uyuşmazlıklar yargılama konusu değildir, dolayısıyla tahkime de konu olamaz¹³⁹.

¹³⁶ Akıncı, Tahkim, s. 147.

¹³⁷ Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 83.

¹³⁸ Deyan Draguiev, “Unilateral Jurisdiction Clauses: The case of Invalidity, Severability of Enforceability”, **Journal of International Arbitration**, Cilt:31, Sayı:1, 2014, s. 20.

¹³⁹ Akıncı, Tahkim, s. 159.

Tahkim anlaşmasının önceden yapıldığı veya sözleşmede tahkim şartının bulunduğu hallerde uyuşmazlık çıktığında çekişmeyi belirlemek kolay olacaktır, çünkü artık sorun ortadadır ve kolaylıkla yargılamada taraflar taleplerini net bir şekilde göreceklidir. Ancak uyuşmazlık daha yokken bunu öngörüp tahkim anlaşması veya tahkim şartında belirtmek imkan dahilinde değildir. Bu yüzden sadece tahkime konu olabilecek hukuki ilişkileri belirtmek yeterli olacaktır. Tahkim, geçerli sayıldığından gereken çözüm hakemler tarafından elde edilecektir. Ama eğer uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkim anlaşması yapılıyorsa, uyuşmazlığın hangi hususlarını etkilediğini veya tahkimin sınırlarını kesin ve net bir şekilde belirlemek daha kolay olacaktır¹⁴⁰.

Tahkim yargılamasının önemli unsurlarından biri de tahkim yeri meselesidir. MTK'un 9. maddesine göre tarafların tahkim anlaşmasında istedikleri tahkim yerini serbestçe kararlaştırabilmeleri mümkündür. MTK madde 1 uyarınca ise bu Kanun yalnız tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş uyuşmazlıklar için geçerlidir. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi m. 5'e göre, eğer taraflar tahkim anlaşması için uygulanacak hukuku seçmemişlerse bu halde hakemin karar verdiği yerin kanunu esas alınacaktır. Ama taraflar tahkim yerini veya uygulanacak kuralları önceden veya tahkim yargılaması zamanı kararlaştırabilirler. Bu da milletlerarası tahkim söz konusu olduğunda toprak prensibinin öneminin azaldığını ıspatlamaktadır. Genellikle, taraflara her türlü özgürlüğü sağlayan tahkim bu konuda da devlet yargısından çok farklı yol izlemektedir¹⁴¹.

Milletlerarası tahkim hukukunda tahkim yeri kavramı iki biçimde karşımıza çıkar. Bunlardan birincisi, tahkimin hukuki açıdan irtibatta olduğu yer. Bu yer, hakem kararının verildiği, tahkimin yürütüldüğü yerdir. Sonuçta hakem veya hakem kurulunun karar alması, belgeleri incelemesi, tarafları ve gerektiğinde şahitleri dinlemesi için bir yere ihtiyacı vardır. Anlaşmada başka yer kararlaştırılmadıkça tahkim bu devletin kanunlarının yetkisi altında olur. İkincisi ise, gerektiğinde hakem kararı için bazı işlemlerin yapıldığı yerdir. Bu yer, keşif yapılması, gelemeyen şahitlerin dinlenilmesi ve başka nedenlerden dolayı hakemin veya hakemlerin tahkim

¹⁴⁰ Akıncı, Tahkim, s. 160.

¹⁴¹ Kalpsüz, s. 38.

yerinden başka bir yerde bulunulması gereken durumlarla ilgilidir¹⁴². Ancak bu gibi istisnai durumlarda hakemlerin farklı yerde bulunması tahkim yerini değiştirmez, sadece kısa bir dönem için belirli koşullarda işlemlerin yapılmasını gerektirir. Hakemlerin karara vardıkları yer yine tahkim yeri olarak kalır. Hakemler bu işlemlerden dolayı gidecekleri yeri taraflara haber vermeliler. Tarafların buna rızasının olup olmaması sonucu değiştirmez, adil karar vermek için hakem veya hakem kurulu doğru bildikleri yerde inceleme yapacaklardır. Taraflar toplanacakları yeri anlaşılarak kendi aralarında kararlaştıramazsa bunu hakem kurulu yapacaktır¹⁴³.

Tahkim dili yargılamada hakemlerin seçilmesinden, tarafların ve vekillerini kendini ifadeye kadar birçok konuyu etkileyen önemli bir unsurdur. MTK'nın 10. maddesinde de düzenlenen tahkim dili bu madde'ye göre ya Türkçe ya da Türkiye Cumhuriyetinin tanıdığı bir devletin dilinde yapılabilir. Tahkim yerinin Türkiye seçilmesi halinde taraflar bu sınırlar dahilinde serbestçe karar verebilirler. Tahkim yargılamasında bir veya birkaç dil seçilebilir. Genellikle, bir dilin seçildiği tahkim anlaşmasında her iki tarafın anlayacağı dil kararlaştırılırken, birkaç dil seçildiği zaman tarafların kendi ana dili seçilir. Ama hem tercüme masraflarının, hem de hakem masraflarının azaltılabilmesi için tek bir dil seçilmesi daha makul karşılanmaktadır.

Tahkimin diğer bir unsuru da onun şeklidir. MTK'nın 4.maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Bu maddeye göre tahkim anlaşması veya sözleşme kapsamında belirlenen tahkim şartı yazılı olmalıdır. Maddenin devamında “Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir” diye açıklama yapılmıştır. Kanun'un bu maddesi New York Sözleşmesinde yer alan düzenleme ile paraleldir. Şöyle ki, Sözleşmenin 2/1. maddesi uyarınca tahkim şartı yazılı olmalıdır, yani yalnız tarafların imzaladığı bir belge tahkimi geçerli bir çözüm yöntemine dönüştürür.

¹⁴² Kalpsüz, s. 40.; Akıncı, Tahkim, s. 240.

¹⁴³ Akıncı, Tahkim, s. 240.

Tahkim anlaşmasının şeklinden bahsederken günümüz şartlarını da dikkate alarak elektronik ortamda yapılan sözleşmelere de değinmek gerekir. Yukarıda bahsettiğimiz maddeden de görüldüğü üzere, elektronik ortama geçirilmiş olması artık tahkim şartının yazılı olarak var olması anlamına gelmektedir. Son yıllarda teknolojinin gelişmesiyle zaman ve masraf açısından taraflara daha uygun koşulların sağlanması, bir birinden çok uzak olan insanların bile teknoloji sayesinde yaklaşması gibi nedenlerden dolayı elektronik sözleşmelerin yoğun kullanımı söz konusudur. Ticari hayatın hep bir parçası olmuş elektronik posta ve internet, günümüzde dünyanın hep beraber mücadele ettiği pandemi döneminde tümüyle hayatımızda etkisini arttırmıştır. Artık sosyal mesafe, başka ülkeye ve hatta sokağa çıkma yasağının olduğu bir dönemde elektronik posta hayatımızın olmazsa olmaz bir ögesi haline gelmiştir. Bu nedenle, elektronik ortamdaki milletlerarası ticari yazışmalar ve sözleşmeler de oldukça artmakta ve bunlar da yazılı tahkim anlaşması veya tahkim şartı yerine geçmektedir. İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Kuralları ve Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce- ICC) de bu konuya ilişkin açık düzenlemeler getirerek elektronik yolla gönderilmiş her türlü dilekçeleri ya da tebligatları geçerli kabul etmektedir.

2020 yılından itibaren dünyada görülen COVID-19 pandemisi nedeniyle hem ulusal, hem uluslararası seyahat kısıtlamaları ve yasaklar, tahkim mahkemelerinin de fiziksel olarak gerçekleştirilmesini neredeyse mümkünsüz hale getirmiştir. Tahkimin hızlı ve daha esnek özelliğe sahip olduğunu göz önünde bulundurarak tahkim merkezleri, yargılamanın ve duruşmaların uzaktan gerçekleştirilmesiyle ilgili kurallar belirlemişler¹⁴⁴. 2021 Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kuralları'nı da bu durum etkilemiştir. 2017 MTO Tahkim Kuralları'ndaki 26. madde değiştirilerek duruşmaların uzaktan gerçekleşmesine yönelik husus eklenmiştir. Bu değişikliğe göre tarafların görüşleri alınarak hakem heyeti, uyuşmazlığın somut koşullarını inceleyerek yargılamanın fiziksel katılım değil, video-konferans veya telefon gibi iletişim yöntemlerinin aracılığıyla uzaktan gerçekleştirilmesi hakkında karara varabilecektir. Sonuç olarak, uyuşmazlık konusunun uygun olduğu durumlarda tahkim yargılaması çevrimiçi şekilde devam ettirilerek zaman ve masraf kaybını en az indirecektir.

¹⁴⁴ M. Ece Uyanık, "2021 ICC Tahkim Kuralları ve Getirdiği Yenilikler", 18.12.2020, <https://law.khas.edu.tr/tr/2021-icc-tahkim-kurallari-ve-getirdigi-yenilikler> , (27.05.2021).

Mahkemede açılmış olan bir dava olsa bile bu durum, tahkime gitmek için engel değildir. Tahkim anlaşmasının önceden yapılmadığı durumlarda da uyuşmazlığın her aşamasında taraflar tahkim yoluna başvurabilirler. MTK'nın 5.maddesine göre, “yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir”. Kanunda da belirtildiği gibi davanın her aşamasında her iki tarafın istemesi halinde tahkim yine seçilebilmektedir. Bu anlaşmanın bulunmadığı uyuşmazlıklarda bile tahkime gidilebilmesi açısından çok önemlidir. Eğer taraflar arasında tahkim anlaşması mevcutsa uyuşmazlık halinde tarafların her ikisinin tahkime gitme isteğine de gerek yoktur. Bu husus, diğer tarafın tahkimde kaybedeceğini bildiği için yargılamayı devlet mahkemelerinde yürütmeye devam etmekte ısrar edememesi açısından önemlidir¹⁴⁵.

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığı mahkemeye götürmüşse diğer taraf tahkim itirazında bulunabilir. MTK'nın 5.maddesi de bu konuyu düzenlemektedir: “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir”. Bu maddenin kaynağı da UNCITRAL Model Kanunu'nun 8.maddesidir. Böyle bir durumda davalı öncelikle tahkim itirazında bulunmalıdır. Gerçekten tahkim anlaşması veya tahkim şartı varsa o zaman mahkeme davayı usuldan reddecektir¹⁴⁶.

2. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği

Tahkim anlaşması ayrı ve bağımsız bir sözleşme olduğundan tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları da asıl sözleşmeden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Buna karşın tahkim şartı, asıl sözleşmede yer almaktadır. Bu nedenle, asıl sözleşmenin geçersizliğiyle ilgili tartışmalar, tahkim şartının da geçersiz olma ihtimalini ortaya çıkartabilir. Bu durum ise uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesine engel olacaktır. Tahkim yoluna başvurmak istemeyen taraf da buna dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürecektir ve mahkemelerde devlet yargılaması yoluyla uyuşmazlığın sonuçlanmasına çalışacaktır. Bu da tahkim şartının etkisiz bir çözüm yöntemi olmasına

¹⁴⁵ Akıncı, Tahkim, s. 133.

¹⁴⁶ Necip İlker Karaoğlu, *Milletlerarası Tahkim Yargıtay Kararları*, Bilge Basım Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 31.

sebebi olacaktır. Böyle bir durumla karşılaşmayı önlemek için Fransız ve Alman hukuklarında tahkim şartının özerkliği, Amerikan hukukunda da asıl sözleşmeden bağımsızlık teorisi geliştirilmiştir. Bu teoriye göre tahkim şartı, tahkim sözleşmesinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilir. Teoriye göre asıl sözleşmenin geçersizliğiyle ilgili iddialar, tahkim şartını etkisiz hale getirmemektedir. Bu halde tahkim yargılamasına gidilebilir ve hakemler tarafından asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığıyla ilgili karar verilebilir. Asıl sözleşmenin tamamının ya da bir kısmının geçersiz olduğu kararı verilse bile bu yine de hakem kararını, dolayısıyla tahkim sonuçlarını geçersiz kılmayacaktır. Her ne kadar tahkim şartı asıl sözleşmenin bir parçası olsa da geçerlilikle ilgili sonuçlar bir birini etkilemeyecektir¹⁴⁷.

Geçerli bir tahkim anlaşmasına veya tahkim şartına sahip olunması iki farklı açıdan önem arz etmektedir. Birinci, geçersiz bir tahkim anlaşmasıyla tahkime başvurulması mümkün olmayacağı için taraflardan sadece birinin istemesi halinde tahkime gidilemeyecektir. İkincisi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla taraflardan birinin mahkemede çözüm araması durumunda, tahkimi tercih eden taraf sadece geçerli bir tahkim anlaşması veya tahkim şartı bulunması halinde, mahkemeye tahkim itirazında bulunabilir. MTK'nın 5. maddesi tahkim itirazını düzenlemektedir ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesiyle bağdaşmaktadır. MTK'ya göre tahkim itirazı sadece tahkim anlaşması taraflarınca yapılabilir. Ancak davalı tahkim itirazında bulunmazsa hakim bu konuyu dikkate almadan esasa girecektir. Davalının itirazının kabulü halinde ise aynı madde uyarınca, mahkemenin davayı usulden reddetmesi gerekmektedir. Bu koşullarda mahkeme, esasa girerek karar vermeyecek ve uyuşmazlık için tahkime gidilecektir¹⁴⁸.

Sözleşmenin hangi konularda ya da ne gibi uyuşmazlık için yapıldığı belli olmadığı durumlarda geçerliliğe ilişkin sorunlar ortaya çıkacaktır. Taraflar sözleşmeyi yaparken öngördükleri uyuşmazlıkları ve bu uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yargılamasına gideceklerini kesin iradeyle belirtmelidir. Zira tahkim sözleşmesi sadece belirli bir uyuşmazlık hakkında yapılabilir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, Towards a Uniform Judicial Interpretation, New York, 1981, s. 145.

¹⁴⁸ Akıncı, Tahkim, s. 174-181.

¹⁴⁹ Akıncı, Tahkim, s. 160.

Tahkim sözcüğü tek başına irade tespiti açısından her ne kadar yeterli olsa bile tahkim sözleşmesinin kapsamı, dili, tahkim yeri gibi diğer önemli konularda sessiz kalınması sakınca yaratabilmektedir. Bunun yanında tarafların, sadece tahkim şartını sözleşmeye eklemek yerine ayrıntılı tahkim sözleşmesi akdetmek istemeleri de sözleşmedeki iradenin tespitinin zorlaşmasına ve bu durum da tahkim sözleşmesinin geçersizliğine yol açabilmektedir¹⁵⁰.

Uygulamada bazen bir taraf hem tahkime gidileceğini hem de hangi mahkemenin yetkili olacağını belirtirken, diğer taraf sadece tahkime gidilmesi yönünde karar belirtmektedir¹⁵¹. Bu gibi anlaşmazlıklar tahkimde tereddüde yol açabilir. Bunu önlemek ve tahkim anlaşmasını geçerli kılabilmek için irade beyanı ya tahkim anlaşmasında ya da tahkim şartında kesin ve açık şekilde belirtilmiş olmalıdır.

Tahkimin geçerli olması için gereken bazı hususlara MTO Tahkim Kuralları'nda da yer verilmiştir. Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının yazılı olması; sözleşmede açık ve belirgin ifadelerin dikkatli kullanılması; hakemlerin yetkisinin sınırlandırılmaması ve ya zayıflatmaması; sadece bir yargı alanının veya yargı merciinin yetkili kılınması gerekmektedir¹⁵². Tabi en önemlisi sözleşme, her iki tarafın görüşlerini ve tekliflerini dikkate alarak hazırlanmalı, irade beyanlarının olduğunu gösterecek şekilde anlaşılır olmalıdır. Aynı zamanda sözleşmede MTO'ya atıf yapıldığına dair şüphe olmamalıdır.

Tahkim anlaşması yapılabilmesi için uyuşmazlığa sebebiyet verecek olan hukuki ilişkinin doğmuş olmasına bile gerek yoktur. Uyuşmazlık henüz doğmadan da tarafların bu konudaki irade beyanları, tahkim anlaşmasının yapılması için yeterlidir. Burada önemli sayılan konu, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmamasıdır¹⁵³.

Tahkimin geçerli olması için gerekenlerden biri de tahkime elverişlilikidir. Tahkim yeri hukukuna veya atıf yapılan kuruma aykırı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı, dolayısıyla da hakemlerin yargılama yetkisinin olmadığı kabul edilir. Her ne kadar bu yaklaşım, bir bakıma sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan nitelikte olsa da¹⁵⁴ devletlerin egemenlik hakları, tahkim kurumlarının uyguladığı normlar, adalet, beraberlik ve bu gibi değerlerin korunması bakımından önem taşımaktadır.

¹⁵⁰ İlhan, s. 206.

¹⁵¹ Akıncı, Tahkim, s. 133.

¹⁵² Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 56-57.

¹⁵³ Akıncı, Tahkim, s. 127.

¹⁵⁴ Yeşilova, s. 140,

Tahkimin milletlerarası nitelik kazanması için en önemli şart yabancılık unsuru kabul edilmektedir. MTK'nın 2. maddesine göre uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması için gerekli bazı koşullar vardır. Bu koşullardan herhangi birinin varlığı uyuşmazlığa yabancılık kazandıracaktır. Birincisi, tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya oturma yerlerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması gerekmektedir. İkincisi, tarafların yerleşim yeri veya oturma yerinin ya da işyerlerinin, ya tahkim sözleşmesinde belirtilen veya bu sözleşmeye dayanarak tesbit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunmalı ya da asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunmalıdır. Üçüncüsü, tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi veya güvence sözleşmeleri yapılması gereklidir. Son olarak, tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi gerekmektedir¹⁵⁵.

Doktrinde uyuşmazlığın geçerliliğiyle ilgili kararları verme yetkisinin mahkemelerde mi yoksa hakemlerde mi olması gerektiği konusu tartışmalıdır. Tarafların kendi yetkileriyle ilgili karar veremeyeceğini düşünen hukukçuların aksine, hakemlerin bu konuda yetkili kabul edilmesi görüşü hakimdir. Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilme ya da bu yetkiyle ilgili konularda karar verebilmesine kompetenz-kompetenz adı verilmektedir ¹⁵⁶. Bu prensib tahkim anlaşmasını, hakemlerin yetkisini sorgulayarak tahkimin geçersizliğinin ileri sürülmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Aslında bu da hakemlerin uyması gereken ne önemli kural olan tarafsızlık ve bağımsızlık prensibiyle uzlaşmaktadır. Bu ilkelerle hareket eden hakem veya hakem kurulu adaletli ve mahkemenin vereceği karara eşdeğer karar vereceği için çözümün hangi kurumda verilmesinin ehemiyeti olmayacaktır. Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi, gizliliğin sağlanması ve nihai

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421> , (06.05.2021).

¹⁵⁵ Karaoğlu, s. 10,

¹⁵⁶ Ortakaya, s. 222.; Recep Çakrak, Kompetenz-Kompetenz Prensibi, **D.E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, s. 659,

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/981458> , (04.05.2021).

karar verilmesi sürecinin de hızlandırması bakımından da taraflar için olumlu sonuçlara yol açmaktadır¹⁵⁷.

3. Hakem Seçimi

Tahkimin en önemli konularından biri de hakem veya hakemlerin seçilmesidir. Aslında baktığımızda tahkim kurumunun tamamen hakemlere dayalı ve buna bağlı olarak gelişen bir süreç olduğunu görebiliriz. Yargılamanın başlaması, yani tahkim sürecinin işletilebilmesi için bile ilk önce hakemlerin seçilmesi gerekmektedir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere irade serbestisi prensibi en çok hakemlerin seçilmesi konusunda etkisini göstermektedir. Taraflara hem hakemin veya hakemlerin seçilmesi hususunda hem de hakemlerin sayısının, seçilme usulünün belirlenmesi konusunda da irade serbestisi tanınmıştır. Ayrıca, tahkim anlaşması veya tahkim şartında kararlaştırılmadığı zaman da uyuşmazlık için tahkime gidilmeye karar veriliyorsa bu karardan sonra da bu seçimlerin yapılması mümkündür. Sadece bazı istisnai zamanlarda, tarafların bir türlü ortak karar alamaması gibi durumlarda seçim yetisi bir kuruma aktarılabilir, ya da taraflardan biri veya her ikisi bu seçimi vekil aracılığıyla gerçekleştirebilirler¹⁵⁸.

Hakemler, her meslekten kişilerden seçilebilirler, bu konuda sınırlama yapılmamaktadır. Hukukçular, tahkim yargılama sürecinin yürütülmesi konusunda daha bilgili ve uzman olduklarından hakemlerin hukukçular arasından seçilmesi yararlı olacaktır. Böylece, diğer meslek sahiplerinin yapabileceği olası hatalardan ve dolayısıyla hakem kararının iptal edilmesi gibi sonuçlardan kaçınılmış olunur.

Tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında taraflar her birinin kendi hakemini seçmesini kararlaştırabilir. Ancak hakemlerin tek sayıda olması koşulunu unutmamalıdır. Bu noktada hakemlerin taraflarca seçilmesi hakemi tarafın temsilcisi yapar mı soruları akla gelebilir. Sorunun cevabı şu şekilde verilebilir: Tarafların seçtiği hakemler onu seçen taraf karşısında sadece adil bir karar vermek ya da derinlemesine araştırma yaparak doğru bir sonuca ulaşmak bakımından görevlidir. Tarafların hakem

¹⁵⁷ Çakrak, s. 666,

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/981458> , (04.05.2021).

¹⁵⁸ Erol Ertekin ve İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyati Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 147.

seçmesi, seçilmiş hakemin o taraf için çalışacağı, onun iddiasını savunacağı anlamına gelmemektedir. Taraflara tanınan bu hak sadece irade serbestisinin bir uzantısıdır. Bu hak sayesinde taraflara, bilgisine ve adil davranacağına güvendikleri, tecrübelerine şahit oldukları hakemleri atama şansı tanınmıştır¹⁵⁹.

Hakem sayısı konusunda da taraflara irade serbestisi tanınmıştır. Seçim yapılırken hakem kurulunun tek sayılarda hakemlerden oluşması, karar sürecinde oyların eşit olmasını engellemek açısından önemlidir. Hakem seçilirken dikkat edilecek diğer bir konu, tarafların her birinin atadıkları hakem sayısının eşit olmasıdır. İki tarafın olduğu davalarda her bir taraf kendi hakemini atadıktan sonra bu hakemler birlikte karar vererek üçüncü bir hakemi atama yetkisine sahiptirler. Taraflar, tahkim anlaşmasında çift sayıda hakem seçtiği durumlarda anlaşmanın hakem sayısı ile ilgili hükümleri geçersiz olacaktır. Ancak bu karar, tahkim iradesini etkilemeyecek ve tahkim anlaşması varlığını sürdürecektir¹⁶⁰.

Hakemlik sözleşmesi, taraflarla hakemler arasında söz konusu uyuşmazlığın çözülmesi, yargılama sonucu karara varılması için yapılır. Sözleşmede hakemin veya hakemlerin ücreti¹⁶¹ de belirlenebileceği gibi, tahkim anlaşması veya tahkim şartında tahkim merkezlerinden birine atıf yapılması durumunda bu kurallara uygun ücrette tarafların anlaştığı kabul edilir.

Taraflar bazen ne tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında, ne de uyuşmazlığın tahkimde çözüleceğine dair karar verdikten sonra hakem seçimi yapmamaktadır. Bu seçimin kuruma verildiği zaman da hakem atanması yapılırken dikkat edilmesi gereken noktalar vardır. Öncelikle, mahkeme, hakemin veya hakemlerin kim olacağıyla ilgili karar verirken taraflar arasındaki anlaşmayı göz önünde bulundurmalıdır. Hakemlerin bildiği yabancı dil, daha önceki tecrübeleri, hangi dalda çalıştıkları, uzmanlık alanları gibi hususlar da dikkate alınarak hakem atanması yapılır. Hakem atandığında bunun bazı istisnalar hariç kesin karar olduğu gerçeğine dayanarak hakemlerin kapsamlı şekilde araştırılarak karar verilmesi doğru olacaktır¹⁶².

¹⁵⁹ Akıncı, Tahkim, s. 210.

¹⁶⁰ Akıncı, Tahkim, s. 203.

¹⁶¹ Ortakaya, s. 328.

¹⁶² Akıncı, Tahkim, s. 215.

Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının var olmadığı uyuşmazlıklarda ya da bu anlaşmada hakemlerin belirlenmediği davalarda hakemler konusunda karar alınması daha kolay olmaktadır. Çünkü hakeme teklif gider ve eğer kabul ederse hakemlik sözleşmesi imzalanır. Hakemler, gelen teklifleri kabul etmek zorunda değildir. Uyuşmazlığın karakteri, tarafları, geçtiği yer ve diğer özellikleri dikkate alarak hakemin teklifi reddetmesi mümkündür. Hakemlerin isminin tahkim anlaşması veya tahkim şartında yazılması zamanı hakemin rızasının alınması gerekir. Hakeme ilgili uyuşmazlığın çözümü konusunda uygun olup olmadığını araştırması veya zaman ve mekan açısından değerlendirme yapılması için ve değerlendirme sonucunda tahkimi kabul edip etmeme konusunda bir karara varması için fırsat tanınması gerekir. Hakeme veya hakemlere haber verilmemesi bu anlaşmayı geçersiz kılmaz, ama uyuşmazlık ortaya çıktığında görevin ifa edilememesi anlaşmanın geçersizliğiyle sonuçlanabilir¹⁶³.

Tahkim anlaşması veya tahkim şartı imzalanırken daha uyuşmazlık ortaya çıkmadan bile taraflar hakemin kim olacağına ilişkin karar alabilirler. Uluslararası tahkim kuralları da bu yöndedir ve önceden hakemlerin ismen belirlenmesi mümkündür. Bununla beraber böyle bir durumda farklı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak hakem veya hakemlerin görevini ifa edemeyecek durumda olmaları, vefat etmeleri, sağlık sorunları yaşamaları ve diğer hallerde tahkim anlaşması veya tahkim şartının geçerliliği bakımından sorun ortaya çıkarabilmektedir. Bu konuda hakim olan yaklaşım, hakem veya hakemlerin önceden ismen kararlaştırılması ile tarafların sadece bu hakemlerle yapılacak olan tahkime rıza gösterdikleri doğrultusundadır. Başka bir ifadeyle ismen belirtilmiş hakemlerin olması tarafların irade beyanlarının en önemli unsuru olmakta ve tahkim tamamen bunun üzerine anlam ifade etmektedir. Dolayısıyla, seçilen hakemlerin artık tahkimi yürütemeyecek olması, tahkim anlaşmasını veya tahkim şartını geçersiz kılmaktadır. Tarafların birden fazla hakemi ismen kararlaştırmış olması durumunda, görevi üstlenemeyecek hakemin veya hakemlerin yokluğu, uyuşmazlığın çözümü sonunda verilecek kararda oy çokluğunu etkileyecek nitelikte olursa, bu da tahkimin geçersizliğine neden olacaktır. Sonuçta tahkim ortadan kalkar ve uyuşmazlık devlet mahkemesinde çözümlenebilir¹⁶⁴.

¹⁶³ Akıncı, Tahkim, s. 207.

¹⁶⁴ Akıncı, Tahkim, s. 208.

Tahkimin anlaşmaya dayalı, taraflara kolaylık sağlamayı hedefleyen bir kurum olduğunu göz önünde bulundurursak, önceden ismi belirtilmiş hakem veya hakemlerin görevi ifa edememesi durumlarında bile tahkimin ortadan kalkmaması için yine anlaşma yoluyla bu sorun çözülebilir. Şöyle ki, taraflar ortak kararla yeni bir hakem veya hakemler seçebilir ve tahkimin devam etmesi konusunda anlaşabilirler. Böylelikle, uyuşmazlıktan önce imzalanmış tahkim anlaşması veya tahkim şartının diğer tüm maddeleri aynı kalır ve geçersiz sayılmaz. Önemli olan, hakemler değişse bile, tarafların hala tahkim iradelerinin mevcut olmasıdır. Ayrıca taraflardan birinin vekilinin hakem olarak belirlenmesi de tahkim anlaşmasını veya tahkim şartını geçersiz kılacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda tahkim yargılamasının gerçekleşebilmesi için ya taraflar anlaşarak hakemi değiştirmeli, ya da yeni bir tahkim anlaşması yapmak zorundadır. Genellikle, taraflardan biriyle mali veya idari açıdan ilişkili biri hakem olarak seçilemez¹⁶⁵.

Tahkim anlaşması veya tahkim şartında hakemlerin ismen belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da davanın açılma tarihidir. Şöyle ki, bu durumda tahkimde dava açılma anı normal prosödüre tabi olmayacaktır. Tahkimi yönetecek hakem veya hakemlerin ismi belirlendiği için davacının uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözme kararının karşı tarafa ulaştığı gün tahkim başlamış sayılacaktır¹⁶⁶. Tahkim süresinin doğru değerlendirilmesi açısından hakem seçimi yapılırken bunu hesaba katmak gerekir.

Tahkim yargılamasının en önemli unsurlarından biri olduğu için hakemlerin atanmasıyla ilgili de yedek kurallar belirlenmiştir. MTO tarafından düzenlenen bu kurallar tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında tarafların bu konuya değinmedikleri zaman kullanılmaktadır¹⁶⁷. Belirlenmemiş uyuşmazlıklar bakımından çok iyi bir kaynak olmakla beraber tarafların önceden kontrolü ele alarak kendi uyuşmazlıkları için bu sürecin önemli bir kısmını karara bağlamaları yargılamanın daha hızlı ve kolay sonuçlanmasına neden olacaktır.

Hakemler bazen özel sebeplerden dolayı istifa veya red hakkını kullanarak tahkim başlamadan ya da yargılama aşamasında uyuşmazlığı çözmeden ayrılırlar. Böyle bir durumda tarafların talebiyle tahkim süresi uzatılabilir. Taraflarının talebi

¹⁶⁵ Bozkurt, s. 108.

¹⁶⁶ Akıncı, Tahkim, s. 210.

¹⁶⁷ Ortakaya, s. 62.

bulunmasa bile hakem seçiminin zaman aldığı yargı süreçlerinde de tahkim süresinin uzaması söz konusudur. Tarafların da atanan hakemi veya hakemleri reddetme hakları vardır. Bu sebeplerden biri, tarafların anlaşmada veya tahkim şartında kararlaştırdıkları niteliklerde hakemin olmamasıdır, örneğin belirlenmiş dili bilmeyen ya da kararlaştırılmış meslek dalında çalışmayan biri gibi. İkincisi, hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığıyla ilgili kesin şüpheler varsa, yine hakem reddedilebilecektir. Üçüncüsü, tahkim anlaşması veya tahkim şartının mevcut olması durumunda taraflar önceden ret sebeplerini belirleyebilmektedir. Uyuşmazlık anında bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi ise artık hakemin reddine neden olur¹⁶⁸.

Uyuşmazlık taraflarınca atanan veya kurum tarafından atanan ya da tahkim anlaşması veya tahkim şartında belirlenen hakemlerin taraflara eşit davranma borcu vardır. Bu hem adil yargılama sürecinin, hem de tarafsızlık ilkesinin önemli özelliklerindendir¹⁶⁹.

Hakemler, adaletli ve doğru kararı almak için uyuşmazlıkla ilgili gerekli tüm belgelere erişebilmeliler. Belli bir süre içinde taraflardan talep edilen belgeler tahkim yerine ulaştırılmazsa, hakem veya hakem kurulu elindeki mevcut veri ve belgelere istinaden karar verecektir¹⁷⁰ ve bu karar taraflar için bağlayıcıdır.

Hakemler, tarafların anlaşmada veya tahkim şartında belirledikleri uyuşmazlık sınırları çerçevesinde yetkilidirler. Yani, asıl sözleşmede geçen konuyla ilişkili olsa da tahkim konusu olmayan hususlarda hakemlerin karar verme yetkisi ve sorumluluğu yoktur. Uyuşmazlık konusu haricinde karar verilmişse de bu kısımlar geçerli olmayacak ve icra edilemeyecektir¹⁷¹.

4. Hakemlerin Bağımsızlığı İlkesi

Hakemlerin bağımsız olma yükümlülükleri ister Anglosakson hukuk sistemine tabi Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere gibi ülkelerde, isterse Kıta Avrupası hukuku etkisinde kalan, Türkiye hukukunun da içinde yer aldığı Kıta Avrupası ülkeleri ve diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de benimsenmektedir. Bu ilkenin benimsenmesi

¹⁶⁸ Akıncı, Tahkim, s. 223.

¹⁶⁹ Bozkurt, s. 218.

¹⁷⁰ Dayınlarlı, s. 47.

¹⁷¹ Kalpsüz, s. 194.

sadece ulusal alanla sınırlı kalmamakta, uluslararası alanda, özellikle tahkim kurallarında da en önemli bir ilke olarak tespit edilmektedir¹⁷².

Hakemlerin bağımsızlığı kuralının bu derece önem arz etmesi, uluslararası alanın ve tahkimin vazgeçilmez unsuru haline gelmesinin sebebi, tahkim yargılamasının hedefinde ve tarafların bu yargılama usulünü seçme nedeninde yatmaktadır. En genel anlamıyla, tahkim taraflara adaletli, tarafsız ve güvenilir bir yargılama çözüm yöntemi olarak sunulmaktadır. Bunu sağlamanın da esas yolu hakemlerin bağımsızlığından emin olmaktır. Aksi halde adil bir yargılama sürecinden bahsedilemez. Bu nedenle de bu ilke tahkim için sadece gerekli değil, tahkimi yararlı ve kullanılabilir bir kurum yapan en önemli prensiptir¹⁷³.

MTO Tahkim Kuralları, kurumsal tahkim kuralları içinde hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensibini en ayrıntılı ve kapsamlı şekilde düzenleyen kuruluştur. Hatta bu kurallar uyarınca, hakemler bağımsızlık ve tarafsızlık beyannamesi adlanan belgeyi zorunlu olarak imzalamaktadır. 11/2’ci maddeye göre “hakem adayı tayin edilmesi veya onaylanmasından önce, kabul, uygunluk, tarafsızlık ve bağımsızlık beyanı imzalar. Hakem adayı, tarafların nazarında hakemin bağımsızlığını etkileyebilecek nitelikte olan ve durumların yanı sıra, hakemin tarafsızlığı ile ilgili makul şüphe doğurabilecek her tür durumu yazılı olarak Sekreteryaya’ya bildirir”. Maddedeki yükümlülükler yargılama sırasında, sonradan tespit edilen durumları da kapsar ve hakemlerden de bu hususta dikkatli olmaları ve gerektiğinde Sekreteryaya’ya haber vermesi beklenilir. Taraflar için adil yargılama sürecini görev edinen MTO Tahkim Kuralları bahsi geçen ilkenin zarar görmesinin uyuşmazlığın çözümünde tahkimin reddine sebep olabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁴.

ISTAC Tahkim Kuralları’nın 12. maddesi hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı başlığını taşımaktadır. 12/1’e göre her hakem tarafsız ve bağımsız olmalı, tarafsız ve bağımsızlığını yargılama sona erene kadar korumalıdır. Maddenin ikinci kısmı ise “Hakem, görevi kabul etmesi üzerine, yedi gün içinde tarafsızlık ve bağımsızlık beyannamesi imzalamalıdır” diye devam ediyor.

¹⁷² Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 51.

¹⁷³ Akıncı, Tahkim, s. 222.

¹⁷⁴ Bozkurt, s. 76.

SCC Tahkim Kuralları da 15. maddesi'nde hakemin reddedilmesi için bağımsızlığından veya tarafsızlığından haklı sebeplerle şüphe edilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Taraflardan birinin itiraz etmeyi ve diğer tarafın veya tarafların bu itirazı kabul etmesi durumunda hakem istifa etmelidir. Eğer taraflar hakemin reddi konusunda anlaşamazsa bu konudaki kararı Divan verecektir ve Divan'ın verdiği karar değiştirilemez¹⁷⁵. SCC Tahkim Merkezi hakemin reddi için en başlıca sebep olarak uyuşmazlığın taraflardan biriyle hakemin veya bağlı olduğu şirketin uyuşmazlıktan önce ilişkisinin bulunmasıdır. Hakemlerin reddine maddi menfaat ya da hakemle taraflardan birinin veya vekilinin aynı vatandaşlığa sahip olmaları, ya da aynı millettten olmaları sebep olmaktadır.

Bağımsızlık kavramıyla, hakemlerin baskı altında kalmadığı, herhangi bir emir veya talimat almadığı, hür iradeleriyle uyuşmazlığı inceleyerek yansız ve adil bir karar verebildiği yargılama süreci ele alınmaktadır.

Belçika, Almanya, İtalyan hukuku gibi tahkimde başarılı olan hukuk sistemleri araştırıldığında ve dikkate alındığında hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğünün hem devlet yargılamasının hem de tahkimin en önem arz eden prensibi olduğunu görebiliriz. İsviçre ve Fransız hukukunun da dahil olduğu bazı hukuk sistemlerinde ise hakemlerin tarafsızlığı ilkesi hakemlerin bağımsızlığı ilkesi kapsamı altında kabul edilmektedir¹⁷⁶. Böyle bir yaklaşım bağımsızlık kavramı ile tarafsızlık kavramının aynı anlama geldiğini ifade etmemektedir. Lakin her iki kavram ortak özelliklere sahip ve birbirine yakın ilkeler olduklarından aynı sonuçlara da yol açabilmektedir.

Tarafsızlık, sadece yargılamada değil, tüm hukuk alanlarında karşılaşılan ve mutlaka dikkate alınması gereken bir ilkedir. Bu kavramı en yalın haliyle, taraf seçmemek, taraflı olmamak, herhangi bir tarafa önceden olumlu veya olumsuz yaklaşımda olmamak, önyargısız olmak, uyuşmazlık zamanı her iki tarafa tamamen aynı ve objektif yaklaşmak, kendi durumunu ifade etmesi için taraflara eşit yaklaşım ve iltimas sağlamaktır.

Tarafsızlık ve bağımsızlık terimini ayırt etmek için tarafsızlığın zihinsel bir olgu olduğu ve tutum şeklinde kendini belli etmeyi halde bağımsızlığın somut olgulara dayalı, ekonomik ve sosyal ilişki'ye odaklı olduğu sonucuna varılabilir. Bağımsızlık

¹⁷⁵ Bozkurt, s. 79

¹⁷⁶ Daha detaylı bilgi için bkz: Bozkurt, ss. 52-63.

tarafı hakem arasında sadece maddi veya sosyal bağılılığı dikkate alırken tarafsızlık soyut ve sübjektif olaylara dayalı zihinsel bir deęerlendirmedir¹⁷⁷. Bu yüzden taraflı olma durumu bağımsızlığın kanıtlanmasından daha zordur.

Tarafsızlık kavramının bazı durumlarda nötr olma kavramı ile karıştırıldığını, çünkü sözlük anlamı bakımından nötr olma ve objektif terimleriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. Objektiflik, değerlendirilen bir durumun, kişisel görüşden bağımsız, sadece var olduğu halde ele alınması, dünyadaki olaylara nesnel bir yaklaşım şeklidir. Nötr olma ise tüm sosyal ve kültürel yaklaşımları kenara iterek karar verebilmektir. Empatiden yoksun ve olaylara bireysel bir bakış açısıyla yaklaşmak her iki kavramın yok olmasına eş değerdir. Çünkü sonuç olarak kişisel düşünce ve yargılar söz konusudur¹⁷⁸.

İngiliz Tahkim Kanunu ise konuya hakemlerin bağımsızlığı değil, tarafsızlığı olarak yaklaşmaktadır. Tarafsızlık ilkesini benimseyerek bu ilkeyi bağımsızlıktan daha önemli bir konumda deęerlendirmektedir¹⁷⁹.

Hakemlerin bağımsızlık yükümlölüklerinin ve bilhassa tarafsızlık ilkesinin yansıtıldığı milletlerarası tahkim kuralları, uluslararası sözleşmeler veyahut devletlerin kanunları bu konuda hakemlerin kendilerini de görevlendirmektedirler. Hakemler adil yargılamayı etkileyecek herhangi bir durumu, taraflardan biri veya daha fazlasıyla aralarında olabilecek olumlu ya da olumsuz ilişkiyi, geçmişte yaşanmış olayı bildirmekle hükümlüdürler. Yani tarafların itiraz etmediğı hallerde dahi hakem kararını yanlı bir şekilde etkileyecek bir hususun olduğunu düşünüyorsa, kendisi yargılamadan çekilmelidir. Çünkü yargılama anında hakemlerin bağımsızlığıyla ilgili şübhe edilebilecek konuların göz ardı edilmesi, karar verildikten sonra da uyumsuzluğun sonuçlarını etkileyebilmektedir. Bu şartlar altında alınmış karar, kararın iptali ya da tenfiz reddedilmesinin engellenmesine de sebep olacaktır. Tüm bunlar dikkate alındığında hakemlerin bildirim yükümlölüğünün çok önemli bir işleve sahip olduğu sonucuna varılır. Hakemlerin daha yargılama başlamadan adaletli, tarafsız karar alınmasına yardımcı olmak için verdiği bu çaba tahkim sürecine olan inamı ve güveni sağlamaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Bozkurt, s. 105.

¹⁷⁸ Bozkurt, s. 115.

¹⁷⁹ **English Arbitration Act**, 17 June 1996,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> , (09.07.2020).

¹⁸⁰ Bozkurt, s. 218.

Genellikle, MTO hakem kapasitesi açısından çok daha gelişmiş bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Çoğunlukla avukatlardan ve üniversite hocalarından oluşan, ama aynı zamanda farklı meslek gruplarının, mühendislerin, diplomatların, ticari iş adamlarının hakem olarak çağırıldığı geniş bir vizyona sahiptir. Taraflar anlaştığı sürece hakem seçiminde tamamen özgürdürler. Hakemlerin bağımsızlığını her ne kadar temin etmeye çalışsa da taraflardan biri itiraz ederse, hakemin reddini talep edebilir ve konu araştırılmak üzere Divan'a¹⁸¹ sunulur. Divan kararlarının sebebini açıklamama hakkına sahiptir ve tasdik, red ya da tayinle ilgili kararları kesindir, değiştirilemez. Tek bir hakem tayin eden Divan, tarafların ortak kararı üzere daha fazla da hakem tayin edebilir. Hakemlerin yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumda, olası ihtimaller değerlendirilerek başka hakem atanacaktır. Divan hakem değişikliğindeki seçim konusunda serbistiye sahiptir ve yargılamanın katettiği aşamadaki durumunu da göz önüne alınılarak yenilenmeye gerek olup olmadığı hususunda kesin karara varacaktır¹⁸².

D. Tahkim Yargılaması

Yargılama, “bir hukuksal çekişmeyi çözmek üzere yargı organlarının yaptıkları iş ve işlemler” olarak tanımlanmaktadır¹⁸³. Tahkikatın, dolayısıyla yargılamanın en önemli amacı gerçeğe ulaşmak ve adaleti sağlamak olmalıdır. Devletin veya uluslararası kuruluşların önderliğinde yargılama, hakkını arayan insanların en güvendiği ve genellikle son çare olarak gördükleri çözümdür. Yargılama, aşamalı olarak uyuşmazlıkları en kısa ve doğru yöntemle sonuçlandırmayı hedefler¹⁸⁴.

Genel olarak yargılama niteliğine göre çekişmeli yargılama ve çekişmesiz yargılama olmakla iki yere ayrılır. Çekişmeli yargılamada her zaman en az iki taraf vardır, taraflarda kişi fazlalığı olsa bile bu, yargının iki taraflılık üzerine cereyan etmesini değiştirmez, sistem aynı kalır. Çekişmeli yargılamanın esas unsuru taraflar arasındaki çekişmedir. Davanın açılmasıyla başlayan çekişmeli yargılama ön

¹⁸¹ Divan, otuz üyeden oluşan, bünyesinde Daimi Sekreteryaya barındıran ve personeli, farklı ülke vatandaşlarından ibaret, hakemlerin icra ettiği prosedüre nezaret eden bir kurumdur.

¹⁸² Nomer, Ekşi ve Öztekin, s. 58-59.

¹⁸³ Ali Türkmen, **Özel Hukuk Muhakemesinde Tahkikat Aşaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1.

¹⁸⁴ Türkmen, s. 2.

inceleme, tahkikat, sözlü muhakeme aşamalarından geçerek hüküm verilmesiyle sonuçlanır¹⁸⁵.

Çekişmesiz yargılamada adından da anlaşılacağı üzere, taraflar arasında subjektif bir hak ihlali durumu mevcut değildir. Başka bir ifadeyle, çekişmesiz yargılamada taraflar arasında gerçekten bir çekişme söz konusu değildir¹⁸⁶. Çekişmeli yargılamayla çekişmesiz yargılama şu üç kriterle bir birinden ayrılır: birincisi, taraflar arasında uyuşmazlığın bulunup bulunmaması; ikincisi, ileri sürebilecek subjektif bir hak ihlali iddiasının varlığı; üçüncüsü de hakimin resen harekete geçebilme konumunda olup olmamasıdır¹⁸⁷. Tahkim, uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olduğundan çekişmeli yargılama söz konusudur.

Tahkim yargılamasında davanın açılması tarihinin yanı sıra tahkim süresi de önemli bir konudur. Devlet mahkemelerinde yargılamanın bitmesi için kesin bir süre belirlenmez, ama bunun aksine tahkimde belirlenmiş sürede dava mutlaka sonuçlanmalıdır. Bu süre, tahkimin başlanmasıyla kararın verilmesine kadar geçen zamanı kapsar¹⁸⁸. Hemen her konuda olduğu gibi bu konuda da taraflara irade serbestisi tanınmış, bu süreyi belirleme hakkı verilmiştir. Ancak belirlenmeyen davalar için de süre, MTK'nın 10. maddesi uyarınca bir yıl olarak kabul edilmektedir.

Tahkim süresinin başlaması ve tahkimde davanın açılması ayrı tarihlere tekabül eder, tahkim süresi davanın açıldığı tarihten sonraki bir dönemde başlar. Ancak davanın tek hakemli veya hakemler kurulu tarafından yönetilmesi dava süresinin başladığı tarihi etkiler. Tek hakemli tahkimde hakem seçildiği an tahkim süresi başlar. Hakemler kurulu söz konusu olduğunda da kurulun ilk toplantı tutanağı düzenlendiği tarih tahkim süresi başlar. Davanın açıldığı tarihlerse tek hakemli davada seçilmiş hakemle yetkili kuruma başvurulmasıyla, hakemler kurulu olduğunda da davacının seçtiyi hakemi karşı tarafa bildirmesiyle belirlenir¹⁸⁹.

MTO kuralları m. 34'e göre hakemler, tarafların isminin, tahkim konusunun, tahkim yerinin ve iddia ve savunmaların yer aldığı görev belgesi hazırlamalıdır. MTK'nın görev belgesine ilişkin 10. maddesine göre de taraflar tahkim anlaşmasında

¹⁸⁵ Abdurrahim Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Alternatif Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 81.

¹⁸⁶ Türkmen, s. 3.

¹⁸⁷ Karşı, s. 82.

¹⁸⁸ Akıncı, Tahkim, s. 244.

¹⁸⁹ Akıncı, Tahkim, s. 242.

aksini kararlaştırmadığı sürece, hakem veya hakem kurulu dilekçeler verildikten sonra görev belgesi hazırlar. Bu belge taraflara imzalanmak için gönderilir ve özellikle hakemlerin hazırladıkları iddia ve savunmaların zet kısmının okunmasına dikkat edilir. Görev belgesindeki en uzun ve detaylı anlatılan bu bölümde tüm önemli noktalar yer alır. Taraflar mutlaka bu belgeyi imzalayarak hakemlere gönderir. Ancak bu belgenin imzalanmasından, iddia ve savunmaların taraflarca kabul edilmesi değil, hakemin veya hakemlerin tarafların talep ettiklerini doğru anladığı sonucuna varılır. Bu belgenin en zor kısmıysa uyuşmazlık konusunun açıklanmasıdır. Çünkü uyuşmazlığın kesin ve kapsamlı açıklanmaması dava süresinde yanlış sapmalara, çözümün zorlaşmasına neden olabilir. Tarafların görev belgesini hiçbir itiraz edilmeden imzalaması, tahkimi kabul ettiklerini gsterir¹⁹⁰.

Uyuşmazlığın zm yargılama süresince devam eden bir süreçtir. Bazen bu süreçte taraflar, davanı kazandıklarında elde edebilecekleri hakları önceden güvence altına almak isteyebilirler. Dava konusunu korumak amacıyla yapılan tedbirler ‘geçici hukuki koruma tedbirleri’ olarak adlandırılır¹⁹¹. Bu gibi ihtiyaın olması uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla kararın alınacağı süre zarfında söz konusu olan hakların kısmen veya tamamen kaybedilmesi tehlikesinin varlığıyla ilişkilidir. Hakların güvenceye alınması için gereken tedbirler, para alacaklarını konu alan ihtiyati haciz ve diğer hakları konu alan tedbirlere ayrılır. İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı davalının dava bitmeden uyuşmazlık sebebi olan hakları ortadan kaldırmaması ve davacının kazandığı halde hakları eksiksiz ve sorunsuz bir şekilde elde edebilmesi açısından nemlidir¹⁹². MTK 6. madde uyarınca hakem veya hakem kurulu uygun bir güvence verilmesi adına ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilir. Aynı maddeye göre, hakem veya hakem kurulu tarafından davanın reddedilmesiyle, ya da nihai kararın icra edilebilir olmasıyla ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkar.

¹⁹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 268.

¹⁹¹ Muhammet zekes, **İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 36.

¹⁹² Ortakaya, s. 42.

Kural olarak hakem kararı, hakem kurulunun söz konusu olduğu zaman oy çokluğuyla alınır. Ama taraflar isterse tahkim anlaşmasında kararın ancak oybirliği ile alınmasını kararlaştırabilirler¹⁹³.

Hakem yargılamasında gerektiğinde devlet mahkemelerinin uyguladıkları yöntemlerden yararlanılabilir. Örneğin, bilirkişiye, teknik uzmanlara başvurulabilir, şahitlerin dinlenilmesi ve delil toplanması gibi uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olabilecek imkanlar kullanılabilir¹⁹⁴.

Karar alınırken tahkim anlaşması veya tahkim şartında belirlenen veya kabul edilmiş tahkim kuralları haricinde ticari örf ve adetler de göz önünde bulundurulur. Ticaret hayatında herkesin uyması gereken fakat yazılı olmayan kurallar, ticari örf ve adetlerdir¹⁹⁵. MTK'nın 12. maddesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 28. maddesi de sözleşme hükümlerinin tamamlanması ya da yorumlanması gerektiğinde bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetlerin dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir.

Yargılama sonuçlandıktan sonra hazırlanan hakem kararlarında tarafların, varsa vekillerinin ad ve soyadları, adresleri, tahkim yeri, yargılama süresi, hakem veya hakemlerin isimleri, imzaları gibi bilgilerden başka kararın alınmasını etkileyen sebepler, hukuki dayanaklar, hakemlerden birinin veya birden fazlasının varsa karşı oyları yer alır¹⁹⁶. Kararda anlaşılmayan noktaların, karışık sebep sonuç ilişkisinin, açıklanması gereken hususların mevcut olması durumunda ya da tarafların böyle bir talebi bulunursa kararın yorumlanması yapılır. Bu resmi yorum olmaktan çok açıklama niteliği taşır.

Hakem kararları bağlayıcı olmakla beraber hem de icra edilebilir niteliktedir. Kararın icarasına başlayabilmek için alınan belge, hakem kararının karşı iptal davasına verilen süre içinde böyle bir davanın açılmaması sonucunda ya da tarafların iptal davası açmayacakları, bu haktan feragat etmeleri halinde verilebilir¹⁹⁷.

Tahkim yargılamasının sona ermesi, hakemin veya hakemler kurulunun nihai karar vermesiyle gerçekleşir. Tahkim sürecinin sona ermesiyle birlikte hakemlerin kararın düzeltilmesi, tamamlanması ve yorumlanması hariç, uyuşmazlıkla veya

¹⁹³ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 82.

¹⁹⁴ Ortakaya, s. 274.

¹⁹⁵ İrfan Baştuğ ve H. Ercüment Erdem, **Ticari İşletme Hukuku**, DEÜ, Ankara, 1993, s. 11.

¹⁹⁶ Akıncı, Tahkim, s. 319.

¹⁹⁷ Tuna Ekin, **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 84.

tarafarla ilgili konularda herhangi bir işlem yapmaya hakkı ve ehliyeti yoktur. Taraflar, kararın oy birliğiyle verilmesinde anlaştıklarında hakemler ortak karar alamıyorsa, kurul karar veremediğini açıklayıp tahkimi sona erdirecektir¹⁹⁸. Aslında hem hakem ücretleri, hem de bu gibi ortaya çıkabilecek sorunlar göz önünde bulundurulduğunda tek hakemli yargılamanın daha hızlı ve kolay bir yöntem olduğu sonucuna varılabilmektedir.

New York Sözleşmesine taraf devletler hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda karşılıklılık prensibini esas alarak diğer bir devlet arazisinde alınan tahkim kararlarını tanımayı ve tenfizini kabul etmiştir. Bu sözleşme kapsamındaki kararların tanınması ve tenfizi, tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği, uygulanabilir olması, tahkime elverişliliği, mahkeme tarafından iptal edilmemesi şartları bulunduğunda gerçekleştirilir¹⁹⁹.

Mahkemelerde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili karar alınırken ilk önce onun yerli veya yabancı olmasına karar verilmelidir. Hakem kararının yabancı veya yerli olması ise tahkim kurallarına değil, lex fori'ye göre nitelendirilir. Tanınma ve tenfizin talep edildiği mahkemede hakim, bu kararın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını kendi iç kanununa göre tespit eder. Çünkü bu kararın sonuçlarını uygularken yapacağı işlemler kararın hangi unsura göre değerlendirilmesine bağlıdır²⁰⁰.

Mahkeme, hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kararı, maddi ve hukuki yönden değil, sadece bu kararın, tanınma ve tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığını inceleyebilir²⁰¹. Bu kural Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 55/2. maddesinde düzenlenmiş ve tenfiz davasında uyuşmazlığın esasına girilmeyeceği ifade edilmiştir. Tahkim yargılaması boyunca hakemlerin uyguladıkları usul veya kurallar, tarafların anlaşmasına veya anlaşmanın olmadığı durumlarda kararın verildiği ülkenin hukukuna ya da anlaşmada atıf yapılan kurum kurallarına aykırıysa yapılan tenfiz talebi reddedilebilir²⁰². MÖHUK'un 62. maddesinde de ret sebepleri gösterilmiş ve bu maddeye göre tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı olmazsa, hakem veya hakem kurulu kararı genel ahlaka ve kamu düzenine

¹⁹⁸ Akıncı, Tahkim, s. 315.

¹⁹⁹ Kalpsüz, s. 211.

²⁰⁰ Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, s. 58.

²⁰¹ Akıncı, Tahkim, s. 476.

²⁰² Kalpsüz, s.194.

aykırıysa, Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün olmayan uyuşmazlıkla ilgili karar, hakkında kararın tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş ya da iddia ve savunmadan yoksun bırakılması ret sebeplerindendir. Kanunun 63. maddesinde de yabancı hakem kararlarının tanınmasının, tenfize ilişkin hükümlere tabi olması ifade edilmiştir.

Tahkimin temyiz mekanizmasına sahip olmaması onun dezavantajı olarak kabul edilmektedir. Çünkü taraflardan birinin itiraz etmek için sebepleri olduğunda bunu devlet yargısına taşımak yerine aynı şekilde tahkimde halledebilmek onun için daha yararlı olabilecektir²⁰³.

Hakem kararları bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Devlet yargılamasında verilen kararların istinaf yargılamasına ve temyize götürme şansı varken, hakem kararlarında böyle bir yol tanınmamıştır. Bu boşluğu aradan kaldırmak için de taraflara hakem kararlarına karşı iptal davası açabilme olanağı sağlanmıştır. MTK madde 15'e göre iptal davasının açılmasıyla birlikte kararın icrasının kendiliğinden duracağı ifade edilmiştir. Çünkü aksi halde icra edilen veya edilmekte olan bir kararın sonradan iptal edilmesinin hiçbir anlamı olmayacaktır²⁰⁴. Eğer davanın gidişatında ya da sonunda iptal için sebepler bulunursa, bu durum hakem kararının ve tahkimin geçersizliğiyle sonuçlanacaktır ve artık tahkim süreci sonucunda verilen karar iptal edilecektir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 34. maddesine göre de iptal davasının açılması, tarafların hakem kararının tenfizi için mahkemeye başvurmasına engel değildir. Cenevre-Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de iptal sebepleri düzenlenmiştir ve bu sebeplerden birinin varlığı iptal davası açılmasına olanak sağlamaktadır. Bu Sözleşmeye göre, hakemlik anlaşmasını imzalayan taraflardan herhangi biri tahkime uygulanan hukuka göre ehliyetli ise, iptal talebinde bulunan taraf, hakemlerin tayininden haberdar edilmemiş veya iddia ve savunma imkanı elde edememişse, hakemler tahkim anlaşmasındaki uyuşmazlıkla ilgili olmayan veya yetkisi dışında karar vermişse ve hakem mahkemesinin işleyişi tarafların anlaşmasına uygun sürdürülmemişse hakem kararı iptal edilir. İptal gerekçelerinin olmaması durumunda

²⁰³ Mistelis, s. 170,

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-319> , (06.05.2021).

²⁰⁴ Ekin, s. 81.

iptal talebi reddedilebilir. İptal talebinin reddine ilişkin karardan verilen süre içinde temyize gidilmediğinde, bu karar kesinleştikten sonra hakem kararları da kesinleşir²⁰⁵.

E. Milletlerarası Ticaret Odası

1923 yılından itibaren ICC Tahkim organı olarak kurulan Milletlerarası Tahkim Divanı, milletlerarası ticari tahkime öncülük ederek ICC Tahkim Kurallarınca kabul edilen uyuşmazlıkların çözümü mekanizmaları için tasarlanmıştır²⁰⁶. Milletlerarası Ticaret Odası, tarafların farklı ülke vatandaşları olduğu, milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıkların çözümünü burada kayıtlı hakemler tarafından gerçekleştiren bir kurumdur²⁰⁷.

Tahkimin başlaması için davacı yazılı olarak düzenlenen tahkim talebini MTO Divan Sekreterliğine sunmalıdır. Tahkim talebinde, tarafların tam adları ve varsa görev tuttukları makam, adresleri, davanın kısa özeti ve esası, uyuşmazlık konusu olan meblağ, hakem seçimiyle ilgili anlaşma hükümleri, hukuki hususlar, uygulanacak hukuk, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı veya kopyası, hakemlerin sayına göre belgelerin fazladan suretleri, tahkim yeri ve tahkim dili gibi hususlar yer almalıdır²⁰⁸.

MTO, kurumsal bir tahkim mekanizmasıdır ve dolayısıyla hakem yetkisi bakımından iki basamaklı bir yapıya sahiptir. Hakem heyetinin kendi yetkisiyle ilgili karar verme yükümlülüğünün yanında Divan da ön inceleme yapmaktadır. Tabi ki Divan hakem heyeti kadar kapsamlı ve özgün bir inceleme yapmamakta, ama idari olarak bu görevi icra etmekte mükelleftir. Hakem yetkisinin hakemler dışında bu şekilde araştırılması tahkimin güvenilirliğini daha da arttırmaktadır²⁰⁹.

Hakemler yargılamayı MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde yürütürler ve bu kurallarda tespit edilmeyen konularla ilgili tarafların belirlediği kurallar geçerli olur. Ancak taraflar önceden belirlemediği veya yargılama süresince de sessiz kaldığı konularla ilgili hakem mahkemesi, yargılamayı kendi karar verdiği usul hükümlerine tabi tutarak yürütür. ICC Tahkim Kurallarına göre, hakem mahkemesinin karara

²⁰⁵ Ekin, s. 88.

²⁰⁶ Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası, “ICC Tahkimi”, <https://icc.tobb.org.tr/icc-tahkim.php>, (29.05.2021).

²⁰⁷ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 55.

²⁰⁸ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 57.

²⁰⁹ Ortakaya, s. 219.

varmadan bitmesi halinde aynı uyuşmazlıkla ilgili MTO’da yeniden yargılama başlatılırsa artık eski anlaşmanın tamamen geçersiz kılındığı kabul edilecektir²¹⁰.

Hakem kararlarında uyuşmazlığın nedeni, davanın esası, kararın hukuki ve maddi dayanakları, dava masraflarının ne kadar olduğu ve masrafları hangi tarafın ödeyeceği hususlar gösterilir. Kararın giriş bölümünde mutlaka bulunması gereken unsur vakıalardır²¹¹. Vakıalar tarafların açıklamalarına göre oluşturularak delillerin bu yönde değerlendirilerek hakemlerin vardığı sonucun temelini teşkil etmektedir. Kararın verildiği tarih de belirtildikten sonra hakemler kararı imzalar ve taraflar arasında önceden var olan tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı karara eklenir²¹².

MTO tahkimi önemli bir adım atarak tahkim sürecinde tarafların sulh yoluyla anlaşmasına dair özel bir hüküm getirmiştir. Bu hükmeye göre taraflar, tahkim süresinde karşılıklı anlaşarak uyuşmazlığın bir kısmını sona erdirebilir ve kararın da bu anlaşmaya göre sonuçlanmasına karar verebilirler²¹³. Tahkim yargılaması devam eden uyuşmazlığın tüm hususları üzerinde anlaştıkları durumda ise iki farklı yoldan biri seçilebilmektedir. Birincisi, taraflar sulh yoluna gittiklerini hakem heyetine ve Sekreteryaya’ya bildirerek davayı geri çekebilir ve sadece masraflar tespit edildikten sonra dava sona erer²¹⁴. İkincisi, taraflar sulh yoluna gittiklerini hakem heyeti kararında belirterek tahkimin sonunu getirebilirler. Ancak bu yöntem daha fazla zaman ve dolayısıyla masrafa neden olduğu için genellikle tercih edilmemektedir.

MTO Tahkim Kuralları 1 Aralık 2020 tarihinde resmi olarak ilan edilerek değiştirilmiştir. 2017 Tahkim Kuralları temel alınarak 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Tahkim Kuralları’nda bazı önemli yenilikler ve değişiklikler yapılmıştır²¹⁵. Burda özellikle dikkat edilmesi gereken husus, tahkim yargılaması, tarafların tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı imzaladıkları tarihte yürürlükte olan kurallarla değil, yargılamanın başlatıldığı anda yürürlükte olan MTO kuralları ile yürütülecektir. Ancak tarafların tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında, anlaşmanın

²¹⁰ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 61.

²¹¹ Ortakaya, s. 326.

²¹² Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, s. 22.

²¹³ Ortakaya, s. 335.

²¹⁴ Derains, Yves ve Eric A. Schwartz, **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, s. 310.

²¹⁵ International Chamber of Commerce, “2021 Arbitration Rules”, 01.01.2021, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> , (04.05.2021).

yapıldığı tarihte yürürlükte olan kuralların uygulanması konusunda karar alabilmeleri de mümkündür.

2021 MTO Tahkim Kuralları uyarınca, hakem seçimlerine ilişkin bir takım değişiklikler yapılmıştır. Davaya katılması talep edilen tarafın, hakem seçimi onaylandıktan veya hakem ataması yapıldıktan sonra davaya katılabilmesi için, seçilen veya atanan hakem heyetini ve varsa görev belgesini kabul etmelidir. Ama bu talebin kabul edilmesi için sadece davaya katılması talep edilen tarafın rızası yeterli değildir. Aynı zamanda yargılamayı sürdürecektir olan hakem heyetinin de bu hususta karar alması önemlidir.

III. EŞA ÇERÇEVESİNDEKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ İÇİN GETİRİLEN ÖZEL DÜZENLEMELER

A. Yatırım Uyuşmazlıkları ve Onların Çözülmesi

1. Genel Kavramlar

Uyuşmazlık, iki veya daha fazla kişinin bir hak ve çıkar konusunda karşıt görüşlere sahip olması, uzlaşma sağlayamaması olarak tanımlanabilir. Uluslararası hukuk bağlamında ise uyuşmazlık, iki veya daha çok devlet, ya da bir devletle başka bir devletin gerçek ve tüzel kişisi veya iki yabancı gerçek ve tüzel kişi arasındaki uyuşmazlıklar olarak ifade edilir²¹⁶. Şöyle ki, uluslararası uyuşmazlık terimi iki anlamda, devletlerarası uyuşmazlıklar ve yalnız bir tarafın devlet olduğu uyuşmazlıklar olarak kullanılır²¹⁷. Uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar, maliyet seviyesi, tahkimin gerçekleştiği yerde olma zorunluluğu, kararın tenfizi gibi konularda da zorluklara yol açmaktadır²¹⁸.

²¹⁶ Erdal, s. 2874,
<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/9-MUHAMMED-ERDAL.pdf> , (24.05.2021).

²¹⁷ Erdal, s. 2874,
<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/9-MUHAMMED-ERDAL.pdf> , (24.05.2021).

²¹⁸ Emek, s. 10,
https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Uluslararası_Ticarette_Tahkim_Prozed%C3%BCr%C3%BC%E2%80%8B.pdf , (25.05.2021).

Uluslararası uyuşmazlıkları konusuna göre de siyasi ve hukuksal uyuşmazlıklara ayırmak mümkündür. Daha çok öğretide kabul gören bu tasnife göre, siyasi uyuşmazlıklar, taraflardan birinin uluslararası hukuk kurallardan birini veya daha fazlasını reddetmesi ya da değiştirmek istemesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Hukuksal uyuşmazlıklar ise, hukuk kurallarının uygulanması veya yorumlanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak tanımlanabilir²¹⁹. EŞA çerçevesindeki uyuşmazlıklar, taraflarından en az birinin gerçek veya tüzel kişi olduğu, hukuksal nitelikteki uyuşmazlıklardır.

Yatırım uyuşmazlığı, yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında imzalanmış bir sözleşmenin uygulanmasına ve yorumuna ilişkin, uygulama anında andlaşmadaki hakların bir veya daha fazlasının ihlal edilmesiyle ilgili yatırım ihtilafıdır. Yatırım uyuşmazlıklarından bahsederken öncelikle yatırım, yatırımcı, ev sahibi ülke kavramları açıklığa kavuşturulmalıdır.

İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları uyarınca yatırım: a) hisseler, tahviller ya da şirketlere katılımın diğer şekilleri; b) yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan ve yasalara uygun olarak kabul edilen diğer haklar (gelirler kavramı, bir yatırımdan elde edilen kar, faiz ve temettü gibi hıslatları ifade eder); c) taşınır ve taşınmaz mallar ve bunların üzerindeki ipotek, haciz, rehin ve benzeri diğer haklar; d) patent, lisans, sınai tasarım, telif hakları, teknik işlemler, ticari markalar ve benzeri diğer haklar; e) tarafların ülkelerindeki doğal kaynakların aranması, ihracı, işlenmesi ve kullanılması gibi konularda yasalar veya yasalara uygun olarak akdedilmiş bir ticari sözleşme uyarınca sağlanan imtiyazlar olarak kabul edilmektedir. Bazen ikili andlaşmalarda yer almayan bir kıymet de taraflarca yatırım olarak değerlendirilebilir. Neticede söz konusu yatırımla ilgili uyuşmazlıklar da EŞA kapsamındaki diğer uyuşmazlıklar gibi çözümlenmeye tabi tutulacaktır²²⁰.

EŞA kapsamında ise yatırım kavramı madde 1/6'da tanımlanmaktadır. Bu hükme göre,

Yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır: a. aynı ve aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek,

²¹⁹ Erdal, s. 2875,

<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/9-MUHAMMED-ERDAL.pdf> , (24.05.2021).

²²⁰ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 89.

haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı; b. bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları; c. bir ekonomik değere sahip olan ve bir Yatırıma ilişkin olarak yapılan kontrat ile ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri; d. Fikri mülkiyet; e. Kazanç; f. Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar.

Mali açıdan iyi hesaplanmamış, nakliye ve ulaştırma hizmetlerinin hesaba katılmadığı durumlarda yatırım bütçesi düşük olarak kabul edilebilir. Ancak olası fazla harcamalar gibi hususlar da göz önünde bulundurularak yüksek fiyat taşıma kapasitesi olan yatırımcıların gelişmiş ülkelerde enerji pazarına girmeleri gerekmektedir²²¹. EŞA kapsamında yatırımın miktarıyla da ilgili bir takım kısıtlamalar düzenlenmiştir. Akit taraflarca uygulanan ithalat veya ihracatın miktarı sınırlandırılabilir. Ancak bu miktar, diğer sözleşme taraflarına veya akit devletin kendi bölgesindeki yatırımcılara izin verdiği miktardan az olmayacaktır. Fiyat da miktarla doğru orantılı olduğu takdirde vergiler hariç aynı kısıtlamalara tabi tutulabilir²²². Uluslararası alanda karbon azaltma hedefleri büyüdükçe dolayısıyla sermaye ihtiyacı da artmaktadır. Şimdilik genellikle gelişmekte olan ya da düşük gelirli ülkelere yatırım yapılarak bu maliyetler sınırlandırılmaktadır. Aynı zamanda, enerji yatırımcıları istikrarlı bir şekilde ilk sermaye yatırımlarının başarılı olduğu ülkelerde çalışmaya devam ederken, bir kısım yatırımcılar da rekabetçi pazarlara aktarım yapmaya çalışmaktadır²²³. Yenilebilir enerji teknolojilerinin de daha yüksek finansal maliyete neden olması muhtemeldir. Ancak ortak işbirliği politikası ve toplumsal yararlarından faydalanarak bu sermaye hafifletilebilir²²⁴.

Yatırımcı kavramı da iki türlü tanımlanabilir. Birincisi, taraflardan en az birinin yasalarına göre vatandaş sayılan gerçek kişiler ve ikincisi, yine bu yasalardan birine göre kurulan ve idari merkezleri bu ülkelerden birinde yerleşen tüzel kişiler²²⁵ yatırımcıdır. EŞA açısından ise yatırımcı, Anlaşma'ya taraf olan devletin kanunlarına

²²¹ Karl Petter Waern, "Transit Provisions of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on Transit", **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:20, Sayı:2, ss. 172-191, s. 181.

²²² Waern, s. 177.

²²³ James W. Coleman, "Energy Market and Policy Revolutions: Regulatory Process and the Cost of Capital", **Energy Law and Economics**, (Ed. Klaus Mathis ve Bruce R. Huber), Springer, Cilt:5, Gewerbestrasse, 2018, ss. 159-170, s. 163.

²²⁴ Rosemary Lyster ve Adrian Bradbrook, **Energy Law and Environment**, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 5.

²²⁵ Kılavuz, s. 191.

göre o devletin vatandaşı olan veya o devlette sürekli ikamet eden gerçek kişiler ve Anlaşma'ya taraf devletin kanunlarına uygun örgütlenen organizasyon veya firma olan tüzel kişilerdir. (m. 1/7-a)

EŞA çerçevesinde ev sahibi ülke kavramı, Anlaşmaya taraf olmuş, diğer Anlaşma tarafı ülkenin kendisi veya özel ve tüzel kişisi olan yabancı yatırımcı tarafından yatırımın yapıldığı alanda hukuki egemenliği kabul edilen ülkedir. Hem gerçek, hem tüzel kişilerin vatandaşlığı belirlenirken, bu kişilerin vatandaşı olduğu iddia edilen akit devlet yasalarına göre belirlenecektir²²⁶.

Yatırım yapma veya yatırımların yapılması kavramı ise, mevcut yatırımların tümüne veya bir kısmına sahip olma ya da farklı yatırım faaliyeti alanlarına açılma yoluyla yeni yatırımların tesis edilmesi anlamına gelmektedir²²⁷.

Anlaşmada yatırımların kamulaştırılabileceği haller de sınırlı sayıda verilmiş, yatırımların serbest şekilde transfer edilmesi öngörülmüştür. Taraflar başka bir uluslararası antlaşmayı imzaladığı zaman bile EŞA ile yatırımın korunmasına ilişkin düzenlenen hakların daha eksik olarak yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yatırımcının vatandaşı olduğu devlet veya ev sahibi ülke diğer uluslararası antlaşmalara taraf olsa dahi EŞA'ya kıyasen yatırımcı aleyhine olan koşullar ve yükümlülükler geçerli olmayacaktır²²⁸.

Enerji Şartı Anlaşması yabancı yatırımı ön-yatırım (pre-investment) ve yatırım sonrası (post-investment) olarak ikiye ayırmaktadır. Bu ayrımın yapılmasındaki maksad yatırım planlamasında olan veya kuruluş aşamasındaki yatırımlarla mevcut yatırımların birbirinden ayrılması ve farklı hükümlere tabi tutulmasıdır. Anlaşma ise sadece mevcut yatırımlarla ilgili hakları korumakta, tarafların bir birine karşı yükümlü oldukları ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı gibi yükümlülüklerinin yatırımın gerçekleştirildiği dönemde gözetilmesini sağlamaktadır. Ancak ön-yatırım aşamasında taraflardan bu prensiplere uyum göstermesi beklenmektedir²²⁹.

²²⁶ Juliet Blanch, Andy Moody ve Nicholas Lawn, "Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty", **Investment Protection and the Energy Charter Treaty**, (Ed. Graham Coop ve Clarisse Ribeiro), JurisNet, New York, 2008, ss. 1-16, s. 3.

²²⁷ Energy Charter Treaty, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

²²⁸ Sussman, s. 3.

²²⁹ James, s. 442.

2. Akit Devletlerarası Uyuşmazlıklar

Anlaşmanın yatırım uyuşmazlıklarını kapsayan beşinci bölümünde iki tür uyuşmazlıklar düzenlenmektedir. Birinci, yatırımcı ve EŞA tarafı üye arasındaki uyuşmazlık, ikincisi ise sözleşme üyeleri arasındaki uyuşmazlıklardır. Anlaşmanın 26. maddesinde yatırımcıların, yatırım sözleşmesindeki hükümlerin ihlali durumunda, ev sahibi devlete karşı uluslararası tahkime gitme hakkı sağlanmaktadır. 27. madde ise rekabet ve çevre konuları hariç, Anlaşmanın tarafları arasındaki uyuşmazlıklara yönelik çözümleri düzenlemektedir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Antlaşmaları - İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları (Bilateral Investment Treaties- BIT) iki devlet arasında yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin olarak yapılmaktadır. New York Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede, yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcılar için bu antlaşmalar önem taşımaktadır. Bu tip antlaşmalarda uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili bölümlerde tahkim şartının kesin kabulü düzenlenmektedir. Antlaşmalarda sadece yatırımcı ve taraf devlet arasındaki ihtilaflar değil, hem de iki devlet arasında çıkan yatırım ihtilafları konu edilmektedir²³⁰.

Taraf devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 27. maddede, tarafların başka türlü anlaşması bulunmadığı hallerde, Anlaşmanın uygulanması veya yorumuyla ilgili uyuşmazlıkların ad hoc tahkim yoluyla çözümlenmesi ifade edilmiştir. 26. maddede sadece yatırım uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıklar düzenlense de, 27. madde bu uyuşmazlıklarla sınırlı olmamakta ve ticaret, yatırım ve transitle ilgili uyuşmazlıkları da kapsamaktadır. Devletlerarası uyuşmazlıkların öncelikle diplomatik yollarla çözülmesine ilişkin adımlar atılmalıdır. Ancak makul süre içinde uyuşmazlık çözümle sonuçlanmazsa taraf devletlerden biri tahkime başvurabilir²³¹. Taraflar uygulanacak hukuk veya diğer kurallar hakkında ortak karara varamazsa, uyuşmazlığın çözümüne UNCITRAL Tahkim Kuralları uygulanacaktır.

²³⁰ Emek, s. 24,

https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Uluslararası_Ticarette_Tahkim_Prosed%C3%BCr%C3%BCE2%80%8B.pdf,
(25.05.2021).

²³¹ Baklacı ve Akıntürk, s. 110.

3. Yatırımcı ve Yatırımı Kabul Eden Devlet Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları

Yatırımla ilgili uyuşmazlıklarda taraflardan birinin daha güçlü olması nedeniyle milletlerarası alanda yatırımcıyı korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Çünkü ev sahibi ülkedeki ortam her ne kadar cazip görünse de, yatırımın korunmadığını, eşit şartlara sahip olmadığını düşünen yatırımcı, bu ülkede yatırım yapmaktan vazgeçecektir. Böylece, daha başlamadan yabancı yatırım yapılması fikri ortadan kaybolacaktır. EŞA, üye devletle yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün kolaylaştırılmasıyla, yabancı sermayeyi çekmeyi ve yatırımların gelmesini hedeflemektedir²³².

Hem çok taraflı, hem iki taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi tercih edilmektedir. EŞA çerçevesinde de yükümlülüklerini yerine getirmeyen devlete karşı yatırımcı, uluslararası tahkime başvurabilmektedir. Anlaşmanın 26. maddesinde düzenlenen bu hükme göre yatırımcı, taraf devletin sadece üçüncü bölümde düzenlenen, yatırımcılara uygulanması gereken muamele yükümlülüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla, bu uyuşmazlıklara ilişkin olarak tahkime başvurabilecektir. Diğer bir ifadeyle bu hüküm, üçüncü bölümdeki uyuşmazlıkları kapsar, ev sahibi devlete karşı, zarara uğrayan yatırımcı kendi adından tahkimi başlatabilir.

Taraf devletin yükümlülüklerini ihlal ettiği durumlarda yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için tek seçimi Anlaşmada düzenlenen tahkim değildir. Bu durumda yatırımcı, ulusal veya idari, ya da önceden anlaşılmış başka bir mahkemeye de gidebilir. EŞA'nın 26/3. maddesine göre Anlaşmaya taraf devletler uyuşmazlıkların uluslararası tahkimde çözülmesini şartsız olarak kabul eder. Ancak yatırımcı, uyuşmazlığın çözümü için Anlaşma tarafının yerel mahkemelerine veya idari makamlarına, ya da önceden belirlenmiş başka çözüm merciine başvurmuşsa, tahkim onayı şartsız olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir ifadeyle, EŞA madde 26/3-b taraf devletlerin belirli hallerde onayı şarta bağlama hakkını saklı tutmaktadır²³³.

²³² Baklacı ve Akıntürk, s. 108.

²³³ Baklacı ve Akıntürk, s. 109.

Yatırım uyuşmazlıkları ortaya çıktığında taraflardan biri diğer tarafa çözüm önerilerinde bulunabilir. Anlaşma taraflarından herhangi birinin iyi niyetli çözüm önerisini yaptığı günden itibaren üç ay içerisinde uyuşmazlık çözüme kavuşturulmazsa yatırımcı, uyuşmazlığa düştüğü EŞA tarafı olan devletin mahkemelerine veya idari makamlarına başvurabilir veyahut daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uyuşmazlık çözüm prosedürüne de başvurabilir. EŞA madde 26 hükümlerine göre ise Anlaşma tarafları, koşulsuz olarak uyuşmazlığın çözümü için uluslararası hakem veya uzlaştırıcıyı kabul eder. Bu sebeple yatırımcı çözüm olarak uluslararası hakem yargılamasını seçtiği takdirde Anlaşma tarafı devlet buna itiraz edemez.

Yatırımla ilgili uyuşmazlık ortaya çıktığı an yatırımcı, bu sorunu ev sahibi ülkenin ilgili kurumlarına yazılı şekilde bildirecektir. Bildirimden sonra iyiniyetle görüşmeler yapılır ve uyuşmazlığın erken çözülmesi için gerekli adımlar atılır. Bu görüşmeler 6 ay içinde çözümle sonuçlanmazsa artık sonraki adım yatırımcının ev sahibi ülkenin mahkemelerine başvurusudur. Mahkeme bir yıl içinde kendi yasalarına göre uyuşmazlığı karara bağlamalıdır. Bu süre zarfında karar alınmazsa yatırımcının uluslararası tahkime başvurma hakkı doğar²³⁴. Yatırımcının uyuşmazlığı tahkimde çözüme kavuşturmaya karar verdiği durumda üç tercih imkanı vardır. Bunlardan biri, ICSID Tahkimi, ev sahibi devlet veya yatırımcının, ya da her ikisinin Washington Sözleşmesine taraf olmadığı durumlarda, ICSID İlave Hizmet Kuralları'na göre tahkim, ikincisi UNCITRAL Tahkimi, üçüncüsü ise SCC Tahkimidir²³⁵.

Yatırımcı, iddiasını başlatmak için hangi çözüm yöntemini veya hangi tahkim yolunu izleyeceğini düşünürken yargılamanın sonucunda kararın nasıl uygulanacağına da dikkat etmek zorundadır. Eğer, icra edilme ihtimali azsa veya daha çok zamana ve masrafa neden oluyorsa ticari olarak daha az değere sahiptir²³⁶.

SCC Tahkim Enstitüsü, ekonomik ve ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi amacıyla 1917 yılında kurulmuştur. Özellikle Sovyetler Birliği döneminde, Doğu-Batı bloku arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilmiştir. Enstitü bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip kurumsal tahkim kurumudur. SCC Tahkim Enstitüsü, eğer taraflar maddi hukuk kuralları seçmişse bu

²³⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 90.

²³⁵ Baklacı ve Akıntürk, s. 109.

²³⁶ Blanch, Moody ve Lawn, s. 10.

kuralları uygular. Taraflar böyle bir seçim yapmamışlarsa uygulanacak hukuk, hakem heyeti tarafından tespit edilir²³⁷.

B. Kurumsal Tahkim

1. ICSID Tahkimi

Yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için uluslararası merkez niteliği taşıyan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon ile bu alanda önemli bir adım atılmıştır²³⁸. Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi, 1966 yılında yürürlüğe girmiştir. Dünya Bankasının merkezi olan Washington aynı zamanda merkezin de yerleşim yeri olduğundan Washington Konvansyonu olarak da adlandırılır.

ICSID, devletler ve diğer devlet vatandaşları arasında özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için geliştirilmiş özel bir tahkim sistemidir. Merkez, yabancı yatırımcı ve ev sahibi ülkenin menfaatleri ve sorumlulukları arasında denge kuran bir yapıya sahiptir²³⁹. ICSID, tarafların menfaatini dengelemek amacıyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü siyasi bir araç olmaktan kurtarmayı hedeflemektedir. Bu bağlamda, yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesine ilişkin özel bir tahkim sistemi geliştirerek ulusal hukuklardan bağımsız hale getirmiştir²⁴⁰.

Yabancı bir yatırımcı yatırım yapacağı ülkeyle yaşayacağı olası uyuşmazlıklarda ve devamındaki yargı sürecinde mahkemelere karşı haklı güvensizlik duyabilmektedir. Bu güvensizliğin ve tereddütün sebebi ev sahibi devletin milli mahkemelerinin taraflı karar verebilme ihtimalidir. ICSID Tahkimi bu sorunların giderilmesi ve eşit yargılama ortamının sağlanması açısından önemiyet arz etmektedir. Aynı zamanda ev sahibi devlet de bu veya diğer sorunlar yüzünden yabancı yatırımcıları kaybetmemekle ülke ekonomisine fayda sağlamaktadır. Tahkime başvuru dahil, hakemin veya hakem heyetinin oluşturulması, uyuşmazlığın çözümü,

²³⁷ Kılavuz, s. 201.

²³⁸ Kılavuz, s. 199.

²³⁹ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 74.

²⁴⁰ Dilşad Kuşuoğlu ve Elit Meviza Demirkol, "ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)", **TAAD**, Cilt:9, Sayı:34, Nisan 2018, ss. 515-536, s. 517, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980854> , (18.05.2021).

kararın icrası gibi tüm aşamalarda eşitliğin sağlanması bu alanın genişlemesine yardımcı olmaktadır.

Üç ana departmandan ibaret olan Merkez, İdari Konsey, Sekreteryaya ve Paneller aracılığıyla kurumsal faaliyet göstermektedir. Bu Paneller de Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli olarak ayrılır. Genellikle ICSID, uyuşmazlığın çözümünde kendi hakem veya arabulucu olarak iştirak etmez. Bu Paneller vasıtasıyla taraflara arabulucuları veya hakemleri belirleme imkanı sağlanmıştır. Paneller taraflara bu konuda yardımcı olacak özel nitelikli kişilerden oluşuyor. Ancak diğer tahkim sistemlerinde olduğu gibi burada da temel prensip hakemlerin ve hakem mahkemesinin tarafların iradesine göre teşkil edilmesidir²⁴¹.

İCSİD Tahkimine başvurabilmek için bazı şartlar aranmaktadır (m.25). Taraflar uyuşmazlık anında Merkeze gitme konusunda yazılı bir anlaşma yapmalı; uyuşmazlığın tarafları akit bir devletle diğer akit devletin vatandaşı, gerçek veya tüzel kişi olmalı ve hukuki nitelikteki bu uyuşmazlık yatırımdan kaynaklanmalıdır. Tarafların tahkim şartı olarak ICSID Tahkimine atıfta bulunması da yeterli olacaktır. Önemli olan tarafların iradelerinin gerçek ve anlaşılır olmasıdır. Konvansiyon, iki veya daha fazla akit devlet arasındaki, bireylerin kendi arasındaki ve devletle kendi vatandaşı arasındaki uyuşmazlıklarla ilgili konuları düzenlemez. Çünkü ICSID'in en önemli hedefi eşit olmayan taraflar arasındaki milletlerarası uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmadır²⁴².

ICSID Tahkimi kendisini diğer kurumsal tahkimlerden ayıran ve daha değerli kılan özelliklere sahiptir. Öncelikle, uyuşmazlığın tahkime gidilmesi için taraflar arasında tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı olması gerekli değildir. Böyle bir sözleşme veya şart var olmasa da ICSID Tahkimi'ne gidilmesi mümkündür ve burdaki tahkim iradesinin kaynağı da milletlerarası hukuktur. Diğer bir farklılık ise kararların icra edilmesiyle ilgilidir. Şöyle ki, ICSID hakem kararlarının uygulanabilmesi için milli mahkemelerde alınan ayrıca bir tenfiz kararı gerekmemekte; hakem kararı kabul edildiği andan itibaren icra edilebilmektedir²⁴³.

²⁴¹ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 74.

²⁴² Claudia Annacker, "Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties", **Chinese Journal of International Law**, Cilt:10, Sayı:3, 2011, ss. 553 – 562, s. 556.

²⁴³ Akıncı, s. 57.

Konvansiyon sadece üye devletin vatandaşı olan yabancı yatırımcıya tahkime başvurma hakkı tanıdığından, önemli üç faktör karşımıza çıkmaktadır²⁴⁴. Bunlar, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı ve bu yatırımcının vatandaşı olduğu devlettir. Dolayısıyla, uyuşmazlık anında yatırımcının başvuru için yazılı onayının gerekmesine rağmen ev sahibi devletin ve yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin ICSID’e taraf olması onay olarak kabul edilecektir. Tahkim yolu olarak ICSID Tahkimine başvurma konusunda taraf, irade beyanlarını açıkca ifade etdikten sonra tahkim sürecinin yürütülmesini engelleme hakkı ortadan kalkmaktadır²⁴⁵. Dolayısıyla, tahkime onay veren yatırımcı ve ev sahibi devlet, verdiği onayı sadece karşılıklı anlaşlıkları takdirde geri alabilir. Karşı taraf kabul etmedikçe ise hakemlerin yargı yetkisine karşı çıkamaz. Ayrıca, ICSID’in yargı yetkisi sadece yargılamanın başlama tarihine kadar gerçekleşmiş olaylarla sınırlıdır²⁴⁶. Merkezin hakem yargılaması başladığı günden sonra gerçekleşen olaylara ilişkin yetki hakkı yoktur.

Taraflardan birinin diğer bir devletin vatandaşı olması şartı, bazı sorunlara sebep olmaktadır. Gerçek kişiler açısından vatandaşlığın belirlenmesi kolaydır. Çifte vatandaşlığın söz konusu olduğu durumlar da Konvansiyon’da belirlenmiştir. Yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden biri yatırımın yapıldığı devlet ise o zaman yatırımcı yabancı yatırımcı sayılmayacak ve aynı devletin vatandaşı olması esas alınacaktır. Dolayısıyla ICSID Tahkimine başvurma hakkı olmayacaktır. Ancak yatırımcı yatırım yaptığı ülkenin vatandaşı değilse, vatandaşı olduğu ülkelerden sadece birinin Konvansiyon’a üye olması yeterli olacaktır. Bu durumda yatırımcının uyuşmazlığı Merkez’de çözme hakkı tanınacaktır²⁴⁷.

ICSID Tahkimi bakımından tüzel kişinin vatandaşlığında dikkate alınan esas unsurlar kuruluş yeri, tüzel kişinin sicile tescil edildiği yer veya fiilen idare edildiği yerdir²⁴⁸. Konvansiyon’da tüzel kişilerin vatandaşlığı kuruluş yerine göre değerlendirilse de bazı istisnai durumlar söz konusudur. Şöyle ki, kurulduğu ülkede

²⁴⁴ Kuşuoğlu ve Demirkol, s. 523,

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980854> , (18.05.2021).

²⁴⁵ Bu ilkeye ilişkin **Alcoa Minerals v. Jamaika** davası önem arz etmektedir, bkz. Italaw, “Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica, ICSID”, <https://www.italaw.com/cases/3497> , (17.04.2021), Kuşuoğlu ve Demirkol’dan alıntı, s. 520.

²⁴⁶ ICSID Tahkim, “Uluslararası Tahkim”,

<https://www.international-arbitration-attorney.com/tr/icsid-arbitration/> , (17.05.2021).

²⁴⁷ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 77-78.

²⁴⁸ İlhan, s. 104.

yabancı kontrolü yüzünden diğer bir ülkenin vatandaşı gibi muamele gören tüzel kişiler farklı konumda yer almaktadır. Bu hususun özel olarak Konvansiyon'da ele alınmasının sebebi, yatırımcıların kendi ülkelerine karşı ICSID Tahkimine başvuramaması ve dolayısıyla büyük orandaki sermaye uyuşmazlıkları ortaya çıktığında bile bu yatırımcıların Merkez kuralları dışında kalması sorunudur. Yabancı muamele görme esası bu gibi durumları engellemek ve kontrolü yabancı bir ülke vatandaşı tarafından gerçekleştirilen tüzel kişilerin kurulduğu yere göre kabul edilmemesi için Konvansiyon'da düzenlenmiştir. Yabancı muamele görme dedikde, tüzel kişinin kurulduğu yer olan ülke vatandaşları tarafından yönetilmemesi veya bu ülke yararları için kurulmaması gibi sebeplerden, yabancı tüzel kişilere ilişkin hükümlere tabi olmak ifade edilir. Ancak bu esasın işlemesi için ev sahibi ülke ile bu ülkede kurulan şirket arasında diğer ülke vatandaşı muamelesi görme konusunda önceden anlaşma olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ev sahibi ülke tarafından da yabancı muamele gören şirket olduğu kabul edilmelidir²⁴⁹.

Tahkimin başlatılması için tahkim talebinde bulunan ülke veya yatırımcı bu talebi yazılı olarak Genel Sekreterliğe bildirir. Başvuruda tarafların kimlikleri, tahkim anlaşması veya tahkim şartı ve uyuşmazlığın konusu belirtilir. Genel Sekreterlik başvurunun örneğini diğer tarafa gönderir²⁵⁰. Yapılan başvuru Genel Sekreterlik tarafından değerlendirildikten sonra ya reddedilmesine ya da kabul edilmesine dair karar kabul edilecek ve kabul ya da red kararının nedenleri açıklanacaktır. Kabul edildiği takdirde uyuşmazlık tescil edilecek ve bu uyuşmazlığın çözülmesi için hakem kurulu oluşturularak tahkim başlatılacaktır.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusu Sözleşmenin 47. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, öncelik taraf iradelerine verilmektedir. Hakemler, uyuşmazlığın çözümüne tarafların anlaştığı hukuk kurallarını uygulayacaktır. Ama eğer tarafların kararlaştırdığı bir devlet hukuku olmazsa, uyuşmazlık uluslararası hukuk kuralları ve prensipleri de esas alınarak taraf devletin yasalarına göre çözümlenecektir. ICSID yargılamasında, tahkime uygulanacak usul konusunda, tarafların iradelerinin sınırını sadece ICSID Konvansiyonu belirliyor. Devletlerin

²⁴⁹ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 79.

²⁵⁰ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 80.

tahkim mevzuatı ICSID yargılamasını sınırlayamaz. Çünkü bu tahkim yargılaması mutlak şekilde Konvansiyon hükümleri çerçevesinde yürütülür.

Konvansiyona taraf ülkelerin hakem kararlarını bağlayıcı kabul etmesi, parasal yükümlülükleri üstlenmesi ve ülke sınırları içinde kendi milli kararları gibi yerine getirmesi gerekmektedir. Kararın tanınması ve yürütülmesini isteyen taraf, bu kararın gerçekleştirilmesi gereken devletin gerekli mercilerine Genel Sekreter tarafından onaylanmış kararı vermelidir²⁵¹.

ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesi diplomatik korumanın işletilmesine dair kuralın yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemektedir. Sözleşme'ye üye devlet diğer üye devletin vatandaşıyla olan uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması konusunda anlaştıktan sonra diplomatik koruma yoluna gidemeyecektir. Ancak üye devlet, uyuşmazlığa ilişkin hakem kararını kabul etmezse veya uygulamazsa, yatırımcının vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yoluna gidebilecektir. Sonuç olarak, diplomatik koruma yolu, süreci siyasi niteliğe dönüştürdüğü için tarafların çok fazla tercih etmediği bir yöntem olmakla son çare olarak kabul edilmektedir²⁵². Tarafların tahkim yolunun seçilmesine ilişkin iradeleri yoksa o zaman diplomatik koruma yolu tercih edilerek konunun devletlerarası nitelik kazanması mümkündür.

2. UNCITRAL Tahkim Kuralları

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümleri kabul edildikten sonra bu hükümlerin uygulanması için yeni kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Dönem şartlarını dikkate aldığımızda kabul edilecek bu kuralların hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde uygulama alanı bulabilecek nitelikte olması gerçeği ortaya çıkmıştır²⁵³.

²⁵¹ Akıncı, s. 66.

²⁵² Ali İbrahim Akkutay, "Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi", **TBB Dergisi**, Sayı:107, 2013, ss. 297-320, s. 301, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1297>, (01.05.2021).

²⁵³ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, Wolters Kluwer, 3. Baskı, New York, 2020, s. 101.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu 1969 yılında düzenlenen toplantıyla ticari tahkim alanındaki sözleşmelerin uygulamadaki problemleriyle ilgili bir rapor hazırlanması kararı almıştır. 1973 yılında üyelerin oy birliğiyle Ad Hoc Yönetmeliği'ne ilişkin çalışmalar sürdürülmeye başlanmış ve devamında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca oylandıktan sonra 15 Aralık 1976'da kabul edilmiştir²⁵⁴. Kuralların ticari tahkim alanında uygulanması tavsiye edilmiştir. Hatta şöyle ki, bu kurallara ilişkin oylamada olumlu oy kullanmış devletler veya bu devletin gerçek ve tüzel kişileri milletlerarası alandaki uyuşmazlıklarda ticari tahkimi tercih ederse UNCİTRAL Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını kabul etmeleri gerekliliği üstünde durulmuştur. Hatta bazı ülkeler, bu kuralları ulusal yasalarına uyarlamışlar ve kuralların uygulanmasını bu yolla sağlamışlardır²⁵⁵. MTO Tahkiminden farklı olarak bu kurallar Ad Hoc Tahkim niteliğindedir.

Diğer kurumsal tahkimlerde de olduğu gibi UNCİTRAL Tahkim Kuralları'nın uygulama alanı bulması için tahkim sözleşmesinde kesin ve açık olarak uyuşmazlık çıktığında bu kuralların geçerli olacağı belirtilmelidir. Kurallara göre taraflar, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında aksini kararlaştırmamışsa yargılama yönetmelik hükümlerine göre devam ettirilecektir. Ancak milli kanunun tahkime ilişkin emredici hükümleri bulunduğu bu hükümler yönetmeliğe aykırı olsa bile uyuşmazlık milli kanun hükümlerine tabi olacaktır²⁵⁶.

UNCİTRAL Tahkim Kuralları'na göre, taraflar, aralarındaki mevcut ilişkiden doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bir kısmının tahkim yargılaması yöntemiyle çözülmesine karar verebilirler. Bu kuralların önemli bir özelliği de uygulama alanının sadece milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı olmamasıdır. Böyle bir sözleşme olsun ya da olmasın taraflar anlaşarak tahkim yoluna gidebilirler. Kurumsal tahkimlerde yaygın olarak görülen özelliklerden biri de daha tahkim yargılaması başlamadan ya davacı tarafından ya da yarı yarıya ödenmek üzere davacı ve davalıdan yapılacak masraflar için belli bir meblağda avans istenebilir. Başka bir yöntem olarak da uyuşmazlığın karakterine bağlı olarak değişen miktarda

²⁵⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 65.

²⁵⁵ Dayınlarlı, s. 42.

²⁵⁶ Alangoya, Yavuz, **UNCİTRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında**, Postacioğluna armağanı, İstanbul, 1990, s. 8.

depozitonun ödenmesidir. Bu, hakemlerin ücretlerinin, idari masrafların ve yargılama süresince gereken diğer masrafların garanti edilmesi için gereklidir²⁵⁷.

Tahkim yargılamasının başlaması için ilk olarak dava dilekçesi değil tahkim ihbarı hazırlanır. Yargılama, tahkim ihbarı davalıya tebliğ edildiğinde başlar ve isteğe bağlı olarak bu ihbarla birlikte dava dilekçesi de verilebilir. Yargılama süreci UNCITRAL Kurallarına göre devam ettirilse de, taraflardan birinin bile talebi olması halinde veya hakemlerin gerekli gördüğü durumlarda duruşma yapılabilir. Gizli yapılan bu duruşmalar tarafların iddia ve savunma haklarının eşitliğini sağlar. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 5. maddesi uyarınca, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında başka bir anlaşma olmadıkça davanın davalıya bildirildiği tarihten itibaren 15 gün içinde taraflar, tek hakem konusunda karara varmazlarsa, hakem heyeti üç hakemden oluşacaktır²⁵⁸.

Taraflar, ilk iddia ve savunmalarını genişlete veya değiştirebilirler. Ancak Merkez, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının kapsamı dışına çıkılmaması ve diğer tarafa haksız olarak büyük zorluk yaratılmaması şartını koymuştur. Tarafların duruşma talep etme hakkına ek olarak yargılamanın yöntemi konusunda da takdir yetkisi tanımlanmaktadır²⁵⁹. UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca sonuçlanan hakem kararları bağlayıcı ve kesindir. Yani, taraflar, bu Kuralları kabul ettiği takdirde önceden hakem heyeti kararlarını da tanımayı ve kararı yeniden muhakeme sürecine sokmamayı kabul etmektedir.

C. Ticari Uyuşmazlıklar

Enerji hukuku, enerji politikasına ilişkin uluslararası hukuk ilkelerini benimseyen, sadece enerji sektörüyle ilgili uluslararası antlaşmaları değil, aynı zamanda genel antlaşmaları da özümseyen niteliklere sahiptir²⁶⁰. İkinci Dünya Savaşı'nın bitmesiyle uluslararası ticaret gelişmeye başlamış ve dünyada ticaret

²⁵⁷ Dayınlarlı, s. 51.

²⁵⁸ Nomer, Ekşi, Öztekin, s. 67.

²⁵⁹ Halime Ebru Demircan, **UNCITRAL Tahkim Kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 166, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/28706/3070.pdf?sequence=1>, (24.05.2021).

²⁶⁰ Raphael J. Heffron, **Energy Law: An Introduction**, Springer, London, 2015, s. 17.

politikalarında serbestleşmeye gitmek gelişmek için öngörülen en önemli politikalarından olmuştur. Korumacı politikaların bertaraf edildiği, gümrük tarifelerinin azaltıldığı uluslararası bir alan, ticari serbestleşmeye olanak sağlamaktadır. Bu çalışmalara ise Ticaret ve Tarifeler Üzerine Genel Antlaşma'nın 1948 yılında imzalanmasıyla başlanmıştır. GATT'ın kapsamlı bir yapı haline gelmesi, 1994 yılında Marrakesh Antlaşması imzalanması sonucunda Türkiye'nin de içinde bulunduğu ve 132 devletin taraf olduğu Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasıyla gerçekleşmiştir. DTÖ uluslararası ticaret alanında gelişmeye vesile olmuş, üye devletlerin ticari politikalarında, yabancı ayrımcılığı yapmayan, tarafsız, adil ve şeffaf düzenlemeler getirmiştir²⁶¹.

EŞA ise, taraflardan birinin veya hepsinin DTÖ üyesi olmadığı, ancak Anlaşmaya taraf üye devletler arasındaki ticaret uyuşmazlıklarını düzenlemektedir. Anlaşma, DTÖ üyesi olmayan, ancak EŞA'ya taraf devletler için böyle bir düzenleme getirerek taraf devletlerin DTÖ hakkında bilgi sahibi olmalarını da amaçlamaktadır. Enerji Şartı Deklarasyonu'nu imzalayan devletler için DTÖ kuralları geçerli olacaktır. Enerji Şartı Deklarasyonu, müzakereleri ve yaygınlaştırılması EŞA tarafından yapılan, yasal olarak bağlayıcılığı olmayan ve Anlaşma hükümlerine tamamlama veya ekleme yapılması amacıyla yürürlüğe konan bir anlaşma olarak ifade edilmektedir²⁶².

EŞA, ticaret uyuşmazlıklarının çözümünde DTÖ uygulamasına benzer, ancak daha basit bir yöntemle karşımıza çıkmaktadır. Anlaşmanın 29. maddesi ticari uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Temelde, uyuşmazlıkların müzakereler ve paneller aracılığıyla çözümü öngörülmüştür. EŞA'nın 28. maddesi uyarınca, tarafların anlaşmaları halinde madde 27'deki hükümler ticaret uyuşmazlıklarının çözümünde de kullanılabilir²⁶³.

Yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim ve ticaret uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim arasında önemli farklılıklar vardır. Öncelikle yatırım uyuşmazlığı, ticari uyuşmazlığa kıyasla daha çok devletler hukukunun uygulama alanına sahiptir. ICSID tahkiminin kuruluşu, devletler arasında akdedilmiş bir Konvansiyona dayandığı için diğer yatırım tahkimlerinin sahip olmadığı, önemli özellikleri taşımaktadır. Bu sebeple

²⁶¹ Kılavuz, s. 187.

²⁶² Energy Charter Treaty, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

²⁶³ Kılavuz, s. 188.

de, Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme’lerinde yer alan tahkim şartları, 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi hükümleri kapsamında yorumlanmaktadır. Çünkü bu Sözleşmenin, devletler arasındaki sözleşmelerin yorumlanması konusunda örf adet niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Bu noktada, ticari ve yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim şartlarının yorumlanmasındaki yöntemin farklı olduğu görülmektedir. Ticari uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi için taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı esas alındığı halde, yatırım uyuşmazlıklarının tahkimde çözülmesi için devletler arasındaki Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi hükümleri öngörülmüştür. İki devlet arasındaki böyle bir sözleşmenin içerdiği standartlardan birinin ihlal edildiği hallerde yatırımcı, ev sahibi devlet aleyhine tahkime başvurabilir. Hakemler bu durumda, Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesini inceleyecek ve ilgili hükümlerin ev sahibi devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini belirleyeceklerdir. Yatırımcının iddia ettiği ihlal hükümleri, iki devlet arasındaki sözleşmeye dayandığından, hakemler, bu sözleşmeyi milli hukuk kapsamında değil, devletler hukuku çerçevesinde yorumlamalıdır. Dolayısıyla, sözleşme, Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesine ve konuya ilişkin devletler hukuku içtihadına göre yorumlanacaktır²⁶⁴.

Ticari uyuşmazlıklarla yatırım uyuşmazlıkları arasındaki diğer bir fark da, ticari uyuşmazlıklara ilişkin tahkime nazaran yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkimin daha şeffaf olması, dava tarafı olmayan kişilerin de bu davalara ilişkin hususlara ulaşabilme potansiyelinin artmasıdır. Dolayısıyla, yatırım tahkimiyle ilgili davaların büyük çoğunluğu yayınlanmakta ve doktrin kapsamında incelenmesine de olanak sağlanmaktadır. Son olarak, yatırım tahkimi kararlarının çoğunlukla önceki yatırım tahkimi kararlarına atıfta bulunması hususu vardır. Şöyle ki, yatırım tahkimi kararlarının neredeyse tümünün yayınlanıyor olması ve şeffaf olması sonucunda atıflar artmaktadır. Bu da aslında, ticari tahkimle yatırım tahkimi arasındaki diğer bir farka neden olmaktadır. Yatırım tahkiminin aksine ticari tahkime konu olan ticari uyuşmazlıklarda ticari sırların bulunması gizliliğin korunmasını gerektirmekte; dolayısıyla ticari tahkim kararları genellikle yayımlanmamaktadır²⁶⁵.

²⁶⁴ Ataman-Fıganmeşe, İnci, “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt:31, Sayı:1, ss. 91-152, s. 146, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411223> , (27.04.2021).

²⁶⁵ Ataman-Fıganmeşe, s. 128,

D. Transit Uyuşmazlıkları

EŞA madde 7’de transit serbestisi konusu düzenlenmektedir. Transit, genel olarak enerji materyallerinin ve ürünlerinin nakline ilişkin hususları konu almaktadır. Anlaşma’ya göre ise transit, taraflardan en az birinin Anlaşma tarafı olması şartıyla, başka bir ülkeden çıkıp üçüncü ülkeye giden enerji materyalleri ve ürünlerinin, taraf ülkenin alanı aracılığıyla veya yükleme ya da boşaltma için alandaki liman tesislerine/tesislerinden taşınmasıdır. Aynı zamanda, Anlaşma tarafı ülkeden çıkıp yine aynı ülkeye giden enerji materyalleri ve ürünlerinin, Anlaşmaya taraf başka bir ülkenin alanından taşınması da EŞA kapsamındaki transit kavramını kapsamaktadır²⁶⁶.

Anlaşma, transit uyuşmazlıklarının çözümü için taraflara farklı bir çözüm yöntemi kararlaştırılmasına izin vermektedir. Ancak bu olmadığı takdirde, taraflardan biri Genel Sekretere başvurur ve taraflarla uyuşmazlık hakkında görüşülür. Uyuşmazlık hakkında bilgi edindikten sonra ise 30 gün içinde Genel Sekreter tarafından arabulucu atanır. Tahkimle kıyasda daha basit ve hızlı bir yöntem olduğu için arabuluculuk tercih edilmiştir. Arabulucu, uyuşmazlığa ilişkin konularda tecrübeli olmalı, uyuşmazlık tarafı ülkelerde ikamet etmemeli ve bu devletlerin vatandaşı olmamalıdır. Arabulucunun gösterdiği çabalara rağmen 90 gün içerisinde anlaşma sağlanmazsa, arabulucu tarafından uyuşmazlık çözülene kadar, ama en fazla 12 aylık süre için geçerli olacak şartlar belirlenir²⁶⁷. Genel Sekreter uyuşmazlığın arabulucu aracılığıyla çözülemeyeceği kanısına varırsa arabulucu atamayabilir.

EŞA hükümleriyle transit uyuşmazlıklarına ilişkin özel uzlaştırma usulü de geliştirilmiştir. Bu usule göre, transit uyuşmazlıkları ortaya çıktığında, Anlaşmada belirlenen çözüm usülleri sonuçlanmadan devletler, kendi alanından geçen enerji materyalleri ve ürünlerinin naklini azaltmayacak veya durdurmayacak, yetki alanındaki kurumlardan transiti azaltılmasını veya durdurulmasını talep etmeyecek, kontrol ettiği kuruluşların transiti azaltılmasına ve durdurulmasına izin vermeyecektir. Hüküm, sadece uzlaştırıcının kararına göre izin verilmesi durumlarını kapsamakta ve

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411223> , (27.04.2021).

²⁶⁶ Baklacı ve Akıntürk, s. 107.

²⁶⁷ Kılavuz, s. 188.

taraflar arasındaki sözleşmede böyle bir düzenleme olduğunda geçersiz kalmaktadır²⁶⁸.

E. Çevre ve Rekabet Uyuşmazlıkları

Enerji hukuku, en basit anlatımla enerji kaynaklarının yönetimiyle ilgili olub hukukun karmaşık alanlarından biridir. Çünkü bu alanın incelenmesi aynı zamanda siyaset, ekonomi, coğrafya, mühendislik ve çevre bilimleri gibi alanların da araştırılmasını talep eder²⁶⁹. Bu anlamda çevre hukukunun da önemli bir yeri vardır. Enerji hukuku ve çevre hukuku iç içe geçmiş, her ikisi benzer özelliklere sahip, doğal kaynakların etkin yönetimine ilişkin yasalardan ibarettir²⁷⁰. Ancak enerji hukuku doğal kaynakların üretimine katkı sağlarken çevre hukuku üretim öncesi ve sonrasında bu kaynakların korunması ve doğru tüketilmesini amaçlamaktadır.

AB enerji hukuku da, piyasa düzenlemeleriyle beraber çevresel koşulları da dikkate alan enerji politikasını benimsemektedir²⁷¹. Küresel iklim değişikliği tehditlerini kendi çıkarları için kullanacak hale getirmek ve bu sürecin olası tehditlerini azaltmak için bazı hükümetler yeni stratejiler geliştirmeye, çevresel koşullarla ilgili daha kapsamlı düzenlemeler yapmaya başladılar²⁷². Güncel reformlarda bile ele alınmayan, ihmal edilen çevresel hususlar bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, ulusal dağıtım ve dar çerçevede düzenlenen perakende dağıtım alanında çevresel koşullar, bu alanda toplumsal yükümlülüklerin sağlanması, kabul edilmiş kararların uygulanmasına dair incelemeler, enerji erişimi ve iletimine ilişkin ulusal düzenlemeler gösterilebilir²⁷³.

EŞA, çevreye ilişkin uyuşmazlıklarıyla ilgili çok taraflı, bağlayıcı olmayan danışma mekanizmaları (consultation) sağlamaktadır²⁷⁴. Anlaşmanın 19. maddesi çevreye ilişkin uyuşmazlıkları düzenlemektedir. Bu maddeye göre, yakıt işlemlerinden doğan zararlı çevresel etkilerin en aza indirilmesine Anlaşma taraflarınca çaba sarf edilmelidir. Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı

²⁶⁸ Baklacı ve Akıntürk, s. 107.

²⁶⁹ Heffron, s. 1.

²⁷⁰ Heffron, s. 6.

²⁷¹ Talus, s. 5.

²⁷² Lyster ve Bradbrook, s. 146.

²⁷³ Lyster ve Bradbrook, s. 127.

²⁷⁴ Baklacı ve Akıntürk, s. 107.

Protokolü de çevresel konuları ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Anlaşmanın 19. maddesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili uygulanacak uluslararası bir anlaşma bulunmazsa, taraflardan biri Enerji Şartı Konferansı incelemesini talep edebilir. Konferans, sorunun çözümüne ilişkin öneriler sunacak, danışman olarak uyuşmazlığın sonuçlanması için çaba gösterecektir²⁷⁵.

AB enerji politikası açısından bakıldığında artık kamu gücü ve piyasaların işleyişi üzerindeki kontrolün arttırıldığını söylemek mümkündür. Alanın gittikçe büyüyen yapısı, serbest pazar ve serbest rekabet terimlerinin bile sadece iyi planlanmış kamu finansıyla gerçekleşmesine neden olmaktadır²⁷⁶. AB'nin enerji politikasıyla ilgili yasal düzenlemeler getirmesine rağmen, Avrupadaki elektrik piyasasında halen sorunlar devam etmektedir. AB Komisyonu bu sıkıntıları takip etmekte ve yaptığı araştırma ve değerlendirmeleri kamuoyu ile paylaşmaktadır²⁷⁷. Piyasaların serbestleşmesinden önceki dönemde Avrupada, fiyatlar regüle ediliyor, enerji politikasına ilişkin faaliyetler bütün bir ülke genelinde, ya da belirli bir bölgede dikey teşebbüslerle yönetiliyordu. Ancak piyasaların rekabete açılması bu duruma da son verdi. Doğal tekel özelliğine sahip taşıma faaliyetleri regüle edilmeye devam etse de, üretim, toptan ve perakende satış gibi alanlar rekabete tabi tutuldular²⁷⁸.

AB devletleri ticaret piyasasının daha hızlı rekabete açılmasına, Birliğe üye devletlerin nihai kullanıcılarını ve tüketiciyi korumaya yönelik uygun tedbirler almaya çalışmaktadır²⁷⁹. Pazar bütünleşmesi önündeki en büyük engellerden biri pazar paylaştırılmasıdır. Enerji ulaşım tesisleri, genellikle doğal tekeller olarak adlandırılır. Ekonomik güç nedeniyle piyasada bir veya birkaç hakim oyuncunun olması da bunu kanıtlar niteliktedir. Yerleşik firmalar arasındaki anlaşmalar, AB'nin yürütme organı olan Komisyonun, firmaların danışıklı ilişkiye girmesi için gösterdiği çabalar, rekabet uygulamaları konusunda öncelikli yer almaktadır²⁸⁰.

²⁷⁵ Kılavuz, s. 190.

²⁷⁶ Talus, s. 6.

²⁷⁷ Banu Gültekin, Emre Önal ve Can Akçaoğlu, “Çeşitli Ülkelerdeki Gelişmeler”, **Enerji Hukuku**, Ekin Yayınevi, Cilt:1, Bursa, 2008, s. 84.

²⁷⁸ Gültekin, Önal ve Akçaoğlu, s. 69.

²⁷⁹ Yılmaz Aslan, **Enerji Hukuku**, Ekin Yayınevi, Cilt:3, Bursa, 2009, s. 7.

²⁸⁰ Aslan, s. 86.

Enerji piyasasındaki maliyetler, rekabet koşullarını etkileyen en önemli etkenlerdendir. Bu maliyetler, gerekli kurulumların inşası ve çalıştırılması için maliyetler gibi, enerji üretimini de kapsayan maliyetler sonucunda belirlenir. Ayrıca, üretim sona erdikten sonra kurulumun devreden çıkarılması operasyonundaki maliyetler de buraya eklenmelidir. İkincil olarak, radyoaktif maddelerin atılmasıyla ilgili olan maliyetlerdir. Bu bazı enerji kaynakları için ihmal edilebilir olsa da, büyük çoğunluğu için güvenlik açısından önemlidir. Tüm bu maliyetlerin ve dağıtımın incelemesi Avrupa Birliği tarafından yapılmaktadır. Çünkü EŞA'ya üye devletlerin farklı katılımcıları arasındaki rekabet koşulunun sağlam ve dürüst devam etmesi açısından piyasanın denetlenmesi önemlidir²⁸¹.

EŞA, rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin iki taraflı bağlayıcı olmayan danışma mekanizmaları sağlayarak üye devletler arasındaki uyuşmazlıkların daha hızlı çözümüne çabalamaktadır. Rekabetin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü 6. maddenin 5. fıkrasında ve 27. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmektedir.

Enerji Şartı Anlaşması'nın 6. maddesine göre, Anlaşma tarafları, "Enerji sektöründe Ekonomik Aktivite" alanında, tek taraflı ve entegre antirekabet şartlarının tesisi için gerekli ve uygun kanunlara sahip olmalı veya bu kanunları yürürlüğe koymalıdır. 6. madde taraflara kendi iç hukuklarındaki rekabet kurallarının uygulamasını öngörmekte, ortak bir rekabet ortamı düzenlememektedir²⁸².

27. Maddeye göre ise taraflar rekabet uyuşmazlıklarıyla ilgili diplomatik yollara başvurabilmektedir. Ancak Anlaşma EŞA'nın diğer uyuşmazlıklar için düzenlediği çözüm yöntemlerinin rekabet uyuşmazlıklarına uygulanamayacağını açıkça ifade etmiştir²⁸³. Uyuşmazlığın çözümünde diplomatik kanalların kullanılmasıyla devam edecek prosedürler sonuç elde edilmesine getirecektir²⁸⁴.

²⁸¹ Sebastian Heselhaus, "Energy Transition Law and Economics", **Energy Law and Economics**, (Ed. Klaus Mathis ve Bruce R. Huber), Springer, Cilt:5, Gewerbestrasse, 2018, ss. 19-42, s. 22.

²⁸² Kılavuz, s. 189.

²⁸³ Energy Charter Secretariat, **The Energy Charter Treaty A Reader's Guide**, s. 58, https://is.muni.cz/el/1422/jaro2017/MVV2368K/um/ECT_Guide_ENG.pdf, (12.11.2019).

²⁸⁴ Baklacı ve Akıntürk, s. 107.

SONUÇ

Enerji Şartı Anlaşması imzalandığında uluslararası enerji alanında işbirliğini desteklemek ve geliştirmek hedeflenmiştir. Özellikle, AB devletleri ve eski Sovyetler Birliği devletleri arasındaki enerji piyasasının ve yatırımların teşviki amaçlanmıştır. Enerji arz güvenliğinin sağlanması, yatırımcıların hukuki ve politik risklerden korunması, enerji verimliliğinin desteklenmesi için çaba sarf eden Anlaşma, alanındaki en önemli ve yenilikçi belgelerdendir. EŞA ile enerji piyasası canlanmış, uluslararası ilişkilerde yakınsamalar dikkat çekmiştir. 16-17 Aralık 1991 tarihindeki Konferansta Sonuç Bildirgesinin imzalanmasıyla Enerji Şartı kabul edilmiş, 16 Nisan 1998 tarihinde Anlaşma yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası nitelikli olsa da EŞA Avrupa devletlerinin enerji sektöründe farklı alanlara yayılması bakımından önem arz ettiği için AB açısından çok önemlidir. Bu yüzden EŞA üyeleri arasında 51 devletle birlikte AB'nin de olması şaşırtıcı değildir. EŞA uluslararası, çok taraflı, bağlayıcı niteliklere sahiptir. Taraf devletler için beraber, ayırım gözetmeksizin koşullar sağlamayı, uluslararası alanda bu şartlarla işbirliğine varılmasını hedeflemektedir. Ticaretin serbestleştirilmesi, yatırımların korunması ve teşviki, transitin kolaylaştırılması, rekabetin desteklenmesi, çevrenin korunması gibi amaçlar edinen Anlaşma, taraf devletler veya onların vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yollarını da düzenlemektedir.

Uluslararası alanda egemenlik haklarını korumaya çalışan devletler, diğer devletler veya onların vatandaşları ile arasında olabilecek uyuşmazlık durumunda, güçlü konumda olmaya devam etmektedir. Özellikle, yabancı özel veya tüzel kişi ve bir devlet arasında ortaya çıkmış uyuşmazlıklarda devletlerin daha güçlü konumda oldukları görülmektedir. EŞA bu sorunu aradan kaldırmaya çalışmaktadır. Şöyle ki, sadece Anlaşmaya taraf devletlerin beraberliğine değil, bu devletlerin vatandaşlarının da hem kendi aralarındaki, hem de üye devletlerle aralarındaki uyuşmazlıklarda beraberliğine çabalamaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümü için farklı yöntemler önerilmektedir.

Uzlaştırma, arabuluculuk, diplomatik yollarla görüşmeler, önerilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerindendir. Ancak EŞA kapsamındaki uyuşmazlıkların büyük bir kısmı tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Tahkim, taraflar arasında imzalanan tahkim

sözleşmesine veya asıl sözleşmeye eklenen tahkim şartına esaslanan, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin devlet mahkemelerine alternatif çözüm yöntemidir. Ticaret piyasasındaki hızı kesmemesi, zaman ve masraf kaybına neden olmaması bakımından tahkim avantajlı konuma sahiptir.

Tahkim ad hoc ve kurumsal tahkim olarak ayrılabilir. Ad hoc tahkim sadece belirli uyuşmazlığı düzenleyen tahkimdir. Kurumsal tahkim ise, herhangi uyuşmazlıkta kullanılabilecek, tarafların uyuşmazlık ortaya çıkmadan, ya da sonrasında tercih edebileceği yerleşik kurallardır. Uluslararası Tahkim Kurumları da EŞA çerçevesindeki uyuşmazlıkların çözümünde etkilidir. Bu kurumlara ICSID Tahkimi, UNCITRAL Tahkimi ve SCC Tahkim Enstitüsü örnek verilebilir. Bu kurumların üçü de yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmaktadır.

Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının geçerli olması için bazı koşullar aranmaktadır. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkime elverişlilik, anlaşmanın şekli, tarafların irade ifadesinin doğru anlaşılması gibi şartlara tabi tutulmuştur. Tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde bile, taraflar, uyuşmazlığı tahkimde çözmekde anlaştıkları takdirde, yine de tahkime gidilebilecektir.

Tahkimin en cazip taraflarından biri de hakemlerin seçilmesi konusudur. Taraflar, bir veya daha fazla hakem seçilmesine karar verebilirler. Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafları uyuşmazlığın çözümünün daha adaletli olacağına inandırmaktadır. Hakemlerin alanın tecrübeli ve saygın kişileri arasından seçilmesi, yargılamanın en doğru kararlar sonuçlanmasına sebep olacaktır.

Hakem kararları bağlayıcıdır ve icra edilebilir. Hakem kararlarının diğer bir devlette tanınması ve tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi'ne göre devletler, karşılıklılık prensibine uygun olarak diğer ülke sınırlarında alınmış tahkim kararlarını tanımalı ve tenfiz etmelidir.

Anlaşma, özellikle yatırıma ilişkin uyuşmazlıklar için tahkimi önermektedir. EŞA, sadece yatırım ve yatırımdan sonraki aşamalarla ilgili yükümlölükler getirmektedir. Yatırımcı ve bu yatırımı koruyan hükümler çerçevesinde, yabancı yatırımı teşvik etmekte, uluslararası alanda yabancı sermayelerin artmasına çalışmaktadır. Yatırımla ilgili önemli bir husus da, akit devletlerarası yatırım uyuşmazlıkları ile yatırımcı ve ev sahibi ülke arasındaki uyuşmazlıkların farklı

hükümlere tabi tutulmasıdır. EŞA üyesi olmayan devletler yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde İkili Taraflı Yatırım Antlaşmaları hükümlerini uygulayabilirler.

Akit devletlerarası yatırım uyuşmazlıkları için öncelikle diplomatik yolun denenmesi, çözüme ulaşılmazsa tahkime gidilmesi öngörülmüştür. Yabancı yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıklarda ise yatırımcıya tahkime başvurma hakkı verilerek eşit şartlarda yargılanma imkanı sağlanmıştır. Uyuşmazlık tarafı devletin mahkemelerindeki yargı süreci, yatırımcıyı memnun etmeyeceği, hakimlerin adil davrandığına ve eşit olduklarına inanmayacağı için tahkimin tercih edilmesi olağandır.

EŞA üyeliğini kabul etmiş devletler, tahkimi kesin kabul etmek zorundadır. Tahkime gitmek isteyen yabancı yatırımcının da vatandaşı olduğu devlet EŞA'ya taraf olmalıdır. Burdaki önemli husus, yatırımcı tahkime başvurduğu an, tahkim iradesini ortaya koymaktadır. Ancak EŞA üyesi devletin, Anlaşmayı imzaladığı tarihten tahkime onay verdiği kabul edilmektedir. Bu sebeple, yatırımcı, uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitmek istediğinde davalı konumunda olan EŞA üyesi devletin rızasına gerek kalmamaktadır.

Ticari uyuşmazlıklar alanında da yenilik getiren EŞA, sadece kendi kurallarını değil, DTÖ kurallarının da üye devletlere uygulanması için çaba sarf etmiştir. Anlaşmaya göre, uyuşmazlık taraflarından biri, ya da her ikisi GATT üyesi olmayan ticari uyuşmazlıklar EŞA kapsamında değerlendirilecektir. Ama önemli olan husus taraflardan en az birinin GATT üyesi olmamasıdır. Tarafların her ikisi, ya da hepsi GATT üyesi olan uyuşmazlıklara bu kurallar uygulanacak, EŞA hükümleri geçersiz kalacaktır. Anlaşma kapsamındaki ticari uyuşmazlıklara da GATT'la benzerlik gösteren, kısmen daha basit kurallar uygulanmaktadır.

Transit serbestisi, Anlaşmanın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Transit uyuşmazlıklarının çözümüyle ilgili EŞA, taraflara serbestlik tanıyarak aralarındaki sözleşmede farklı bir yöntem belirlenmesine izin vermektedir. Bu olmadığı takdirde ise EŞA Sekreterliği tarafından atanan arabulucu uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır.

Çevreye ilişkin uyuşmazlıklar, Anlaşmanın 19. maddesini ve Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü esas alarak çözümlenmektedir. Rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin hükümler ise Anlaşmanın 6. ve 27. maddelerinde düzenlenmekte olup, devletin kendi rekabet kurallarına göre şekillenmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümü yöntemlerinde EŞA, hızlı, basit ve adaletli bir süreç hedeflemekte ve bu yolda önemli adımlar atmaktadır. İlk kurulduğu andan itibaren amaçları doğrultusunda ilerlemekte ve zamanla daha da başarısını arttırmaktadır.



KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2020.

Alangoya, Yavuz, **UNCİTRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında**, Postacıoğlu'nun armağanı, İstanbul 1990.

Aslan, Yılmaz. **Enerji Hukuku**, Ekin Yayınevi, Cilt:3, Bursa, 2009.

Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990.

Baştuğ, İrfan ve H. Ercüment Erdem. **Ticari İşletme Hukuku**, DEÜ, Ankara, 1993.

Berg, Albert Jan van den. **The New York Arbitration Convention of 1958**, Towards a Uniform Judicial Interpretation, New York, 1981.

Blanch, Juliet, Andy Moody ve Nicholas Lawn. "Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty", **Investment Protection and the Energy Charter Treaty**, (Ed. Graham Coop ve Clarisse Ribeiro), JurisNet, New York, 2008, ss. 1-16.

Born, Gary B. **International Commercial Arbitration**, Wolters Kluwer, 3. Baskı, New York, 2020.

Bozkurt, Süheyla Balkar. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Coleman, James W. “Energy Market and Policy Revolutions: Regulatory Process and the Cost of Capital”, **Energy Law and Economics**, (Ed. Klaus Mathis ve Bruce R. Huber), Springer, Cilt: 5, Gewerbestrasse, 2018, ss. 159-170.

Coop, Graham. “The Energy Charter Treaty: More than a MIT”, **Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty**, JurisNet, 2006, ss. 4–9.

Ciogna, Michelangelo ve Andrew G. Paton. “Italy”, **The International Arbitration Review**, (Ed. James H. Carter), Law Business Research, 7. Baskı, London, 2016, ss. 234-249.

Çal, Sedat. **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Dayınlarlı, Kemal. **UNCİTRAL Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000.

Derains, Yves ve Eric A. Schwartz. **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.

Ekin, Tuna. **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Ekşi, Nuray. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2019.

Emek, Uğur. **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, DPT Yayınları, Ankara, 1999,

https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Uluslararası_Ticarete_Tahkim_Prosed%C3%BCr%C3%BC%E2%80%8B.pdf , (25.05.2021).

Energy Charter Secretariat, **The Energy Charter Treaty A Reader's Guide**,
https://is.muni.cz/el/1422/jaro2017/MVV2368K/um/ECT_Guide_ENG.pdf ,
(12.11.2019).

Energy Charter Treaty, Lisbon, 17 Aralık 1994, 2080 UNTS 95,
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf> , (15.06.2021).

Energy Charter Treaty, **Transit Protocol**, 2015,
<https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/> ,
(02.01.2020).

English Arbitration Act, 17 June 1996,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> , (09.07.2020).

Erdoğan, Feyiz. **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. **Uygulamada İhtiyati Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Gönlübol, Mehmet. **Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1964.

Gültekin, Banu, Emre Önal ve Can Akçaoğlu. “Çeşitli Ülkelerdeki Gelişmeler”,
Enerji Hukuku, Ekin Yayınevi, Cilt:1, Bursa, 2007.

Günay, Cevdet İlhan. **Toplu Hak Uyuşmazlıkları**, Dosya Yayıncılık, Ankara, 1995.

Güneş, Cengiz. **Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı**, Yazarın kendisi, Ankara, 2002.

Heffron, Raphael J. **Energy Law: An Introduction**, Springer, London, 2015.

Heselhaus, Sebastian. “Energy Transition Law and Economics”, **Energy Law and Economics**, (Ed. Klaus Mathis ve Bruce R. Huber), Springer, Cilt:5, Gewerbestrasse, 2018, ss. 19-42.

İlhan, Hüseyin Afşın. **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Kalpsüz, Turgut. **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010.

Karaoğlu, Necip İlker. **Milletlerarası Tahkim Yargıtay Kararları**, Bilge Basım Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2018.

Karşı, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku**, Alternatif Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2011.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir- Demir Yayıncılık, Cilt:6, İstanbul, 2001.

Kymlicka, Will ve Wayne Norman (Ed.). **Citizenship in Diverse Societies**, Oxford University Press, New York, 2000.

Lyster, Rosemary ve Adrian Bradbrook. **Energy Law and Environment**, Cambridge University Press, New York, 2006.

Milli Eğitim Bakanlığı. **Örnekleriyle Türkçe Sözlük**, Cilt:4, İstanbul, 2020.

Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel. **Uluslararası Tahkim Hukuku**, Beta Basım, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 2008.

Nomer, Engin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin. **Milletlerarası Tahkim**, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2003.

Oxford Dictionary of Law, 2003,

<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248> , (23.11.2020).

Özbek, Mustafa Serdar. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Özekes, Muhammet. **İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2006.

Polat Ortakaya, Malike. **Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Uygulamaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 2006.

Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1986.

Talus, Kim. **EU Energy Law**, Oxford University Press, New York, 2016.

The Energy Charter Treaty, 2004.

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2018.

Türkmen, Ali. **Özel Hukuk Muhakemesinde Tahkikat Aşaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Ünal, Şeref. **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi.

Yıldırım, Murat. **Uluslararası Vergi Hukuku'nda Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Yılmaz, İlhan. **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Demircan, Halime Ebru. **UNCITRAL Tahkim Kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/28706/3070.pdf?sequence=1>, (24.05.2021).

Huseynbeyli, Leyla, **Uluslararası Enerji Hukukunda Petrol ve Doğalgaz Ticareti** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2015.

Akkutay, Ali İbrahim. “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi”, **TBB Dergisi**, Sayı:107, 2013, ss. 297-320, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1297> , (01.05.2021).

Annacker, Claudia. “Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties”, **Chinese Journal of International Law**, Cilt:10, Sayı:3, 2011, ss. 553-562.

Ataman-Figanmeşe, İnci. “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt:31, Sayı:1, ss. 91-152, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411223> , (27.04.2021).

Atılğan, Veli. “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Hakem Kararlarının İptal Sebepleri”, 2004, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_119.htm , (29.04.2021).

Baklacı, Pınar ve Esen Akıntürk. “Enerji Şartı Anlaşması”, **İşletme Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2006, ss. 97-113.

Cameron, Peter. “International Energy Investment Law-Pursuit of Stability”, **Oxford University Press**, 2010.

Caner, Bağdagül Kaya. “Enerji Şartı Anlaşmasının Muvakkaten Uygulanması ve Anlaşmadan Çekilme Hakkında Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 2014, ss. 315-332.

Chalker, James. “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, **International Environmental Agreements**, Sayı:6, 25.10.2006, ss. 435-458.

Coop, Graham. “Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:27, Sayı:3, 2009, ss. 404-419.

Çakrak, Recep. “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, **D.E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/981458> , (04.05.2021).

Demir, Esra. “Enerji Şartı Anlaşması”, **Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi**, Sayı:8, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> , (23.12.2019).

Dörr, Oliver ve Kristen Schamalenbach. “Vienna Convention on Law of the Treaties: A Commentary”, **Springer –Verlag Berlin Heidelberg**, New York, 2012.

Draguiev, Deyan. “Unilateral Jurisdiction Clauses: The case of Invalidity, Severability of Enforceability”, **Journal of International Arbitration**, Cilt:31, Sayı:1, 2014.

Erdal, Muhammed. “Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müessese “Sürekli Hakemlik Mahkemesi”, **D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt:19, Özel Sayı, 2017, ss. 2871-2892, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/9-MUHAMMED-ERDAL.pdf> , (24.05.2021).

Gürçal, Semra. “Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Doğan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Tahkim Yargılaması”, 2017, <http://www.ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/enerji-sarti-anlasmasi-kapsaminda-dogan-yatirim-uyusmazliklarinin-cozumu-ve-tahkim-yargilamasi-270.html> , (25.12.2019).

ICSID Tahkim. “Uluslararası Tahkim”, <https://www.international-arbitration-attorney.com/tr/icsid-arbitration/>, (17.05.2021).

International Chamber of Commerce. “2021 Arbitration Rules”, 01.01.2021, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> _____, (04.05.2021).

International Energy Charter. “In-Depth Review of Energy Efficiency Policies and Programmes of Croatia”, 2005, <https://www.energycharter.org/index.php?id=213&L=0#Eiser.> , (16.08.2020).

Italaw. “Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica, ICSID”, <https://www.italaw.com/cases/3497> , (17.04.2021).

Kılavuz, Ali Kemal. “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:1-2, 2009, ss. 179-215.

Konoplyanik, Andrei ve Thomas Walde. “Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:24, Sayı:4, 2006, ss. 523-558.

Kuuoğlu, Dilşad ve Elit Meviza Demirkol. “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, **TAAD**, Cilt:9, Sayı:34, Nisan 2018, ss. 515-536,
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980854> (18.05.2021).

Mistelis, Loukas. “Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006”, ev. Bahar Ceyda Süral, **TBB Dergisi**, Sayı:70, 2007.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-319> , (06.05.2021).

Sussman, Edna. “The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration”, **American Bar Association Energy Committees Newsletter**, Ağustos 2006.

Tucker, Andrew E.L. “The Energy Charter Treaty and ‘Compulsory’ International State/Investor Arbitration”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt:11, Sayı:3, ss. 513-526.

Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası. “ICC Tahkimi”,
<https://icc.tobb.org.tr/icc-tahkim.php> , (29.05.2021).

Türk – Yunan İlişkileri, “Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”,
<http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/140-viyana-andlasmalar-hukuku-soezlesmesi>, (10.06.2021).

Uyanık, M. Ece. “2021 ICC Tahkim Kuralları ve Getirdiği Yenilikler”, 18.12.2020,
<https://law.khas.edu.tr/tr/2021-icc-tahkim-kurallari-ve-getirdigi-yenilikler> ,
(27.05.2021).

Waern, Karl Petter. “Transit Provisions of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on Transit”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, Cilt:20, Sayı:2, ss. 172-191.

Walde, Thomas. “The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade”, **Kluwer Law International**, 1996.

Yeşilova, Bilgehan. “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **TBB Dergisi**, Sayı:76, 2008,
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421> , (06.05.2021).

Yorkan, Arzu. “Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri”, **Bilgi Strateji**, Cilt:1, Sayı:1, 2009, ss. 24-39.

