

**ULUSLARARASI DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİNDEN
KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE
ÇÖZÜMÜNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK**

**İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi Ve Sosyal Bilimler Enstitüsü**

SEMA TAŞVEREN

**Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma
Yükümlölüklerinin Parçasıdır**

**HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA
Eylöl 2020**

ÖZET

ULUSLARARASI DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİNDEN AYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK

Taşveren, Sema

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Eylül 2020

Bir doğal gaz projesi arama ve üretim aşamasından başlayıp satıma kadar değişik aşamalar içermekte ve her bir aşama için farklı sözleşme türleri söz konusu olmaktadır. Yatırım sözleşmeleri ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmeler olup ev sahibi devletin politik risklerine maruz kalabilmektedir. Söz konusu riskleri bertaraf etmek ve ev sahibi devletin yatırımlara ilişkin uluslararası sorumluluğu için devletler arasında uluslararası yatırım anlaşmaları imzalanmaktadır. Uluslararası anlaşmalarda yer alan şemsiye hükümler ve geniş kapsamlı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, yatırımcının yatırım sözleşmesi ihlallerini yatırım tahkimine götürmesine olanak sağlamaktadır. Ticarî sözleşmeler ise özel kişiler arasında imzalanan doğal gaz satımına ilişkin uluslararası sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da yatırım sözleşmelerinde olduğu gibi genellikle uluslararası tahkim yolunda görülmektedir. Esasa uygulanacak hukuk hem yatırım sözleşmeleri hem de ticarî sözleşmelerde tarafların sözleşmelere ilişkin beklenti ve öngörülerine de cevap vermekte ve verimliliği artırmaktadır. Taraflarca sözleşmenin esasına ilişkin uygulanacak

hukuk seçilmediğinde hakemler tarafından hukuk tespit edilmektedir. Tahkim kararlarında hakemlerin her iki sözleşme türünde farklı yaklaşım sergiledikleri görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmeleri, Uluslararası Tahkim, Uluslararası Yatırım Anlaşmaları, Uygulanacak Hukuk, Yatırım Sözleşmeleri



ABSTRACT

CHOICE OF LAW APPLICABLE TO THE MERITS OF THE DISPUTES ARISING FROM INTERNATIONAL NATURAL GAS CONTRACTS IN SETTLEMENT THROUGH ARBITRATION

Taşveren, Sema

Ph.D., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

September 2020

A natural gas project consists of various stages from exploration and production to sale, and there are different types of contracts for each stage. Investment contracts are contracts signed between the host state and the investor, and could be exposed to political risks of the host state. International investment treaties are signed between the states in order to eliminate these risks and to ensure the international responsibility of the host state for investments. The umbrella provisions and comprehensive dispute resolution mechanisms included in these treaties enable the investor to take the investment contract breach to investment arbitration. On the other hand, international commercial contracts for the sale of natural gas are signed between private persons. Disputes arising from these contracts are also generally taken to international arbitration as in investment contracts. Applicable law in both investment and commercial contracts meets the expectations and predictions of the parties and increases efficiency. When applicable law is not specified by the parties, it is determined by arbitrators. The

arbitration decisions reveal that arbitrators adopt different approaches in these two different types of contracts.

Key Words: Applicable Law, International Arbitration, International Natural Gas Contracts, Investment Contracts, Investment Treaties



İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	XIII

BİRİNCİ BÖLÜM: GİRİŞ	1
----------------------------	---

İKİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK DOĞAL GAZ SÖZLEŞME TÜRLERİ

2.1. <i>Upstream</i> Sözleşmeleri.....	9
--	---

2.1.1. Lisans(Ruhsat- <i>License</i>)	13
--	----

2.1.2. İmtiyaz Sözleşmeleri	16
-----------------------------------	----

2.1.3. Ortak Girişim Sözleşmeleri	20
---	----

2.1.4. Hizmet Sözleşmeleri	26
----------------------------------	----

2.1.5. Örnek Çalışma: Üretim Paylaşım Sözleşmeleri (ÜPS) - <i>Production Sharing Agreement (PSA)</i>	29
--	----

2.2. <i>Midstream</i> Sözleşmeleri.....	42
---	----

2.2.1. Doğal Gazın Depolanması	42
--------------------------------------	----

2.2.2. Örnek Çalışma: Doğal Gaz Taşıma Sözleşmeleri (<i>Gas Transportation Agreements</i>) (<i>GTA</i>)	43
--	----

2.3. <i>Downstream</i> Sözleşmeleri.....	50
--	----

2.3.1. Sıvılaştırılmış Doğal Gaz (<i>Liquefied Natural Gas-LNG</i>) Satım Sözleşmeleri	51
---	----

2.3.2. Örnek Çalışma- Boru Hattı ile Doğal Gaz Satım Sözleşmeleri.....	53
--	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI KAPSAMINDA

UYGULANACAK HUKUK

3.1. Enerji Projelerini Tehdit Eden Riskler.....	63
3.2. Tarihçe.....	65
3.2.1. Sözleşmeler Dönemi	65
3.2.2. Olağan Sözleşme Rejiminin Ötesine Geçme: Hukuk Seçimi ve Uluslararası Tahkim	67
3.2.3. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılması.....	71
3.2.4. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Dönemi.....	73
3.3. Yatırım Anlaşmalarından Kaynaklanan Talepler ile Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Talepler Arasındaki Fark	77
3.4. Yatırım	80
3.4.1. Genel Olarak	80
3.4.2. Yatırım Tanımında Ev Sahibi Devlet/Ulusal Hukukların Rolü.....	83
3. 5. Yatırımcı.....	85
3.6. Yatırım Anlaşmalarının Yokluğunda Yabancı Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Yatırım Sözleşmeleri.....	86
3.6.1. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılmasının Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkisi.....	89
3.6.2. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılması.....	90
3.6.2.1. Doğrudan Uluslararasılaştırma (<i>Direct Internationalization</i>)	91
3.6.2.1.1. Yatırım Sözleşmelerine Uluslararası Hukukun Uygulanması	91

3.6.2.1.2.	Yatırım Sözleşmelerinin Özgün Bir Hukukî Düzen Oluşturması (<i>Lex Contractus</i>).....	94
3.6.2.1.3.	Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuk ile Örtüşmesi	95
3.6.2.2.	Dolaylı Uluslararasılaştırma (<i>Indirect Internationalization</i>)	95
3.6.2.2.1.	Yatırım Uyuşmazlıkları Kapsamında İrade Özerkliği.....	96
3.6.2.2.1.1.	Ev Sahibi Devlet Hukuku Seçimi	99
3.6.2.2.1.2.	Ev Sahibi Devlet Hukukunun İstikrar Kaydı ile Birlikte Seçilmesi.....	101
3.6.2.2.1.3.	Üçüncü Bir Devletin Ulusal Hukukunun Seçilmesi	105
3.6.2.2.1.4.	Uluslararası Hukukun Seçilmesi	106
3.6.2.2.2.	Örtülü Hukuk Seçimine Yüklenen Anlamlar.	113
3.6.2.2.3.	Hukuk Seçiminin Olmadığı Hallerde Uygulanacak Hukuk.....	114
3.6.2.2.3.1.1.	Belirli Bir Tahkim Usulünün Seçilmesi Halinde Uygulanacak Hukuk.....	115
3.6.2.2.3.1.2.	Belirli Bir Tahkim Usulünün Olmaması Halinde Uygulanacak Hukuk.....	118

3. 7. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Bakımından

Uygulanacak Hukuk.....	122
3.7.1. Anlaşmalarda Uygulanacak Hukuka Yer Verilmesi	123
3.7.2. Anlaşmalarda Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümlerin Bulunmadığı Durumda Uygulanacak Hukukun Tayini.....	127
3. 8. Uluslararası Yatırım Anlaşması ile Yatırım Sözleşmesi Arasındaki Etkileşim.....	136
3.8.1. Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümler.....	138
3.8.1.1. Yoldaki Çatal Hükümleri (<i>Fork in the Road</i> <i>Clauses</i>	138
3.8.1.2. Şemsiye Hükümler (<i>Umbrella Clause</i>)	140
3.8.2. Yatırım Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Kayıtların Olması Hali.....	141
3.8.2.1. Şemsiye Hüküm İçeren Yatırım Antlaşması-Münhasır Yetki Kaydı İçeren Sözleşme Etkileşimi.....	141
3.8.2.2. Şemsiye Hükümün Olmadığı Bir Yatırım Antlaşması- Münhasır Yetki Kaydı İçeren Sözleşme Etkileşimi.....	145

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR KAPSAMINDA UYGULANACAK HUKUK

4.1. İrade Özerkliğinin Etkisi.....	151
4.1.1. Açık Hukuk Seçimi	154
4.1.2. Örtülü Hukuk Seçimi.....	157
4.1.2.1. Tahkim Yerinin veya Hakemlerin Seçiminin Örtülü Hukuk	

Seçimi Sayılıp Sayılmayacağı.....	159
4.1.2.2. Olumsuz Örtülü Hukuk Seçimi.....	163
4.1.3. Tronc Commun Doktrini.....	165
4.1.4. Hukuk Seçiminin Zamanı	167
4.1.5. Hukuk Seçiminin Kapsamı	169
4.1.5.1. Ulusal Hukuk	169
4.1.5.2. Birden Çok Hukukun Seçilmesi (Büyük Parçalanma- Dépeçage ve Küçük Parçalanma).....	171
4.1.5.3. Çoklu ya da Çakışan Millî Hukukların Seçimi	173
4.1.5.4. “Şartlı” Ulusal Hukuk Seçimi.....	174
4.1.5.5. Ulusal Olmayan Hukuk Seçimi- Anasyonel Hukuk Kuralları, <i>Lex Mercatoria</i> , Hukukun Genel İlkeleri	174
4.1.5.6. Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Kuralları	179
4.1.6. İrade Özerkliği İlkesinin Sınırları	181
4.1.6.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar	182
4.1.6.2. Kamu Düzeni	188
4.2. Hakemler Tarafından Belirlenen Hukuk	190
4.2.1. Sübjektif Yöntem: Tarafların Farazi İradelerinin Araştırılması.....	191
4.2.2. Objektif Yöntem.....	193
4.2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarına Başvurulmasını Öngören Yöntemler- <i>Voie indirecte</i> (Dolaylı Yöntemler).....	194
4.2.2.1.1. Tahkim Yeri Devletin Kanunlar İhtilafı Sisteminin	

Uygulanması	197
4.2.2.1.2. Tahkim Anlaşması Olmasaydı Uyuşmazlığı Çözmekle Yetkili Olacak Devletin Kanunlar İhtilafı Kuralları	201
4.2.2.1.3. İki Taraf İçin de Ortak Olan Toplu (Kümülatif) veya Karşılaştırmalı Kanunlar İhtilaf Kurallarının Uygulanması	202
4.2.2.1.4. Hakemler veya Taraflar ile İrtibatlı Devletlerin Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Tenfiz Devletinin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	203
4.2.2.1.5. Hakem Heyeti Tarafından “Uygun” Olarak Kabul Edilen Devletin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	205
4.2.2.1.6. Uyuşmazlıkla En Sıkı İlişkili Devletin Kanunlar İhtilafı Kuralları	206
4.2.2.2. Esnek Yöntemler	207
4.2.2.2.1. Kanunlar İhtilafının Genel Prensiplerine Dayanılması.....	207
4.2.2.2.2. . Milletlerarası Özel Hukukunun Genel Prensiplerine8 Başvurmak	206
4.2.2.2.3. Hakemlerin Herhangi Bir Kanunlar İhtilafı Kuralına Başvurmaması: <i>Voie Directe</i> (Doğrudan Yöntem) Kuralı.....	209
4.2.2.2.4. Hakemlerin Sözleşme Hükümleri ve İlgili Ticarî Teamülleri ve <i>Lex Mercatoria</i> ’yı Uygulaması	213

4.2.3. Kurumsal Tahkim Kuralları ile Millî Hukuk Arasındaki İlişki	216
4.3. Hakemlerin Uyuşmazlığı Hakkâniyet ve Nesâfet (<i>ex aequo et bono</i>) Kurallarına Göre Çözmeleri.....	217
4.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamına Giren Haller.....	221
4.4.1. Doğal Gaz Satım Sözleşmeleri Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar.....	221
4.4.1.1. Doğal Gazın Belirlenen Miktar ve Kalite Özelliklerinde Teslimatı	221
4.4.1.2. Satıcının Teslimat Uymamasının Sonuçları	222
4.4.1.2.1. Sözleşmede Öngörülen Nitelikleri Taşımayan Gaz Teslimatı	222
4.4.1.2.2. Sözleşmede Öngörülen Miktarın Altında Gaz Teslimatı.....	223
4.4.2. Sözleşme Hükümleri ve Uygulanacak Hukuk	224
4. 5 Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Haller.....	230
4.5.1 Şekil.....	230
4.5.2. Ehliyet	232
4.5.3. Zamanaşımı	234
BEŞİNCİ BÖLÜM: SONUÇ	237
KAYNAKÇA	243

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ARB	Arbitration
Arbt.	Arbitration
Art.	Article
ASEAN	Association of South East Asian Nations
aşa.	aşağıda
B.	Bası
BIT	Bilateral International Treaties
Bkz.	bakınız
C.	Cilt
Cass. Civ.	cour de cassation chambre civile
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
dn.	Dipnot
ECR	European Court Reports
ECT	Energy Charter Treaty
EŞA	Enerji Şartı Anlaşması
HD	Hukuk Dairesi
IAI	International Arbitration Institute
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Review
INCOTERMS	International Commercial Terms
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYA	Uluslararası İkili Yatırım Anlaşmaları
E.	Esas
Ed.	Edited/Editör
Int.	International
K.	Karar
m.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NAFTA	North American Free Trade Agreement
No.	Number
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
Rep.	Report
RG.	Resmi Gazete
RJT	Revue Juridique Themis De L'Université De Montreal
s.	sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development Law
US	United States
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
Y	Yıl/Year
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YBWA	Yearbook of World Affairs
yuk.	yukarıda



GİRİŞ

Queen Mary Üniversitesi tarafından 2018 yılında yapılan uluslararası tahkime ilişkin anket, katılanların %97'sinin sınırları aşan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim ve arbuluculuk yolunu tercih ettiğini ortaya koymuştur¹. En çok tercih edilen kurumsal tahkim merkezi olarak Milletlerarası Ticaret Odası da, 2019 yılında yaklaşık 100 yıllık geçmişinde kendi Tahkim Kurallarına göre yürütülen dava sayısının toplam 25000'e ulaştığını ve 2019 yılında açılan 869 dava sayısı ile yıllık rekor seviyeye ulaşıldığını açıklamıştır². Bu uyuşmazlıklarda %41'lik oran ile enerji ve yapım işleri en ön sırada yer almaktadır³. ICSID ise 2019 yılı sonu itibarı ile 1966 yılından bu yana görülmekte olan toplam yatırım tahkimi sayısını 745 olarak açıklamıştır. Bu rakamın %24'ü petrol ve gaz sektörü, %17'si elektrik sektörü olmak üzere toplamda %41'lik kısmı enerji sektörünü ilgilendirmektedir⁴. Rakamlar uluslararası tahkim yoluna başvuruda enerji alanındaki uyuşmazlıklarının önde gelmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durum aynı zamanda uluslararası ticarî tahkimin, uluslararası tacirler arasında uyuşmazlıkların millî mahkemelerde çözülmesinin alternatifini oluşturan bir yöntem olarak kabul görüldüğünün işaretidir. Günümüzde uluslararası tahkim yargılamalarının artmasında yatırım tahkiminin en büyük katkısı sağladığı görülmektedir. Burada enerji uyuşmazlıklarının rolü büyüktür.

¹ <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

² <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-celebrates-25000th-case-milestone-and-announces-record-figures-for-2019/>

³ <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/guest-blog-current-challenges-and-opportunities-for-arbitration-in-mena/>

⁴ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202020-1%20Edition-ENG.pdf>

Geçmişte ancak devletlerin birbirlerine karşı Uluslararası Adalet Divanına veya *ad hoc* tahkime başvurabilecekleri kabul edilmiştir. Günümüzde devletlere karşı tahkim yolu yatırımcıları da içine alacak şekilde genişlemiştir. Yatırımcılar doğrudan ev sahibi devlete karşı talepte bulunabilecek konuma gelmişlerdir. Bu aşamada uluslararası yatırım anlaşmalarının rolü büyüktür. 3000'e yakın ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ile birlikte büyük aşama kaydedilmiştir. Devletler ekonomik gelişme için yabancı yatırımcıların finansmanına, teknik ve *know how* bilgilerine ihtiyaç olduğunu fark etmişlerdir. Yatırımcılar ise, yatırımlarının korunabileceği hukukî bir çerçevenin olmasını, el atma ve yatırımın ilk aşamasında belirlenen kârlarında değişiklik yapılmamasını yatırımın şartı olarak ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları, devletlere uluslararası alanda sorumluluk yüklerken, anılan anlaşmalarda yer alan şemsiye hükümleri, geniş kapsamlı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları gibi özel hükümlerle yatırımcıların tâbi oldukları devletin diplomatik korumasına gerek kalmaksızın doğrudan ev sahibi devlete karşı talepte bulunmasına imkânı vermektedir⁵. Böylece yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki bir yatırım sözleşmesinin ihlaline ilişkin talepler aynı zamanda uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında da ileri sürülebilecektir. Söz konusu uluslararası anlaşmalara dayanılarak ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında ortaya çıkan ve yatırım uyuşmazlığı olarak adlandırılan bu uyuşmazlıklarda ev sahibi devlet yargısından bağımsız uluslararası standartların uygulanması ve kararlarının

⁵ Böckstiegel, K-H.: *Enterprise v State: the New David and Goliath?* Arbitration International, Y. 2007, Vol. 23, No. 1, s. 95.

bağlayıcı olması yatırımcılar tarafından yatırım tahkimine başvurunun temel nedenleri arasında yer almaktadır.

Herhangi bir uluslararası yatırım anlaşmasına dayanmaksızın taraflarının özel kişiler olduğu ticarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü yatırım uyuşmazlıklarından farklılık arz etmektedir. Taraflardan birinin ev sahibi devlet olmaması bu sözleşmelerde ev sahibi devlet hukuku ve yargısından kurtarma çabalarını gündeme getirmemekte ancak tarafların birbirlerinin hukukuna tâbi olmak istememeleri nedeniyle hukuk seçiminde farklı seçimler söz konusu olmaktadır.

Uluslararası tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde etkili olması ve sorunlara tatmin edici cevaplar bulması nedeniyle tercih edilen bir yöntem olarak kabul edilse de, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin birden fazla ülke ile ilişkisi olması nedeniyle çeşitli belirsizlikler yaşanmaktadır. Belirsizlik, ilgili ülkelerin farklı maddî hukuk ve kanunlar ihtilâfı kurallarının olması nedeniyle öncelikle uygulanacak hukuk alanında ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir sözleşme hükmünün önceden uyuşmazlığın görüleceği yeri ve uygulanacak hukuku belirlemesi düzen ve öngörülebilirlik açısından önemlidir⁶. Bir tahkim birden çok uygulanacak hukuk sorunu içerebilir ve bu sorunların çözümü de uyuşmazlığın çözümü kadar karışık olabilir. Potansiyel karışıklık tahkime ilişkin tüm konuların aynı hukuka göre çözülemeyeceği durumlarda söz konusu olmaktadır.

Yirminci Yüzyılda milletlerarası özel hukuk kanunları ve sözleşmelerinde ifadesini bulan irade özerkliği ilkesi geleneksel ve hala üstünlüğü

⁶ *Sherk v Alberto-Culver Company* uyuşmazlığında ABD Temyiz Mahkemesinin ifadesi için bkz. Born, G.: *International Arbitration: Law and Practice*, The Netherlands, 2011, s. 232.

olan kanunlar ihtilâfî kuralına göre tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü olarak açıklanmaktadır⁷. Uygulanacak hukuk tarafların beklentilerinin karşılanması ve tahkim yolu ile tatmin edici sonuçların alınması açısından önem arz etmektedir.

Tez çalışmasında, uluslararası doğal gaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünde esasa uygulanacak hukuk konusu yatırım sözleşmeleri ve ticarî sözleşmeler kapsamında incelenecektir; ancak tezin Üçüncü ve Dördüncü Bölümünde yer alan konuların daha iyi anlaşılmasına yardımcı olmak amacıyla, İkinci Bölümde doğal gaz ve petrol sözleşmeleri hakkında genel bilgiler, yatırım ve ticarî sözleşme türlerinden örnekler verilmek suretiyle okuyucuya sunulacaktır. Bu kapsamda bir doğal gaz projesinde arama ve üretim aşaması (*upstream*) ile işleme, taşıma ve depolamayı içeren aşamada (*midstream*) yer alan sözleşmeler ev sahibi devlet veya organı ile yatırımcı arasında imzalanan yatırım sözleşmeleri olarak incelenecektir. Yatırım sözleşmelerinde, yatırımın ev sahibi devlet tarafından yatırımcılara münhasır bir hak şeklinde verildiği klasik imtiyazlar ile başlayan sözleşmeler dönemi ortak girişim, hizmet sözleşmeleri ve üretim paylaşım sözleşmeleri başlıkları altında değerlendirilecektir. Yatırım ve yatırımcı üzerinde ev sahibi devletin kontrolünün ve üretimden aldığı payın arttığı üretim paylaşım sözleşmesi ise günümüzde sıklıkla kullanılması ve petrol ihraç eden ülkelerin bu sözleşme türüne ilişkin model sözleşmelerinin olması nedeni ile örnek bir sözleşme türü olarak sözleşmede yer alan hükümlerle birlikte incelenecektir. Bir yatırım sözleşmesi olarak değerlendirilen doğal gaz taşıma

⁷ Fagbemi, S.: *The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality?*, Afe Bablola University J. Of Sus. Dev. Law & Policy, Y. 2015, Vol. 6, s. 227-228.

sözleşmeleri ise *downstream* sözleşmelerinde örnek bir çalışma olarak sunulacaktır. Bu bölümde ayrıca taraflarının özel kişiler olduğu doğal gazın satımına yönelik (*downstream*) ticarî sözleşmeler de sözleşmelerde yer alan hükümlere yer verildiği örnek bir çalışma olarak incelenecektir.

Üçüncü Bölümde, yatırım sözleşmeleri ve devletler arasında yapılan uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuk incelenecektir. Bu bölüm başlığı altında, tarafları ev sahibi devlet ile yatırımcı olan ve başlangıçta imtiyaz sözleşmeleri olarak yapılan ve ev sahibi devlet hukukuna tâbi tutulan yatırım sözleşmeleri ile başlayan ve uluslararası yatırım anlaşmalarına kadar olan süreç ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu kapsamda sürecin ev sahibi devletin kontrolünün ve yatırıma ilişkin payının arttığı sözleşmelere evrilmesi aşaması ve bu aşamanın uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözüm yeri konusundaki tartışmalar üzerindeki etkisi tahlil edilecektir. Bu kapsamda, ayrıca büyük şirketlerin, yatırım sözleşmelerini ev sahibi devlet hukukunun ve yargısının hâkimiyet alanından çıkarmak ve yatırımlarını devletin tek taraflı tasarruflarından korumak amacıyla bu sözleşmeleri uluslararası hukuka ve uluslararası tahkime tâbi tutma yönünde değişik formlarda ortaya çıkan girişimleri ortaya konacaktır. Bu bölümde, yatırımların ev sahibi devlet topraklarında gerçekleştirilmesinin, yatırım ile ev sahibi devlet hukuku arasında bağın ne kadar güçlü olduğunun en büyük kanıtı olduğu gerçeğinden hareketle ulusal ve uluslararası hukukun etkileşimi ve/veya çatışması üzerinde durulacaktır. Konu ile ilgili uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği veya hukuk seçiminin olmadığı, hukukun hakemlerce belirlendiği hallere ilişkin tahkim kararlarına yer

verilerek yatırım tahkimlerinde genel kurallar koymanın mümkün olup olmadığı irdelenecektir.

Tezin Dördüncü Bölümünde ise ticarî sözleşmeler kapsamında esasa uygulanacak hukuk konusu incelenmiştir. Bu kapsamda, taraflarca ulusal bir hukukun ve ulusal olmayan hukuk kurallarının seçimi konuları ayrıntılı bir şekilde incelendikten sonra, irade özerkliğinin kapsamı ve sınırları ortaya konmuş, özellikle hakem kararının tenfizi ve iptali aşamasında diğer ulusal hukukların doğrudan uygulanan kurallarının etkisi tartışılacaktır. Daha sonra, hukuk seçiminin olmadığı durumlarda hakemlerin uygulanacak hukuku hangi esaslara dayanarak tespit edeceği ve bu konuda ortaya çıkacak sorunlara yer verilmiş ve hakemlerin herhangi bir kanunlar ihtilâfı sistemine başvurmalarının gerekli olup olmadığı hususu incelenecektir. Bu bölümde ayrıca, hakemlerin *ex aquo et bono* ya da *amiable compositeur* olarak hareket ettikleri durumlarda ortaya çıkan farklı yaklaşımlar ortaya konacaktır. Uygulanacak hukuk kapsamına giren uluslararası doğal gaz sözleşmelerinde ifa konusu ise ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bu bölümde nihayet, ehliyet, şekil ve zamanaşımı, uygulanacak hukuk kapsamı dışında kalan haller olarak ele alınacaktır.

Tez çalışması, tespitlerimizi ve önerilerimizi ortaya koyduğumuz sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK DOĞAL GAZ SÖZLEŞME TÜRLERİ

Doğal gaz, petrol başlığı altında yer alan bir enerji kaynağı olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de, petrol tanımına bakıldığında genel olarak ham petrolün tüm türleri, sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) dahil olmak üzere doğal gaz, gaz sıvıları, düşük yoğunluklu hidrokarbon sıvıları olarak adlandırılan kondensat (*condensat*) ile işlenmiş ve rafine edilmiş petrol ürünlerini de içine alan genel bir tanım yapıldığı görülmektedir⁸. Dolayısıyla petrol ve doğal gaz üretimi, son işleminden sonra petrolden elde edilen sıvı ve gaz ürünleri anlamına gelir; ham petrol, kondensat ve doğal gaz içermektedir. Ham petrol, düşük yoğunluklu hidrokarbon sıvıları ve doğal gaz sıvılarından söz edildiğinde, genel olarak bireysel veya topluca petrol ifadesi kullanılmaktadır⁹. Bu nedenle literatürde petrol sözleşmeleri başlığı altında doğal gazı da içeren genel bir tanım tercih edilmektedir¹⁰. Çalışmamız, ham petrol, doğal gaz ve sıvılaştırılmış doğal gaz sözleşmelerini konu almaktadır.

Petrol sözleşmelerini sınıflandırmanın alışılmış bir yöntemi, üretim (*upstream*), taşıma (*midstream*) ve satış (*downstream*) aşamalarının ayrıştırılmasıdır¹¹. *Upstream* faaliyetleri arama ve üretim, *midstream* faaliyetleri işleme, depolama ve taşıma, *downstream* faaliyetleri satım sözleşmeleri ile üretilmiş ya da işlenmiş petrolün ticarileştirilmesidir. Bu faaliyetler birlikte bir

⁸ Roberts, P.: Petroleum Contracts, English Law and Practice, Oxford 2013, s. 34.

⁹ David, M.: Upstream Oil and Gas Agreements, London 1996; Taverne, B.: "Production Sharing Agreements in Principle and in Practice", Upstream Oil and Gas Agreement, (edt. David, M.), London 1996, s. 45.

¹⁰ Dolzer, R.: Petroleum Contracts and International Law, Oxford 2018, s. 5; Roberts (Petroleum Contracts), s. 34.

¹¹ Uygulamada *upstream*, *midstream* ve *downstream* ifadeleri yerleşmiş olup Türkçe olarak kullanılan terimlerden daha kapsamlı olması nedeniyle tezimizde Türkçe terimler yerine İngilizceleri kullanılacaktır.

petrol projesinin yaşam döngüsünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte *upstream*, *midstream* ve *downstream* terimleri göreceli niteliktedir ve aralarındaki sınır geçişkendir. Dolayısıyla herhangi bir petrol sözleşmesinin hangi aşamaya ait olduğunun tespitinde, nasıl adlandırıldığından ziyade söz konusu sözleşmenin esası ve konusu belirleyici rol oynamaktadır¹².

Bir petrol projesinin safhaları şöyle sıralanabilir: Petrol kaynaklarının aranmasını ifade eden arama aşaması, petrol kaynaklarının bulunmasından sonra bulunan petrol kaynağına değer biçme aşaması, değer biçme aşamasından sonra petrol kaynağının geliştirilmesi aşaması, geliştirme planı oluşturup gerekli alt yapı kurulduktan sonra üretim aşaması, üretimi müteakip petrolün işlenmesi, depolanması, taşınması, satışı ve alımına ilişkin düzenlemeler aşaması ve son olarak petrol projesini kapatma aşaması olarak adlandırılan üretimin tamamen bitilmesi ve sahanın ıslah edilmesi¹³.

Herhangi bir petrol projesinin üretim, taşıma veya satış projesi olup olmadığı ve tüm bu faaliyet alanlarını kapsayan dikey bütünleşmiş bir proje olması halinde, söz konusu proje, karmaşık bir sözleşmeye dayanmakta ve karşılıklı ilişkileri içermektedir. İlişkiye uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuk, bu sözleşmeleri ve ilişkileri birbirine bağlamaktadır. Ayrıca, taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, sözleşmelerin ve ilişkilerin nasıl yorumlanacağı ve yürütüleceği de seçilen hukuka tâbi olacaktır. Bu hukuk, petrol projesinin faaliyete geçtiği aşamadan sonra tarafların iradelerinin ve niyetlerinin başlangıçtaki şekliyle garanti altına alınması bakımından önem arz etmektedir¹⁴. Taraflarca hukuk

¹² Roberts (Petroleum Contracts), s. 35.

¹³ Roberts (Petroleum Contracts), s. 36.

¹⁴ Roberts (Petroleum Contracts), s. 37.

seçiminin yapılmadığı hallerde ise, bu hususların hepsi hakemler veya mahkeme tarafından objektif olarak tayin edilen hukuka tâbi olacaktır.

Petrol sözleşmelerini incelemeden önce petrol projelerinin yapılarına uygulanacak denetleyici nitelikteki yasal düzenlemelerden bahsetmek gerekir. Petrol kaynaklarına sahip olan ülkelerde, genellikle petrolün mülkiyetinin devlette olduğunu öngören bir yasal düzenleme bulunmaktadır. Geniş anlamda maden mevzuatı olarak bilinen bu düzenlemeler petrol projesinin bulunduğu ülkede yürürlükte olan denetleme mekanizmasının temelini de oluşturmaktadır. Denetleme mekanizmasını ortaya koyan kurallar, esas itibariyle imtiyazlarda ve diğer mevzuat üzerinde etkisini göstermektedir. Bu nedenle, herhangi bir petrol çıkarma projesinde, petrol sözleşmesine uygulanacak hukuk ile projenin gerçekleştirildiği ülkenin denetleyici düzenlemelerinin etkilerinin bir arada ele alınması gerekir. Uygulanacak hukukun seçiminde ve sözleşme taslaklarında bu hususların dikkate alınması önem arz etmektedir. Öte yandan, petrolün işlenmesi, taşınması, depolanması, satışı ve arzını düzenleyen ayrı bir hukukî rejim bulunmaktadır; dolayısıyla bu konularla ilgili petrol sözleşmeleri söz konusu hukukî rejime göre oluşturulmaktadır¹⁵.

2. 1. *Upstream* (Arama-Üretim) Sözleşmeleri

Upstream sözleşmeleri, genellikle petrol arama ve üretim sözleşmeleri (*petroleum exploration and production contracts*, “*E&P Contracts*”) olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmeler, ev sahibi devlet kanunları ve özellikle petrol kanunları kapsamında yatırımcıların yükümlölüklerini ve haklarını

¹⁵ Roberts (Petroleum Contracts), s. 35.

düzenlemektedir. Anılan sözleşmeler yürürlükteki mevzuat ve vergilendirmeye dayanarak, ev sahibi devlet tarafından münhasır olarak yatırımcıya verilen belirli bir alana ilişkin uzun vadeli sözleşmelerdir.

Upstream sözleşmeleri özellikle, petrol keşiflerinin geliştirilmesi ve çıkarılması durumunda, arama ve üretim sözleşmeleri ile bağlantılı mali rejimin doğrudan bir sonucu olarak, alanın ömrü boyunca üretim, gelir ve risklerin devlet ile yatırımcı arasında nasıl tahsis edileceğini tanımlamaktadır¹⁶.

Çoğu ülkede, devlet, yeraltı kaynaklarının tek sahibidir¹⁷ ve arama ve çıkarma konusunda egemenlik haklarını kullanmaktadır¹⁸. Dolayısıyla ev sahibi devletler, uzun vadede uygulamak istediği petrol politikasına ve özellikle ülkedeki petrol arama ve üretimi alanında yatırım yapacak yabancı özel yatırımcıların rolüne egemenlik hakkını kullanarak karar vermektedir. Devletin petrol politikası, kendi çıkarlarıyla yatırımcıların çıkarları arasında bir denge kurulmasını hedeflemektedir. Üretime ilişkin petrol politikasını uygulamak için her devlet, genellikle petrol kanunu olarak anılan bir düzenleme yaparak, arama ve çıkarma faaliyetlerini yürütmek için uluslararası petrol şirketlerinin nasıl yetkilendirileceği, arama ve çıkarma sözleşmelerinde bulunması gereken hüküm ve şartların neler olduğunu

¹⁶ Le Leuch, H.: “Recent Trends in Upstream Petroleum Agreements: Policy, Contractual, Fiscal and Legal Issues”, The Handbook of Global Energy Policy, First Edition, (Ed. Goldthau, A.), 2013, s. 127.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.168’de aynı yönde bir düzenleme içermektedir: “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir”.

¹⁸ 1952 yılından başlayarak gelişmekte olan ülkelerin kendi doğal kaynakları üzerinde sürekli egemenlik haklarını kullanarak bu kaynaklar üzerindeki denetimlerini artırmak istemeleri, BM Genel Kurulunda seri kararlar alınmasına neden olmuştur. Bu kapsamda 1962 yılında BM Genel Kurulu’nda Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik İlkesi kabul edilmiştir. Bkz. Tiryakioğlu, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 18-19.

ortaya koymaktadır. Öte yandan petrol hukuku bakımından vergilendirme de önem taşımaktadır. Çoğu kez uygulanacak petrol vergisi ile ilgili rejim genel vergi hukukuna eklenen özel düzenlemeler ile gerçekleştirilmektedir. Petrol kanunları petrol ve doğal gaz aranmasına ilişkin sözleşmelerde yer alacak hükümleri düzenlemektedir. Eğer ticarî keşif söz konusu ise, bu durumda petrol kanunları, sahanın geliştirilmesi ve üretime geçmesi aşamasından gazın ve petrolün çıkarılması ve nihayetinde ilgili sahaların kullanım dışı bırakılması ve saha yenileme işlemlerine kadar olan süreçleri de içermektedir¹⁹.

Petrol rezervlerin aranması için temelde üç farklı uluslararası ticarî modelin varlığından bahsedilmektedir: Münhasır lisans (*exclusive licensing*), üretim paylaşım sözleşmeleri (*production sharing agreements-“PSA”*) ve risk hizmet sözleşmeleri (*risk service contracts*). Tez çalışmamızda bu temel modellere ek olarak ortak girişim (*joint ventures*) ve imtiyaz sözleşmelerine (*concession agreements*) de yer vermenin daha geniş bir bakış açısı sunacağı düşüncesiyle uygun olacağı kanaatindeyiz. Esasında, bunların her biri lisans sahibi (hükûmetin belirli bir lisans bölgesindeki haklarını devrettiği taraf) ile devlet (petrole ilişkin mülkiyet veya hakların sahibi) arasındaki ilişkiyi düzenleyen imtiyaz olarak tanımlanabilecek sözleşmelerdir. Bu yasal imtiyaz ve sözleşmeler hem arama hem üretim aşamasında diğer operatörler ve servis sağlayıcılarıyla yapılan müteakip anlaşmaların temel yapısını oluşturmaktadır²⁰.

Sözleşmelere ya doğrudan ev sahibi devlet ya da devlet kuruluşu taraf olmaktadır. Geçmişte, imtiyaz sözleşmelerinin, genellikle ev sahibi devletin

¹⁹ Le Leuch, s. 128-129, ayrıca bkz. 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6491.pdf>.

²⁰ Hammerson, M.: *Upstream Oil and Gas, Cases, Materials and Commentary*, London 2011, s. 49.

hükûmeti ile imzalandığını görüyoruz. Ortak girişim sözleşmelerinin ve çeşitli hizmet sözleşmelerinin geliştirilmesi, ev sahibi devletin projeye finansal katılımı ve proje üzerindeki denetiminin artırılması hedefine dayandırılmıştır. Bu hedefe ulaşmak için yatırımcının karşısında yer almak üzere çoğunlukla tüzel kişiliğe sahip veya tüzel kişiliği olmayan devlet veya devlet kurumları tarafından denetlenen devlet teşebbüsleri kurulmuştur²¹. Söz konusu teşebbüsler, genellikle ev sahibi devletin %100'üne sahip olduğu ve ilgili devletin belirli alanlardaki çıkarlarını temsil eden tekel konumundaki şirketlerdir²².

Arama ve üretim için yukarıda sözü edilen ticarî modeller, ticarî sözleşme olarak değil yatırım sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bir inşaat veya hizmet sözleşmesi, sözleşmenin yabancı tarafları bakımından bir yatırım olarak görülmeyebilir; ancak ev sahibi devlet tarafından yatırım olarak kabul edilebilir. Yabancıların sermaye katkısı sunmadan taraf olduğu sözleşmelerin türleri de geniş anlamda yatırım sözleşmeleri olarak kabul edilmekle beraber, bu kadar geniş yorum eleştirilerin hedefi haline gelmiştir²³. Pratik açıdan, eğer bir yabancı şirket veya gerçek kişi sermaye taahhüt ederse, bir imtiyaz sözleşmesi veya

²¹ Böckstiegel, K.-H.: Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice, Deventer 1984, s. 14.

²² Peter, W.: Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Second Revised and Enlarged Edition, The Hague, Boston, London 1995, s. 12.

²³ Peter, s. 19. Ticarî bir ilişkiyi konu alan işlemlerin yatırım kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği görüşlerin temelinde uluslararası anlaşmalardaki düzenlemeler yatmaktadır. NAFTA m. 1139 açıkça taraflar arasındaki mal ve hizmet satımına ilişkin akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan taleplerin yatırım olarak nitelendirilmeyeceği düzenlenmiştir. Hakem heyetleri ICSID sözleşmesi m. 25 kapsamında münhasır ticarî nitelik taşıyan ilişkilerin yatırım olarak değerlendirilemeyeceğine yönelik kararlar tesis etmişlerdir. Ancak Enerji Şartı Anlaşması ticarî ilişkilerin yatırım olarak değerlendirilebileceğine yönelik düzenlemeler içermektedir. Anlaşmanın 1(6) (c) maddesinde taraflar arasında taraflar arasında bir paranın ödenmesi veya bir hizmetin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmelerden kaynaklanan talepler yatırım olarak değerlendirilmiştir. Anlaşmanın 1(6) (f) maddesi enerji sektöründe yürütülen herhangi bir ekonomik faaliyete ilişkin hak talepleri, 1/III maddesinde ise bu sektörle bağlantılı faaliyetler yatırım olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda doğal gaz satımına ilişkin bir sözleşmenin ihlali halinde Anlaşmanın uygulama alanı bulması halinde yatırım olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, A.Ç.:Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, s.164.

ortak girişim şeklinde bir yatırım sözleşmesiyle karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte, yabancıların ev sahibi ülkeyle, sermaye katkısı yapmadan sözleşmeye dayalı bir ilişki içinde olması ve sözleşmenin önemli olması, üretilen sermaye malları, hammadde ve iş gücü, sözleşmenin süresi, birkaç sözleşmenin bir araya gelmesinin önem arz etmesi hallerinde bu sözleşmeler de yatırım sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve çoğunlukla hizmet sözleşmeleri kategorisi altında ele alınmaktadır²⁴.

2.1.1. Lisans (Ruhsat-License)

Ulusal mevzuat ve yönetmelikte belirtilen şartlar altında arama izni, bir keşif alanı üzerindeki arama lisansı veya ruhsatı şeklinde olabileceği gibi, bir ticarî alanın geliştirilmesine ve ticarî alanda üretim yapılmasına izin veren üretim lisansı veya kira ya da imtiyaz şeklinde de olabilir. Bu durumda ABD, Kanada veya Avustralya'da olduğu gibi tüm şartlar, mevzuat ile ayrıntılı bir şekilde belirlendiği için ayrı bir arama ve üretim sözleşmesi imzalanmamaktadır. Ancak, gelişmekte olan bazı ülkelerin bir çoğunda görüldüğü üzere, henüz kapsamlı mevzuatın bulunmadığı ülkelerde, arama ve üretime uygulanan şartları ve diğer zorunlulukları ayrıntılı olarak düzenleyen ayrıntılı bir arama ve üretim sözleşmesi tercih edilmektedir²⁵.

Günümüzde, yukarıda sözünü ettiğimiz lisansların verilmesi veya sözleşmelerin akdedilmesi, daha çok ev sahibi devlet tarafından düzenlenen şeffaf bir ihale prosedürü uyarınca yapılmaktadır. Yine de, kanunların öngörmesi ve söz konusu alanda rekabetin yetersiz kaldığı bazı hallerde anılan türden sözleşmeler doğrudan görüşmeler sonucunda imzalanmaktadır. Günümüzde, her iki yöntemde

²⁴ Peter, s. 20.

²⁵ Le Leuch, s. 130.

de, mali rejim dâhil olmak üzere yalnızca birkaç şartın ihale veya pazarlığa tâbi olduğu görülmektedir. İhale veya müzakereden önce sözleşmeler model sözleşme ya da lisans esasına göre hazırlanmaktadır²⁶.

Çoğu ülkede petrolün mülkiyeti devlete ait olduğundan, ilgili devlet tarafından gerekli niteliklere sahip olan başvuru sahibine özel lisans yoluyla petrolü bulunduğu yerden çıkarma hakkı verilmektedir. Bu durumda petrolün mülkiyeti, lisansta belirtilen alanının sınırları dâhilinde kalmakta, bu amaçla sondaj kuyusunun açıldığı andan itibaren lisans sahibine devredilmektedir²⁷.

Lisans, operatöre ücret veya ürün karşılığında belirli bir alandan petrol çıkarma hakkı vermektedir. Bu hakkın normal şartlar altında sadece çıkarma hakkına değil, mülkiyet haklarına benzer olduğu kabul edilmektedir²⁸. Bununla birlikte, salt “lisans” teriminin mülkiyet hakkı verildiği anlamına gelmediğini vurgulamak önemlidir. Burada, verilen hakkın niteliğine bağlı bir durum söz konusu olup, lisansı düzenleyen metinde yer alan ifadeler önem arz etmektedir²⁹. Bununla birlikte, lisansın, lisans sahibine genellikle tam bir mülkiyet hakkı verdiği de savunulmaktadır³⁰. Lisansta, lisansın münhasır olup olmadığının yanı sıra, ödemenin de dâhil olduğu, lisansın verildiği koşullar yer almakta ve lisans muhtemelen çalışma yükümlülüklerini de içermektedir. Lisans şartlarının ihlal

²⁶ Le Leuch, s. 131.

²⁷ David, Upstream Oil and Gas Agreements, s. 43.

²⁸ Jennings, A.: Oil and Gas Exploration Contracts, First Edition, London 2002, s. 2.

²⁹ Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 2.

³⁰ İngiltere’de görülen *Benjamin Dean ve the Secretary of States for Business, Energy and Industrial Strategy (2017)* davasında yüksek mahkeme petrol arama ve çıkarma lisanslarının 1998 tarihli Petrol Kanununa göre lisans sahibine çıkarılan ürünün mülkiyeti hakkı vermesi ve bunu üçüncü kişilere satabilme hakkı tanınması nedeniyle lisansın özel hukuk hükümlerine tâbi olduğuna karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2017/1998.html>

edilmesi, lisansın devlet tarafından geri alınmasına ve hatta ileride bir yatırım uyuşmazlığının uluslararası tahkim önüne gitmesine neden olabilir³¹.

Lisansın bir sözleşme mi yoksa düzenleme mi (idarî işlem) olduğu sorusunun cevabı ilgili ülkenin hukukuna tâbi olup, devlet ile lisans sahibi arasındaki ilişkileri etkileyebilir. Bu durum özellikle, lisansın değiştirilmesi, sona ermesi veya yetki ve onayların kullanılmasında idare hukuku ya da özel hukuk kurallarının hangisinin uygulanacağı bakımından etkili olmaktadır³².

Lisans ya da ruhsatın yatırım kapsamında olması veya olmaması, yatırımcının ev sahibi devletin faaliyetlerine karşı bir uluslararası yatırım anlaşmasına mı yoksa yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesi hükümlerine göre mi korunacağı sorusuna da cevap vermektedir³³. Günümüzde artık yatırımın tanımı çok geniş tutulmaktadır; geniş kapsamda yapılan değerlendirmeler nedeniyle de, bu tarz lisans ve ruhsat türleri de yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalar kapsamında yatırım olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin çoğu iki taraflı anlaşmada (İYA), doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesine yönelik imtiyazlar da dâhil olmak üzere kanun veya sözleşmeler ile verilen haklar yatırım olarak nitelendirilmektedir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine Anlaşma'nın tanımlar başlıklı 1. maddesinde

³¹ Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 1.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hammerson, s. 62-63. Ayrıca lisansın idarî bir işlem olarak kabul edilmesi halinde idare hukuku ilkeleri geçerli olacaktır. Bu durumda, idarenin eylemlerinin hukuka aykırılığı sorgulanabilir. Ancak lisansın sözleşme olarak kabul edilmesi halinde korumanın kapsamı genişlemektedir.

³³ Yatırımlara ilişkin tezin Üçüncü Bölümü s. 136 vd.

yatırım terimi uzun süreli ekonomik ilişkiler kurmak amaçlı faaliyetlerle bağlantılı olarak bir Tarafın yatırımcısınca diğer Tarafın ülkesinde bu Tarafın ulusal mevzuatına uygun olarak doğrudan kurulan veya edinilen her türlü mal varlığı ve bunlarla kısıtlı olmamakla beraber maddede sayılan haklar olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda e bendinde “doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesine yönelik imtiyazlar da dahil olmak üzere yetkili bir makam tarafından kanun veya bir sözleşme ile verilen iş imtiyazları” yatırım olarak nitelendirilmektedir³⁴.

2.1.2. İmtiyaz Sözleşmeleri (*Concession Agreement*)

Tarihsel olarak çoğu ulusal hukuk sistemi, doğal kaynaklar üzerinde devlet denetimini sağlayacak modeller geliştirmiştir. Madenlerin çıkarılması ve pazarlama hakları çoğunlukla “imtiyaz” veya “kiralama” şeklinde yasal çerçeveye oturtulmuştur³⁵.

Geleneksel yatırım sözleşmelerinin temel ilkesi yabancı yatırımcının doğal kaynakları araştırma ve keşif hakkından oluşmaktaydı. Bu haklar, yabancı şirkete ev sahibi ülkenin müdahalesi olmadan imtiyaz kapsamında münhasır bir hak olarak verilmekteydi. Petrol sektörünün yanı sıra, aynı tür sözleşmeler doğal kaynaklar ile ilgili tüm alanlarında da uygulama bulmaktaydı. Klâsik imtiyazlarda, yabancı şirkete, doğal kaynakların kullanılmasının tamamen kendi takdirine bırakıldığı büyük bir bölge tahsis edilmekteydi ve belli bir süre içerisinde veya belli

³⁴RG. 02.05.2013-28635. Benzer anlaşma örnekleri için bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Katar arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma (RG. 02.08.2007-26601); Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma (RG. 16.05.2000-24052); Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma (RG. 13.08.1989-20251).

³⁵ Peter, s. 6.

bir şekilde yararlanmak için sözleşmeye dayanan yükümlölükler bulunmamaktaydı. Çıkarılan tüm kaynakların mülkiyeti doğrudan yabancı şirkete ait olmaktadır³⁶ ve bu sözleşmeler genellikle yüz yıla kadar olan süreler için yapılmaktaydı. Ayrıca, yabancı şirket, kendisine verilen alanda, örneğin, tesis kurma ve bakım yapma, altyapı, hastane ve okulların veya limanların inşaatı ve yönetimi gibi yarı-egemen işlevler üstlenmekteydi. Bu şekilde imtiyaz, yabancı şirkete kendisine yetki verilen alanda ev sahibi devletin egemenliğini kullanma ve eyalet sistemine benzer bir role sahip olma imkânı vermektedir³⁷. Bu tür geleneksel imtiyaz sözleşmeleriyle, yabancı yatırımcılar genellikle çıkan ürünün hacmine bağlı olarak mütevazı bir ürün miktarını ev sahibi devlete vererek geniş bir alan üzerindeki doğal kaynaklardan deyim yerindeyse sınırsız yararlanma hakkına sahip olmuşlardır³⁸.

Ondokuzuncu Yüzyılda madencilik endüstrisinde yoğun şekilde kullanılan bir rejimin kalıntısı olan imtiyaz yönteminde, ev sahibi devlet, lisanslı bölgeden çıkarılan tüm petrol için imtiyaz sahibine münhasır haklar vermektedir. İmtiyaz sahibi şirket, çıkarılan tüm petrol ve gaz ürünlerinin mülkiyetine ve bunları pazarlama hakkına sahip olmaktadır. Pek çok ülkede rahatsızlık yaratması nedeniyle orijinal imtiyaz rejiminin yerini, yapısı ve şartları değişmiş, modern imtiyaz sözleşmeleri olarak anılan ve ev sahibi ülkenin meşru çıkarlarını daha iyi koruyan sözleşmeler almıştır. Bu sözleşmeler ile imtiyaz sahibinin ulusal kanunlarla uygulanan ülke politikasına bağlı olarak farklı vergi yükümlölüklerine tâbi olması sağlanmıştır. Bu tür yükümlölükler arasında, petrol gelirlerinden belirli

³⁶ Yılmaz, s. 160.

³⁷ Voss J.O.: The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors, Leiden, Boston 2011, s. 18.

³⁸ Peter, s. 7; Voss, s. 18.

dönemlerde aynı veya nakdi olarak belirli yüzde alınmasını sağlayan (*ad valorem royalty on production*) vergiler gelmektedir. Giderler, maliyet ve ödenekler düşüldükten sonra hesaplanan yıllık net gelir veya kârın belli bir yüzdesine karşılık gelen kurumlar vergisi (*corporate income tax*) diğer bir vergi türü olarak dikkati çekmektedir. Öte yandan, kurumlar vergisine ilave olarak, belirli bir miktar kâr veya petrol şartı sağlandığında ek kâr vergisi (*additional profit tax*) olarak ödenen yıllık bir verginin alındığı da görülmektedir. Bunların dışında kira bedelleri, eğitim ücretleri, damga vergisi, pek az ülkede söz konusu olan ihracat ve ithalat vergileri gibi diğer vergiler ve vergi benzeri ödemelerin söz konusu olduğu görülmektedir³⁹.

1952 yılından başlayarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan kararlar sonucunda 1962 yılında Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik İlkesi ortaya çıkmıştır⁴⁰. Bu karar ile, yabancı yatırımların millîleştirilmesi ve onlar üzerinde denetimin kullanılması hakkının yanı sıra, doğal kaynaklar üzerinde yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletlerin çatışan menfaatleri üzerinde kapsamlı bir uzlaşma sağlamıştır. Bu kapsamda yabancı yatırımcılar ve devletler arasında uygun bir tazminat ödenmesini ve anlaşmalara saygı duyulmasını sağlayan kuralları getirilmiştir. Bu dönemde başlayan ulusal kaynakların millîleştirilmesi veya kamulaştırma hareketleri 1970'li yıllara kadar artarak devam etmiştir⁴¹. Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik İlkesinin kabul edilmesi ve sonrasında 'Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen'in kurulması ile az gelişmiş ülkeler, özellikle 1970'lerde, petrol sözleşmelerini içeren geleneksel uluslararası hukuk kurallarında da çok önemli değişiklikler yapmak istemişlerdir. Bu kapsamda, bu ülkeler

³⁹ Le Leuch, s. 132; Yılmaz, s.160.

⁴⁰ [https://undocs.org/en/A/RES/3171\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](https://undocs.org/en/A/RES/3171(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION).

⁴¹ Tiryakioğlu (Doğrudan Yatırımlar), s. 18-19; Peter, s. 7.

millileştirme, ulus ötesi şirketlerin faaliyetlerini ve yabancı yatırımlarını düzenleme ve ilgili tüm uyuşmazlıkları ev sahibi ülkenin mahkemeleri önünde çözüme kavuşturma hakkına sahip olduklarını iddia etmiştir. Soğuk savaşın sona ermesiyle 1980’li yılların sonunda az gelişmiş ülkeler derin bir ekonomik durgunlukla karşı karşıya kaldıklarında dış yatırımlar üzerinde daha fazla denetim sahibi olmalarına rağmen daha fazla yabancı yatırımcı çekmeleri gerektiğinin farkına varmışlardır. Bu ülkeler, özellikle yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı veya çok taraflı uluslararası koruma anlaşmalarının kabul edilmesiyle birlikte yatırımcılar açısından daha tercih edilebilir bir “yatırım teşvik” politikasını seçmişlerdir⁴². Sonuç olarak, ev sahibi devletler yabancı yatırımcıların yatırımlarına ilişkin korkularını gidermek için yatırıma el atmanın bedeli olarak bir tazminatın ödenmesinde uluslararası hukuk ilkelerine uygun çözümleri kabul etmişlerdir.

Yatırım tahkiminin yanı sıra, yatırımların korunması açısından uygulamada uluslararası ticarî tahkim çerçevesinde de önemli gelişmeler ve uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi kabul görmüştür. Bu durumun ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkili olmasını savunan Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen yaklaşımı ile çelişkili olduğu ileri sürülmektedir⁴³.

Günümüzde, imtiyaz sözleşmesinin yapısı ve ev sahibi devletin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik hakkı nedeniyle ev sahibi ülkenin petrol projeleri

⁴² Peter, s. 8. Özellikle, 1973'ten itibaren, petrol krizinin ortaya çıkmasıyla büyük güçlerin petrol ihracatçı ülkelere bağımlılığı nedeniyle güç el değiştirmiştir. Bunun sonucu olarak bu tür sözleşmeler bazı ortak özellikler göstermiştir. Hukukî düzenlemeler daha çeşitlendirilmiş ve belirgin hale gelmiştir, daha fazla çeşitlilikte ekonomik faaliyetler sözleşmeye dayalı ilişkilerin konusu olmuş ve sözleşmeler daha dengeli hale gelmişlerdir. Temel olarak yeni sözleşmeler doğal kaynakların mülkiyeti ve operasyonlarını ev sahibi devletin veya vatandaşlarının kontrolüne bırakmaktadır. Ayrıca, daha önce yalnızca doğrudan devletle yapılan sözleşmeler giderek devlet kurumları ile imzalanmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Voss, s. 20.

⁴³ Peter, s. 7- 8.

üzerindeki denetimini sağlayan hususlar derinden etkilenmiştir. Yeni projeler, sık sık ev sahibi devletlerin ortak girişim yapısıyla (*joint ventures*) yabancı yatırımcılarla ortak mülkiyetini içermekte ve bu kapsamda mevcut pek çok imtiyaz sözleşmesi de değiştirilmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinin yapısındaki diğer değişiklikler, yönetim, üretim paylaşım ve hizmet sözleşmeleri gibi yeni sözleşme türlerinin kabul edilmesiyle gerçekleştirilmiştir⁴⁴.

2.1.3. Ortak Girişim Sözleşmeleri (*Joint Ventures*)⁴⁵

Ortak girişim sözleşmeleri yabancı yatırım üzerinde daha fazla devlet kontrolünün sağlanması için bir ölçüde imtiyaz sözleşmelerinin işlevini yerine getiren ve bazen de imtiyaz sözleşmelerinin yerini alan yeni bir hukukî vasıta olarak kabul edilmiştir. Bir görüşe göre ortak girişim sözleşmeleri ev sahibi devletlerin genel olarak yatırımlar üzerindeki güçlerini gösterdikleri düzenlemelerdir⁴⁶.

Ortak girişim, belirli bir hedefe ulaşmak veya kaynakların veya teknolojinin bir araya getirilmesinin bir sonucu olarak yeni bir projenin daha başarılı bir şekilde sonuçlandırılması için iki veya daha fazla işletme arasında iş birliğine dayalı bir düzenlemedir⁴⁷. Başarısızlık durumunda katlanılması gereken riskin büyük olması taraflardan herhangi birinin projeye girişmek istememesine neden olabilmektedir. Dolayısıyla ortak girişim sözleşmeleri hiçbir tarafın normalde tek başına hareket edemediği ekonomik hedeflere ulaşmak için örgütsel

⁴⁴ Peter, s. 9; Voss, s. 20-24.

⁴⁵ Kökenini Amerikan hukukunda bulan joint venture kelime anlamı itibarı ile riski birlikte üstlenmek, riskli bir işe birlikte kalkışmak demektir. Türk hukukunda ise joint venture karşılığı olarak “müşterek iş ortaklığı” ve “ortak girişim” deyimleri önerilmektedir. Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016, s. 282, 287.

⁴⁶ Sornarajah, M.: The International Law on Foreign Investment: Third Edition, Cambridge 2010, s. 118.

⁴⁷ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 116-117.

bir oluşumu temsil etmektedir. Bu oluşumun tarafları, tedarik ve hizmetleri mümkün olan en iyi koşullarda ve işletme risklerinin paylaşarak sağlamaktadır. Gerçekten de, taraflar, bu hedefe ulaşmak için finansal, teknolojik ve diğer araçları paylaşma kararı vermektedir. Riskin paylaşılması aslında ortak girişime başvurma en büyük avantajlarından biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bir devlet şirketinin de katılımı ile gerçekleşen bir ortak girişimin yaptığı yatırım, tamamen yabancı sermayeli girişimlere izin vermeyen bazı ev sahibi ülkelere yatırım yapmak için uygun bir yöntem olarak varlığını sürdürmektedir.⁴⁸

Ortak girişim, uluslararası ticarete Amerika tarafından geliştirilen bir oluşumdur⁴⁹. Türk hukukunda da yaygın bir şekilde uygulanmakla birlikte ortak girişimi tüm yönleri ile ele alan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁰. Gelişmiş ülkelerde, ortak girişim formu birçok yüksek teknoloji endüstrisinde ve özellikle uluslararası ticarî iş birliği kapsamının büyük olduğu havacılık endüstrisi gibi endüstrilerde kullanılmıştır. Yerel iş ortakları aracılığıyla yeni pazarlara girmenin daha kolay olması, risklerin çeşitlendirilmesi ve yerel ortak aracılığıyla pazar bilgilerinin daha kolay elde edilmesi nedeniyle ortak girişim popüler hale gelmiştir⁵¹.

Ortak girişim, risk paylaşımı bakımından petrol projeleri için özel bir öneme sahiptir. Petrol arama ve üretme projelerinde maliyetlerin çok yüksek olması nedeniyle çok az şirket bu maliyetlere katlanabilmektedir. Taraflar, tipik olarak

⁴⁸ Peter, s. 11-12; Hammerson, s. 174-175.

⁴⁹ İlk olarak Venedik'te kullanılmıştır. Barlas, s. 284.

⁵⁰ Türk hukukunda ilk düzenleme 12.01.1985 tarih ve 3239 sayılı Kurumlar Vergisi kanununda iş ortaklığı ifadesi ile yapılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 14'te de ortak girişimlere yer verilmiştir.

⁵¹ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 117.

herhangi bir petrol projesiyle ilgili olan temel finansal ve ticarî risklerin yanı sıra, aynı zamanda politik, jeolojik, işletmeye ilişkin veya diğer riskleri paylaşmaktadır. Böylece taraflardan hiçbiri tek başına bu riskleri yüklenmek zorunda kalmamaktadır.

Risk paylaşımı, öte yandan, ortak girişime katılan tarafın projenin sadece bir kısmını üstlenmesini sağladığı için, taraflar aynı anda birkaç projeye katılıma imkânına da sahip olmaktadır.

Ortak girişimlerde genellikle bir imtiyaz üzerinde birden fazla tarafın ortaklığı söz konusu olmaktadır. Taraflardan birinin bir devlet kurumu ya da devlete bağlı bir kuruluş olduğu çoğu durumda devletin çıkarları önemli olacağından ortak girişim, petrol projesini etkileyebilecek olumsuz politik riskler veya düzenleyici işlemlerin yarattığı riski azaltmaktadır⁵². Bu kapsamda, yatırımcının devlet ile bağlantı kurması ve böylelikle gümrük işlemleri, ihracat izinleri ve pazara girişle ilgili diğer idarî konular ve daha sonra ortak girişimin işleyişi ile ilgili konular sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Tekelci bir piyasada kârların paylaşımına katılma girişime devletin taraf olmasının diğer bir avantajı olarak görülmelidir. Buna karşılık, ortak girişimin tarafı olarak devletin veya devlet denetiminde bir şirketin de avantajları göz ardı edilemeyecek düzeydedir. Devletin, hedeflerini devlet şirketi aracılığıyla temsil etmeye çalışacak olması ve politikalarının ortak girişimin işleyişine yansıtılmasını sağlayacak olması büyük önem taşımaktadır. Ancak bu durum yabancı şirket açısından bir dezavantaj olarak görülmektedir. Yabancı yatırımcının temel amacının kârını optimize etmesi olduğu

⁵² Roberts (Petroleum Contracts), s. 86-87.

gerçeği göz önüne alınırsa, bu amaç zaman zaman devlet politikaları ile çatışabilir. Bu durumda herhangi bir uyuşmazlık halinde, devlet yasama ve yürütme yetkilerini kullanmaktan çekinmeyecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, projenin niteliği, yabancı yatırımcının proje üzerindeki kontrolünü etkilediği gibi, devlet çıkarları ile yatırımcının hedefleri arasındaki hassas dengeyi de etkiler. Yüksek teknolojinin söz konusu olduğu ve bu teknolojiye erişimin yalnızca yabancı ortak aracılığıyla sağlanabildiği durumlarda, yerel ortağın rolünün genellikle pasif olduğu gözlenmektedir. Finans ve teknoloji tedarikçisi olarak ve yurtdışındaki pazarlara erişim aracı olarak yabancı yatırımcının projeye sağladığı fayda, yabancı yatırımcının proje üzerindeki kontrolünün anahtarı olarak kabul edilmektedir⁵³.

Ortak girişimler yapısal olarak sözleşmeye dayanan ve sermaye katılmalı ortak girişimler olarak ikiye ayrılmaktadır. Ortak girişim türü ne olursa olsun ilişkiye katılanlar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanmaktadır⁵⁴.

Sözleşmeye dayalı ortak girişimde taraflar arasındaki ilişki akdedilen bir borçlar hukuku sözleşmesinden kaynaklanmaktadır; ortak amaca ulaşılabilmesi için ortakların katılım payı edimleri yeterli olup, ayrıca tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketi kurulmasına ihtiyaç duyulmamaktadır⁵⁵. Bir petrol projesinin tüzel kişiliği olmayan bir ortak girişimle⁵⁶ gerçekleştirildiği hallerde tarafların çıkarlarını temsil eden ayrı bir şirket olmaması nedeniyle taraflar arasındaki ilişki tek bir sözleşme

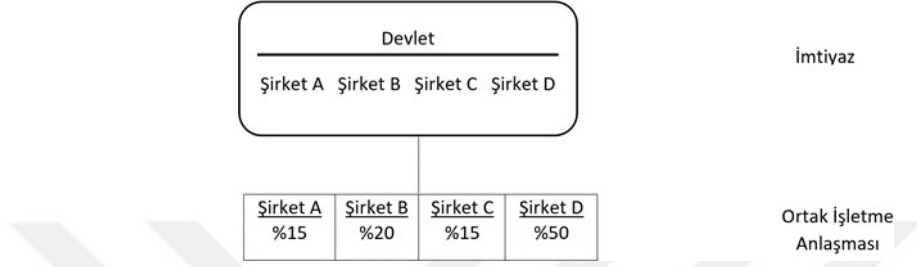
⁵³ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 117.

⁵⁴ Barlas, s. 290.

⁵⁵ Barlas, s. 290-291.

⁵⁶ Voss, s. 22. Türk hukukunda sözleşmeye dayalı ortak girişim genel olarak tüzel kişiliğin olmadığı tipik bir adi ortaklık ilişkisi yaratmaktadır: Barlas, s. 292. Konu hakkındaki Yargıtay kararları için bkz. Baz, S.: Karşılaştırmalı Hukuk'ta ve Türk Hukuku'nda Joint Venture, İstanbul 2019, s. 10; Çakır Çelebi, B.: *Joint Venture'in Hukuki Niteliği*, YBHD, Y. 2017, S. 2, s. 101.

ile düzenlenmektedir. Üretime ilişkin ortak bir girişimde tarafların ilişkilerini düzenleyen sözleşme *ortak işletme sözleşmesidir* (“*joint operating agreement*”)⁵⁷. Bu durumda imtiyaz, bir devlet kurumu tarafından şirketlere ortak olarak verilmektedir⁵⁸.



Ortak girişimin esas hali olan ve uygulamada daha sık rastlanılan sermaye katımlı ortak girişimde çift katlı ve karmaşık bir yapının söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Burada ilişkiye katılan taraflar önce aralarında ortak girişim sözleşmesi akdederek adi ortaklık niteliğini taşıyan bir ortaklık ilişkisi oluştururlar; ardından tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi kurarlar⁵⁹. Bu kapsamda tüzel kişiliği olan⁶⁰ ve sermaye katımlı olan bir ortak girişim aracılığı ile petrol projeleri gerçekleştirilebilmektedir. Ortak girişim şirketindeki paydaşlar projeyi gerçekleştirmek için bir araya gelen taraflardan oluşmakta ve ortak girişim şirketi

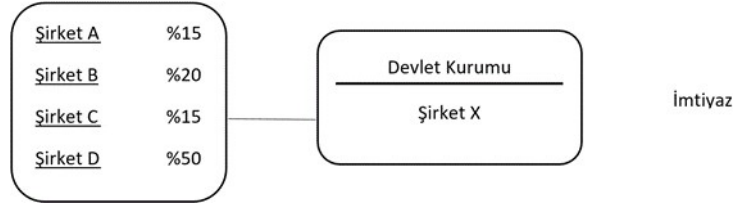
⁵⁷ *The Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN- Milletlerarası Petrol Müzakerecileri Birliği) model Ortak İşletme Sözleşmesi için bkz. <https://www.aipn.org/forms/store/ProductFormPublic/archive-joint-operating-agreement-1990>.

⁵⁸ Roberts (Petroleum Contracts), s. 90.

⁵⁹ Barlas, s. 293.

⁶⁰ Voss, s. 22-23. Türk hukukunda tüzel kişiliğe sahip ortaklıklar genel olarak anonim şirket olarak oluşum göstermektedir. Çakır-Çelebi, s. 104. Amerika, Almanya ve Birleşik Krallıklar'da ortak girişimlerin tüzel kişiliğe sahip olmayan anonim şirket ve tüzel kişiliğe sahip ticarî ortaklıklar şeklinde yer alabilmektedir. Bkz. Baz, s. 50, 73, 84.

proje aracı olarak imtiyazın da sahibi olmaktadır. Tarafların ilişkileri ortak girişimin temelini oluşturan ayrı bir sözleşme ile düzenlenmektedir.⁶¹.



Taraflar arasındaki ilişkilerin ortak işletme sözleşmesi ile düzenlendiği ve tüzel kişiliği olmayan ortak bir girişim ile tüzel kişiliği olan ortak bir girişim arasındaki temel fark, ortaklara kâr payı ya da üretimden pay dağıtılması bakımından ortaya çıkmaktadır. Ortak işletme sözleşmesinde ortaklar üretimden pay almakta ve üretimin artırılması için zaman zamansermaye koymaktadır. Tüzel kişiliği olan ortak girişimlerde ise kâr sermayeye eklendiği için ek sermaye koymaya gerek kalmamaktadır⁶².

Sonuç olarak, bir ortak girişim sözleşmesi, ev sahibi devletin taraf olduğu hallerde, ortak girişim taraflarından biri olarak ulusal petrol şirketinin üretimden payını almasını sağlarken, uluslararası petrol şirketinin finansal kaynaklarından ve uzmanlığından yararlanmasını sağlamaktadır⁶³.

⁶¹ Roberts, Petroleum Contracts, s. 90.

⁶² Hammerson, s. 179.

⁶³ Hammerson, s. 175.

2.1.4. Hizmet Sözleşmeleri (*Service Agreements*)

Ev sahibi devletin yabancı petrol şirketine haklar tanıyabileceği diğer bir rejim ise hizmet sözleşmesi ile sağlanan haklar kapsamında şekillenmektedir. Burada, bir yabancı petrol şirketi ile özel olarak bu amaç için yetkilendirilmiş bir ulusal devlet kuruluşu arasındaki sözleşmeye dayalı bir ilişki söz konusu olmaktadır⁶⁴. Bu sözleşmeler üretim paylaşım sözleşmelerinde olduğu gibi mülkiyet hakkının devrini içermeyip, sadece sözleşme ilişkisi çerçevesinde karşılıklı hak ve yükümlülükler doğurmaktadır. Bu tür sözleşmelerde ev sahibi devletin petrol şirketi üzerinde denetimi daha sınırlıdır⁶⁵.

Bu sözleşmelerin üretim paylaşım sözleşmelerinden temel farkı, petrol şirketinin, ayrı bir alım ve satım sözleşmesi ile hak sahibi olduğu durumlar bir tarafa bırakılacak olursa, üretim üzerinde herhangi bir hakkının bulunmamasıdır. Şirket, keşifle ilgili risk almakta ve ardından ev sahibi devlet adına belli bir petrol sahasının yönetimi için ücret karşılığı hizmet vermektedir. Bazen ücret ve petrolü satın alma hakkı birleşebilir. Gerçekten de, şartlar el verdiği takdirde ve tarafların iradesi de bu yönde ise şirketin üretilen petrolü satın alma hakkına sahip olduğu durumlarla da karşılaşmaktadır⁶⁶. O halde, esas itibariyle, hizmet sözleşmelerinin, petrol şirketinin keşif, geliştirme ve üretim operasyonları için gereken kaynakları yüklenicinin sağlamasını gerekli kıldığı söylenebilir. Aynı zamanda yüklenici sıfatıyla anılan petrol şirketi, tazminatını veya verdiği hizmetin bedelini nakit olarak alabileceği gibi, kendi faaliyetlerinden kaynaklanan petrol veya gaz üretiminden

⁶⁴ David, s. 43.

⁶⁵ David, s. 43; Peter, s. 22; Voss, s. 21.

⁶⁶ Jennings, A.: Oil and Gas Production Contracts, London 2008, s. 5-6.

pay şeklinde de alabilir. Buradaki risk, yüklenicinin petrol ve/veya gaz üretmeyi başaramaması halinde yatırımını kaybetme riskini kabul etmesi ve üstlenmesidir⁶⁷.

Hizmet sözleşmeleri, risk sözleşmeleri veya risk içermeyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Petrol şirketleri risk içeren sözleşmeler (genellikle risk sözleşmeleri olarak anılmaktadır) kapsamında çalışmaktadır; ancak şartlar zorlanırsa petrol şirketleri çok istisnai durumlarda risk dışı sözleşmeleri de kabul edebilir.

Risk hizmet sözleşmelerinde “risk” ifadesinin de ortaya koyduğu üzere, uluslararası petrol şirketi arama ve üretim konusundaki başarısına göre teşvik edilmektedir. “Hizmet” ifadesi ise uluslararası petrol şirketinin bu işleri imtiyaz hakkından ziyade bir hizmet sözleşmesi uyarınca yaptığını göstermektedir.

Risk içeren sözleşmelerde yukarıda sözünü ettiğimiz esaslar hakimdir. Yani bu tür bir sözleşme, yükleniciye petrol arama, geliştirme ve üretim işlemleri için gereken kaynakları sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmede riski üstlenen kişiye, yukarıda da belirttiğimiz üzere sağladığı kaynaklar karşılığında ya parasal bir bedel ödenir ya da yapmış olduğu faaliyetler sonucunda ortaya çıkan petrol ve gaz üretiminden pay alma imkânı tanınır. Bedelin parasal olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa, bunun tutarı yukarıda belirtilen petrol ve gaz üretimine bağlı olarak hesaplanmaktadır. O halde, risk içeren sözleşmelerde, riski yüklenen şirket, petrol ve/veya gaz üretmeyi başaramazsa, başından itibaren hiçbir şey elde edememe ve yaptığı tüm yatırımların boşa gitmesi riskini göze almaktadır.

⁶⁷ David, s. 43; Yılmaz, s. 161.

Yüklenicinin ediminin petrol ve gaz üretiminden pay verilerek ödendiği bu tür risk içeren hizmet sözleşmeleri üretim paylaşım sözleşmeleri olarak anılmaktadır⁶⁸.

Bu tarz risk hizmet sözleşmeleri Güney Amerika'da yaygındır. Bununla birlikte, petrol ve gaz endüstrisi daha önceleri yabancıların hâkimiyetinde olan, sonradan üretimde yabancı mülkiyetini yasaklayarak millileştiren diğer ülkelerde de bu tarz sözleşmelerin yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Yakın zamanda bu sözleşmeler siyasi olarak hassas olan petrol endüstrisinin uluslararası petrol şirketleri tarafından yeniden yapılandırılması sürecinde Irak bölgesinde kullanılmıştır⁶⁹.

Sonuç olarak, bu sözleşmeler, söz konusu yatırımcının ev sahibi ülkedeki rolünü ve etkisini en aza indiren sözleşmeler olarak algılanmaktadır. Hizmet sözleşmeleri, ev sahibi ülkelerin proje üzerinde etkili denetimini sağlamak için yatırımı bağımsız bir şekilde finanse edebilmelerine imkân tanıyan uygun bir çerçeve sunmaktadır⁷⁰.

Risk içermeyen hizmet sözleşmesinde, ülkenin devlet petrol şirketi, sabit bir ücret karşılığında arama ve üretim faaliyetini gerçekleştirmek için yabancı bir şirketle sözleşme yapar. Yapılan keşif sonunda petrol ve/veya doğal gaz bulamama riski ev sahibi devlete ait olup petrol şirketi verdiği hizmet karşılığında

⁶⁸ David, s. 43-44.

⁶⁹ Hammerson, s. 49. Batılı sanayileşmiş ülkelerin hükûmetleri, ruhsatlandırmaya dayalı bir petrol rejimine ve petrolün kamuya veya özel mülkiyeti yönünde düzenlemeler yapmışlardır. Buna karşılık, gelişmekte olan ülkeler, yalnızca ürün paylaşımı anlaşmaları biçiminde olmak üzere, yabancı petrol şirketlerini risk sözleşmeleri bazında tutmayı tercih etmektedir. Bunların örneklerini son yıllarda devlet kontrolündeki bir ekonomiden, Doğu Avrupa ülkelerinin çoğu, Rusya Federasyonu ve BDT'nin (Bağımsız Devletler Topluluğu, CIS-Commonwealth of Independent States) diğer üye ülkeleri gibi piyasa ekonomisine geçişi yapan ülkeler izlemiştir. Bkz. David, s. 44. ⁷⁰ Peter, s. 22.

ücret almaya devam etmektedir. Dolayısıyla ev sahibi devlet projeye ilişkin tüm riskleri üstlenmektedir⁷¹.

Bu tür risk içermeyen hizmet sözleşmeleri Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın olarak kullanılsa da, uluslararası petrol rezervlerinin geliştirilmesinde kullanımı daha az yaygındır. Ülkelerin ABD para birimini elde etmede karşılaştıkları zorluklar nedeniyle risk içermeyen bazı hizmet sözleşmeleri petrol ile aynı ödeme imkânı sağlamak ve yabancı petrol şirketine üretimden belirli bir pay alma hakkı tanımaktadır⁷².

2.1.5. Örnek Çalışma: Üretim Paylaşım Sözleşmeleri (ÜPS) - *Production Sharing Agreement (PSA)*

Üretim paylaşım sözleşmesi en eski risk sözleşmesi türüdür. Dünya çapında üretim paylaşım sözleşmeleri, 25 yıldan fazla bir süredir uygulanmaktadır. Üretim paylaşım sözleşmelerinin günümüzde halen en yaygın kullanım alanı olan sözleşme olduğu görülmektedir. Diğer risk sözleşmeleri türleri daha sonraki bir aşamada geliştirilmiş olmakla beraber, çoğunlukla ÜPS ile yakın benzerlikler içermektedir. Özellikle, yüklenicinin devlet tarafından piyasa değeri üzerinden petrol üretiminin bir kısmını satın almasına ve yüklenicinin sözleşme şartları altında hak kazandığı bedelin nakden ödenmesine izin verilen haller bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷³.

⁷¹ Blyschak, P.M.: *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty*, Journal of International Arbitration, Y. 2010, Vol. 27, No. 6, s. 583.

⁷² Ernest, E. S.: *From Concessions to Service Contracts*, 27 Tulsa Law Journal, Y. 2013, Vol. 27, Issue 4, s. 519. Ayrıca bkz. <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss4/3>.

⁷³ David, s. 43.

İmtiyaz sözleşmelerinin yerini alan yeni üretim paylaşım sözleşmeleri, gücün yabancı petrol şirketlerinden petrol üreten devletlere doğru kaydığı bir sözleşme türüdür. Bu kapsamda doğal kaynaklar üzerinde devletin kalıcı egemenlik ilkesinin bir yansıması olarak petrol mülkiyetinin her zaman devlette olduğu ve yalnızca devletin hakka sahip olduğu anlayışına dayanmaktadır⁷⁴. Bu kapsamda üretim paylaşım sözleşmesinde, petrol anayasal olarak devletin mülkiyetinde sayılmaktadır. Petrolün mülkiyeti kendisinde olmakla birlikte devlet, üretim paylaşım sözleşmeleri ile petrolden pay vermek suretiyle kendi millî petrol şirketi ve uluslararası petrol şirketlerine (yüklenici-*contractor*) arama ve üretim faaliyetlerini yapma izni vermektedir. Uluslararası petrol şirketinin üretime ilişkin hakkı, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmayıp sözleşmeye dayanmaktadır. Uluslararası petrol şirketi verdiği hizmet karşılığında petrolden payını aldıktan sonra kalan kısım millî petrol şirketi tarafından alınmaktadır. Devlet aynı zamanda üretim ve ihracata vergi uygulamaktadır. Bu üretim payı ve mali kazanç birlikteliği, ev sahibi devlete farklı kaynaklardan kazanç garantileme yoluyla esneklik sağlamaktadır. Ayrıca ev sahibi devletin veya millî petrol şirketinin projenin ve uluslararası petrol şirketi üzerinde idarî denetim yapma yetkisi bulunmaktadır⁷⁵.

Bir üretim paylaşım sözleşmesi, özellikle üretimin kapsamında doğal gaz da var ise, şirketin üretimin belirli bir kısmını yerel piyasada uygun fiyatla satmasını öngörebilir. Bu tip sözleşmelerde yerel çalışanların ve şirketlerin kullanılması ve bunlara bilgi transferi yapılmasını gerektirecek yerel içeriği olan hükümlere yer verilmektedir. Bu sözleşmelerde devletin ya da millî devlet

⁷⁴ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s.118; Yılmaz, s. 159.

⁷⁵ Hammerson, s. 49; Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 2; Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 118-119.

şirketinin arama ve üretim masraflarını gelir getiren üretim aşamasına kadar ertelenmesi mümkündür. Hangi masrafların karşılanacağı ve hangi hızla bunların geri ödeneceği üretim paylaşım sözleşmesinde yer alacak ayrıntılı bir muhasebe tablosunda belirlenmektedir⁷⁶.

Üretim paylaşım sözleşmeleri Katar, Azerbaycan, Nijerya gibi petrol üretiminin yapıldığı ev sahibi ülkelerde model sözleşmeler şeklinde hazırlanmaktadır. Taraflar söz konusu model sözleşmeleri müzakere etmekle birlikte sözleşmelerin ekonomik olarak temelini değiştirecek çok fazla değişik yapamazlar.

Tezin daha sonraki bölümlerinde yer alan açıklamaları ve değerlendirmeleri kolaylaştırmak amacıyla aşağıda üretim paylaşım sözleşmelerinin temel hükümlerine yer verilmiştir⁷⁷:

Tanımlar ve yorumlama: Sözleşmede kullanılan terimlerin tanımları yer almaktadır.

Taraflar: Sözleşme genellikle yabancı petrol şirketi ile lisans altında çalışan devlet petrol şirketi arasında imzalanmaktadır. Devlet petrol şirketi, yabancı petrol şirketinin taraf olarak yer almadığı temel bir yapı ile devletle anlaşma yapıp, genellikle petrol araştırmak ve üretmek için lisans almaktadır. Böyle bir durumda devlet şirketi tazminat olarak daha yüksek bir üretim hakkını müzakere etmek

⁷⁶ Hammerson, s. 50.

⁷⁷ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s.2, Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

isteyen yabancı petrol şirketinden lisans ücretinin geri ödenmesini talep etme imkânına sahip kılınmaktadır⁷⁸.

Katılım Oranları: Birden çok tarafın söz konusu olduğu bu sözleşmelerde devlet petrol şirketi ile diğer yabancı yatırımcı şirketlerin projeye katılım oranları belirlenmektedir. Tarafların hak ve yükümlülükleri de bu oranlar kapsamında belirlenmektedir.⁷⁹

Devlet Garantisi: Yabancı petrol şirketi kendisine haklar verilen sahada üçüncü bir tarafa herhangi bir hak verilmemesi veya operasyon sahasını etkileyecek herhangi bir dava ile karşılaşmamak için talepte bulunmakta ve devlet bu konuda teminat vermektedir⁸⁰.

Haklar Verilmesi: Petrol şirketlerine öncelikli verilen hak, devletin sahip olduğu petrol haklarının kapsamına tâbi olmak kaydıyla, petrol faaliyetlerine ilişkin olarak verilen münhasır haklardır. Diğer haklar ise, kendi payı olan petrol ve doğal gazı taşıma ve ihraç etme ve bu amaçla boru hatlarını inşa etme hakkıdır. Buna karşılık devletin, petrol şirketinden kendi payına düşen ürünün bir kısmını iç pazara sunmasını isteme hakkı bulunmaktadır⁸¹. Bu durum, devletin denetiminin olduğu piyasalarda ve düşük iç pazar fiyatlarında olumsuz sonuçlara neden olabilir⁸².

⁷⁸ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 2; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

⁷⁹ Yılmaz, s. 159. Azerbaycan Azeri Çıraklı ve Güneşli sahaları için SOCAR ve BP ve Amaco gibi uluslararası şirketlerin imzaladığı ÜPA için bkz. https://www.bp.com › pdf › PSAs › ACG_PSA. Söz konusu metin atıf kolaylığı açısından Azerbaycan ÜPA olarak adlandırılacaktır.

⁸⁰ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 2; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

⁸¹ Bindemann, K.: *Production Sharing Agreement: An Economic Analysis*, Oxford Institute for Energy Study, October 1999, s. 14.

⁸² Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 2; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

Bu sözleşmelerde, devlet şirketinin yatırımcılara verdiği haklar çerçevesinde sözleşme konusu olan ve yatırım yapılacağı alan net bir şekilde koordinatları ile birlikte ifade edilmektedir⁸³. Üretimin yeterli olmaması nedeniyle zarar talep etmeme hususu da bu kapsamda hüküm altına alınmaktadır.

Devletin Hakları: Devlet, genel olarak, petrol şirketinin petrole ilişkin tüm maliyetlerini elde ettikten sonra üretim payını almaktadır. Devlet, ayrıca petrol şirketinden ürünün pazarlanması gibi ilave bazı hizmetler de talep edebilir ki bunun bedelinin de sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir⁸⁴.

Süre: Sözleşmenin süresinin açık ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Sözleşme, erken feshetme hakkını saklı tutarak uzun bir süre öngörmüş olabilir veya daha kısa süreli olup başarılı bir keşiften sonra yürürlüğe girecek yenileme hükmünü⁸⁵ taşıyabilir. Bu aşamada verimsiz sahalardan vazgeçme mümkün olabilmektedir⁸⁶. Bununla birlikte bu sözleşmeler genellikle uzun süreli sözleşmeler olup, sözleşmelerde asıl süre (*basic term*) olarak adlandırılan bir süre ve bu sürenin uzatılma şartlarına da yer verilmektedir⁸⁷. Rezervin ticarî olarak uygun ve kazançlı olmaya devam etmesi halinde sürenin uzatılması söz konusu olmaktadır.

⁸³ Azerbaycan ÜPA'da sözleşme eki olarak yer almaktadır.

⁸⁴ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 2; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

⁸⁵ Bindemann, s. 17.

⁸⁶ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 3 ; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8.

⁸⁷ Azerbaycan ÜPA'nın süresi 30 yıl olarak belirlenmiş olup sözleşme alanında yeni keşiflerin yapılması halinde sürenin uzatılacağı belirtilmektedir.

Finans Sağlama ve Ödemeler: Petrol şirketinin yükümlülüğü tüm petrol faaliyetlerini finanse etmektir. Sözleşme, petrol şirketine ilk aşamada bu amaçla kredi alma yetkisi verebilir⁸⁸.

Yüklenici yabancı yatırımcı, projenin herhangi bir bölümünün finansmanını düzenlemeyi seçerse, bu tür bir finansmanın tedarik edilmesinden tek başına sorumlu olmakta ve devlet şirketinin finansman ile ilgili herhangi bir kredi veya finansal destek sağlama zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁹. Yabancı petrol şirketi, sözleşmede döviz cinsinden işlem yapma ve petrol satış gelirinin döviz cinsinden ödenmesini de isteyebilir⁹⁰.

Maliyetin Karşılanması ve Kârlılık: Bu hükümler üretim paylaşım sözleşmelerinin en önemli hükümlerindendir. Petrol şirketi mutabık kalınan üretim payı üzerinden tüm maliyetlerini karşılayabilme hakkına sahip olmalıdır. Maliyete ilişkin talep edilebilecek tüm kalemlerin tanımı önemli olduğundan bu kalemlerin mümkün olduğu kadar kapsamlı yazılması gerekmektedir. Petrolün maliyetine ilişkin kalemler çıktıktan sonra kalan kısım petrolün kârlılığıdır. Sözleşmede tarafların üretim paylarının açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Genelde doğrudan bir üretim paylaşımı yapılmaktadır. Ancak bu paylaşım, üretim seviyesinin belirli miktarları aşması halinde devlet lehine olacak şekilde vergi oranları ve devletin payının artmasını sağlayacak şekilde de yapılabilmektedir.

⁸⁸ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 3.

⁸⁹ Katar'ın Kuzey sahası için model ÜPA'da bu hüküm yer almaktadır. QATAR Model Development & Production Sharing Agreement of 2002 between The Government of Qatar and Contractor (North Field) Bkz. <https://www.resourcecontracts.org/contract/pdf>.

⁹⁰ Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 8-9.

Petrol şirketine düşen payın, yatırımı üzerindeki net getiriye belirli bir yüzde uygulanması suretiyle sınırlandırılması da mümkündür⁹¹.

ÜPS’de petrolün keşfinden sonra ve üretimin başlamasından sonra yatırımcı şirketin ev sahibi devlete ödeyeceği imtiyaz bedeline/ücretine (*royalty*) ilişkin hüküm yer almaktadır. İmtiyaz bedeli/ücreti, petrol ya da nakit olarak belirlenebilmekte ve genellikle ortalama günlük üretime göre ayarlanmaktadır. Bu oran %6 ile %15 arasında değiştiği görülmektedir. Çok yüksek bir oran, yabancı yatırımcı üzerinde olumsuz bir etki ortaya çıkarabilmekte ve üretim iş birliğini engelleyebilmektedir. Üretim paylaşımı başlamadan önce ÜPS sözleşme taraflarının maliyet petrolü (*cost oil*) denen üretimin önceden belirlenmiş bir oranı üzerinden arama, petrol sahasını geliştirme ve işletme masraflarını karşılamasına izin verir. Çoğu ÜPS’de %60 gibi bir maliyet petrolü üst sınırı vardır ve belirli bir dönemde karşılanamayan maliyetlerin taşınıp bir sonraki dönemde karşılanmasına izin verilmektedir. Kâr petrolü (*profit oil*) ise imtiyaz bedeli/ücreti ve maliyet petrolü çıktıktan sonra kalan üretimin yabancı yatırımcılar ve devlet şirketi arasında %40-%60 gibi oranlarla paylaşılmasıdır⁹².

Ortak İşletme: Üretim paylaşım sözleşmesi ortak işletim komitesine ilişkin bir çerçeveyi içermekle beraber işletmeye ilişkin kapsamlı hükümler genelde ayrı bir ortak işletme sözleşmesinde yer almaktadır. Ortak işletme sözleşmesinin taraflarının her birinin bir oyu bulunmaktadır. Ancak sözleşme taraflarının sadece devlet şirketi ve petrol şirketi olması halinde kararlar oybirliği ile alınır. Yatırıma

⁹¹ Yılmaz, s. 159; Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 3; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 9. Katar ÜPA’da bu oran çeyrek dönemlerde üretilen petrolün %40’ı olarak belirlenmiştir. Azeri ÜPA’sında ise sınır azami %50 olarak belirlenmiştir.

⁹² Bindemann, s. 13-14.

ilişkin bütçe, yıllık çalışma programları, kalkınma programları ve büyük sözleşmelerin oylanması ve yürütülmesi işletim komitesinin varlığını gerektirmektedir ki ortak işletim sözleşmesi bu hükümleri içermektedir. Her ne kadar petrol şirketi uygulamada işletmeyi yapsa da devlet şirketi işletmeci olarak gözükmektedir. Bazı hallerde ise ilk üretime kadar yabancı şirket işletmeci olarak kabul edilmekte iken bu aşamadan sonra devlet şirketi işletmeci olmaktadır. Diğer bir seçenek ise işletmeye yönelik işler için devletin ve petrol şirketinin yönetiminde söz sahibi olduğu yeni bir şirket kurmaktır⁹³.

Ölçüm ve Hesaplama: Sözleşmede üretimin ölçüleceği yerlere ve üretimin ölçülmesine ilişkin yöntemi düzenleyen usullere yer verilmesi gerekmektedir.

Mülkiyet (Title): Sözleşmede kararlaştırılan üretim payına ilişkin mülkiyetin belli bir noktada petrol şirketine geçmesi düzenlenmektedir. Devlet ise bazı varlık ve ekipmanların mülkiyetinin kendisinde kalmasını isteyebilme imkânına sahip kılınır⁹⁴.

Vergilendirme: Sözleşmenin önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu maddede Devlet tarafından yabancı petrol şirket lehine yapılan düzenlemeler ile yabancı yatırımcıya verilen belirli vergilerden muafiyet sağlayan imtiyaz veya istisnalar yer almaktadır⁹⁵. Yabancı yatırımcılar kendi kâr petrolü (*profit oil*) payını aldıktan sonra sözleşmelerde ya da yerel kanunlarda belirlenen oranda gelir vergisi

⁹³ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 3; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 9.

⁹⁴ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 4; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s.10.

⁹⁵ Yılmaz, s. 159; Loftis, J./Landicho, R./ Fraser, F.: Complexity and Commercial Disputes in Production Sharing Contracts, in the Leading Practitioner's Guide to International Oil & Gas Arbitration, www. Arbitrationlaw.com., s. 594.

ödemek zorundadırlar. Bazen ev sahibi devlet yatırımcıların arama ve geliştirme yapmasını teşvik etmek için yabancı yatırımcılara birçok yıl vergi muafiyeti sağlayabilmektedirler. Ancak sözleşmede bu vergi muafiyetinin sözleşme imzalandıktan sonra değil de üretim başladıktan sonra verilmesi önem arz etmektedir⁹⁶.

ÜPS’lerde devlet çıkarılan petrolden pay aldığı için vergilendirme söz konusu proje kapsamında birincil araç olarak görülmemektedir. Sözleşmede ev sahibi devlet yüksek imtiyaz bedeli/ücreti ve kâr petrolü elde ederse yabancı yatırımcı gelir vergisi için çok az yer kaldığını ileri sürerek oranı düşürebilmektedir⁹⁷.

İstikrar kaydı: Bu kayıt, petrol şirketine yeni mevzuatın yaratabileceği belirsizliklere ilişkin bir güvence sağlama amacıyla sözleşmeye konmaktadır. Bu kayıta, petrol şirketinin şirketin pozisyonunu daha külfetli kılan yeni yasaların yürürlüğe girmesi durumunda, petrol şirketinin ekonomik pozisyonunu⁹⁸ korumak için gerekli ölçüde ek üretim yapma hakkını elde etmesini sağlayacak ayarlamaların yapılması yer almaktadır. İstikrar kayıtları ile yatırımcı şirket mevzuatta yapılacak değişikliklerin sözleşmenin sona erme tarihine kadar alınmamış olan indirgenmiş net kârı talep etme hakkını olumsuz yönde etkilemeyeceğinin bir güvencesi olarak düzenlemeyi amaçlamaktadır. Sözleşmenin hazırlığı aşamasında taslak net olsa

⁹⁶ Bindemann, s. 16.

⁹⁷ Bindemann, s. 15.

⁹⁸ Azerbaycan ÜPA’da ekonomik istikrar olarak ifade bulan maddede sözleşmede yer alan ekonomik dengenin Hükümet tarafından yapılan düzenlemeler ile bozulması nedeniyle bu dengenin yeniden düzenlenmesi ve yatırımcının zararının karşılanması söz konusudur. Benzer hüküm Katar ÜPA’da da yer almaktadır.

bile, tazminat miktarına ilişkin talebin gelecekteki kârlılığı da kapsamı halinde bunun miktarını belirlemek sıkıntı yaratabilir⁹⁹.

İstikrar kaydı, ilk bakışta kesin görünse ve sözleşmeye yeni bir yatırımı olumsuz etkileyecek mevzuatın uygulanmasını engellese bile, gerçekte her zaman bu sonuçları sağlamayabilir¹⁰⁰. İki tarafın, bir sözleşme hükmü ile yeni mevzuatın uygulanmayacağına ilişkin mutabakatının yasal olarak etkili olacağını söylemek her zaman mümkün görünmemektedir. Gerçekten de, ev sahibi devlet hükûmeti daha sonra, düzenleme veya kararname ile kabul edilmedikçe böyle bir istisna yapılmadığını iddia edebilir¹⁰¹. Ayrıca, mevzuatta yapılan belirli bir değişimin, bazen sözleşmenin tamamının yeni bir mecrada ele alınmasını gerektirecek kadar temel bir değişim olduğu durumlar bulunabilir¹⁰².

Mücbir Sebep: Yabancı petrol şirketlerinin sözleşmede, genel mücbir sebep nedenleri yanında üretim paylaşım sözleşmesine özel mücbir sebep hükümlerine yer verilmesini istedikleri görülmektedir. Bu bağlamda, özellikle petrol şirketinin faaliyetlerinin ev sahibi devlet hükûmeti tarafından engellenmesi halinde ve bu ölçüde petrol şirketinin yükümlülüklerinden kurtulacağı bir mücbir sebep kategorisine yer verildiği görülmektedir. Ancak uygulamada bu durum daha çok sözleşme ihlali olarak nitelendirilebilecek sözleşme ile uyumlu olmayan eylemlerden ziyade, ev sahibi devletteki aşırı bürokrasiden kaynaklanan zaman

⁹⁹ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 3; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 10.

¹⁰⁰ İstikrar kaydının etkili olabilmesinin sözleşmede uygulanacak hukuka, tahkim yerine ve yatırım anlaşması korumasına bağlı olduğu ileri sürülmektedir: Emeka, J.N.: *Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, the International Lawyers, Y. 2008, Vol. 42, No. 4; s. 1317-1338.

¹⁰¹ Tiryakioğlu (Doğrudan Yatırımlar), s. 233-234.

¹⁰² Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s.10.

sınırlarının aşılması gibi eylemsizliklerin yol açtığı gecikmelerle sınırlı olmaktadır¹⁰³. Mücbir sebep ilgili, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında çoğu zaman mücbir sebep olarak nitelendirilebilecek olayları taraflardan birinin ediminin ifasının imkânsız hale gelmesi (*absolutely impossible*) aranmaktadır. Bununla birlikte, tarafların sözleşme ile edimin ifasını aşırı zorlaştıran (*very difficult*) veya aşırı derecede maliyeti artıran (*more expensive*) olayları da bu kapsama aldıkları görülmektedir¹⁰⁴.

Olağanüstü Durum: Devlet iç piyasada yaşanan bir arz sıkıntısı olması halinde talebin karşılanmasını sağlamak üzere petrol şirketinin üretim payını satın alma hakkını saklı tutabilir. Ancak uygulamada bu imkânı veren sözleşme hükmü söz konusu olduğunda, satın alma fiyatı taraflar arasında önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵.

En Çok Gözetilen Ulus Kaydı: Petrol şirketi, sözleşmelere koydukları hükümlerle, bölgede faaliyet gösteren diğer petrol şirketlerine verilen herhangi bir muafiyet veya özel imtiyazın kendisine eşit olarak uygulanmasını güvence altına almak istemektedir¹⁰⁶.

Uygunluk (Compliance): Petrol şirketi için, devlet şirketi ile sözleşmenin şartları üzerinde mutabakata vardıktan sonra sözleşmenin derhal bağlayıcı bir etkisinin olması önemlidir. Ancak, Rusya gibi bazı ülkelerde,

¹⁰³ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 4; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 11.

¹⁰⁴ Loftis/ Landicho/ Fraser, s. 604. Mücbir sebebe ilişkin değerlendirme için bkz. *NOC (Government of Libya) v Libyan Sun Oil Company*, MTO Tahkim No. 4462. https://www.trans-lex.org/204462/_icc-award-no-4462-yca-1991-at-54-et-seq-/.

¹⁰⁵ Hammerson, s. 50.

¹⁰⁶ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 4; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s.11.

sözleşmeler yürürlüğe girmeden önce bazı otoritelere kayıt olma veya bu otoritelerden onay alma zorunluluğu olabilir. Ev sahibi devletler, böyle bir durumdan yararlanmaya eğilimli olduklarından, böyle bir hüküm ile sözleşmeyi makul bir süre içinde onaylatmaya devleti zorlama yoluna gitmektedir¹⁰⁷.

Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü: Sözleşmenin yürütülmesi ve yorumlanmasında uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Çoğunlukla ev sahibi devlet hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilmektedir¹⁰⁸. Ancak, taraflar arasındaki güç dengesi bu konuda belirleyici olmaktadır. Yatırımcıyı ülkeye çekebilmek için, ev sahibi devletin yatırımcıyı teşvik etmesinin gerekli olduğu hallerde Devlet şirketi bu konuda daha esnek davranarak taviz verme yoluna gidebilir ¹⁰⁹.

Bu sözleşmelerde, yabancı petrol şirketleri, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, uluslararası kabul görmüş kurallar çerçevesinde bağımsız ve tarafsız tahkim kapsamında garanti altına almaya çalışmaktadır.

¹⁰⁷ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 5; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s.11. Azerbaycan ÜPA Ek 5'te de Hükümet bu konudaki yükümlülüklerini yerine getireceğini garanti etmektedir.

¹⁰⁸ Loftis/ Landicho/ Fraser, s. 594.

¹⁰⁹ Azerbaycan ÜPA'da Sözleşmenin, Azerbaycan Cumhuriyeti ve İngiliz hukukunun ortak hukuk ilkelerine göre yürütüleceği ve yorumlanacağı ancak uyuşmazlık konusunda hiçbir ortak ilkenin bulunmadığı hallerde Alberta'nın, (Kanada) kanunlar ihtilâfı kuralları hariç olmak üzere Anglo-Saxon hukuku ilkelerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin ayrıca *pacta sunt servanda*'nın uluslararası hukukî ilkesine tâbi olacağı belirtilmiştir. Katar ÜPA'da ise sözleşmenin Katar Devleti yasalarına uygun olarak yürütüleceği ve yorumlanacağı belirtilerek Katar Devleti'nin maddî hukukunun taraflar arasında ihtilâf bulunan belirli bir konuya veya noktaya değinmemesi veya açıkça Katar Devleti dışındaki yargı yerlerine atıfta bulunması halinde İngiltere ve Galler hukukunun sorunu çözmek için kullanılacağı düzenlenmiştir. Ancak, Katar Devleti hukuku ile İngiltere ve Galler hukuku arasındaki ihtilâf durumunda, Katar Devleti hukukunun geçerli olacağı belirtilmiştir.

Anlaşmazlıkların çözümünün yerel yargıya bırakılması, petrol şirketi için tehlikeli bir durum olarak kabul edilmektedir¹¹⁰.

Eğitim: Sözleşmelerde, petrol şirketinin ev sahibi ülkenin vatandaşlarını ciddî teknik ve belki de ticarî beceriler konusunda eğitmesi genellikle talep edilen bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum ev sahibi devletin bakış açısından anlaşmanın önemli bir yan ürünü olarak kabul edilmektedir¹¹¹.

Sonuç olarak, petrol kaynaklarını arama, üretme ve geliştirme kapsamında yapılan *upstream* sözleşmeleri yatırımcılar açısından ciddî yatırım, maliyet ve riskleri barındırmaktadır. Bir sonraki bölümde de anlatılacağı üzere¹¹² bu sözleşmeler ev sahibi devletler tarafından yatırım kapsamına alınarak uluslararası korumadan faydalanmaları sağlanmıştır. Özellikle, üretim paylaşım sözleşmeleri ve risk hizmet sözleşmeleri, devletin doğal kaynakların üzerinde denetimini sürdürmesini sağlayarak finans ve teknoloji transferi ile gelişmekte olan ülkelerde yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu sözleşmelerle hedeflenen, yapılan yatırımın yerel halk da olmak üzere tüm paydaşların yararına olmasıdır. Nitekim petrol kaynaklarının yenilenebilir olmaması ve çevre açısından yaratabileceği riskler de dikkate alındığında halk sağlığı, güvenliği ve çevrenin korunmasına ilişkin kapsamlı hükümler yatırım sözleşmeleri olan *upstream* sözleşmelerinde yer almaya başlamıştır.

¹¹⁰ Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 5; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s.11.

¹¹¹ Azerbaycan ÜPA'da yabancı petrol şirketinin Azerbaycan vatandaşlarını petrol operasyonları konusunda eğitim verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Jennings (Oil and Gas Production Contracts), s. 5; Jennings (Oil and Gas Exploration Contracts), s. 11.

¹¹² Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm s.80-83.

Son on yıldaki değişen dünya petrol arz ve talep dengesini yansıtan uluslararası petrol ve gaz piyasası fiyatlarındaki ivmelenmiş dalgalanmanın arama ve üretim sözleşmeleri ve mali rejimler üzerinde önemli bir etkisinin olması bu sözleşmelerde daha gelişmiş mali sistemlerin kullanılmasını gerektirmiş ve büyük fiyat dalgalanmaları durumunda âdil bir yürütümün sürdürülmesini sağlayacak mekanizmalar geliştirmiştir¹¹³. Ayrıca devlet petrol şirketi tarafından üretim payından yapılan satış ile ev sahibi ülkeye düzenli bir nakit akışı sağlamaktadır¹¹⁴.

2.2. *Midstream* (İşleme-Depolama-Taşıma) Sözleşmeleri

Midstream sözleşmeler, üretilen petrolün işlenmesi ve taşınması faaliyeti ile ilişkili olan sözleşmeler ve ayrıca bu petrolün olası depolanması ve sonrasında bir petrol projesinin yaşam döngüsüne uygulanan sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir¹¹⁵. Bu kapsamda *midstream* sözleşmeleri başlıca petrol yönetimi sözleşmeleri, işleme ve operasyon hizmetleri sözleşmeleri, boru hattı veya gemi ile taşıma sözleşmesi ve depolama sözleşmelerinden oluşmaktadır.

2.2.1. Doğal Gazın Depolanması

Doğal gazın depolanması doğal gaza olan arzın ve talebin örtüşmesini sağlayan ve satıcının yükümlülüklerini yerine getirmeme riskini yönetmek için önemli olan bir araçtır. Doğal gaz, uzun süreli depolama tesislerinde depolanmak üzere tuz katmanlarının suni mağara haline getirilmesi sonucu elde edilen depolama alanlarına veya tükenmiş petrol veya doğal gaz rezervlerine enjekte edilerek ve LNG'nin depolama tanklarında tutulma suretiyle depolanabilir. Genellikle *bullet*

¹¹³ Le Leuch, s. 129.

¹¹⁴ Hammerson, s. 50.

¹¹⁵ Roberts, Petroleum Contracts, s. 42.

storage olarak tanımlanan depolama türü ise, ani ve üst seviyede miktarlardaki (*peak demand*) doğal gaz taleplerine cevap vermeyi amaçlayan kısa vadeli depolama türüdür. Bununla birlikte en yaygın gaz depolama aracı, doğal gazı teslimat noktasına taşımak için kullanılan boru hattıdır; çünkü boru hattı tipik olarak alıcının günlük gereksinimini aşan miktarda doğal gaz bulundurmaktadır¹¹⁶.

2.2.2. Örnek Çalışma: Doğal Gaz Taşıma Sözleşmeleri (*Gas Transportation Agreements*) (GTA)

Doğal gaz nerde üretilmiş olursa olsun teslimat noktasına taşınması gerekmektedir. Genellikle doğal gaz rezervlerinin ticaretinde karşılaşılan en büyük sorun, doğal gazı ihtiyaç duyulan pazarlarla söz konusu rezervlerin bulunduğu yer arasındaki mesafenin uzun olmasıdır. Dolayısıyla söz konusu rezervlerden doğal gazın taşınması ek maliyet ve bazı karmaşıklıklara sebep olabilmektedir. Doğal gazın doğrudan tek bir boru hattı ve tek bir transit anlaşması yerine arada başka bir teslimat noktasına kadar taşınması ve sonrasında nihai teslimat noktasına kadar başka bir boru hattı ile taşınacak olması ek maliyet ve karmaşıklığın en çok karşılaşılan örneklerinden biridir. Sonuçta, boru hattının yapımına ilişkin maliyet ile birlikte doğal gazın maliyeti doğal gazın teslimat noktasına kadar taşınmasının ekonomisini oluşturmaktadır¹¹⁷.

Satıcı bir doğal gaz sahasının geliştirilmesini plânladığında ve doğal gazın alıcının teslim noktasına taşınmasıyla ilgili sorumluluğu üstlendiğinde, hali hazırda bir boru hattı da bulunmuyorsa satıcının iki seçeneği vardır: Ya doğal gazı

¹¹⁶ Roberts, P.: *Gas Sales and Transportation Agreements, Principles and Practice*, Second Edition, London 2008, s. 24-25.

¹¹⁷ Roberts, *Gas Sales and Transportation Agreements*, s. 16-17.

hedeflenen teslim noktasında teslim etmek için yeni bir boru hattı geliştirecek ve bu hatta sahip olacak ya da mevcut bir boru hattı boyunca doğal gazın taşınması için üçüncü bir tarafla anlaşmaya girecektir. Söz konusu durum, satıcının veya alıcının, doğal gazın satıcının gaz üretim tesislerinden alıcının doğal gaz alım tesislerine taşınması konusunda sorumlu olmaları halinde farklılık göstermeyecektir¹¹⁸.

İlk seçenek kapsamında, satıcı yeni bir boru hattı yapmayı seçerse boru hattının mülkiyetine de sahip olacaktır¹¹⁹. Böyle bir tercihin temel özelliği, satıcı boru hattının mülkiyetine sahip olduğu için, söz konusu hattın, satıcının gazı taşınması ve doğal gaz alım ve satım sözleşmelerinde yer alan miktarı taşıyabilecek kapasiteye sahip olmasıdır. Uygulamada, birkaç bitişik doğal gaz sahasında bulunan gaz satıcıları, yeni bir doğal gaz boru hattı inşa etmek için bir araya gelmektedir. Bu satıcı grubu, tüzel kişiliği olmayan bir ortak girişim aracılığıyla veya bir ortak girişim şirketi kurmak suretiyle boru hattını inşaa etme yolunu seçebilir. Bu durumda yeni kurulan şirket boru hattının mülkiyetine de sahip olmaktadır¹²⁰.

Boru hattı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmanın alternatifi, satıcının doğal gazın taşınması için mevcut bir boru hattı sahibiyle bir sözleşme yapmasıdır. Bu durumda, bir konvansiyonel doğal gaz taşıma sözleşmesinde taşıtan

¹¹⁸ Roberts, Gas Sales and Transportation Agreements, s. 181.

¹¹⁹ Rus doğal gaz şirketi Gazprom Belarus'a sattığı doğal gazın satıcısı olması yanısıra Belarus'taki doğal gaz boru hattının mülkiyetine sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pirani, S./Sharples, J./Yafimava, K./Yermakov, J.: *Implications of the Russia-Ukraine gas transit deal for alternative pipeline routes and the Ukrainian and European markets*, the Oxford Institute for Energy Studies, March 2020, s. 23.

¹²⁰ Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 182. TANAP boru hattı şirketinin doğal gazı satan satıcılardan farklı bir kişiliğe sahip olması gibi.

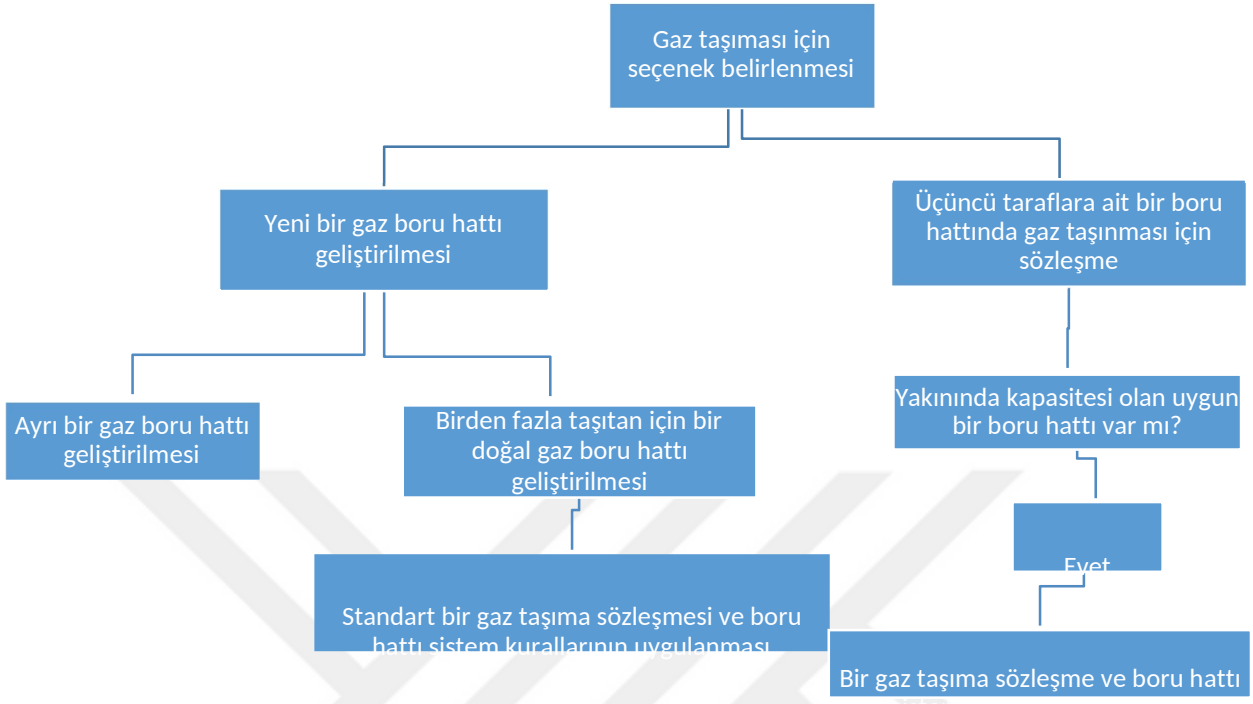
olarak hareket eden satıcı, boru hattının kapasitesinin bir kısmının kullanımı için taşıyıcı olarak hareket eden boru hattı sahibi ile gaz taşıma sözleşmesi imzalayarak taşıma hizmeti karşılığında bir tarife ve/veya kapasite rezervasyonu için ödeme yapmaktadır¹²¹.

Doğal gaz taşıma sözleşmelerinin tarafı olan taşıtanın (*shipper*) ve taşıyıcı (*transporter*) menfaatleri farklılık arz etmektedir. Taşıtan maliyet bazlı bir tarife yöntemi ile imzaladığı doğal gaz satım sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan kapasiteye sahip bir sözleşme talep etmektedir. Bu kapsamda taşıtan için boru hattında yeterli taşıma kapasitesine sahip olması ve ihtiyacı doğrultusunda kapasite değişimini talep edebilmesi önem arz etmektedir. Taşıyıcının taşıtan tarafından talep edilen doğal gazı taşıyamaması halinde taşıtanın tüm zararından sorumlu olması taşıtanın talep ettiği diğer bir husustur. Taşıyıcının özellikle kapasite rezervasyonu ve tarife konusunda diğer taşıtanlara göre ayrımcılık gözetmemesi taşıtanların müzakere ettikleri hususlar arasında yer almaktadır. Taşıyıcı ise sözleşme ile belirlenen tarifenin ve kapasite rezervasyonu bedelinin mücbir sebep gibi durumlarda dahi ödenmesini, tüm taşıtanların taleplerini yerine getirebileceği yönetilebilir bir teslimat rejimini ve taşıma yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde sorumluluğunu özellikle dolaylı zararlara karşı sınırlandıran açık bir sorumluluk hükmünü talep etmektedir¹²².

¹²¹ Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 181.

¹²² Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 31-32; Trans Atlantic Pipeline (TAP) şirketinin taslak taşıma anlaşmasında yer alan tarife ödenmesi, mücbir sebep ve sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler için bkz. https://www.tap-ag.com/assets/07.reference_documents/english/Market%20Test/Draft%20Gas%20Transportation%20Agreement.pdf.

Özet Tablo¹²³



Daha sonraki bölümlerde verilen bilgi ve yapılacak değerlendirmeleri kolaylaştırmak amacıyla boru hattı ile doğal gaz taşıma sözleşmelerinin temel hükümlerine aşağıda yer verilmektedir ¹²⁴:

Tanımlar ve yorumlama: Sözleşmede kullanılan terimlerin tanımları yer almaktadır.

Taraflar: Bir doğal gaz alım ve satım sözleşmesinin taraflarından biri doğal gazı taşıtan, diğeri ise doğal gazı taşıma hakkına sahip olan taşıyıcıdır. Taşıyıcı boru hattının sahibi ya da boru hattı üzerinde taşıma hakkına sahip olan

¹²³ Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 181.

¹²⁴ Örnek bir taşıma sözleşmesi için bkz. AIPN Model Gas Transportation Agreement <https://www.aipn.org/forms/store/ProductFormPublic/gas-transportation-agreement>; Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 537 vd.

kişi olup, gazı bir noktadan kabul edip taşımak ve belirlenen diğır noktada teslim etmekle sorumludur.

Sözleşmenin Amacı ve Kapsamı: Sözleşmenin amacı, genellikle tarafların taşıma hizmeti ile ilgili olarak hak ve yükümlölüklerinin belirlenmesidir.

Koşullar: Sözleşmenin yürürlüğe giriş koşulları olarak ortaya konmaktadır.

Başlangıç Tarihi: Sözleşme kapsamında taşıma hizmetinin başlayacağı tarih tanımlanmaktadır. Burada genellikle taşıma hizmetinin başlayacağı en son tarih belirlenir; bu tarihten önce başlama ihtimaline karşı tarihleri daraltma yönünde pencere mekanizması-dönemi (*window period*) olarak bilinen bir sistem oluşturulmaktadır.

Kapasite Rezervasyonu: Sözleşme süresi boyunca yıllık ve günlük rezerve kapasite miktarları, giriş ve çıkış noktalarının konumları tanımlanmaktadır.

Tesislerin Yapımı, Bakımı ve Uygunluğu: Taşıyıcı şirketin doğal gaz boru hattının yapımı, bakımı, işletimi sorumlulukları sıralanmakta, boru hattının hangi standart ve kurallara uygun olması gerektiği belirtilmektedir. Taşıyıcının diğır boru hattı operatörleriyle bağlantı anlaşması ve karşılıklı işletme anlaşması imzalama yükümlölüğü de bu hükümler arasında yer almaktadır.

Taşıma Hizmetleri: Taşıyıcının taşıma hizmeti kapsamındaki günlük ve yıllık rezerve kapasiteyi sunma, giriş noktasında doğal gazı teslim alma, çıkış noktasında doğal gazı taşıtana teslim etme, ölçüm ve tahsisat gibi yükümlölüklerini içermektedir.

Taşıtanın Yükümlülükleri: Taşıtanın ödeme, giriş noktasında doğal gazı teslim etme, çıkış noktasında teslim alma, boru hattı içerisinde asgarî ve azamî stok miktarlarına dikkat ederek doğal gaz bulundurma ve satıcıya günlük, aylık, üç aylık ve yıllık dönemler için taşınmasını talep ettiği gaz için bilgilendirme yükümlülükleri sıralanmaktadır.

Tarife Belirlenmesi ve Genişleme: Taşıtan tarafından ödenecek tarifenin nasıl belirleneceği düzenlenmektedir. Tarifenin değişme şartları da bu hükümde yer almaktadır. Kapasitenin artırılması ve yeni taşıtanlar eklenmesi halinde tarifiede yapılacak değişikliklerin yöntemi açıklanmaktadır. Taşıtan başka taşıtanlara karşı kendisine eşit muamele yapılmasını talep ediyorsa bununla ilgili hükümlere de yer verilmektedir.

Tarife Ödemeleri: Taşıtanın aylık tarife bedelini nasıl ödeyeceği ve tarifiede hangi hallerde kesinti yapılacağı düzenlenmektedir. Tarife ödenmesine ilişkin hüküm, taşıtanın ödeme yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sonuçlarını da kapsamaktadır.

Faturalandırma: Fatura dönemleri, ihtilâflı faturalar için izlenecek yol ve ödeme süreleri belirlenmektedir.

Miktar Bildirimi ve Âtıl Kapasitenin Kullanımı: Taşıtan tarafından günlük miktar bildirimlerinin nasıl yapılacağı ve günlük âtıl kapasite olması halinde taşıtanın bunu nasıl kullanabileceği düzenlenmektedir.

Devreye Alma Gazı, Hat Dolum Gazı ve Boru Hattı Stoku: Boru hattının devreye alınması için gerekli doğal gazın ve hat dolum gazının temini düzenlenmekte ve boru hattı stokunun nasıl hesaplanacağı belirtilmektedir.

Ölçüm, Yakıt Gazı, Tahsisat: Ekipmanlarda kullanılacak yakıt gazının hangi oranda hangi tarafça karşılanacağı, ölçümün taşıtan tarafından hangi prensiplere göre yapılacağı ve çıkış noktalarında uygulanacak tahsisat yöntemi belirlenmektedir.

Kalite Değerleri: Taşıtanın giriş noktasında teslim ettiği ve taşıyanın çıkış noktasında teslim ettiği doğal gazın belirli kalite değerlerine uygun olması gerektiği belirtilmekte ve kalite değerlerinin belirlenen değer aralığında olmamasının sonuçları yer almaktadır.

Mücbir Sebep: Sözleşme kapsamında hangi hallerin mücbir sebep sayılacağı sıralanmakta, mücbir sebep hallerinde tarafların yükümlülükleri belirlenmektedir. Alıcı ve satıcıya ait mücbir sebep halleri ayrı maddeler halinde sıralanmaktadır.

Bakım Dönemleri: Boru hattının periyodik bakımına ilişkin hususlar düzenlenmektedir.

Mülkiyet ve Risk: Boru hattında doğal gazın mülkiyetinin hangi noktalarda taraflara geçeceği ve gaza ilişkin zararlardan tarafların hangi andan itibaren sorumlu olacakları belirtilmektedir.

Sorumluluk: Sözleşme kapsamında tarafların sorumluluklarının sınırlandırılması düzenlenmektedir. Genellikle tarafların dolaylı zararlardan sorumlu olmayacağı, kasıtlı davranış ve sahtekârlık durumlarında sorumluluğun sınırlandırılmayacağı belirtilmektedir. Taraflar, sorumluluğun sınırlandırılması açısından bir limit koymak isterlerse veya sözleşmede belirlenenler dışında başka zarar kalemleri istenmiyorsa bunun da açıkça yazılması gerekmektedir.

Fesih: Sözleşmenin süresi, erken fesih koşulları, taraflardan birinin kusuru nedeniyle fesih halinde diğer tarafın tazminat hakkı ve fesih prosedürü belirlenmektedir.

Garanti ve Müeyyideler: Tarafların birbirlerine karşı beyanları, taahhüt ve tekeffül ettikleri hususlar sıralanmaktadır.

Transfer: Tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini hangi koşullarda ve nasıl devredebilecekleri düzenlenmektedir.

Bildirimler: Tarafların bildirimleri hangi şekillerde ve hangi adreslere yapması gerektiği belirtilmektedir.

Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü: Sözleşmenin esasına hangi hukukun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yol sözleşmelerde ayrı bir kayıt olarak yer almaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için kurumsal tahkim yolunun tercih edilmesi halinde hangi kurumsal tahkim kurallarına göre uyuşmazlığın çözüleceği de belirtilmektedir. Taşıma sözleşmeleri genellikle birden çok ülkeyi ilgilendirdiği için, uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkim yolunun tercih edildiği görülmektedir.

2.3. Downstream (Satım) Sözleşmeleri

Üretilen petrolün ticareti, ham petrol, doğal gaz veya sıvılaştırılmış doğal gaz satım sözleşmeleri ile gerçekleştirilmektedir. *Downstream* sözleşmeleri ham petrol satım sözleşmeleri, doğal gaz satım sözleşmeleri ve LNG satım sözleşmelerinden oluşmaktadır. *Downstream* sözleşmeleri petrol projelerinde en son halka olsa da bu sözleşmeler petrol üretimine ilişkin *upstream* ve taşınmasına ilişkin *midstream* sözleşmeler ile bağlantılı olup karmaşık hükümler içermektedir.

Bu nedenle yaygın ticaretlerine rağmen standart bir sözleşme örneği olmayıp üretici ve ticareti yapan şirketlerin kendi sözleşme örnekleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, Milletlerarası Petrol Müzakerecileri Birliği¹²⁵ uzun süreli doğal gaz satımına ilişkin örnek bir sözleşme formu, LNG satışına ilişkin ise bir çerçeve sözleşme¹²⁶ örneği hazırlamıştır¹²⁷.

2.3.1. Sıvılaştırılmış Doğal Gaz (*Liquefied Natural Gas*-LNG)

Satım Sözleşmeleri

Sıvılaştırılmış doğal gaz, doğal gazın -161 °C'de (derece santigrat) soğutularak sıvı formda gemilerle taşınması ile ticareti yapılan doğal gaz türüdür. Genel olarak rezerv sahibi ülkenin satışın yapılacağı pazarlarla boru hattı bağlantısının olmadığı hallerde kullanılmaktadır. LNG, LNG kabul terminallerinde gazlaştırılarak boru hattı sistemine gaz olarak enjekte edilmektedir. Bu kapsamda yükleme terminalinde doğal gazın sıvılaştırılması, gemilere yüklenmesi ve sonrasında varış terminalinde gazlaştırma işlemlerinin yapılarak boru hattına gaz olarak verilmesi için ciddi yatırımlara ihtiyaç duyulmaktadır. Yatırımların finansmanı için LNG satım sözleşmeleri genellikle 20 yıl gibi uzun süreli

¹²⁵ Bkz. yuk. dn. 57.

¹²⁶ *Master Agreement* olarak adlandırılan çerçeve sözleşmeleri LNG satışına ilişkin bir sözleşmede yer alan fiyat ve teslimat hükümleri dışında diğer hükümleri içeren sözleşmelerdir. Kısa süreli veya arz açığının kapatılmasına yönelik spot piyasadaki anlık alımlar için kullanılmaktadır. Spot piyasa, anında enerji satışı ve teslimatı için gerçek zamanlı bir emtia piyasasıdır. Spot piyasalar, günler ile haftalar arasında bir zaman ölçeğinde işletildikleri doğal gaz ve zaman ölçeğinin birkaç dakika kadar küçük olabileceği elektrik piyasası için mevcuttur. Spot piyasalarda enerji için nokta bir pazar yeri yoktur. Spot piyasalar, işlemleri gerçekleştirmek için altyapının bulunduğu her yerde faaliyet gösterebilir. Eskiden fiziksel olarak belirli mekanlarda yürütülen spot pazarların çoğu artık internet üzerinden işletilmektedir: Glossary of Terms Used in the Trading of Oil and Gas, Utilities and Mining Commodities,

<https://www.pwc.com/gx/en/energy-utilities-mining/pdf/eumcommoditiestradingriskmanagementglossary.pdf>.

¹²⁷ Bkz. <https://www.aipn.org/model-contracts/>.

yapılmaktadır. Bununla birlikte kısa süreli sözleşmeler veya spot sözleşmelerle¹²⁸ de LNG satımı yapılmaktadır.

LNG satım sözleşmelerinde risk ve hasarın ile mülkiyetin satıcıdan alıcıya geçtiği teslimat noktası ve taşıma şartlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Risk ve hasarın alıcı ve satıcı arasında paylaşılması genel olarak MTO (Milletlerarası Ticaret Odası) tarafından yayınlanan INCOTERMS¹²⁹ Kurallarına göre yapılmaktadır. FOB (*Free On Board*- Gemide Masrafsız) teslim söz konusu olduğunda LNG'nin gemi ile taşınması alıcının sorumluluğunda olmakta, hasar ve mülkiyet LNG'nin gemiye yüklendiği anda satıcıdan alıcıya geçmektedir. Bu teslim şeklinde satıcı LNG'yi yükleme limanında alıcıya teslim ettiği için alıcı sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece LNG'yi istediği pazarlara teslim edebilmektedir. DAT (*Deliverd At Terminal*- Terminalde Teslim) teslimde ise LNG'ye ilişkin taşıma sözleşmesi satıcının sorumluluğunda olup LNG boşaltım terminalinde alıcıya teslim edilmekte risk, hasar ve mülkiyet bu terminalde satıcıdan alıcıya geçmektedir.

LNG satımlarında genel olarak LNG'nin alıcı tarafından satıcının rekabet ettiği pazarlara satılmasını engellemek için sözleşmelerde belirli bir terminale teslimini öngören ve *destination clause* olarak adlandırılan hükme yer verilmektedir.

¹²⁸ Spot LNG satımları çerçeve sözleşmeler kapsamında yapılmaktadır. Bkz. yuk dn. 126.

¹²⁹ International Commercial Terms. INCOTERMS Kuralları MTO tarafından malların satımına ilişkin ticari terimleri içeren kurallardır. 2020 yılında Kuralların yeni versiyonu yayınlanmıştır. Bkz. <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>.

2.3.2. Örnek Çalışma- Boru Hattı ile Doğal Gaz Satım Sözleşmeleri

Doğal gaz satım sözleşmeleri satıcının doğal gazı teslimat noktasında hazır halde bulundurma yükümlülüğüne karşılık alıcının hazır bulundurulan gazın bedelini ödeme yükümlülüğünü içeren sözleşmelerdir. Doğal gaz satım sözleşmeleri, sözleşmede belirli dönemler için belirlenen doğal gazın alım ve satımına ve tarafların üstlendikleri risklere ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. Sözleşmelerde özellikle miktar ve fiyat riskinin taraflar arasında dengeli bir şekilde paylaşılması önem arz etmektedir. Doğal gazın fiyatı belirli bir teslim noktasında belirlenen fiyattır. Teslim noktasına kadar, genellikle doğal gazın üretimi, taşınması ve teslimine ilişkin masraflar satıcı tarafından karşılanarak fiyata yansıtılmaktadır. Öte yandan, alıcı miktar riskine katlanmak zorundadır ki bu durum ‘al ya da öde’ (*take or pay*)¹³⁰ hükmü olarak sözleşmelerde yer almaktadır. Dolayısıyla satıcı üretim ve fiyat riskine katlanırken alıcı doğal gaz için ilgili pazara ilişkin riskler ile miktar riskini üstlenmektedir. Bu kapsamda özellikle satıcı doğal gaz alım sözleşmesi imzalanmadan doğal gaz üretimine ilişkin yatırım yapmayacak veya transit anlaşması imzalamayacaktır.

Doğal gaz satım sözleşmeleri doğal gazın ticarete konu olmasında yatırım projesinin önemli bir bileşenidir. Bu kapsamda alıcı ve satıcının projenin tüm bileşenlerini dikkate alması ve doğal gaz satım sözleşmesi ile sahip olunan hak

¹³⁰ Sözleşmelerde ‘al ya da öde’ hükmü genellikle “Sözleşmede yer alan hükümlere tâbi olarak Satıcı, Alıcıya doğal gazı satma ve teslim etme ve Alıcı doğal gazı Satıcıdan satın almayı ve teslim almayı kabul eder. Alıcı hazır olan gazı almazsa kararlaştırılmış bir gaz miktarı için ödeme yapar” şeklinde yer almaktadır. İngilizcesi “*Subject to the terms and provisions hereof, Seller agrees to sell and deliver to Buyer and Buyer agrees to purchase and receive from Seller, or if available and not taken, pay for that quantity of pipeline gas [an agreed amount of gas]*” şeklinde yer almaktadır. Bkz. McArthur, J.B.: *The Take-or-Pay Crisis: Diagnosis, Treatment, and Cure for Immorality in the Marketplace*, New Mexico Law Review, Y. 1992, Vol. 22, Issue 2, s. 358.

ve sorumlulukların da projenin diğer bileşenleri ile eşleştirilmesi gerekecektir. Bu kapsamda, alıcı doğal gaz satım sözleşmesinde yer alan hükümler ile kendisinin tedarikçi olduğu başka bir satım sözleşmesinde yer alan riske ilişkin hükümleri eşleştirmeye çalışacaktır. Alıcının, doğal gazı elektrik üretimi için hammadde olarak satın alması ve sonrasına alıcının üretilen enerjinin satın alınması için bir sözleşme imzalanması halinde de iki sözleşmenin hükümlerinin eşleştirilmesi önem arz edecektir. Bu durumda, örneğin, mücbir sebep olarak tanımlanan hallerin her iki olayda da benzerlik göstermesi riskin yönetilmesi açısından önem kazanacaktır¹³¹

Aynı şekilde, satıcının LNG satın alması ve sonrasında LNG'yi gazlaştırarak başka bir alıcıya satması halinde LNG sözleşmesi ile doğal gaz satım sözleşmesinin şartlarının eşleşmesi önem arz etmektedir. Benzer eşleşme, özellikle sözleşmelerin başlangıç tarihlerinin ve yükümlülüklerin örtüşmesi bağlamında doğal gaz satım sözleşmesi ile gazın taşıma sözleşmesinde de yapılmaktadır¹³².

Doğal gaz taşıma sözleşmelerinde olduğu gibi doğal gaz satım sözleşmesi görüşmelerinde de tarafların sözleşme hükümlerine ilişkin beklentileri farklılık göstermektedir. Satıcı doğal gazın düzenli bir şekilde alınmasını ve karşılığında ödemenin yapılmasını beklemektedir. Sözleşmelerde bu durum alıcının 'al ya da öde'¹³³ yükümlülüğü olarak yansıtılmaktadır. Satıcı ayrıca kendisi açısından yönetilebilir bir teslimatı (*manageable deliverability*) talep etmektedir. Satıcı, alıcının taahhüt ettiğinden daha az ve daha fazla gaz çekmesine yönelik de koruma talep ederek düzenli bir doğal gaz çekişi rejimini garanti altına almak

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hays, P.: *The Impact of Force Majeure on the Oil and Gas Supply Chain*, Energy Law Exchange, September 13, 2017.

¹³² Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 27.

¹³³ Bkz. yuk. s. 53.

istemektedir. Satıcı ayrıca doğal gazın talep edilenden az veya taahhüt edilen kalite değerlerini karşılamaması halinde sorumluluğunun sınırlandırılmasını talep etmektedir¹³⁴.

Alıcı ise teslimat yılı içerisinde doğal gazın teslimatının operasyonel ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde olmasını, esnek bir ‘al ya da öde’ yükümlülüğü ile süre sınırı olmayan bir telafî hakkı¹³⁵ talep etmektedir. Doğal gaz taleplerinde alıcının günlük ihtiyaçlarını karşılayacak bir teslimat rejimiyle alıcının taahhüdünün altında veya üzerinde doğal gaz alımının cezalandırılmaması alıcı için pazarlık konusu olan husustur. Ayrıca, satıcının alıcının talebi doğrultusunda doğal gaz teslimatını kalite değerleri ve miktar açısından hiç veya gereği gibi yapmaması halinde alıcının zararlarının karşılanması alıcılar tarafından talep edilmektedir. Esnek bir fiyatlandırma ve sözleşmenin imzalanmasından sonra değişen ekonomik şartların dikkate alınması alıcılar için önem arz eden diğer hususlardır¹³⁶.

Uzun dönemli doğal gaz alım satım sözleşmeleri temel olarak aşağıdaki hükümleri içermektedir¹³⁷:

Taraflar: Doğal gazın tedarikçisi olan satıcı ile alıcıya ilişkin bilgilere sözleşmenin giriş kısmında yer almaktadır.

Tanımlar: Sözleşme metninde kullanılan terimlerin tanımlandığı kısımdır.

¹³⁴ Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 30.

¹³⁵ Bkz. a.ş. s. 57.

¹³⁶ Roberts (Sales and Transportation Agreements), s. 30-31.

¹³⁷ Örnek bir doğal gaz satım sözleşmesi ve hükümleri için bkz. Cohen, G.: Long Term Gas Contracting, Terms, Definitions, Pricing, <https://www.iene.eu/articlefiles/Long-Term%20Gas.pdf> ; Roberts (Gas Sales and Transportation Agreements), s. 404 vd.

Sözleşmenin Amacı: Sözleşmenin yapılış amacını ortaya koyan, satıcının doğal gazı teslim etme, alıcının ise doğal gazı teslim alma ve ödeme yükümlükleri belirtilerek taraflar arasında kurulan ticarî ilişki tanımlanmaktadır. Ayrıca sözleşme kapsamında ticareti yapılacak yıllık azamî doğal gaz miktarı belirlenmektedir.

Kalite: Sözleşme kapsamında satıcı tarafından teslim edilecek doğal gazın kimyasal bileşenleri, basınç, sıcaklık gibi kalite değerleri tanımlanır ve bu kalite değerlerinden sapma yaşanması halinde alıcının gazı reddetme ya da kabul etme hakkı ve kabul edilmesi halinde uygulanacak indirim gibi hususlar düzenlenmektedir.

Teslimat Noktası: Doğal gazla ilişkin hak ve yükümlülüklerin satıcıdan alıcıya geçtiği yer yani teslimat noktası tanımlanır. Ayrıca teslimat noktasının öncesinde ve sonrasında doğal gazın kaybindan doğacak sorumluluk, vergiler, doğal gazla ilişkin talepler gibi hususlardan hangi tarafın sorumlu olduğu belirlenmektedir.

Teslimatın Başlangıcı: Doğal gaz teslimatlarının başlayacağı tarih belirlenmektedir. Başlangıç tarihi belirli bir tarih olarak saptanabileceği gibi teslimatın başlayabileceği en son bir tarih belirlenerek bu tarihten önce başlamaya olanak verecek bir pencere mekanizması da uygulanabilmektedir. Ayrıca teslimatta gecikme olması durumunda uygulanacak cezai yaptırım ya da başlangıç tarihinden belirli bir süre sonra teslimatın başlamamış olması halinde doğacak fesih hakkı düzenlenmektedir.

Alım Satım Yükümlülükleri: Günlük ve yıllık sözleşme miktarları ile ‘al ya da öde’ yükümlülüğü olan asgarî alım taahhüdü belirlenmektedir. Ayrıca alıcı tarafından bir yıl içerisinde asgarî alım taahhüdü miktarındaki doğal gaz alınamaz ise uygulanacak asgarî ödeme ve telafi mekanizmaları belirlenmektedir.

‘Al ya da öde’ yükümlülüğü ile ilgili hükümlerin amacı, doğal gazın üretimi ve satışına ilişkin riskleri alıcı ve satıcı arasında paylaşmaktır. Satıcı üretim riski yanında fiyat riskini taşımaktadır. Satıcının üstlendiği bu riske karşılık alıcı da asgarî miktarda gaz almayı, almadığı takdirde ise bedelini belirli oranda ödeme yapmayı kabul etmekte ve bedeli ödenen ancak alınamayan gaz sonraki yıllarda yıllık olarak belirlenen miktara ilave olarak alınarak telafi (*make up gas*) edilmektedir. Bu kapsamda alıcı piyasa talebi riskini taşımaktadır. ‘Al ya da öde hükmü’ ile gaz talebi düşse dahi satıcının her yıl teslimatı kararlaştırılan sözleşme miktarı kadar doğal gazı alması mümkün kılınmaktadır¹³⁸.

Fiyat ve Fiyat Revizyonu: Fiyat genellikle petrol ve petrol ürünlerine dayalı belirli bir formüle dayanmaktadır. Gazın gaz ile rekabetinin söz konusu olduğu pazarlarda ise fiyat genellikle ilgili pazarda geçerli olan *hub*¹³⁹ fiyatına endekslidir.

Fiyat revizyonu ise bu maddede yer alan ve genellikle alıcının pazarında meydana gelen değişikliklere atıf yapan belirli durumların oluşması halinde periyodik dönemlerde taraflardan herhangi birine fiyat değişikliğini talep

¹³⁸ McArthur, *The Take-or-Pay Crisis*, s. 358-360.

¹³⁹ *Hub* fiyatlama gazın gazla rekabetinin söz konusu olduğu piyasalarda veya spot piyasalarda doğal gaz için geçerli fiyatlandırmadır. Ulusal Dengeleme Noktasının (*National Balancing Point-NBP*) Birleşik Krallıklar’da doğal gaz için sanal bir ticaret yeri olarak ortaya çıkmasıyla İngiltere doğal gaz için fiziksel olmayan sanal bir merkez yarattı. Bu model Belçika (*Zeebrugge*), Hollanda (TTF), Fransa (PEG), Almanya (NCG ve GPL), İtalya (PSV) ve diğer piyasalar tarafından takip edilmiştir. Günümüzde çoğu Avrupa ülkesinde, gaz *hub* fiyatlandırmasına göre satın alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://energypost.eu/hub-based-pricing-reshaping-eu-gas-market-even-spain/>.

etme hakkı vermektedir. Bu hükümler ile amaçlanan, sözleşmenin imzalanması sırasında taraflar arasında ekonomik dengenin sözleşme süresi boyunca korunmasını sağlamaktır (*restoring economic balance*). Sözleşmelerde fiyat revizyonuna ilişkin hükümlerin esas itibariyle dört aşamadan oluştuğu görülmektedir: Fiyat revizyonunu gerekli kılan şartlarının oluştuğuna ilişkin tetikleyici unsur (*trigerring*), bildirim yapma (*notice*) yükümlülüğü, müzakere etme (*negotiation*) yükümlülüğü ve mutabakat sağlama veya sağlanamaması halinde tahkim yoluna başvurma¹⁴⁰.

Mülkiyet ve Risk: Boru hattında doğal gazın mülkiyeti genellikle teslimat noktası olarak belirlenen noktada satıcıdan alıcıya geçmektedir. Bu kapsamda hasar ve riskin geçeceği noktada teslimat noktası olarak belirlenmektedir.

Sorumluluğun Sınırlandırılması: Genellikle tarafların dolaylı zararlardan sorumlu olmayacağı, kasıtlı davranış ve sahtekârlık durumlarında sorumluluğun sınırlandırılmayacağı belirtilmektedir.

¹⁴⁰ Örnek bir fiyat revizyonu hükmü “sözleşme imzalandıktan sonraki herhangi bir zamanda tarafların kontrolü dışında meydana gelen değişiklikler nedeniyle tarafların imza aşamasındaki makul beklentileri ile karşılaştırıldığında ekonomik koşulların önemli ölçüde değişmesi ve sözleşme fiyatının değerinde bir azalma olması halinde taraflardan her birine fiyat revizyonu talep etme hakkı tanınmaktadır. Tarafların âdil ve hakkâniyete dayanan bir revizyon üzerinde altı aylık bir süre içerisinde anlaşamamaları halinde konu tahkime sunulabilecektir” şeklinde *Gas Natural Aprovevisionamientos v Atlantic LNG Co. of Trinidad Tobago* arasındaki fiyat revizyonu tahkiminde gündeme gelmiştir. Bkz. WL 4344525 (Southern District of New York 2008), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1055&opac_view=6. Ayrıca, Enerji Şartı Sekreterliğinin petrol ve doğal gaz sözleşmelerinde fiyat mekanizmasına ilişkin raporunda gösterge niteliğinde yer alan fiyat revizyonu hükmü genel olarak doğal gaz sözleşmelerinde yer alan fiyat revizyon hükümlerini yansıtmakta olup sözü edilen dört aşamayı da içermektedir. Bkz. Energy Charter Secretariat, Putting a Price on Energy, International Pricing Mechanism for Oil and Gas, 2007 https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Oil_and_Gas_Pricing_2007_en.pdf.

Ölçüm ve İşletme Anlaşması: Ölçüm istasyonunun konumu belirlenmekte ve tarafların ölçüm ve teknik hususları düzenleyecek bir işletme anlaşması yapacakları belirtilmektedir.

Teslimat ve Kabul: Günlük teslimat ve kabul raporlarının düzenlenme usulü belirlenmektedir.

Faturalandırma ve Ödeme: Sözleşme kapsamında teslim edilen doğal gazın satıcı tarafından faturalandırma ve alıcı tarafından ödeme usulleri belirlenir.

Mücbir Sebep: Mücbir sebep taraflarca öngörülemeyen, kaçınılamayan ve kontrolleri dışında gerçekleşen olaylar nedeniyle sözleşmenin geçici veya sürekli olarak imkânsızlaştıran hallerdir¹⁴¹. Dolayısıyla doğal gaz sözleşmelerinde de mücbir sebep halleri sözleşmede yer alan yükümlülükleri askıya alan veya sonlandıran haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Mücbir sebep hükümleri, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetme ve belirli durumlarda borcu ifa etme yükümlülüğünden kurtarmaktadır¹⁴².

Sözleşme kapsamında mücbir sebep sayılacak haller sıralanır ve mücbir sebebe dayanan tarafın izlemesi gereken bildirim prosedürü belirlenir. Genellikle alıcı ve satıcı için mücbir sebep halleri ayrı maddeler halinde sıralanmaktadır.

Aşırı ifa güçlüğü (Hardship) Doğal gaz satım sözleşmelerde yer alan aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümler de mücbir sebep gibi taraflardan birinin değişen koşullar nedeniyle edimin ifasında uğradığı zararın azaltılmasını amaçlamaktadır. Aşırı ifa güçlüğü söz konusu olduğunda, sözleşmenin uyarlanması veya sona

¹⁴¹ Peter, s. 235.

¹⁴² Strohbach, H.: *Force Majeure and Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration: The East-German Approach*, Journal of Int. Arbt., Y. 1984, Vol. 1 No. 1, s. 40.

endirilmesi sonuçları ortaya çıkmaktadır, sözleşmelerin bazılarında bu sonuçlarla ilgili düzenlemelere rastlanmaktadır.

Devir: Tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerinin nasıl devredileceği yer almaktadır.

Genel Koşullar: Sözleşmede değişikliklerin nasıl yapılacağı, sözleşmenin bütünlüğü ve garantiler gibi hükümler bulunmaktadır.

Yürürlük Koşulları: Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için ön koşullar belirlenmektedir.

Bildirimler: Tarafların adres ve iletişim bilgileri belirtilerek taraflar arasında bildirimlerin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir.

Uygulanacak Hukuk: Sözleşmenin uygulanmasına ve yorumuna uygulanacak hukuk kuralları belirlenmektedir. Taraflar genellikle üçüncü bir ülke hukukunu seçmektedirler. LNG sözleşmeleri söz konusu olduğunda İngiliz hukukunun yaygın olarak taraflarca seçildiği görülmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümü ve tahkim: Taraflar, uyuşmazlık durumunda tahkim yoluna başvurmayı tercih etmektedirler. Yaygın olarak Milletlerarası Ticaret Odası tahkim kuralları kapsamında tahkim öngörülmele birlikte Stockholm ve Londra tahkim kuralları da taraflarca kararlaştırılmaktadır.

Vergiler: Tarafların vergi yükümlülükleri belirlenir.

Fesih: Sözleşmenin hangi koşullarda ve nasıl feshedileceği belirtilir.

Uzman: Sözleşmede ölçüm gibi bazı teknik konuların tahkim yoluna gitmeden uluslararası uzman vasıtasıyla çözülmesi öngörülmektedir. Tarafların

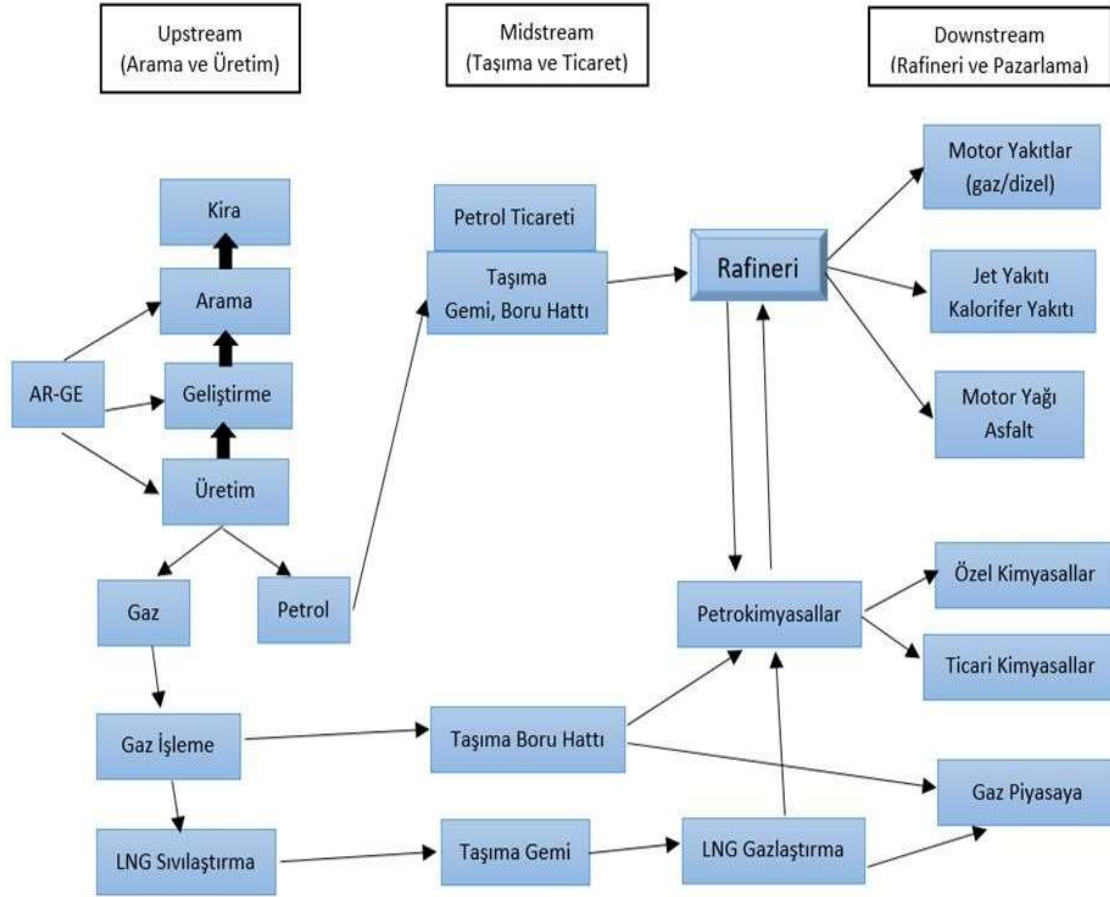
mutabakatına göre uzman kararı kesin olabilmekte ve uzman kararına karşı yargı yoluna gidilemeyeceği düzenlenebilir.

Tesisler: Doğal gaz teslimatları için alıcı ve satıcının yaptıracakđı ve işleteceği tesisler tanımlanmaktadır.

Anlaşmalı Bakım Onarım: Her yıl sınırlı bir süre içerisinde tarafların tesislerinde yapılan bakım ve onarımlara ilişkin hususlar düzenlenmektedir.

Süre: Sözleşmenin süresi ve süre uzatımının nasıl yapılacağı belirlenmektedir.

Özet Tablo¹⁴³



¹⁴³ Inkpen, A./Moffett, M.: The Global Oil and Gas Industry: Management, Strategy and Finance, PennWell Books, Oklahoma 2011, s. 21.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI KAPSAMINDA

UYGULANACAK HUKUK

3. 1. Enerji Projelerini Tehdit Eden Riskler

Enerji projeleri tipik olarak uzun dönemli olup yüksek sermaye içermektedir. Geleneksel enerji projeleri petrol ve doğal gaz çıkarma tesisatları, açık deniz platformları, rafineriler, enerji üretim tesisleri, boru hattı ve iletim ağı, gemi ile taşımada kullanılan terminalleri içeren çok kapsamlı ve maliyetli projeler olup inşaları uzun yıllar almaktadır. Bu projeler teknik ve yasal boyutta ciddi bir planlamayı, finansman düzenlemelerini gerekli kılmaktadır; hatta projenin birden çok ülkeyi ilgilendirmesi halinde hükûmetler arası iş birliği ile ilgili ülkelerin her birinin çevre ve arazi kullanımı da dahil yasal ve idarî düzenlemelerine uymayı gerektirmektedir. Petrol ve doğal gaz projeleri, keşif, ticaret, finansman, teknik, yönetim ve çevre ile ilgili risklerin yanı sıra doğal afetlerin de yoğun olarak tehdidi altındadır¹⁴⁴.

Petrol ve doğal gaz projeleri, büyüklüğü, karmaşıklığı ve uzun ömürlü olmaları nedeniyle politik risklere de maruz kalabilir. Örneğin, ev sahibi devletteki politik gelişmelerin, projenin ekonomik temellerini çökertme ihtimali göz ardı edilmemez. Politik riskin en yaygın türü, yabancı sermayeli varlıklara, kamulaştırılma (*expropriation*) veya millileştirme (*nationalization*) gibi yollarla el atılmasıdır (*taking*). Daha az rastlansa da potansiyel olarak eşit derecede yıkıcı

¹⁴⁴ Blyschak, s. 585.

politik risk örnekleri de bulunmaktadır. Bunlar üretim, geliştirme ve hizmet sözleşmelerinin ev sahibi devlet tarafından yeniden pazarlık konusu edilmesidir. Politik riskin başka isimler altında ortaya çıktığı durumlar ise genellikle sermaye ve döviz gelirinin transferi ile ilgilidir¹⁴⁵.

Uluslararası yatırım hukuku yatırımların karşı karşıya kalabileceği bütün risklere karşı koruma sağlamamaktadır. Koruma esasen politik riskleri kapsamakta olup, örneğin ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi, uluslararası asgarî standarda uygun muamele, âdil ve hakkâniyete uygun muamele gibi standartları ihlal etmesi halinde ev sahibi devletin sorumluluğu doğmaktadır. Kamulaştırma veya kamulaştırmaya eşdeğer eylemlerin yanı sıra, ifayı zorlaştıran şartların ortaya çıkması bazı durumlarda politik risk olarak kabul edilmekte, yatırımcının tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Uluslararası yatırım hukuku, öte yandan, yukarıda sözü edilen muamele standartlarının ev sahibi devlet tarafından ihlal edildiğine veya hukuka aykırı olarak kamulaştırma yapıldığına yahut eş etkili tedbirler alındığına yönelik iddialardan kaynaklanan uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümü için tarafsız ve güvenilir yargı yollarına erişim imkânı sağlamak ve verilen kararların icrasını kolaylaştırmaktadır.

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, yatırımcılar daha çok Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezini¹⁴⁶ tercih etmektedir. Bununla birlikte, yatırımcıların Uluslararası Ticaret Odası (MTO) veya Stockholm Ticaret Odası¹⁴⁷ gibi kurumsal veya Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret

¹⁴⁵ Blyscak, s. 586.

¹⁴⁶ *ICSID-International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Tezde ICSID kısaltması kullanılacaktır.

¹⁴⁷ Sırasıyla *ICC-International Chamber of Commerce* ve *SCC-Stockholm Chamber of Commerce*.

Hukuku Komisyonu¹⁴⁸ Tahkim Kuralları çerçevesinde *ad hoc* tahkim yollarına başvurdıkları da görülmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarında ICSID tahkiminin daha çok tercih edilmesinin nedeni, ICSID Sözleşmesinin, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarına özgülenmiş olmasıdır. ICSID Sözleşmesinin, tahkim yargısı sırasında, karar aşamasında ve kararın icrasında devlet yargısının müdahalesini bertaraf etmiş olması da ICSID tahkiminin tercihinde önemli rol oynamaktadır.

3.2. Tarihçe

321. Sözleşmeler Dönemi

Yabancı yatırımların korunması, tarihsel süreç içinde önce sözleşmeler yoluyla sağlanmıştır. Gerçekten de yatırımlarla ilgili ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar¹⁴⁹ ile oluşturulmuş bulunan ve bugün yatırımların korunmasında en önemli rolü üstlenen anlaşmalar rejiminin ortaya çıkmasından önce yabancı yatırımların korunmasını sağlamak için düşünülen tek mekanizma, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yapılan sözleşmelerdir. Yabancı yatırımların sözleşmeler ile korunması doğalkaynaklar alanında ve özellikle petrol endüstrisi alanında ortaya çıkmıştır. Yatırımın ülkeye girişi imtiyazlar ile başlamış ve bu sözleşmeler ile egemenlik hakkının belirli alan için belirli süre ile devredilmesine benzer bir yöntem geliştirilmiştir¹⁵⁰. Bu sözleşmelerin 20. yüzyıl boyunca dikkate değer bir dönüşüm geçirdikleri gözlenmektedir. Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında, başlangıçta Batılı şirketlerin düşük maliyetle doğal

¹⁴⁸ UNCITRAL-The United Nations Commission on International Trade Law.

¹⁴⁹ Bileteral International Treaties- BIT ve Mulltilateral International Treaties- MIT.

¹⁵⁰ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 278.

kaynakları adeta sömürmesine izin veren tek taraflı imtiyazlar, günümüzde çok çeşitli konu başlıkları altında ve farklı yasal biçimlerde gerçekleşmektedir¹⁵¹. Bu değişikliklere rağmen, söz konusu sözleşmelerle sağlanan korumanın önemli bir yönünün aynı kaldığı söylenebilir: Sözleşmeler ev sahibi devlet hukukuna ve yargısına tâbi olmaya devam etmektedir. Her şeyden önce ev sahibi devletin yabancı yatırımcı karşısında hem âkit taraf hem yasama gücüne sahip egemen devlet olması, ulusal mevzuatta, sözleşmedeki dengeyi olumsuz yönde etkileyen değişikliklerin yapılması riskini beraberinde getirmektedir. İkinci olarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna ilişkin yeterli bilgisinin olmaması sözleşmede belirsizliğe neden olmaktadır. Son olarak, yerel yargı sistemi, yabancı yatırımcılar tarafından çoğu zaman ev sahibi devlet lehine hareket eden bir mekanizma ve hatta hükûmetin bir aracı olarak görülmektedir. O halde, hem yatırımın işleyişi, hem uyuşmazlıkların çözümü aşamasında yabancı yatırımcı olmanın bazı dezavantajlarının olduğu söylenebilir¹⁵².

Sözleşmelerin ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki yatırımı koruyan tek mekanizma olduğu ve her yatırımın birleşme veya devralma yolları hariç ev sahibi devlete bir sözleşme yoluyla giriş yaptığı bu erken dönemde, sözleşmelerin hükümleri ev sahibi devlet ya da organları ile müzakere edilmekteydi. Ev sahibi devlet hukukunun devlet tarafından kolayca değiştirilmesi ve bu değişikliklerin yatırım üzerindeki olumsuz etkilerinin önüne geçilmesi için hukuk seçimi gibi vasıtalar kullanılıyor ve sözleşme şartlarının ve sözleşme kapsamındaki varlıkların korunması amaçlanıyordu.

¹⁵¹ Bkz. Bölüm 1, s. 16-42.

¹⁵² Voss, s. 7-8.

Yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında bir yatırım işleminin altında yatan sözleşmenin niteliğinin iki taraf arasında farklı yorumlandığı görülmektedir. Yabancı yatırımcı sözleşmenin ticarî yönlerini ve ”*pacta sunt servanda*” ilkesine dayanarak sözleşmeyi bağlayıcılığını vurgularken, ev sahibi devlet, sözleşmenin kamusal niteliğini ve kamu yararına uygun ihtiyatlı davranma gereğinin altını çizmektedir. Dolayısıyla belirli koşullar altında ve kamu yararının gerektirdiği hallerde, ev sahibi devletler mevcut sözleşmeye bağlılık ilkesini göz ardı etmektedir. Batılı hukukçular, bu nedenle, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkiyi bu ülkenin iç hukuk sisteminden koparmak için çözüm arayışına girmişlerdir. Bir yandan, sözleşmelerin doğal kaynaklara ilişkin önemli, riskli ve büyük ölçekli sözleşmeler olması, diğer taraftan, tarafların açık veya örtülü hukuk seçimi, ev sahibi devletin hukukundan başka bir hukuk sisteminin uygulanmasını haklı çıkarmak için ileri sürülmüştür. Bu girişimlerin başarısızlığı, uluslararası tahkim yoluyla tarafsız bir uyuşmazlık çözümü sağlamak amacıyla yatırım anlaşması rejiminin oluşturulmasını teşvik etmiştir¹⁵³.

322. Olağan Sözleşme Rejiminin Ötesine Geçme: Hukuk Seçimi ve Uluslararası Tahkim

Yatırım sözleşmelerine ilişkin uluslararası normların yaratılması yönündeki çalışmalar esas itibariyle İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlamıştır. Değişen dengeler, sömürge yönetimi altındaki devletlerinin başkaldırıları ile sonuçlanmıştır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi tarafından güç kullanılmasının yasaklanmasıyla birlikte sömürge yönetimi altında olan ulusların kendi kaderlerini

¹⁵³ Voss, s. 8-9.

belirleme ve egemen birer devlet olarak ortaya çıkmaları gücün kullanılmasını zorlaştırmaya başlamıştır. Gelişmiş devletler, sömürgeciliğin çözülmesiyle birlikte, doğal kaynakların temini ve uluslararası ekonomideki hâkimiyetinin sürekliliğini kendi yararlarına sonuçlandıracak bir arayış içine girmişlerdir. O zamana kadar, Avrupa ülkeleri arasında, devletler ve yabancı özel şirketler arasındaki sözleşmelerin ev sahibi devlet hukukuna tâbi olması kabul edilen bir durumdu ve söz konusu yabancı şirketlerin uluslararası hukuk kapsamında tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle uluslararası hukukun bu tür sözleşmelerle ilgisinin olmadığı ileri sürülmekteydi. Bu görüşlerin sonucu olarak yatırım sözleşmelerinin ulusal bir hukuk sistemi tarafından yönetilmesi gerektiği kabul ediliyordu. Nitekim Orta Doğu ülkelerindeki imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sözleşmelerde tahkim kaydı olmasına rağmen hukuk seçimi kaydının olmaması, sözleşmenin taraflarından birisinin egemen bir devlet olması ve bu devletin hukukunun uygulanmasından kaçınılamayacağı anlayışı ile açıklanmaktaydı¹⁵⁴. *Ruler of Qatar v International Marine Oil Co. Ltd (1953)*¹⁵⁵ davasında, hakem sözleşme konusu ile birlikte taraflardan birinin Katar hükümdarı olmasını dikkate alarak İslam hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul etmiştir. Aynı yaklaşım *Abu Dhabi (1951)*¹⁵⁶ davasında da dikkati çekmektedir. Sözleşmenin Abu Dabi'de imzalanması ve ifa edilmesi, Abu Dabi hukukunun uygulanmasının nedenleri olarak gösterilmiştir. *Aramco (1958)*¹⁵⁷ davasında ise sözleşmenin

¹⁵⁴ Sornarajah, M.: The Settlement of Foreign Investment Disputes, The Netherlands, 2000, s. 250-251.

¹⁵⁵ (1953) 20 ILR 534.

¹⁵⁶ *Petroleum Development (Trucial Coast) Limited v the Sheikh of Abu Dhabi and its Dependencie* (1951) 18 ILR 144.

¹⁵⁷ *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company*, (1958) 27 ILR 117. Özeti için bkz.

https://www.trans-lex.org/260800/_aramco-award-ilr-1963-at-117-et-seq_.

konusunun Suudi Arabistan'da petrol çıkarılmasına ilişkin olması ve Suudi Arabistan devletinin sözleşmeye taraf olması nedeniyle Suudi Arabistan hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul edilmiştir. *Aramco* tahkiminde, hakem *Serbian v Brazilian Loan*¹⁵⁸ davasına atıfta bulunarak milletlerarası özel hukukta, aksine bir kanıt olmadıkça, egemen devletlerin taahhütlerini kendi hukuklarına tâbi tuttuklarını ifade etmiştir. Kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması halinde dahi, ev sahibi devlet hukukunun sözleşme ile en yakın ilişkili devlet hukuku sıfatıyla uygulanacağı sonucuna varılmaktadır¹⁵⁹. Sonuçta, yukarıda zikredilen üç hakem kararında, hakemler ev sahibi devlet hukukunda petrol sözleşmelerine uygulanmak üzere yeterli düzenlemeler olması halinde sözleşmelere ev sahibi devlet hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir.

Yukarıda zikredilen tahkim davalarının ardından uluslararası hukuk ya da ulus ötesi hukukun bu sözleşmelerle ilgisinin olduğuna ilişkin iddialar ortaya atılmaya başlanmıştır. Bu davalarda, hakemler, normal şartlar altında uygulanacak hukukun İslam hukuku olduğunu belirtmişler, ancak İslam hukukunun petrol imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hükümler içermemesi nedeniyle kendi tespit ettikleri en âdil olan hukuk ya da hukukun genel ilkelerini ev sahibi devletin hukuku yerine uygulamışlardır¹⁶⁰. *Ruler of Qatar* tahkiminde¹⁶¹ hakem *Lord McNair* hak ve yükümlülüklerin hukukî boşlukta olamayacağını ve bunların mutlaka bir hukuk düzeni ile irtibatlı olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁶².

¹⁵⁸ (1929) PCIJ Series A. No. 20, s. 42 ve PCIJ Series A, No.21, s. 232.

¹⁵⁹ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 251-252.

¹⁶⁰ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 252.

¹⁶¹ Bkz. dn. 155.

¹⁶² Voss, s. 31.

Bu aşamada, yatırımların sözleşme ile korunması için uluslararası hukukun veya en azından bazı ulus ötesi hukuk düzenlerinin en uygun sistem olduğu ve ev sahibi devlet mahkemelerinin yerine tahkim yargısının bu sisteme dâhil edilerek korumanın sağlanlaştırılacağı düşünceleri dikkat çekmektedir. Bu aşamada, tahkim yolunun sistemin temel özelliği olarak ortaya konduğu gözlenmektedir¹⁶³.

Uluslararası yatırım sözleşmelerinde yatırıma karar verilen anın, yabancı yatırımcının ev sahibi ülke karşısında pazarlık gücünün en yüksek düzeyde bulunduğu an olduğu ve pazarlık konusu olan hususların sözleşme hükümleri olarak tezahür ettiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak sözleşmenin aynı zamanda “mülga pazarlık” (*obsolecent bargaining*) hükümleri içerdiği, çünkü yatırım ilerledikçe yatırımcının gücünün azaldığı ve yatırımcının ev sahibi devlete mahkûm olduğu kabul edilmektedir. Bu kabule göre, yatırımcı, yatırım için amaçladığı faydanın devamını garanti altına alan önlemler almazsa, ev sahibi devlet yatırımın ülkeye girişi sırasında kararlaştırılan şartları değiştirme imkânına sahiptir. Ev sahibi devletin hukukunun uygulandığı hallerde devletin yasama mekanizmasını kullanması ile yabancı yatırıma müdahale kolaylıkla gerçekleşebilir¹⁶⁴.

Yatırım sözleşmesine ev sahibi devletin müdahale gücünü etkisizleştirmeyi amaçlayan, yabancı yatırımcılar ve onların çabalarını destekleyenler tarafından ortaya konan dengeleme teorisi, yatırım sözleşmesinin ev sahibi devlet tarafından ihlalini hukuka aykırı olarak kabul eden ya da yüksek miktarda tazminat ödenmesini mümkün kılan bir mekanizma getirmektedir. Bu tür

¹⁶³ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 276-277.

¹⁶⁴ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 278.

gelişmeler nedeniyle milletlerarası hukukun devletler arasında bir hukuk olduğunun kurgudan ibaret olduğu, çünkü uluslararası ilişkilerde gücün, yalnızca devletler tarafından değil, bireyler ve bireylerin oluşturdukları gruplar tarafından da kullanıldığı, bu gücün kullanılmasıyla özellikle uluslararası yatırım alanında birçok yasal tekniğin oluştuğu savunulmaktadır¹⁶⁵.

323. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılması

Yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırılması adını alan bu teori¹⁶⁶ geliştirmekte olan ülkelerde yapılan yabancı yatırım sözleşmelerinin niteliği gereği ulus ötesi sisteme tâbi olmaları fikrine dayanmaktadır. Eşitsizlik öncülüne dayanarak inşa edildiği görülen teori iki varsayıma dayanıyordu. Bunlardan ilki, geliştirmekte olan devletlerin yabancı yatırım sözleşmeleri ile ilgili çözüm sunabilecek gelişmiş yasal sistemlere sahip olmamasıydı. Bu husus, petrol üreten devletlerde gerçekleşen uluslararası ve dış değişikliklerin sonucu olarak petrol yatırımlarını koruyacak bir sistemin geliştirilmesi amacıyla Orta Doğu devletlerinin dahil olduğu erken dönemdeki hakem kararlarında dile getirilmiştir. Hakemlerin argümanı, normal şartlarda uygulanacak hukuk olan ev sahibi devlet hukukunda kuralların yetersiz kaldığı durumlarda hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının gerekli olduğu yönündeydi. İkinci varsayım da, eşitsizliğin başka bir boyutuna dayanmaktadır. Batılı devletlerde ortaya çıkan yabancı yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi devlet hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul edilirken geliştirmekte olan devletlerdeki yatırımlar söz konusu olduğunda durum farklılık arz etmektedir. Bu görüşün politik bir dayanağı olduğundan bahsedilerek geliştirmekte olan ülkelerde

¹⁶⁵ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 278.

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 89 vd.

yatırımların korunmasına ilişkin daha iyi standartlar sunulmadığı sürece yabancı yatırımların olmayacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda, yabancı yatırımların ev sahibi devlete katkıda bulunması ve onların lehine olması varsayımından hareket edilerek ev sahibi devletlerin yatırımların kendi hukuklarına göre değil uluslararası standartlara göre korunmasına izin vermeleri gerektiği savunulmaktadır. Bu sözleşmeler ekonomik kalkınma sözleşmeleri (“*economic development agreements*”) olarak sınıflandırılmakta ve uluslararası nitelik taşıdıkları savunulmaktadır. Teorinin en aşırı ucu uluslararasılaştırılmayı işaret eden hükümler¹⁶⁷ olmasa dahi bu sözleşmelerin uluslararasılaştırıldığının ifade edilmesidir¹⁶⁸.

Daha sonraki aşamada çokuluslu şirketler, yatırımların uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan uluslararası anlaşmalar ile korunmasını sağlamak için yargı kararları, doktrin ve hukukun genel ilkelerinden faydalanarak bir sistem oluşturması için yoğun çaba sarf etmiştir. Hakem kararların mahkemelerce icrasını sağlamak da bu sistem çerçevesinde mümkün olmuştur. Tüm bu stratejiler geliştirilirken uluslararası hukuk ya da ulus ötesi hukuk ilkelerinden faydalanılarak sözleşmelerin meşruiyeti sağlanmıştır¹⁶⁹.

324. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Dönemi

Uluslararası yatırım anlaşmaları 20. yüzyılın ikinci yarısında iki devlet arasında kendi topraklarındaki yatırımların korunmasını amaçlayan ilk uluslararası

¹⁶⁷ Uluslararasılaştırmayı işaret eden hükümler ile kastedilen uluslararası tahkim, istikrar kaydı ve uygulanacak hukuk seçimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 113.

¹⁶⁸ Sornarajah, M.: *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, Journal of International Arbitration, Y. 1997, Vol. 14, Issue 3, s. 107-110.

¹⁶⁹ Sornarajah (International Law on Foreign Investment), s. 277.

anlaşmalar olarak ortaya çıkmıştır¹⁷⁰. İkili yatırım anlaşmaları veya daha geniş ticarî anlaşmaların bir bölümünde¹⁷¹ yer alan hükümler, yabancı yatırımların ev sahibi devlet tarafından kamulaştırması, ayrımcı muamele yapması ve âdil ve hakkâniyete aykırı davranması gibi durumlarda korumayı sağlamayı hedeflemektedir.

Yabancı yatırımların korunmasını sağlayan ve sayısı günümüzde 3000'e yaklaşmış olan¹⁷² ikili yatırım anlaşmaları devletler arasında imzalanmış olmalarına rağmen, anlaşmanın tarafı olmayan yatırımcılar bu anlaşmanın sağladığı koruma hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle uluslararası tahkim sürecini başlatabilmekte, dolayısıyla anlaşmadan esas itibariyle yatırımcı faydalanmaktadır. Bununla birlikte, birçok yatırımın ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelere dayanıyor olması, söz konusu sözleşmeler ile uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki ilişkinin de incelenmesini gerekli kılmaktadır¹⁷³.

Geleneksel olarak bakıldığında iki araç arasındaki fark açıktır. Anlaşmalar, iki egemen devlet arasında uluslararası alanda oluşturulmaktadır; buna karşılık, sözleşmeler özel hukuk kişileri ve devlet arasında yapılmakta ve millî hukuk alanında kalmaktadır. Uluslararası yatırım anlaşmaları rejiminin yaygınlaştığı ölçüde, bu ikiliğin devam etmesi hiçbir şekilde doğru bulunmamaktadır¹⁷⁴. Sözleşmeler ile uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki

¹⁷⁰ İlk ikili yatırım anlaşması Federal Almanya ile Pakistan arasında 1959 yılında imzalanmıştır.

¹⁷¹ Enerji Şart Anlaşması veya NAFTA'da olduğu gibi.

¹⁷² Bu rakam sadece ikili yatırım anlaşmalarının sayısını göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹⁷³ Vicuña, F. O.: *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, Max Planck, Yearbook of United Nations, Y. 2004, Vol 8, s. 341-349.

¹⁷⁴ Vicuña, s. 341, Yazar bu farklı açıklamaların, hukukun küreselleşmesi sürecinin altında yatan değişen gerçekliğe yanıt verdiğini, anlaşmalar ve sözleşmeler ayrımını faydalı gören yaklaşımın hem sözleşmeleri hem de anlaşmaları ve diğer birçok aracı kapsayan tek bir yasal yapının parçası haline geldiğini ileri sürmektedir.

ilişki, özellikle anlaşmaya dayanan yatırım tahkiminde pek çok tartışmaya neden olmaktadır. Bu bağlamda, yatırım anlaşmalarının, yalnızca anlaşmadan kaynaklanan hak ihlallerini mi kapsadığı yoksa, diğer yasal araçların, özellikle ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin ihlalinin de bu anlaşmalar kapsamına girip girmeyeceği sorusunun cevaplanması önem taşımaktadır¹⁷⁵. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş anlaşma hükümlerini dar yorumlayarak milletlerarası ve millî hukuk alanları arasındaki farklılıkları ortaya koyarken diğer görüş milletlerarası ve millî hukuk sistemleri arasındaki temel farklılıkları göz ardı ederek anlaşmaları daha geniş yorumlamaktadır. Dolayısıyla yatırım anlaşmasına dayanarak uyuşmazlığı gören bazı hakem heyetleri, anlaşma hükümlerini yorumlarken milletlerarası normlar ile iç hukuk kuralları arasında bir etkileşim olduğunu ve sözleşmesel konular da dâhil olmak üzere çok çeşitli konularda yargılama yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir. Böylelikle, ikili yatırım anlaşmalarının esnek ve açık bir şekilde yorumlanması da desteklenmiş olmaktadır¹⁷⁶.

İki görüş arasındaki fark, ev sahibi devlet ile bir yatırım sözleşmesi imzalayan yatırımcı bakımından da etkisini göstermektedir. Örneğin, yabancı yatırımcının hidro elektrik santrali kurulumuna ilişkin ihaleyi kazanması sonucunda ev sahibi hükûmetin ilgili makamı ile bir sözleşme imzaladığını, sözleşmenin diğer hükümlerinin yanı sıra uyuşmazlık çözümüne ilişkin ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkili kılan bir hükme yer verdiğini, ancak ev sahibi devlet ile

¹⁷⁵ Shany, Y.: *Contract Claims vs Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, the American Journal of International Law, Y. 2005, Vol 99, s. 844.

¹⁷⁶ Shany, s. 844.

yatırımcının devleti arasında anılan sözleşmenin akdedilmesinden önce, ikili yatırım anlaşması bulunduğunu varsayalım. Yatırımcı projenin başlamasından sonra çeşitli zorluklarla karşılaşmış, ev sahibi devletin ilgili makamının projeyi ülkenin gelişim politikası için bir tehdit olarak görmesi nedeniyle gerekli izin ve lisanları alamamış, ev sahibi devlet proje için yatırımcıya daha önceden kararlaştırılan yeri tahsis etmiş, ancak yatırımcıya verilen malzemelerin ayıplı olduğu ortaya çıkmış ve bu nedenle projede gecikme yaşanmıştır. Ev sahibi devlet, proje için sözleşmede öngörülen tarifeyi ödememiş ve tarife düzeninde değişikliğe de karşı çıkmıştır. Yabancı yatırımcı, sözleşmenin ihlali gerekçesiyle idareye karşı yerel mahkemede dava açmış ancak dava ev sahibi devletin lehine olacak bir şekilde reddedilmiştir. Bunun üzerine yatırımcı elektrik üretimini durdurmuş, ev sahibi devlet ise, hukuka aykırı faaliyetleri nedeniyle yatırımcının binalarına ve yerleşkesine kolluk gücü göndermiş ve yatırıma el koymuştur. Yatırımcı, ev sahibi devlet ile kendi devleti arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak, ev sahibi devletin el koyma eylemine karşı uyuşmazlığı uluslararası tahkime götürmüştür.

Bu örnekte görüleceği üzere, uyuşmazlığın hangi kısmının ikili yatırım anlaşmasının ihlali ya da taraflar arasındaki sözleşmenin ihlali olduğu her zaman kesin çizgilerle ortaya konmayabilir. Böyle bir ayırım yapılsa bile ikili yatırım anlaşmasına dayanarak uyuşmazlığa bakan hakem heyetinin sözleşme ihlallerine bakma yetkisinin olup olmadığı tartışmaları gündeme gelebilir. Bu durumda, ev sahibi devletin eylemlerinin hangi şartlarda sözleşme ihlali hangi şartlarda ikili yatırım anlaşmasının ihlali sayılacağı ve bu iki hususun örtüşmesi halinde ne şekilde karar verileceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Öte yandan, bir ihlalin sadece taraflar arasındaki sözleşmeyi ihlal etmesi halinde yatırım

anlaşmasına dayanılarak tahkim yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi de tartışılmaktadır ¹⁷⁷.

Sözleşme ihlallerine ilişkin taleplerin uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında ileri sürülmesi, söz konusu anlaşmalardaki geniş kapsamlı uyuşmazlık çözüm kayıtları ya da şemsiye hükümlerinin (“*umbrella clause*”) varlığı ile mümkün kılınmıştır.¹⁷⁸ Böyle bir kaydın varlığına rağmen, sözleşme ihlallerine ilişkin taleplerin uluslararası anlaşmalar kapsamında yatırım tahkimlerinde ileri sürülmesini engelleyen iki neden bulunmaktadır. Bunlardan ilki, taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin ihlali nedeniyle uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak tahkim dışında bir mekanizmanın münhasıran öngörülmüş olmasıdır. İkincisi ise, hakem heyetinin sözleşmeyi ihlal eden tarafın devleti değil, devlete ait bir şirketi veya devlet kurumu olduğuna karar vermesi ve bu nedenle sözleşme ihlallerinin kendi yetki alanında olmadığına hükmetmesidir¹⁷⁹.

Uluslararası petrol ve doğal gaz projelerinin temelinde sözleşmeler olsa da uluslararası yatırım hukukunun gelişmesi enerji yatırımcılarına sözleşmenin sağladığı korumanın ötesinde bazı faydalar sağlamıştır. Yukarıda bahsedilen örnekte belirtildiği üzere, bir petrol ve doğal gaz sözleşmesinin yanında ortada uluslararası bir yatırım anlaşması varsa, söz konusu sözleşmenin tarafı olan yatırımcı sözleşmede yer alan haklara ilave bazı haklara sahip olacaktır. Bu nedenle, ülke aşıcı bir petrol ve doğal gaz anlaşmazlığının ortaya çıkması

¹⁷⁷ Voss, s. 12-13.

¹⁷⁸ Blyschak, s. 579.

¹⁷⁹ Blyschak, s. 579; Yatırım anlaşmalarında yer alan geniş yetkilendirme hükümlerine rağmen yatırım tahkim heyetlerinin yatırımcı ile devletten ayrı bir tüzel kişiliği olan devlet kuruluşu arasındaki yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkisi yoktur. Demirkol, B.: *Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration*, Leiden Journal of International Law, Y. 2018, Vol. 31, No.1, s. 64.

durumunda yatırımcının sözleşmenin ihlaline ilişkin talepleri uluslararası yatırım tahkimine taşınması ihtimali ortaya çıkabilir. Bu durum, aynı zamanda, sözleşmenin ihlaline yönelik talebin yatırım anlaşması kapsamında mevcut olan ve talep hakkı veren farklı bir hukukî sebep lehine terkedilmesini de gerektirebilir¹⁸⁰. Bu konudaki tartışmalara 3.8. bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.¹⁸¹.

3.3. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarından Kaynaklanan Talepler ile Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Talepler Arasındaki Fark

Yukarıdaki açıklamaların ortaya koyduğu üzere, yabancı yatırımcılar ve sermaye ihraç eden ülkeler yatırım uyuşmazlıklarının ev sahibi devlet hukukundan koparılmasını ve uluslararasılaştırılmasını talep ederken, sermaye ithal eden ülkeler ulusal muamele standardında ısrar etmek suretiyle farklı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Yatırım anlaşmalarının sayısındaki artış yabancı yatırımların uluslararası hukuk tarafından korunarak yatırımcıların yatırım sözleşmelerinin yanı sıra yatırım tahkiminden faydalanmasına imkân vermiştir.

İkili veya çok taraflı uluslararası yatırım anlaşmaları yabancı yatırımlar ve yatırımcılara yönelik muamele ve bunların korunmasının hukukî çerçevesini oluşturmakta ve bu anlaşmalara dayanılarak ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar yatırım uyuşmazlığı olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklar, ilgili anlaşmanın tarafı ülkelere birinin

¹⁸⁰ Blyschak, s. 579.

¹⁸¹ Bkz. s. 136.

yatırımcısı ile anlaşmanın diğer tarafı ev sahibi devlet arasında çıkan uyuşmazlıkları ifade etmektedir¹⁸².

İlk bakışta taraflarının devlet veya devlet kuruluşu ve yabancı yatırımcı olduğu yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan talepler ile iki veya birden çok devlet arasında imzalanan yatırım anlaşmaları arasındaki fark yatırım anlaşmalarının devletler arasında imzalanması nedeniyle nettir. Ancak iki araç arasında talepler açısından beş fark olduğu ileri sürülmektedir: Talebin sözleşmeye veya anlaşmaya dayalı olması ilk farktır. İkinci olarak, hakların içeriğine ilişkin farklılık bulunmaktadır. Anlaşmaya bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlık yatırım uyuşmazlığı olarak adlandırılmakta ve taraf ülkelerden birinin yatırımcısı ile ev sahibi âkit ülke arasında çıkan uyuşmazlıkları ifade etmektedir¹⁸³. Anlaşmalarda yer alan haklar uluslararası hukuk tarafından belirlenmekteyken sözleşmelerden kaynaklı haklar genellikle belirli bir yatırıma ilişkin olup ev sahibi devlet hukuku tarafından belirlenmektedir. Bu durumda söz konusu hakların örtüşmesi ihtimali ortaya çıkabilir. Örneğin, kamulaştırma standartlarına aykırılık hem sözleşme hem de anlaşmalarda düzenlenen yükümlülüğün ihlalini oluşturabilir. Ayrıca, şemsiye hükümlerin varlığı, salt sözleşmesel yükümlülükleri de uluslararası yatırım anlaşmalarının koruması altına sokabilir. Üçüncü olarak, anlaşmalar devletler arasında imzalanmasına rağmen anlaşmadan kaynaklanan taleplerde taraflardan biri söz konusu anlaşmanın tarafı değildir. Taraflar ev sahibi devlet ile anlaşmanın tarafı olan devletin tâbiyetinde olan yatırımcıdır. Ancak sözleşmeden kaynaklı taleplerde uyuşmazlığın tarafları sözleşmenin taraflarıdır. Dördüncü fark

¹⁸² Erten, R.: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005, s. 173.

¹⁸³ Erten, s. 173.

uygulanacak hukuk açısından ortaya çıkmaktadır. Anlaşmalara ilişkin talepler hakkında yatırım anlaşmalarının hükümleri, ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukukun genel ilkelerine göre karar verilmektedir. Sözleşmeye dayanan talepler hakkında ise genellikle ev sahibi devlet hukukuna dayanılarak karar verilmektedir. Son fark ev sahibi devletin sorumluluğu ile ilgilidir. Anlaşma ihlallerinde ev sahibi devletin sorumluluğu uluslararası alanda yer alırken, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ev sahibi devletin hukuku kapsamında yer almaktadır. Ancak, sözleşmeye dayanan taleplerin de yatırım anlaşması kapsamında ele alınmasını sağlayan şemsiye hükümlerin varlığı, devletin sorumluluğuna ilişkin net ayrımı ortadan kaldırmaktadır¹⁸⁴.

İki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde genellikle tahkim öngörülmüştür. Hakemlerin yargı yetkisi belirli usul şartlarına tâbi olabilir: Hakem heyetinin yetkisi ev sahibi devletin mahkemelerindeki yargılama sürecinin tüketilmesine bağlı olabilir. Hakemlerin yargılama konusundaki yetkisi ise değişkenlik göstererek dar veya daha geniş bir şekilde tanımlanabilir. Bu yetki sadece ikili yatırım anlaşmalarının ihlaline ilişkin olabileceği gibi sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkları da kapsamına alabilir. Şemsiye hükümler vasıtasıyla taraflar arasındaki sözleşmede, örneğin ICSID tahkimine gidilmesine imkân veren bir kayıt bulunmasa bile, ikili yatırım anlaşmaları aracılığıyla yatırım tahkimi heyeti önünde görülen uyuşmazlıklarda yatırımcılar sözleşmeye ilişkin taleplerde bulunmaktadır¹⁸⁵. Hiç şüphesiz bu

¹⁸⁴ Voss, s. 161.

¹⁸⁵ Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD, UNCTAD, s. 25.

durum hakem heyetinin yargılama yetkisi ile ilgili bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁶.

Sonuç olarak yatırım uyuşmazlıklarının ev sahibi Devletin ve yerel mahkemelerin standartlarına bırakılmaksızın uluslararası standartlar ve prosedürler çerçevesinde çözülmesinin yabancı yatırımcılar için yatırım tahkiminin tercih edilmesinin temel nedeni olduğu söylenebilir. Ayrıca, hakem kararlarının bağlayıcılığı ve temyize tâbi olmaması da, yatırımcıların devlet yargısı yerine yatırım tahkimine yönelmesini teşvik etmektedir¹⁸⁷.

3. 4. Yatırım¹⁸⁸

3.4.1. Genel Olarak

Uluslararası yatırım hukuku, ülke aşan yatırımların tamamını kapsamaz. İki taraflı ve Çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla sağlanan korumadan faydalanabilmek için söz konusu anlaşmalarda yabancı yatırımcının faaliyeti yatırım olarak kabul edilmelidir. Bu tanımlara giren bir yatırımın olmaması durumunda yatırımcının da olmadığı sonucuna varmak gerekir. Bununla birlikte, yatırım tanımına giren bir faaliyetin yapılması, ilgili kişiyi ev sahibi devletin uyruğunda ise doğrudan yatırımcı sıfatına kavuşturmayabilir.

¹⁸⁶ Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD, UNCTAD: s. 26, Tiryakioğlu, B.:”Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik,Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal,H./Balkar, S.), s. 89; Demirkol, s. 59-91.

¹⁸⁷ Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD, UNCTAD, s. 8.

¹⁸⁸ Ayrıntılı tanımlar için bkz. Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development; UN New York and Geneva, 2005. Ayrıca, Yılmaz, s. 8-108.

Uluslararası hukukta yabancı yatırım tanımı yapılmamıştır. ICSID ve MIGA’da¹⁸⁹ bilinçli olarak bir tanım yapılmasından kaçınılmıştır¹⁹⁰. ICSID’in yargılama yetkisi, konu bakımından yetkinin varlığına bağlıdır; yani uyumsuzluk yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukukî bir uyumsuzluk olmalıdır (ICSID Sözleşmesi, m. 25)¹⁹¹.

ICSID Hakem heyetleri yatırımın varlığını tespit ederken genelde iki araçtan yararlanmaktadır: ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi ve ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmaları.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması¹⁹² da yatırım tanımı yapmamış, listeleme halinde yatırım sayılacak hususlar sayılmıştır. Diğer yatırıma ilişkin anlaşmalar gibi NAFTA da malların satımına ilişkin ticarî sözleşmeleri ve ticarî bir işlemle ilgili kredilerin uzatılmasını yatırım tanımı dışında bırakmıştır.

Enerji Şartı Anlaşmasında¹⁹³ (EŞA) ise yatırım sayılacak hususlar kapsamlı bir şekilde listelenmiştir¹⁹⁴. Ayrıca, enerji sektöründe ekonomik faaliyetler, enerji maddeleri ve ürünlerini arama, çıkarma, rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama veya satışı ya da çok

¹⁸⁹ Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi- *The Multilateral Investment Guarantee Agency*.

¹⁹⁰ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 95.

¹⁹¹ ICSID Sözleşmesi’nin 25. maddesi çerçevesinde karşılanması gereken yetki kriterleri; (i) rıza şartı, (ii) kişi bakımından yetki ve (iii) konu bakımından yetki şeklinde sınıflandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çevik, Ö./ Şimşek, C.: ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi, https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2018_Winter/GSI_Articleletter_2018_Winter_Article4.pdf.

¹⁹² *NAFTA- the North America Free Trade Agreement*, İngilizce metin için bkz. <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>.

¹⁹³ Türkçe metin için bkz. RG. 12.07.2000-24107.

¹⁹⁴ EŞA, m. 1(5).

katlı konut alanlarına ısı dağıtımı ekonomik faaliyeti kapsamında olup bunlara ilişkin haklar ve lisanslar da yatırım olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵.

İki taraflı yatırım anlaşmaları da yatırımı belirlerken genellikle benzer bir yol izlemekte ve geniş kapsamlı bir ifade ile başlayarak örnek olarak beş kategoriden oluşan hakları listelemektedir. Bunların esas itibariyle, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet, ipotek ve rehin gibi sınırlı ayni haklar; hisse senetleri veya şirketlere iştirakin diğer şekilleri; yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları, bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar; fikri ve sınai mülkiyet hakları ve âkit ülkelerdeki doğal kaynakların aranması, çıkarılması ve işletilmesi dâhil olmak üzere verilen imtiyazlardan oluştuğu görülmektedir¹⁹⁶.

Birçok iki taraflı yatırım anlaşması ve NAFTA ve EŞA gibi çok taraflı anlaşmalar yatırım tanımında yatırımın ev sahibi devletin ülkesinde gerçekleştirilmesi hususuna gönderme yapmaktadır¹⁹⁷. Bu tür anlaşma hükümlerine dayanarak, bazı durumlarda, davalı devletler geçerli iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan tanımlara göre herhangi bir yatırımın yapılmadığını ve dolayısıyla hakem heyetinin yetkisinin olmadığına itiraz etmektedir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ ECT- Energy Charter Treaty.

¹⁹⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Hükûmeti arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma (RG.02.05.2013-28635) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma (RG.16.05.2000-24051) benzer hükümler içermektedir.

¹⁹⁷ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında “yatırım” bir âkit tarafın yatırımcılarının diğer âkit tarafın ülkesinde bu âkit tarafın mevzuatına uygun olarak yatırdığı her türlü kıymet olarak tanımlanmaktadır.

¹⁹⁸ Knahr, C.: “Investment in the Territory of the Host State” International investment law for the 21st century: Essays in honour of Christoph Schreuer, Binder, C./Kriebaum, U./ Reinisch A./Wittich, S., Oxford, New York, 2009, s. 43. Enerji Şartı Anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 26. maddesinde yer alan hüküm, sadece Anlaşmanın Üçüncü Bölümünde öngörülen yükümlülüklerin ihlalden doğacak uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Dolayısıyla yatırımcının bu ihlaller dışındaki sebeplere dayanması konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde, NAFTA’nın yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili 11. Bölümü, taraf devletlerin yatırım tahkimine rızalarını içeren uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin, sadece

3.4.2. Yatırım Tanımında Ev Sahibi Devlet Hukukunun/Ulusal Hukukların Rolü

Yatırım anlaşmalarında uygulanacak hukuk olarak anlaşmanın kendisi ve uluslararası hukuka işaret edildiği görülmektedir. Söz konusu anlaşmalarda ev sahibi devlet hukukuna atıfta bulunulmaması, yargı yetkisinin sadece anlaşmada belirlenen standartlara dayalı iddialarla sınırlı olmadığı, özellikle yatırımla ilgili herhangi bir uyuşmazlığı kapsadığı hallerde dikkat çekicidir. Böyle geniş bir yargı yetkisi söz konusu olduğunda hakemler sözleşmelerden doğan talepler açısından ev sahibi devlet hukukunun ilgili hükümlerinin dikkate alınması ya da bazı hususlarda uygulanması sorunu ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁹⁹.

Birçok yatırım anlaşmasında yatırım tanımı yapılırken listelenen kategorilerdeki malvarlıkları olarak âkit tarafın ulusal mevzuatına uygun olarak kurulan veya edinilen malvarlıklarından bahsedilmektedir²⁰⁰. Bu hükmün özü ev sahibi devlet hukukuna aykırı olarak yapılan yatırımların yatırım anlaşmalarının korumasından faydalanamayacağıdır. Dolayısıyla yatırımın hukuka uygun olarak yapılıp yapılmaması, tahkim yoluna başvurulması da dâhil olmak üzere yatırımın anlaşma kapsamında korunup korunmayacağı bakımından belirleyici olmaktadır²⁰¹.

*Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*²⁰²

NAFTA'nın 11. Bölümünde yer alan yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, NAFTA'nın diğer bölümlerinde yer alan yükümlülüklerin ihlali bakımından hakem heyetinin konu bakımından yetkisi olmayacaktır. Tiryakioğlu, Yetki ve Kabul Edilebilirlik, s. 95.

199 Schreuer, C: *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolution, Y. 2014, Vol.1, s. 13 vd.

200 Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Hükûmeti arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma m. 1(1). (RG. 0205.2013-28635).

201 Schreuer (Jurisdiction and Applicable Law), s. 4; McLachlan, C./Shore, L./Weiniger, M.: *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, New York, 2007, s. 181.

202 6 ICSID Rep 398 (ICSID 2001).

uyuşmazlığında Davalı Fas devleti, Fas kanunlarına göre uyuşmazlık konusu işlemin bir sözleşme olduğunu ve yatırım olarak kabul edilmediğini, dolayısıyla İtalya ile Fas arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yatırımın Fas millî kanunlarına göre yapılması gerektiği şartının sağlanamadığı gerekçesiyle hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti itirazı reddederek ikili yatırım anlaşmasında yer alan ifadenin kendi kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ev sahibi devletin hukukuna uygun malvarlığı ifadesinin yatırım tanımı ile ilgili olmadığına, yatırımın hukuka uygun yapıp yapılmadığına ilişkin olduğuna karar vermiştir²⁰³.

Yatırım uyuşmazlıklarında davacı yatırımcının uyruğu da uluslararası anlaşmanın kapsamında değil, ulusal hukukun kapsamında kalan bir husustur. Diğer bir deyişle ikili veya çok taraflı bir yatırım anlaşması kapsamında yargı yetkisi bakımından temel bir gereklilik olan uyrukluğ değerlendirmesi, gerçek kişiler bakımından uyruğuna tâbi olduğu iddia edilen devletin hukukuna göre belirlenir. *Soufraki v BAE*²⁰⁴ tahkiminde hakem heyeti ulusal hukukun uyrukluğ konusunda tek kaynak olacağını teyit etmiştir. Hakem heyeti ayrıca, ulusal hukuk uyarınca uyrukluğun şartlarının yerine getirilip getirilmediğini incelemenin kendi yetkisi dahilinde olduğunu da vurgulamıştır²⁰⁵.

Hakemlerin yargılama yetkisinin sadece anlaşmadan kaynaklı uyuşmazlıkları içermesi halinde de ev sahibi devlet hukukuna başvurulabilmektedir. En çok karşılaşılan durum yatırımcı tarafından korunma talep edilen hakların varlığına ilişkindir. Mülkiyet hakkı, sözleşmelerden doğan

²⁰³ McLachlan/Shore/Weiniger, s.181-182.

²⁰⁴ *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7: <https://www.italaw.com/cases/1041>.

²⁰⁵ Schreuer (Jurisdiction and Applicable Law), s. 6.

haklar veya diğ er madd i olmayan hakların kaynağı ve varlık sebebi ev sahibi devletin ulusal hukukudur. *Libananco v Turkey*²⁰⁶ davasında, davacı *Libananco*, Enerji Şartı Anlaşmasına aykırılık iddiasında bulunmuştur. Yatırım Anlaşması uygulanacak hukuk konusunda Enerji Şartı Anlaşması ve uluslararası hukukun uygulanacak ilkelerine atıf yapsa da, hakem heyeti *Libananco*’nun Türk hukukuna göre hisseleri devralıp devralmadığına bakmış, dolayısıyla bir yatırımın ve yatırımcının olup olmadığı hususunda Türk hukuku etkili olmuştur²⁰⁷.

3.5. Yatırımcı²⁰⁸

Yatırımı koruma rejimi²⁰⁹, yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet dışındaki bir devletin uyruğunda bulunan yatırımcılar ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, talep sahibinin bir yatırım anlaşmasının sağladığı korumadan yararlanmaya hak kazanıp kazanmadığı ve sonrasında hakemlerin kişi bakımından (*ratione personae*) yargılama yetkisinin varlığını belirleyen husus davacının uyrukluğudur²¹⁰.

Yatırım anlaşmaları, düzenli olarak bir  kit devletin yatırımcısı ile diğ er  kit devlet arasındaki uyuşmazlıklara anlaşma hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir.

Yatırım anlaşmalarında yatırımcı kavramı gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır. Gerçek kişi yatırımcılar  kit devletlerden birinin hukuk

²⁰⁶ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/06/8), <https://www.italaw.com/cases/626>.

²⁰⁷ Schreurer (Jurisdiction and Applicable Law), s. 18.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.  nsal, H.: Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2015, s. 149-170. Ayrıca EŞA kapsamında yatırımcıya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 171-204.

²⁰⁹ Burada yatırım anlaşması temelli korumadan bahsedilmektedir. Yatırım sözleşmelerinin ihlali için yatırım tahkimi heyetinin yetkili olabilmesi için yatırım anlaşmalarında geniş kapsamlı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının kabul edilmesi veya şemsiye hükümlerin varlığı ile mümkündür.

²¹⁰ McLachlan/ Shore/Weiniger, s. 131.

kurallarına göre vatandaş sayılan kişiler olarak ifade edilmektedir. Tüzel kişi yatırımcılar tanımında ise şirketlerin bir devlete aidiyeti konusunda ekonomik ve/veya hukukî düşünceler dikkate alınmaktadır. İki taraflı yatırım anlaşmaları bir şirketin tâbiyetini belirlerken kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol sistemi kıstasını kullanmaktadır²¹¹. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında anlaşmanın kapsamını sınırlamak için kuruluş yeri ve merkez yeri kıstası²¹² kullanılırken bazılarında ise bu kıstaslardan biri²¹³ kullanılarak kontrol sistemi de alternatif olarak kullanılmakta ve kapsam genişlemektedir²¹⁴.

ICSID Sözleşmesinin 25. maddesinde de kişi bakımından yetki yatırımcının ev sahibi devlet dışında bir devletin uyrukluğunu taşıması şartına bağlanmıştır.

3.6. Yatırım Anlaşmalarının Yokluğunda Yabancı Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Yatırım Sözleşmeleri

UNCTAD, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki “yatırım sözleşmelerini (*investment contracts* veya *state contracts*) bir devlet veya bir devlet

²¹¹ Tiryakioğlu (Doğrudan Yatırımlar), s. 169.

²¹² Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükûmeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma madde 2(b)’de kuruluş yeri ve merkez yeri kıstası benimsenmiştir. RG. 02.05.2013-28635.

²¹³ Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükûmeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma madde 2(b)’de kuruluş yeri kıstası kullanılmıştır. (RG. 09.05.1996-22631). Türkiye Cumhuriyeti ve Federal Almanya Cumhuriyeti arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine mütedair Anlaşma madde 8’de merkez yeri kıstası kullanılmıştır. (RG. 27.07.1963-11465).

²¹⁴ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 170; Erten, s. 163. Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması kuruluş yeri, merkez yeri kontrol sistemi kıstasını benimsemiştir. (RG. 15.07.1998-23403).

organı ile yabancı uyruklu bir gerçek ya da tüzel kişi arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmaktadır²¹⁵.

Yatırım sözleşmelerini belirleyen ve onları diğer ticarî sözleşmelerden farklılaştıran husus, egemen gücün kullanılmasının yanı sıra sözleşmelerin kamu hukuku kurallarına tâbi olması ve uzun süreli karşılıklı taahhütleri içermesidir²¹⁶. Yatırım sözleşmeleri ev sahibi devletin altyapısının veya ekonomik gelişmesinin sağlanması veya temel hizmetlerin yürütülmesi gibi kamu yararı kapsamında kalan hususlarda yapılmaktadır. Yatırım sözleşmeleri, sözleşmeye bağlılık ve sözleşme hükümlerinin tek taraflı olarak değiştirilememesi ilkelerinin hâkim olduğu salt özel hukuk alanı içinde kalmazlar. Aynı şekilde, bu sözleşmeler, toplumun çıkarlarının özel kişilerin sözleşmesel çıkarlarına üstün geldiği saf kamu hukuku kurallarının hakimiyeti altında da değildir. Bu belirsizlik, sözleşmenin taraflarının birbirleriyle bağdaşmayan menfaatlerinden kaynaklanmaktadır: Devlet, egemen ayrıcalıklar kullanmayı sürdürürken, yabancı yatırımcı da bunlardan kaçınmaya çalışmaktadır. Yabancı yatırımcıya göre ev sahibi devlet taahhütlerini yerine getirmelidir. Devlet ise kamu yararına uygun hareket etmekte ve kamu yararı gerektiriyorsa taahhütleri değişebilir olarak görmektedir²¹⁷.

Yatırım sözleşmelerinin bu melez niteliği sözleşmelerde özel hukuk ve kamu hukuku unsurlarının düzenli olarak bir arada bulunması ile yansıtılmaktadır.

²¹⁵ UNCTAD, International Investment Agreements Issues Paper Series, State Contracts (2004), s. 13. Daha ayrıntılı bir tanım, “bir devlet veya devlet ekonomisinin bir sektörünün tekel kontrolüne sahip devlet kuruluşu ile bu ekonomik sektördeki devlet veya devlet kuruluşunun uzun vadeli bir iş ilişkisi kurma niyeti ile o ülkeye giren yabancı bir varlık arasında yapılan bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Sornarajah, M.: International Commercial Arbitration—The Problem of State Contracts, London, 1990, s. 3.

²¹⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Ataman-Fıganmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, Public and Private International Law Bulletin, Y. 2012, Vol. 31, Issue 1, s. 91-152.

²¹⁷ Voss, s. 16-17.

Sözleşme ilişkisinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, borcun inkârı, sözleşmenin ihlali ve zararın tazmini gibi sözleşmelerin ticarî yönlerini düzenleyen kurallar, telif hakları, keşif maliyetleri ve geri dönüşüm oranları gibi ticarî nitelikteki bazı konular özel hukuk kurallarına göre yürütülmektedir. Buna karşın, sözleşmenin konusu, sözleşmenin ilgili devlet makamlarınca resmen onaylanması, ödenekler gibi hususlar kamu hukuku kuralları ile düzenlenmektedir²¹⁸.

Daha önce belirtildiği üzere 1950'lerin ortalarında uluslararasılaşma teorisi ile birlikte yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmadan önce bu tür sözleşmeler ev sahibi devlet hukukuna tâbiydi. 1950'lerin uluslararası tahkim heyetleri yatırım sözleşmelerinin taraflarının uluslararası hukuku uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerini kabul etmiştir²¹⁹.

Bu gelişmeler sonucunda pek çok devlette yatırıma ilişkin mevzuatta iyileştirmeler gerçekleştirilmiştir. Sözleşmeleri imzalayan taraflar değişmiş, devlet şirketleri sözleşmeleri imzalamaya başlamıştır. Yatırım sözleşmelerinin alanı genişleyerek, bu tür sözleşmeler sadece doğal kaynaklar alanında değil diğer ekonomik faaliyetler kapsamında da imzalanmıştır²²⁰.

²¹⁸ Voss, s. 17.

²¹⁹ Bordukh, O: Choice of Law in State Contracts in Economic Development Sector: Is There Party Autonomy? Bond University, Doktora Tezi, s. 75.

²²⁰ Voss, s. 24-25.

3.6.1. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılmasının Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkisi

Bu bölümün başında ortaya konulduğu üzere²²¹, geleneksel olarak bakıldığında, yatırım sözleşmesine uygulanacak hukuk ister taraflarca seçilen hukuk olsun, ister sözleşmenin ifa yeri veya en sıkı irtibatlı hukuk sıfatıyla ev sahibi devletin hukuku olsun sonuçta bir ulusal hukuktur²²². Bu nedenle sözleşmenin ifasına ilişkin sorunlar esas itibariyle ulusal hukuk kurallarının kapsamına girmektedir.

Uluslararası hukukun sözleşmeye uygulanması, ulusal hukukun uluslararası hukuka aykırı hükümler taşıması veya ulusal hukukun sorunun çözümü için yetersiz kalması gibi bazı şartların gerçekleşmesi halinde gündeme gelmelidir²²³. Uluslararasılaştırma teorisine göre ise, yatırım sözleşmeleri sadece ev sahibi devletin hukukuna değil, uluslararası hukuk, ulus ötesi hukuk, anasyonel hukuk veya gelişmiş ülkelerin kabul ettiği genel hukuk ilkeleri gibi harici bazı hukuk düzenlerine tâbi tutulmalıdır. Böylelikle, sözleşmesel ilişki, ev sahibi devletin yargılamasından ve hukukundan bağımsızlaşabilir ve ev sahibi devletin egemenlik sıfatına dayanarak yatırım sözleşmesini etkilemesi engellenebilir²²⁴. O

²²¹ Bkz. yuk. s. 68-69.

²²² Hukuk seçimine ilişkin objektif teori olarak adlandırılan bu teori sözleşmeyle en yakın ilişkili olan devlet hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir. *Serbian and Brazilian Loans* tahkiminde Uluslararası Adalet Divanı tarafların devlet olmayıp uluslararası hukuka tâbi olmayan sözleşmelerde ulusal hukukların uygulanacağına karar vermiştir. Subjektif teori ise tarafların gerçek iradelerinin tespitine yönelik yapılan bir çalışmadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Lalive, J-F: *Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company*, International and Comparative Law Quartely, Y. 1964, Vol. 13, s. 993.

²²³ Voss, s. 28.

²²⁴ Voss, s. 25-26.

halde, uluslararası hukuk veya bazı ulus ötesi hukuk kuralları tahkim yolu ile birlikte yatırım sözleşmelerini korumak için en iyi sistem olarak kabul edilmiştir²²⁵.

Ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasında bir uluslararası yatırım anlaşmasının olmadığı hallerde, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesinin uluslararasılaştırılması arzulanan düzeyde destek bulmamıştır. İlk olarak hakem heyetleri “uluslararasılaşma” ilkesine karşı istekli olmamışlardır²²⁶; ikinci olarak gelişmekte olan ülkelerdeki akademisyenler yoğun bir şekilde uluslararasılaştırmaya karşı çıkan tutum sergilemişlerdir²²⁷; son olarak gelişmekte olan ülkelerde de yatırımlarla ilgili ileri hukuk sistemlerin yaygın olarak kurulmaya başlamıştır²²⁸.

3.6.2. Yatırım Sözleşmelerinin Uluslararasılaştırılması

Yukarıda bahsedilen başarısızlık bir tarafa bırakılacak olursa, bir devlet ile yabancı bir yatırımcı arasında imzalanan sözleşmelerde uluslararası hukukun uygulamasını sağlamak için iki ana yaklaşımın bulunduğu söylenebilir: Uluslararası özel hukuk kurallarına başvurmadan yatırım sözleşmelerinin *doğrudan* uluslararasılaştırılması ve uluslararası özel hukuk kuralları vasıtasıyla yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırılması²²⁹. Her iki yaklaşımın da yatırım

²²⁵ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 223.

²²⁶ *The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Co. (Aminoil)* (1982) tahkiminde hakem heyeti uluslararasılaştırmayı reddetmiştir. Voss, s. 27.

²²⁷ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 223; Maniruzzaman, A. F. M.: *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, European Journal of International Law, Y. 2001, Vol. 12, No.2, 309 vd.

²²⁸ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 239.

²²⁹ *Direct and indirect internationalization of state contracts*.

sözleşmeleri bakımından ev sahibi devlet hukukunun dışlanması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir²³⁰.

3.6.2.1. Doğrudan Uluslararasılaştırma

Bu sistemde uluslararası hukukun uygulanması ulusal hukuk ya da uluslararası özel hukuk kurallarından bağımsızdır. Sözleşme, herhangi bir hukuk sisteminin müdahalesi olmaksızın dış bir hukuk sistemine doğrudan bağlı olmakta, böylece, yatırım sözleşmesi ev sahibi devlet hukukundan ve dolayısıyla ev sahibi devletin olumsuz etkisinden korunmaktadır. Bu sistemde, ev sahibi devlet hukuku yerine çeşitli hukuk sistemlerinin uygulanması önerilmektedir²³¹.

3.6.2.1.1. Yatırım Sözleşmelerine Uluslararası Hukukun Uygulanması

Devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmenin bir uluslararası hukuk aracı olmadığı ve dolayısıyla anlaşmalar hukuku çerçevesinde bir yükümlülük doğurmayacağına²³² ilişkin yerleşmiş görüşün aksine, diğer bir görüş yatırım sözleşmelerinin uluslararası anlaşmalarla benzerlik gösterdiğini bu sözleşmelerin kendilerinin uluslararası hukuk oluşturduğunu ve uluslararası hukukun kendilerine uygulanması gerektiğini savunmaktadır²³³. Bu görüş, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yatırım sözleşmesinin imzalanması ile yabancı yatırımcının uluslararası hukuk açısından kişi olarak tanındığını ve böylece yatırım sözleşmesinin, uluslararası anlaşma benzeri (*quasi treaty*) bir statü kazandığını kabul etmektedir²³⁴. Bu kapsamda imtiyaz sözleşmelerinin uluslararası düzeyde

²³⁰ Voss, s. 28.

²³¹ Voss, s. 29.

²³² Schwebel, A.: International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, 1993, s. 108.

²³³ Voss, s. 29.

²³⁴ Sornarajah (Power and Justice), s. 109.

korumaya sahip uluslararası sözleşmeler olduğu iddia edilmiştir. Bu iddia Uluslararası Adalet Divanında görülen *UK v. Iran*²³⁵ tahkiminde 1951 yılında İran tarafından *Anglo-Iranian Oil Company*'nin kamulaştırılmasında ilk kez ileri sürülmüştür²³⁶.

Yatırım sözleşmelerinin, uluslararası anlaşmalara benzetilmesindeki temel amaç, devletin yasama veya yürütme erkine sahip olması nedeniyle yatırımcı ile arasındaki sözleşmede yer alan haklara ve yükümlülöklere tek taraflı müdahale etmesini engellemek, böylece *pacta sunt servanda* ilkesini yatırım sözleşmelerine de uygulamaktır.

Bazı hakem kararlarının yatırım sözleşmelerini uluslararası anlaşmalar gibi değerlendirdiği görölmektedir. Örneğin, *Sapphire v. NIOC*²³⁷ tahkiminde sözleşmenin neredeyse uluslararası karakterli olması nedeniyle uyuşmazlık konusunun belirli bir hukuk sisteminden ayrıldığına karar verilmiştir. *TOPCO*²³⁸ ve *REVERE*²³⁹ tahkimlerinde de sözleşmenin karakteri uluslararası hukukun doğrudan uygulanması için bir gerekçe oluşturmuştur²⁴⁰.

Yatırım sözleşmelerine uluslararası hukuk karakteri veren dolayısıyla bu sözleşmelere uluslararası hukukun uygulanmasını savunanlar, yatırım

²³⁵ *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* <https://www.icj-cij.org/en/case/16>

²³⁶ Maniruzzaman, A.F.M.: *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View*, Wisconsin International Law Review 2001, Vol.20, No, 1, s. 5. Bu iddia İngiliz Hükûmeti tarafından 1951'de Uluslararası Adalet Divanı önünde, Anglo-İran Petrol Şirketi'nin İran (İngiltere / İran), 1952 ICJ Pleadings 124 ve Sözlü iddialar ve Belgeler 84 tarafından kamulaştırılmasından doğan davada yapıldı. (2 Temmuz), Şit Köşgeroğlu, B.: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, Ankara 2012, s. 200.

²³⁷ 1967 35 ILR.

²³⁸ *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Government of the Libyan Arab Republic* (1979) 53 ILR 389.

²³⁹ *Revere Cooper Brass Inc v OPIC* 1980 56 ILR 258.

²⁴⁰ Voss, s. 30.

sözleşmelerine uygulanacak hukuk kuralları bütünü oluşturulmasını nihai hedef olarak görmektedir. Bu amaçla, *lex mercatoria*'nın yatırım sözleşmelerine uygulanması dahi savunulmuştur. Bu görüşün tarafları, yatırım sözleşmelerine ilişkin hukuk kurallarındaki eksiklik nedeniyle, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında verilen hakem kararları ile oluşturulan içtihadın, devletin taraf olduğu kamu hukuku ilişkilerine de uygulanmasını savunmaktadır²⁴¹.

Yatırım sözleşmelerinin yatırım anlaşması ya da anlaşma benzeri olduğunun sadece bir ön kabulden ibaret olduğu, esasen yatırım sözleşmelerinin böyle bir niteliği bulunmadığı gerekçesiyle uluslararası anlaşma kurallarının yatırım sözleşmelerine uygulanmasına bazı yazarlar haklı olarak karşı çıkmaktadır²⁴². Bu kapsamda özellikle Anlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin²⁴³ yatırım sözleşmelerine uygulanması yönündeki çabaların söz konusu anlaşmanın sadece devletler arasındaki anlaşmaları içermesi nedeniyle zorlama bir yorum olduğu görüşüne katılıyoruz.

Öte yandan, yatırım sözleşmelerinin uluslararası anlaşmalarla eşit statüde sayılmasının pratik açıdan mümkün olmadığı, özel hukuk kişilerinin uluslararası hukuk öznesi olarak kabul edilmediği ve yatırım sözleşmelerinin

²⁴¹ Lord Mustill: The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty Years. https://www.trans-lex.org/126900/_mustill-michael-the-new-lex-mercatoria:-the-first-twenty-five-years-arbitl-1988-at-86-et-seq/

²⁴² Maniruzzaman (International Development Law), s. 5-6.

²⁴³ 23.05.1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 19.11.2007 ile 18.11.2008 tarihleri arasında imzaya açık kalmıştır. Türkiye imzacı devletlerden biri değildir. 17. maddesi uyarınca katılmaya açıktır. Anlaşma metnini imzalamayan Türkiye, ancak katılma yoluyla bağlanabilir. Anlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

devletin uluslararası sorumluluğuna yol açmadığı²⁴⁴ hususlarının da göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz²⁴⁵.

3.62.12. Yatırım Sözleşmelerinin Özgün Bir Hukukî Düzen Oluşturması

Yatırım sözleşmelerinin uluslararası anlaşma benzeri olması nedeniyle sözleşmenin taraflarının birbirine uygun karşılıklı iradelerinin bağımsız bir hukuk düzeni oluşturduğu ve bunun da sözleşmenin kendi hukuku olduğunu²⁴⁶ ileri sürülmüştür²⁴⁷. Bu görüş taraftarları²⁴⁸, sözleşmeyi herhangi bir hukuk sistemine bağlamayı reddetmekte ve irade özerkliğine gönderme yapmaktadır²⁴⁹. *Lex contractus* savunan bu görüşe göre, *lex contractus*'un bağlayıcı gücünün, *pacta sunt servanda* ilkesinden ve sözleşmelerin sonuçlandırılması ve geçerliliği ile ilgili diğer tüm genel hukuk ilkelerinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür²⁵⁰.

Bir Sözleşmenin tüm sorunlara cevap veremeyeceği gerçeği göz önüne alındığında, sözleşmenin yorumlanması ve boşlukların doldurulması için diğer bazı unsurların devreye girmesi gerektiği açıktır. Bu durumlarda, Uluslararası Adalet Divanı Tüzüğü'nün 38. maddesinin 1(c) bendinde belirtilen “medeni toplumlar tarafından benimsenen hukukun genel ilkeleri”ne başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür²⁵¹.

²⁴⁴ Şit Köşgeroğlu, s. 201

²⁴⁵ Voss, s. 29-30.

²⁴⁶ Hatta görüş sahipleri bunu *lex contractus* olarak adlandırmaktadır.

²⁴⁷ Lalive, Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company, s. 997; Verdross, A.: *Quasi International Agreements and International Economic Transactions*, YBWA 1964, Vol. 18, s. 230; Bourquin, M.: *Arbitration and Economic Development Agreements*, Bus. Law, Y. 1959/1960, Vol. 15, s. 868.

²⁴⁸ Verdross, s. 230; Bourquin, s. 868.

²⁴⁹ Maniruzzaman, A.F.M.: *Choice of Law In International Contracts- Some Fundamental Conflict of Laws Issues*, Journal of Int. Arbt., Y. 1999, Vol.16, s. 146.

²⁵⁰ Verdross, s. 234–235 vd.

²⁵¹ Lord Maclair tarafından savunulan görüşler için bkz. Bourquin, s. 868.

Bu görüş sözleşmelerin hukukî bir boşlukta var olamayacağı hususunu göz ardı ettiği için haklı olarak eleştirilmektedir. Buna göre, bir sözleşme ilişkisinin hukuken bağlayıcı sonuçlar doğurması için belirli bir hukuk düzeni tarafından idare edilmesi gerekmektedir²⁵².

3.6.2.13. Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuk ile Örtüşmesi

Uluslararası hukukun iç hukuk ile örtüştüğü hallerde, *Aminoil*²⁵³ ve *SPP v. Egypt*²⁵⁴ tahkimlerinde olduğu gibi, yatırım sözleşmelerine uluslararası hukukun uygulandığı görülmektedir. Söz konusu davalarda, ev sahibi devlet hukuku uygulanacak hukuk olmasına rağmen bu hukuk uluslararası hukuk ile çelişmemekteydi. Dolayısıyla, ilgili ulusal hukuk tarafından uluslararası hukukun benimsenmesi halinde uluslararası hukukun uygulanacağına kesin gözüyle bakılması gerektiği savunulmaktadır²⁵⁵. Bu yaklaşım, kanaatimizce uluslararası hukukun gerçekten de ev sahibi devletin hukuku ile örtüştüğü durumlar bakımından isabetli olabilir; ancak tüm yatırım sözleşmelerini ve ev sahibi devlet hukuklarını kapsayacak nitelikte değildir.

3.6.2.2. Dolaylı Uluslararasılaştırma

Dolaylı uluslararasılaştırma taraftarları, esas itibarıyla uluslararası özel hukuk kuralları yoluyla sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi sonucu bu

²⁵² Dolayısıyla, tarafların iradeleri, iradeye etki edecek yasal bir düzen üzerinde kurulmadıkça herhangi bir yasal etki yaratamaz. El Chitai, A.Z.: Protection of Investments in the Context of Petroleum Agreements, Hague Recueil Des Cours, Y. 1987(IV), s. 137-138; Lalive, Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company, s. 998; Voss, s.32.

²⁵³ *Government of Kowait v. Aminoil*, 66 ILR.

²⁵⁴ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, <https://www.italaw.com/cases/3300> .

²⁵⁵ Voss, s. 33-34.

durumun gerçekleştiğini savunmaktadır. *Serbian Loans*²⁵⁶ tahkim davasında verilen karar bu yaklaşımı yansıtmaktadır. Yatırım sözleşmelerinin tamamen ev sahibi devletin hukukundan koparılmış olduğu savunulsa da kanaatimizce hukuk seçiminin olduğu hallerde bu seçime dahi ulusal hukukun uluslararası özel hukuk kuralları izin vermektedir. Seçimin olmadığı hallerde ise, uluslararası özel hukuk kuralları muhtemelen ev sahibi devlet hukukunun en sıkı irtibatlı hukuk olarak uygulanmasını öngörecektir. Gerçekten de, uzun bir süredir, tarafların açık ya da örtülü olarak ev sahibi devletin hukukundan farklı bir hukuk sistemini seçmediği durumlarda, sözleşmeyle en sıkı irtibatlı hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir²⁵⁷.

3.6.2.2.1. Yatırım Uyuşmazlıkları Bakımından İrade Özerkliği

Bir yatırım sözleşmesine uygulanacak hukuku seçme hakkı uluslararası özel hukuk kurallarına dayansa da²⁵⁸, bu sözleşmelerde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü öngörülmüş ise, hangi hukuk düzeninin uluslararası özel hukuk kurallarının uygulanacağı tartışmalıdır.

Klasik görüş taraftarları²⁵⁹ esasa uygulanacak hukukun seçiminde *lex forin* uluslararası özel hukuk kurallarının dikkate alınması gerektiğini bunun da

²⁵⁶ Söz konusu uyuşmazlıkta Daimî Mahkeme (*Permanent Court*) uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası özel hukuk hükümlerine başvurmuştur. Sözleşme tarafı olan devlet dışında başka bir devlet hukukunun uygulanmasının tarafların açık iradesi olması ya da taraf iradelerinin yorumlanmasından böyle bir sonuç çıkması halinde söz konusu olacağına karar verilmiştir.

²⁵⁷ Voss, s. 35.

²⁵⁸ Lalive MTO'da görülen tahkimde milletlerarası özel hukukta sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca açık ya da zımni olarak seçilen hukuk olduğu ilkesinin evrensel olarak kabul gören bir ilke olduğunu ve uygulamada ortaya çıkan farklılığın ilkenin kendisinin değil ancak taraflar arasındaki hukuk seçimlerine ilişkin sınırlandırma olduğunu ifade etmiştir. MTO Karar No. 1512/24 Şubat 1971, 1YB. Comm. Arb. (1975), s. 128.

²⁵⁹ Tahkim yerindeki kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanması şeklindeki klasik yaklaşım uzun süre uygulanmıştır. Bu geleneksel yaklaşım 1957 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından Amsterdam kararı ile kabul edilmiştir. "Taraflar arasındaki farklılığın esasına uygulanacak hukuku belirlemek için hakem heyetinin bulunduğu yer kanunlar ihtilâfi kuralları takip edilmelidir" şeklinde

tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kuralları olduğunu ifade etmektedir ki bu görüş taraftarları tahkimin yerelleşmesi ilkesini savunmaktadırlar. *Alsing Trading Co. Ltd. v. The Greek State (1956)*²⁶⁰ ve *BP Exploration Co Ltd v Libyan Arab Republic (1979)*²⁶¹ davalarında verilen kararlarda bu görüş etkili olmuştur²⁶².

Diğer görüş ise tahkimin bir devletin yerel yargı yetkisine bağlanmasını kabul etmemektedir (*delocalization*). Geleneksel tahkim yeri teorisinin (*seat theory*) uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi ve dünya ekonomisinin küreselleşmesi nedeniyle taraftar kaybettiği ve uluslararası tahkimin artık yerel olmadığı (*delocalized*) kabul edilmektedir²⁶³. Bu görüş, hakemlerin yetkilerinin devletlerin egemenliğinden değil, tarafların anlaşmasından kaynaklandığını dolayısıyla uluslararası hakem kurullarının kendilerine ait bir *lex fori*'lerinin olmadığını kabul etmektedir²⁶⁴.

Uluslararası ticarî tahkim bağlamında son eğilim, *lex fori*'nin ya da tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının değil, irade özerkliği ilkesini içeren kanunlar ihtilâfının genel kurallarının uygulanması yönündedir²⁶⁵. Esasa

olan söz konusu karar uyuşmazlığın görüldüğü yerdeki hakemler ve hakimleri böylelikle benzeştirmiştir. İlk aşamada, Uluslararası Hukuk Enstitüsü toplantısında Sasuser Hall tahkimin kaynağının sözleşmeli olmakla birlikte yargı yetkisinin olması nedeniyle karışık bir yapıya sahip olduğunu ileri sürerek tarafların uygulanacak hukuk seçimi konusunda sınırsız özgürlüğe sahip olmadıklarını, ancak *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı sistemine başvurmaları gerektiğini vurgulamıştır. Bkz Croff, C: *The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?* Heinonline, Int. Law, Y. 1982, Vol. 16, No. 4, s. 617. Mann aynı görüşü tekrarlamıştır. Özel sözleşme şartlarından doğan herhangi bir özel tahkim işleminin ulusal bir niteliği olacaktır. Anlaşmalar ancak tahkimi kontrol eden devlet tarafından kabul edilmiş olmaları nedeniyle yürürlükte ve bunlar hiçbir şekilde yargılamalarda ulusal hukuk sisteminin üstünlüğünü etkilemezler. Özel kişinin sahip olduğu her hak *lex fori* olarak adlandırılabilir bir ulusal hukuk sistemi tarafından verilir: Paulsonn, s. 360.

²⁶⁰ 23 ILR 633.

²⁶¹ 53 ILR 297.

²⁶² Voss, s. 35-36.

²⁶³ Maniruzzaman, A.F.M: *Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues*, Journal of International Arbitration 1999, Vol. 16, No. 4, 1999, s. 151.

²⁶⁴ Voss, s. 37; Maniruzzaman (Choice of Law in International Contracts), s. 151.

²⁶⁵ Maniruzzaman (Choice of Law in International Contracts), s. 151.

uygulanacak hukuk bakımından irade özerkliği uluslararası tahkimin ayırıcı bir ilkesi haline gelmiş ve birçok hakem kararında dile getirilmiştir.

Yatırım sözleşmeleri söz konusu olduğunda sözleşmenin taraflarından birinin egemen devlet olması hukuk seçimi bakımından bazı sorunların tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Ev sahibi devletin egemen gücünü kullanarak kendi hukukunun uygulanması yönünde bir seçimi yatırımcıya dayatması mümkündür. Ayrıca, seçim olmasaydı uygulanacak hukuk esas itibariyle en sıkı irtibatlı hukuk sıfatıyla ev sahibi devletin hukuku olacağından, ev sahibi devletin hukuk seçimine yanaşmaması ya da hukuk seçimini sınırlaması söz konusu olabilir²⁶⁶.

Yatırım sözleşmelerinin baskın bir şekilde ev sahibi devlet ile ilişkisi bulunduğundan, doğal kaynaklar alanındaki sözleşmelerde fiyat, vergi ve çevre konularında ev sahibi devletin daha fazla bir kontrolü bulunmaktadır. Çevrenin korunması, kambiyo düzenlemeleri, gümrük mevzuatı ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup hukuk seçimine rağmen uygulanmasından kaçınılamayacak nitelikteki kurallardır.

Yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukukun seçimi yoluyla ev sahibi devlet hukuku dışında başka bir hukukun uygulanmasının sağlanması ev sahibi devletlerin yatırıma ilişkin mevzuatının olmadığı hallerde büyük önem taşımaktaydı. Ancak gelişmekte olan devletlerde yapılan yasal düzenlemeler ile

²⁶⁶ Voss, s. 38.

artık hukuk seçiminin bir gereklilik ve ihtiyaç olmaktan çıktığı kabul edilmektedir²⁶⁷.

Yatırım sözleşmelerinde irade özerkliğine karşı çıkanlar, yabancı yatırımcının esasen ev sahibi devlete kendi rızasıyla yatırım yaptığını ve bu amaçla devletle sözleşme imzaladığını, bu nedenle söz konusu devlet hukukunu daha en başında uygulanacak hukuk olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir. Öte yandan bu görüş, başka bir devlet hukukunun uygulanmasının ev sahibi devletin egemenlik haklarına hâlel getirdiğini savunmaktadır²⁶⁸.

İrade özerkliğine karşı çıkan görüşlere rağmen yatırım sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabilmekte ve tahkim yargılamalarında da kabul görmektedir. ICSID Sözleşmesinin 42. maddesi de irade özerkliğini kabul etmiştir. Dolayısıyla ICSID Sözleşmesinin tarafların iradeleri ile yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırılması ihtimaline izin verdiği söylenebilir.

Sonuç olarak yatırım sözleşmeleri bakımından irade özerkliği kapsamında tarafların ulusal hukuk, uluslararası hukuk ya da her iki hukuku birlikte seçebilecekleri kabul edilmektedir.

3.6.2.2.1.1. Ev Sahibi Devlet Hukukunun Seçimi

Yatırım sözleşmelerinde uygulanacak hukuk olarak açıkça ev sahibi devletin hukukunu seçme eğilimi bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmelerin ifası başta olmak üzere yatırımın ev sahibi devlet sınırları içerisinde gerçekleşmesi nedeniyle ev sahibi devletler kendi hukuklarının uygulanması konusunda ısrar

²⁶⁷ Sornarajah (International Law on Foreign Investment Law), s. 284.

²⁶⁸ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 237-239.

etmektedir. Ayrıca, ev sahibi devletin hukukunun zorunlu (*doğrudan-mandatorily*) olarak uygulanması gereken durumlar söz konusu olabilmektedir²⁶⁹. Yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırılması teorisi ev sahibi devletin hukukunun münhasıran uygulanmasının engellenmesini savunsa da, yatırımının yapıldığı yer ve çoğun kez ifa yerinin ev sahibi devlet olması, yatırımcının kendi isteği ile ev sahibi devletin alanına girmesi ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasını destekleyen hususlar olarak etkili olmuştur. Ayrıca, başka bir hukukun seçilmesi ev sahibi devletin egemenlik hakkının ihlali olarak da görülmektedir²⁷⁰. Nihayet, ev sahibi devletin hukukunun sözleşme ile en yakın bağlantıya sahip hukuk olması taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde yine ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir²⁷¹.

Yeni Zelanda ve Mobil Oil NZ arasındaki katılım anlaşması ICSID tahkim kaydını ve Yeni Zelanda hukukunun uygulanmasına ilişkin hukuk seçimi kaydını içermektedir²⁷². Yine İran Millî Petrol Şirketi ile *Ultamer* şirketi arasındaki 1979 yılında imzalanan hizmet sözleşmesi de sözleşmenin İran hukukuna göre yorumlanacağını ve yürütüleceğini düzenlemektedir. Ancak günümüzde doğrudan ve münhasır olarak ev sahibi devletin hukukunun seçilmesine sık rastlanmamakta, ev sahibi devlet hukuku, genellikle istikrar kaydı ya da uluslararası hukuk ile birlikte seçilmektedir²⁷³.

²⁶⁹ Maniruzzaman (State Contracts), s. 310.

²⁷⁰ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 238.

²⁷¹ Voss, s. 47-48; Sornarajah, Settlement of Foreign Investment Disputes, s.237.

²⁷² Begic, T.: Applicable Law in International Investment Disputes, The Netherlands 2005, s. 16.

²⁷³ Begic, s. 16.

3.6.2.2.1.2. Ev Sahibi Devlet Hukukunun İstikrar Kaydı ile Birlikte Seçilmesi

Sermaye ihraç eden ülkeler ev sahibi devletin egemenlik hakkını iki temel hukukî teknikle sınırlandırmak yoluna başvurmuşlardır. Öncelikle uluslararası yatırım sözleşmelerinin uluslararası hukuka tâbi olduğunu ileri sürmüşlerdir. İkinci olarak ise, sözleşmede istikrar kaydına yer vererek ev sahibi devletin sözleşmeyi mevzuat ya da idarî işlemler ile feshetme veya hükümlerini değiştirmenin önüne geçmek istemişlerdir. Ev sahibi devletin sözleşme hükümlerini sonradan yasa ile değiştirebilmesini sınırlandırmanın dayanağı olarak “sözleşmeye bağlılık” ilkesi gerekçe gösterilmiştir²⁷⁴.

Ev sahibi devletin hukukunu dondurma (*freezing clause*) olarak ortaya çıkan ilk istikrar kayıtları yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeyi ev sahibi devletin tek taraflı hukukî ve idarî işlemlerinden korumayı amaçlamaktadır. Uluslararası hukuk veya hukukun genel ilkelerinin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesiyle ev sahibi devletin hukuk kurallarının sözleşme üzerindeki etkisi bertaraf edilmeye çalışılırken, istikrar kayıtları ile de sözleşme imzalandıktan sonra ev sahibi devlet hukukunda yapılan değişikliklerin sözleşmeyi etkilememesi sağlanmıştır. Böylece yatırım sözleşmesinin hükümleri hukuk kurallarında sonradan yapılacak değişikliklere karşı korunmuş olmaktadır²⁷⁵.

Yatırım sözleşmelerinde yer alan istikrar kayıtlarının ev sahibi devleti gelecekte çıkaracağı mevzuatı yatırım sözleşmesine uygulamaması yönünde sınırlayıp sınırlamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüş devletin yabancı

²⁷⁴ Muchlinski, P.: *Multinational Enterprises and the Law*, Second Edition, Oxford 1999, s. 494.

²⁷⁵ Muchlinski, s. 496, Crockett, A.: *Stabilisation Clauses and Sustainable Development: Drafting for the Future, Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* edited by Brown, C./Miles, K., Cambridge 2012, s. 516-518.

yatırımcının korunması nedeniyle kendi yasama ve icra yetkilerini sınırlandıramayacağını ileri sürerken, diğer bir görüş istikrar kaydının ev sahibi devletin yasalarını ve idarî uygulamalarını değiştirmesine engel olmayacağını, ancak bu tür değişikliklerin istikrar kaydına dayanan kişiler aleyhine kullanılamayacağını savunmaktadır²⁷⁶.

İstikrar kayıtları tarafların niyetlerinin açık bir göstergesi olarak korunması gerektiği *Texaco* davasında²⁷⁷ Profesör *Dupuy* tarafından savunulmuştur. Bu davada, istikrar kaydı, devletin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik hakkının belirli süreli imtiyaz sözleşmesi kapsamında sınırlandırılması olarak değerlendirilmiştir²⁷⁸.

İkinci dünya savaşından sonra ev sahibi devletlerin sözleşmenin ihlali nedeniyle uluslararası hukuk açısından sorumlu olmasının kabul edilmesi, iki taraflı yatırım anlaşmalarında şemsiye hükümlere yer verilmesi ve sözleşmelerin uluslararasılaştırılması teorisi ile birlikte ev sahibi devletin hukukunu dondurma olarak tezahür eden klâsik istikrar kayıtları önemini kaybetmiştir. Özellikle bu tür dondurucu kayıtlarının olayların pek çoğunda uygulanma kabiliyetinin bulunmaması ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında kamulaştırmaya karşı güvenceler getirilmiş olması dondurucu etkiye sahip istikrar kayıtlarına ilgiyi azaltmıştır.

Devlet şirketlerinin sözleşmenin tarafı sıfatıyla enerji sözleşmelerinde yer almaya başlaması ve doğrudan doğruya devletin sorumluluğuna gitmenin sıkıntı yarattığı hallerde, hukuku dondurma olarak nitelendirilen bu tür klasik istikrar

²⁷⁶ Tiryakioğlu (Doğrudan Yatırımlar), s. 233-234.

²⁷⁷ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, <https://www.italaw.com/cases/257>.

²⁷⁸ Muchlinski, s. 496.

kayıtlarının yerini hukukta değişiklik riski (*change in law risk*) olarak adlandırılan istikrar kayıtları almıştır. Bu kapsamda ekonomik denge (*economic equilibrium*) kayıtları sözleşmelere eklenmiştir. Bu kayıt ile hukukta yapılacak herhangi bir değişiklikle yatırımcının yatırımlarının geri dönüşü olumsuz bir şekilde etkileniyorsa ev sahibi devlet ya da devlet şirketine orijinal ekonomik dengeyi sağlamaya yönelik tedbirler alma yükümlülüğü getirilmektedir²⁷⁹.

Mâli rejimde yapılan değişiklikler ya da öngörülebilirlik istikrar kayıtlarını koymadaki temel neden olmakla birlikte lisansların yenilenme şartları veya bazı onaylar gibi mâli olmayan rejimde yapılan değişiklikler de ikincil nedenleri oluşturmaktadır. Petrol sözleşmelerinde hukuktaki değişiklikler sonucunda yatırımcıya getirilen ilave maliyetler, ekonomik denge hükmünün işletilmesiyle elde edilen üründen devletin payının azalmasına neden olmaktadır. Ayrıca bu hükümle ev sahibi devletlere müzakere etme yükümlülüğü getirilmektedir²⁸⁰.

Aminoil tahkiminde²⁸¹ hakem heyeti ev sahibi devletin, sözleşme ile istikrar garantisi vermesinin engellenmeyeceğine karar vermiştir. Ancak, hakem heyeti devletin kamulaştırma gücünün sınırlandırılmasının açık bir hüküm

²⁷⁹ BTC Boru hattı projesinde Ev Sahibi Hükümet Anlaşması'nda (RG. 10.09.2000-24166 - mükerrer) hukukta değişiklik "*Herhangi dâhili veya uluslararası bir anlaşma veya sözleşme, bir mevzuat, yasama, karar, onay kararname, katılım veya müsaade; başka türlü bir taahhüt, politika veya ilan veya izin; şayet projenin uygulanışını olumsuz etkiliyor, aykırı oluyor veya çelişiyorsa veya projenin değerini sınırlıyor, azaltıyor veya olumsuz etkiliyorsa veya bu Anlaşma veya başka bir Proje Anlaşması tahtında verilen veya oluşan hak, imtiyaz, istisna, feragat, tazminat veya korumaları sınırlıyor, azaltıyor veya olumsuz etkiliyorsa tüm bunlar 7.2 (x)'unci Madde yarınca Hukukta Değişiklik olarak addedilecektir*" şeklinde ifade edilmiştir. Sonuç olarak Türk hukukundaki değişikliğin doğrudan veya dolaylı olarak sözleşmenin ekonomik dengesini bozması veya olumsuz etkilemesi halinde devlet makamlarının ekonomik dengenin yeniden sağlanması için gerekli işlemleri yapacağı düzenlenmektedir.

²⁸⁰ Crockett, s. 521.

²⁸¹ Bkz. yuk. dn. 253.

gerektirdiğini belirtmiştir. Hakem heyeti, devletin uzun süredir müzakere süreci sonucunda sözleşmede ortaya çıkan büyük değişiklikler bağlamında millîleştirme yetkisinin yasaklanamayacağı görüşündedir. Hakem heyeti, dönemsel yeniden müzakere ile getirilen imtiyazın değişen doğası gereği, istikrar kaydının mutlak karakterini yitirdiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, *Aminoil* kararının gerekçesine bakıldığında istikrar kaydının tek başına ev sahibi devletin gücünü etkili bir şekilde sınırlandıramadığı görülmektedir. *Aminoil* tahkiminde, şartlarda meydana gelen önemli değişiklikler sözleşme hükümlerinin yeniden görüşülmesinin bir gerekçesi olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, istikrar kaydının varlığının, yatırımın değerinin tam olarak bilinmesinden önce kararlaştırılan ve projenin ev sahibi devlete değerini olumsuz yönde etkileyecek anlaşmaların sürdürülmesinin haklı çıkarılmasına hizmet edemeyeceği varsayılabilir²⁸².

İstikrar kayıtlarının kullanılması yatırım sözleşmelerinde uygulanacak hukukun seçilmesinde olduğu gibi tarafların müzakere gücü ile ilişkilendirilmektedir. Petrol sektöründe petrol sözleşmelerinin ev sahibi devletin hukukuna ve yargısına tâbi olması 1970'li yıllarda ev sahibi devletlerin gücünün artması ile yaygınlaşmaya başlamıştır. Ancak söz konusu gücün yabancı yatırımcılara geçmesi ev sahibi devletin hukukunda istikrar kaydına benzer hükümlerin yer alması ile sonuçlanabilmektedir. Dolayısıyla istikrar kaydının resmi

²⁸² Muchlinski, s. 497.

olarak kullanımında azalma olsa dahi uluslararası yatırım sözleşmelerindeki hukukî etkilerinin varlığını devam ettireceği kabul edilmektedir²⁸³.

İstikrar kayıtları geçmişte belirli bir işlevi yerine getirmiş olsa da, bu kayıtların tek başına yeterli olmadığı ve uyuşmazlıkların uluslararası arenada çözülmesinin önemli olduğu vurgulanmaktadır. 2006 yılında karara bağlanan *Duke Energy Intemational Peru Investments No. 1, Ltd., v. Republic of Peru* (ICSID Case No. Arb, 03/28) ICSID davasında, uyuşmazlık Peru ve Duke Energy arasındaki istikrar sözleşmesinden (*Legal Stability Agreement*) kaynaklanmıştır. Söz konusu sözleşmede yabancı yatırımcının temel haklarının korunması taahhüt edilirken, eşit muamele görme ve ayrımcılığa maruz kalmama, dövizlerin serbestçe dönüştürülebilmesi, sermayenin ve kârın serbest transferi ve telif hakları gibi hakların yanı sıra gelir vergisi istikrarı hakkı ve uyuşmazlıkları uluslararası tahkim ile çözme güvencesi de hüküm altına alınmıştır²⁸⁴.

İstikrar hükümlerine yatırım anlaşmalarında yer vererek yatırımcıya koruma sağlaması çok karşılaşılan bir durum olmasa da, bazı yatırım anlaşmalarında değişik vesilelerle soruna değinilmiş olduğu görülmektedir²⁸⁵. Bu açıklamalar istikrar hükümlerinin tamamıyla gereksiz olduğu anlamına

²⁸³ Muchlinski, s. 497. İstikrar kaydının âdil ve eşit davranma yükümlülüğü ve tarafların haklı beklentileri ile ilişkisi için bkz. Arato, J.: *The Logic of Contract in the World of Investment Treaties*, William&Mary Law Review, Y. 2016, Vol. 58, Issue 2, s. 387.

²⁸⁴ Maniruzzaman, A.F.M.: *National Laws Providing for Stability of International Investment Contracts: A Comparative Perspective*, Journal of World Investment & Trade, Y. 2007, Vol. 8, Issue 2, s. 238.

²⁸⁵ 1999 tarihli BTC Hattına ilişkin Azerbaycan, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki Hükümetlerarası Anlaşma'nın 2 (1)'de Anlaşma'nın iç hukuk açısından hakim bir hukukî rejim oluşturduğu, anlaşmada ve ev sahibi hükümet anlaşması'ndaki hakların, güvencelerin, garantilerin ve imtiyazların iç hukuk tahtında "hakim hukukî rejim" olarak geçerlik kazanmasının sağlanacağı ve bu amaçla anlaşmanın ilgili hükümlerinin kanunlaştırılması dahil gerekli hukukî düzenlemelerin yapılacağı kabul edilmiştir. Yine, madde 2(5)'te ise hükümetlerarası anlaşmanın ve bu anlaşmada yer alan yükümlülüklerin Anayasa ile uyumlu olduğu ve bu anlaşma ve diğer proje anlaşmalarının iç hukukta "hakim hukukî rejim olacağının garanti edilmiştir. Anlaşma metni için bkz. RG. 10.09.2000-24166 (mükerrer).

gelmemektedir. Özellikle, istikrar kaydı ve birçok yatırım anlaşmasında yer alan âdil ve eşit muamele standardı arasında önemli bir bağlantı olduğu kabul edilmektedir²⁸⁶.

3.6.2.2.1.3. Üçüncü Bir Devletin Ulusal Hukukunun Seçilmesi

Yatırım sözleşmelerinde çok sık karşılaşılmamakla beraber üçüncü bir devletin veya yatırımcının tâbi olduğu devletin hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi mümkün iken ev sahibi devletler haklı olarak bu seçeneği kabul etmemektedir. Bu durum yatırım sözleşmesinin tüm öğelerinin ev sahibi devlet ile ilişkili olması nedeniyle yatırımcı açısından da pratikte uygun bir seçenek olarak görülmemektedir. Kredi sözleşmeleri bu durumun istisnalarından birini teşkil etmektedir. Kredi sözleşmelerinde genellikle ödünç verenin tâbi olduğu hukuk ya da önemli finans merkezlerinin olduğu yer hukuku (New York gibi) uygulanacak hukuk olarak seçilmektedir. Diğer istisnai durum ise yapım sözleşmelerinde görülmektedir. Bu sözleşmelerde İsviçre hukuku tarafsız hukuk olması nedeniyle taraflarca seçilmektedir²⁸⁷.

3.6.2.2.1.4. Uluslararası Hukukun Seçilmesi

Uluslararasılaştırma teorisine göre yatırım sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak hangi hukuk seçilirse seçilsin uluslararası hukuk söz konusu hukuk seçiminin önüne geçerek ağır basan hukuk olarak uygulanmalıdır²⁸⁸.

²⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cameron, P.: *Stabilization and the Impact of Changing Patterns of Energy Investment*, Journal of World Energy Law and Business, Y. 2017, Vol. 10, Issue 5, s. 389–403.

²⁸⁷ Begic, s. 17-18.

²⁸⁸ Maniruzzaman (State Contracts), s. 309.

Sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin bir hükmün olmasının ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uluslararası hukuka atıf yapmasının²⁸⁹, istikrar kaydına yer verilmesinin, uyuşmazlıkların tahkim yolu²⁹⁰ ile çözülmesi gibi hususların irade özerkliğinin ve dolayısıyla yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırılması iradesini ortaya koyduğu bu hallerde sözleşme ile uluslararası hukuk arasında doğrudan bir bağlantı kurulduğu iddia edilmektedir²⁹¹. Ne var ki, tarafların sözleşmeyi uluslararasılaştırmaya yönelik gerçek iradelerinin böyle unsurlar ile varsayılıyor olması yoğun tartışmaların yaşanmasına neden olmaktadır²⁹². Yukarıda ifade edildiği üzere, istikrar kaydı ile ev sahibi devletin topraklarında gerçekleşen bir faaliyet için geçerli olan hukuku dondurma hedeflenebilmekte ve konu ile gelecekteki yasama faaliyetlerinin sözleşmelere uygulanması engellenmektedir. Hatta bir devletin yasama faaliyeti konusunda devletler arasında varılan bir anlaşma ile dahi kısıtlama yapılabilir ki bu durum uluslararası hukukta tanınmaktadır. Buna rağmen, böyle bir durum hiç bir şekilde ev sahibi devletin egemenliğini kendi ülkesine kâr arayışı için gönüllü olarak giren yabancı bir varlığa teslim edilebileceği olarak kabul edilmemiştir²⁹³. Uluslararası tahkim kaydının mevcudiyeti halinde zaman zaman bazı ev sahibi devletlerin hukukunda yargılama yetkisinin münhasıran yerel mahkemelerde olması nedeniyle söz konusu devletin anayasa ve mevzuatına aykırılık ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukuk veya hukukun genel

²⁸⁹ Lalive, Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company, s. 994, Sornarajah, Settlement of Foreign Investment Disputes, s. 253.

²⁹⁰ Lalive, Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company, s. 994.

²⁹¹ Maniruzzaman (State Contracts), s. 316, Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 255.

²⁹² Maniruzzaman (State Contracts), s. 316.

²⁹³ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 255-256.

ilkelerine atıf yapılan hallerde dahi ev sahibi devletin zorunlu uygulanan (*mandatory*) hukuk kurallarının bertaraf edilemeyeceği, uluslararası hukuk kurallarının kesin olmadığı ve bu kuralları tespit etmenin hakemlerin bireysel çabalarına kaldığı, hukukun genel ilkelerinin de açık ve net olmadığı ifade edilmektedir²⁹⁴.

Sonuç olarak uluslararası hukuka atıf yapan hukuk seçimleri yabancı yatırımcıların pazarlık gücünün bir sonucu olarak kabul edilmekte devlet uygulamaları haline gelmediği ileri sürülmektedir²⁹⁵.

Pyramids olarak da adlandırılan *SSP* tahkiminde²⁹⁶ ICC hakem heyeti Mısır hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul etmekle beraber uluslararası hukukun Mısır hukukunun bir parçası olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti Mısır hukukuna atıfta bulunmanın uluslararası hukukun ilkelerini içerecek şekilde yorumlanması gerektiğini ve Mısır hukukuna ancak bu ilkelere aykırı olmadıkça güvenilebileceğini ifade etmiştir. Hakemlerin uluslararası hukuk ilkeleri ile ulusal hukuk arasında uyumsuzluk olması halinde uluslararası hukuk ilkelerinin ulusal hukuku geçersiz kılacağına karar vermesi uluslararası hukukun ulusal hukuk

²⁹⁴ Sornarajah Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 256.

²⁹⁵ Sornarajah (Settlement of Foreign Investment Disputes), s. 257.

²⁹⁶ *SPP Ltd and Southern Pacific Projects v Egypt ve EGOH* (1988) www.icsidfiles.worldbank.org, s 350-353.

üzerindeki üstünlüğü olarak kabul edilmiş ve bu durum genel olarak *monist* doktrinin²⁹⁷ bir ifadesi olarak ortaya çıkmıştır²⁹⁸.

Söz konusu kararda hakem heyeti uluslararası hukuk ilkeleri ile ulusal hukuk arasında çatışma olması halinde uluslararası hukuka üstünlük tanımıştır. Böyle bir durumda irade özerkliği ilkesine aykırılık söz konusu olduğu gibi taraflarca ulusal hukuk seçilmesine rağmen herhangi bir araştırma yapmadan uluslararası hukukun ulusal hukukun bir parçası olduğunu varsaymak tehlikeli kabul edilmektedir²⁹⁹.

Dualist teoride³⁰⁰ ise ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk farklı olsa da uluslararası hukukun uygulanması uluslararası hukukun ulusal hukuka dâhil edilmesi veya ulusal hukukun bir parçası haline gelmesi ile mümkündür. Böyle bir durumda ulusal hukuk kendi sınırlarında uluslararası hukukun geçerliliğini ve işleyişini şarta bağlamıştır. Ulusal hukuk uluslararası hukuk karşısında üstünlüğe sahiptir ve bu durum daha ziyade yerel mahkemelerde uluslararası hukuk ilkeleriyle

²⁹⁷ Bu görüşe göre dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzen olup uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu durumda sorun hangi hukuka üstünlük verileceğidir. İç hukukun üstünlüğünü savunan görüş uluslararası alanda devletler üstü bir otoritenin yokluğu ve anlaşmaları yapma yetkisinin anayasalarda tanınmış olması bunu doğrulamaya yetmektedir. Ancak çoğunluk uluslararası hukukun üstünlüğünü benimsemektedir. Bu görüşlerden gerçekçi okul taraftarları uluslararası hukuk ile devletler çerçevesinde gerçekleşen daha küçük toplulukların iç hukukunun sürekli çatışma içinde olmayacağı, her toplumlararası kuralın iç hukuka üstün olduğunu ve iç hukukun uluslararası hukuka bağımlı olduğunu savunmaktadır. Normcu okul taraftarları ise *pacta sunt servanda*nın tek ilke olduğunu ve iç hukuk ve uluslararası hukukun bu ilkeye dayandığını, birbirleriyle eş olan iç hukuk kurallarını düzenlemek için onların üzerinde bir hukuk düzenine ihtiyaç vardır ki uluslararası hukuk bu görevi görmektedir. Bkz. Pazarcı, H.: Uluslararası Hukuk, Ankara 2019, s. 21-22.

²⁹⁸ Maniruzzaman (State Contracts), s. 318.

²⁹⁹ Maniruzzaman (State Contracts), s. 318.

³⁰⁰ Bu görüşe göre uluslararası hukuk ve iç hukuk birbirlerinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzeni oluşturmaktadır. Çünkü her iki hukuk düzeninin düzenledikleri toplumsal ilişkiler değişiktir. Her hukuk düzeni birbirinden farklı olduğu için çatışması da söz konusu değildir. Bir hukuk düzeninin ötekinde geçerli olan kurallardan yararlanabilmesi içim ya bir düzenden diğerine aktarma(atıf) ya da aktarma(iktibas) yapılması gerekmektedir. Bkz. Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 19-20.

çelişen ulusal hukuk kurallarına öncelik verilmesinde görülmektedir³⁰¹. *Aminoil* tahkiminde³⁰² *ad hoc* hakem heyeti, Kuveyt hukuku ile birlikte bu hukukun bir parçası olan uluslararası hukuku uygulamıştır. Hakem heyeti Kuveyt hukukunu inceleyerek Kuveyt hukukunun uyuşmazlık konusuna ilişkin uluslararası hukuk ile çelişmediğini tespit etmiş ve dolayısıyla Kuveyt hukukunu öncelikli olarak uygulamıştır³⁰³.

Hukuk seçiminde irade özerkliği hem uluslararası kamu hukuku, hem uluslararası özel hukuk tarafından kabul edilen bir ilkedir³⁰⁴. Dolayısıyla çağdaş uluslararası hukukta tarafların ulusal hukuk seçimine ilişkin iradesini bertaraf edip uluslararası hukuka öncelik veren bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla ulusal hukuk ve uluslararası hukukun uygulanacak hukuk olarak birlikte seçildiği hallerde her iki hukukun da uygulanması gerekmektedir³⁰⁵.

Yatırım sözleşmelerinin taraflarından birinin devlet olması ve devletin uluslararası hukuka tâbi olması sonucu uygulanacak hukuk ev sahibi devletin ulusal hukuku olarak seçilse dahi, ev sahibi devletin yabancılara uluslararası asgarî standartların altında kalmayacak işlem yapması gerektiği, sadece bu açıdan bakıldığında uluslararası hukukun ulusal hukukun üzerinde bir işleve sahip olacağı kabul edilebilir³⁰⁶. Dolayısıyla, taraflarca ulusal bir hukuk seçimi yapıldığında ICSID Konvansiyonu madde 42(1) ilk cümle kapsamında irade özerkliği

³⁰¹ Maniruzzaman (State Contracts), s. 319.

³⁰² Yuk. dn. 253.

³⁰³ Redfern, A./Hunter, M./Blackaby, N./Partasides, C.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, London 2004, s. 103-104.

³⁰⁴ Jennings, R.: *State Contracts in International Law*, British Yearbook of International Law, Y.1961, Vol. 37, s. 178.

³⁰⁵ Maniruzzaman (State Contracts), s. 322.

³⁰⁶ Maniruzzaman (State Contracts), s. 323.

doğrultusunda uluslararası hukuk uygulanmayacaktır. Sadece uluslararası hukukun uygulanması zorunlu kuralları (*mandatory*), uluslararası asgarî muamale standardı gibi ilkeler seçilen hukuk ne olursa olsun uygulama alanı bulacaktır.

Hakemler tarafların hukuk seçimine ilişkin iradesinin ötesine geçerek bu hukuk seçimine ilave olarak ya da bunu bertaraf edecek şekilde anasyonel hukuk kurallarını uygulayabilir mi sorusunun cevabı uluslararası tahkim heyetinin niteliği ve buna ilişkin yetkide saklıdır. Örneğin, İran-Birleşik Devletler Talepler (*Iran-United States Claims*) tahkim yargılamalarında, hakem heyeti belirli hallerde tarafların iradesini göz ardı ederek anasyonel kuralları uygulamışlardır. Burada hakem heyeti kendilerine Talepleri Uzlaştırma Bildirimi (*Claims Settlement Declaration*) ile verilen geniş takdir yetkisini kullanmıştır. MTO Tahkim Kuralları madde 21(2) hakemlere taraflarca seçilen bir hukuk olması halinde dahi ticarî örf ve âdeti uygulama imkânı vermektedir. Taraflarca seçilen hukuk kuralları ticarî örf ve âdete aykırılık teşkil ederse hakemlerin ticarî örf ve âdeti uygulama yetkileri bulunmaktadır. Aynı şekilde NAFTA³⁰⁷ ve EŞA³⁰⁸ kapsamında oluşturulan hakem heyetleri de tarafların seçtikleri hukuk ne olursa olsun uyuşmazlıkları anlaşma hükümleri, uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkelerine göre çözme yetkisine sahiptir. Bu durum taraflar sözleşmelerinde uygulanacak hukuk olarak ulusal bir hukuk seçtiklerinde dahi veya hukuk seçiminin olmadığı halde kanunlar ihtilâfî kurallarının ulusal bir hukuku işaret etmesinde NAFTA ve EŞA hakemleri anlaşma hükümleri ve uluslararası hukukun ilkelerine öncelik verebileceklerdir. Bu durumda hakemler yetkilerini kendilerini oluşturan uluslararası araçlardan

³⁰⁷ Madde 1131(1).

³⁰⁸ Madde 26(6).

almaktadır. Devletin yabancı yatırımcı ile arasındaki sözleşmenin ihlali nedeniyle uluslararası sorumluluğu ise bu hakem heyetlerinin oluşumuna dayanmaktadır. Ancak uygulamada hakemlerin ICSID Sözleşmesinin 42. maddesinin birinci ve ikinci paragrafı arasındaki sınırı bulanıklaştırdıkları görülmektedir. Madde 42(1)'de yer alan açık hükme rağmen tarafların hukuk seçimi olarak ulusal hukuku seçmeleri halinde dahi Konvansiyonun 42(1) maddesi kapsamında uluslararası hukuku uygulandığı görülmektedir. *LETCO*³⁰⁹ ve *SPP*³¹⁰ davasında verilen hakem kararlarında tarafların ev sahibi ülke hukuku seçimlerine rağmen uluslararası hukuk kontrol sistemi ya da boşluk doldurmak için uygulanmıştır. Ne var ki, seçilen hukuktaki boşluğun da o hukuk kapsamında doldurulması gerekir. Tarafların ulusal hukuk seçimlerinin göz ardı edilmesi hem Sözleşmenin 42(1) maddesinin ilk paragrafını anlamsız hale getirmekte hem Sözleşme tarafından verilen yetkiye aykırılık teşkil etmektedir³¹¹.

Bir görüş uyarınca, uluslararası hukukun yatırım sözleşmelerine uygulanması sözleşmesel yükümlülüklerin uluslararası hukuka göre belirlendiği anlamına gelmektedir. Sözleşmedeki kayıt uluslararası hukukun bir parçası haline gelmemekte ve uluslararası hukukta genel bir yükümlülük doğurmamaktadır. Nitekim uluslararası sözleşmeler uluslararası hukukta norm oluşturan değil normlara bağlı ikincil hukukî ilişkilerdir³¹².

Uluslararası hukukun uygulanmasına ilişkin tüm bu görüşlere rağmen uluslararası hukukun yatırım sözleşmelerinde devlet ile özel yatırımcı arasındaki

³⁰⁹ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, <https://www.italaw.com/cases/3545>.

³¹⁰ Bkz. yuk. dn. 296.

³¹¹ Maniruzzaman (State Contracts), s. 324-328.

³¹² Voss, s. 45.

ilişkilere uygulanmasında yetersiz kaldığı durumlar da bulunmaktadır. Yatırım uyuşmazlıkları iç hukukun mülkiyetle (*property*) ilişkili hususlarını da ilgilendirmektedir. Uluslararası hukukun mülkiyet hukukuna ilişkin hükümler içermemesi nedeniyle bu konularda iç hukukun uygulanması zorunlu olmaktadır³¹³.

Sonuç olarak bir yatırım sözleşmesine uygulanabilir hukuk olarak uluslararası hukukun seçimi, hukuk sistemi böyle bir seçim yapılmasına izin verdiği sürece mümkündür. Dolayısıyla, uluslararası hukuk seçimi meşru bir seçim olmakla birlikte bütünüyle belirleyici bir seçim değildir. Nitekim yatırım sözleşmelerinde uluslararası hukuka atıf yapmak uluslararası hukukun devlet ile özel kişi olan yatırımcı arasındaki ilişkiler açısından belirsiz hükümler içermesi nedeniyle çok da tercih edilen bir yol değildir³¹⁴.

3.6.2.2.2. Örtülü Hukuk Seçimine Yüklene Anlamlar

Yatırım sözleşmelerinde taraflar uygulanacak hukuku açıkça seçmeseler de, bazı hakem kararları sözleşme hükümlerini tarafların uluslararası hukuku seçmek istedikleri ya da olumsuz bir seçim yaparak ev sahibi devlet hukukunu seçmedikleri şeklinde yorumlamıştır³¹⁵. Söz konusu hakem kararlarında, istikrar kaydı ve uluslararası tahkim kaydı bu amaçla kullanılmıştır. Ancak, bu yaklaşım eleştirilere maruz kalmıştır. Bir görüşe göre bu durum istikrar kaydı için doğru olsa da devletin egemenlik hakkını kısıtladığı için meşruluğu tartışılmalıdır. Tahkim kaydı ise tarafların uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözme konusundaki iradelerini ortaya koymakta, esasa uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir

³¹³ Voss, s. 45-46.

³¹⁴ Voss, s. 47.

³¹⁵ Begic, s.57.

yükümlülük getirmemektedir³¹⁶. Bununla birlikte, uyuşmazlığın tahkime sunulmasında kurumsal tahkim kuralları uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içeriyorsa, bu kurallar vasıtasıyla uluslararası hukukun uygulanması ihtimali ortaya çıkabilir. TOPCO tahkiminde³¹⁷ uluslararası tahkime başvurunun kabul edilmesi örtülü hukuk seçimi olarak yorumlanmıştır. Ancak, uluslararası tahkim yolunun seçimi sadece tahkim yargılaması konusunda tarafların iradesini ortaya koymakta olup, taraflarca açık hukuk seçimi yapılmadığı hallerde örtülü hukuk seçimi olarak değerlendirilemez. Meğer ki, hakem heyetinin uyguladığı kurumsal tahkim kuralları uluslararası hukukun uygulanmasını öngörmüş olsun. Bu ise, örtülü bir hukuk seçimi olmayıp ilgili tahkim kurallarının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁸.

3.6.2.2.3. Hukuk Seçiminin Olmadığı Hallerde Uygulanacak Hukuk

Bir yatırım uyuşmazlığında taraflar genellikle uygulanacak hukuk konusunda mutabık kalmamaktadır. Böyle bir durumda hakem heyetlerine millî tahkim kanunları, tahkim kuralları, İran-Birleşik Devletler Taleplerin Uzlaştırma Bildirimi veya ICSID Konvansiyonu'nda yer alan uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kurallar rehberlik etmektedir. Dolayısıyla taraflarca esasa uygulanacak hukukun seçilmediği durumlarda hakemlerin mevcut uyuşmazlığa ulusal ve / veya uluslararası hukuku uygulama yetkilerinin olup olmadıkları hususu tartışılmaktadır. Bu konuda başvurulacak araçlar farklılık göstermektedir³¹⁹.

³¹⁶ Voss, s. 49.

³¹⁷ *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, ILM, 1978, Clunet 1977, s. 350 vd.

³¹⁸ Voss, s. 50.

³¹⁹ Kjos, H.E.: *Applicable Law in Investor-State Arbitration; the Interplay Between National and International Law*, Oxford 2013, s. 80.

3.6.2.2.3.1. Belirli Bir Tahkim Usulünün Seçilmesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Tarafların bir hukuk seçimi yapmadıkları halde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği hakemlerin belirli kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak dolaylı olarak (*voi indirecte*) ya da bu tür kuralları uygulamadan doğrudan (*voie directe*) uygulama yapmalarına göre değişiklik göstermektedir. Dolaylı ve daha geleneksel yöntem, UNCITRAL Model Kanunu ile yer almaktadır. Doğrudan yöntem ise *delocalization* kuramının tahkim süreci üzerindeki etkisini yansıtan yenilikçi yaklaşımdır. Doğrudan yöntem, Stockholm Ticaret Odası, Milletlerarası Ticaret Odası gibi kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında kabul edilmiştir³²⁰.

Ev sahibi devlet hukukunun ve uluslararası hukukun uygulanmasını sağlayan ICSID Sözleşmesinin 42 (1). maddesinin ikinci cümlesinde “ağırlık merkezi” kıstası dolaylı olarak yansıtılmıştır. Anılan maddenin ikinci cümlesinde, tarafların uygulanacak hukuku seçmediği durumlarda ev sahibi âkit devletin hukukunun kuralları ile (bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları dahil olmak üzere) uluslararası hukukun uygulayabileceği ifade edilmektedir. Bu hükümle ev sahibi devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağını öngörülmesi bazı durumlarda başka bir devletin maddî hukukunun uygulanması ihtimalini içerebilir. Yatırımın ticarî bir kredi şeklinde olması bu durumun en yaygın örneğidir³²¹.

³²⁰ Doğrudan yöntemin hakemlere herhangi bir hukuk seçimi kuralını tanımlama zorunluluğu getirmemesine rağmen belirli bir hukuku seçme ve uygulama konusundaki nedenlerini açıklaması gerektiği savunulmaktadır. Kjos, s. 80-82. Nitekim burada aslında kanunlar ihtilâfı kurallarının bir nevi uygulamasının söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Heiskanen, V: ‘And/Or: *The Problem of Qualification in International Arbitration*, Arbitration International, Y. 2010, Vol. 26, No, 4, s. 441 vd.

³²¹ Parra, A.: Applicable Law in Investor-State Arbitration, s. 5, <https://www.arbitration-icca.org>.

ICSID Sözleşmesinin 42 (1). maddesinin ikinci cümlesinde yer alan hükmün asıl özelliği, uluslararası hukuka gönderme yapmasıdır. Hükmün belirttiği gibi, hakemler uyuşmazlıkla ilgili tarafların hukuk seçiminin olmadığı hallerde ilgili iç hukuka ve “uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına” uymak zorundadır. ICSID Sözleşmesinin hazırlayanlar, diğer olasılıkların yanı sıra, yürürlükteki iç hukukta bir boşluk olması durumunda hakemlerin bu hüküm uyarınca boşluğu doldurmak için uluslararası hukuka başvurabileceklerini öngörmüştür. Daha da önemlisi, bu hükmün hakemlere, uyuşmazlık konusu eylemin veya iç hukukun uluslararası hukuku ihlal ettiği hallerde normal şartlarda uygulanacak olan iç hukuku bir bırakarak uluslararası hukuku uygulamalarına izin verdiği ifade edilmektedir. Ev sahibi devletin yatırımcıya zarar verecek şekilde iç hukukunu değiştirdiği hallerde, uluslararası hukukun devletin egemenliğini sorgulamadığını ancak söz konusu eylemle yatırımcının haklarına zarar verilmesi nedeniyle ev sahibi devletin uluslararası hukuk kapsamında sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir³²².

Sadece yatırım sözleşmesi kapsamında çıkan uyuşmazlıklarda, *Amco Asia Corp. V Indonesia*³²³ ve *Liberian Eastern Timber Corp. V. Republic of Liberia*³²⁴ ICSID tahkimlerinde olduğu gibi, hakemler ICSID Konvansiyonu madde 42(1) kapsamında uluslararası hukuk kurallarına boşluk doldurmak ya da iç hukuk kurallarının uluslararası hukuk kuralları ile çatışması halinde uluslararası hukuka öncelik vererek uygulama yönünde bir eğilim sergilemişlerdir³²⁵.

³²² History of ICSID Convention, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>, s. 803-804, 984-986.

³²³ ICSID Case No. ARB/81/1, <https://www.italaw.com/cases/3475>.

³²⁴ LETCO tahkimi bkz yuk. dn. 309.

³²⁵ Parra, s. 6.

Tipik bir yabancı yatırım sözleşmesi olan doğal kaynaklar imtiyaz sözleşmelerinde kanunlar ihtilâfı kuralları ev sahibi devletin maddî hukukunun uygulanmasını öngörmektedir.

Tarafların hukuk seçiminin olmadığı hallerde uluslararası hukukun uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesinde tahkim kurallarının doğrudan uygulamayı yansıttığı hallerde uluslararası hukukun uygulanması hakemlere tanınan tam bir özgürlükle mümkündür. Buradaki sorun dolaylı yöntemde kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Kanunlar ihtilâfı kurallarının ulusal hukuk sistemlerine gönderme yapsa da³²⁶ ağırlık merkezi kıstasını kullanan kanunlar ihtilâfı kurallarının uluslararası hukukun uygulanmasına izin verecek şekilde genişletilebileceği ileri sürülmektedir. Bu durumda, hakem heyetleri tarafından uygulanacak hukuk tayin edilirken bazı kurumsal tahkim kurallarında ifade edildiği gibi “*uygun görülen hukuk kuralları*”nın veya “*en yakın ilişkili hukuk*”un uygulaması halinde bazı taleplerin uluslararası hukuk düzeni merkezinde yer aldığı ve dolayısıyla uyuşmazlığa uluslararası hukukun uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bazı millî tahkim kanunlarında uluslararası hukukun uygulanması engellense de, söz konusu kanunlar genellikle tarafların tahkim kurallarını seçmelerine izin vermektedir. Bazı tahkim kuralları da hakemlerin kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmaksızın doğrudan uygulanacak hukuku tespit etmelerine izin verebilir ve bu durum uluslararası hukukun uygulanması ile sonuçlanabilir³²⁷.

³²⁶ Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 83.

³²⁷ Kjos, s. 86.

3.6.2.2.3.2. Belirli Bir Tahkim Usulünün Olmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

Bu durumda hakemlerin uygulanacak hukuk konusunda dava şartlarını da dikkate alarak karar vermeleri gerektiği kabul edilmektedir. Burada uluslararası tahkimin millî bir karakterinin (*localization*) olduğunu veya olmadığını (*denationalization, delocalization*) ileri süren iki teorik yaklaşım önem taşımaktadır.

Hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri konusundaki özerklikleri millî olmayan tahkim teorisinde önemli rol oynamaktadır. Hakemlerin tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda kendilerinin uygun gördükleri kanunlar ihtilâfî kuralları çerçevesinde uygulanacak hukuku tayin edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu süreçte hakemlerin ilgili kanunlar ihtilâfî kuralını seçme konusunda özgür oldukları benimsenmiştir³²⁸.

Tahkimin millî karakterli olmasına ilişkin teori kapsamında ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurulmaktadır. Bu kapsamda, hakemler sözleşmenin imzalandığı yer, ifa edildiği yer hukuku, borçlunun ulusal hukuku veya ikametgâhı hukuku gibi bağlama kurallarını kullanmaktadır. Bu teori kapsamında, bazı yazarlar, hakemlerin taraflarca tahkim yeri olarak seçilen yerin (*seat of arbitration*) kurallarına göre uygulanacak hukuku tayin etmeleri gerektiğini ileri sürmektedirler. Tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanmasına yönelik gelenekselleşmiş

³²⁸ Maniruzzaman, A.F.M.: *International Commercial Arbitration: The Conflict of Laws Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements*, Netherlands International Law Review, Y.1993, Vol. 40, Issue 2, s. 202.

bu yaklaşım genel kabul görse de ³²⁹ esasında hakemlerin millî yargıçlar gibi yargı yeri bulunmadığından, bu yargı yerinin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olmadığı ileri sürülmektedir. Tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarını eleştirenler uyuşmazlığın bu yer ile gerçek bir bağlantısının olmayabileceğini ve taraflarca tahkim şartında tahkim yeri belirtilmemiş ise bu yerin tamamen tesadüfî olduğunu bu nedenle tarafların sözleşmeyi ifa ederken aslında uygulanacak hukuk hakkında bir fikirlerinin olmadığını savunmaktadır³³⁰.

Hakemlerin bir *lex foris*inin olmadığını savunanlardan bazıları da, hakemlerin yargıçların aksine yetkilerini taraflar arasındaki sözleşmeden aldıklarını ve hakemliğin bağımsız ve özerk bir kurum olması nedeniyle hakem ile ulusal kanunlar ihtilâfı kuralları arasında mekanik bir bağ olmadığı ileri sürmektedir. Sözleşmesel ve özerk uluslararası hakemlik kurumu teorisi olarak anılan bu yaklaşım, uluslararası bir hakemin *lex fori*'sinin olmadığı olgusuna dayanmaktadır. Bu durumun hakemleri, uluslararası tahkimi ulusal hukuktan olabildiğince ayırmak yönünde bir eğilime ittiği savunulmaktadır³³¹.

Uygulanacak hukukun ister kanunlar ihtilâfı kuralı temelinde, ister kanunlar ihtilâfı kuralları kullanılmadan doğrudan tespit edilerek uygulanması söz konusu olsun, hakemler tahkim yerinin bağlama kuralları veya milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine başvurabilir. En yakın ilişkili yer hukukunun uygulanmasını gerektiren objektif yaklaşım ev sahibi devlet hukukunu işaret ederken, sübjektif yaklaşım olarak adlandırılan ve tarafların niyetleri araştırılarak

³²⁹ Sapphire tahkimi 35 ILR s.171, *BP v Libya* tahkimi 53 ILR s. 309, *Government of Kuwait v. Aminoil*, 66 ILR s. 560.

³³⁰ Maniruzzaman (International Commercial Arbitration), s. 206-207.

³³¹ Maniruzzaman (International Commercial Arbitration), s. 215.

uygulanmasını amaçladıkları hukukun da ev sahibi devlet hukukuna işaret ettiği savunulmaktadır³³².

Yatırım tahkimi uygulamasında da bu yöntem sonucu ulaşılan hukukun genellikle ev sahibi devletin hukuku olduğu görülmektedir. *MTO SPP (Middle East) Ltd - Arab Republic of Egypt* (1983) tahkiminde³³³ uygulanacak hukukun sözleşmede belirtilmemiş, yani ev sahibi devlet hukuku seçilmemiş olsa bile aynı hukukun kanunlar ihtilâfına ilişkin genel ilkeleri uygulanarak ev sahibi devletin hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir³³⁴.

Yatırım sözleşmelerinde ev sahibi devlet hukuku ile sözleşme arasında açık bir bağlantı olsa da bu sözleşmelerin birçoğunda tarafların başka bir sonuca ulaşmak konusundaki niyetleri görülmektedir. Tarafların bu niyetleri sözleşmede uluslararası tahkimi öngören mutabakatlarından veya açık veya örtülü olarak hukukun genel ilkelerini uygulanacak hukuk olarak seçmelerinden çıkarılmaktadır³³⁵. Yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkiminde parçalanma (*depeçage*) veya uygulanacak hukukun bölünmesi eğilimi bulunmaktadır. *Kuwait v Aminoil*³³⁶ tahkiminde Kuveyt Hükûmeti imtiyaz sözleşmesi gibi karmaşık sözleşmelerde belirli konuların bir hukuk sisteminin

³³² Lalive, *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company*, s. 993, <https://www.jstor.org>. Bu konuda *Serbian Loan* tahkimi kararı örnek olarak gösterilmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkta Daimî Mahkeme (*Permanent Court*) uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası özel hukuk hükümlerine başvurmuştur. Sözleşme tarafı olan devlet dışında başka bir devlet hukukunun uygulanmasının tarafların açık iradesi olması ya da taraf iradelerinin yorumlanmasından böyle bir sonuç çıkması halinde söz konusu olacağına karar verilmiştir. Maniruzzaman (*International Commercial Arbitration*), s. 213.

³³³ Bkz yuk. dn. 296.

³³⁴ Kjos, s. 83.

³³⁵ Lalive, *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company*, s. 994.

³³⁶ Bkz. yuk. dn. 253.

kapsamında olabileceğini diğer konuların ise başka bir hukuk sistemine ait olabileceğini, ev sahibi devlet sınırları dışında gerçekleşen faaliyetlerde başka hukuk sisteminin devrede olacağını belirterek *Aramco* tahkiminde varılan sonucun bu durumu yansıttığını beyan etmiştir. Dolayısıyla ev sahibi devlet hukuku genel olarak devletin münhasıran yasama yetkisi, sözleşmeye bağlı haklara müdahale etme veya bunları değiştirme veya sözleşmeyi feshetmesine sebep olan diğer imtiyazlarda hakemler tarafından uygulanırken tazminat veya hukukî yollar (*remedies*) konusunda milletlerarası hukuk, hukukun genel ilkeleri gibi millî olmayan standartlara başvurulmaktadır. Tazminat ve hukukî talepler konusunda tarafların niyetlerinin millî olmayan standartları işaret ettiği genel olarak sözleşmede yer alan iyi niyet, istikrar, tahkim şartı gibi belirli maddelerden veya yatırım sözleşmesinin doğasından kaynaklanan maddelerden çıkarılmaktadır³³⁷. Daha önce de belirtildiği üzere bu sözleşmesel unsurlar sözleşmenin uluslararasılaştırılması ve dolayısıyla belirli konularda millî olmayan standartların uygulanması için göz önüne alınmaktadır.

Sonuç olarak, taraflarca atanan hakemler, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmek için değişik kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurmakta serbesttir. Ancak bu serbesti keyfilik olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla hakemlerin kararlarında keyfilikten kaçınmaları için bazı ilkeleri takip etmeleri gerektiği *Kuwait v Aminoil* tahkiminde de ileri sürülmüştür. Bu konuda yarışan üç görüş bulunmaktadır. İlki uyuşmazlık konusunun yakın ilişkide olduğu kanunlar ihtilâfî sistemlerinin toplu bir şekilde uygulanması, ikincisi uluslararası kanunlar ihtilâfî kuralları veya milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması,

³³⁷ Maniruzzaman (International Commercial Arbitration), s. 230-232.

üçüncüsü ise hakemlerin kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan uygulanacak hukuku doğrudan tespit etmeleri halidir³³⁸.

3.7. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Bakımından Uygulanacak Hukuk

Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38(1) maddesine göre anlaşmalar uluslararası hukukun bağlayıcı kaynakları arasında sayılmıştır.

Yatırım tahkiminin konusunu teşkil eden anlaşmalar³³⁹ iki devlet arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmaları veya çok taraflı yatırım anlaşmaları olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk ikili yatırım anlaşması 1959 yılında Almanya ve Pakistan arasında imzalanmış ve 2020 yılı başında ile bu sayı ikili yatırım anlaşmaları ve yatırım içeren uluslararası anlaşmaların toplam sayısı 3287'ye³⁴⁰ ulaşmıştır. Çok taraflı anlaşmalar ise bölgesel veya sektörel olabilir. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması ve Güney Doğu Asya Ülkeleri İşbirliği Anlaşması bölgesel çok taraflı anlaşmalara³⁴¹, Enerji Şartı Anlaşması ise sektörel çok taraflı yatırım anlaşmalarının en çok bilinen örnekleridir.

UNCTAD tarafından hazırlanan uluslararası yatırım anlaşmalarına ilişkin raporda 2019 yılı sonu itibarı ile yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim davalarının sayısının ICSID ve diğer tahkim yolları dahil olmak üzere 1023

³³⁸ Maniruzzaman (International Commercial Arbitration), s. 219

³³⁹ Yatırım anlaşmaları haricinde, her devlet yabancı yatırımların korunmasını kendi mevzuatı ile de düzenlemektedir. Bu düzenlemeler de yatırım tahkimine dayanak oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerin bazı ortak özellikler taşıdığı görülmektedir: McLachlan/ Shore/Weiniger, s. 25-26. Yatırımların korunması yasalarında da genellikle ikili yatırım anlaşmalarına benzer âdil ve eşit muamele, kamulaştırma şartları gibi yatırımcıyı koruyucu hükümlere ve uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülmesi yer almaktadır. *SPP v Egypt* tahkiminde ICSID hakem heyeti yetkisini araştırırken 1974 Mısır yasasına atıfta bulunmuştur. Mısır söz konusu yasa ile uluslararası tahkimi mekanizmasını düzenlemiş, yatırımcının tahkime başvurusu ise kabul olarak nitelendirilmiştir.

³⁴⁰ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

³⁴¹ Sırasıyla, *North American Free Trade Agreement-NAFTA*, *Association of South East Asian Nations-ASEAN*.

olduğunu ve bunların 674'ünün sonuçlandığını ve sonuçlanan davalar 246'sının ev sahibi devlet, 198'inin ise yatırımcı lehine sonuçlandığı açıklanmıştır³⁴².

3.7.1. Anlaşmalarda Uygulanacak Hukuka Yer Verilmesi

NAFTA ile başlamak üzere EŞA ve bazı yatırım anlaşmalarında uygulanacak hukuka ilişkin hükümlere yer verilmiştir. NAFTA, m. 1113(1) uyuşmazlıkların anlaşma ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına göre çözüleceğinden, EŞA, m. 26(6) ise uyuşmazlıkların anlaşma ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ve ilkelerine göre çözüleceğinden bahsetmektedir.

İkili yatırım anlaşmalarının çoğu uygulanacak hukuka ilişkin açık bir hüküm içermezler³⁴³. Böyle bir durumda uyuşmazlıkların “anlaşma hükümlerine göre çözülmesi” söz konusu olup, esasa uygulanacak hukuk anlaşmaların kendisidir. Anlaşmaların yorumlanmasında 1969 tarihli Anlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi³⁴⁴ uygulanmaktadır. Viyana Sözleşmesinin uygulanması anlaşmaya taraf devletlerin Viyana Sözleşmesine taraf olması nedeniyle ya da Viyana Sözleşmesine taraf olunmasa bile Sözleşmenin uluslararası örf ve adet hukuku olması nedeniyle kabul edilmektedir³⁴⁵.

Sıklıkla, ikili yatırım anlaşması hükümleri “uluslararası hukukun ilkeleri” veya “uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları” ile birlikte

³⁴² <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

³⁴³ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG. 16.05.2000-24051), Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG.15.01.1995-22172), Türkiye Cumhuriyeti ile İran arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG. 25.02.2005-25738), Türkiye Cumhuriyeti ile Yemen arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG. 18.12.2003- 25320).

³⁴⁴ Bkz. yuk. dn. 243.

³⁴⁵ McLachlan/ Shore/Weiniger, s. 66.

uygulanmaktadır. Uygulanacak hukuk kuralına ilave olarak ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasını öngören bir kural da içerebilir³⁴⁶. Bazı ikili yatırım anlaşmaları anlaşmaya, ev sahibi devlet hukukuna ve taraflar arasındaki belirli anlaşmalara gönderme yapmaktadır³⁴⁷.

Bazı ikili yatırım anlaşmaları da, numarasız ve sıralanmamış olarak ve öncelik olmaksızın farklı uygulanacak hukuk kümelenmesini düzenlemektedir³⁴⁸. Bu durumda uygulanacak hukuka ilişkin olarak anlaşmada öngörülmüş olan listenin “açık bir hukuk seçimi olup olmadığı” sorusuna verilecek cevap hakemlerin yorumuna kalmıştır.

Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt tahkiminde³⁴⁹ Yunanistan ile Mısır arasındaki ikili yatırım anlaşmasının “hakemlerin uyuşmazlığı hukuka saygı temelinde özellikle mevcut anlaşma, iki âkit devlet arasındaki ilgili anlaşma hükümleri ve uluslararası hukukun genel olarak kabul gören ilke ve kurallarına göre çözeceğine” ilişkin hükmü ICSID Sözleşmesinin 42(1). maddesinin ilk cümlesi kapsamında hukuk seçimi olarak görülmemiştir. Sonuçta, ICSID Sözleşmesinin anılan maddesinin ikinci cümlesi

³⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, ev sahibi devlet hukuku ve taraflarca kabul edilen uluslararası hukukun ilgili hükümlerine atıf yapmaktadır. (RG. 02.05.2013- 28635).

³⁴⁷ Banifatemi, Y.: "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* 485 (K. Yannaca-Small ed.), 2nd ed. 2018), s. 197-198.

³⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG. 02.05.2013- 28635), Türkiye Cumhuriyeti Nijerya arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma, (RG. 10.11.2012-28438). Ayrıca, Hollanda ile Çek Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine ilişkin Anlaşma.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/55/czechia>.

³⁴⁹ ICSID Case No. ARB/99/6, <https://www.italaw.com/cases/699>.

uygulanarak anlaşmanın maddî hükümleri ve anlaşma hükümleri ile geçersiz hale gelmeyen Mısır hukukunun kuralları uygulanmıştır³⁵⁰.

ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. v. Republic of Hungary tahkim davasında ise³⁵¹ Macaristan ve Kıbrıs arasındaki anlaşmada uygulanacak hukuka ilişkin benzer bir ifade olmasına rağmen aksi yönde karar verilmiştir. Kararda, tarafların tahkime rıza göstermelerinin, anlaşmada öngörölmüş olan hukukların uygulanmasını kabul ettikleri ve bu durumun ICSID Sözleşmesinin 42(1) maddesinin ilk cümlesi kapsamında örtölü hukuk seçimi teşkil ettiğine karar verilmiştir³⁵².

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi v. Argentina davasında³⁵³ Arjantin ve Fransa arasında ve Arjantin ile İspanya arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmaları uygulanmıştır. Söz konusu anlaşmalarda uygulanacak hukuka ilişkin hükümler yukarıda yer alan anlaşmalar ile benzerlik göstermektedir. Kararda, uygulanacak hukuka ilişkin ifadenin ICSID Sözleşmesi, m. 42(1) ilk cümle kapsamında taraflarca seçilen hukuk kuralları olduğuna hükmedilmiştir³⁵⁴.

Yukarıda zikredilen hakem kararlarının ortaya koyduğu üzere uluslararası yatırım anlaşmalarında birden çok hukuk kaynağının sayılarak bunların göz önüne alınacağına ilişkin hükümlerin uygulanacak hukukun seçimi olarak

³⁵⁰ Thomas, C./ Dhillion, H.K.: *Applicable Law Under International Investment Treaties*, 26 Singapur Academy of Law Journal 2014, s. 988.

³⁵¹ ICSID Case No. ARB/03/16, <https://www.italaw.com/cases/41>.

³⁵² Thomas/Dhillion, s.989.

³⁵³ ICSID Case No. ARB/03/19, <https://www.italaw.com/cases/1057>.

³⁵⁴ ICSID dışında UNCITRAL tahkim kuralları gibi diğer uyuşmazlık çözüm yollarının seçilmesi halinde de sonucun değişmeyeceği savunulmaktadır: *CME Czech Republic BV (the Netherlands) v the Czech Republic* UNCITRAL tahkimi. <https://www.italaw.com/cases/281>, Thomas/Dhillion, s. 991-992.

değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna farklı hakem kararları farklı cevaplar vermektedir. Önemli olan, uygulanacak hukuka ilişkin seçimin açık bir şekilde yapılması ve tarafların iradesine uygun olarak bu hukukun uygulanmasıdır. *CME v. Czech Republic*³⁵⁵ arasında Hollanda ve Çek Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım anlaşması temelinde UNCITRAL tahkim kurallarına göre başlatılan tahkimde bu husus tartışılmıştır. Anlaşmanın 8(6). maddesi hakem heyetinin uyuşmazlıkların çözümünü özellikle ilgili âkit tarafın yürürlükteki hukuku, anlaşma hükümleri ve taraf devletler arasındaki diğer anlaşmalar ve hukukun genel ilkelerini ama bunlarla da sınırlı olmayacak bir şekilde dikkate alacağını öngörmektedir. Hakem heyeti bu hükmü esnek bir şekilde de olsa hukuk seçimi olarak değerlendirmiştir. Kararda hakem heyeti, anlaşmada yer alan uygulanacak hukuka ilişkin ifadenin hakemlere uygulamada herhangi bir öncelik vermeden geniş bir takdir yetkisi verdiğini belirtmiş ancak tarafların niyetinin bu yönde olup olmadığını tartışmamıştır³⁵⁶. Hakemler genellikle anlaşma hükümlerinin diğer kaynaklara göre öncelikli olduğuna karar vermekle birlikte bazı hakemler anlaşmaların ulusal hukuk ile birlikte uygulanmasına karar vermişlerdir³⁵⁷.

Bununla birlikte, uluslararası yatırım anlaşmalarında birden çok hukukun listelendiği bu gibi hallerde hakem heyetinin tarafların niyetini araştırması ve tespit etmesi gerekir. O halde, hakemler ICSID Sözleşmesi, m. 42(1)'de öngörüldüğü üzere hukuk seçimin yapıldığı hallerde seçilen hukuka saygı göstermek zorundadırlar. Ancak ikili yatırım anlaşmasının tarafları yatırımcı ve ev

³⁵⁵ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Final Award <https://www.italaw.com/cases/documents/284>.

³⁵⁶ Banifatemi, s. 198-199.

³⁵⁷ Thomas/Dhillon, s. 978.

sahibi devlet değil, yatırımcının mensup olduğu devlet ve ev sahibi devlettir. Bu durumda, iki taraflı yatırım anlaşmasına ve oradaki uygulanacak hukuka ilişkin hükme dayanılarak, anlaşmanın tarafı olan ev sahibi devlet ile tarafı olmayan yatırımcı arasında hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varmak isabetli bir yaklaşım değildir. İşte bu nedenle, hakemlerin tarafların niyetine ilişkin yorum yapmaları gerekir.

3.7.2. Anlaşmalarda Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümlerin Bulunmadığı Durumda Uygulanacak Hukukun Tayini

Yatırım anlaşmalarına dayanarak başlatılan tahkim davalarında ilgili anlaşmanın uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme yer vermediği durumlarda, uygulanacak hukukun belirlenmesi tahkimin hangi tahkim kuralları kapsamında başlatıldığına göre farklılık göstermektedir.

Tahkim kuralları genellikle taraflarca hukuk seçiminin olmadığı hallerde hakemlerce belirlenecek bir hukuk sistemi ya da hukuk kurallarına gönderme yapmaktadır. Örneğin, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 22 (1) maddesi uyarınca tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olması durumunda ev sahibi devletin hukuku ya da uluslararası hukuka gönderme yapılmaksızın “hakem heyetinin en uygun gördüğü hukuk veya hukuk kurallarının” uygulanacağı öngörülmüştür. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 33 (1) maddesi ise hakem heyetinin, uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuku uygulayacağını öngörmektedir. Bu örneklerde doğrudan belirli hukuk kurallarını belirlemek yerine hangi hukuk sisteminin uygulanabilir olduğunu belirlemek için kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurulması öngörülmektedir. MTO Tahkim

Kurallarının 21. maddesi ise hakemlerin uygun gördüğü hukuku uygulayacağını ve esas sözleşme hükümlerini ve varsa ilgili ticarî örf ve adetleri de göz önünde bulunduracağını öngörmektedir. ICSID Sözleşmesi, m. 42(1), taraflarca hukuk seçmemiş olması halinde hakemlerin kanunlar ihtilâfı kurallarını da içine alacak şekilde ev sahibi devlet hukukunun ve uygulanabilir olan uluslararası hukuk kurallarının uygulayacağını öngörmektedir³⁵⁸.

*AAPL v Sri Lanka*³⁵⁹ tahkiminde yatırım anlaşmasının hukuk seçimindeki rolü incelenmiştir. Kararda, Sri Lanka ve Birleşik Krallık arasındaki ikili yatırım anlaşmasında ICSID tahkimine yer verildiği, ancak uygulanacak hukuka işaret edilmediğini bu kapsamda ICSID Sözleşmesinin 42(1). maddesinin ilk cümlesinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Hakem heyeti tahkim başvurusunun anlaşmadan kaynaklandığını ve uyuşmazlık taraflarının önceden uygulanacak hukuk seçimi konusunda imkânlarının olmadığını ve uygulanacak hukukun uyuşmazlık taraflarının davranışlarından çıkarılması gerektiğine karar vermiştir. Sonuçta hakem heyeti ikili yatırım anlaşmasının *lex specialis* olarak uygulanması konusunda tarafların mutabık olduğunu ve anlaşma hükümlerinden uluslararası hukuk ve ulusal hukukun ilgili kurallarının ek kaynaklar olarak belirlendiğini ortaya koymuştur³⁶⁰. Benzer bir gerekçe Amerika Birleşik Devletleri ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanılarak yürütülen *Azurix v Argentina*³⁶¹ ve *LG&E v. Argentina*³⁶² tahkim yargılamalarında da kullanılmış

³⁵⁸ Banifatemi, s. 201.

³⁵⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, <https://www.italaw.com/cases/96>.

³⁶⁰ Thomas/Dhillon, s. 993.

³⁶¹ ICSID Case No. ARB/01/12, <https://www.italaw.com/cases/118>.

³⁶² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, <https://www.italaw.com/cases/621>.

uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte ilgili yatırım anlaşmaları uygulanacak hukukun ana kaynağı olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, anlaşmada uygulanacak hukuk olarak anlaşmanın kendisine atf yapılmış olduğu sonucuna varılmıştır. Böyle durumlarda, anlaşmanın ilgili hükümlerinin uygulanacak hukuk olarak mı yoksa tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler olarak mı değerlendirileceği tartışması gündeme gelmektedir. Diğer bir deyişle, anlaşma hükümleri talebin temelini oluşturan birincil kurallar olarak mı, yoksa hukukun tespiti açısından birincil kuralların doğru şekilde uygulanmasını sağlamak için tasarlanmış ikincil kurallar olarak mı muamele görmelidir? Yatırım anlaşmalarında yer alan kamulaştırma yasağı, uygun ve etkili tazminat gibi muamele standardına ve tazminatın standardına ilişkin kuralların ihlal edildiğine ilişkin uyuşmazlıklarda hakemler tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemek için anlaşma hükümlerini uygulamak ile yükümlüdür. Ancak bu hükümlerin uygulanması, söz konusu yatırım anlaşmasını, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk haline getirmez.³⁶³.

*Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*³⁶⁴ tahkiminde Mısır ve Birleşik Krallık'ın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmasında uygulanacak hukuk ilişkin hüküm bulunmuyordu, Uyuşmazlığın anlaşmanın ihlali olduğu konusunda taraflar mutabık kaldığı için hakemler anlaşmayı birincil kaynak olarak uygulamıştır. Bununla birlikte, uyuşmazlığın tarafları on üç maddeyi içeren yalnızca yedi sayfalık bir kısa bir anlaşmanın uygulanacak hukukun tüm kurallarını içermediğini ileri sürmüş ve hakemler de bu görüşü paylaşmıştır. Mısır devleti

³⁶³ Banifatemi, s. 206-207.

³⁶⁴ ICSID Case No. ARB/98/4, <https://www.italaw.com/cases/1162>.

Mısır hukukuna dayanırken, davacı zamanaşımı konusunda Mısır hukukuna ve uluslararası hukuka dayanmıştır. Hakem heyeti, Mısır tarafının Mısır Medeni Kanunu ve her iki devletin hukuk sistemi açısından âdil sayılacak zamanaşımı iddiasına geçmeden âdil ve eşit muamele ve kamulaştırma iddiası için kararını tamamen anlaşılmaya dayandırmıştır. Dolayısıyla hakem heyeti, ICSID Sözleşmesinin 42(1). maddesi kapsamında dikkate alınması gereken iki hukuk sisteminin sıralanması konusu ile karşı karşıya kalmıştır³⁶⁵. Sonuçta, ulusal kanunlarda yer alan zamanaşımı süresinin uluslararası bir anlaşmanın ihlali halinde uluslararası hakemlik müessesini bağlamadığını (ve kuralın İtalya-Venezuela Alacak Komisyonunda 1903 yılında kabul edildiğini) ifade etmiştir. Hakem heyeti, Mısır'ın ICSID Sözleşmesi, m. 42(1)'in ulusal hukukun uygulanması yönündeki hükmünü, uluslararası hukukun uluslararası bir hakem heyeti tarafından uygulanmasının ancak ulusal hukukun uluslararası hukuk ile çeliştiği hallerde söz konusu olacağını ve böyle bir durumda uluslararası hukukun öncelikli olacağını ancak Mısır hukukunun zamanaşımına ilişkin hükmünün anlaşma ihlali dikkate alınmayacağını belirtmiştir³⁶⁶.

Wena Hotels kararında uyuşmazlık konusunda uluslararası hukukun ulusal hukuk gibi uygulanması gerektiği ve uluslararası hukukun uygulanması için ulusal hukukta bir boşluk ya da eksikliğin olup olmadığına bakılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Bu kapsamda, Komite hakem heyetinin özellikle

³⁶⁵ Hakem heyeti, İran-ABD Talep Mahkemesinin (*Iran-US Claims Tribunal*) kararlarına atıf yaparak, uygulanacak hukukun İran hukuku olmasına rağmen zamanaşımı konusunda İran hukukunu uygulamasını reddetmesine dayanmıştır.

³⁶⁶ Mısır, hakem heyetinin Mısır hukuku yerine anlaşma hükümlerini uygulayarak, yetkisini aştığı gerekçesiyle hakem kararın iptalini talep etmiş, ancak *ad hoc* komite iptal talebini reddetmiştir. Komite iptal talebini, ICSID Konvansiyonu madde 42 (1) hükmünün ulusal hukuk ve uluslararası hukukun uygulanması arasında keskin bir çizgisi bulunmadığı, dolayısıyla hakem heyetinin takdir ve yorumlama yetkisi olduğunu belirtilerek reddetmiştir.

bileşik faiz konusunda uluslararası hukuka başvurmasını doğru bulmuş ve Mısır hukukunun basit faiz kuralı ile elde edilemeyen ve ikili yatırım anlaşması uyarınca derhal, yeterli ve etkili tazminatın uluslararası hukuk standardının gerek duyduğu şekilde bileşik faiz ile ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶⁷.

Wena Hotels davasında hakem kararının iptaline bakan *ad hoc* komitenin kararına kadar hakem uygulamaları ve doktrin ev sahibi devlet hukukunun öncelikli rolüne odaklanmış ve ulusal hukukta boşluk olması veya ulusal hukukun uluslararası hukukun temel normlarıyla bağdaşmayan hükümlerinin olmasına yoğunlaşmamıştı. Gerçekten de uluslararası hukukun maddî hukuk olarak doğrudan ve ev sahibi devlet hukuku araştırılmadan uygulanması *ad hoc* iptal komitesi kararına kadar tam anlamıyla uygulama bulmamıştır. Söz konusu iptal talebinde uyuşmazlık konusu olan kira sözleşmesinin (*lease contract*) Mısır hukukuna tâbi olmasına rağmen hakem heyetinin Mısır hukukunu uygulamamasına dayandırılmıştır. Yatırımcı kira sözleşmesi ile ikili yatırım anlaşmasının farklı olduğunu, kendisinin anlaşmaya aykırılığa dayandırdığı tahkim talebinin anlaşma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Ad hoc* komite yatırımcı ile aynı görüşü paylaşarak Mısır hukukuna tâbi kira sözleşmesi ile yatırımcının talebini dayandırdığı ve uygulanacak hukuk hükmü içermeyen ikili yatırım anlaşmasının konularının farklı olduğunu belirtmiştir. Uygulanacak hukukun olmaması nedeniyle ICSID Sözleşmesinin, 42(1). maddesinin ikinci cümlesi kapsamında ulusal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi inceleyen, Komite ulusal hukukun uluslararası hukuk ile birlikte uygulanabilceğini ancak ulusal hukukta boşluk olup olmadığına bakılmaksızın uluslararası hukukun

³⁶⁷ Banifatemi, s. 202-203.

uygulanmasının haklı gerekçelerinin olması halinde tek başına uygulanacağını belirtmiştir³⁶⁸.

Wena Hotels tahkimi dikkate alındığında hakemlerin uygulanacak hukuk olarak ulusal hukuk ve uluslararası hukuk konusunda takdir yetkilerini cömert bir şekilde kullandıkları görülmektedir. Ancak söz konusu tahkimde iptal komitesi hakemlerin uygulanacak hukuka ilişkin kararlarını gerekçelendirmek zorunda olduklarını, sözleşme taleplerinin normalde ulusal hukuk kapsamında çözülmesi gerektiğini, ICSID Sözleşmesi kapsamında böyle bir talep bakımından da taraflarca farklı bir anlaşma olmadığı sürece hakemlerin ilk bakışta ev sahibi devletin ulusal hukukunu uygulamaya devam etmelerinin ve uluslararası hukuka ancak ilave veya düzeltici bir etki olarak başvurabileceklerinin beklendiği belirtilmiştir³⁶⁹. Aynı yaklaşım *Autopista Concessionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*³⁷⁰ tahkiminde de kabul edilmiştir³⁷¹.

*Genin v. Republic of Estonia*³⁷² tahkiminde ise uygulanacak hukuk konusunda tarafların bir mutabakatı bulunmamaktaydı. Kararda, ICSID Sözleşmesinin, 42(1) maddesinin ikinci cümlesinden hareket edilerek uygulanacak hukuk, anlaşma ve ICSID Sözleşmesi kapsamında Estonya hukuku ve uluslararası hukuk olarak tespit edilmiştir. *CMS Gas Transmission Co. V. Argentina Republic*³⁷³ tahkiminde hakem heyeti ICSID Sözleşmesinin aynı hükmü kapsamında ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi irdelemiş ve bu iki hukuktan

³⁶⁸ Banifatemi, s. 202-203.

³⁶⁹ Parra, s. 14.

³⁷⁰ ICSID Case No. ARB/00/5, <https://www.italaw.com/cases/documents/3460>.

³⁷¹ Parra, s. 14.

³⁷² ICSID Case No. ARB/99/2, <https://www.italaw.com/cases/484>

³⁷³ ICSID Case No. ARB/01/8, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>.

herhangi birinin önceliğinin olmadığını ve Arjantin hukukuna göre anlaşma hükmünün ulusal hukukun üzerinde olduğunu ancak ikisi arasında bir çatışma olmadığını belirtmiştir³⁷⁴.

Bazı anlaşmalarda, uygulanacak hukuk konusu, hakemlerin hangi tür uyuşmazlıkları çözeceğine dair yetki ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Örneğin, NAFTA uygulanacak hukuk olarak uluslararası kamu hukukunun uygulanması esasına dayanır. Buna göre hakemler sadece anlaşma yükümlülüklerin ihlalini konusunda yetkili olup, sözleşmeye dayanan talepler konusunda yetkili değildir.

Yargılama yetkisi dışındaki diğer bir husus ise anlaşmalarla tarafların hangi haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlendiği hususudur. Anlaşmalar yatırım tanımı yaparken ulusal hukuk tarafından verilen haklardan elde edilen kazançlara gönderme yapmaktadır. Şirket ortaklığı söz konusu olduğunda, ortaklık şirketin ulusal hukuka göre tüzel kişilik kazanması sonucu elde edilmektedir. Aynı şekilde imtiyazlar ulusal hukuk kapsamında verilmektedir. Dolayısıyla yatırım uyuşmazlıklarındaki hukukî ilişkilerdeki çeşitlilik farklı uygulanacak hukukların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır ki bu durum “uygulanacak hukuk kuralları mozaïği”³⁷⁵ olarak adlandırılmaktadır. Yatırım uyuşmazlıklarındaki bu durum esasen uluslararası hukukunun söz konusu olduğu ve ulusal hukukun ise maddî olgular için uygulandığı klâsik uluslararası rejimden farklılık göstermektedir³⁷⁶.

İkili yatırım anlaşmaları söz konusu olduğunda yatırım tahkimi heyetlerinin uluslararası hukukun genel ilkelerini ve ev sahibi devlet hukukunu

³⁷⁴ Parra, s. 11-12.

³⁷⁵ Zachary Douglas uygulanacak hukuklar mozaïğinden bahsetmektedir. Bkz. Thomas/Dhillon, s. 979.

³⁷⁶ Thomas/Dhillon, s. 979.

uygulanması gerektiği savunulmaktadır. *Siemens AG v Argentine Republic*³⁷⁷ tahkiminde hakem heyeti ikili yatırım anlaşması kapsamında uygulanacak hukuk konusunda uluslararası hukukun rolünü tartışmıştır. Hakem heyeti uluslararası hukukun “ulusal hukuku düzeltici ya da ulusal hukuktaki boşlukları doldurucu” etkisini reddetmiştir. Hakem heyeti Arjantin’in anlaşmadaki taahhütlerine aykırı davranmasında araştırmasını ICSID Sözleşmesi, ikili yatırım anlaşması ve uygulanabilir uluslararası hukuka dayandırdığını ifade ederek Arjantin ulusal hukukunun Arjantin tarafından alınan önlemler ve ikili yatırım anlaşması kapsamındaki taahhütlerine ilişkin davranışları açısından bir delil oluşturduğuna karar vermiştir.

*ADC Affiliate Ltd. v. Republic of Hungary*³⁷⁸ davasında, hakem heyeti, anlaşmada yer alan tahkime rıza gösterilmesi ile uyuşmazlığın taraflarının ikili yatırım anlaşması hükümlerinin uygulanmasını kabul ettiklerine, rızanın ICSID Sözleşmesi 42(1). maddenin ilk cümlesi kapsamına girdiğine, rızanın uluslararası örf ve adet hukuku dâhil genel uluslararası hukuk ve gerekirse anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasını kapsadığına karar vermiştir. Hakem heyeti sadece kamulaştırma için tazminatın hesaplanmasında anlaşma hükümlerinden hareketle kamulaştırmayı yapan devletin hukukunun uygulanacağına karar vermiştir³⁷⁹. *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile* ve *Azurix Corp. v Argentine Republic*³⁸⁰ tahkimlerinde de hakemler tarafından aynı yönde karar verilmiştir³⁸¹.

³⁷⁷ ICSID Case No. ARB/02/8, <https://www.italaw.com/cases/1026>.

³⁷⁸ ICSID Case No. ARB/03/16, <https://www.italaw.com/cases/41>.

³⁷⁹ Thomas/Dhillion, s. 989-990.

³⁸⁰ ICSID Case No. ARB/01/7, <https://www.italaw.com/cases/717>.

³⁸¹ Parra, s. 9-10.

*Antoine Goetz v Burundi*³⁸² tahkiminde, hakem heyeti Burundi ile Belçika arasındaki yatırım anlaşmasında yer alan hukuk seçimi maddesinin ICSID Sözleşmesi, m. 42 kapsamında açık hukuk seçimi olarak kabul edilip edilmeyeceğini değerlendirmiştir. Hakem heyeti uyuşmazlığın tarafları olan yatırımcı ve Burundi devletinin uygulanacak hukuku belirlemediklerini ancak ikili yatırım anlaşmasında uygulanacak hukukun belirlediğini, tarafların tahkim yoluna başvurmaları sonucu Burundi devletinin ikili yatırım anlaşmasının tarafı olması ve yatırımcının ise anlaşma kapsamında tahkime başvurusu ile anlaşmada yer alan uygulanacak hukuku kabul ettikleri şeklinde değerlendirmiştir³⁸³.

Anlaşmalarda ve hakem kararlarında yer alan yaklaşımlardaki değişkenlik ve ardışık hakem heyetlerinin açık bir hukuk seçimin olmadığı durumlarda uygulanabilir hukuku belirleme konusundaki takdir yetkisi konusundaki görüşleri, uygulanacak hukuk konusunda genel kurallar koymayı zorlaştırmıştır. Anlaşmalarda yer alan ifadeler ve yaklaşımların değişkenlik göstermesi, hakemlerin başka bir hakem kararına uyma yükümlülüğünün bulunmaması ve söz konusu kararlar için temyiz yolunun kapalı olması uygulanacak hukuk konusunda net kurallar oluşturma girişimlerinin başarılı olmasına engel teşkil etmektedir.

Sonuçta, Sözleşme müzakerecilerinin, ICSID Sözleşmesi madde 42 (1)'nin ikinci cümlesine geldiklerinde ulusal hukukun ve uluslararası hukukun uygulanması için veya yerine ve bağlacını açıkça seçmelerine rağmen, yatırım anlaşmalarının kesin etkilerini önceden tahmin edememeleri, anlaşmaların yanı sıra

³⁸² *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, <https://www.italaw.com/cases/508>.

³⁸³ Banifatemi, s. 195.

ev sahibi devletin hukukunun ve diğer kaynakların uygulanacak hukuk olması, yatırım anlaşmaları kapsamındaki taleplerin karara bağlanmasında uluslararası hakemlere bırakılan zorlu meselelerin bir başka örneğidir³⁸⁴.

Yatırım tahkimlerinde hakemlerin anlaşmayı uygulamaları kaçınılmaz bir şekilde uluslararası hukukun uygulanacak hukuk olmasına yol açmaktadır. Başka bir deyişle, bir yatırım anlaşmasının uluslararası hukuka uyumsuzluğun esasına uygulanabilir hukuk olarak atıf yapıp yapmadığına bakılmaksızın, uluslararası hukuk her zaman, tahkime esas teşkil eden anlaşmanın yorumlanmasını ve uygulanmasını düzenleyen hukuk olacaktır. Sonuçta, yatırım anlaşması tahkiminde söz konusu olan husus bir devletin uluslararası sorumluluğudur³⁸⁵.

3.8. Uluslararası Yatırım Anlaşması ile Yatırım Sözleşmesi Arasındaki Etkileşim

Yatırım sözleşmelerinin ihlali ile uluslararası yatırım anlaşmaların ihlali arasında bir ayrım yapılması ihtiyacı, özellikle uyumsuzluğun taraflarının bir imtiyaz sözleşmesinin de tarafları olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Yatırım sözleşmesinde uyumsuzlukların çözümüne ilişkin bir kayıt bulunduğu takdirde, söz konusu maddenin kapsamına giren uyumsuzluklar ve yatırım tahkimi kapsamındaki uyumsuzluklar arasında ayrım yapmak varılacak sonuçlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu konuya ilişkin tartışmaların bazı hakem kararlarında ve kararların iptali aşamasında ortaya çıktığı görülmektedir. Bu iki kaynağa dayanan talepler, yani anlaşma talepleri ile sözleşme talepleri arasındaki çizgi, yatırım

³⁸⁴ Thomas/Dhillon, s. 998.

³⁸⁵ Banifatemi, s. 209.

anlaşmalarında yer alan başta uyuşmazlık çözümüne ilişkin olmak üzere bazı hükümlerden etkilenmektedir³⁸⁶.

Yatırım anlaşmalarındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler geniş kapsamlı ise, söz konusu yatırım anlaşmasının belirli bir maddesinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, genellikle yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırıma ilişkin tüm uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bazen anlaşmada geniş kapsamlı uyuşmazlık çözüm kayıtları şemsiye hükmü ile birlikte anlaşmada yer alıyorsa sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların da yatırım tahkimi önüne götürülmesine imkân verir³⁸⁷. Dolayısıyla yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda aynı anda anlaşmanın ihlali olup olmadığına bakılmaksızın yatırımcı tarafından yatırım tahkimine başvurulabilecektir³⁸⁸.

Dar kapsamlı uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler ise anlaşmanın kapsamı dışında kalan yatırımla ilgili tüm talepleri dışlamaktadır. Bu tür hükümler bazen anlaşma kapsamında kalan bazı ihlalleri bile yatırım tahkimi kapsamı dışında bırakabilir.

Yatırım anlaşmasından kaynaklanan talepler ile yatırım sözleşmesinden kaynaklanan taleplerde ev sahibi devletin yatırım anlaşmasında uyuşmazlık çözüm mekanizmasına ilişkin rızası ve yine ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki yatırım

³⁸⁶ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 90; Schreuer, C: "Investment Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims: the Vivendi I Case Considered" International Investment Law and Arbitration Leading Cases From ICSID, NAFTA Bilateral Investment Treaties and Customary International 2005 (Todd Weiler ed.), s. 295-299.

³⁸⁷ ABD Model İkili Yatırım Anlaşması madde 24'te yatırım sözleşmesinden kaynaklanan talebe atıf yapılmıştır.
Bkz. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Bu seçenek de şemsiye hüküm olarak değerlendirilebilir.

³⁸⁸ Demirkol, s. 63.

sözleşmesinde ayrıca bir yetki kaydının bulunması, iki talep arasındaki etkileşime yol açmaktadır.

3.8.1. Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin

Hükümler

3.8.1.1. Yoldaki Çatal Hükümleri (*Fork in the Road Clauses*)

Uluslararası yatırım anlaşmalarının bazıları yatırımcının yatırım uyuşmazlığı için ya uluslararası tahkim yoluna veya ev sahibi devlet mahkemelerine veyahut üzerinde daha önce uzlaşmış uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla, yatırımcı yatırım uyuşmazlığının çözümü için bu yollardan birisine başvurduğu takdirde diğer yola veya yollara başvurma hakkını kaybeder. Bu nedenle seçeneklerden birinin kullanıldığı hallerde, diğer seçeneği de kullanarak uyuşmazlığın bir yargı mercii önüne götürülmesi halinde sonraki yargı organı uyuşmazlığı yetki bakımından reddetmektedir³⁸⁹. Bu tarz bir hükme Türkiye ile Azerbaycan, Katar ve Nijerya arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer verilmiştir. Anlaşmalar yatırımcının uyuşmazlığı âkit devlet yargılaması veya uluslararası tahkimden birisine sunması halinde seçimin nihai olduğunu belirtmektedir³⁹⁰. Uluslararası hakemler böyle bir hüküm ile karşılaştıklarında çözmeleri gereken sorun millî mahkemelerce görülen veya kararı verilen uyuşmazlığın kendilerine sunulan uyuşmazlıkla aynı olup olmadığıdır³⁹¹.

³⁸⁹ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 93; Reinisch, A.: *The Scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreement*, Asia Pasific Law Review, Y. 2013, Vol.1, No.1, s. 10-11.

³⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükûmeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, (RG. 02.05.2013-28635), Türkiye Cumhuriyeti ile Katar Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, (RG. 02.08.2007-26601) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Nijerya Federal Cumhuriyeti Hükûmeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, (RG. 11.10.2012-28438).

³⁹¹ Schreuer, Vivendi I Case Considered, s. 301-302.

Yatırımcının anlaşmasında yer alan hakların ihlaline dayanan bir talepte bulunması ile sözleşme kapsamındaki talepleri farklı eylemler nedeniyle ileri sürüleceği için iki prosedürün ayrı yürütülmesinde bir çelişki bulunmamaktadır. Benzer şekilde yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesinde dava açması, aynı hukukî sebeplere dayanmadığı sürece (*cause of action*) anlaşmadaki uyuşmazlık çözüm kaydı yoldaki çatal hükmü şeklinde formüle edilmiş olsa bile yatırım tahkimi yoluna başvurmasına engel olmaz. Yoldaki çatal hükmünün yatırım tahkimine engel olması için, davacının ilk talebi ile ikinci talebinin aynı hukukî sebebe dayanması gerekir³⁹². Dolayısıyla bazı durumlarda anlaşmalarda açık bir şekilde ifade edilen yoldaki çatal hükümlerine rağmen yatırımcının önce ev sahibi devletin mahkemelerine başvurup daha sonra tahkim yoluna gittiği uyuşmazlıklara da rastlanmaktadır. Konuya ilişkin hakem kararlarında, yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesinde açtığı davanın, yatırım tahkimi heyeti önünde görülen davadan hukukî nitelik bakımından farklı olması nedeniyle yoldaki çatal hükmünden etkilenmeyeceğine karar verilmektedir. Bu durumda hakem heyeti ev sahibi devlet mahkemesi önüne getirilen talepler ile kendilerine getirilen taleplerin nitelik olarak farklı olduğunu, taleplerden birinin yatırım anlaşmasına, diğerinin sözleşme ilişkisine dayandığı kanaatine vararak uyuşmazlığı görmeye yetkili olduğuna karar vermektedir³⁹³.

³⁹² McLachlan/Shore/Weiniger, s. 105.

³⁹³ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 94.

3.8.1.2. Şemsiye Hükümler (*Umbrella Clauses*)³⁹⁴

Geniş kapsamlı rıza kayıtları içeren uluslararası yatırım anlaşmalarından bazıları anlaşmadan kaynaklanan taleplerin yanı sıra, aynı yatırım ile ilgili sözleşmeye dayanan talepleri de kapsayan hükümler içermektedir. Bu hükümler, taraf devletlerin, diğer taraf devlet yatırımcısının yaptığı yatırımla ilgili her türlü yükümlüğe uyacağını belirtmek suretiyle yatırımcıya sözleşmeye dayanan talepleri de yatırım tahkimi heyeti önüne getirme imkânı vermektedir³⁹⁵. Örneğin, Türkiye ile Birleşik Krallık arasındaki İkili Yatırım Anlaşmasındaki, ev sahibi devletin yatırımdan kaynaklanan tüm *yükümlülük*lere riayet etmesini öngören hüküm şemsiye hükümdür. Türkiye ile İsviçre arasındaki İkili Yatırım Anlaşması ise *yükümlülük* terimi yerine *taahhütlerden* bahsetmiş olsa da bir şemsiye hükümdür³⁹⁶.

*Salini v Ürdün*³⁹⁷ tahkiminde İtalya ile Ürdün arasındaki yatırım anlaşmasında yer alan “âkit tarafların her biri kendi topraklarında yatırımcılara, her bir özel yatırımcı ile ilgili olarak üstlenilen tüm taahhütlerin iyi niyetle uygunluğu da dahil olmak üzere hukukî muamelenin sürekliliğini garanti etmeye yönelik bir hukukî çerçeve oluşturacak ve sürdürecektir”³⁹⁸ hükmü şemsiye hüküm olarak

³⁹⁴ Şemsiye hükümler *observance of undertakings*- taahhütlerin yerine getirilmesi olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Gaillard, E.: “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims- the SGS Cases Considered” International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Edited by Todd Weiler, s. 325.

³⁹⁵ Reinisch, s. 15.

³⁹⁶ Enerji Şartı Anlaşmasının 10. maddesinin 1. paragrafının son cümlesinde şemsiye hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, “Her Anlaşma Tarafı, diğer bir Anlaşma Tarafı yatırımcısı veya yatırımcısının bir yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir. Ayrıca bkz. Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 98.

³⁹⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, <https://www.italaw.com/cases/954>.

³⁹⁸ İngilizce metin “Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor”.

kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bir hükmün şemsiye hüküm olarak nitelendirilebilmesi için ev sahibi devletin yatırımlarla ilgili olarak üstlendiği yükümlülöklere uymayı taahhüt etmesi gerekmektedir³⁹⁹.

Şemsiye hükümler, yatırım sözleşmesine ilişkin taleplerin de yatırım tahkimi kapsamında ileri sürölmesine izin vermesi nedeniyle hakem heyetinin hem yatırım anlaşmasına dayanan talepler hem sözleşmeden doğan talepler bakımından yetkili olmasını sağlamaktadır⁴⁰⁰.

3.8.2. Yatırım Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Kayıtların Olması Hali

3.8.2.1. Şemsiye Hüküm İçeren Uluslararası Yatırım Antlaşması-Münhasır Yetki Kaydı İçeren Yatırım Sözleşmesi Etkileşimi

Yatırım sözleşmesinden kaynaklanan talebin uluslararası yatırım anlaşmasında yer alan şemsiye hüküm kapsamında yatırım tahkiminde ileri sürölmesi mümkün olsa da, yatırım sözleşmesinde münhasır yetki kaydı bulunuyorsa, yatırımcının şemsiye hükmünden yararlanması mümkün olmamalıdır⁴⁰¹. Yatırım anlaşmasındaki şemsiye hüküm nedeniyle, hakem heyeti yetkili olsa da, sözleşmeye dayanan talepler bakımından sözleşmede yer alan münhasır yetki kaydı nedeniyle bu talepler kabul edilebilir olmadığı için reddedilecektir⁴⁰².

³⁹⁹ Crawford, J.: Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007, s. 16-17. https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf.

⁴⁰⁰ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 97.

⁴⁰¹ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 98.

⁴⁰² Demirkol, s. 70; Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 98.

Uluslararası yatırım anlaşmasında yer alan şemsiye hükümlerin uygulanması ve sözleşmede münhasır yargı yetkisini varlığı benzer olaylardan kaynaklanan *SGS v Pakistan*⁴⁰³ ve *SGS v Philippines*⁴⁰⁴ tahkimlerinde değerlendirilmiştir. İki tahkimde hakemler tamamen farklı görüşler sergilemiştir. *SGS v Pakistan* tahkiminde İsviçreli şirket SGS, Pakistan’da imtiyaz sözleşmesi kapsamında hizmet vermekte olup sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü için Pakistan millî tahkimi öngörülmüştür. Taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında SGS şirketi, İsviçre mahkemelerinde dava açmıştır. İsviçre mahkemesi sözleşmede yer alan tahkim maddesine atıf yapınca SGS şirketi sözleşmeden kaynaklanan talepleri için Pakistan’da tahkim yoluna başvurmuştur. Sonrasında SGS, İsviçre ile Pakistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkim yoluna gitmiştir. Söz konusu yatırım anlaşmasının 11. maddesinde her bir âkit devletin diğer âkit devletin yatırımcısı ile yapılan yatırımlara ilişkin tahhütlerini garanti edeceği düzenlenmiştir. Talepler şemsiye hükümlerine göre sözleşme ihlali ile anlaşmada yer alan diğer bağımsız standartlarının ihlali kapsamında ileri sürülmüştür⁴⁰⁵.

Hakem heyeti, ikili yatırım anlaşmasının veya hizmet sözleşmesinin belirli hükümlerinin ihlaline veya her iki ihlale ilişkin taleplere bakmaya yetkisinin olup olmadığı hususunun öncelikle yanıtlanması gereken soru olduğunu tespit etmiştir. Kararda, *Lanco v Arjantin*, *Salini v Fas* ve *Vivendi v Arjantin* uyuşmazlıklarına atıfta bulunularak, bu davalarda yatırımcının yatırım sözleşmelerindeki uyuşmazlık çözüm kaydına rağmen yatırım anlaşması

⁴⁰³ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, <https://www.italaw.com/cases/1009>.

⁴⁰⁴ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, <https://www.italaw.com/cases/1018>.

⁴⁰⁵ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 111-112.

kapsamında ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunu ihlal ettiği yönündeki iddialarının dikkate alındığını belirterek aynı gerekçeleri kullanmıştır. Hakem heyeti anlaşma ve sözleşme ihlallerine ilişkin taleplerin farklı olduğunu ve karmaşıklığın uyuşmazlık taraflarının farklı yargı yerlerinin yetkili olduğunu savunmasından çıktığını tespit etmiştir. Sonuçta, hakem heyeti sadece yatırım anlaşmasına dayanan talepler konusunda yetkili olduğuna karar vererek, şemsiye hükmünün yatırım sözleşmesine dayanan taleplerin çözümü için yetki vermediği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti şemsiye hükümlerinin varlığının sözleşmesel talepleri anlaşmadan kaynaklanan talepler haline getiremeyeceğini, uluslararası hukukta bir devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmenin ihlalinin uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca, hakem heyeti, şemsiye hükmünün geniş yorumlanarak devletin tüm yükümlülüklerini kapsayacak şekilde anlaşılmasının, yatırım anlaşmasını anlamsız ve sözleşme hükümlerini etkisiz kılacağını belirterek, ilgili yatırım anlaşmasındaki hükmün sadece ev sahibi devletin sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerinin yerine getirilmesini sağlayan kurallar olarak değerlendirmiştir⁴⁰⁶.

SGS v Philippines tahkiminde talepler benzerlik göstermekte olup sadece imtiyaz sözleşmesi Pakistan yerine Filipinler ile imzalanmıştır. İmtiyaz sözleşmesinde Filipinler mahkemeleri yetkilendirmiştir. İsviçre ve Filipinler arasındaki ikili yatırım anlaşması da şemsiye hüküm içermektedir. SGS tarafından ICSID tahkimine sunulan uyuşmazlık hem sözleşmenin hem anlaşmanın ihlaline ilişkin talepleri içermektedir. Sözleşmeden kaynaklanan talep anlaşmada yer alan şemsiye hüküm kapsamında yapılmıştır. Hakem heyeti *SGS v Pakistan* tahkiminde

⁴⁰⁶ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 111-112.

olduğu gibi, normal şartlar altında sözleşmeden kaynaklanan taleplerde tarafların yükümlülüklerinin sözleşme kapsamında değerlendirileceğini, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin iddiaların uygulanacak hukuk kapsamında cevaplandığını ve normal şartlarda bunun ev sahibi devlet hukuku olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte şemsiye hükmünün varlığının ev sahibi devlete anlaşma kapsamında yatırımcıya karşı yükümlülükler getirdiğini ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin anlaşma hükmünde “yatırımlara ilişkin uyuşmazlık” ibaresinin sözleşme taleplerini karara bağlamak için hakem heyetine yetki verdiğini kararlaştırmıştır. Hakem heyeti ayrıca, sözleşmede yer alan münhasır yargı yetkisinin başka geçerli bir hüküm ile ortadan kaldırılmadığı sürece varlığını sürdüreceğine ve anlaşma hükümlerinin bu seçimi geçersiz kılmadığına karar vermiştir⁴⁰⁷. Sonuçta, hakem heyeti, şemsiye hüküm nedeniyle sözleşmeye dayalı talepler bakımından yetkili olduğunu, ancak taraflar arasındaki sözleşmede Filipin mahkemelerini yetkili kılan bir yetki kaydı bulunduğundan sözleşmeye dayanan talebin kabul edilebilir olmadığı sonucuna varmıştır.

Hakem heyeti, tahkim başvurusunda (*request for arbitration*) SGS’nin anlaşma ihlalini açık bir şekilde ortaya koyamamış olduğuna, iddianın esasını sözleşmeye göre Filipinler tarafından vâdesi gelmiş olan ödemenin yapılmadığının oluşturduğuna, ödemenin yapılmasının anlaşma ihlali olarak değerlendirilebilmesi için âdil ve hakkâniyete göre davranma standardına aykırılık teşkil etmesi gerektiğine karar vermiştir. Hakem heyeti bu aşamada taraflar arasındaki vadesi gelmiş ödeme ve miktarı konusunda kesin bir yargıda bulunmanın mümkün

⁴⁰⁷ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 112-113; Shany, s. 841-842.

olmadığını belirterek ev sahibi devlet mahkemesinin kararına kadar uyuşmazlığı bekletmiştir⁴⁰⁸.

Şemsiye hükümlerin varlığına rağmen sözleşmeden kaynaklanan taleplerde yetki konusunda yatırım tahkim heyetleri genellikle üç şekilde hareket etmektedir⁴⁰⁹: İlk yaklaşım, şemsiye hükmün varlığının yatırım sözleşmesinden kaynaklanan talepleri yatırım anlaşmasından kaynaklanan talepler haline getirmeyeceğidir. İkinci yaklaşım, şemsiye hükmün varlığı yatırım sözleşmesinden kaynaklanan taleplerin yatırım anlaşmasından kaynaklanan taleplere çevrilmesidir. *SGS v Pakistan* tahkiminde âkit tarafların niyetlerinin bu olduğu konusunda açık ve ikna edici delil olması halinde bu yaklaşımın kabul edileceği belirtilmiştir. Üçüncü yaklaşım ise, şemsiye hükmün varlığının yatırım sözleşmesinden kaynaklanan talebi yatırım anlaşmasından kaynaklanan talep halinde dönüştürebileceği, ancak yatırım tahkimi heyetinin sözleşmede yetki kaydının bulunduğu durumlarda bu tarz hükümler için yargı yetkisini kullanmaması gerektiği yönündedir. Bu yaklaşım *SGS v Filipinler* tahkiminde kabul edilmiştir⁴¹⁰.

3.8.2.2. Şemsiye Hükmün Olmadığı Uluslararası Yatırım Anlaşması- Münhasır Yetki Kaydı İçeren Sözleşme Etkileşimi

Bazı ikili yatırım anlaşmaları geniş bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahip olması ve yatırım sözleşmelerinin de münhasır yetkiye ilişkin

⁴⁰⁸ McLachlan/Shore/Weiniger, s.114.

⁴⁰⁹ Gaillard, s. 338-343.

⁴¹⁰ Hakem heyeti ev sahibi devletin şemsiye hükmü ihlal etmesinin anlaşma ihlali yanında sözleşme ihlali de sayıldığını ancak sözleşme ihlalinin olup olmadığının tespiti için sözleşmeye ilişkin yargı yerinin kararına ihtiyaç olduğuna karar vermiştir. Yatırım tahkim heyeti şemsiye hükmün varlığının kendisini anlaşmadan kaynaklanmasa da sözleşmeden kaynaklanan talepler konusunda yetkili kıldığını ancak sözleşme için belirlenen yargı yerinin kararına ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla varılan sonuç açısından bakıldığında şemsiye hükmünün olmadığı hallerde yatırım tahkim heyetinin sözleşmesel ihlaller için yetkisi ile aynı sonuç ortaya çıkmaktadır: Gaillard, s. 343.

bir kayıt içermesi halinde, yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözüm yeri ile yatırım sözleşmesinde yer alan yargı yeri arasındaki ihtilâfın çözülmesi gerekmektedir.

Büyük çoğunluğu oluşturan yatırım anlaşmalarında uyuşmazlık çözüm mekanizmaları daha geniş bir rızayı içererek yatırımla ilgili herhangi bir uyuşmazlık (*any dispute relating to investment*) ifadesini içermektedir. Burada bir şemsiye hükmü bulunmamakta sözleşme talepleri yatırım anlaşmasının koruması altına girmemektedir. Burada yatırım anlaşmalarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin kayıtları konu bakımından yetki ile ilgili herhangi bir sınırlama getirmemiş olduğu için geniş kapsamlı kayıtlar olarak nitelendirilebilmektedir⁴¹¹. Böyle bir durumda, şemsiye hüküm olmadığı için sözleşmeye dayanan taleplerle ilgili olarak hakem heyetinin yetkisi yoktur; ancak anlaşmaya ilişkin talepler konusunda yetkilidir⁴¹².

Sözleşmede yer alan uyuşmazlık çözüm yerlerinin varlığı anlaşma ihlallerine ilişkin hakemlerin yetkisini ortadan kaldırmasa da anlaşmaya dayanan hakemlerin sözleşmeden kaynaklanan talepler bakımından yetkisi farklı bir konu teşkil etmektedir. Sözleşmede münhasır bir yargılama yerinin olması ve anlaşmanın yatırımlara ilişkin herhangi bir uyuşmazlık veya yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara yapılan atıf gibi hükümler içermesi halinde pek çok hakem kararında yatırım sözleşmesinde münhasır bir yargılama yeri olmadığı için yatırım tahkim heyetinin sözleşme taleplerinde yetkili olmadıkları sonucuna

⁴¹¹ Demirkol, s. 63. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Katar Devleti Hükûmeti arasında imzalanan Yatırımların Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma madde IX. Türkçe metin için bkz. RG. 02.08.2007-26601 ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükûmeti arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma madde 11. Bkz. RG. 02.05.2013-28605.

⁴¹² Demirkol, s. 72.

varmıŖtır. *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt*⁴¹³ tahkiminde bu ynde bir karar verilmiŖtir⁴¹⁴. Bazı hakem heyetleri ayrıca yatırım szleŖmesinde yer alan mnhasır yetki kayıtlarının yatırım tahkim heyetlerinin salt szleŖmeden kaynaklanan talepler konusunda yetkili kılmadığını aynı zamanda talebin znn szleŖme ihlali olduğu (*the basis of claim*) hallerde de yetkisiz kıldığını kabul etmiŖtir. Bu grŖ *Vivendi I* iptal komitesi ve *SGS v Filipinler* tahkimlerinde kabul edilmiŖtir. Her iki uyuŖmazlıkta da talebin znn szleŖme olduğu hallerde yatırım tahkim heyetinin szleŖmede yer alan geçerli yargı yeri seçimini tanıyacağı belirtilmiŖtir. Bununla birlikte salt szleŖme talebi ile talebin temel olarak szleŖmeye dayandığı haller arasındaki fark açık değildir. *Vivendi I* tahkimindeki yaklaŖım anlaŖma ihlali olarak sunulan taleplerin temelinin aslında szleŖme olduğu Ŗeklinde yorumlanabilmektedir. Dolayısıyla, yatırım tahkim heyetinin salt szleŖmeden kaynaklanan talep yanında anlaŖmaya dayanan talebin znn (*essential basis of the treaty claim*) szleŖme ihllalerine dayandığı hallerde de yetki reddine karar vermesine sebep olabilir. Bu durumda da hakem heyetinin talebin temelini ortaya koyarken esas ile yetki konusunu karıŖtırması gndeme gelebilir⁴¹⁵.

SzleŖme ihlalinin aynı zamanda yatırım anlaŖmasının da ihlali olduğu durumlarda, rneğin ev sahibi devletin szleŖmeyi ihlal etmesi aynı zamanda ikili yatırım anlaŖmasında teminat altına alınan ayrımcılık yasağını ihlal ediyorsa veya devletin szleŖmeyi egemenlik hakkını kullanarak uygun olmayan bir zamanda feshetmesinin aynı zamanda âdil ve hakkâniyete aykırılık teŖkil etmesi gibi yatırım

⁴¹³ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, <https://www.italaw.com/cases/590>.

⁴¹⁴ Alexandrov, S.: “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory?”; *Arbitration Under International Investment Agreements, A Guide to Key Issues*, Oxford University Press, Oxford 2018, (Ed. Katia Yannaca-Small) s. 345-346.

⁴¹⁵ Alexandrov, s. 346.

tahkimi hakem heyetinin uyuşmazlığı yatırım tahkimi kapsamında ele alması sonucu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık da çözülmüş olacaktır. O halde, sözleşme ve anlaşma ihlallerinin örtüşmesi halinde sözleşmenin münhasır uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir kayıt içerip içermemesine bakılmaksızın hakem heyetinin yatırım anlaşmasından kaynaklanan talep hakkında vereceği karar sözleşmeden doğan uyuşmazlığı da çözmüş olacaktır⁴¹⁶.

Sonuç olarak anlaşmalarda yer alan şemsiye hüküm veya geniş kapsamlı uyuşmazlık çözüm kayıtları da diğer pek çok önlem gibi yatırımcıyı ev sahibi devlet hukukunda meydana gelen değişikliklere karşı korumayı hedeflemektedir. Bu durum özellikle imtiyaz sözleşmelerinde devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmayı amaçlayan durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak sözleşmeye uygulanacak hukuk -ister taraflarca seçilsin, ister hakemler tarafından tayin edilsin- uluslararası hukuk ise, bu durumda ev sahibi devlet hukukundaki değişimlerinin yatırım üzerinde olumsuz bir etkisi olmamaktadır. Aynı şekilde uygulanacak hukukun ICSID Sözleşmesi, m. 42 çerçevesinde belirlendiği hallerde de ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uluslararası hukuk uygulandığı için hakem heyetleri uluslararası hukuk ile çelişen iç hukuk kurallarını uygulamaktan kaçınmaktadır. Ancak, tarafların açıkça ev sahibi hukukunu seçtikleri hallerde ev sahibi devlet hukukunda sonradan yapılan değişiklikler *esasa uygulanacak hukukun (lex causae)* bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir durumda, şemsiye hükümlerin varlığının ev sahibi devlete hukuk değişikliklerinden bağımsız olarak sözleşmedeki orijinal dengeyi koruma imkânı verecektir. Bu durumun sözleşmede yer alan istikrar kaydı ile amaçlanan korumaya

⁴¹⁶ Demirkol, s. 71.

benzer bir etkisi olmaktadır. Ev sahibi devletin egemenlik hakkını kullanarak yatırımcıya karşı olan taahhütlerini ortadan kaldıran hukuk değışiklikleri sözleşmedeki yetki kayıtlarından bağımsız olarak anlaşma ihlali olarak değerdendirilebilecektir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR KAPSAMINDA

UYGULANACAK HUKUK

Tezin Üçüncü Bölümünde ele aldığımız devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki “yatırım” uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde esasa uygulanacak hukuk konusu, uyuşmazlığın taraflarının özel kişiler olduğu uluslararası doğal gaz ve petrol sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünden farklıdır. Bu Bölümde ele alacağımız ikinci durumda, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar söz konusu olup, bunlar için artık iki veya çok taraflı bir yatırım anlaşmasına esas itibariyle dayanma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşme veya sözleşme temelli uyuşmazlıklar olarak adlandırılan bu tür uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti, yatırım uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun tespiti ile benzerlikler gösterse de ayrı bir bölüm konusu olacak kadar farklılıklar içermektedir.

Bu Bölümde, öncelikle uluslararası doğal gaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü kapsamında, tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde uygulanacak hukuka ilişkin özellik gösteren durumlar ele alınarak, hukuk seçiminin kapsamı ve sınırları değerlendirilecektir. Daha sonra taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde hakemlerce uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve kanunlar ihtilâfı kurallarının rolü incelenerek, konuya ilişkin hakem kararlarının sonuçları değerlendirilecektir. Hakemlerin hakkâniyet ve nesâfete göre karar vermeleri halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve kapsamına ayrı bir başlık altında yer verildikten sonra, esasa uygulanacak hukukun

kapsamına giren hususlar özellikle (doğal gaz sözleşmelerinde satıcının teslimat yükümlülüğü) ile kapsam dışında kalan (şekil, ehliyet ve zamanaşımı) konuları incelenecektir.

4.1. İrade Özerkliğinin Etkisi

Geleneksel kanunlar ihtilâfı kuralarına göre irade özerkliği, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere bir devletin (millî) hukuku seçebilme özgürlüğü olarak açıklanmaktadır⁴¹⁷. Gelişmiş tüm hukuk sistemleri, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tarafların uygulanacak maddî hukuku seçmeleri konusunda anlaşmalarını tanımaktadır. Dolayısıyla, taraflarca seçilen bir hukukun varlığının, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını ortadan kaldırmasa da, varılan sonuçları büyük ölçüde standart hale getirdiği kabul edilmektedir⁴¹⁸.

Gerçekten, uluslararası sözleşmelere, millî hukuklara ve tahkime ilişkin kurumsal kurallara baktığımızda, tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünü açık bir şekilde teyit ettiğini görmekteyiz. Uluslararası

⁴¹⁷ Audit, B.: Choice of the Applicable Law by the Parties, the Application of Substantive Law by International Arbitrators, DOSSIERS, ICC Institute of World Business Law, 2014, (Edited by Bortolotti, F./Mayer, P.), s. 10; Fagbemi, s. 227 vd.; Gaillard, E./Savage, J.: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Part II. The Hague 1999, s. 786-787; Lew, J./Mistelis, L./Kröll, S.: Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 1994, s. 413-414; Berger, K.P.: International Economic Arbitration, Deventer, Boston 1993, s. 490; Blessing, M.: "Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law" International Council for Commercial Arbitration, Planning Efficient Arbitration Proceedings, Working Group II: The Law Applicable in International Arbitration, (General Editor: Albert Van Den Berg), s. 394; Redfern, and Hunter on International, s. 195-197; Poudret, J-F./Besson, S./Berti, S./Fonti, A.: Comparative Law of International Arbitration, Ed.2, London 2007, s. 574 vd; Karton, J. D.H.: *Party Autonomy and Choice of Law: Is International Arbitration Leading the Way or Marching to the Beat of its own Drummer?* University of New Brunswick Law Journal 2010, Vol. 60, s. 32 vd. ve <file:///C:/Users/User-Hp/Downloads/SSRN-id1509764.pdf>, s.1-22; Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 229; Şanlı, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 105-123; Şanlı, C./Ekşi, N.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 28; Doğan, V.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara 2020, s.81; Çelikel, A./Erdem, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul 2020, s. 376; Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2010, s. 306; Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 19 vd.; Özel, S.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 121.

⁴¹⁸ Born, G.: International Arbitration: Law and Practice, The Netherlands 2011, s. 245.

uyuşmazlıklarda hakem kararlarında en dikkat çekici ortak özellik irade özerkliğine saygı gösterilmesidir. Dolayısıyla tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine imkân veren irade özerkliği, uluslararası hukukun genel bir ilkesi ve aynı zamanda değişmez bir kuralı olarak kabul edilmektedir⁴¹⁹.

Uluslararası Ticarî Tahkime ilişkin 1961 Avrupa Sözleşmesinin (Cenevre Sözleşmesinin)⁴²⁰ VII/(1). maddesinde, tarafların uygulanmak üzere uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuku anlaşma ile belirleme özgürlüklerinden bahsetmektedir. Roma Sözleşmesi⁴²¹ ve daha sonrasında Roma I Tüzüğü⁴²² tahkim yoluna odaklanmadan tarafların hukuk seçimine imkân veren irade özerkliğine yer vermiştir. 1980 tarihli BM Uluslararası Mal Satış Sözleşmesinde de⁴²³ (Viyana Satım Sözleşmesi) irade özerkliği tanınmakla birlikte, anılan Sözleşmenin hükümleri hakemler tarafından uygulanabilir olarak belirlenmedikleri sürece bağlayıcı değildir⁴²⁴.

MTO 2017 Tahkim Kurallarının 21(1). maddesinde, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçme konusunda tarafların serbest oldukları belirtilmektedir. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 35(1).

⁴¹⁹ Born, s. 249.

⁴²⁰ European Convention on International Commercial Arbitration. Sözleşmenin İngilizce metin için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf.

⁴²¹ Avrupa Birliği Hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi'nde yer almaktaydı. Ancak bu sözleşme daha sonra Roma I Tüzüğü ile değiştirilmiştir. İngilizce metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A41980A0934>.

⁴²² Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü, 6 Haziran 2008'de kabul edilmiştir. Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği içindeki ülkelerde sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuku tespit etme amacını taşımaktadır. İngilizce metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>.

⁴²³ 1980 *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Türkiye Sözleşmeyi onaylamıştır (RG 7.4.2010- 27545). Sözleşmenin 99'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, Sözleşme, katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe gireceğinden, Viyana Satım Sözleşmesi, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır.

⁴²⁴ Born, s. 250.

maddesinde de taraflarca seçilen hukukun hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacağı düzenlenmektedir. UNCITRAL Model Kanununun 28(1/b) maddesinde, hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukuk kurallarına uygun olarak uyuşmazlığı çözeceği hükmü yer almaktadır.

Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1511. maddesi⁴²⁵ de hakem heyetinin anlaşmazlığı taraflarca seçilen hukuk kurallarına uygun olarak çözeceğini düzenlemektedir. Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin İsviçre Federal Kanununun 187(1). maddesinde⁴²⁶ hakem heyetinin uyuşmazlıkta taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre karar vereceği düzenlenmektedir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanununun 12 (C). maddesinde hakem veya hakem kurulunun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar vereceğini hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere, tahkim yargılamasında taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı hallerde irade özerkliği tanınmakta ve korunmaktadır.

Bazı hukuk sistemleri, uluslararası tahkimde uygulanmak üzere tarafların hukuk seçimine imkân tanıyan özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı içermemekle birlikte, genel olarak taraflarca yapılan hukuk seçimine ilişkin anlaşmaları geçerli kabul etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri bunun en iyi örneğidir. Amerikan Tahkim Kanunu⁴²⁷ hukuk seçimine ilişkin tarafların anlaşmalarının geçerliliği konusunda sessizdir. Bununla birlikte, eyaletlerin büyük

⁴²⁵ İngilizce metin için bkz. https://sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf

⁴²⁶ İngilizce metin için bkz.

https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf.

⁴²⁷ Bkz. US Uniform Arbitration Act 2000: https://www.trans-lex.org/604810/_us-uniform-arbitration-act-2000/.

bir kısmında yürürlükte olan kanunlar ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesine⁴²⁸ tâbi olan konularda geçerli olan federal ortak hukuk kuralları uyarınca bu tür anlaşmalar geçerli kabul edilmektedir. New York Sözleşmesi tarafların ticarî ilişkilerine uygulanacak maddî hukuk seçimini açıkça düzenlemese de, tarafların tahkim anlaşması ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk seçimi konusundaki irade özgürlüklerini benimsemektedir.

Evrensel kabule rağmen pazar ekonomisi geçmişi olmayan birkaç ülkede hala taraflarca hukuk seçimine ilişkin anlaşmaların uygulanabilirliği kabul edilmemektedir. Bu ülkeler, tarafların kabul ettikleri hukuktan bağımsız ve zorunlu olarak uygulanan kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanmasını düzenlemektedir. Bazı ülkeler ise kamu yararı gerekçesi ile taraflarca seçilen hukukun geçerliliğini kabul etmemektedir⁴²⁹. Nitekim, irade özerkliği ilkesi, Çin Halk Cumhuriyeti, Kore, Tayvan gibi bazı Asya ülkeleri ile bazı Latin Amerika ülkelerinin hukuk veya tahkim kanunlarında hiç veya yeterince yansıtılmamaktadır⁴³⁰.

4.1.1. Açık Hukuk Seçimi

Günümüzde hazırlanan sözleşmelerin birçoğunda sözleşmeleri belirli bir ülkenin hukukuna açıkça tâbi kılan hükümler bulunmaktadır. Nitekim tahkim kaydına yer veren sözleşmelerin çoğu, bu hükümde veya ayrıca uyuşmazlıkların taraflarca seçilen hukuka ilişkin bir kayıt içermektedir. Yayınlanan hakem kararları da hakemlerin tarafların seçimine saygı gösterdiklerini ortaya koymaktadır⁴³¹. Bazı

⁴²⁸ 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.

<http://www.newyorkconvention.org/english>. Türkçe metin için bkz. RG. 25.09.1991-21002.

⁴²⁹ Born, s. 246.

⁴³⁰ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 394.

⁴³¹ Lando, O.: *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, Arbitration International 1986, Volume 2, Issue 2, s. 106; Blessing, Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, s. 395;

durumlarda, uyuşmazlığın görüleceği yer konusunda karar veren tarafların böyle bir seçim yapmak suretiyle uygulanacak hukuku da seçtikleri sonucuna varılmaktadır. Tarafların Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration-LCIA*) Kurallarını seçtiği durumlarda olduğu gibi. Bu durumlarda, taraflar tavsiye edilen tahkim şartlarını kabul ederek, dolayısıyla söz konusu kuralların uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerini de kabul etmiş olmaktadır⁴³².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, tahkime ilişkin kanun ve kuralların birçoğu açıkça irade özerkliğinin rolünü teyit etmektedir. Bu düzenlemeler, uyuşmazlık ile ilgili olup olmadığına ya da daha yakın ilişkili başka hukuk olup olmadığına bakmaksızın hakemlerin tarafların seçtiği hukuku uygulayacaklarını belirtmektedir⁴³³. Hakemlerin, taraflarca açıkça seçilen hukuku taraflar ve uyuşmazlıkla bağlantısı olmadığı gerekçesiyle göz ardı ettiği bir karara rastlanılmadığı gibi, uyuşmazlık konusu sözleşmeyle ve taraflarla hiçbir bağlantısı olmayan hukuk seçimine saygı duyarak bu hukuka göre verdikleri pek çok karar bulunmaktadır. Bu kararlar, tarafların sözleşmelerine genellikle tarafsız bir hukuku veya iyi gelişmiş bir hukuku uygulamak istediklerini ortaya koymaktadır⁴³⁴.

Özel, s. 122. Bununla birlikte *CMI International, Inc v. Iran*, 4 (3) tahkim yargılamasında hakemler taraflarca seçilen hukuk olan Idaho Eyaleti hukukunu adalet ve hakkâniyeti arama gerekçesi ile uygulamamışlardır. Bkz. Iran-U.S. Claims Tribunal Reports 1983, s. 263, 267-268.

⁴³² Silberman, L./Ferrari, F.: “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and Consequences of Getting It Wrong”, *Conflict of Laws in International Arbitration*, (Eds. Ferrari, F./ Kröll, S.), Munich 2011, s. 261.

⁴³³ Silberman/Ferrari, s. 268.

⁴³⁴ Lando, s. 106.

Tahkim yargılamasında, tarafların belirli bir devlette yürürlükte olan hukuku seçmek yerine hukuk kurallarını seçtikleri hallere sıkça rastlanmaktadır. Bazı tahkim düzenlemelerinde, özellikle kurumsal tahkim kurallarında hukuk seçimi kapsamında, hukuk kuralları ifadesinin kullanıldığını ve bu tür durumlarda tarafların iradelerinin belirli bir devlet hukuk sistemine ait olmasa dahi yeknesak olduğu kabul edilen hukuk kurallarını içerdiği görülmektedir. Bu durumda tarafların iradelerinin *lex mercatoria*'nın uygulanması yönünde olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Bu kurallar Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere ilişkin UNITROID Kuralları⁴³⁵ gibi anasyonel, millî olmayan hukuk kurallarını içermektedir⁴³⁶.

Taraflarca bir hukuk düzenine atıf yapıldığında genellikle belirli bir ülke hukuku kastedilmektedir. Bununla birlikte birçok tahkim kanunu ve kurumsal tahkim kuralları hakemlerin karar verirken sözleşme hükümlerini ve ticarî gelenekleri dikkate alacağını belirtmektedir. Bu durumun ise taraflarca hukuk kurallarının seçimi ile ulaşılan sonuçtan bir farklı olmayacağı ileri sürülmektedir⁴³⁷.

Taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı hallerde genellikle bu seçimin maddî hukuk seçimi olarak algılanması gerektiği, dolayısıyla seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının hariç tutulduğu savunulmaktadır⁴³⁸. Birçok tahkim

⁴³⁵ UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts. İngilizce metin için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

⁴³⁶ Karton, s. 6-7; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 791.

⁴³⁷ Silberman/Ferrari, s. 270.

⁴³⁸ UNCITRAL Model Kanununun 28(1). maddesinde, İngiliz Tahkim Kanununun 46(2). Maddesinde, Stockholm Tahkim Kurallarının 22(2). maddesinde ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanununun 12 (C) maddesinde tarafların uygulanacak hukuku seçtiği hallerde atfa yer olmadığı, aksi belirtilmedikçe seçilen hukukun uyumsuzluğun esasına uygulanacak maddî hukuk olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1999 tarihli kararında, yürürlükteki Türk kanunları ibaresi Türk usul hukukunu da kapayacak şekilde yorumlamış ve eleştirilere hedef olmuştur: Şanlı, C.: Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, MHB, Yıl 18, Sayı 1-2, Y. 1997-1998, (Prof. Dr. Yılmaz Artuğ'a Armağan), s. 406-407.

davasında, hakemler bu yönde karar vermiştir⁴³⁹. Taraflar tahkim anlaşmalarında usule uygulanacak hukuka da belirleyebilirler. Kabul edilen görüş, bu seçimin uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk anlamına gelmediği yönündedir⁴⁴⁰.

4.1.2. Örtülü Hukuk Seçimi

Belirli durumlarda taraflar sözleşmelerinde uygulanacak hukuku açık olarak seçmese de hakemler tarafların örtülü bir seçim yaptıkları sonucuna varmaktadır⁴⁴¹. Modern tahkim kanunlarının hiçbirisi tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin belli bir şekilde yapılmasını zorunlu kılan bir hüküm içermez. Aynı şekilde, hakemleri, tarafların davranışlarından yola çıkarak uygulanacak hukuku belirleme konusunda engelleyen bir durum da bulunmamaktadır. Örneğin, taraflar açık bir hukuk seçimi yapmamakla beraber, uyuşmazlıkta kendi iddialarını ve savunmalarını belirli bir hukuka dayandırmış olabilirler⁴⁴². Böyle durumlarda, tarafların örtülü iradelerinin tespiti yoluna gidilmektedir. Bu kapsamda, tarafların niyetinin açık olması ve belirlenebilir olması aranmaktadır. Bu koşul hakemlerin göz ardı edemeyeceği temel bir gereklilik olarak kabul edilmektedir⁴⁴³.

Örtülü hukuk seçiminde taraflar sözleşmenin belirli bir hukuk rejimi ile ilişkilendirilmesini sağlayacak öyle güçlü bir durum ortaya koyarlar ki uyuşmazlığa bakacak hakemler bu durumdan yola çıkarak taraflarca uygulanacak hukuk olarak belirli bir hukukun amaçlandığı sonucuna varır. Böyle durumlarda hakemler bütün hususları dikkate alarak örtülü iradenin varlığını haklı gösterecek nedenleri

⁴³⁹ MTO tahkim no 1455 (1967) III YBCA 212 (1978), MTO Tahkim No. 5073 (1986) XIIIYBCA 53 (1988).

⁴⁴⁰ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁴¹ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁴² Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 199.

⁴⁴³ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 788.

bulmaktadır. Bu nedenle, örneğin, tahkim yerinin seçilmiş olması tek başına hakemlere tarafların uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk olarak bu yerin hukukunu seçtikleri sonucunu vermez; çünkü tahkim yeri daha ziyade pratik nedenlerden örneğin tarafsız bir yer olması ya da tahkim usulüne uygulanacak modern tahkim kurallarının olması nedenleriyle seçilmektedir⁴⁴⁴.⁴⁴⁵.

Çoğu hukukî düzende olduğu gibi, Roma I Tüzüğü'nün 3(1). maddesi ve daha öncesinde de Roma Sözleşmesi, örtülü hukuk seçimini “*hukuk seçimi açık yapılabilir veya sözleşme hükümleri ve davanın şartlarından makul bir kesinlik ile belirlenebilen*” durumlar olarak ifade etmektedir. ABD’de ise Kanunlar İhtilafı Kurallarına İlişkin İkinci Restatement’de⁴⁴⁶ *sözleşmenin herhangi bir devlete gönderme yapmadığı hallerde bile sözleşmenin hükümlerinden tarafların belirli bir devletin hukukunu uygulamak istediği öngörülebilir. Sözleşmenin belirli bir devletin yerel yasalarına özgü olan hukukî ifadeler içermesi veya belirli hukukî teorilere atıfta bulunması, tarafların bu hukukun uygulanmasını istedikleri konusunda ikna edici kanıtlar sağlayabilir*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla Amerikan yaklaşımı tarafların örtülü hukuk seçimleri konusunda daha esnek görülmektedir⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.

⁴⁴⁵ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395; Lando, s.107.

⁴⁴⁶ Restatement (Second) of Conflict of Laws Comment: a. Scope of section. The rule of this Section is applicable only in situations where it is established to the satisfaction of the forum that the parties have chosen the state of the applicable law. When the parties have made such a choice, they will usually refer expressly to the state of the chosen law in their contract, and this is the best way of insuring that their desires will be given effect. But even when the contract does not refer to any state, the forum may nevertheless be able to conclude from its provisions that the parties did wish to have the law of a particular state applied. So the fact that the contract contains legal expressions, or makes reference to legal doctrines, that are peculiar to the local law of a particular state may provide persuasive evidence that the parties wished to have this law applied. Bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>.

⁴⁴⁷ Born, s. 253.

Örtülü hukuk seçimi varsayıma dayanmaz, gerçek bir hukuk seçimidir. Bu nedenle farazi hukuk seçiminden farklıdır. Örtülü seçim, tarafların hukuk seçimine ilişkin açıklanmamış iradesini ortaya koyar. Uluslararası tahkim uygulamasında tarafların açıkça bir devletin hukukunu seçmedikleri hallerde tarafların örtülü olarak genel hukuk prensipleri ya da *lex mercatoria* gibi millî olmayan hukukları seçtikleri sonucuna varılmamalıdır. MTO'nun 7319 numaralı davasında⁴⁴⁸ tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemelerinin örtülü olarak milletlerarası kuralları ya da ticarî prensipleri uygulanacak hukuk olarak kabul ettikleri anlamına gelmediği ifade edilmiştir. Söz konusu davada, hukuk seçimlerinin açık olarak yapılması ya da örtülü dahi olsa hakemlere anasyonel ya da uluslararası ticarî hükümlerin uygulanması konusunda makul bir kesinlik sağlamaları ve bu kuralların da değerlendirilmelerinin zor olmaması gerektiği hükme bağlanmıştır⁴⁴⁹.

4.1.2.1. Tahkim Yerinin veya Hakemlerin Seçiminin Örtülü Hukuk Seçimi Sayılıp Sayılmayacağı

Tarafların tahkim yerini seçmesinin, o yer hukukunun uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun örtülü olarak seçimi sayılıp sayılmayacağı sıklıkla karşılaşılan bir sorudur. Bu durum bazı hukukî sistemlerde geçmişte kabul görmüş bir yaklaşım olmakla birlikte günümüzde tarafların tahkim yerini seçmesinin zorunlu olarak o yerin kanunların ihtilâfî kuralları veya maddî hukuk kurallarına ilişkin bir seçim oluşturmadığı kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Ancak, bazı hakem kararlarında tarafların tahkim yerini seçmek suretiyle, esasa uygulanacak hukuku

⁴⁴⁸ YBCA, Y.1999, Vol. XXIV, s. 141-145.

⁴⁴⁹ Silberman/ Ferrari, s. 273-274.

⁴⁵⁰ Born, s. 250; Doğan, s. 88.

da belirlemiş oldukları sonucuna varılmıştır⁴⁵¹. Bu kararlarda, tahkim yerinin seçiminin, hukukî ilişkiye uygulanacak maddî hukukun taraflarca seçilmiş olduğuna ilişkin farazi iradenin varlığını ortaya koyduğu kabul edilmiştir. *Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA*⁴⁵² kararında aynen şu ifadelere rastlanmaktadır: “Bir sözleşme belirli bir ülkede tahkime atıf yapıyorsa buradan daha fazla bir çıkarım yapılarak bu durum tarafların sözleşmeye ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak o ülkenin hukukunu seçtiklerine delalet edebilir. Ancak bunun gerekli veya karşı konulamaz bir çıkarım veya delalet olduğuna katılmıyorum”⁴⁵³.

Kara Avrupası hukuk sisteminde tahkim yerinin seçimi tek başına uygulanacak hukukun seçimi olarak kabul edilmemektedir. İngiliz hukukunda ise İngiltere’de görülmekte olan bir tahkimin taraflarca İngiliz hukukunun seçildiğine ilişkin güçlü bir gösterge olduğu savunulmaktadır⁴⁵⁴. *Tzortzis and Another v. Monark Line A/B*⁴⁵⁵ tahkim davasında, Yunanlı ve İsveçli tarafların tahkim yeri olarak Londra’yı seçmesinin uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçtikleri anlamına geleceği sonucuna varılmıştır. *Court of Appeal* de aynı sonuca vararak, uyuşmazlık konusu olan hukukî işlemin İsveç ile daha yakın bir bağlantısı olmasına rağmen tarafların tahkim yeri olarak Londra’yı seçmelerini örtülü olarak İngiliz hukukunun seçildiğini gösterdiğine karar vermiştir. Ancak bu karar daha sonra

⁴⁵¹ *Yugoslav State Enterprise v Agent (Germany)* XXII YBCA 707(1997) tahkiminde Zürih’in tahkim yeri olarak seçilmesinin tarafların örtülü olarak Zürih kanton yasalarını seçtikleri anlamına gelebileceği hakkında bkz. Lew/ Mistelis/ Kröll, s. 416. Ayrıca MTO 9771 no’lu tahkim kararı aynı yöndedir. Bkz. Born, G.: *International Arbitration, Cases and Materials*, 2015, s. 971. Tahkim yeri seçiminin uygulanacak hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararlar için bkz. MTO 7375 ve 6030 no’lu tahkim kararları: Jones, D.: *Choosing The Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties*, Singapore Academy of Law Journal 2014, Vol.26 s. 919.

⁴⁵² (1971) AC 572, 588 (House of Lords)

⁴⁵³ Born, s. 253’den naklen (Lord Wilberforce), Lando, s. 108.

⁴⁵⁴ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 788; Lando, s. 107.

⁴⁵⁵ [1968] 1 W.L.R. 406.

Lordlar Kamarasında eleştirilerin hedefi olmuştur. 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun⁴⁵⁶ bu konuda özel bir düzenleme içermemesi nedeniyle bu kanun kapsamında da aynı yaklaşımın kabul edildiği savunulmaktadır⁴⁵⁷. Pratikte bu durum, tahkim yeri olarak Londra seçildiğinde ve uygulanacak hukuka ilişkin başka bir gösterge olmadığı hallerde İngiliz hukukunun örtülü olarak seçildiği anlamına gelmektedir. Yargılama yeri ve uygulanacak hukuk arasındaki bağın İngiliz hukukundan başka bir hukuku işaret ettiği hallerde ise, İngiliz mahkemeleri bu durumu tarafsız bir hukukun uygulanmasının taraflarca istendiği şeklinde gerekçelendirmiştir. Alman, İngiliz ve Birleşik Arap Emirliklerine ait şirketler arasında İsviçre'de görülmekte olan petrol ve doğal gaz uyuşmazlığına ilişkin bir tahkimde *Court of Appeal* taraflarca tahkim yeri olarak tarafsız bir yerin seçilmesini tarafların tarafsız bir hukuk seçimi yapma niyetlerinin varlığı (İsviçre hukuku) olarak kabul etmiştir⁴⁵⁸.

Fransız mahkemeleri de tahkim veya yargı yetkisine ilişkin sözleşme hükümlerinden tarafların sözleşmeye uyuşmazlığın görüldüğü yer hukukunu uygulamayı istedikleri sonucuna varmıştır. *Mardelé v. Muller*⁴⁵⁹ uyuşmazlığında mahkeme, taraflarca açık bir hukuk seçiminin olmadığı bir uyuşmazlıkta, İngiltere'de tahkim başvurusu ve İngiliz mahkemelerine yapılacak başvurunun kabul edilmesi nedeniyle İngiliz hukukunun geçerli bir hukuk seçimi olup olmadığı sorusu ile karşılaşmıştır. İngiliz hukukuna göre geçerli olarak kabul edilen hukuk

⁴⁵⁶ 1996 Arbitration Act. Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

⁴⁵⁷ Sutton, J./Russell, F./Gill, J./ Gearing, M.: Russel on Arbitration tarafından savunulan görüş için bkz. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 788.

⁴⁵⁸ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 788-789.

⁴⁵⁹ Cass.civ. 19 Feb 1930.

seçimi, Fransız hukukuna göre geçersizdir. Mahkeme, seçimin geçerli olduğuna ve İngiliz hukukunun örtülü olarak seçildiğine karar vermiştir⁴⁶⁰.

Tahkim yerinin seçimi, işlemin niteliği, sözleşmenin dili ve kurumsal tahkim gibi diğer faktörlerle birlikte ele alındığında tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda örtülü bir hukuk seçimi oluşturabilir⁴⁶¹. Bununla birlikte, tahkim yerinin taraflarca seçilmediği durumlarda, hakemlerce ya da tahkim kurumu tarafından belirlenen tahkim yerinden hareketle uygulanacak maddî hukukun örtülü olarak seçilmiş olduğu sonucuna varmak mümkün değildir⁴⁶².

Genel bir tahkim yerinin söz konusu olmadığı uluslararası tahkim yargısında *quis eligit arbitrum eligit jus* kuralı (hakemin seçilmesiyle uygulanacak hukuk da seçilmiş sayılır) geçerli değildir. Örneğin MTO tahkiminde, MTO Tahkim Divanı, tarafların hakem ve/veya başhakem atayamadıkları hallerde tarafların tâbi oldukları devletin MTO Ulusal Komitesine başvuru yapacak ve hakemler atanacaktır. Dolayısıyla hakemin uyuşmazlıklarla herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır⁴⁶³. Aynı durum *ad hoc* uluslararası tahkimler için de geçerlidir. Tarafları İngiliz ve Polonyalı olan bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre tahkime sevk edildiğini varsayalım. Bu Kurallar uyarınca yetkili makam İsveç Malmö'den bir hakem seçmiş olsun. Hakem atanmasından sonra taraflar tahkime dahil olan herkesin erişiminin kolay olması nedeniyle tahkimin Kopenhag'da görülmesinde mutabık olsun. Bu durumda uyuşmazlığın Danimarka ya da İsveç hukukuna göre çözülmesini haklı kılacak herhangi bir neden bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlık

⁴⁶⁰ Lando, s. 108.

⁴⁶¹ Born, s. 253; Doğan, s. 88.

⁴⁶² Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁶³ Lando, s. 107.

ulusal bir hakem heyeti tarafından görülüyorsa cevap farklı olabilmektedir. Bu durum mahkeme kararlarından çıkarılan bir sonuçtur⁴⁶⁴.

4.1.2.2. Olumsuz Örtülü Hukuk Seçimi

Uluslararası doğal gaz sözleşmelerinin de yer aldığı ticarî sözleşmelerde taraflarca açık bir şekilde uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde bu durum tarafların belli bir ülkenin hukukunu uygulamayı reddettikleri anlamına gelmekte ve bunun da daha ziyade bir tarafın diğer tarafın hukukunu istememesi olarak yorumlanmaktadır. Tarafların bilinçli olarak uygulanacak hukuka ilişkin hususu göz ardı ettiği bu durumlarda uygulanacak hukukun seçilmiş olduğu/olabileceği konusunda ısrarcı olmak çoğu zaman sözleşmenin kendisini de tehlikeye atmaktadır. Özellikle, taraflardan birinin devlet veya devlet kontrolünde bir tüzel kişiliğinin olması halinde devlet egemenliği ilkesinin yabancı bir hukuka tâbi olma ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir⁴⁶⁵.

Amerikalı bir yüklenici ile Orta Doğulu bir alıcı arasındaki malzemelerin Amerika’da üretilmesi ve Orta Doğu’da monte edilmesine ilişkin bir sözleşme uygulanacak hukuka ilişkin bir kayıt içermiyorsa tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında uygulanacak hukuku müzakere ettikleri ancak bir anlaşmaya varamadıkları çünkü Arap alıcının New York hukukunu, Amerikalı satıcının da Suriye hukukunu istemediği şeklinde değerlendirilmiştir. Böyle durumlarda hakemler klâsik kanunlar ihtilâfı kuralarını uygulamış olsalardı uygulanacak hukuk olarak Amerikan ya da Suriye hukukunu “en sıkı ilişkili” hukuk ya da “ağırlık

⁴⁶⁴ Lando, s. 107.

⁴⁶⁵ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

merkezi” olarak uygulayacakları, böyle bir durum ise tarafların iradesi ile tamamen çelişeceği ileri sürülmektedir⁴⁶⁶.

Olumsuz örtülü hukuk seçimine ilişkin tahkim kanun ve kurallarında bir hüküm bulunmamaktadır. Uluslararası tahkimin taraflara verdiği geniş irade özerkliği dikkate alındığında tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak bir ya da birden fazla hukuku hariç tutmaları söz konusu olabilmektedir. Ancak tahkim kanun veya kurallarının taraflara millî olmayan hukuku seçme yetkisi vermediği hallerde taraflar bir millî hukuk sisteminin tüm kurallarının uygulanmamasına karar veremezler. Aynı şekilde tarafların negatif hukuk seçimi, hakemlerce tarafların millî olmayan hukuk seçimi yaptıkları veya tarafların kendi hukuklarına ilişkin ortak hukuk kurallarının kabul edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁴⁶⁷.

MTO’nun 5953 no’lu tahkimde *Compania Valencia de Cementos Portland (İspanya) vs Primary Coal Inc (New York)* kömür teslimine ilişkin uyuşmazlıkta, iki tarafın millî hukuklarının objektif olarak en uygun hukuk olmadığına ve sözleşmenin uzun aylar müzakere edilmesine rağmen uygulanacak hukuk hükmünü içermemesini tarafların bilinçli ve örtülü iradeleri olduğu sonucuna varılmıştır. Tek hakem ile yürütülen tahkimde, hakem tarafların herhangi bir ülkenin millî hukuk kurallarına tâbi olmak istemediklerini, aksine uyuşmazlıkların tamamen uluslararası hukuk ve özellikle uluslararası ticarî teamül kurallarına göre çözümlenmesini istedikleri sonucuna varmıştır. Temyiz aşamasında Paris Yüksek Mahkemesi, hakemin tarafların İspanya, New York ve İngiliz hukuklarını istemedikleri yönündeki kararının doğru olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, ayrıca

⁴⁶⁶ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁶⁷ Silberman/Ferrari, s. 275.

belli bir millî hukukun uygulanmasına ilişkin bir hükmün olmaması halinde uyuşmazlığa hakemin uluslararası ticarî teamüller içerisinde yer alan *lex mercatoriay*ı uygulanmasının doğru olduğuna karar vermiştir⁴⁶⁸.

4.1.3. *Tronc Commun* Doktrini

Tarafların olumsuz irade beyanı varsayımına dayanan bu doktrinin, kanunlar ihtilâfı kurallarının “*tarafların iradelerini*” yapay olarak belirlemesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Olumsuz irade beyanına başvurarak uygulanacak hukukun bulunmasını temel alan bu doktrin eleştirilere maruz kalsa da, *Rubino-Sammartano* teorisinin alanını daha da genişletmiştir. Yazar, tarafların uygulanacak maddî hukuk konusunda anlaşılamamaları ve dolayısıyla bilmedikleri hükümlerin uygulanmasını engellemek için sözleşmeye her iki tarafın hukuklarının ortak olan kısımlarının uygulanmasını istediklerini ileri sürmüştür. İki hukukun ortak hükümleri uygulanmasına rağmen sonucun tatmin edici olmaması ihtimalinde, *Rubino-Sammartano* söz konusu seçimi tarafların iradelerini yansıtmaması nedeniyle açık, doğal ve otomatik bir seçim olarak görmüştür⁴⁶⁹.

Rubino-Sammartano, *Tronc commun* doktrinine göre uygulama alanı bulmayan sorunlarda tarafların hukuk sistemlerinin kuralları, daha önceki ilişkilerinde kullandıkları teamüller veya bunların yokluğu halinde tarafların ait

⁴⁶⁸ *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrsgesellschaft mbH v R'as al-Khaiman National Oil Company* (ICC no 3572), *Sapphire v NIOC* davası ve *TOPCO v CALASIATIC* davası aynı yönde kararların olduğu uyuşmazlıklardır. Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁶⁹ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395. *Channel Tunnel* sözleşmesinde “Sözleşmenin kurulması, geçerliliği ve ifası İngiliz ve Fransız hukukundaki ortak hükümlere göre yürütülür ve yorumlanır. Ortak hükümlerin olmaması halinde millî ve milletlerarası tahkimlerde uygulandığı üzere milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerinin ortak hükümleri uygulanır. Fransız ve İngiliz tarafında yürütülecek tüm çalışmalar Fransız ve İngiliz kamu yararı hükümlerine tâbidir” hükmü yer almaktadır. İngiliz Lordlar Kamarası sözleşmedeki bu hükmün geçerli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Tweeddale, A./ Tweeddale, K.: *Arbitration of Commercial Disputes*, International and English Law and Practice, Oxford 2007, s. 184-185.

oldukları ÷lkeye ait mevcut team÷llerden ilham alınarak tarafların beklentilerinin cevaplanabileceğini ileri sürmektedir. Eğer bu şekilde bir sonuca varılamazsa her sözleşmesel yükümlölük için söz konusu yükümlölüğü yerine getirecek tarafın hukukuna bakılabileceğı savunulmaktadır⁴⁷⁰.

Tronc Commun ve *lex mercatoria* ilkeleri uygulanacak hukukunaçıkça belirtilmediğı hallerde uygulanan ilkeler olsa da aralarında farklılıklar bulunmaktadır. *Lex mercatoria* tarafların millî hukuklarının uygulama alanının söz konusu olmaması nedeniyle uluslararası bir hukukun uygulanmasına işaret ederken, *Tronc Commun* doktrininde ise, tarafların millî hukukları bertaraf edilmeyerek ortak oldukları hususlar uygulama alanı bulmaktadır⁴⁷¹.

Her ne kadar genel olarak millî mahkemelerde karma hukuk hükümlerinin geçerliliğı kabul edilse de, taraflarca karma bir hukuk uygulanmasına ilişkin hukuk seçiminin olmadığı hallerde bu yola başvurmak yaygın değildir. Nitekim *Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corp.* tahkiminde hakem heyeti *Tronc Commun* doktrinini uygulamayı reddetmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında, uyuşmazlık Amerikalı satıcı ile Orta Doğulu alıcı arasındaki mal satımına ilişkin sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Orta Doğulu alıcı geç teslimat nedeniyle zararın giderilmesi talebinde bulunmuştur. Sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır; her bir taraf iddialarını kendi hukukuna dayandırmaktadır. Hakem heyeti hukuk seçiminin olmadığı bu uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku üç şekilde belirleyebileceğine işaret etmiştir: Tarafsız bir hukuk belirlenmesi, *Tronc Commun* doktrininin uygulanması ve hukukun genel

⁴⁷⁰ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

⁴⁷¹ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395.

ilkelerinin uygulanması. Hakem heyeti tarafsız bir millî hukukun belirlenmesinin yapay ve keyfi olacağı, *Tronc Commun* doktrininin uygulanmasının ise uzun karşılaştırmalı hukuk araştırması gerektireceği, ancak bu çabanın sonunda bir sonuca da ulaşılmayabileceğini belirterek, milletlerarası sözleşme yükümlülüklerine ilişkin hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. Kararda *lex mercatoria*'nın bir kısmını oluşturan hükümler, ticarî gelenek kuralları ve UNDROIT Kuralları, genel hukuk hükümleri sıfatıyla uygulamıştır⁴⁷².

Tronc Commun doktrini tarafların uyuşabileceği bir yaklaşım olarak görülse bile, tarafların tâbi oldukları hukukun ortak kurallarını tespit etmenin zorluğu ve bazen hiçbir sonuca varılamaması nedeniyle pratik bir yaklaşım değildir.

4.1.4. Hukuk Seçiminin Zamanı

Tarafların sözleşmenin hazırlanması aşamasında uygulanacak hukuku seçmeleri mantıklı bir durumdur. Taraflar bu aşamada sözleşme kapsamında karşılıklı hakları ve yükümlülüklerini belirledikleri için bu aşamada uygulanacak hukuku belirlemeleri de uygundur. Aslında bu aşamada tarafların aralarındaki pazarlık, mutabık kalınan hukuk kapsamında şekillendirilmektedir. Bununla birlikte, milletlerarası sözleşmeler ve çeşitli kurallarla tarafların uyuşmazlığın yargı merci önünde bulunduğu durumlarda dahi uygulanacak hukuku seçme haklarının irade özerkliği ilkesi kapsamında mümkün olduğu genel kabul görmektedir. Dolayısıyla, irade özerkliği ilkesinin kendisi, tarafların uyuşmazlık ortaya çıktıktan yaptıkları gecikmeli hukuk seçiminin en büyük dayanağı olarak açıklanmaktadır⁴⁷³.

⁴⁷² Tweeddale/Tweeddale, s. 185-186.

⁴⁷³ Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 107.

Tarafların daha önce seçtikleri hukuku sonradan değiştirip değiştiremeyecekleri sorusunun cevabı da irade özerkliği ilkesinin özünde saklıdır. Nitekim irade özerkliğinin bir gereği olarak, tahkim kanunlarının ve kurallarının büyük bir kısmı, tarafların başlangıçta seçtikleri hukuku değiştirmelerine üçüncü şahısların haklarına hâlel gelmemesi veya hakemlerin karar verme aşamasına olmamaları şartıyla izin vermektedir⁴⁷⁴. Örneğin, Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinde tarafların daha önce yaptıkları hukuk seçimini herhangi bir zamanda değiştirebilecekleri açıkça ifade edilmektedir.

O halde, taraflar daha önce sözleşmelerinde yer alan bir hukuk seçimini, uyuşmazlık aşamasında dahi değiştirebilecekleri gibi, daha önce hukuk seçimi yapmamışlarsa yine uyuşmazlık aşamasında dahi bu seçimi yapma imkânına da irade özerkliği kapsamında sahiptir. Bu bağlamda, taraflar arasında hazırlanan uyuşmazlığın tahkime sunulmasına ilişkin bir mutabakat taslağı ya da hakemlerin görevlendirme belgesi de taraflara uygulanacak hukuk konusunda seçimi konusunda bir fırsat sağlayabilir. Ayrıca tarafların uygulanacak hukuka ilişkin aynı anda sunacakları yazılı bir belge hakemler için aynı derecede bağlayıcıdır⁴⁷⁵. Bununla birlikte hukuk seçiminin sözleşme müzakereleri sırasında tartışılmasının daha uygun olacağı kanısındayız. Aksi takdirde, örneğin uyuşmazlık aşamasında uygulanacak hukuka ilişkin müzakereler sözleşmede yer alan hükümlere, hak ve borçlara hâlel getirebilir.

⁴⁷⁴ Doğan, s. 96-97. YBCA, Y.1979, Vol. IV, s. 192-193. Ad Hoc Tahkim Heyeti, 17 Aralık 1975 tarihli Tahkim Kararında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin seçimin sadece sözleşme imzalanması aşamasında değil, tahkim prosedürü başladıktan sonra da yapılabileceğine karar vermiştir: Silberman/Ferrari, s. 273.

⁴⁷⁵ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 790.

4.1.5. Hukuk Seçiminin Kapsamı

4.1.5.1.Ulusal Hukuk

Bir devletin ya da devlet kuruluşunun tarafolduğu sözleşmeler de dâhil olmak üzere uluslararası birçok ticarî sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirli bir devletin ülkesinde yürürlükte olan hukuk seçilmektedir. Bu seçim, o devlet hukukun tamamını (kanun, tüzük, yönetmelik, mahkeme içtihatları ve örf ve adet hukukunu) kapsamaktadır. Burada, hukukî bir sorunun cevaplandırılmasını sağlayacak bir ülkenin hukuk sisteminden bahsedilmektedir. Hukukta kesinlik olmamakla birlikte tarafların hak ve yükümlülüklerinin ölçülebilmesi açısından ulusal bir hukuk sistemi taraflara bilinen ya da belirlenebilen bir standart sunmaktadır. Böylece herhangi bir uyuşmazlıkta taraflara hukukî pozisyonlarına ilişkin mâkul bir güven sağlayacak şekilde hukukî tavsiyelerde bulunulabilir. En azından genel anlamda uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla açılan davaları kazanabilme ya da kaybetme olasılıkları ortaya konulabilmektedir. Örneğin, İsviçre’de görülmekte olan bir tahkim davasında taraflar uygulanacak hukuk olarak Fransız hukukunu seçmişlerse, uyuşmazlıktaki tüm taraflar hukuken hangi durumda bulunduklarını tahmin edebilmekte ve hakemler de gerektiğinde hangi hukuk sistemine atıfta bulunacaklarını bilmektedir. Ayrıca taraflar ve avukatları Fransız hukuku kapsamında başarı şanslarını, hangi hukukî tartışmaları gündeme getirebileceklerini ve taleplerini belirleyebilme imkânına sahiptir⁴⁷⁶.

Belirli bir devletin yürürlükte olan hukukun seçilmesinin sebebi söz konusu hukukun sözleşme ile bir bağlantısının olması veya tarafların o hukuku

⁴⁷⁶ Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 199-200.

hukukî ilişkileri için en uygun hukuk olarak görmeleridir. Bununla birlikte birçok sözleşme, taraflar ve sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen belirli bir ülke hukukunun uygulanmasına ilişkin hukuk seçimi kaydı içerebilir. Örneğin, emtia sözleşmeleri (ticarî mallara ilişkin sözleşmeler), gemi nakliye sözleşmeleri veya sigorta sözleşmeleri genelde İngiliz hukukuna göre yürütülmekte ve uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukuku seçilmektedir. Burada İngiliz ticaret hukukunun modern uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılaması önem arz etmektedir. Benzer nedenlerden dolayı reasürans sözleşmeleri için New York hukukunun seçildiği görülmektedir⁴⁷⁷. LNG sözleşmelerinde de İngiliz hukuku yaygın olarak kullanılmaktadır.

Geçmişte, uyuşmazlığın esasına tarafsız bir hukukun uygulanması konusunda bazı zorluklarla karşılaşmıştır. Amerika’da Kanunlar İhtilâfı Kuralları İkinci Düzenlemesi olan *Restatement Second*, tarafların hukuk seçiminde başka bir makul neden olmadığı sürece seçilen hukuk ile uyuşmazlığın konusu olan hukukî işlem arasında bir ilişkisinin olmasını aramaktadır. Bununla birlikte birçok millî hukuk, tarafsız bir hukuk seçimini kabul etmektedir. MTO 1989 tarihli 4629⁴⁷⁸ no’lu tahkimde, hakem heyeti tarafların uyuşmazlığa uygulanmak üzere İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerini seçmesini uluslararası sözleşmelerde farklı uyruklığa sahip tarafların özgür seçimi olduğuna ve tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere mevcut uyuşmazlıkta olduğu gibi sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk seçebileceklerine karar vermiştir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 200.

⁴⁷⁸ Yearbook Comm. Arb, Y. 1993, Vol. 33, s. 11, 15.

⁴⁷⁹ Tweeddale/Tweeddale, s. 183. Aynı yöndeki karar için bkz. MTO tahkim No. 7047 (1994), 1996 Ybk Comm. Arbitration s. 183.

Millî tahkim kanunlarında, hukuk seçimi halinde kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması istisna tutulmaktadır. Taraflarca uyuşmazlığın esasına açıkça bir millî hukukun uygulanmasına karar verilmişse, o hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması irade özerkliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bu durumda tarafların seçtikleri hukuktan başka bir hukukun uygulanması ihtimali ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bir millî hukuk, kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanmasını hariç tutmuyorsa, tarafların hukuk seçiminde, eğer niyetleri bu yönde ise kanunlar ihtilâfi kurallarını dışlaması uygun olur⁴⁸⁰.

4.1.5.2. Birden Çok Hukukun Seçilmesi (Büyük Parçalanma-*Dépeçage* ve Küçük Parçalanma)

Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanması anlamına gelen ve parçalanma olarak adlandırılan⁴⁸¹ bu durum esas itibarıyla sözleşmenin bütünlüğünü bozmaktadır. Sözleşme hükümlerinin özelliklerine bağlı olarak farklı hukukların uygulamasına imkân veren bu durum hukuk seçimi sonucunda da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir sözleşmede, ödeme yükümlülükleri veya telif haklarına bir hukuk uygulanabilir; diğer konulara ise başka bir hukuk uygulanabilir (büyük parçalanma). Bu yaklaşımın en bilinen örneği, Bermuda Form sigorta poliçesinde özel bazı konular İngiliz hukukuna tâbi iken sözleşmede uygulanacak hukuk olarak New York hukukunun seçilmesidir⁴⁸².

Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını öngören hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliğine ilişkin sorun bulunmamaktadır. Gerek

⁴⁸⁰ Tweeddale/Tweeddale, s. 182-183. Bu durum seçilen millî hukukun “kanunlar ihtilâfi kuralları hariç olmak üzere” şeklinde ifade edilmektedir.

⁴⁸¹ Tiryakioğlu (Satım), s. 16.

⁴⁸² Born, s. 253.

millî hukukların çoğu, gerek Roma I Tüzüğü ve Kanunlar İhtilâfî Kurallarına ilişkin İkinci *Restatement* birden çok hukukun seçimine izin vermektedir.

Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların seçimi, özellikle tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerine farkı hukukların uygulanması halinde (küçük parçalanma), bazen sıkıntılı durumların ortaya çıkmasına neden olabilir⁴⁸³. Seçilen hukukların birbirlerine etkisini ve sınırlarını tanımlamak uyumsuzlığa yol açabilir⁴⁸⁴.

Taraflar, sözleşmenin bir kısmına uygulanacak hukuku seçerken (kısımlı hukuk seçimi) diğer kısım için seçilen hukukun uygulanmamasını kararlaştırmışlarsa, bu kısma hangi hukukun uygulanacağı tartışmalıdır. Klâsik görüş, kanunlar ihtilâfî kurallarını devreye sokma eğilimindedir. Bu durumda ise, genellikle sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku uygulanmaktadır. Ancak, bu durumda, sözleşmenin bir kısmını hariç tutmak suretiyle hukuk seçimi yapmalarının ardında yatan gerçek niyetlerinin araştırılması gerektiğini savunan görüşün daha ikna edici olduğu savunulmaktadır⁴⁸⁵. Tarafların, seçtikleri hukukun sözleşmenin bazı hükümlerine uygulanmayacağını kararlaştırdıkları bu tür durumlarda hukuk seçiminin geçerliliği konusunda, davanın görüldüğü ülkedeki yasa ve içtihatlar da bakılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Akdin hukukî ve iktisadî yönden farklı hukuk düzenlerine tâbi tutulmak istenilen kısımları kendi içlerinde bir bütünlük arz etmiyorsa taraflar kısmi hukuk seçimi yapamazlar. Bu kapsamda alacaklının hakları bir ülke hukukuna borçlunun yükümlülükleri ise başka bir ülke hukukuna tâbi olamaz. Bkz. Doğan, s.95.

⁴⁸⁴ Born, s. 253.

⁴⁸⁵ Audit, s. 16.

⁴⁸⁶ Fransa'da *Messageries Maritimes*⁴⁸⁶ olarak anılan bir davada (*Etat Francais v. Comite'de la Bourse d'Amsterdam*) Fransız bir şirket, başka bir şirkete Kanada ve Hollanda'da Kanada Doları ile borç vermiştir. Ödünç sözleşmesinde ödünç alanın tercihi göre, ödemenin Kanada'da ve Hollanda'da altınla ödemesine ilişkin kayıt bulunmaktadır. Kanada ve Fransa'da daha sonra yapılan

Yarattığı sıkıntılara rağmen, irade özerkliği ilkesinin kapsamı göz önüne alındığında, özellikle uluslararası tahkimde, istenmeyen bir durum olsa da, parçalanmaya yol açan hukuk seçimlerinin geçerli olarak kabul edildiği görülmektedir.

4.1.5.3. Çoklu ya da Çakışan Millî Hukukların Seçimi

Taraflar bazen, parçalanmaya neden olmaksızın aynı sözleşme hükümlerine uygulanacak iki veya daha fazla millî hukuku seçme konusunda anlaşmaktadır. Bu mutabakat doğrudan iki hukukun seçilmesi (“bu sözleşme A Devleti ve B Devleti kanunlarına göre yürütülecektir”) veya kesişen seçimlerle (“bu sözleşme A Devleti ve B Devleti kanunlarının ortak kurallarına göre yürütülecektir”) olabilmektedir. Görüldüğü üzere, bu yapıdaki hukuk seçimine ilişkin anlaşmalar tek bir sözleşme ilişkisindeki farklı kısımlar veya hükümler için farklı hukukun seçildiği bir önceki başlıkta ele alınan parçalanma ile karıştırılmamalıdır. İki veya daha fazla devletin hukukunun aynı anda sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmesi, irade özerkliği ilkesi kapsamında birçok ülkede kabul görmektedir⁴⁸⁷. Buna rağmen, bu tür hukuk seçimleri, hukuk seçiminin öngörülebilirlik ve verimlilik gibi avantajlarını ortadan kaldırması ve pek çok

düzenleme ile altın ile ödeme yapmak yasaklanmıştır. Borçlunun altın ile ödemeyi reddetmesi üzerine çıkan uyuşmazlık Temyiz Mahkemesi önüne geldiğinde, mahkeme, Kanada hukukunun uygulanmasını bertaraf etmek için “milletlerarası kamu düzeni” (*international public policy*) hükümlerine atıfta bulunmuş ve uluslararası sözleşmelerde altın ile ödeme hükmünün geçerli olduğunu ve sözleşmeye uygulanan hukukun emredici hükümleri (*mandatory rules of the domestic law governing the contract*) ile çatışsa dahi tarafların sözleşmelerine altın ile ödeme hükmü koyabileceklerine hükmetmiştir. İşte bu durum, taraflara sözleşmenin belirli kısmını farklı hukuka tâbi tutabilirken, diğer kısımlarını başka hukuka tâbi tutma konusunda cesaret vermiştir.

⁴⁸⁷ Born, s. 252.

durumda çözümsüz uyuşmazlıklara yol açması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁸⁸.

4.1.5.4. “Şartlı” Hukuk Seçimi

Taraflar zaman zaman gelecekteki gelişmelere göre değişebilecek “şartlı” hukuk seçimine (*floating choice of law*) ilişkin anlaşmalar yapabilir. Örneğin, hukuk seçimine ilişkin anlaşmada, alıcı tarafından açılacak bir davada, satıcının devletin hukukunun uygulanacağı kararlaştırılabilir⁴⁸⁹. Gerçekten de, hukuk seçiminin temel amacının öngörülebilirlik, verimlilik ve tarafsızlık sağlamak olduğu göz önüne alındığında, belirsizlik yaratan “şartlı” hukuk seçimine ilişkin anlaşmaların bu hedeflere zarar vereceği açıktır⁴⁹⁰.

4.1.5.5. Ulusal Olmayan Hukuk Seçimi- Anasyonel Hukuk Kuralları, *Lex Mercatoria*, Hukukun Genel İlkeleri

Bu husus Üçüncü Bölümde yatırım tahkimi kapsamında ele alındığı için⁴⁹¹ tekrardan kaçınmak amacıyla burada bu tür hükümlerin sadece ticarî sözleşmeler bakımından gösterdiği gelişim ve bazı özellikler üzerinde kısaca durulacaktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, taraflar sözleşmelerinin belirli bir devletin hukukuna tâbi olması yerine millî hukuklardan bağımsız ve doğrudan

⁴⁸⁸ Born, s. 252.

⁴⁸⁹ Bu tür hukuk seçimleri irade özerkliği kapsamında geçerli olsa da esasında âdil değildir. Hatta doktrinde bu tür bir hukuk seçimi anlaşmasının ardında “kaba bir adalet” (*rough justice*) anlayışının bulunduğu ve taraflardan birini dava açmaktan vazgeçirmeyi amaçladığı ifade edilmektedir: Born, s. 253.

⁴⁹⁰ Nitekim bazı mahkemeler bu özellikleri nedeniyle, “şartlı” hukuk seçimine ilişkin anlaşmaların geçerliliğini ve uygulanabilirliğini sorgulamışlardır: Born, s. 253.

⁴⁹¹ Bkz. yuk. s. 106 vd.

milletlerarası ticaretin örf ve adetlerinden doğan kurallara (*lex mercatoria*)⁴⁹² veya yine kapsamlı bir terim olarak ulus ötesi hukuka tâbi olmasını tercih edebilir.

Uluslararası ticarî tahkimde genellikle “hukuk kuralları” ifadesinin kullanıldığı hallerde ulus ötesi kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. “Hukuk kuralları” ibaresi, ilk kez 1981 Fransız Tahkim Kanununun 1496. maddesinde yer almış ve Fransız doktrininde ulus ötesi hukuk kurallarına yapılan örtülü bir gönderme olarak değerlendirilmiş ve bu yorum Fransız mahkemeleri tarafından da kabul edilmiştir. Diğer birçok hukuk sistemi de aynı ifadeyi aynı anlama gelmek üzere kullanmıştır⁴⁹³.

Akademik alanda ve sözleşme uygulamalarında kullanılan terminoloji belirsizliğini korumaktadır. Taraflar sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri ulus ötesi kurallara ilişkin niyetlerini “uluslararası ticaret hukukunun genel hükümleri”, “genel olarak kabul gören hukukî ilkeler”, “birçok hukuk siteminde ortak olan ilkeler” gibi ifadelerle farklı şekillerde dile getirmektedir. Devletin taraf olduğu sözleşmelerde hukuk, uluslararası kamu hukukundan gelen “uluslararası teamül”, “uluslararası hukuk” veya “Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki anlamıyla hukukun genel ilkeleri” ifadeleri kullanılmaktadır⁴⁹⁴. Her

⁴⁹² Farklı ülkelerin uyrukluğunda olan taraflar arasındaki ticarî uyuşmazlıklarda millî hukukun taraf beklentilerini karşılamadığı ve milletlerarası hukukun ise yeterli olmadığı hallerde *Lex mercatoria*’nın ortaya çıktığı ve üçüncü bir hukuk düzeni olarak adlandırıldığı görülmektedir: Maniruzzaman, A. F. M.: *The Lex Mercatorai and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*, American University International Law Review, Y. 1999, Vol. 14, Issue 3, s. 658 vd.

⁴⁹³ Hollanda Medeni Usul Kanununun 1054. maddesinin yasalaşma sürecinde, hükûmet tarafından “hukuk kuralları” ifadesinin millî hukuk yanında *lex mercatoria*’yı da kapsadığı ifade edilmiştir. İngiltere gibi ulus ötesi kuralların uygulanmasına şüphe ile yaklaşan hukuk sistemlerinde dahi önce mahkemelerce daha sonra 1996 Tahkim Kanununda tarafların uygulanacak hukuk olarak ulus ötesi kuralları seçebilecekleri kabul edilmiştir: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 802-804.

⁴⁹⁴ Born, s. 254, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 806; Doktrinde, devlet ve devlet kuruluşları ile özel şahıslar arasındaki sözleşmelerde farklı ekonomik ve politik çevrelerden gelen taraflar için millî olmayan hukuk kurallarının ilişkinin mahiyetine ve

ne kadar bu ifadelerin kesin bir şekilde tanımlanması ve düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin doktrinde görüş birliği olsa da her bir ifadenin tanımlanmasında farklı yorumlar bulunmaktadır. Bununla birlikte tüm bu ifadeleri kapsayacak şekilde genel anlamda en sık kullanılan terim *lex mercatoria*'dır. Dolayısıyla, ticarî sözleşmelerde hukuk kurallarının taraflarca seçilmesi imkânının tanındığı hallerde veya genel olarak *lex mercatoria* teriminin kullanıldığı hallerde, bu terimin kapsamını tespit etmek önem arz etmektedir⁴⁹⁵. *Lex mercatoria* sadece ulus ötesi hukuk kurallarını değil, örf adeti (belirli bir ticaret dalındaki uygulamalar) de kapsamaktadır. Ulus ötesi kurallar *trunc commun* doktrininde olduğu gibi, hem tüm hukuk sistemlerinde ortak olan ilkeleri hem de milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerini kapsamaktadır. UNIDROIT Kurallarını kaleme alan yazarlar, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere “*hukukun genel ilkeleri*” ya da “*lex mercatoria*” ya da benzer bir içerik kabul ettiklerinde söz konusu ilkelerin uygulanacağını kabul etmektedir⁴⁹⁶.

Lex mercatoria'nın en önemli özelliği örf ve adet hukuku temelli olması ve kendiliğinden gelişmesidir. Bu kapsamda milletlerarası hakem kararları ile geliştirilen içtihatlar, milletlerarası ticaret hukukunun genel esasları, milletlerarası ticarî örf ve adetler ve milletlerarası ticarî ilişkileri düzenleyen INCOTERMS (iç ve dış ticarete ilişkin ticarî terimlerin kullanımı için ICC Kuralları), MTO'nun Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü Kuralları (*ICC Force Majeure and Hardship Clause*) gibi milletlerarası ticarî ilişkileri düzenleyen hukukî metinler ve

milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düştüğünü savunmaktadır: Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 144.

⁴⁹⁵ MTO Tahkim Kurallarına tâbi hakem kararlarında *lex mercatoria* 'nın UNIDROIT Kurallarını içerdiği görülmektedir: Erdem, s. 11.

⁴⁹⁶ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 806; Audit, s. 13.

milletlerarası ticarî ilişkilerde kullanılan tip sözleşmeler *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer almaktadır⁴⁹⁷

MTO Tahkim Divanı, sözleşmelerde *lex mercatoria*'ya yapılan atıf oranını %1-3 olarak⁴⁹⁸ belirtmektedir. Tarafların bu tarz yazılımdan kaçınmalarının sebebinin *lex mercatoria*'nın ticarî işlemler için gerekli olan detaya, kapsama ve öngörülebilirliğe sahip olmaması ve bu tarz hukuk seçimlerinin geçerlilik ve yorumlamaya ilişkin olarak da ciddî sorulara yol açması olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹⁹.

Hakem kararının iptali veya tenfizinde, *lex mercatoria* 'nın uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesinin sorunlar yaratacağı da dile getirilmektedir⁵⁰⁰. Tarafların iradesi bağlamında ulus ötesi kurallara göre verilen hakem kararının sırf bu gerekçe ile iptal edilebilmesi veya tenfizinin reddi mümkün olmamalıdır. Burada, hakemlerin dikkate alması gereken tek husus, tahkim yeri veya kararın tenfiz edileceği devletin başta kamu düzeni olmak üzere re'sen dikkate alacağı tenfizin reddi ve iptal sebepleri olmalıdır⁵⁰¹. Gerçekten de, bu endişelere rağmen,

⁴⁹⁷ Erdem, s. 6-10.

⁴⁹⁸ 2004-2008 yılları arasında MTO Uluslararası Tahkim Divanı kapsamında taraflar 2937 uyuşmazlığın sadece 19'unda uygulanacak hukuk olarak milletlerarası ticaretin genel hukuk kuralları, *lex mercatoria*, UNIDROIT Kuralları ya da benzer ifadeler kullanmışlardır. Bkz. Greenberg, S./ Kee, C./ Weeramantry R.: International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective, Cambridge 2011, s. 133.

⁴⁹⁹ Born, s. 254; Ehliyet, kanuni faiz, tüzel kişilerin ehliyeti gibi konuların millî bir hukuka tâbi olması nedeniyle *lex mercatoria* 'nın bu soruları cevaplayamaması da öne çıkan eleştiriler arasında yer almaktadır: Craig, L./ Park, W./ Paulsson, J.: International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition, 2000, s. 333.

⁵⁰⁰ *Lex mercatoria* konusunda yapılan eleştiriler *lex mercatoria* 'nın bağımsız bir hukuk düzeni olup olmadığına toplanmaktadır. Bu konuda görüş ve yorumlar için bkz. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 810; Audit, s. 13; Craig/Park/Paulsson, s. 333. *Schmitthoff'un lex mercatoria* 'nın bağımsız bir hukuk düzeni olmadığına ilişkin görüşünü değiştirdiği, *lex mercatoria* 'nın millî hukuk sistemleri ile iş birliği içerisinde ve onların desteğiyle uygulanacağını savunduğu kabul edilmektedir: Erdem, s. 5; Berger K.P.: The Lex Mercatoria (Old and New) https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8, N.48-51.

⁵⁰¹ Audit, s. 14.

tarafların ulus ötesi kuralları seçmiş olması ve hakemlerin bu kuralları uygulaması hakem kararlarının iptal ve/veya tenfizinde hemen hemen hiç dikkate alınmamaktadır⁵⁰².

Lex mercatoria'nın bağımsız bir hukuk düzeni olduğunu savunanlar⁵⁰³ uygulanacak hukukun öngörülebilirliği bakımından, hakem kararlarının mahkeme kararlarına nazaran daha öngörülebilir olduğunu, ancak milletlerarası ticaret hayatında, hakemlerin milletlerarası ticaret hukukunun genel ilkelerine göre karar vermeleri ile millî bir hukuka göre karar vermeleri arasında öngörülebilirlik açısından fark olup olmadığı önem taşımaktadır. Nitekim uluslararası tahkimin doğasına bakıldığında hakem kararları farklı gerekçelere dayandırılmasına rağmen önemli ölçüde bir tutarlılık göstermektedir. Ayrıca hakemlerin hukukun genel ilkelerine göre karar vermeleri halinde tarafların hakemlere bu yönde verdikleri açık bir yetkinin olduğu göz önünde tutulmalıdır⁵⁰⁴.

⁵⁰² Audit, s. 13.

⁵⁰³ *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni olduğunu savunanların başında *Goldman* gelmektedir. *Goldman lex mercatoria*'nın kaynaklarının millî hukuk dışında olduğundan bağlayıcılığını da milletlerarası ticarî örf ve adet kurallarından aldığını savunmaktadır: Bkz. Erdem, s. 3, Berger K.P.: *The Lex Mercatoria (Old and New)* https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8, N.54, Aynı görüşte Greenberg/Kee/Weeramantry, s. 135. Lord *Mustill*, *lex mercatoria*'nın mükemmel olmasa da bir hukuk (*lex*) olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. *Mustill*, hakemlerin *lex mercatoria*'ya başvurmalarının nedeninin, tarafların açık veya örtülü bir mutabakatı olduğunu ya da tarafların aralarındaki “pazarlığın temel hukukî kapsamını oluştursa da” hakemlerin *lex mercatoria* kurallarına göre karar verdiği durumlar kendi fikirlerini dayattıkları anlamına gelmez. Zaten hakemlerin kendi fikirlerini dayatması hukukî işlemi değiştirmelerinden başka bir şey değildir. *Mustill*'e göre *lex mercatoria*'nın her durumda herkese âdil bir çözüm getirmesi beklenmektedir. Zaman zaman bu beklenti karşılanmasa bile, *lex mercatoria* hâlâ üstünlüğünü korumalıdır; aksi halde o bir hukuk olamaz, ‘*bu nedenle, lex mercatoria'nın en üst sınırı pacta sunt servanda olduğu için, kendisine çok keskin görünen bir sözleşmenin köşelerini düzelten bir hakem görevine uygun davranmıyor demektir*’: *Mustill*, M.: *The New Mercatoria: The First Twenty Years*, <https://www.trans-lex.org/126900>.

⁵⁰⁴ Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration*, s. 812.

Uygulanacak hukuk olarak nadiren seçilse de, *lex mercatoria* millî hukuktaki boşlukları doldurmak veya millî hukuka dayanan kararları desteklemek amacıyla hakemler tarafından daha sık kullanılmaktadır⁵⁰⁵.

4.1.5.6. Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Kuralları

UNIDROIT⁵⁰⁶ kuralları uluslararası sözleşme hukukuna ilişkin kuralları ortaya koymayı amaçlamakta olup sözleşmelerin geçerliliğine, yorumlanmasına, ifasına ve müzakerelerine ilişkin hükümler içermektedir. UNIDROIT kuralları milletlerarası bir anlaşma ve model kanun olmadığından devletler tarafından onaylanarak millî hukukun bir parçası haline getirilemez. Bu nedenle UNIDROIT kuralları esnek hukuk kuralları (*soft law*) olarak pozitif hukukun bir parçası değildir ve bağlayıcı gücü bulunmamaktadır. Uygulanmaları tercihe bağlı olup taraflar bu kurallara atıf yaptığı zaman uygulanmaktadır⁵⁰⁷.

Viyana Satım Sözleşmesi gibi UNIDROIT Kuralları da, sözleşmenin ilişkili olduğu devletin emredici kurallarını bertaraf ederek o kurallara göre öncelikle uygulanma amacı taşımaz⁵⁰⁸. Nitekim bu durum Kuralların 1.4.maddesinde bu husus şu şekilde ifade bulmuştur: “bu kurallardaki hiçbir şey, uluslararası özel hukukun ilgili kuralları uyarınca uygulanabilecek olan ulusal,

⁵⁰⁵ Greenberg/Kee/Weeramantry, s. 133-135; Gaillard, E./Banifatemi, Y.: IAI Series on International Arbitration No. 5 Precedents in International Arbitration, 2008, s. 27; Maniruzzaman (International Contracts), s. 733.

⁵⁰⁶ Özel Hukukun Uluslararası Yeknesaklaştırılması Enstitüsü (*The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*). Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Kurallarını ilk olarak 1994 yılında yayınlamış, 2004 yılında revize etmiştir. UNIDROIT Kurallarının hazırlanması aşamasında, bu kuralların uluslararası sözleşmeler için kapsamlı ve detaylı hükümler içermesi ve böylece tarafların özel şartlar üzerinde yoğunlaşması amaçlanmıştır. Bu nedenle, bu kuralların millî bir hukuk kadar eksiksiz olduğu kabul edilmektedir. UNIDROIT Kuralları birçok hukuk sistemine ait sözleşme hukuku alanında uzmanlaşmış akademisyenler tarafından ele alınan kurallar olarak akademik çalışmadan ziyade ticarî uygulamaları yansıtan ve çoğu millî hukuktan daha ikna edici olan kurallar olarak görülmektedir.

⁵⁰⁷ Erdem, s. 18.

⁵⁰⁸ Audit, s. 13.

uluslararası veya ulus üstü nitelikteki emredici kuralların uygulanmasını kısıtlamaz”

UNIDROIT kuralları sözleşme hukukunun çoğunlukla kabul görmüş ilkelerini yansıtmayı amaçladığından söz konusu ilkeler *lex mercatoria*’nın formüle edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kuralların herhangi bir uluslararası sözleşme veya model kanunda yer almayıp, çoğunun “ilkeler” olarak kabul görmesi nedeniyle, sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak seçilme ihtimali yüksek bulunmaktadır. Bu kapsamda UNIDROIT kuralları, kuralların taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmesi halinde veya taraflarca millî bir hukukun seçilmediği ve hukukun genel ilkelerine, *lex mercatoriaya* atıf yapıldığı hallerde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk seçmemesi ancak hakemlerin hukuk kurallarını seçme konusunda yetkilendirilmelerinde, anlaşmaların ve millî hukukların yorumlanmasında ve tamamlanmasında uygulama alanı bulabilmektedir⁵⁰⁹. Ancak, tarafların, UNIDROIT kurallarının düzenleme yapmadığı, sessiz kaldığı zamanaşımı, sözleşmesel cezalar, devir gibi konularda sözleşme hazırlığı aşamasında başka bir hukuk seçimini dikkate almaları önem arz etmektedir⁵¹⁰.

Ulus ötesi kuralların içeriğinin belirsiz olduğuna ilişkin görüşün zamanla geçerliliğini yitirmiş olduğunun en önemli kanıtı⁵¹¹, tarafların özellikle

⁵⁰⁹ Süral, C.: Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, İzmir 2008, s. 161-266; Erdem, s 19-27.

⁵¹⁰ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 395. Hakemlerin esasa uygulanacak hukuk bulunmasına rağmen bu seçimi dikkate almayıp UNIDROIT kurallarını uygulaması ise yetkilerini aştıkları olarak kabul edilerek kararın iptaline sebep olabilecektir. Ayrıca bu durum New York Sözleşmesi m. V/1/c uyarınca tenfiz engelidir.

⁵¹¹ Bkz yuk. s.108,113.

UNIDROIT kuralları ve Avrupa Sözleşme Hukuku Kurallarına⁵¹² atıf yaptıkları durumlardır.

4.1.6. İrade Özerkliği İlkesinin Sınırları

Tarafların uyuşmazlık konusu ile herhangi bir ilişkisi olmayan bir hukuku seçmesinin mümkün olması⁵¹³, tarafların sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu devlet hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallardan kaçabilecekleri anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde, hakem heyeti, seçilen hukukun kurallarının sözleşme ile en sıkı ilişkili devlet hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu durumu dikkate almaktan kaçınamaz. Tarafların tahkim yerini ve/veya uygulanacak hukuku seçerek söz konusu kuralların uygulanmasına engel olmalarına izin verilmemelidir⁵¹⁴. Buna rağmen irade özerkliği ile kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar arasında çok hassas bir ayrımın gözetilmesi esastır⁵¹⁵.

Tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere millî bir hukuk, ulus ötesi hukuk veya uluslararası hukukun ilkelerini seçebilmeleri mümkün olsa da, sözleşme ile ilgili bir devletin doğrudan uygulanan kuralları veya sözleşme ile ilgili olan devletlerden birinin kamu düzeninin tahammül edilmez bir şekilde ihlali tarafların hukuk seçimini sınırlandırmaktadır.

⁵¹² Principles of European Contract Law-PECL.

⁵¹³ Bu konuda bkz. yuk. s. 170.

⁵¹⁴ Örneğin, seçilen hukukun, satıcının tâbi olduğu devletin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde veya bu ülkedeki kanunların sözleşme konusu malın üretimi veya ihracatına izin vermeyen kurallar içermesi halinde hakemlerin satıcının tâbi olduğu hukukun kamu düzenini ve/veya doğrudan uygulanan kurallarını göz ardı etmeleri kabul edilemez.

⁵¹⁵ Poudret/Besson/Berti/Fonti, s. 607.

4.1.6.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tahkim sürecinde hakemlerin dikkate alacağı doğrudan uygulanan kurallar, uluslararası unsurlu hukukî ilişkiye o hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuktan bağımsız olarak uygulanması gereken kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar, tarafların iradeleri ile seçtikleri, hakemlerce veya kanunlar ihtilâfî kuralları ile belirlenen hukuk ve kurallar dikkate alınmadan uygulanan ve tarafların sözleşme ile uygulanmasından kaçamadıkları kurallar olarak tanımlanabilir⁵¹⁶ Kısacası, doğrudan uygulanan kurallar, “sözleşme vasıtasıyla ihlal edilemeyecek”⁵¹⁷ ve tarafların seçtiği hukuk yanında uyuşmazlığın sonuçlandırılmasında belirleyici bir rolü olan kurallar olarak ifade edilmektedir⁵¹⁸.

Bu kurallara döviz ve takas düzenlemeleri, boykot ve abluka halleri ve çevrenin korumasına ilişkin kurallar dahildir⁵¹⁹. Ayrıca bu kurallar, işçi ve tüketiciler gibi zayıf tarafın korunmasının söz konusu olduğu hallerin yanı sıra, rekabet hukuku, taşınmazların devri gibi ekonomik düzenin veya devletin çok önemli çıkarlarının korunması gerektiği hallerde ve rüşvetin engellenmesi, göç hareketlerinin kontrolü, vergi hukuku alanlarında da karşımıza çıkmaktadır⁵²⁰. Bu kurallar, deyim yerindeyse, kanunlar ihtilâfî kuralının uygulanmasını bertaraf etmektedir⁵²¹.

⁵¹⁶ Doğrudan uygulanan kurallar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Takavut, İ.D: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 31 vd.

⁵¹⁷ Sözleşmesel Yükümlülöklere Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu madde 3(3).

⁵¹⁸ Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 205.

⁵¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 455; Nomer/Şanlı, s. 182-183; Özel, s. 164; Chukwumerije, O.: Choice of Law in International Commercial Arbitration, ProQuest Dissertations and Theses, 1992, s. 387.

⁵²⁰ Poudret/Besson/Berti/Fonti, s. 609.

⁵²¹ Mayer, P.: Mandatory Rules of Law in International Arbitration, Arb. International. Y. 1986, Vol. 2, s. 274.

Hakemler tarafından uygulanması gereken doğrudan uygulanan kurallar temel olarak üç kategoride yer almaktadır. Bunlar, *lex fori*'ye ait doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun (*lex causa* veya sözleşmeler özelinde *lex contractus*) doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarıdır⁵²².

Hakemlerin tahkim prosedürünün gerçekleştiği veya hakem kararının verildiği yer hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve kararın iptaline engel olmak için tahkim usulüne uygulanan hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kuralların ihlal edilmesi tahkim yeri mahkemelerinde kararın iptaline sebep olabilecek ve muhtemelen söz konusu hakem kararının başka bir yerde tenfizini de engelleyebilecektir⁵²³.

Lex contractus'un doğrudan uygulanan kuralları ise, irade özerkliği kapsamında uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanacaktır. Birçok uyuşmazlıkta hakemler taraflarca seçilen hukukun doğrudan uygulanan kurallarını uygulamaktadır⁵²⁴. Ancak taraflarca seçilen hukukun doğrudan uygulanan kuralların iç hukuk meselelerini ilgilendirmesi⁵²⁵ halinde, bu kurallar hakemler

⁵²² Bermann, G.: "Mandatory Rules of Law in International Arbitration" Conflict of Laws in International Arbitration, 2011, (eds. Ferrari, F./ Kröll, S.) s. 330-336; Doğan, s.135-140.

⁵²³ Bermann, s. 330; Barraclough, A./Waincymer, J.: *Mandatory Rules of International Commercial Arbitration*, Melbourne Journal of International Law 2005, Vol. 6, 2005, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/9.html>; Shehata, İ.: *Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis*, World Arbitration and Mediation Review, Y. 2017, Vol.11, No. 4, s. 386.

⁵²⁴ Chuckwumerije, s. 395. Bu kapsamda MTO'nun 1397 no'lu tahkiminde tahkim yeri seçilmemişti ve uyuşmazlık Fransız hukukuna tâbiydi. Hakemler öncelikle uyuşmazlığın AB rekabet hukukunu ihlal edip etmediğine karar verdiler. Sözleşmenin AB rekabet hukukunu ihlal ettiğine ve dolayısıyla uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına karar verilmiştir. Ancak MTO'nun 4604 numaralı tahkiminde ise hakem heyeti kararının *lex arbitri* olan İsviçre hukuku kapsamında rekabet hukukunun tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir. Bkz.Shehata, s. 388-389.

⁵²⁵ MTO 8385 no'lu kararda hakem heyeti New York hukukuna tâbi olan uyuşmazlıkta sadece belirli devletin çıkarına olan kuralları uygulamayı reddetmiştir: Shehata, s. 398.

tarafından uygulanmamaktadır. *Lex contractus*'un doğrudan uygulanan kuralları konusunda karşılaşılan sorun, tarafların bu kuralların uygulanmasını engelleyip engellemeyecekleridir. İrade özerkliği kapsamında tarafların sözleşmelerine hukukun belirli kısımlarının uygulanmasına karar verebilecekleri ve hakemlerin de taraf iradelerine ve beklentilerine saygı gösterecekleri kabul edilmektedir. Ancak irade özerkliğinin sınırsız olmadığı ve hukukun genel ilkeleri ve kamu düzeni kapsamında sınırının olduğu ve dolayısıyla tarafların işleminin *lex contractus* ile yakın bir bağlantısının olması halinde *lex contractus*'un doğrudan uygulanan kurallarının bertaraf edilemeyeceği kabul edilmektedir⁵²⁶. Bununla birlikte, tarafların seçtiği hukukun tarafların iradelerine aykırı olarak sözleşmenin geçersizliğine hükmetmesi halinde, bu hukuka ait doğrudan uygulanan kuralların uygulanmayabileceğine hükmeden hakem kararlarına da rastlanmaktadır⁵²⁷. Bir görüş, bu durumda, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere o hukuku seçip seçmediklerinin veya sadece sözleşmede bulunmayan hükümler hakkında o hukuka başvurma niyetlerinin olup olmadığının araştırılması gerektiğini öne sürmektedir⁵²⁸.

Lex contractus'un doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamasının istisnası, söz konusu kuralların uyumsuzlukla ilişkisi olmaması ve yarışan diğer bazı doğrudan uygulanan kurallarla çatışmasıdır⁵²⁹.

⁵²⁶ Chuckwumerije, s. 397-398. *Lex contractus*'un hakemler tarafından belirlendiği hallerde de, uygulanacak hukuk uyumsuzlukla en sıkı ilişkili hukuk olacağı için bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır.

⁵²⁷ MTO karar no 15709 (2009) Shehata, s.395.

⁵²⁸ Poudret /Besson/Berti/Fonti, s. 609.

⁵²⁹ Bermann, s. 331; Shehata, s. 397.

Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları da zaman zaman hakemler tarafından dikkate alınmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacak üçüncü ülkelerin uyuşmazlıkla ilgili olması gerekir⁵³⁰. Bu kapsamda, uyuşmazlığın hukukî sebebinin (*cause of action*) gerçekleştiği yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının göz önüne alındığı hakem kararları bulunmaktadır. Hakemler eğer haksız fiil gibi sözleşmeden kaynaklanmayan taleplere ilişkin uyuşmazlıkların çözümüyle yetkili kılınmış ise, yine uyuşmazlıkla ilgili üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları ile bağlı olacaktır. Doktrinde, Amerikan Temyiz Mahkemesinin *Mitsubishi*⁵³¹ kararından sonra Tokyo’da görülmekte olan bir tahkimde, sözleşmeye ilişkin talepler İsviçre hukukuna tâbi olmasına rağmen, hakemlerin ABD rekabet hukukuna ilişkin talepleri inceleyecek şekilde tahkim kaydını geniş yorumlayarak söz konusu kuralları göz önüne alması bu durumun dikkat çekici bir yansıması olarak ortaya konmaktadır⁵³².

Doktrinde, tanıma ve tenfiz ülkesinin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların da dikkate alınacağı ileri sürülmektedir⁵³³. Kararın tenfiz edileceği yerin doğrudan uygulanan kurallarını ihlal eden bir hakem kararının nasıl

⁵³⁰ Üçüncü devletin doğrudan uygulanan normlarının nazara alınabilmesi için sıkı bağlantı, uygulanma iradesi ve korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaatin bulunması gerektiği hakkında bkz. Doğan, s. 139.

⁵³¹ Amerikan Temyiz Mahkemesi (*Supreme Court*) *Mitsubishi Motor Corp v Soler Chrysler-Plymouth* (1985) davasında Amerikan rekabet hukukuna ilişkin meselelerin tahkim konusu olabileceğini onaylamıştır. Bu karar, antitröst hukukunun Amerika’nın ideolojik ve ekonomik bütünlüğünün temeli olduğu görüşünü benimseyen önceki kararlara karşı alınmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta Yüksek mahkeme uygulanacak hukuk İsviçre hukuku olmasına rağmen hakemlerin Amerikan Sherman Kanununun (Amerika antitröst ilkelerini içeren kanun) zorunlu hükümlerine uyması gerektiğine karar vererek bir dizi prensip ortaya koymuş ve bu prensipler daha sonraki uyuşmazlıklarda uygulanmıştır. Ancak, rekabet hukukuna ilişkin meselelerin tahkim yolu ile çözüleceği tespitinden sonra ortaya çıkan sorun, seçilen hukukun içerisinde yer almayan rekabet hukukuna ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi ölçüde uygulanacağına ilişkindir. Bkz. Greenberg/Kee/Weeramantry, s. 120.

⁵³² Bermann, s. 334.

⁵³³ Bermann, s. 334.

tenfize engel olacağı hususu, kararın kamu düzeni kurallarına aykırı olması ile açıklanmaktadır. Nitekim, tenfiz ülkesindeki doğrudan uygulanan kurallar göz ardı edilerek verilmiş olan bir hakem kararının tenfizinin, tenfiz ülkesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Bununla birlikte, tenfiz ülkesinin neresi olacağını önceden tam bir kesinlikle bilme imkânı bulunmamaktadır.⁵³⁴.

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun sözleşmenin ifa edileceği yer hukukundan farklı olması halinde de, ifa yeri hukuku doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınacak üçüncü ülke hukuku olarak karşımıza çıkabilir. Bu kapsamda sözleşmenin ifa edildiği yer hukukuna ilişkin kurallar özellikle mücbir sebep nedeniyle borcun ifasının imkânsız olması sonucuna varılmasına yol açabilir⁵³⁵. İngiliz hukukuna tâbi olan ve sıvılaştırılmış doğal gazın Amerika’dan Avrupa’ya teslimatını öngören uluslararası bir doğal gaz satım sözleşmesinde Amerikan yaptırımları nedeniyle doğal gazın Avrupa’ya ithali yasaklanmışsa, borcun ifa yeri olan ABD’deki doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce dikkate alınması gerekmektedir.

Tahkim yerinin, Cenevre olarak belirlendiği, sözleşmeye İsviçre hukukunun uygulandığı 1988 yılında verilen bir hakem kararında, Cezayir hukukunda yer alan devletin taraf olduğu sözleşmelerde aracı kullanmayı yasaklayan hükmün özel çıkarları koruma amacı içermediği, aksine “ülkenin ekonomik politikalarının ve sosyal sisteminin bir sonucu olduğu” gerekçesiyle

⁵³⁴ Tahkime uygulanacak hukuk ile kararın tenfiz edileceği yer hukuku her zaman örtüşmemektedir ve hakemler kararın icrasının değil, sadece geçerliliğinin teminatıdır: Poudret/ Besson/Berti/Fonti, s. 610.

⁵³⁵ Barraclough/ Waincymer, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/9.html>; Poudret/Besson/Berti/Fonti, s. 609.

uygulanmayacağına karar verilmiştir. Bu kural nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu hakemler kabul etmemiştir⁵³⁶.

Eco Swiss v Benetton tahkim yargılamasında uyuşmazlık konusu sözleşme Hollanda hukukuna tâbidir. Sözleşmeye göre, Hollanda Tahkim Enstitüsü kuralları çerçevesinde uyuşmazlık çözülecektir. *Eco Swiss* yaklaşık 26 Milyon ABD Doları bir ödemeye hak kazanmıştır. *Benetton* kararın Avrupa Birliği rekabet hukuku kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini talep etmiştir. Tahkim sürecinde tarafların hiçbirisi rekabet hukuku ile ilgili bir argüman ileri sürmemiştir. Hollanda mahkemesi, Avrupa Adalet Divanına hakemlerin re'sen Avrupa Birliği rekabet hukuku kurallarını dikkate alma yükümlülüğünün olup olmadığını sormuştur. Adalet Divanı, soruyu doğrudan cevaplamak yerine Hollanda mahkemesinin kararın iptali aşamasında Avrupa Birliği rekabet hukuku kurallarını dikkate alabileceğini belirtmiştir. Bu durum, doğrudan uygulanan kuralların

⁵³⁶ Poudret /Besson/Berti/Fonti, s. 611. *Hilmarton v OTV* davasında hakemler tam tersi bir karar almışlardır. Söz konusu uyuşmazlıkta Fransız şirketi olan OTV, İngiliz şirketi *Hilmarton*'a Cezayir'deki kanalizasyon sistemine ilişkin bir sözleşme ile ilgili olarak hukukî konularda ve vergi konusunda danışmanlık hizmeti vermek üzere anlaşmıştır. Sözleşmede uygulanacak hukuk İsviçre hukukudur. Uyuşmazlık, mutabık kalınan komisyonun ödemesine ilişkindir. Tahkim yerinin İsviçre olduğu uyuşmazlık tek hakem ile görülmüştür. Söz konusu uyuşmazlıkta hakem, davacının gizli bilgileri topladığını, araştırdığını ve gözlemlediğini ve Cezayir makamları üzerindeki etkilerini kullandığını ve bu fiillerinin aracıları yasaklayan Cezayir hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Hakem heyeti, Cezayir hukukunun sadece devleti koruma amacının olmadığını aynı zaman ticarete belirli güveni sağladığını ve bu amaçların Avrupa hukukunun ilkelerinde yer aldığını, bu gerekçelerle yolsuzluk bulunmamasına rağmen sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Hakemlerin kararı, önce Cenevre *Cour de Justice* daha sonra Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Federal Mahkeme uyuşmazlık konusu sözleşmenin geçersiz olmasının, ancak yabancı hukukun devlet tekeline garanti etmekten ziyade toplumun ve bireylerin temel çıkarlarını koruma amacının olması halinde İsviçre kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle söz konusu olabileceğini belirtmiştir. İsviçre hukukunda rüşvet yasak olmasına rağmen aracı kullanmanın yasak olmadığına karar vermiştir. Söz konusu karar sözleşmeye uygulanacak hukuk dışında yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması açısından önemlidir: *Hilmarton v OTV*, 1989, XIX YBCA 214 (1994), İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. YBCA, Y.1994, Vol. XIX, s. 214.

hakemlerce dikkate alınmadığı hallerde, kararın iptali aşamasında gündeme geleceğine örnek teşkil etmektedir⁵³⁷.

Amerika’da rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda olduğu gibi hassas meselelerin tahkim yolu ile çözümüne izin veren devletler, kendi yetki alanları içerisinde olan ve tahkime konu olan rekabet uyuşmazlıklarında hakemlerin ilgili rekabet kurallarını uygulayacağı varsayımına dayanmaktadır. Hakemler bu tarz doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını reddederse, devletlerin bu gibi hassas meseleleri tahkime tâbi olmaktan çıkarmaları yönünde hareket etmelerine neden olabilecektir⁵³⁸.

4.1.6.2. Kamu Düzeni

Kamu düzeni kuralları maddî hukukçular tarafından toplumun belirli bir zaman dilimi içerisinde siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukukî açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kavram kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁵³⁹. Uluslararası özel hukuk bakımından kamu düzeninin rolü uygulanacak hukukun bazı kurallarının bu tanımda yer alan değerleri açıkça ihlal etmesi ile ilgili olup uygulanacak hukukun bu kurallarının bertaraf edilmesi sonucunu doğurmaktadır. O halde kamu düzeninin müdahalesi tamamen farklı bir sürecin sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Hakemlerin herhangi bir *lex fori*’ye sahip olmamaları ve dolayısıyla onların uymak zorunda oldukları bir millî kamu düzeninin olmaması milletlerarası ticarî tahkimde kamu düzeninin yeri olmadığı anlamına gelmemektedir. Birçok

⁵³⁷ 1999, ECR 3055 bkz. Greenberg/Kee/Weeramantry, s. 124.

⁵³⁸ Chukwumerije, s. 393

⁵³⁹ Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 379.

tahkim kanununda ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin milletlerarası anlaşmada hakem kararların milletlerarası kamu düzeni ışığında gözden geçirilmesine ilişkin hükümler, hakemlerin verdiği kararların milletlerarası kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi gerektiğinin temelini oluşturmaktadır. Kararın incelenmesinin gerçekleştiği yargı alanı ile ilgili kamu düzeni anlayışı, kararın iptalinin veya tenfizinin talep edildiği ülkeler için geçerli olacaktır⁵⁴⁰. Hemen her ülkede hakem kararının milletlerarası kamu düzenine aykırı olması, kararın iptali ya da tanınması/tenfizinin önündeki bir engel olarak kabul edilmektedir. Bu husus, tahkim kanunları veya milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla kabul edilmektedir. Yabancı Hakem Kararlarının tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi, hakem kararlarının milletlerarası kamu düzenine aykırılığını tanıma ve tenfiz için bir engel olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte millî ve milletlerarası düzenlemeler, genel olarak hakemleri muhtemel tenfiz ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarını uygulamaya mecbur bırakmadığı gibi, söz konusu ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyecek bir karar vermeye de mecbur kılmamaktadır⁵⁴¹.

Hakemlerin ayrıca kararın tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmemesi için tahkim yerinin üstün gelen milletlerarası kamu düzeni kuralları ya da tahkim prosedürünün gerçekleştiği yer gibi uyumsuzluğun ilişkili olduğu muhtemel ülkelerin milletlerarası kamu düzeni kurallarının içeriğine bakmaları

⁵⁴⁰ Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 394-396; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 862

⁵⁴¹ Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 399. Örneğin, MTO Tahkim Kurallarının 41. maddesi, hakemlerin kararın hukuken icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmesini öngörmektedir. Ancak tahkim süreci devam ederken hakemlerin kararın hangi ülkede tenfiz edileceğinin bilinmemesi belirsizlik yaratmaktadır.

gerekmektedir⁵⁴². Tahkim prosedürünün gerçekleştiği veya hakem kararının verildiği yer hukukunun bu tür kuralları, özellikle tahkim usulü, tahkimsözleşmesi veya şartının geçerliliği, hakem kararının bağlayıcılık ve kesinlik kazanması ve uyuşmazlığın tahkime elverişliliği konularında önem taşımaktadır⁵⁴³.

4.2. Hakemler Tarafından Belirlenen Hukuk

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri durumunda uygulanacak hukukun tespiti hakemlere düşmektedir. Ancak tarafların talep ve iddialarını aynı hukuka dayandırmalarında veya tarafların talep ve iddialarının birbiriyle zıtlık teşkil etmediği durumlarda veya tarafların dayandıkları farklı maddî hukuk sistemlerindeki uyuşmazlık konusuna ilişkin çözümün aynı olduğu durumlarda hakemlerin uygulanacak hukuku tespit etmelerine gerek bulunmadığı kabul edilmektedir⁵⁴⁴.

Hakemler tarafından esasa uygulanacak hukuk ya da hukuk kuralları seçiminde izlenecek yöntem tahkim usulüne uygulanacak hukuk veya *lex arbitri* tarafından belirlenir ki bu da tahkimin tâbi olduğu kurumsal tahkim kuralları ya da millî usul kurallarına göre belirlenir. Hukuk kuralları ifadesi önemlidir; çünkü bu ifade ile hakemler sadece bir millî hukuka değil, birden fazla millî hukuk, uluslararası kurallar, milletlerarası hukuk prensipleri, ticarî örf ve adet, milletlerarası konvansiyonlara göre karar verme imkânına sahiptir⁵⁴⁵.

⁵⁴² Goldman on International Commercial Arbitration, s. 362; Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 400.

⁵⁴³ Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 400.

⁵⁴⁴ Şanlı (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 212.

⁵⁴⁵ Jones, s. 913.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünde, millî mahkemelerde olduğu gibi uyuşmazlığı çözen hakem heyeti ile millî kanunlar ihtilâfî kuralları sistemi arasındaki mekanik bağ ortadan kalkmaktadır. Bu aşamada sorun hakemlerin kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurup başvurmayacakları ve başvuracaklarsa uyuşmazlıkla ilişkili olanlardan hangisini uygulayacaklarıdır. Alternatif olarak, hakem heyeti milletlerarası özel hukuk kurumundan bağımsız olarak doğrudan uygulanacak hukuku tespit etme imkânına da sahiptir.⁵⁴⁶.

Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları halde uygulanacak hukukun hakemlerce belirlenmesinde sübjektif ve objektif olmak üzere iki yöntem bulunmaktadır. Sübjektif yöntemde tarafların sessiz kalmaları ve bir hukuk seçmemelerine bir sonuç bağlanırken, objektif yöntemde tarafların davranışları veya örtülü iradeleri herhangi bir şekilde yorumlanmayıp doğrudan milletlerarası özel hukuk kuralları ve objektif bağlama noktaları uygulanarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ya da hukuk kuralları belirlenmektedir⁵⁴⁷.

Her iki yöntem farklı sonuçlar verdiğiinden tahkimin sonucunu etkileyecek öneme sahiptir.

4.2.1. Sübjektif Yöntem: Tarafların Farazi İradelerinin Araştırılması

Bu görüşe göre, sözleşmede taraf menfaati ağır bastığı için uygulanacak hukuk tespitinde taraf iradesi göz önüne alınmalıdır. Hukuk seçiminde tarafların açık veya örtülü iradeleri⁵⁴⁸ mevcutsa, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde

⁵⁴⁶ Croff, s. 624; Tweeddale/Tweeddale, s. 205.

⁵⁴⁷ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 406.

⁵⁴⁸ Örtülü irade ile farazi irade kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Örtülü iradede gerçek bir taraf iradesi söz konusu iken irade açıkça beyan edilmemiştir. Farazi irade ise ortada gerçek bir taraf iradesi bulunmamakta ancak tarafların uygulanacak hukuku seçmek için irade beyanında bulunmaları faraziyesinden hareketle hipotetik irade tespit edilmeye çalışılmaktadır. Akıncı, Z:

bu irade esas alınmalıdır. Böyle bir iradenin olmadığı durumlarda, tarafların hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi sorusunun cevabı aranmaktadır⁵⁴⁹.

Büyük çoğunlukla, tarafların birbirlerinin millî hukuklarına tâbi olmak istemedikleri yönünde olumsuz bir sonuca ulaşılmaktadır; bu durum olumsuz örtülü hukuk seçimi olarak adlandırılmakta olup⁵⁵⁰, taraflar hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi sorusunun cevabını vermemektedir. Bu soruya cevap arayan hakemler tarafların sözleşmenin imzalanması sırasındaki farazi iradelerini bularak uygulanacak hukuku belirlemeyi amaçlar. Bu yöntemle⁵⁵¹, hakemler tarafların sözleşmelerini imzalarken makul ve âdil beklentilerine göre öngörebilecekleri ilgili hukuk veya hukuk kurallarını tespit ederler⁵⁵².

Farazi iradenin belirlenmesinde dikkate alınmak üzere bazı esaslar tespit edilmiştir. Bu hususlarla sözleşmenin ağırlık noktası tespit edilecek ve ağırlık noktasının bulunduğu yer hukuku tarafların sözleşmeye uygulanmasını isteyecekleri yer hukuku, yani onların farazi iradesi olarak kabul edilecektir. Tarafların hakem belirlemeleri, sözleşmenin yalnızca bir hukuk düzeninde geçerli olması, tarafların millî hukuklarının aynı olması veya ikametgâhlarının aynı ülkede bulunması, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların yapmış

Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1992, s. 18; Doğan, s. 89.

⁵⁴⁹ Akıncı (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk), s. 17.

⁵⁵⁰ Blessing, M.: Introduction to Arbitration, Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series, Basle 1999, s. 214; Blessing, Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, s. 396.

⁵⁵¹ Bu yöntem İsviçre’de 1906-1950 yılları arasında uzun süre uygulama alanı bulmuş ancak daha sonra terkedilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi çoğu uyuşmazlıkta hâkim olan bağlama noktası olan ifa yeri hukukunun (*lex loci solutionis*) tarafların farazi iradesi olarak uygulanacağına karar vermişse de uyuşmazlık şartlarına göre farklı bağlama noktalarının uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak, Federal Mahkeme, daha sonraları tarafların farazi iradelerine bakmaktan vazgeçerek objektif yöntemle yönelmiştir. Burada da sözleşmeyle en sıkı bağlantılı yer hukuku olarak karakteristik edimin ifa yeri hukukunu dikkate almıştır: Blessing, Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, s. 407.

⁵⁵² Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 406.

oldukları sözleşmeyi takiben bu sözleşmeyle ilgili başka sözleşmeler yapmaları ve sonraki sözleşmelerin esas sözleşmede yer alan hukuka tâbi olması, sözleşmenin belirli bir şekle uygun olarak veya belirli bir ülkenin dili kullanılarak yapılması halleri farazi iradenin tespitinde dikkate alınan hususlardır⁵⁵³.

Bu yöntem ile tarafların ne düşündüğünün tam olarak tespiti mümkün olmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin yapıldığı şartlar dikkate alındığında normal bir insan objektif olarak hangi hukuku seçerdi sorusuna cevap aranmaktadır. O halde, sözleşmenin taraflarının değil normal bir insanın hangi hukuku seçeceği sorusu cevaplanmaktadır. Sonuçta taraf iradesinden uzaklaşmaktadır. Bu nedenle burada taraflarca yapılan bir hukuk seçiminden bahsedilemez. Esasen burada hâkim veya hakem tarafından milletlerarası özel hukuka ilişkin menfaatlerin değerlendirilmesi sonucu en uygun hukuk tespit edilmektedir⁵⁵⁴.

Uluslararası tahkimde bu yöntem önemini yitirmiştir. Bazen tarafların iradelerinin tespit edilebildiği hallerde ve tarafların haklı beklentilerine cevap verecek hukukun bulunabildiği hallerde bu yöntemin hala uygulama alanı bulduğu iddia edilmektedir⁵⁵⁵.

4.2.2. Objektif Yöntem

Farazi hukuk seçiminin gerçek anlamda tarafların bir hukuk seçimi olmadığı, ortada bir seçim varsa, bunun bazı varsayımlardan hareketle hâkim ya da hakemler tarafından yapıldığını söylemek yanlış olmaz⁵⁵⁶. Ayrıca tarafların farazi

⁵⁵³ Bu esasların örtülü bir hukuk seçimine delalet ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. Akıncı (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk), s. 19-22; Nomer/Şanlı, s. 310.

⁵⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, N.: Devletler Hususi Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk, İÜHFM, Y.1957, C. XXI, [dergipark.org.tr > download > article-file](http://dergipark.org.tr/download/article-file), s. 367.

⁵⁵⁵ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 407.

⁵⁵⁶ Tiryakioğlu (Satım), s. 31.

iradelerinin tespitinde yaşanan güçlükler, sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslara göre belirlenmesinin tercih edilmesine yol açmıştır. Objektif yöntem olarak adlandırılan bu yöntemde, tarafların farazi iradeleri gibi kesin olmayan bulgulardan hareket etmek yerine somut gerçeklerden hareket edilerek daha kesin ve öngörülebilir bir sonuç bulma hedeflenmektedir. Doktrinde, objektif yöntemin bağlama noktasının bulunmasında sübjektif bir değerlendirmeyi de beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir⁵⁵⁷.

Objektif yöntem kapsamında uygulanacak hukukun belirlenmesinde bütün akitler için objektif bir bağlama kuralı tespiti yanında her bir akit tipi için ayrı bir objektif bağlama kuralı tespit edilebilmekte veya her somut olayın özellikleri dikate alınarak uygulanacak hukuk objektif olarak belirlenebilmektedir. Bu kapsamda ilk iki yolda katı ve sabit bir yöntem izlenmekte ve genel bir istisna kuralına ihtiyaç bulunmaktayken⁵⁵⁸ son yolda esnek bir yöntem söz konusudur⁵⁵⁹.

Bu konuda uluslararası doktrin, İsviçre doktrin ve kararlarından etkilenmiştir⁵⁶⁰. İsviçre’de daha önceleri ifa yeri hukukuna öncelik verilmekteyken, sonraları İsviçre Federal Mahkemesi ifa yeri hukukunun uygulanmasının önemini azaltan ve diğer daha güçlü öğelerin varlığı halinde bu hukuka başvurmadan vazgeçen bir yol izlemiştir. Hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, sübjektif yöntemden objektif yönteme geçişin bir sonucu olarak Federal Mahkeme bağlama

⁵⁵⁷ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 408.

⁵⁵⁸ Çelikel/Erdem, s. 383.

⁵⁵⁹ Tiryakioğlu (Satım), s. 32-33; Özdemir Kocasakal, H: Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99883>, s. 51; Çelikel/Erdem, s. 383.

⁵⁶⁰ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 408, Tekinalp, G.: Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, s. 60, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99719>; Çelikel/Erdem, s. 384.

noktası seçiminde de bir değişikliğe gitmiştir. Bu kapsamda, önceleri taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi belirleyen karakteristik edime atıfta bulunarak ifa yeri hukukunun önemini vurgulamıştır. Daha sonraki kararlarda Federal Mahkeme değişik sözleşmelerin karakteristik edimlerini belirleme konusunda içtihat geliştirmiştir. Örneğin, satım sözleşmelerinde satıcının edimi karakteristik edim olarak görülmüştür. Kredi sözleşmelerinde kredi verenin, istisna sözleşmelerinde müteahhidin edimi gibi. Federal Mahkemenin karakteristik edimden hareketle uygulanacak hukuku tespiti daha sonra Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin İsviçre Federal Kanununa etki etmiştir. Anılan Kanununun 117. maddesi⁵⁶¹ taraflarca seçilen bir hukukun olmadığı durumlarda uyuşmazlığın sözleşmeyle en sıkı ilişkili yer hukuk kurallarına göre çözüleceğini öngörmektedir⁵⁶². İsviçre doktrininde uzun yıllardan beri uygulama alanı bulan karakteristik edim ve buna göre uygulanacak hukukun belirlenmesi MÖHUK m.24/IV⁵⁶³’te de kabul edilen bir yoldur. Burada kesin olmayan bir karine söz konusudur. Karakteristik edime bağlı karine ile belirlenecek hukuk söz konusu olayda en sıkı ilişkili hukuku oluşturmuyorsa uygulanmayacak o olay için sıkı ilişki noktası karakteristik edim dışında

⁵⁶¹ Bu madde kapsamında “hukuk seçimi yapılmadığı hallerde sözleşme en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk karakteristik edimi yerine getirecek olan tarafın mutad meskenini ya da eğer sözleşme tarafların meslekî ya da ticarî faaliyetlerinin yerine getirilmesi şeklinde akdedilmişse karakteristik edim borçlunun işyerinin bulunduğu yer hukukudur”. Bkz.

[https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf)

⁵⁶² En sıkı ilişkili yer kavramının objektif unsurlar yanında sübjektif unsurları da içeren bir çözüm olduğu savunulmaktadır: Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 408-409; Tekinay, s. 60.

⁵⁶³ “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.

Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”.

araştırılacaktır⁵⁶⁴. Bu durumda en sıkı veya daha sıkı ilişkili hukuk taraflar arasında sözleşme yapıldığı sırada mevcut hal ve şartların değerlendirilmesi suretiyle tarafların haklı beklentilerini de dikkate alınarak belirlenecektir⁵⁶⁵.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanununun 12 (c) maddesinde tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları durumunda, hakem veya hakem kurulunun, “uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre” karar vereceği hükme bağlanmıştır.

Hakemlerce esasa uygulanacak hukukun tayin edilmesinde aşağıdaki sistemler dikkate alınmaktadır.

4.2.2.1. Kanunlar İhtilafı Kurallarına Başvurulmasını Öngören Yöntemler- *Voie indirecte* (Dolaylı Yöntemler)

Voie indirecte hakemlerin uygun kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulaması suretiyle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemesidir. Bu yöntem, 1961 Milletlerarası Ticarî Tahkime ilişkin Avrupa Sözleşmesinde ifade edilen ve hakemler tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesi ile ilgili modern yaklaşımın en eski halidir. Sözleşmenin VII (1) maddesinde hakemlerin uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenen hukukun uygulanacağı öngörülmektedir. Bu kural, 1975 tarihli MTO tahkim kurallarında⁵⁶⁶ da yer bulmuştur. Söz konusu kurallarda hakemlerin takdir yetkisi “uygun” ya da

⁵⁶⁴ Tekinalp, 61; Nomer/Şanlı, s. 316; Doğan, s. 100.

⁵⁶⁵ Nomer/Şanlı, s. 316.

⁵⁶⁶ MTO Tahkim Kuralları 2017, m. 21’de tarafların uyuşmazlığın esasına ilişkin hukuk seçiminin yokluğunda hakemlerin uygun buldukları hukuku uygulayacakları düzenlenmiştir.

“uygulanabilir” kanunlar ihtilâfı kurallarını seçme konusundadır⁵⁶⁷. UNCITRAL Model Kanununun (2006), m. 28/2’de *voie indirecte* yöntemi kabul edilmiş olup, söz konusu yöntem 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Alman Medeni Usul Hukuku Kanunu gibi millî tahkim kanunlarında da benimsenmiştir.

Ancak 1961 Avrupa Sözleşmesi öncesinde de, tahkim yargılamasında, kanunlar ihtilâfı kurallarına dayanarak uygulanacak hukukun tespitini öngören dolaylı yöntemler bulunmaktadır.

4.2.2.1.1. Tahkim Yeri Devletin Kanunlar İhtilâfı Sisteminin Uygulanması

Tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması şeklindeki klasik yaklaşım uzun süre hukuk seçiminin olmadığı hallerde uygulanacak hukukun tayininde etkili olmuştur. Bu geleneksel yaklaşım 1957 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsünün Amsterdam kararı ile kabul edilmiştir. "*Taraflar arasındaki uyuşmazlığın (farklılığın) esasına uygulanacak hukuku belirlemek için hakem heyetinin bulunduğu yer kanunlar ihtilâfı kuralları takip edilmelidir* " kuralını getiren söz konusu karar, bu suretle uyuşmazlığın görüldüğü yerdeki hakemler ve hâkimleri benzeştirmiştir⁵⁶⁸. Bu benzerlik nedeniyle tahkim yeri kanunlarının doğrudan uygulanmasına yol açacak bir teori geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların görüleceği yerin seçimi sözleşmeye

⁵⁶⁷ Jones, s. 913.

⁵⁶⁸ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 867; Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law Arbitration), s. 409. İlk aşamada, Uluslararası Hukuk Enstitüsü toplantısında Sasuser Hall tahkimin kaynağının sözleşme olmakla birlikte yargı yetkisi nedeniyle karışık bir yapıya sahip olduğunu ileri sürerek tarafların uygulanacak hukuk seçimi konusunda sınırsız özgürlüğe sahip olmadıklarını *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı sistemine başvurmaları gerektiğini vurgulamıştır. Mann daha sonra aynı görüşü tekrarlamıştır. Bkz Croff, s. 617.

uygulanacak maddî hukuk seçimine işaret etmektedir⁵⁶⁹. Bu yaklaşım tahkim yerinin anasyonel bir karaktere sahip olması nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁷⁰. Buna rağmen, bu yaklaşımın bazen tahkimde yer bulduğu, çoğunlukla MTO hakemleri tarafından izlendiği görülmektedir. Halbuki mahkemelerin yargılama yetkisi (*lex fori*) kendi yasalarına göre belirlenmişken uluslararası hakemlerin görevleri tamamen farklı belirlenmiş olup uluslararası tahkimde *lex fori* bulunmamaktadır⁵⁷¹.

Tahkim yeri kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması iki varsayıma dayanmaktadır: Hakem heyetlerinin mahkemeler gibi aynı işleve sahip olması ve belirli bir yerdeki millî kanunlar ihtilâfı kurallarının sadece mahkemelere yönelik olmayıp aynı yargılama yerinde görülmekte olan uluslararası tahkim usulüne de uygulanması. Ancak bu varsayımda hakemlerin yargıçlardan farklı bir statü ve yargılama yetkisine sahip olması hususunun göz ardı edildiği ileri sürülmektedir⁵⁷².

Arada nasıl bir bağ kurulduğu açıkça anlaşılamasa da, tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının seçilmesinin hakemlerin uyrukluğ u ile ilgili olduğu özellikle İngiliz hakemler tarafından savunulmuştur. İngiliz hakemlerin bir dönem bu şekilde uygulanacak hukuku belirledikleri birçok tahkim davası bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi Lord Asquith'in *Petroleum Development Limited v the*

⁵⁶⁹ Craig/Park/Paulsson, s. 324. Kanunlar İhtilafı Yeniden Düzenlemeye ilişkin Şerhlerde tarafların belirli bir yerde tahkimin görülmesine karar vermelerinin tarafların o ülkenin hukukunun tüm sözleşmeye uygulanması konusunda bir niyetlerinin varlığına delalet edeceği ifade edilmektedir. *Restatement (Second) of Conflicts of Law* §218.

⁵⁷⁰ Silberman/ Ferrari, s. 298.

⁵⁷¹ Maniruzzaman (Choice of Law in International Contracts), s.151; Voss, s. 37; Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 410.

⁵⁷² Lew/Mistelis/Kröl, s. 429.

Sheikh of Abu Dhabi davasında 1951 tarihinde verdiği karar olmuştur ki bu karar Arap dünyasında uluslararası tahkime yaklaşımı olumsuz yönde etkilemiştir⁵⁷³.

MTO'nun 1446 numaralı tahkiminde Fransız hakem, tarafları Alman ve Belçikalı olan satım sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta yukarıda sözünü ettiğimiz Uluslararası Hukuk Enstitüsünün kararına⁵⁷⁴ atıf yaparak uyuşmazlıkta usul ve milletlerarası özel hukuk kurallarına ilişkin genel ilkelerin tahkim yeri olan Fransız hukukundan elde edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde MTO'nun 1592 numaralı kararında tahkim yeri İsviçre olan İtalyan ve Alman taraflar arasındaki uyuşmazlıkta tahkim yeri olan İsviçre milletlerarası özel hukuk kuralları uygulanmıştır⁵⁷⁵.

Bu yaklaşımın özellikle tahkim yerinin başlangıçta belirlendiği durumlarda uygulanacak hukukun öngörülebilirliğine hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, taraflarca tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde, tahkim yerinin hakemlerce veya nadiren de olsa kuralları uygulanacak olan tahkim kurumu tarafında sonradan belirlenmesi, uygulanacak hukukun öngörülebilir olması ihtimalini zayıflatmakta ve hatta bazen tamamıyla ortadan kaldırmaktadır. Öyle ki, hakemler tarafından uygulanacak hukuk olarak tarafların uygulanmasını istemedikleri bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir. O halde, hakemler veya tahkim kurumları tarafından tahkim yerinin belirlenmesi halinde bu yer kanunlar ihtilâfi kurallarının tarafların açık ya da örtülü hukuk seçimini yansıttığı sonucuna da varılamaz. Taraflarca tahkim yerinin belirlendiği durumlarda

⁵⁷³ Craig/Park/Paulsson, s. 326; Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 411.

⁵⁷⁴ Bkz. dn. 568.

⁵⁷⁵ Croff, s. 627.

öngörülebilirliğin olması nedeniyle bu seçimin bir öneminin olduğundan bahsedilse de, böyle bir seçimin olmadığı hallerde bu görüşün isabetli olmadığı ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı açıktır⁵⁷⁶. Kaldı ki, tarafların tahkim yerini belirlemiş olması halinde dahi, bu seçimin o yerin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bir bağlantısı olmayabilir. Çoğu durumda, taraflar tahkim yerini tarafsız bir yer olması nedeniyle seçmektedir. Ancak tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına ilişkin yaklaşımın iki durumda makul olduğu kabul edilmektedir. İlki, tarafların tahkim yerine ilişkin bir düzenleme yapması ve bu düzenleme sonucu tarafların iradesinden o yerin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını istedikleri sonucu çıkarılabilme halidir⁵⁷⁷. Bu yaklaşım tarafların iradelerini dikkate alması nedeniyle bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır⁵⁷⁸. İkinci durum ise, uyuşmazlık ile tahkim yeri arasında sıkı bir ilişkinin varlığı halinde tahkim yeri kanunlar ihtilâfı kuralları uygulama alanı bulabilmektedir⁵⁷⁹.

Uzun yıllardan sonra tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin yaklaşım terkedilerek 1961 tarihinde Avrupa Sözleşmesi⁵⁸⁰, hakemleri tahkim yeri kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamaktan kurtarmıştır⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ Tweeddale/ Tweeddale, s. 210.

⁵⁷⁷ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 410.

⁵⁷⁸ Silberman/Ferrari, s. 285-286.

⁵⁷⁹ Lew/ Mistelis/ Kröl, s. 429.

⁵⁸⁰ Sözleşmenin VII. maddesinde hakemlerin uygun bulacakları kanunlar ihtilâfı kurallarına başvuracakları düzenlenmiştir.

⁵⁸¹ Derains, Y.: *Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Disputes*, Kluwer Law International, Y. 1984, s. 174.

4.2.2.1.2. Tahkim Anlaşması Olmasaydı Uyuşmazlığı Çözmekle Yetkili Olacak Devletin Kanunlar İhtilâfı Kuralları

İtalyan hukukçu *Anzilotti*, tahkimi kontrol eden kanunlar ihtilâfı kurallarının, tarafların arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünü sözleşmeye dâhil etmemeleri halinde uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip olan ülkeye ait olduğunu belirtmiştir. *Anzilotti*, bu ülkenin gerçekte tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle yargı yetkisinden mahrum kaldığını ve dolayısıyla tahkim üzerindeki kontrolünü bu şekilde teyit edebileceğini ifade etmiştir⁵⁸². Ancak bu görüş, uluslararası uyuşmazlıklarda yargısal ihtilâflara ilişkin belirsizliği ve zorlukları ortadan kaldırma avantajları olan uluslararası tahkim ile örtüşmemesi ve hangi millî mahkemenin yetkili olduğunu tespitindeki zorluklar nedeniyle kabul görmemiştir ve bilinen bir hakem kararında benimsenen bir görüş olmamıştır. Bu görüşün kabulü halinde pek çok ülkenin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması gerektiği konusunda ısrar etmeleri mümkündür. Ayrıca, hakem heyeti, hangi yargılama çevresinin yetkili olduğunu bulmak için de milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurmak zorunda kalacaktır ki bu durum kısır bir döngüye yol açacaktır⁵⁸³.

⁵⁸² Croff, s. 624.

⁵⁸³ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 411; Croff, s. 624; Silberman/Ferrari, s. 282.

4.2.2.1.3. İki Taraf İçin de Ortak Olan Toplu (Kümülatif) veya Karşılaştırmalı Kanunlar İhtilâf Kurallarının Uygulanması

Hakemler bazen çeşitli kanunlar ihtilâfı kuralı sistemlerine başvurarak hepsinin aynı maddî hukukun uygulanmasına işaret ettiği sonucuna varmaktadır⁵⁸⁴. Bu tarz toplu veya karşılaştırmalı başvuru yöntemi uluslararası tahkimde her iki taraf için de tatminkâr sonuç vermesi nedeniyle MTO hakemleri tarafından başvurulmuş temel yöntem olarak çok geniş kabul görmüştür. Söz konusu kanunlar ihtilâfı sisteminin belirli bir edim, edimlerin ağırlık merkezi veya en sıkı ilişkili yer hukukuna bakmaları halinde bu yöntem ortaya çıkmaktadır. İlgili kanunlar ihtilâfı kurallarının kullandığı bağlama noktalarının farklı olduğu durumlar da ortaya çıkabilir. Sistemlerden biri şirketin ticarî merkezinin bulunduğu yere işaret ederken diğeri belirli bir edimin ifa edildiği yere işaret ederek farklı hukukların uygulanması sonucuna yol açabilir⁵⁸⁵. Ancak şirketin ticarî merkezinin bulunduğu yer kanunlar ihtilâfı kuralları ile edimin ifa edildiği yer kanunlar ihtilâfı kurallarının aynı hukuka işaret ettiği hallerde ortada “yanlış bir uyuşmazlık” (*false conflict*) olduğu ve hakemlerin doğrudan maddî hukuku uygulayabilecekleri savunulmaktadır⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Craig/Park/ Paulsson, s. 326; Blessing, Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, s. 411; Born, s. 238; Lew/ Mistelis/ Kröll, s. 432.

⁵⁸⁵ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 411.

⁵⁸⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 432. Bu yaklaşıma ilişkin önde gelen kararlardan biri, Koreli bir satıcı ile Ürdünlü bir alıcı arasındaki sözleşmenin ihlali sonucu MTO kurallarına göre Fransa’da görülen tahkim yargılaması sonucunda verilen MTO’nun 6149 sayılı kararıdır. Karara konu olan uyuşmazlık bakımından taraflar uygulanacak hukuku seçmemişler, hakemler de MTO Kurallarının

13. maddesinde yer alan hakemlerin uygun göreceği kanunlar ihtilâfı kurallarınca belirlenen hukuku uygulayabilecekleri hükmüne dayanmışlardır. Bu bağlamda, farklı kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alan hakem heyeti, bu kuralların Kore hukukuna işaret ettiği sonucuna varmıştır. Uyuşmazlıkla ilişkili kanunlar ihtilâfı kuralları, satıcının ikametgâh yeri ve sözleşmenin imzalandığı yer hukuku sıfatıyla Kore, alıcının ikametgâhının bulunduğu yer olması nedeniyle Ürdün, malların teslim yer sıfatıyla Irak ve nihayet tahkim yeri hukuku sıfatıyla Fransız hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarıdır. Bu kuralların hepsi Kore hukukunun uygulanmasını gerektirmiştir. Hakemler ayrıca ‘modern kanunlar ihtilâfı’ kuralları olarak nitelenen Taşınır Malların Uluslararası Satımına ilişkin 1955 La Haye Sözleşmesi (Türkiye sözleşmeye taraf değildir. İngilizce metin için bkz. <https://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/doc.html>) ve Sözleşmeden

Hiç şüphesiz bu yaklaşım farklı kanunlar ihtilâfı kurallarının benzer olması ya da örtüşmesi veya aynı sonucu vermeleri halinde işlevini yerine getirmektedir. Çünkü farklı kanunlar ihtilâfı kurallarının farklı sonuçlar vermesi bu yöntemin uygulanmasını sınırlandırmaktadır⁵⁸⁷. Bu yöntemin, hakemlere hangi kanunlar ihtilâfı kurallarının uyumsuzlukla bağlantılı olduğunu tespit etme ve uygulama konusunda geniş bir takdir hakkı vermektedir⁵⁸⁸.

4.2.2.1.4. Hakemler veya Taraflar ile İrtibatlı Devletlerin Kanunlar İhtilâfı Kuralları ve Tenfiz Devletin Kanunlar İhtilâfı Kuralları

Geleneksel olarak kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurulmasını öngören sistemler arasında hakemlerin irtibatlı olduğu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınması önerilmekle birlikte, burada hangi irtibatın (hakemlerin uyrukluğ, ikametgâhı veya oturma yeri) dikkate alınacağı hususu sorun teşkil etmektedir. Hakemlerin birden fazla uyrukluğa sahip olması veya birden çok ülkede meskenlerinin olması birden çok yerin kanunlar ihtilâfı kurallarının göz önüne alınmasını gerektirir. Bu görüşün temeli hakemlerin kendi hukuklarını bilmelerine dayanmaktadır. Ancak bu durumda hakemlerle bağlantılı olan husus onların tâbi oldukları hukukun maddî hukuk kuralları olup kanunlar ihtilâfı kuralları değildir. Ayrıca bu yaklaşımın uluslararası hakemlerin yabancı

Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesine (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>) de başvurarak Kore hukukuna ulaşmıştır. Bu yaklaşım, hakemlerin yükünü artırsa da, milletlerarası tahkimin anasyonel karakteri ile uyumlu olup tarafların beklentileri ile örtüşmekte ve ayrıca kararın yanlış hukuk seçimi nedeniyle iptali ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten de bu yöntemin en büyük avantajı, kararın ilgili tüm hukuk düzenlerinde tanınmasını sağlamakta ve tarafları tatmin eden bir sonuç ortaya koymasıdır: Derains, s. 176.

⁵⁸⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 433.

⁵⁸⁸ Silberman/ Ferrari, s. 290.

hukuku anlama ve uygulama konusundaki yeterliliklerini küçümsediği de iddia edilmektedir⁵⁸⁹.

Tarafların tâbi oldukları hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınması da bu bağlamda eleştiriye açıktır. Uluslararası bir tahkimde taraflar farklı uyrukluğa sahip oldukları için hakem heyeti tarafından bir tarafın kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması diğer taraf için tatmin edici olmayan sonuçlara neden olacaktır⁵⁹⁰. Yapılan eleştirilere rağmen, iki tarafın kanunlar ihtilâfı kurallarının birlikte uygulanması tamamen terkedilmiş bir yöntem de değildir⁵⁹¹.

Bu başlık altındaki, üçüncü yaklaşım ise hakem kararının tenfiz edileceği yer devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasıdır. Söz konusu yaklaşım pratik nedenlerle taraftar bulmuştur. Hakem heyeti için herhangi bir maddî hukukun uygulanması gerekçelendirilebilse dahi kararın uygulanacağı yer mahkemeleri tarafından tenfizi engellenirse bu durum bir rahatsızlık yaratacaktır. Dolayısıyla kararın tenfiz edileceği yer hukukunun uygulanmasının ikna edici bir yönü bulunmaktadır. Ancak, kararın icra edileceği yerin öngörülememesi veya bu yerin birden çok olması ve karar aleyhine çıkan tarafın birçok devlette malvarlığının olması halinde, en büyük eleştiri kararın hangi devletten tenfizinin isteneceğinin önceden öngörüleemeyeceğidir⁵⁹².

⁵⁸⁹ Croff, s. 628.

⁵⁹⁰ Croff, s. 628.

⁵⁹¹ Ortak kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanmaktadır. Bkz. s. 202.

⁵⁹² Silberman/Ferrari, s. 287.

4.2.2.1.5. Hakem Heyeti Tarafından “Uygun” Olarak Kabul Edilen Devletin Kanunlar İhtilâfı Kuralları

Hakem heyetlerinin ulusal kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak hukuku tayin etmelerinin yarattığı rahatsızlık ve uluslararası tahkimin millî olmayan karaktere sahip olması sonucu Avrupa Sözleşmesi, m. VII (1) ile hakemlerin uygun gördükleri kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukuku uygulamaları kabul edilmiştir⁵⁹³.

İngiliz Tahkim Kanunu, m. 46(3) ve UNCITRAL Model Kanunu, m. 28 (2) ve model kanunun esas alan birçok ülkenin kanunu ile önde gelen bazı kurumsal tahkim kuralları taraflarca seçilen bir hukukun olmadığı hallerde, hakem heyetinin, *“uygun olarak düşündükleri kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirlenen hukuku uygulayacaklarını”* düzenlemektedir. Model Kanunu esas almayan kanunlara dayanılarak verilen hakem kararında da aynı standart benimsenmiştir⁵⁹⁴.

Bu yöntemde “uygun” kanunlar ihtilâfı kurallarını seçme konusunda uyuşmazlığın şartlarını dikkate alarak hakemlere takdir hakkı tanınmaktadır. Seçim hakkına sahip hakemler kanunlar ihtilâfı kurallarını millî bir kanunlar ihtilâfı sisteminden, ilgili uluslararası sözleşmelerden, doktrin veya uygun buldukları bir kuraldan çıkarabilirler⁵⁹⁵. Ancak hakemlerin bu özgürlüğü, sınırsız takdir yetkisine izin verildiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Aksine, hakemler, tahkime uygulanacak usul hukuku ve tahkim anlaşması ışığında “uygun” olan kanunlar ihtilâfı kurallarını seçme zorunluluğunu sürdürmektedir. Örneğin, bir hakem, yalnızca bildiği için,

⁵⁹³ Lew/Mistelis/ Kröll, s. 431.

⁵⁹⁴ *Partial Award on Jurisdiction and Admissibility in ICC Case No. 6474*, YBCA, Y. 2000, Vol. XXV, s. 279, 291; Born, s. 243-244.

⁵⁹⁵ Lew/ Mistelis/ Kröll, s. 431.

anlaşmazlık ile bağlantısı olmayan kendisinin ait olduğu yargı çevresinin kanunlar ihtilâfî kurallarını “uygun” bulduğunu ileri süremez⁵⁹⁶.

4.2.2.1.6. Uyuşmazlıkla En Sıkı İlişkili Devletin Kanunlar İhtilâfî Kuralları

Amerikan kanunlar ihtilâfî kurallarından etkilenen bu yaklaşımda uluslararası hakemler belirli bir devletin kanunlar ihtilâfî kurallarını tamamen uygulamaktansa sözleşmeyle en sıkı ilişkili yer ve ilgili bağlama kurallarını uygulayarak uygulanacak maddî hukuku bulmaktadır⁵⁹⁷. Bu sistemde hakemler genellikle sözleşmenin yapıldığı yer veya borcun ifa edildiği yer hukukuna başvurmaktadır⁵⁹⁸.

Bu yöntem millî hukuklarda da yerini bulmuştur. Örneğin, İsviçre Tahkim Kanununun 187/1. maddesinde taraflarca hukuk seçiminin olmadığı hallerde hakemlerin uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili yer hukukuna göre çözeceğini öngörmektedir. Benzer düzenleme MTK’nın 12(C) maddesinde de yer almaktadır⁵⁹⁹.

Yöntem, hangi devletin en yakın ilişkili olduğunun tespitinin ardından bu devlete ait kanunlar ihtilâfî kurallarının da ayrıca tespitini gerekli kılmakta ve

⁵⁹⁶ Born, s. 244.

⁵⁹⁷ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 412; Lew/Mistelis/ Kröll, s. 430.

⁵⁹⁸ Lando, s. 110.

⁵⁹⁹ “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfî kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.

Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkâniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.”

bu aşamalardan sonra nihai olarak maddî hukukun tespitini gerektirmektedir⁶⁰⁰. Bu haliyle belirsizliği arttıran ve karışık bir uygulama olması ve büyük bir fayda sağlamaması gerekçeleri ile eleştirilen yöntemin⁶⁰¹ nadiren uygulandığı söylenebilir⁶⁰².

4.2.2.2. Esnek Yöntemler

4.2.2.2.1. Kanunlar İhtilâfının Genel Prensiplerine Dayanılması

Bu yöntemde hakemler uyuşmazlıkla ilişkili yargı çevresinin kanunlar ihtilâfı kuralları ile sınırlandırılmayarak tüm kanunlar ihtilâfı sistemlerini karşılaştırmak suretiyle evrensel olarak kabul görmüş kanunlar ihtilâfı prensipleri yaratma eğilimindedir⁶⁰³. Dolayısıyla yöntem milletlerarası özel hukukta genel kabul görmüş prensipleri içermektedir. Söz konusu genel hükümlerin tanımlanmasının hakemler için kolay olmaması nedeniyle, bu yöntem kapsamında, hakemlerin uluslararası sözleşmeler gibi araçlara başvurarak bu prensipleri tespit etmeleri önerilmektedir⁶⁰⁴. Uluslararası sözleşmeler üzerinde belirli bir fikir birliği olsa da hakemlerin zaman zaman milletlerarası hukuk enstrümanları içerisinde yürürlükte olmayanlara da başvurdukları görülmüştür⁶⁰⁵. Bu kapsamda hakemler neden kanunlar ihtilâfı kurallarının genel prensiplerine değil de milletlerarası

⁶⁰⁰ Söz konusu yöntem, tahkimin özerk karakterini göz ardı ettiği, hakemlerin uygulanacak hukuku tayin etme güçlerini devlete teslim ettiği gerekçesiyle de eleştirilere maruz kalmıştır. Sonuçta, söz konusu devletin kanunlar ihtilâfı kurallarında yer alan devlet menfaatini ve politikasını korumuş olacağı, ancak ticarî uyuşmazlıklarda taraflarca atanan hakemlerin devletlerin menfaatini korumasının haklı bir nedeninin olmadığı ileri sürülmektedir: Lew/Mistelis/Kröll, s. 430-431.

⁶⁰¹ Silberman/Ferrari, s. 288-289.

⁶⁰² MTO 1195 sayılı tahkim kararında (XXV YBCA (2000) hakem heyeti Suriye ile “birden çok ilişkili etmen”in varlığı ve uyuşmazlığın ilişkisi nedeniyle Suriye kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamıştır.

⁶⁰³ Lew/ Mistelis/ Kröll, s. 433.

⁶⁰⁴ Uluslararası sözleşmelere başvurma özellikle ilgili devletlerin uyuşmazlıkla ilişkili olmadıkları hallerde uygulanmaktadır Lando, s. 110.

⁶⁰⁵ Craig/Park/Paulsson, s. 328.

sözleşmelere başvurdıklarını da gerekçelendirmişlerdir. Esasen genel hükümler içerisinde yer alan ilkelerin birçoğunun milletlerarası sözleşmelerde yer aldığı da inkâr edilemez. En yakın ilişki, karakteristik edimin ifa yeri, satım sözleşmelerinde satıcının hukuku, irade özerkliği, sözleşmelerde atfın reddedilmesi gibi⁶⁰⁶. Ne var ki, evrensel kabul gören kanunlar ihtilâfı kurallarının sayısı çok azdır⁶⁰⁷. Dolayısıyla, bu yöntemin de sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemek doğru bir tespittir⁶⁰⁸.

Bu yöntemin, kümülatif yaklaşımda olduğu gibi farklı sistemlerin uygulanmasını gerektirdiği, ancak burada sözleşmesel ilişki ile araştırılan hukuk arasındaki ilişkinin arka planda kaldığı göz ardı edilmemelidir⁶⁰⁹.

4.2.2.2.2. Milletlerarası Özel Hukukunun Genel Prensiplerine Başvurmak

Hakemler bazen uygulanacak hukuku belirlemek için milletlerarası özel hukukunun genel prensiplerine başvurmaktadır. Bu durum yukarıda ifade edilen toplu ya da karşılaştırmalı uygulama ile benzerlik göstermektedir⁶¹⁰. Hakemler milletlerarası özel hukuk veya en azından büyük hukuk sistemlerinde bu yöntemin uygulanması konusunda fikir birliği olduğundan hareket etmişlerdir⁶¹¹.

MTO'nun 5030 no'lu tahkim yargılamasında, hakemlerce tarafların sözleşme hükümleri ve uluslararası ticarî teamüllere öncelik verdiği belirtilerek

⁶⁰⁶ Silberman/Ferrari, s. 292-293.

⁶⁰⁷ MTO 1512 numaralı tahkimde hakem milletlerarası özel hukukun evrensel kabul görmüş prensiplerinden birisinin sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin standart şartlar olduğunu ve tarafların uygulanacak hukuku açık ya da örtülü olarak seçebileceklerini belirtmiştir. Bkz. Derains, s. 177.

⁶⁰⁸ Lew/ Mistelis/Kröll, s. 433.

⁶⁰⁹ Craig/Park/Paulsson, s. 327.

⁶¹⁰ Derains, s. 178.

⁶¹¹ Lando, s. 110.

milletlerarası hukukun sözleşmelere ilişkin genel ilkelerine başvurulmasını kabul edilmiştir⁶¹². *Norsolor v Pabalk Ticaret* uyuşmazlığında Viyana’da görülen tahkim davasında, hakem heyeti kararında, *lex mercatoria*, iyi niyet kuralları ve iş ilişkilerindeki karşılıklı güven ilkelerine dayanmıştır. Hakemler *lex mercatoria*’nın sözleşmenin haksız bir şekilde feshedilmesi halinde kusursuz tarafın zararının giderilmesi ile ilgili hükümler içermesi nedeniyle uygulanabileceğini belirtmiştir. Davacı Avusturya Yüksek Mahkemesine başvurarak hakemlerin MTO Tahkim Kurallarının 13(3). maddesi gereğince kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmamasını, uygulanacak hukuk olarak Fransız veya Türk hukukunun tayin edilmesi gerektiğini ve hakem heyetinin yetkisini aştığını iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu ilkelerin ilgili ülkelerdeki hukukî düzenlemeler ile bağdaşan ilkeler olduğunu belirterek itirazı reddetmiştir⁶¹³.

4.2.2.2.3. Hakemlerin Herhangi Bir Kanunlar İhtilâfı Kuralına Başvurmaması: *Voie Directe* (Doğrudan Yöntem) Kuralı

Birçok tahkim kanunu ve kuralları hakemlere kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan uygulanacak hukuku doğrudan belirleme yetkisi vermektedir ki bu yöntem *voie directe* olarak adlandırılmaktadır⁶¹⁴. Örneğin, MTO Tahkim Kuralları, m. 21 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 35 taraflarca hukuk seçiminin bulunmaması halinde hakemlere “uygun olduğunu belirlediği (maddî) hukuk kurallarını uygulama” izni vermektedir. *Voie directe*, tahkim heyetine maddî hukuk kurallarının seçiminde neredeyse sınırsız bir özgürlük vermektedir. Bununla birlikte, *voie directe* yönteminde genellikle sözleşme ve hakemin belirlediği hukuk

⁶¹² Jones, s. 924.

⁶¹³ Jones, s. 925; Craig/Park/ Paulsson, s. 334-335.

⁶¹⁴ Silberman/Ferrari, s. 294.

arasında bağlantı da bulunmaktadır. Bu nedenle, *voie directe* yöntemi kapsamında uygulanan maddî hukuk genellikle bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının göstereceği hukuk ile aynı olduğu savunulmaktadır⁶¹⁵. Bununla birlikte, *voie directe* tarafların hukuk seçiminin olmadığı hallerde irade özerkliğini ortaya çıkartmak için tasarlanmış bir şekilde de kullanılmıştır. MTO'nun 1984 tarihli 4145 no'lu tahkim davasında, sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. Sözleşmeyle ilişkisi olan hukuk İsviçre hukuku ve başka bir ülke hukuku idi. Hakem heyeti İsviçre hukukunu uygulanacak hukuk olarak belirleyerek diğer ülke hukukunun sözleşmenin geçerliliğini kısmen veya tamamen etkilediğini, tarafların iki hukuk arasından sözleşmeyi geçerli kabul edecek hukuku seçeceklerini ve bunun da İsviçre hukuku olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada makul beklentilerini ortaya çıkarmak için ilgili hukuklardan birini doğrudan seçmek suretiyle yetkisini kullanmıştır. Bu şekilde, *voie directe* yöntemi ile tarafların varsayılan niyetlerine uygun şekilde bir hukuk tayin edilmiş olduğu söylenebilir⁶¹⁶.

Doğrudan yöntemin uygulama olasılığından Fransız Medeni Usul Kanununun 1496. maddesi ve Hollanda Medeni Usul Kanununun 1054(2). maddesinde bahsedilmektedir.

Bu yöntem ile tarafların açık bir iradesi olmasa da hakemlerin *lex mercatoria*'yı ya da Uluslararası Ticarî Sözleşmelere ilişkin UNITROIT Kuralları gibi bağlayıcı olmayan veya anasyonel kurallar bileşeni olan kuralları doğrudan

⁶¹⁵ Karton, s. 4.

⁶¹⁶ Karton, s. 4-5. MTO'nun 4132 sayılı tahkiminde hakemler edimin ifa edildiği asıl yer hukuku olan Kore hukukunun herhangi bir kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan uygulanacak hukuk olarak belirlemiştir. Derains, s. 178.

uygulama imkânı vermektedir. Bu sonuca millî mahkemeler tarafından kanunlar ihtilâfî kuralları uygulanarak veya 1955 tarihli Taşınır Malların Uluslararası Satımına ilişkin La Haye Konvansiyonu ya da Roma I Tüzüğü gibi diğer hukukî araçların ilgili hükümlerinin uygulanması ile ulaşılamaz. La Haye Konvansiyonunun 2. maddesi tarafların millî olmayan kurallar seçmesine izin vermemektedir. Bununla birlikte, yürürlükte olan tahkim kanunu ya da kurallarının millî olmayan bir hukukun uygulanmasına izin verdiği hallerde, bu hukuk uygulanarak uyuşmazlığın çözüldüğü hakem kararlarının millî mahkemelerce tenfizinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır⁶¹⁷.

Doğrudan yöntemin hakemler açısından en kritik olan sorunu hangi maddî hukukun “uygun” olduğunun tespitidir. Birçok kanun ve kurallar bu konuda herhangi bir yönlendirme yapmamakta, sadece kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurma taraflarca yasaklanmamış olsa da zorunlu olmadığını belirtmektedir. Bu durumda belirsizlik ve hakemlerin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Hakemlerin seçtikleri hukuka ilişkin bir açıklama yapmaları gerekmediği savunulmakla birlikte doğrudan yöntemin kabul edildiği hallerde taraflar aksi yönde kararlaştırmadıkları sürece hakemlerin kararlarını dayandırdıkları gerekçeleri açıklamaları gerekmektedir⁶¹⁸.

Doğrudan yöntemde, hakemler uygulanacak hukuku belirlerken zımni olarak en uygulanabilir bağlama noktasını araştırmaktadır. Dolayısıyla hakemlerin doğrudan yöntemi uygularken aslında sözleşme ilişkisine en sıkı ilişkili yer veya ağırlık merkezi yeri hukukunu tespit ettikleri belirtilmektedir⁶¹⁹. Bu durumda

⁶¹⁷ Silberman/Ferrari, s. 295-296.

⁶¹⁸ Silberman/Ferrari, s. 296; Craig/Park/ Paulsson, s. 329.

⁶¹⁹ Blessing (Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law), s. 413.

tarafların ya da uyuşmazlığın söz konusu ülke ile bir bağlantısının olma ihtimali yüksektir. Dolayısıyla, burada gizli bir kanunlar ihtilâfı yaklaşımının olduğu kabul edilmektedir⁶²⁰.

Hakemler, doğrudan yaklaşım kapsamında belirli bir hukuku “en modern”, “en ticarî”, “en gelişmiş” olmaları nedeniyle uygulamaları halinde kanunlar ihtilâfı kurallarına karşı bağımsızlıklarını ilan etmektedir. Aynı durum, “sözleşme hukukunda genel kabul gören kurallar” veya UNIDROIT Kuralları ya da *lex mercatoria* gibi hukuk kurallarının uygulanmasında da geçerlidir. Bu yöntem millî hukuk kurallarının uygulanmaması nedeniyle milletlerarası ticarî tahkimin millî olmayan karakteri ile uyumlu kabul edilmekte ve hakemler tarafından çoğunlukla tercih edilmektedir. Hakemler bu yöntemde, Viyana Satım Sözleşmesi gibi maddî hukuk sözleşmelerine de atıfta bulunmaktadır. Bazı hakem heyetleri ise, Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartların oluştuğunu ve kendilerini Sözleşmeye imza atan devletin mahkemesi gibi görerek Sözleşmeyi uygulama yoluna gitmişlerdir. Hakemler tarafından doğrudan yaklaşımın diğer bir uygulaması da uyuşmazlıkla ilişkili birçok ülkenin maddî hukuk kurallarının *trunc commun* ilkesi kapsamında dikkate alınmasıdır. Hakemlerin “hukuk kurallarına” başvurdukları bazı haller, hakemlerin millî hukuk kurallarını uygulamış olsalar bile içerik bakımından sonucun değişmediğini ve belirli kanunlar ihtilâfı kuralları uygulansaydı da onucun aynı olacağını ortaya koymaktadır⁶²¹.

Doğrudan yaklaşımın, bazı durumlarda kanunlar ihtilâfı analizini barındırdığı savunulmaktadır. Kanunlar ihtilâfı kuralları, ön sorunları (*preliminary*)

⁶²⁰ Silberman/ Ferrari, s. 299.

⁶²¹ Silberman/Ferrari, s. 299-301.

çözmek veya doğrudan uygulanan kurallardan hangisinin uygulanacağını tespiti açısından gerekli olabilir. Örneğin, hakem heyeti uygulanacak hukuk olarak UNIDROIT Kurallarını seçtiğinde dahi, kuralların kendisi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını zorunlu kılabilir. Ayrıca kanunlar ihtilâfı kurallarına, UNIDROIT Kuralları gibi millî olmayan bir hukukun belirli sorunları çözmede yetersiz kalması halinde de başvurulur⁶²².

Sonuç olarak kanunlar ihtilâfı analizinin uluslararası ticarî tahkimde her zaman bir rolü bulunmaktadır.

4.2.2.2.4. Hakemlerin Sözleşme Hükümleri ve İlgili Ticarî Teamülleri ve *Lex Mercatoria*'yı Uygulaması

Ulusal ve uluslararası tahkim düzenlemelerde hakemlerin sözleşme hükümlerini ve ticarî teamülleri dikkate alacağına yönelik hükümlere yer verilmektedir⁶²³. Elbette hakemler tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlerken sözleşme hükümlerini uygulayacaklardır⁶²⁴. Sözleşmeye uygulanacak hukuk sözleşmede tarafların üzerinde durmadıkları konular bakımından tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Aynı şekilde, sözleşme hükümlerinin yorumlanması söz konusu olduğunda hakemlerin mümkün olan ölçüde sözleşme çerçevesinde kalarak uyuşmazlığı çözmeleri asıldır. Sözleşmelerin etkililiği (*principle of effectiveness*) ilkesi kapsamında tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine

⁶²² Silberman/Ferrari, s. 304.

⁶²³ Avrupa Sözleşmesi'nin VII, UNCITRAL Model Kanununun 28(4), UNCITRAL tahkim Kurallarının 33(3), MTO Tahkim Kurallarının 21 (3), Hollanda Tahkim Kanununun 1054 (4), ve Alman Tahkim Kanununun 1051(4). maddesi bu düzenlemelerin dikkat çeken örnekleridir. Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanununun 12(c) maddesi sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında ve ancak sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemi içinde yer alan ticarî örf ve adetlerin dikkate alınacağını düzenlemektedir.

⁶²⁴ MTO tahkimi 1434 no'lu karar, 103 Clunet 982 (1976).

getirmek için tüm çabayı göstermeleri ve yükümlülüklerinin ifasını zorlaştıracak ya da imkânsız kılacak davranışlardan kaçınmaları sözleşmelerin yorumlanmasında dikkate alınacaktır⁶²⁵.

Yukarıda sözü edilen ulusal tahkim kanunları ve tahkim kurallarına bakıldığında, hakemlerin kararlarında ticarî teamülleri dikkate almaları yükümlülüğü aslında *lex mercatoria* 'nın temel unsurunu oluşturmaktadır. Örneğin, MTO tarafından yayınlanan INCOTERMS bu kapsamda yazılı hale getirilen ticarî teamüllerden biri olarak değerlendirilmektedir. Uluslararası hakemlerin, taraflarca bu kurallara atıf yapılmasa da bu kuralları dikkate alarak sözleşme hükümlerini yorumladıkları görülmektedir. Dünya genelinde kabul gören kurallar olması nedeniyle, hakemlerin bu kurallara Viyana Satım Sözleşmesinin 9. maddesi⁶²⁶ kapsamında örtülü olarak gönderme yapıldığını varsaydıkları, ayrıca kararlarını gerekçelendirmek zorunda kalmadıkları görülmektedir⁶²⁷.

Bu tür kuralları, hakemlerin dostane aracı olarak hareket ederek uygulanacak hukuku tayin etme zorunluluğu olmadığı haller de dahil olmak üzere dikkate aldıkları görülmektedir. Ayrıca bu kurallar belirli branşta yapılan sözleşmeler açısından tarafların bu hükümleri bildiği ve bilmesi gerektiği prensibi kapsamında uygulanacak hukuktan bağımsız olarak da dikkate alınmaktadır. Bu nedenlerle, ticarî teamüllerin artan bir şekilde *lex contractus* fonksiyonunu yerine

⁶²⁵ Lew/ Mistelis/Kröl, s. 469.

⁶²⁶ Madde 9 (1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticarî branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

⁶²⁷ Aynı durum ICC *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP)* (Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları) için de geçerlidir.

getirdiği ve *lex mercatoria*'nın gelişiminin arkasındaki itici güç olduğu savunulmaktadır⁶²⁸.

Ticarî teamüller açık sözleşme hükümlerine veya uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olarak kullanılamazlar. Hakemlerin ticarî teamülleri sadece uygulanacak hukukun izin verdiği hallerde ve tarafların bu kurallara gönderme yapması halinde değil, tarafların haklı beklentilerini karşılamak ve kararın iptal edilmesini engellemek için de dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir⁶²⁹.

Kanaatimizce, ulusal tahkim kanunları ve kurallarda ticarî teamüllere yapılan göndermenin taraflarca seçilen veya hakemler tarafından belirlenen hukuk ya da hukuk kurallarının yerini almayı amaçlamadıkları⁶³⁰ ancak tamamlayıcı veya hakemler tarafından hatırlanması gereken hususlar oldukları düşünülmelidir. Bu kuralların, tarafların gönderme yapmadığı durumlarda veya teamül kuralı gücüne sahip olmadıkları sürece uygulanacak hukuk üzerinde bir önceliği bulunmamaktadır. Şurası açıktır ki, bu kurallar, pozitif hukuk kurallarından daha hızlı gelişmektedir ve bu nedenle sözleşmelerin yorumlanması ve sözleşmelerde yer alan boşlukların tamamlanmasına⁶³¹ ilişkin işlevleri giderek artmaktadır⁶³².

⁶²⁸ Berger, s. 575-577.

⁶²⁹ Berger, s. 577.

⁶³⁰ Ancak MTO'nun 2375/1975 no'lu kararında hakemler ticarî teamülleri millî hukukun yerine uygulamıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta hakemler İspanya hukukunun şirketin işlemleri ve operasyonları için uygulanmasını kabul etmiş ancak taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye hukukun genel ilkeleri ve uluslararası teamüllerin uygulanmasına karar vermiştir. Bkz. Craig/Park/Paulsson, s. 332.

⁶³¹ Ancak, 2017 MTO Kuralları, m. 21'de yer alan "Hakem kurulu, varsa taraflar arasında yapılmış sözleşme hükümleri ile ilgili ticarî örf ve adeti göz önünde bulundurur" ifadesinin, maddî hukuku tamamlayıcı etkisinin olduğu gibi maddî hukukun yerine geçen bir etkisinin olduğundan da bahsedilmektedir: Craig/Park/Paulsson, s. 331.

⁶³² Poudret/ Besson/Berti/Fonti, s. 595; Craig/ Park/ Paulsson, s. 332.

Bununla birlikte tarafların ticarî teamülleri sözleşmenin bir parçası haline getirmeleri de mümkündür. Bu durumda bu kurallar sözleşme hükümleri olarak uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, uluslararası LNG alım ve satım sözleşmelerinde INCOTERMS'e atıfta bulunulması bu durumun örnek olarak gösterilebilir.

Hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulaması tarafların hukuk seçimi bölümünde incelendiği için aynı uygulamaların geçerli olması nedeniyle konu burada yeniden ele alınmayacaktır⁶³³.

4.2.3. Kurumsal Tahkim Kuralları ile Millî Hukuk Arasındaki İlişki

Hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin ederken kendilerine ilgili tahkim kuralları ve millî tahkim kanunları yol göstermektedir. Millî tahkim kanunları ile kurumsal tahkim kurallarının farklı hükümler içermesi halinde hakemlerin izleyeceği yolun ortaya konabilmesi için bunlar arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi, bazı millî tahkim düzenlemeleri, kendi ülkelerinde yürütülen tahkim uyuşmazlıklarına özel kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanmasını gerektirebilir. Bu ülkelerde yürütülen tahkim davalarında, tarafların seçtiği kurumsal tahkim kuralları, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 35(1). maddesinde olduğu gibi, hakemlere “uygun” gördükleri kanunlar ihtilâfî kurallarını veya maddî hukuku uygulama izni verirken tahkim yerinin millî mevzuatında öngörüler dışındaki kanunlar ihtilâfî kurallarını hakemlerin uygulayıp uygulamayacakları sorusunun yanıtlanması gerekir. Örneğin,

⁶³³ Bkz. yuk.s. 174.

İsviçre’de görülmekte olan ve açık bir hukuk seçiminin olmadığı bir MTO tahkiminde, hakemler İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 187(1)’de öngörülen “en yakın bağlantılı” ülke hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dışındaki ihtilâf kurallarının gösterdiği hukuku uyuşmazlığın esasına uygulayabilir mi? Bu konu ilk bakışta millî hukuka ilişkin bir sorun olarak görülmektedir. Birçok durumda, irade özerkliğinin bir gereği olarak, tarafların MTO kurallarında yer alan kuralların uygulanmasına yönelik iradelerinin, millî kanunlarda yer alan düzenlemelerin yerini aldığı kabul edilmektedir. Nitekim birçok yasal düzenlemede tarafların doğrudan kendi ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmelerine izin verilmesi de bu sonucu desteklemektedir. Bununla birlikte, bazı yargı çevrelerindeki otoriteler, yasal düzenlemelerle belirlenen kanunlar ihtilâfı kuralları kapsamında aksine bir çözüme ulaşmaktadır. Burada, kendi ülkelerinde yürütülen tahkim yargılamalarında millî mevzuatta yer alan emredici hükümlerin uygulanması söz konusu olmaktadır⁶³⁴.

4.3. Hakemlerin Uyuşmazlığı Hakkâniyet ve Nesâfet (*ex aequo et bono*) Kurallarına Göre Çözmeleri

Taraflarca aksi yönde belirtilmediği sürece hakemler önlerine gelen uyuşmazlığı sözleşme, ticarî teamül ve uygulanacak hukuk kapsamında çözmelidir. Bu durumun tek istisnası tarafların hakemlere âdil ve makul bir çözüm bulma konusunda verdikleri yetkidir. Bu tarz esnek ve hukukî olmayan standartlar genellikle dostane aracılık (*amiable composition*), hakemlerin bu şekilde karar vermeleri ise hakkâniyet ve nesâfete (*ex aequo et bono*) göre karar verme olarak

⁶³⁴ Born, s. 242-243.

adlandırılmaktadır. Taraflar hakemlere uyuşmazlığı bu yöntemle çözüme izni vermedikleri sürece⁶³⁵ hakemlerin hakkâniyet ve nesafete göre karar vermeleri mümkün değildir.

Neredeyse tüm tahkim kanun ve kurallarında bu husus düzenlenmektedir. UNCITRAL Model Kanun ve UNCITRAL Tahkim Kuralları hakemlerin açıkça yetkilendirilmesini aramaktadır. Hollanda ve İsviçre Kanunları ise, örtülü yetkilendirmeye cevaz vermektedir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanununun 12(c). maddesi de tarafların hakemlere açıkça yetki vermesini aramaktadır. Taraflarca yetkilendirilmeden hakemlerin hakkâniyet ve nesâfete karar vermeleri halinde yetki aşımını nedeniyle kararın iptali söz konusu olabilecektir⁶³⁶.

Özellikle ekonomik açıdan büyük değeri olan tahkim yargılamalarında, hakemlerin uyuşmazlığın şartlarını dikkate alarak daha esnek bir yaklaşımla hakkâniyet ve nesâfete göre karar vermeleri, âdil ve eşit bir çözüm bulmanın bir yolu olarak görülmektedir. Bu durum, hiç şüphesiz, hakemlere ve taraflara millî hukukların tüm sınırlandırmalarından kurtulma imkânı da vermektedir. Daha çok uzun süreli sözleşmelerin değişen şartlar nedeniyle uyarlanması halinde bu yönteme rastlanmaktadır. Ancak, millî hukuklardan bağımsız bir şekilde karar vermek

⁶³⁵ Lew/ Mistelis/ Kröll, s .470 *Amiable composition* ile *ex aequo et bono* arasında bir ayrım olduğu *Amiable composition* halinde hakemlerin doğrudan uygulanan (*mandatory*) kurallar dahil olmak üzere hukukî kurallardan ayrılabilceği ancak *ex aequo et bono* halinde ise hakemlerin hukukun etkilerini hafifletmek için hukuka uygun karar vermeleri gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte UNCITRAL Model Kanun ve MTO Tahkim Kurallarında iki kavram farklılık gözetmeksizin aynı anlamda kullanılmıştır. Birçok yazar da iki kavramı birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmıştır. Çalışmamızda da kavramlar birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

⁶³⁶ Berger, s. 565.

genellikle öngörülebilirliği ve kesinliği ortadan kaldırdığı için uluslararası toplumda şüphe ve tereddüt uyandırmaktadır⁶³⁷.

Prensip olarak taraflar hakemleri hakkâniyet ve nesâfete göre karar verme ile yetkilendirdiklerinde hakemleri millî hukukların sınırlandırmalarından ayrılma konusunda yetkilendirmiş olduklarından, hakemler adalet ve sağduyu ilkeleri kapsamında karar vermektedir; bununla birlikte uygulanacak hukuk kurallarını göz ardı edeceklerdir. Tüm esnekliğine rağmen hakemler emredici usul hukuku ve maddî hukuk kurallarına (*mandatory procedural and substantive rules*) uymakla yükümlüdür⁶³⁸.

Hakemlere hakkâniyet ve nesâfete göre karar verme yetkisinin verildiği hallerde, hakemlerin sözleşme hükümleri ile bağlı olup olmadıkları konusu tartışmalı olup bu konuda iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş taraftarları, hakemlerin dostane aracı olarak karar vermekle yetkilendirilmeleri halinde sözleşme hükümlerini çiğneyemeyeceklerini savunarak UNCITRAL Model Kanununun 28 (4). maddesinde yer alan hakemlerin “sözleşme şartlarını ve uygulanabilir ticarî kuralları” dikkate almasını öngören hükme atıfta bulunmaktadır. Bu hükümle Model Kanunu benimsemiş hukukî sistemlerde, âdil olmayan sonuçlar vermesi halinde dahi hakemler sözleşme hükümlerini bertaraf edemeyecektir. Hakim görüş ise, hakemlerin dostane aracı olarak sözleşmeden kaynaklanan bazı hakları uygulamayı reddetme veya daha az etkili hale getirme ve hatta etkilerini genişletme imkânına sahip olduğunu kabul etmektedir. Fransız mahkemeleri, hakemlerin dostane aracı olarak hareket etmeleri halinde sözleşme hükümlerinden

⁶³⁷ Berger, s. 566.

⁶³⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 471.

ayrılacaklarını, ancak sözleşmede yer alan yükümlülükleri yenileri ile değiştirerek tarafların ortak niyetlerine aykırı olarak sözleşmenin yapısını değiştiremeyeceklerini kabul etmektedir⁶³⁹.

Tarafların hakemleri hakkâniyet ve nesâfete göre karar verme konusunda yetkilendirmeleri veya hakemlere âdil ve eşit davranma yükümlülüğü gibi somut olmayan kriterler sunmaları halinde, hakemler kendi anlayışları kapsamında âdil ve hakkâniyetli çözümü uyuşmazlığın şartlarını dikkate alarak verecekleri göz önüne alınacak olursa, bu durum *lex mercatoria*'nın uygulanması ile benzeşmektedir. Bununla birlikte, iki durum birbirinden farklılık arz etmektedir. Hakemlerin *lex mercatoria*'ya göre karar vermeleri halinde hakemler hâkimler gibi karar vermekte ve bu kurallar mevcut davanın ötesine geçerek hakemlerin kendi adalet ve hakkâniyet kavramlarıyla çakışmasa bile uygulanan kurallar olmaktadır. Hakemler hukukun genel ilkelerinin altında yatan mantığı dikkate alır. Dostane aracılık halinde ise hakemler herhangi bir hukukî ilkeye başvurmadan sadece önlerindeki davanın şartlarına bakmakta ve kendileri açısından âdil ve hakkâniyetli olan çözüme gitmektedir⁶⁴⁰.

Sözleşme ve uygulanacak hukukun, sözleşme şartlarının değişmesine cevaz verdiği hallerde hakemlerin sözleşme hükümlerinden ayrılmasının mümkün olduğunu ancak bunun hiçbir şekilde sözleşmenin yeniden yazılması olarak değerlendirilmemesi gerekir. Dolayısıyla doğal gaz alım ve satım sözleşmelerinde fiyat revizyonuna ilişkin hükümlere dayanılarak talep edilen fiyat değişikliğinin mutabakatla sonuçlanmaması nedeniyle uyuşmazlığın tahkim yoluna

⁶³⁹ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, s. 840-841.

⁶⁴⁰ Berger, s. 567-569.

götürülmesi halinde, hakemler dostane aracı olarak yetkilendirilmiş olsa bile, sözleşme fiyat formülünün yapısını tamamen değiştirmemelidir. Hakemler bu durumda olsa olsa, mevcut formüldeki parametreleri değişen şartlara uyarlayabilirler.

4.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamına Giren Haller

4.4.1. Doğal Gaz Sözleşmeleri Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

4.4.1.1. Doğal Gazın Belirlenen Miktar ve Kalite Özelliklerinde Teslimatı

Bu husus sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamına girmekle beraber, uygulamada tarafların bu hususa ilişkin ayrıntılı düzenlemelere sözleşmede yer verdikleri görülmektedir. Genel olarak değerlendirildiğinde, doğal gaz satım sözleşmelerinde tarafların belirli dönemler için belirlenen doğal gazın alım ve satımına ve tarafların üstlendikleri risklere ilişkin hükümler yer almaktadır. Dolayısıyla, taraflarca belirlenen teslimat noktasında (bu genelde iki ülke arasındaki sınır olmaktadır; Türkiye-İran sınırı gibi) sözleşmede yer alan fiyat, şart ve vasıflarda alıcının doğal gazı teslim alma, satıcının ise teslimata hazır hale getirme ve satma yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Doğal gazın teslimat noktası, hasarın satıcıdan alıcıya geçtiği an olarak belirlenmektedir. Teslimat noktasına kadar doğal gazda meydana gelen her türlü hasardan satıcı sorumluyken sonrasında alıcı sorumlu olmaktadır.

Satıcı tarafından teslim edilen doğal gazın miktar ve kalitesi ölçüm istasyonlarında anlık olarak ölçülmekte ve bu değerler teslimat noktasındaki değerler olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeler, ayrıca doğal gazın belirli kimyasal kompozisyonlarda ve kalite değerlerinde (*quality of gas*) olması gerektiğini

düzenlemekte ve doğal gazın belirlenen değerlerinden sapması haline buna sonuçlar bağlamaktadır. Aynı şekilde alıcının günlük, aylık ve yıllık dönemler içinde talep edeceği doğal gaz miktarı (*quantity of gas*) ile ilgili hükümlere mutlaka sözleşmelerde yer verilmektedir. Bu mekanizmayı işletmek için sözleşmelerde günlük doğal gaz miktar bildirimleri (*nominations*) yer almakta ve alıcı tarafından satıcıya bildirim yapılmaktadır. Sözleşmelerde satıcının üretiminin izin verdiği hallerde günlük bildirim sıfır ile azamî olarak alınabilecek miktar (*daily contract quantity-DCQ*) arasında değişkenlik gösterebilmektedir. Sözleşmelerde, alıcının belirli bir miktar gazın altında bildirim yapamayacağı haller de düzenlenmektedir. Günlük bildirimler aynı zamanda ‘al ya da öde’ yükümlülüğünün⁶⁴¹ yönetilmesi ve satıcının doğal gaz üretimini planlanması açısından önem arz etmektedir.

4.4.1.2. Satıcının Teslimat Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları

Doğal gaz satım sözleşmelerinde bu konuda da ayrıntılı hükümlere rastlanmaktadır. Bu hükümler gazın *niteliği* ve *miktarı* ile ilgili iki hususu esas itibariyle düzenlemektedir. Ancak söz konusu sözleşme hükümleri de esas itibariyle sözleşmeye uygulanacak hukukun süzgecinden geçmektedir.

4.4.1.2.1. Sözleşmede Öngörülen Nitelikleri Taşımayan Gaz Teslimatı

Satıcının belirli bir kimyasal kompozisyonu, vasfı ve nitelikleri taahhüt ettiği doğal gazın bu niteliklere sahip olmamasının sonuçları bulunmaktadır. Satıcının hasardan sorumlu olduğu teslimat noktasında doğal gazın sözleşmede belirlenen vasıflara ve niteliklere sahip olmaması (ayıplı ifa) ya da eksik kaliteli

⁶⁴¹ Doğal gazın üretiminden taşınmasına kadar geçen süreç sermaye yoğun bir faaliyet olup bu konudaki yatırımların ekonomik değeri de ihmal edilemeyecek boyuttadır. Bu kapsamda doğal gaz alım sözleşmelerinde satıcının yatırımının karşılığı olarak, alıcıya asgarî miktarda yıllık (bazı sözleşmelerde günlük ve aylık miktarları da içeren) doğal gaz alma yükümlülüğü getirilmektedir. Satıcıya sağlanan bu güvence, sözleşmede yer alan ‘al ya da öde’ hükmü ile düzenlenmektedir. Bkz. İkinci Bölüm s. 53.

(*deficient quality*) doğal gaz olarak adlandırılmakta ve alıcıya genellikle iki seçimlik hak tanınmaktadır: Doğal gazı teslim almayı kabul etmek veya reddetmek. Alıcı doğal gazı teslim almayı kabul ederse sözleşme fiyatında (bedelde) belirli bir indirim karşılığında doğal gazı almaktadır. Burada indirim belirli bir yöntem ile yapılmakta ve otomatik olarak uygulanmaktadır. Alıcının ayıplı doğal gazı reddetmesi halinde ise söz konusu miktarda doğal gazın teslim edilmemiş olduğu sonucuna varılmakta ve aşağıda (b) başlığında yer alan yöntem uygulanmaktadır.

4.4.2.1.2. Sözleşmede Öngörülen Miktarın Altında Gaz Teslimatı

Sözleşmelerde alıcı tarafından azamî olarak belirlenen miktara kadar talep edilebilen doğal gazın satıcı tarafından teslim edilmemesi, satıcının doğal gazı sözleşmede belirlenen miktarda teslim etmemesi hali, yani eksik miktar (*deficient quantity*) olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmelerde talep edilenden daha az miktarda teslimat yapılması veya hiç teslimat yapılmaması teslimat döneminin yaz ve kış dönemi olmasına göre farklı miktarlarda bedelde indirim öngörülmektedir. Bu indirim oranı kış döneminde daha yüksek olmaktadır. Ancak alıcının doğal gazın talep edilen miktarda teslim edilmemesi nedeniyle ikame ettiği doğal gazın (*replacement gas*) fiyatının yüksek olması ve bedelde indirimin fiyat farkını karşılamaması halinde alıcının gerçek zararının karşılanması (*actual loss*) da söz konusu olabilmektedir.

Bazı doğal gaz satım sözleşmelerinde, eksik teslimat halinde, bedelde indirimin yanında başka yaptırımlar öngörülmektedir. Bunlar, teslimatın başlayacağı tarihte gazı teslim etmeyen satıcının günlük cezai şart ödemesi, uzun süren teslimat problemlerinde sözleşmenin feshi, bedel indiriminde satıcı için yıllık olarak bir üst limit belirlenmesi ve bu limitin aynı zamanda satıcının alıcının

zararından sorumlu olduğu haller için de uygulanması. Son durum özellikle satıcının alıcının gerçek zararından sorumlu olduğu ve bu zararı karşılamasının ilişkin bir hükmün sözleşmede yer aldığı hallerde satıcının sorumluluğunun sınırlandırılması açısından önem taşımaktadır.

4.4.2. Sözleşme Hükümleri ve Uygulanacak Hukuk

Bu başlık altında, uyuşmazlığın uluslararası tahkime sunulması halinde satıcının teslimat yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçları, taraflarca millî bir hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi veya hakem heyetince genel hukuk ilkelerinin uygulanması bağlamında ele alınacaktır. Bu noktada özellikle uluslararası ticaret hukuku ilkelerini içeren Viyana Satım Sözleşmesi ve UNIDROIT ilkelerinin uygulanma alanları incelenecektir.

Daha önceki bölümlerde incelediğimiz üzere⁶⁴² uluslararası tahkim uygulamasında hakemler tarafların iradelerini ve beklentilerini dikkate alarak, sözleşme hükümlerine ve taraflarca seçilen hukuka göre karar vermektedir⁶⁴³. Uluslararası hukukta, hukukun genel ilkesi olarak kabul gören sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi, hakemlerin tarafların iradesine saygı gösterilmesini gerektirmekte ve her türlü sözleşme ilişkisinin temelini oluşturmaktadır⁶⁴⁴. Bu ilke

⁶⁴² Bkz. yuk. s. 184, 192-193, 196, 210.

⁶⁴³ *Aminoil* tahkimi taraf beklentilerinin araştırılması açısından önem arz etmektedir. 1978 yılında Kuveyt hükûmeti Aminoil lehine 1948 yılında verilen 60 yıllık imtiyaz sözleşmesini feshetmiştir. Hakem heyeti taraflar arasında fesihten bir ay önce yapılan yazışmalardan yola çıkarak erken fesih halinde verilmesi gereken bir tazminatı bularak bu bedele hükmetmiştir. Bu kapsamda hakemler yapılan yazışmalardan tarafların erken feshin değerinin tespitine ilişkin uzman görüşlerinin alınacağı diğer aşamalarına geçmemiştir. Bkz. Riad, F.: “How to Comply with Applicable Law while Taking into Account the Expectations of the Parties and the Needs of International Commerce”, DOSSIERS, the Application of Substantive Law by International Arbitrators, 2014, s. 143.

⁶⁴⁴ Bkz. *Sapphire v National Iranian Oil Company* tahkimi (Karar Mart 1963, I.L.R 1967, s. 136)

uyarınca taraflar da sözleşme ile bağı kalacaklardır⁶⁴⁵. Dolayısıyla doğal gaz satım sözleşmelerinde teslimata ilişkin hükümler bakımından hakemlerin öncelikle sözleşme hükümlerini uygulaması, uygulanacak hukuk hükümlerinin ise ikincil derecede uygulama alanı bulması gerektiği savunulmaktadır⁶⁴⁶.

Uluslararası satım sözleşmelerinde borcun ifası ister taraflarca seçilsin ister hâkim veya hakemlerce tayin edilsin esasa uygulanacak hukukun kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, alıcı ve satıcının borçlarının kapsamı, sözleşmenin ihlali, borca aykırı davranma, ayıplı ve eksik ifa, ifa imkânsızlığı ve mücbir sebep ifaya ilişkin olması nedeniyle uygulanacak hukuka tâbidir. Aynı şekilde, sözleşmenin ihlali halinde aynen ifaya karar verilip verilmeyeceği, sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde zararın ve ödenecek tazminatın tespiti de uygulanacak hukuk tarafından idare edilmektedir⁶⁴⁷.

Yukarıda ayrı bir başlık altında ele alındığı üzere⁶⁴⁸, doğal gaz sözleşmelerinde teslimat ve teslimata ilişkin sorunlara bağlanan sonuçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği için, bu konuda sözleşme hükümleri taraf iradelerinin gereği olarak öncelikle uygulanacaktır. Ancak, çok sık rastlanmasa da sözleşmelerde bu konuda boşluk olması halinde uygulanacak hukuk devreye girecektir. Uygulanacak hukukun millî bir hukuk olması halinde bu hukuktaki düzenlemelerin dikkate alınacağı açıktır. Uygulanacak hukuk olarak, hukuk kurallarına, yani hukukun genel ilkelerine, *lex mercatoria*'ya veya ticarî teamüllere

⁶⁴⁵ Houtte, H.: *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, Transnational Dispute Management, Y. 2007, Vol. 4, Issue 5, s. 107.

⁶⁴⁶ Bkz. MTO'nun 9479 no.lu kararı. Hakem heyeti sözleşme ve ticarî teamüllerde hüküm olmaması halinde uygulanacak hukuka başvurulacağını kabul etmiştir: <http://www.unilex.info/principles/case/680>. Hakemlerin sözleşme hükümlerini ve hukuk kurallarını uygulamalarına ilişkin diğer bir karar ise MTO'nun 7375 sayılı kararıdır: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>.

⁶⁴⁷ Tiryakioğlu (Satım), s. 52-54.

⁶⁴⁸ Bkz. yuk. s. 221 vd.

gönderme yapılması halinde ya da uygulanacak olan hukuk kurallarının hakemler tarafından tespit edilmesi halinde anasyonel hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu kapsamda hakemlerin hangi kuralların uygulanabilir olduğunu belirlemeleri gerekmektedir. Doğal gaz satım sözleşmelerinde ayıplı ifa söz konusu olduğunda hakemlerin özellikle UNIDROIT kuralları ve Viyana Satım Sözleşmesinin uygulanabilirliğini araştırması gerekmektedir.

Pek çok millî hukuk sisteminde, ayıplı ifaya ilişkin kurallar, yedek (*dispositif*) hukuk kuralları niteliğinde olduğundan taraflar sözleşmeyle ayıplı ifa halinde seçim hakkına veya onun kullanılmasına ilişkin sınırlamalar getirebilirler. Aynı durum, TBK. m. 227 ve devamındaki hükümler için de geçerlidir⁶⁴⁹

Viyana Satım Sözleşmesi, tarafların iş yerlerinin farklı âkit devletlerde bulunması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının Viyana Satım Sözleşmesine taraf bir devlet hukukunu uygulanacak hukuk olarak gösterdiği hallerde uygulanmaktadır (m.1). Örneğin, işyeri Londra’da bulunan bir İngiliz firması ile iş yeri Paris’te bulunan bir Fransız şirketi arasındaki taşınır mal satışına ilişkin sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku seçmemiştir. İngiltere Viyana Satım Sözleşmesine taraf olmadığı için Viyana Sözleşmesinin m.1/1 (a) vasıtasıyla uygulaması imkânı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları en sıkı irtibatlı hukuk sıfatıyla Fransız hukukunun uygulanmasını gösteriyor ise, Fransa’nın Viyana sözleşmesine taraf olması nedeniyle, Viyana Sözleşmesi Fransız hukukunun bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır (m. 1/1(b)). Uygulamada, sırf bu olasılığı ortadan kaldırmak için İngiliz şirketlerin taraf olduğu satım sözleşmelerinde Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanmayacağı

⁶⁴⁹ Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 140.

açıkça belirtilmektedir⁶⁵⁰. Elektrik satışları, Viyana Satım Sözleşmesi m.2 uyarınca konu bakımından anılan kapsam dışında kalmaktadır; ancak doğal gaz ve petrol satışları Viyana Sözleşmesi kapsamına girmektedir⁶⁵¹.

Viyana Satım Sözleşmesinin temel özelliklerinden biri taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine öncelik vermesidir. Bu nedenle teslim ilişkisi her konuda satım sözleşmesinin öncelikle uygulanması gerekmektedir; Viyana Sözleşmesinin hükümleri ancak satış sözleşmesindeki boşlukları doldurmaktadır⁶⁵².

Viyana Satım Sözleşmesinin 6. maddesine göre, taraflar işbu sözleşmenin uygulanmasını bertaraf edebilecekleri gibi, onun hükümlerinden birisinin etkisini değiştirmek veya bu hükümden kaçınmak imkânına da sahiptir. Bu durumda Viyana Sözleşmesi değil tarafların seçtikleri hukuk ya da hâkimin kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca yetkili olan hukuk uygulanacaktır. Bu nedenle Viyana Satım Sözleşmesinin kuralları tamamlayıcı kurallar olarak kabul edilmelidir⁶⁵³.

Viyana Sözleşmesinin 50. maddesine göre ayıplı mal teslimi halinde, ayıplı malların teslimi sırasındaki değeri ile sözleşmede öngörülen nitelikteki mallar arasındaki fark kadar bedelde indirim yapabilmektedir. Sözleşmenin 74-77 maddeleri ise tazminatı düzenlemektedir. Viyana Satım Sözleşmesinde yer alan bedelde indirim mekanizması ile doğal gaz satım sözleşmelerinde genel olarak yer alan indirim mekanizması farklılık göstermektedir. Taraflar arasındaki doğal gaz sözleşmesine Viyana Sözleşmesi uygulanacak olsa bile, taraf iradelerine öncelik

⁶⁵⁰ Erdem, s. 185.

⁶⁵¹ Erdem, s. 198.

⁶⁵² Erdem, s. 222.

⁶⁵³ Tiryakioğlu (Satım), s. 115.

tanınacaktır. Ayrıca doğal gaz satım sözleşmelerinde yukarıda belirttiğimiz uğranılan zarar nedeniyle tazminat talebini de içeren diğer yaptırım mekanizmalarının kabul edilmesi halinde de bunlara öncelik tanınacaktır. Ancak sözleşmelerde hüküm olmaması halinde, Viyana Sözleşmesinin uygulama alanına giren hallerde anılan Sözleşmenin ayıplı ifaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Viyana Satım Sözleşmesinde yer alan bedelde indirim ise Kara Avrupası hukuk sistemine özgü bir uygulama olup, Ortak Hukukta uygulanan bir yöntem değildir. Bu kapsamda bedelde indirimin hukukun genel bir ilkesi olarak uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁴.

UNIDROIT Kuralları mevcut hukuk sistemlerince müşterek olarak kabul edilmiş ve uluslararası ticarî sözleşmelerin gereklerine göre uyarlanmış kurallar bütünü olması nedeniyle *lex mercatoria* olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁵. UNIDROIT kurallarının başlangıcında⁶⁵⁶ kuralların hangi hallerde uygulanacağı sıralanmıştır⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Bergsten E./ Miller, A: The Remedy of Reduction of Price, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>

⁶⁵⁵ Sürat, s. 161.

⁶⁵⁶ *These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators.* <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

⁶⁵⁷ Başlangıç para. 6'da kuralların millî hukukun yorumlanması ve tamamlanması için kullanılabileceği belirtilmiştir. MTO'nun 8486 sayılı kararında Türk davalı Türkiye'deki döviz kuru dalgalanmalarının Hollanda Medeni Kanunu'nda yer alan aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) hükmü gereğince kendisini satım sözleşmesinden kaynaklanan borcundan kurtardığını iler sürmüştür. Hakem Hollanda Medeni Kanunu'nda yer alan aşırı ifa güçlüğü hükmünün uluslararası sözleşmelerin gerekleri dikkate alınarak uygulanması gerektiğini belirterek kur dalgalanmalarında uygulanmayacak şekilde aşırı ifa güçlüğü dar yorumlayarak kararını Kuralların 1.3 maddesinde yer alan ahde vefa ilkesinin önceliğine dayandırmıştır.

UNIDROIT Kuralları başlangıç para. 2 uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmeye UNIDROIT kurallarının uygulanmasını kabul edebilir. Tahkim kanun ve kurallarında tarafların hukuk seçimini ve hakemlerin uygulanacak hukuk tespitini hukuk ile sınırlamayan hukuk kuralları olarak ifade eden düzenlemeler açısından UNIDROIT kuralları taraflarca seçilebilmektedir.

UNIDROIT Kuralları başlangıç para 3 uyarınca taraflar sözleşmelerine hukukun genel ilkelerinin, *lex mercatoria* veya benzeri hallere atıf yapmaları halinde kurallar uygulanabilmektedir⁶⁵⁸.

UNIDROIT Kurallarının 7. Bölümü ifanın yapılmamasını düzenlemektedir. Madde. 7.1.1. ayıplı ifa ve gecikmeli ifayı kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Madde 7.3.1 sözleşmenin feshi, madde 7.4.1 ise tazminatı düzenlemektedir. Ancak kurallarda ayıplı ifa nedeniyle bedelde indirim düzenlenmemiştir. Dolayısıyla doğal gaz satım sözleşmelerinde teslimatın ayıplı olması nedeniyle uygulanacak yaptırımlar konusunda sözleşmede hüküm olmaması halinde UNIDROIT Kuralları *lex mercatoria* veya hukukun genel ilkeleri olarak uygulama alanı bulacak ancak bedelde indirime ilişkin hüküm içermemesi nedeniyle Kurallar bu konuda uygulanmayacaktır.

⁶⁵⁸UNIDROIT kurallarının her zaman ticarî teamül ve uluslararası uygulamayı yansıtmadığını bu nedenle uygulanmasının olayın özelliklerine göre doğru analiz sonrası söz konusu olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Marrella, F.: *Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2003, Vol. 36, s. 1165. *Houtte* ise kuralların hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilmesinin erken olduğuna işaret etmektedir. Bkz. van Houtte, H.: *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts-A New Lex Mercatoria?*, Paris 1995, <https://www.trans-lex.org/117400/-a-new-lex-mercatoria-paris-1995-at-181-et-seq/>. Bonell Kuralların uluslararası hukukun genel prnsiplerini oluşturduğunu kabul etmektedir. Bkz. Bonell, M.J.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, 36 R.J.T. n.s. 335 (2002), s. 353. Kuralların hukukî geleneklere veya ekonomik ve politik çevreye bakılmaksızın tüm dünyadaki uluslararası sözleşmelere uygulanacak şekilde tasarlandığı hakkında bkz. Baron, G.: *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?* <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>.

4.5. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Haller

4.5.1. Şekil

Uluslararası sözleşmelerin geçerli sayılabilmesi için kural olarak herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Şekil serbestisi ilkesi geçerli olup taraflar sözleşmelerini diledikleri şekilde yapabilir. Sözleşmeleri düzenleyen millî hukuk sistemleri ve uluslararası sözleşmelerdeki teamül bu yöndedir. Uluslararası karakterli sözleşmeler şekil yönünden LRA kuralına göre *locus regit actum* yani işlemin yapıldığı yer hukukuna tâbi olması ilkesi geçerlidir. Ancak son zamanlarda şeklin hukukî işlemin özelliğini teşkil ettiği hallerde o hukukî işlemin esasına uygulanacak hukukun dikkate alınması gerektiği görüşü öne çıkmıştır. Bu görüşe rağmen pratik nedenlerle işlemin yapıldığı yer hukuku terkedilmemiş ve uygulanmaya devam edilmiştir. Ancak hukukî işlemin yapıldığı yer hukukunda söz konusu işlemin şekline dair bir hükmün olmadığı hallerde esasa uygulanacak hukukun kabul ettiği şekil mecburiyeti dikkate alınacaktır. Sonuçta hukukumuzda olduğu gibi hukukî işlemlerin şekline ilişkin hukuk tayininde işlemin yapıldığı yer hukuku ile işlemin esasına uygulanacak hukuk birlikte kullanılmaya başlanmıştır. Bir hukukî işlem işlemin yapıldığı yer hukukuna veya esasına uygulanacak hukuka uygun şekilde yapılmışsa geçerli kabul edilecektir⁶⁵⁹.

Millî hukuk sistemlerinde zayıfların, kamu menfaati ve tüketicilerin korunması veya işlem güvenliği nedenleriyle bazı sözleşmelerin belirli şekilde yapılması, belirli makamların onayına tâbi olması veya tescil ettirilmesi gerekebilir. Diğer bir ifade ile sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan taraf iradelerinin

⁶⁵⁹ Nomer/Şanlı, s. 206-207; Şanlı/ Ekşi, s. 24; Şanlı, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İtatanbul 2016, s. 23; Çelikel/Erdem, s. 190-191; Doğan, s. 39-40.

uyuşmasına ilaveten geçerlilik bakımından bazı şekli formalitelerin de yerine getirilmesi gerekmektedir. Bazen de kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan uluslararası karakterli belirli sözleşmelerin geçerliliği belirli makamların onayına bağlanmış olabilir. Mesela İran Anayasası'nın 139. Maddesine göre devlet ve devlet kuruluşları ile üçüncü kişiler arasında akdedilen tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için Meclis ve Bakanlar Kurulu tarafından sözleşmenin onaylanması gerekmektedir⁶⁶⁰. Aynı şekilde Bulgaristan kanunlarına göre Bulgar Devlet şirketlerinin yabancılarla yaptığı ticarî, sınai, mali ve iktisadi sözleşmelerinin geçerliliği Bakanlar Kurulunun onayına bağlanmıştır. Uluslararası ticarî sözleşmelerin hazırlanması safhasında, ifa yeri hukukundaki bu türden şekli düzenlemeleri dikkate alınması gerekmektedir⁶⁶¹. Bu kapsamda İran devlet şirketi ile yapılan bir doğal gaz satım sözleşmesinde yer alan tahkim şartı veya Bulgaristan devlet şirketi ile yapılan doğal gaz satım sözleşmesinin geçerliliği için sözleşmelerin yapıldıkları yer hukuku ve esasa uygulanacak hukuk bakımından şeklen geçerlilik yanında İran ve Bulgaristan'da da geçerlilikleri şartlarına dikkat edilmelidir. Aksi halde Türkiye'de imzalanan ve uygulanacak hukukun İsviçre olduğu bir doğal satım sözleşmesinin her iki hukuk bakımından geçerli olsa da Bulgaristan'da Bakanlar Kurulunun onayı alınmadığı için olası bir tahkimde geçersizliği ileri sürülebilir.

Alman hukukunda hukukî işlemlerin şekli esasa uygulanacak hukuka tâbi olmakla birlikte işlemin yapıldığı yer hukukuna uygunluk da yeterli kabul

⁶⁶⁰ Maniruzzaman, A.F.M.: *International Energy Contracts and Crossborder Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances- Some Recent Trends*, Oil, Gas & Energy Law Intelligence November 2006, Vol. 4; Issue 4, Nov. 2006, s. 7; Şanlı/Ekşi, s. 23.

⁶⁶¹ Şanlı/Ekşi, s. 23.

edilmektedir. Fransız hukukunda şekle işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. İngiliz hukukunda işlemin yapıldığı yer hukukunun hükümlerinin emredici mi yoksa ihtiyari mi olduğu konusunda kesinlik bulunmamakta ancak sözleşmelerde ihtiyari olduğu kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda ise doktrin ve uygulamada birlik bulunmamaktadır⁶⁶².

Hukukumuzda MÖHUK madde 7'ye göre hukukî işlemlerin geçerliliği konusunda atıf söz konusu değildir. Dolayısıyla işlemin yapıldığı yer veya esasa uygulanacak hukukun maddî hükümleri geçerlidir.

4.5.2. Ehliyet

Hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Fiil ehliyeti ise bir kimsenin iradî davranışı ile hukukî sonuç meydana getirebilmesini ifade etmektedir. Her insan doğumundan itibaren hak ehliyetine sahiptir ancak fiil ehliyetine sahip olması yani hukukî fiillerine hukukî sonuç bağlanması kanun koyucu tarafından belirli şartlara tâbidir⁶⁶³.

Tüzel kişinin ehliyeti tüzel kişinin haklara ve borçlara ehil olması demektir. Tüzel kişinin hangi haklardan yararlanabileceği, hangi borçları yüklenebileceği, hak ve borçlara getirilen sınırlandırmaların neler olacağı, hak ve borçların kimler marifetiyle kullanılacağı hak ve fiil ehliyetinin tâbi olduğu hukuka göre belirlenmektedir. Mukayeseli hukuka göre gerçek ve tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetlerini de kapsayan hak ve fiil ehliyetleri, onların şahsi statülerini yöneten hukuka tâbidir. Gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti gerçek kişilerin

⁶⁶² Nomer/Şanlı, s. 207.

⁶⁶³ Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay, S.: Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 30-35.

vatandaşlığında bulunduğu veya ikametgâh ya da mutat meskeninin bulunduğu hukuka göre tayin edilir. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti ise tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer hukuku veya kuruluş yeri hukukuna tâbidir. Birçok hukuk sisteminde tüzel kişinin yönetim ve denetim organları ile genel kurul faaliyetlerinin icra edildiği idare merkezinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir⁶⁶⁴.

Anglo-Amerikan hukuk sistemi kuruluş yeri kriterini kabul ederken Kara Avrupası hukuklarında idare merkezi kriteri kabul edilmektedir. Hukukumuzda MÖHUK madde 9/4'te tüzel kişilerin veya kişi topluluklarının veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi olacağı belirtilmektedir. Şirketin yönetim ve denetim organlarının bulunduğu yer hukuku hak ve fiil ehliyetinin belirlenmesinde uygulanacaktır. Ancak tek yanlı bir bağlama kuralı olarak düzenlenen bu istisna hükmüne göre tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukukunun uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Tüzel kişinin statüsünde yer alan idare merkezi yerine fiilen Türkiye'de faaliyet göstermesi halinde Türk hukukunun uygulanması mümkündür. MÖHUK m.9/5 hükmü ile statüsü bulunmayan kişi veya mal toplulukları için de ehliyete uygulanacak bağlama kuralı getirmiştir. Bu kapsamda statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyetinin fiili idare merkezi hukukuna tâbi olacaktır⁶⁶⁵. Burada amaçlanan ülkede işlem güvenliğinin korunmasıdır⁶⁶⁶. Türk hukuku bakımından şirketlerin hangi haklardan yararlanabileceği, haklardan yararlanmasının sınırları, hangi hakları iktisap

⁶⁶⁴ Şanlı/Ekşi, s. 16-17.

⁶⁶⁵ Çelikel/Erdem, s. 213-214; Doğan, s. 31-32.

⁶⁶⁶ Şanlı/Ekşi, s.17. Yargıtay 11. H.D. T.19.07.2005, E. 4621/K.7778 kararı ile statülerindeki idare merkezi hukukuna göre yaptığı işlem bakımından ehliyetsiz olan yabancı bir tüzel kişinin Türk hukukuna göre ehil olması halinde işlem güvenliği sebebiyle Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlı olacağına karar vermiştir: Nomer/Şanlı, s. 223.

edebileceği ve hangi borçları yüklenebileceği, hak ve borçları doğuran işlemleri hangi organlar veya kişiler marifetiyle kullanıp yerine getirebileceği veya sorumlu olacağı şirket idare merkezi hukukuna tâbi kılınmıştır. Aynı hukuk tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili organ veya kişinin belirlenmesine, tüzel kişinin aktif ve pasif dava ehliyetine de uygulanmaktadır⁶⁶⁷. Bu kapsamda uluslararası doğal gaz alım sözleşmesinin müzakere ve imza safhasında muhatapların şirketi temsil ve ilzama sahip olup olmadıklarının bilinmesi önem taşımaktadır. Bu durum özellikle sözleşme hükümlerinin aleyhine cereyan etmesi nedeniyle ileride sözleşme ile bağlı olmak istemeyen tarafın tâbi olduğu hukuka göre sözleşmenin yetkili kişilerce onaylanmadığı ve dolayısıyla sözleşmenin kendileri için bağlayıcı olmadığı iddiasını çürütmek için önemlidir.

Devlet ve devlet kuruluşlarının özel hukuk kişileri gibi uluslararası sözleşmelerde taraf olması halinde çıkan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinde söz konusu kuruluşun dava ehliyetine sahip olmadığı itirazı ile karşılaşılacaktır. Bu tarz itirazların bertaraf edilmesi için sözleşmelerde devlet kuruluşunun yargı muafiyetinden feragat ettiği, sözleşme konusu işin bir özel hukuk tasarrufu olduğu ve yargı muafiyetinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin hükümlere yer vermek önem arz etmektedir⁶⁶⁸.

4.5.3. Zamanaşımı

Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde zamanaşımına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde zamanaşımının usuli bir kurum olması veya maddî hukuka ilişkin bir konu olarak nitelendirilmesine göre farklı hukuk sistemleri

⁶⁶⁷ Şanlı/Ekşi, s. 14.

⁶⁶⁸ Şanlı/Ekşi, s. 17-18.

uygulanmaktadır. Ortak Hukuk sistemini benimseyen ülkelerinde zamanaşımı usuli bir kurum olarak nitelendirildiğinden tahkimin görüldüğü yer kurallarına tâbi olmahtayken, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde maddî hukuka ilişkin bir konu olarak nitelendirilmesi nedeniyle esasa uygulanacak hukuka tâbi olmaktadır⁶⁶⁹.

Zamanaşımına ilişkin sorunlardan bir diğeri de millî hukuklarda farklı sürelerle tâbi olması⁶⁷⁰ ve bu sürelerin emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle irade özerkliği kapsamında tarafların süreleri değiştirememesidir⁶⁷¹.

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü zamanaşımı süresinin *lex fori*'nin öngördüğü zamanaşımı süresine göre aşırı derecede uzun veya davacının hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak kadar kısa olması veya zamanaşımının hiç mevcut olmaması halinde bu durumda *lex fori*nin kamu düzeninin müdahalesinden bahsedilebilir⁶⁷².

Sonuç olarak tarafların esasa uygulanacak hukuk olarak millî bir hukuk seçmeleri halinde bu hukuk zamanaşımını usuli veya maddî bir kurum olarak nitelendirmesine bakılmaksızın uygulanacaktır. Ancak tahkim yeri hukukunun zamanaşımını usuli bir konu olarak değerlendirmesi halinde tahkim yeri hukukunun uygulanması söz konusu olacak mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Bu durumun

⁶⁶⁹ Tiryakioğlu (Satım), s. 65; Schwenger, I./ Manner, S.: *The Claim is Time-Barred: The Proper Limitation Regime for International Sales Contracts in International Commercial Arbitration*, Arbitration International 2007, Vol. 23, Issue 2, s. 295-296.

⁶⁷⁰ Ayıba karşı tekeffülden doğan dava TBK m. 231/I kapsamında satılanın alıcıya tesliminden itibaren iki yıl geçince zamanaşımına uğramaktadır. Bu süre, İsviçre’de bir yıl, Almanya’ ve Fransa’da iki yıldır. Bkz. Schwenger/Manner, s. 297-298.

⁶⁷¹ Schwenger/Manner, s. 297-298.

⁶⁷² Tiryakioğlu, Satım, s. 66.

taraf iradelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir⁶⁷³.

TBK madde 146 ve 147’de genel zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir ve madde 148’de ise genel zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. TBK madde 231/1⁶⁷⁴ ise ayıba karşı tekeffül halinde kanunda yer alan iki yıllık zamanaşımı süresinin uzatılabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte TBK 231/1’de uzatmadan bahsedilmesinin kısaltmaya engel teşkil etmediği kabul edilmektedir⁶⁷⁵. Bu kapsamda Türk hukukuna tâbi uluslararası bir doğal gaz satım sözleşmesinde taraflar ayıplı ifa (eksik kalite) nedeniyle kanunda yer alan iki yıllık zamanaşımı süresini uzatabilecekler ancak bu sürenin gereğinden çok uzun olmasının *lex fori*’nin kamu düzeni kurallarının müdahalesine maruz kalabileceği unutulmamalıdır.

⁶⁷³ Schwenzer/Manner, s. 304.

⁶⁷⁴ “Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılardaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar” .

⁶⁷⁵ Eren/Ayrancı, s. 157.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ

Çalışmamız petrol ve doğal gaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinde esasa uygulanacak hukukun rolünü ve kapsamını belirlemeye yönelik olarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda uygulanacak hukuk konusunun doktrinde uzun süre işlenmesine rağmen günümüzde hala bir sorun teşkil edip etmediği, hukuk seçiminin önemi ve sonuçları incelenmiştir.

Tüm uluslararası ticarî sözleşmelerde olduğu gibi petrol ve doğal gaza ilişkin sözleşmelerde de tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözülmesini seçmeleri aslında anasyonel bir sistem ve bağımsız bir hukukî düzenlemeye tâbi olmak istemeleri ile açıklanmaktadır. Kanaatimizce, tarafların tarafsız tahkim yolunu seçmesinde diğer önem taşıyan husus, tarafların uyuşmazlıkların çözümünde beklentilerinin karşılanması ve haklarının korunacağı hukukî bir güvenliğe sahip olmak istemeleridir. Tarafların, tahkim yolunu seçerken uyuşmazlıklarına uygulanmak üzere belirli bir ulusal hukuk sistemi yerine farklı hukuk sistemlerini seçme eğilimlerinin giderek arttığını görmekteyiz.

Elbette, taraflar istedikleri ulusal hukuku seçebilirler; birden fazla hukuk seçebilirler veya yasal değişikliklere karşı sözleşmenin imzalanması esnasında var olan hukuku sabitleyebilirler. Taraflar ayrıca UNIDROIT Kuralları ya da *lex mercatoria* gibi anasyonel hukuk kurallarının uygulanmasını istediklerinde ise anasyonel hukukları seçme konusunda açık bir irade beyanında bulunabilmekte veya kurumsal kuralları seçerek bu seçimi dolaylı olarak yapabilmektedir. Bütün bu seçimler artık geçerli olarak kabul edilmektedir.

Tarafların hukuk seçimine rağmen ilgili ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları bazen bu seçim üzerinde etkili olabileceği gibi, seçilen hukukun tahkim yerinin ve hakem kararının tenfizinin talep edileceği ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi beklenmektedir. Öte yandan, tarafların hukuk seçiminin hakemlerce dikkate alınmaması hakemlerin yetki aşımı yapmaları nedeniyle kararın iptaline veya tenfizinin engellenmesine neden olabilmektedir. Her ne kadar hukukun uygulanmasındaki basit bir hata, tespitinin zorluğu nedeni ile iptale konu olmasa da hakemlerin güvenilirliğini etkileyen ve olası uyuşmazlıklarda yeniden seçilmelerini engelleyen nedenlerdendir.

Tarafların hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukukun tespiti hakemler tarafından yapılmakla birlikte bu durumda taraf beklentilerini tespit etmek kolay olmamaktadır. Bazı tahkim kanun ve kuralları hakemlere tarafların açık hukuk seçiminin olmadığı hallerde uygun olan kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurma ve hatta *voie directe* yöntemi ile uygun hukuk ya da hukuk kurallarını uygulama konusunda yetki vermektedir. Tarafların tahkime ilişkin kurumsal kuralları seçmeleri ya da belirli bir yerde tahkimin görülmesini istemeleri aslında hakemlerin hukuk tespitine ilişkin yetkilerini belirleyen durumlardır. Bu kapsamda tarafların bu seçimleri yaparken bilinçli bir şekilde hareket etmeleri uygulanacak hukukun tespit edilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durum ise tarafların dolaylı olarak hukuk seçimine ve hakemlerin yetkilerine ilişkin bir kontrol mekanizmasına sahip olduklarının göstergesidir.

Hakemlerin uygulanacak hukuku tespitlerinde çeşitli kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulamaları ile hukuku doğrudan tespit etmeleri arasında uluslararası tahkimin ulusal bir sisteme bağlı olması veya ulusal olmayan, bağımsız bir

karaktere sahip olmasına yol açan bir ayrım olmaktadır. Bu durum ise hakemlerin uygulanacak hukuku tespit etmelerindeki özerkliğini belirlemede önem arz etmektedir. Örneğin, *lex fori*'nin veya hakemlerin bağlı olduğu ulusal hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını öngören tahkim kanun veya kurumsal kurallarının tahkimin ulusal bir hukuk ile bağlantısını ortaya koyduğu ileri sürülmekte iken hakemlerin herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmaksızın ve ulusal bir hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit etmeyip ulusal olmayan hukuku, *lex mercatoria*'yı uygulamalarının ise hakemliği ulusal hukuklardan koparan ve özerkliğinin en yüksek olduğu bir durum olarak kabul edilmektedir.

Uluslararası petrol projelerine ilişkin yatırım sözleşmeleri ve ticarî sözleşmelerde de hukuk seçimi benzerlik göstermektedir.

Devlet ile bir yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesinde yatırım yabancı yatırımcının projeye sermaye, teknoloji ve teknik bilgi katkısını gerektiren sözleşmeler olarak karşılıklı edimlerin değiştiği ticarî sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bu nedenle yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hukukî çerçeveleri çok daha çeşitlidir ve bu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun kapsamı ticarî uyuşmazlıklara nazaran daha geniştir. İyi kaleme alınmış bir doğal gaz satım sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta sözleşme hükümleri ve ticarî gelenekler genel olarak uyuşmazlıkları çözmede yeterli olmaktayken uygulanacak hukuk sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınmaktadır. Yatırım sözleşmelerinde ise ulusal hukuk, ulus ötesi hukuk ve uluslararası hukukun uygulama alanı olması nedeni ile karmaşık bir yapı söz konusudur.

Yatırım uyuşmazlıklarında taraf irade özerkliği yatırım anlaşmalarında ve sözleşmelerinde model anlaşma taslakları olmasına rağmen tarafların anlaşma /sözleşme hükümlerini müzakere etmeleri ve bu metinlerde tahkimmekanizmasına ve uygulanacak hukuka yer vermeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Yatırım tahkimlerinde yatırım ile ev sahibi devlet arasındaki organik bağ nedeniyle yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet hukuku uygulanmakta ve uluslararası hukuk ise yatırımların korunması ve ev sahibi devletin uluslararası hukuktaki sorumluluğu açısından uygulanmaktadır. Nihayetinde yatırım anlaşmaları yatırımların korunması ve teşvik edilmesi amacı taşıdıklarından ev sahibi devletler de uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında uluslararası tahkim ve uluslararası hukuka tâbi olmasını kabul etmektedir.

Uluslararası ticarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçimi olmadığında bu durum çoğu zaman her iki taraf birbirlerinin hukukunun kabul etmemeleri sonucu tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşamadıkları şeklinde yorumlanabilmektedir. Bununla birlikte tarafların konuyu önemsiz görmeleri nedeniyle sözleşmede yer vermemeleri de mümkündür veya taraflar sözleşmeyi o kadar ayrıntılı yazarlar ki tüm hususların sözleşme hükümleri çerçevesinde ele alınmasını amaçlamış olabilirler. Ancak bu durumda dahi sözleşmede yer alan ifadelerin yorumlanması ve var olan boşlukların doldurulmasında uygulanacak hukuka ihtiyaç olacaktır ve bu hukuk hakemler tarafından yukarıda belirlenen yöntemlerle belirlenecektir.

Sözleşmeler hazırlanırken en baştan itibaren belirli hukuk sistemleri dikkate alınması önem arz etmektedir. Bu durum tarafların herhangi bir uyuşmazlık aşamasında sürprizlerle karşılaşmaması ve iddialarını şekillendirmeleri ve neleri

talep edebileceklerinin belirli olması açısından önemlidir. Ancak uygulamada karşılaşılan durum tarafların sözleşme taslaklarında uygulanacak hukuka ilişkin hükmü en son aşamaya bırakıp hatta pazarlık unsuru haline getirdikleridir. Bu aşamada sözleşme taslağını ilk teklif eden tarafça belirli bir hukuk sistemi temel alınarak hazırlanan ve müzakereler sonucunda son hali verilen sözleşmede hukukun değiştirilmesi, belirli sözleşme hükümlerinin uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarına ve kamu düzenine aykırı olması sonucuna ve sözleşme hükümlerinin geçersiz olmasına yol açabilecektir. Bu durum ise taraf beklentilerine aykırı bir sonuç ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Sözleşmenin hazırlanması aşamasında taraflar ve uyuşmazlık halinde de hakemler, uyuşmazlık konusunun ulusal hukuklarla ilişkisi ve potansiyel doğrudan uygulanan kuralları dikkate alarak uygulanacak hukuk konusundaki sınırlarını belirlemelidir.

Günümüzde uluslararası tahkim konusunda ilgili kanun ve tahkim kuralları uygulanacak hukuk veya hukuk kuralları konusunda geniş bir taraf irade özerkliğini kabul etmiştir. Uygulanacak hukukun hakemler tarafından tespit edilmesinde ise söz konusu kanun ve tahkim kuralları, belirli kanunlar ihtilâfî kuralları uygulamak gibi belirli yöntemleri zorunlu kılmaktan ziyade daha liberal bir yaklaşım sergilemektedir. Bu durum ise hakemlerin uygun buldukları hukuk veya hukuk kurallarını uygulama şeklinde ortaya çıkmakta ve uygulanacak hukukun tespitini hakemlerin takdir ve sorumluluğuna bırakmaktadır. Hakemler böyle bir durumda kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurma veya bu kurallara başvurmadan doğrudan uygulanacak hukuku seçme özgürlüğüne sahip olmaktadır. Uygulamada hakemlerin her iki tarafın da beklentilerini karşılayacak bir çözüm yoluna gittikleri ve genelde doğrudan maddî hukuk kurallarını uygulamak yerine

birçok kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulayarak aynı hukuku tespit etme çabasına girdikleri görülmektedir. Bu durum daha fazla tatmin edici sonuç vermesi nedeniyle kabul gören bir yaklaşımdır.

Petrol ve doğal gaza ilişkin sözleşmelerin taraflarından birinin çoğu kez devlet olması, sözleşmelerin uzun döneme yayılması ve ekonomik açıdan büyüklüğü uygulanacak hukukun önemini artırmaktadır. İster hukuk seçimi halinde olsun ister uygulanacak hukuk hakemlerce tayin edilsin, taraflar için öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik birinci önceliğe sahiptir. Bu nedenle tarafların doğal gaz sözleşmelerini hazırlarken hem uygulanacak hukuka hem de sözleşmenin tarafı olan devletin hukukuna dikkat etmeleri ve sözleşmelerin bu hukuklar ile uyumu hayati önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016. (Kısaltması: Milletlerarası Tahkim)

Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992. (Kısaltması: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk)

Alexandrov, S.: “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory?”; Arbitration Under International Investment Agreements, A Guide to Key Issues, Oxford 2018, (Ed. Katia Yannaca-Small)

Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019.

Audit, B.: Choice of the Applicable Law by the Parties, the Application of Substantive Law by International Arbitrators, DOSSIERS, ICC Institute of World Business Law, 2014, (Edited by Bortolotti, F./Mayer, P.).

Banifatemi, Y.: "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration," Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues 485 (K. Yannaca-Small ed.), 2nd edition, Oxford 2018.

Barlas, N.: Adi Otaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.

Baz, S.: Karşılaştırmalı Hukuk'ta ve Türk Hukuku'nda Joint Venture, İstanbul, 2019.

Begic, T.: Applicable Law in International Investment Disputes, The Netherlands 2005.

Berger, K.P.: International Economic Arbitration, Deventer, Boston 1993

Bermann, G.: “Mandatory Rules of Law in International Arbitration” Conflict of Laws in International Arbitration, 2011, (eds Ferrari, F, Kröll, S)

Blessing, M.: “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law” International Council for Commercial Arbitration, Planning Efficient Arbitration Proceedings, Working Group II: The Law Applicable in International Arbitration, (General Editor. Albert Van Den Berg), 391-446. (Kısaltması: Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law)

Blessing, M.: Introduction to Arbitration, Swiss and International Perspectives, Basle 1999.

Bordukh, O.: Choice of Law in State Contracts in Economic Development Sector: Is There Party Autonomy? Bond Universty, Doktora Tezi.

Born, G.: International Arbitration: Law and Practice, The Netherlands, 2011.

Born, G.: International Arbitration, Cases and Materials, The Netherlands, 2015.

- Böckstiegel, K.-H.:** Arbitration and State Enterprises, Kluwer, Deventer, 1984.
- Böckstiegel, K.-H.:** *Enterprise v State: the New David and Goliath?* Arbitration International 2007, Vol. 23, No. 1, s. 95.
- Chuckwumerije, O.:** Choice of Law in International Commercial Arbitration, London 1994.
- Craig, L./ Park, W./ Paulsson, J.:** International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition.
- Crockett, A.:** “Stabilisation Clauses and Sustainable Development: Drafting for the Future, Evolution” Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration edited by Brown C, Miles, K, Cambridge 2012, 516-539.
- Çelikel, A./Erdem, B.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul, 2020.
- David, M.:** Upstream Oil and Gas Agreements, London, 1996.
- Derains, Y.:** Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Disputes, ICCA Series, 1984.
- Doğan, V.:** Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara 2020.
- Dolzer, R.:** Petroleum Contracts and International Law, Oxford 2018
- El Chitai, A.Z.:** Protection of Investments in the Context of Petroleum Agreements, Hague Recueil Des Cours, 1987(IV).
- Erdem, E.:** Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2017.
- Eren, F./ Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Erten, R.:** Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005.
- Gaillard, E./Banifatemi, Y.:** “IAI Series on International Arbitration No. 5 Precedents”, International Arbitration, 2008.
- Gaillard, E./Savage, J.:** Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Part II, Kluwer Law International. The Hague 1999. (Kısaltması: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration)
- Gaillard, E.:** “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims- the SGS Cases Considered” International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Edited by Todd Weiler.
- Greenberg, S./Kee, C./ Weeramantry, R.:** International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective, Cambridge, 2011.

Hammerson, M: Upstream Oil and Gas, Cases, Materials and Commentary, London 2011.

Inkpen, A./ Moffett, M.: The Global Oil and Gas Industry: Management, Strategy and Finance, 2011.

Jennings, A.: Oil and Gas Exploration Contracts, First Edition, London 2002.

Jennings, A.: Oil and Gas Production Contracts, London 2008.

Knahr, C.: “Investment in the Territory of the Host State” International investment law for the 21st Century: Essays in honour of Christoph Schreuer, Binder C/ Kriebaum U/ Reinisch A/Wittich S, Oxford, New York, 2009.

Kjos, H.E.: Applicable Law in Investor-State Arbitration; the Interplay Between National and International Law, Oxford 2013.

Le Leuch, H.: “Recent Trends in Upstream Petroleum Agreements: Policy, Contractual, Fiscal and Legal Issues”, The Handbook of Global Energy Policy, First Edition, Edited by Andreas Goldthau, 2013, 127-145.

Lew, J./ Mistelis, L./ Kröll, S.: Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 1994.

Mayer, P.: Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 Arb. International, 1986.

McLachlan, C./Shore, L./Weiniger, M.: International Investment Arbitration, Substantive Principles, New York, 2007.

Muchlinski, P.: Multinational Enterprises and the Law, Second Edition, Oxford, 1999.

Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2010.

Oğuzman, K./ Seliçi, Ö./Oktay, S.: Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

Özel, S.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008

Pazarcı, H.: Uluslararası Hukuk, Ankara 2019,

Peter, W.: Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Second Revised and Enlarged Edition, The Hague, Boston, London, 1995.

Poudret, J-F./Besson, S./Berti, S./Fonti, A.: Comparative Law of International Arbitration, Ed.2, London 2007.

Redfern, A./Hunter, M./Blackaby, N./ Partasides, C.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, London, 2004. (Kısaltması: Redfern and Hunter on International Arbitration)

Riad, F.: “How to Comply with Applicable Law while Taking into Account the Expectations of the Parties and the Needs of International Commerce”, Dossiers, the Application of Substantive Law by International Arbitrators, 2014.

Roberts, P.: Petroleum Contracts, English Law and Practice, Oxford, London 2013.

Roberts, P.: Gas Sales and Transportation Agreements, Principles and Practice, Second Edition, Thomson, London 2008.

Sasson, M.: Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law, Second Edition, The Netherlands 2017.

Schreuer, C.: “Investment Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims: the Vivendi I Case Considered” International Investment Law and Arbitration Leading Cases From ICSID, NAFTA Bilateral Investment Treaties and Customary International Law, 281–323, 2005 (Todd Weiler ed.). (Kısaltması: Vivendi I Case Considered)

Schwebel, A.: International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, 1993.

Süral, C.: Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, İzmir 2008.

Silberman, L./Ferrari, F.: “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and Consequences of Getting It Wrong”, Conflict of Laws in International Arbitration, (Eds. Ferrari, F./ Kröll, S.), Munich 2011.

Sornarajah, M.: International Commercial Arbitration—The Problem of State Contracts, London 1990.(International Commercial Arbitration)

Sornarajah, M.: The Settlement of Foreign Investment Disputes, The Netherlands, 2000. (Kısaltılması: Settlement of Foreign Investment Disputes)

Sornarajah, M.: The International Law on Foreign Investment: Third Edition, Cambridge, 2010.(Kısaltması: International Law on Foreign Investment)

Şanlı, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986. (Kısaltması: Esasa Uygulanacak Hukuk)

Şanlı, C./ Ekşi, N.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.

Şanlı, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016.

Şit Köşgeroğlu, B.: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, Ankara 2012.

Takavut, İ.D.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul 2018.

Taverne, B.: “Production Sharing Agreements in Principle and in Practice” Upstream Oil and Gas Agreement, London, 1996 (edt. David, M.).

Tiryakioğlu, B.: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003. (Kısaltması: Doğrudan Yatırımlar)

Tiryakioğlu, B.: “Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal, H./Balkar, S.) (Kısaltması: Yetki ve Kabul Edilebilirlik)

Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.(Kısaltması: Satım)

Tweeddale, A./ Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Ünsal, H.: Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2015.

Voss, J.O.: The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors, Leiden, Boston, 2011.

Yılmaz, A. Ç.: Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013.

Makaleler

Arato, J.: *The Logic of Contract in the World of Investment Treaties*, William&Mary Law Review, Y. 2016, Vol. 58, Issue 2, s. 351-417.

Ataman-Figanmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, Public and Private International Law Bulletin, Vol. 31, Issue: 1, s. 91-152.

Baron, G.: Do the UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* form a new lex mercatoria? <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>.

Barraclough, A./Waincymmer, J.: *Mandatory Rules of International Commercial Arbitration*, Melbourne Journal of International Law, Y. 2005, Vol. 6. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/9.html>

Berger, K.P.: The Lex Mercatoria (Old and New) https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8.

Bergsten, E./Miller, A.: The Remedy of Reduction of Price. <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>.

Bindemann, K.: *Production Sharing Agreement: An Economic Analysis*, Oxford Institute for Energy Study, October, 1999, s. 1-106.

Blyschak, P.M.: *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty*, Journal of International Arbitration, Y. 2010, Vol. 27(6), s. 579-629.

Bonell, M.J.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, R.J.T. n.s., Y. 2002, Vol. 36, s. 335-354.

Bourquin, M.: *Arbitration and Economic Development Agreements*, Bus. Law, Vol. 15, Y.1959/1960, s. 860-872.

Böckstiegel, K-H.: *Enterprise v State: the New David and Goliath?* Arbitration International 2007, Vol. 23, No. 1, s. 93-104.

Cameron, P.: *Stabilization and the Impact of Changing Patterns of Energy Investment*, Journal of World Energy Law and Business 2017, Vol.10, Issue 5, s. 389-403.

Crawford, J.: 'Treaty and Contract in Investment Arbitration', The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29, 2007, 1-21.
https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf.

Cohen, G.: Long Term Gas Contracting, Terms, Definitions, Pricing,
<https://www.iene.eu/articlefiles/Long-Term%20Gas.pdf>.

Croff, C.: *The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem*, Heinonline 16 Int. Law 1982, Vol. 16, No. 4, s. 613-645.

Çakır Çelebi, B.: *Joint Venture'in Hukukî Niteliği*, YBHD, Y. 2017, S. 2, s. 97-126.

Çevik, Ö./ Şimşek, C.: ICSID'in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi,
https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2018_Winter/GSI_Articleletter_2018_Winter_Article4.pdf.

Demirkol, B.: *Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration*, Leiden Journal of International Law, Y. 2018, Vol. 31, No.1, s. 59-91.

Emeka, J.N.: *Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, the International Lawyers, Vol. 42, No. 4; s. 1317-1338.

Ernest, E. S.: *From Concessions to Service Contracts*, 27 Tulsa Law Journal 2013, Vol. 27, Issue 4, s. 493-524.

Fagbemi, A. S.: *The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Law: Myth or Reality?* Afe Babalola University, J. Of Sustainable Development Law & Policy 2015, Vol. 6, s. 222-246.

Hays, P.: *The Impact of Force Majeure on the Oil and Gas Supply Chain*, Energy Law Exchange, September 13, 2017. <https://www.kslaw.com/blog-posts/the-impact-of-force-majeure-on-the-oil-and-gas-supply-chain>.

Heiskanen, V.: 'And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration', Arb. Int'l, Y. 2010, Vol. 24, Issue 4, s. 441-466.

Houtte, H.: *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, Transnational Dispute Management, Y. 2007, Vol.4, Issue 5, s. 105-123.

Jennings, R.Y.: *State Contracts in International Law*, British Yearbook of International Law, Y. 1961, Vol. 37, s. 156-177.

Jones, D.: *Choosing The Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties*, Singapore Academy of Law Journal, Y. 2014, Vol.26, s. 911-941.

Karton, J.D.H.: *Party Autonomy and Choice of Law: Is International Arbitration Leading the Way or Marching to the Beat of its own Drummer?* University of New Brunswick Law Journal, Y. 2010, Vol. 60, s. 32-58.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: *Devletler Hususi Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik edilecek Hukuk*, İÜHFM,C.XXI, 1957, [dergipark.org.tr > download > article-file](http://dergipark.org.tr/download/article-file), s. 367.

Lalive, J-F.: *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company: Theory and Practice: Choice of Law in a New Arbitration Cases*, s. 993, <https://www.jstor.org>.

Lalive, J-F.: *Contract Between State A State or A State Agency and Foreign Company*, International and Comparative Law Quarterly, Y. 1964, Vol. 13, s. 987-1021.

Lando, O.: *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, Arbitration International, Kluwer Law International, Y. 1986, Vol. 2, Issue 2, s. 104 -115

Loftis, J./ Landicho, R./ Fraser, F.: *Complexity and Commercial Disputes in Production Sharing Contracts*, in the Leading Practitioner's Guide to International Oil & Gas Arbitration, www. Arbitrationlaw.com.

Lord Mustill: *The New Lex Mercatoria: The First Twenty Years*. https://www.trans-lex.org/126900/_/mustill-michael-the-new-lex-mercatoria:-the-first-twenty-five-years-arbitl-1988-at-86-et-seq/.

Maniruzzaman, A.F.M.: *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View*, Wisconsin International Law Review, Y. 2001, Vol. 20, No. 1, s. 1-56. (Kısaltması: International Development Law)

Maniruzzaman, A.F.M.: *Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues*, Journal of International Arbitration, Y. 1999, Vol. 16, No. 4, s. 141-172. (Kısaltması: Choice of Law in International Contracts)

Maniruzzaman, A.F.M.: *International Commercial Arbitration: The Conflict of Laws Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements*, Netherlands International Law Review, Y. 1993, Vol. 40, Issue 2, s. 201-237. (Kısaltması: International Commercial Arbitration)

Maniruzzaman, A. F. M.: *The Lex Mercatorai and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*, American University International Law Review, Y. 1999, Vol.14, Issue 3, s. 657-734. (Kısaltması: International Contracts)

Maniruzzaman, A.F.M.: *International Energy Contracts and Crossborder Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances- Some Recent Trends*, Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Y. 2006, Vol. 4, Issue 4, s. 1-18.

Maniruzzaman, A.F.M.: *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, European Journal of International Law, Y. 2001, Vol. 12, No. 2, s. 309-328. (Kısaltması: State Contracts)

Marrella, F.: *Choice of Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Y. 2003, Vol. 36, s. 1137-1188.

McArthur, J.B.: *The Take-or-Pay Crisis: Diagnosis, Treatment, and Cure for Immorality in the Marketplace*, New Mexico Law Review, Y. 1992, Vol. 22, Issue 2, s. 358-458.

Mustill, M.: The New Mercatoria: The First Twenty Years <https://www.translex.org/126900>.

Parra, A.: Applicable Law in Investor-State Arbitration, <https://www.arbitration-icca.org>.

Paulsson, J.: *Arbitration Unbound: An Award Detached from the Law of the Country of Origin*, International and Comparative Law Quarterly, Y. 1981, Vol. 30, Issue 2, s. 358-387.

Pirani, S./Sharples, J./Yafimava, K./Yermakov, J.: *Implications of the Russia-Ukraine gas transit deal for alternative pipeline routes and the Ukrainian and European markets*, the Oxford Institute for Energy Studies, March 2020, s. 1-24.

Reinish, A.: *The Scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreements*, Asia Pacific Law Review, Y. 2013, Vol.1, No.1, s. 3-26.

Schreurer, C.: *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolution, Y. 2014, Vol.1, s. 1-25. (Kısaltması: Jurisdiction and Applicable Law)

Schwenzer, I./Manner, S.: *The Claim is Time-Barred': The Proper Limitation Regime for International Sales Contracts in International Commercial Arbitration*, Arbitration International, Vol. 23, Issue 2, s. 293-308

Shany, Y.: *Contract Claims vs Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, the American Journal of International Law, Y. 2005, Vol. 99, s. 835-851.

Shehata, İ.: *Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis*, World Arbitration and Mediation Review 2017, Vol.11, No. 4, s.383-418.

Sornarajah, M.: *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, Journal of International Arbitration, Y. 1997, Vol. 14, s. 103-140.

Strohbach, H.: *Force Majeure and Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration: The East-German Approach*, Journal of Int. Arbt., Y. 1984, Vol. 1, No. 1, s. 39-52.

Şanlı, C.: *Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, Y. 18, S. 1-2, (1997-1998), s. 393-409. (Prof. Dr. Yılmaz Artuğ’a Armağan).

Tekinalp, G.: Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, s. 60, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99719>.

Thomas,C./Dhillion, H.K.: *Applicable Law Under International Investment Treaties*, Singapur Academy of Law Journal, Y. 2014, Vol.26, s. 975-998.

van Houtte, H.: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts - A New Lex Mercatoria?, Paris 1995, https://www.trans-lex.org/117400/_a-new-lex-mercatoria-paris-1995-at-181-et-seq/.

Verdross, A.: *Quasi International Agreements and International Economic Transactions*, YBWA, Y. 1964, Vol. 18, s. 230-247.

Vicuña, F. O.: *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, Max Planck, Yearbook of United Nations, Y. 2004, Vol. 8, s. 341-357.

Diğer Kaynaklar

Energy Charter Secretariat, Intergovernmental Agreements and Host Government Agreements on Oil and Gas Pipelines -A Comparison, s. 89.

https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/Agreements_on_Oil_and_Gas_Pipelines.pdf.

History of ICSID Convention, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>.

Improving the System of Investor-State Dispute Settlement : An Overview, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD,UNCTAD.

Unctad, International Investment Agreements Issues Paper Series, State Contracts (2004).

