

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
FERHAN YILDIZLI**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. RAMAZAN ARSLAN**

ANKARA –2019



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 10 /06 / 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı: Ferhan YILDIZLI

Öğrencinin Numarası: 21610364

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı : ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : PROF. DR. RAMAZAN ARSLAN

Tez Başlığı : ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 151 sayfalık kısmına ilişkin, 10/06/2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 18'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

Onay

10 / 06 / 2019

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

PROF. DR. RAMAZAN ARSLAN

KABUL VE ONAY SAYFASI

Ferhan YILDIZLI tarafından hazırlanan ‘‘Uluslararası Tahkimde Zararın Değerlendirilmesi’’ adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

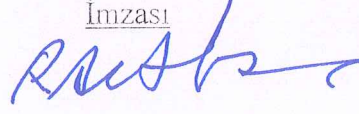
Kabul (sınav) Tarihi: 10/06/2019

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Danışman)

Başkent Üniversitesi

İmzası



Jüri Üyesi : Doç.Dr. Zeynep İPEK YÜCER

Başkent Üniversitesi



Jüri Üyesi : Dr. Öğretim Üyesi Mustafa GÖKSU

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

...../...../20.....

Prof. Dr. İpek KALEMÇİ TÜZÜN

Enstitü Müdürü

ÖZ

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi adını verdiğimiz bu çalışmanın amacı, uluslararası tahkim olarak nitelediğimiz yatırım ve ticari tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesinde kullanılan kavramlar, temel prensipler, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile uluslararası zararın değerlendirilme yöntemlerinin tahkim kararları ışığında bir çalışmada ayrıntılı olarak incelenmesiydi. Zararın değerlendirilmesi kurumu, uluslararası ticari ve yatırım tahkimi bakımından, uyuşmazlığın sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanmasından dolayı bir çok senaryo dahilinde şekillenebileceğinden ulusal veya uluslararası tahkim yargılamasında çok az kaynakta çerçevesi çizilebilmiştir. Türk Hukuku perspektifinden gelişmekte olan tahkim yargılaması açısından; uluslararası uygulamalarda gerek Anglo-Sakson hukuk sistemi olsun gerekse de Kıta Avrupasındaki tahkim yargılamasına özgü zararın değerlendirilmesi kavramlarını Türk Hukukunda kullanılan kavramlarla birlikte ele almaya çalıştık.

ABSTRACT

The purpose of this study that we named as “Damage Assessment in International Arbitration” was the detailed overview of the concepts, basic principles, national and international regulations under the light of international arbitration awards. The institution of “Damage Assessment” could very scarcely be framed in both national and international sources, in terms of commercial and investment arbitration, since the disputes could vary in a dozen scenarios as a result of contractual breach or wrongful act. In the scope of emerging arbitration jurisdiction with the perspective of Turkish Law, we tried to explain the concepts inherent in international arbitration implementations arising from both Common law and Civil Law.

TEŞEKKÜR

Hayatımın her döneminde, her koşulda yanımda olan en iyi arkadaş, dost ve yoldaş olabilen sevgili annem Dönüş YILDIZLI ve babam Turgut YILDIZLI'ya mükemmel bir aile olmamızdaki kayıtsız şartsız çaba ve emekleri için şükranlarımı sunuyorum. İyi ki varsınız.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla tanışmama ve sevmeme sebep olan ve tez döneminin önemli bölümünde tez danışmanım olan Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK'e çalışmalarına yapmış olduğu içten katkılardan ve kıymetli zamanını ayırmasından dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışmalarımın son aşamasında birlikte çalışma fırsatı bulduğum çok değerli katkılarıyla bakış açımı genişleten ve tezin gelişmesine katkısı olan başta tez danışmanım sayın Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a, Doç. Dr. Zeynep İPEK YÜCER'e ve Sayın Doktor Öğretim Üyesi Mustafa GÖKSU'YA minnetlerimi takdim ederim.

Öğrencilikle başlayan maceramızın güçlenerek devam ettirdiğim, bilgisine, görgüsüne ve olgunluğuna saygı duyduğum sevgili küçük kardeşim ortağım Av. Mehmet Tuğberk DEKAK'a tez konusunu belirlememde ve özellikle yazarken sağladığı destekle motivasyonumu pekiştirmesinden ötürü teşekkür ederim. Hayatımın önemli bölümünü paylaştığım ve kader ortaklarım saygıdeğer Av. Gülşah ALGIN ve Av. Mustafa Murat GÜLGÜN'e hiç bir fedakarlıktan kaçınmadan bana sağladıkları sürekli imkan ve sarsılmaz inançları için teşekkürü bir borç biliyorum.

Zor günlerimde yanımda olan, maddi ve manevi desteğini hiç esirgemeyen meslek büyüğüm ve hukuk işletmeciliği mentorum çok kıymetli ağabeyim Sayın Av. Cengiz İŞLER'e teşekkür ederim.

Türk Dış Ticaret Vakfı'nın bana sunduğu eğitim ile hayatımın önemli noktalarında yeri olduğunu sıklıkla ifade ederim. Beni uluslararası tahkim kurumuyla tanıştıran ve bir hukukçunun dış ticaret bilmesinin kıymetini bana aşılıyarak kimliğime katkı sağlayan, hocalarımın arasında benim için yeri hep ayrı olan, çok değerli hukukçu, bürokrat ve diplomat Ömer BERKİ'ye de teşekkür ediyorum.

Özellikle tezimin son safhasındaki çok değerli emektar dokunuşlarıyla beni hiç yalnız bırakmayan sevgili Av. Tuğçe TAŞ'a ve tekrar okuyarak değerli katkılarını esirgemeyen Samet SEVGİ kardeşime teşekkür ederim.

Ferhan YILDIZLI

Ankara-2019

İÇİNDEKİLER

I. ÖZET	
II. ABSTRACT	
III. İÇİNDEKİLER.....	
IV. KISALTMALAR	

GİRİŞ

§ I. Genel Olarak.....	1
§ II. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması	1
A. Konunun Takdimi.....	1
B. Konunun Sınırlandırılması	3
C. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi	5

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARA YÖNELİK ESASLAR

§ I. Uluslararası Tahkimde Tazminat ve Zararlar	9
A. Genel Olarak.....	9
B. Tazminat ve Zararlar.....	11
§ II. Temel Prensipler	18
A. Tam Tazminat (<i>Full Reparation</i>)	18
B. Eski Hale Getirme (<i>Restitution</i>).....	24
C. Tatmin (<i>Satisfaction</i>)	28
§ III. Zararın Ölçülmesi (<i>Measure of Loss</i>)	33
§ IV. Zararın İndirilmesi (<i>Mitigation</i>).....	38
§ V. Yargulamada Esas ve Usûlün Ayrılması (<i>Bifurcation-Trifucation</i>)	40
§ VI. Uygulanacak Hukuk (<i>Applicable Law</i>)	48
§ VII. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Zararın Hesaplanmasına Yönelik Temel Hükümler	54
A. Götürü Tazminat (<i>Liquidated Damages</i>).....	55
B. Sözleşmenin Konusuna Özgü Bir Formül veya Algoritma	57
C. Sözleşmede Belirtilen Bir Üst Değer, Limit Yada Zarar Konusunda Sözleşme Dışında Bırakılan Zarar Veya Kayıpları Düzenleyen Özel Hükümler	62
§ VIII. İspat Yükü Açısından Mevcut Dellillerin İlişkisi	64
A. Dellillerin İbrazı.....	67
B. Bilirkişilerin Rolü	73

İKİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ ile
HAKEM KARARLARININ
YABANCI PARA ÜZERİNDEN VERİLMESİ, KARARDA FAİZ ve YARGILAMA
GİDERLERİ

§ I. ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak.....	79
B. Nedensellik ve Tamamiyet: “But for” Terimi	80
1. Nedensellik ve Zararın Uzaklığı.....	80
2. But for Terimi.....	82
C. Birlikte ve Müteselsil Sorumluluk ile Üçüncü Kişilere Teşmil.....	87
D. Mahsup ve Karşı Dava (<i>Set-off and Counterclaims</i>)	92

§ II. HAKEM KARARLARININ YABANCI PARA ÜZERİNDEN VERİLMESİ,
KARARDA FAİZ ve YARGILAMA GİDERLERİ

A Genel Olarak	94
B. Potansiyel Olarak İcra Edilemeyen İddialar	94
C. Hakem Kararlarının Yabancı Para Üzerinden Verilmesi	95
D. Hakem Kararlarında Faize İlişkin Konular	96
E. Hakem Kararlarında Yargılama Giderleri.....	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TAHKİMDE

ZARARIN HESAPLANMASININ PRENSİPLERİ ve YÖNTEMLERİ

§ I. ZARARIN HESAPLANMASI PRENSİPLERİ.....	103
A. Fiiili Dayanak (<i>Factual Basis</i>)	103
B. Kesinlik (<i>Certainty</i>).....	104
C. Şans Kaybı (<i>Loss of Chance</i>)	105
D. Zararın Değerlendirilmesi için Uygun Tarih.....	105
§ II. ZARARIN HESAPLANMASI YÖNTEMLERİ.....	103
A. Genel Olarak	106
1. Uluslararası Ticari Tahkim	106
2. Yatırım Uyuşmazlıkları Tahkimi.....	107
§ B. Gerçek Değer ve Zarar Hesaplama Yöntemleri	109
1. Gelir Yaklaşımı.....	114
2. Varlık Temelli veya Gider Yaklaşımı.....	127
3. Piyasa Yaklaşımı.....	134
SONUÇ.....	141
KAYNAKÇA	149

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
BIT	: Bilateral Investment Treaty (İkili Yatırım Anlaşması)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Uluslararası Mal Satım Sözleşmesi Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
FIDIC	: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Uluslararası Danışman Mühendisler Federasyonu)
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association (Uluslararası Barolar Birliği)
ICC	: International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)
ICSID	: International Center for Settlement Of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
İBGK	: İctihadi Birleştirme Genel Kurulu
LCIA	: London Court of International Arbitration (Uluslararası Londra Tahkim Mahkemesi)
m.	: madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması)
PCIJ	: Permanent Court of International Justice (Uluslararası Daimi Adalet Divanı)
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMS	: Türkiye Muhasebe Standartları
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü)
V	: Volume (Cilt)
vd.	: ve devamında
Y.	: Yıl

GİRİŞ

§ I. Genel Olarak

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi adını verdiğimiz bu çalışmanın amacı, uluslararası tahkim olarak nitelediğimiz yatırım ve ticari tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesinde kullanılan kavramlar, temel prensipler, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile uluslararası zararın değerlendirilme yöntemlerinin tahkim kararları ışığında ayrıntılı olarak incelenmesidir. Zararın değerlendirilmesi kurumu, uluslararası ticari ve yatırım tahkimi bakımından, uyuşmazlığın sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanmasından dolayı bir çok senaryo dahilinde şekillenebileceğinden ulusal veya uluslararası tahkim yargılamasında çok az kaynakta çerçevesi çizilebilmiştir. Öncelikle bu geniş konunun takdimi ve çalışmamızın sınırlarını çizdikten sonra, bu bölümde, uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının temel farklılıklarını ve benzerliklerini ortaya koyarak zararın değerlendirilmesi konusu açısından önemli hususları ortaya koymaya çalışacağız.

§ II. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

A. Konunun Takdimi

Uluslararası tahkimde zararlar ilgili konular, mukayeseli hukuk açısından değerlendirildiğinde, bugüne kadar az yazılmış olması oldukça dikkat çekici olmakla birlikte; zararın hesaplanması, genel anlamda yargılama sürecinin ayrılmaz bir parçası olduğundan tarafları doğrudan ilgilendiren en önemli konudur¹. Zararlar, mağdur tarafa karşılaştığı kayba karşı tazmin edilen parasal değer olarak yargılamada ön plana çıkmaktadır.

Uluslararası tahkim yargılamasında zararın değerlendirilmesi yasal ve olgusal gerçekler açısından oldukça karmaşık bir süreç olabilmektedir. Örneğin, zarara ilişkin iddia ve karşı davanın bulunduğu tahkim yargılamalarında; kısmi bir karar olması, zarara ve esasa ilişkin kararların ayrıldığı (*bifurcation*) durumlarda sorumluluğa ilişkin bir kararın, iddia sahibi veya karşı taraf açısından bir değeri bulunmamaktadır. Uygulamada, zararın hesaplanmasının kolay olduğu varsayımı, esasa ilişkin değerlendirilmelerde zararın değerlendirilmesi süreci bir kenara bırakılarak karar verilmesi, gerek hakem heyeti, gerekse de uyuşmazlığın tarafları bakımından sakınılması gereken bir durumdur.

Zararın değerlendirilmesi sürecine, uluslararası tahkim kavramıyla genel itibariyle uluslararası ticari tahkim bakımından algılanmasına karşın, sektörel uzmanlık tahkimleri, bölgesel veya yatırım tahkim yargılması gibi diğer alanlarda da benzer prensipler ışığında

¹ Heilbron, Hilary: Assessing Damages In International Arbitration: Practical Considerations, Journal Of Damages In International Arbitration, Brick Court Chambers, Londra, 2014, Vol.1 No.1, s. 1

başvurulmaktadır. Ancak bu benzerlik, örneğin ticari tahkim ve yatırım tahkim uyumsuzluklarında önemli bazı hukuki farklılıklar temelinde ayrılmaktadır. Uluslararası ticari tahkim uluslararası ve ulusal özel hukukun konusu olmakla birlikte büyük ölçüde sözleşmeleri temel alırken, yatırım tahkimi anlaşmaları ise uluslararası kamu hukukunun konusu olup devletlerarası niteliğe sahiptir.

Zararın değerlendirilmesi geniş bir konu olup taraflar ve hakem heyetleri bakımından uygulamada ve doktrinde farklı görüşlerle değerlendirilmesi gereken bir kurumdur.

B. Konunun Sınırlandırılması

Uluslararası Tahkimde Zararın Değerlendirilmesi adlı çalışmamızda, uluslararası ticari tahkim ile yatırım tahkimi ayrımı yapılmaksızın gerek kurumsal gerek ad hoc hakem heyetleri önünde görülen yargılamalardaki zarar ve tazminat hukukuna ait prensipler, kavramlar ile zararın değerlendirilmesi yöntemlerini incelemeye çalışacağız.

Mukayeseli hukuk bakımından ortaya çıkan farklılıklar, tahkim yeri farklılıkları, tahkimin ticari ve yatırım tahkimi olması bakımından gösterdiği farklılıklara karşın, zararın değerlendirilmesi temelde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ve haksız fiilden kaynaklı uyuşmazlıklardan kaynaklanmaktadır. Tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk, yargılamanın bölünmesi gibi usül hukukuna ait ulusal mevzuatın düzenlemelerinin yanında hakem heyetlerince kullanılan yöntemler ele alınmıştır. Yargılamada delillerin ibrazı, ispat yükü IBA kuralları ve diğer kurumsal tahkim düzenlemeleri ışığında ortaya konmuştur. Özellikle tahkim yargılamalarında uygulanacak hukuka ve tahkim yerine göre değişkenlik gösterebilecek bilirkişilerin rolü; gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Sakson Hukuku açısından gösterdiği farklılıklara karşın tahkim kararları ışığında ve yatırım uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklarda öngörülen prensipler ve kurallar altında zararın değerlendirilmesi açısından ele alınmıştır.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi, ulusal ve uluslararası zarar hukukunun temel kavramları ile tahkim yargılamalarında benimsenen “zararın uzaklığı” ve “nedensellik” kavramları üzerinden açıklanmıştır. Çalışmanın kapsamının genişlemesini önlemek ve uluslararası tahkim yargılamalarındaki uygulamaların hukuki çerçevesini çizmek adına, ulusal hukukun belirgin düzenlemeleri, Uluslararası model sözleşmeler ile kurumsal tahkim kurallarının zararın hesaplanmasında geliştirdiği temel yaklaşımlar göz önünde bulundurulmuştur.

Zararın hesaplanmasındaki temel prensipler olarak, uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkiminde (uluslararası tahkim olarak anılacak) somut olayların fiili dayanağı, zararın hesaplanmasında kesinlik, mağdurun kazanç kaybı ve zararın değerlendirilmesi için uygun tarih (ex ante/expost) gibi zararın değerlendirilmesinde uluslararası kaynaklarda ön plana çıkan kavramlarla çalışma sınırlandırılmıştır.

Yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki farkların temel sebepleri açıklandıktan sonra özellikle uyuşmazlıklardaki zarar ve tazminat hukukuna hakim şirket değerlendirme yöntemlerinin tahkim yargılamalarında nasıl kullanıldığı, hangi kriterlere göre yöntemlerin belirlendiği ve tazminat miktarlarındaki farklılıkların kararlara etkisi ele alınmıştır.

Uluslararası Değerleme Konseyinin, varlık değerleme standartlarına göre hakem heyetlerince atanan veya taraflarca belirlenen bilirkişilerce kullanılan yöntemler uluslararası standartlara uygun ve aynı sistematik içinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Zararın değerlendirildiği tahkim kararlarında; zararın miktarına etki eden icrailik, yabancı para cinsinden kararlar ve kararda faize ilişkin konuların yine ticari uyuramazlıklar ve yatırım uyuramazlıklarındaki yansımaları ifade edilmiştir. Yargılama giderlerinin belirtilen hususlar ışığında hangi tarafa bırakılacağı, tahkim kararlarında hangi giderlerin yargılama gideri kapsamına girdiği ve tazminat hususları ile birlikte incelenmiştir.

Zararın değerlendirilmesi gibi uluslararası açıdan da erevesi yeni belirlenmeye başlanmış yargılama usl kavram ve prensipleri uluslararası ve ulusal temel kaynaklar, çeşitli yargı yeri kararları ile birlikte değerlendirilmiştir.

C. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi konulu çalışmamızda, yatırım ve ticari tahkim arasındaki yargılama usulü ve temel uygulama farklılıklarını ortaya koyduktan sonra, zararın değerlendirilmesindeki ortak kavram ve esasları ele alacağız.

Dava taraflarının niteliği, yatırım tahkimi ile ticarî tahkim arasındaki temel fark olarak kabul edilmektedir². Yatırım tahkimi uyuşmazlıkların tümünde, devlet, dava taraflarından biridir. Dava taraflarından birinin bir devlet olması, ticari tahkim uyuşmazlıklarında da mümkün olsa bile, bu durum ender rastlanan bir durum olarak istatistiki açıdan görülmektedir³. Ayrıca, yatırım tahkimi davalarına taraf olan devletler ile ticarî tahkim davalarına taraf olan devletlerin birbirinden genellikle farklı bir şekilde hareket ettiği ifade edilmektedir⁴. Gerçekten de, ticarî tahkim davasının tarafı olan bir devlet⁵, özel hukuk kişisi gibi hareket etmekte, emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla hareket edememektedir⁶. Yatırım tahkimi uyuşmazlığı tarafı olarak devlet, özel hukuk kişisi gibi hareket etmemekte, egemen devlet sıfatıyla hareket etmektedir. Devletin bazen özensizlik boyutuna dahi varabilen müdahalelerine karşı yabancı yatırımcıları koruyabilecek hukuk dalı, devletler hukukudur⁷.

Uluslararası tahkimde uygulanan kurallarda, devletler hukukunun⁸ yoğun tatbik alanı bulmasının⁹ ve devletler hukukunun tatbikinin tereddütsüz en başta gelen sebebi, günümüzde yatırım ihtilaflarından kaynaklanan davaların %85'lere kadar varan büyük bir çoğunluğunun, devletler arasında akdedilmiş "Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri"nin ihlâli iddiasıyla açılıyor olmasıdır¹⁰. Devletler hukukuna ait metinler olan söz konusu sözleşmelerin¹¹ yorumu

² Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 31, Issue: 1, 91-152, s. 93

³ Kinnerar, Meg: Institutional Developments at ICSID, ICSID Review Vol. 29, 2009, s. 19; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 120

⁴ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 147-148

⁵ www.unctad.org/en/docs; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 97

⁶ Guiditta, Moss Cordero: Commercial Arbitration and Investment Arbitration- Fertile Soil or False Friends?, International Investment Law For The 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer, s. 784; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 136

⁷ Hanotiau, Bernard: Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration- Are They Different Ball Games?, International Council for Commercial Arbitration Congress series no: 14, 2009, s.147; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 137; Daly, Brooks W. / Fedelma Claire SMITH: Comment on Differing Legal Frameworks of Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration as Seen Through Precedent, Annulment, and Procedural Rules, International Council for Commercial Arbitration Congress Series no: 14, Ed: Albert Jan den Berg, The Hague 2009, s. 152.

⁸ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 143

⁹ Türk doktrinindeki görüşler için bkz. Nomer, Ergin / ŞANLI, Cemal: Nomer Devletler Hususî Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s.414; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 101

¹⁰ Kinnerar s. 19; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 120

¹¹ Broches, Aaron; Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes, yeri: The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders, edited by: J. Shultsz & A.J. van den Berg, Deventer 1982, s. 63;

iş, devletler hukuku kuralları¹² uyarınca gerçekleştirilmektedir¹³. Bu sebeple, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”ndeki “tahkim kayıtlarının” yorumlanmasından, hükümlerinin ihlâl edilmiş olup olmadıklarının belirlenmesine kadar, tüm hususlar, millî hukuk kuralları çerçevesinde değil, 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşme’sinin 31. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir¹⁴. Buna karşın, ticarî tahkim uyuşmazlıklarında ise sözleşmeler, tâbi oldukları “millî hukuklar” çerçevesinde yorumlanırlar. Ticarî ihtilafların giderilmesi için hangi çözüm yolunun benimseneceğini millî hukuklar zaten gösterirler; bu nedenle ticarî ihtilâfların giderilebilmesi için millî hukukların tatbiki yeterlidir¹⁵. Şu halde, “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri”nin yorumu işi Viyana Sözleşme’sinin 31. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilirken, ticarî ihtilaflarda ihlâl edildiği iddia edilen sözleşmelerin yorumu işi bir “millî” hukuk çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Yorumda izlenecek kurallar arasındaki bu fark, mesela “farazî ortak niyetlerin” dikkate alınıp alınamayacağını belirlemesi noktasında, farklı sonuçlara varılmasına neden olacaktır¹⁶.

Ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki bir fark da, yatırım ihtilaflarının çoğu kez, ev sahibi devletlerin (*host states*) millî kalkınması, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi meseleleriyle de yakından ilintili olmasından kaynaklanır¹⁷. Uluslararası ticari tahkimin gizliliği hakem heyetlerinin uygulamada zarara ilişkin verdikleri kararların doğruluğunu değerlendirmeyi oldukça zorlaştırmaktadır¹⁸. Bu kararların değerlendirilmesine ilişkin kaynaklar, tahkim yargılamasını bizzat tecrübe eden tarafların yazdıkları anekdot niteliğindeki ve nispeten kurumsal tahkim yargılamalarındaki baskıya hazır kararlardan oluşmaktadır¹⁹. Bu problem, yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim yargılamalarında, kararların genel olarak basılmasından dolayı ortaya çıkmamaktadır. Buna rağmen, bu kararlardaki ortak prensiplerin bulunması, içtihat yokluğundan, somut olayların çeşitlilik

Konu hakkında Türk doktrininde bilgi için bkz. Yılmaz, İlhan; Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s. 59; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 107

¹² 1987 yılında Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka davasında verilen karar ile ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının, yatırımcıların tahkime başvurması olanaklı kılabilceği kabul edilmiştir. Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3); Ataman-Figanmeşe, İnci s. 106

¹³Bkz. The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties, UNCTAD Nations Conference On Trade and Development, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9 www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf.

¹⁴ Drahozal, Christopher R.: Private Ordering and International Commercial Arbitration, in: Building the Civilization of Arbitration, Ed by: Thomas E. Carbonneau / Angelica M. Sinopole, England, 2010, s. 104-105; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 12-8

¹⁵ Guiditta s. 785; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 103

¹⁶ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 146

¹⁷ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 146

¹⁸ Heilbron s.22-23; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 146

¹⁹ Heilbron s.23.

göstermesinden, bazen de nihai karara ulaşılmadaki detaylı muhakemenin azlığından dolayı oldukça zordur²⁰. Ataman-Figanmeşe'ye göre, “kamuyu böylesine yakından ilgilendiren meseleler hakkında görülen tahkim davalarının, kapalı kapılar ardında yürütülmesinin yoğun biçimde eleştirilmesi neticesinde, bugün artık yatırım tahkimi yargılamalarının -ticarî tahkim yargılamalarından farklı olarak- giderek şeffaflaştığı” ifade edilmektedir²¹. Ayrıca; Ataman-Figanmeşe, “Yatırım tahkimini ticarî tahkimden ayıran bir diğer özelliğinin de, yatırım tahkimi kararlarının neredeyse tümünün, önceki yatırım tahkimi kararlarına atıfta bulunmaları olduğunu, yatırım tahkimi alanında önceki kararlara atıfta bulunabiliyor olunduğunu ifade etmektedir.” Ayrıca, yatırım tahkiminin giderek şeffaflaşması, çoğu yatırım tahkimi kararının yayınlanıyor olmasını da ticari tahkimden ayırıcı bir özellik olarak vurgulamaktadır. İlk bakışta olumlu bir gelişme gibi görünen bu durum esasen, yatırım tahkimi hakemini sınırlamakta, hakemi yaratılmış yatırım tahkimi içtihadından ayrılmayarak bu içtihadın bir parçası olacak şekilde karar vermeye zorlamaktadır. Şu halde hakemin konumu açısından kıyaslandığında, ticarî tahkim hakemi, yatırım tahkimi hakemine kıyasla daha serbest hareket edebildiğinden, daha yaratıcı kararlar verebilme imkânına sahiptir²². Tipik olarak “ticarî tahkim” davalarının görüldüğü bir tahkim merkezi olan Milletlerarası Ticaret Odasının (ICC) istatistiklerine göre, “ICC tahkimi çerçevesinde verilen kararlar arasında benzer ihtilaflar hakkında verilmiş önceki kararlarda özellikle yargılama usulü ile ilgili konulara ilişkin atıf yapan kararların yüzdesi, %15'i dahi bulmamaktadır²³.”

Doktrinde, iki tahkim türü arasındaki farklara rağmen, temelde bu iki tahkim kolunun birbiriyle büyük benzerlikler taşıdığı ifade edilmektedir²⁴. Ataman-Figanmeşe'ye göre, ilk olarak yatırım tahkimi, ticarî tahkimden esinlenerek oluşturulmuş bir tahkim koludur.²⁵ Bunun da ötesinde, uluslararası tahkim yargılamasında hakem ve avukat olarak yer alan uygulayıcıların gerek yatırım tahkimine gerek ticari tahkime ilişkin birikimleri bu ticari tahkim ve yatırım tahkimi uygulamalarına yansımaktadır. Uyuşmazlıkların giderilmesinde uygulamaya ilişkin izlenen usul ve yöntemleri ortak olup uygulayıcıların, ticarî tahkimden edindikleri bu bilgi birikimlerini, görmekte oldukları yatırım tahkimi davalarına aksettirmeme ihtimali ise neredeyse yok gibidir²⁶. Ataman-Figanmeşe'ye göre; “bir tahkim yargılaması konuşulanların anlaşılmasına imkân vermeyecek kadar uzak bir mesafeden seyredildiğinde,

²⁰ Heilbron s.23.

²¹ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 146-147

²² Ataman-Figanmeşe, İnci s. 147

²³ Hanotiau s. 148; Ataman-Figanmeşe, İnci s. 142

²⁴ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 147

²⁵ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 100 ve s.147

²⁶ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 147; Heilbron s.23.

görülenler, bu yargılamanın bir “yatırım” tahkimi yargılaması mı yoksa bir “ticarî” tahkim yargılaması mı olduğunun anlaşılmasına izin vermez²⁷.” Uygulamada, uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesine ilişkin hususlar da benzer bir yaklaşımla değerlendirilmektedir ve zarara ilişkin kullanılan kavram, prensip ve yöntemler genel itibariyle ortaktır.

²⁷ Ataman-Figanmeşe, İnci s. 147

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

Ş I. Uluslararası Tahkimde Tazminat ve Zararlar

A. Genel Olarak

Zarar hukukunun temel işlevi; farklı hukuk sistemlerinin zararlarla ilgili normları ve uluslararası hukukla da teyit edildiği üzere, sözleşmeye aykırılık veya haksız bir fiil ile oluşan kayıpların tazminidir²⁸. Hukukun genel prensiplerinden olan zararın giderilmesi; mağdur tarafın, zarara sebep olan tarafın fiili olmasaydı-olacağı (*but-for*) duruma, maddi olarak geri dönebilmesini sağlayan bir miktar para ödemesi yapılması suretiyle, ihlalin bütün sonuçları ortadan kaldırılarak tatmin edilmesidir²⁹.

Zarar hukuku kurumu altında tazminat kavramının hukuki olarak ortaya çıkışı, Yunan felsefesi ve Roma hukukuna dayanmaktadır. Aristoteles, “düzeltici ve komütatif” adalet düşüncesiyle tazminat fikriyle ilgilenmiş ve özel hukuk ilişkilerine yaklaşımların tanımlarının temellerini irdelemiştir³⁰. O dönemde, zararın sonuçlarının maddi olarak düzeltilmesi, kabulü ve diğer tarafın iddiasının ihlal edene karşı icrailiğinin sağlanması yoluyla mümkün olmaktadır. Düzeltici ve komütatif adalet, bir tarafın kaybı ile oluşan sebepsiz zenginleşmenin, mahsuplaşma yolu ile tatminini sağlamaya çalışma fikrine dayanmaktadır³¹. Nichomachean “*Ethics*” eserinde, Aristoteles, hukukun yalnızca zarar ile oluşan farka yaklaşması gerektiğini belirtmiştir³². Roma Hukukunda ise, sözleşmeyle bağlı diğer tarafça, kayba uğrayan tarafın sözleşmenin ihlalinden doğan ve piyasa değerlerine göre tazmin edilen zararlar, olağan zararları ifade etmektedir³³. Roma hukukunda tazminat doktrini ise; hakime, zorlama veya tehdit (*duress metus*) ile oluşan mevcut yasal durumun iptalini sağlayarak tam tazminat yoluyla (*integrum restitution*) önceki yasal statüye getirme yetkisi veren en önemli yasal döküman olan “*Edictum Perpetuum of Hadrian*”da somutlaşmaktadır³⁴. Mağduriyetin

²⁸Marboe, Irmgard: Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, Oxford University Press, 2009, s. 27, Schwenzler, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher: Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, 2012, para. 44.19.

²⁹Marboe s.27.

³⁰Weinrib, Ernest J.: The Idea of Private Law, Oxford University Press, 1995, s. 56.

³¹Weinrib s. 56.

³²Hughes, Gerard J.: The Routledge Guidebook to Aristotle's Nicomachean Ethics, Taylor & Francis Group 2013, V. 4, 1132a2-6; Wöss, Herfried/ San Román Rivera, Adriana/Spiller, Pablo T./Dellepiane, Santiago., (ed. Mistelis, L.): Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts, Oxford International Arbitration Series, 2014, s. 13; Marboe s.27-28.

³³Marboe para. 2.72, ileri okuma için ayrıca 4. bölümü inceleyiniz.

³⁴Sherman, Charles P.: Roman Law in the Modern World, Vol 2, Baker Voorhis & Co, 1924, s. 299; Wöss/ San Román Rivera/Spiller/Dellepiane s. 14; Plessis, Jacques E.: Compulsion and Restitution – A historical and Comparative Study of Treatment of Compulsion in Scottish Private Law with Particular Emphasis On its Relevance to Law of Restitution or Unjustified Enrichment, Yayınlanmamış Doktora tezi University of Aberdeen, s.11.

giderilmesinin ne ölçüde gerçekleşeceği, somut olaydaki fiili vakalara göre değişmektedir. Hakim, fiil ehliyetinin kaybı, sorumluluk veya zarara karşılık gelen eşya ile değişim şeklinde zararın giderilmesinin kapsamını belirlemektedir³⁵.

Karşılaştırmalı hukuk açısından; uluslararası hukuk ve ulusal hukuk seviyesinde gelişmekte olan zarar hukukuna, son yıllarda Heilbronn, Marboe, Walde gibi akademisyenler, özellikle yatırım hukuku uyuşmazlıklarında kullanılan hukuki kavramları sistematik olarak incelemek suretiyle önemli katkı sağlamıştır. Belirtildiği üzere, bir çok hukuki kavram, uygulama ve akademik anlamda her davada gelişimini sürdürmüştür. Marboe, tazminat ve zararlar açısından özellikle ulusal hukuklar arasındaki kavramları ve uluslararası hukuk düzeyinde incelemeleri yatırım uyuşmazlıklarında zararın değerlendirilmesi kurumu altında toplamıştır³⁶.

³⁵ Plessis s.11.

³⁶ Marboe, Irmgard: Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, Oxford International Arbitration Series, 2nd Edition Oxford University Press, 2017, s.5.

B. Tazminat ve Zararlar

Tazminat ve zararlar; konusu genel olarak maddi olan kanun yollarından olup, paranın yapabileceği zararın giderilmesi veya kaybın kabulünü sağlamaktadır³⁷. Adaletin tesisinde oldukça önemli işlevlerinin yanı sıra, hukukun varlığını “Hukuki bir yolun olduğu yerde, hukuk vardır” (*ubi remedium ibi ius*) prensibiyle somutlaştıran kurumlardandır³⁸. Miktarın değerlendirilmesinin, somut olaya göre değişkenlik gösteren iddiaların maddi olarak belli bir para miktarına dönüştürme fonksiyonu bulunmaktadır. Bu işlevi yeterli bir şekilde yerine getirebilmek için, hukuki iddiaların kapsam ve amaçlarının iyi kavranması gerekmektedir³⁹. Bu bakımdan, farklı metinlerdeki tahkim yargılamasında uygulanacak kuralların *uygun* incelemeye tabi tutulması gerekmektedir⁴⁰.

Farklı hukuk sistemleri; tazminat ve zararların işlevlerine ilişkin, tarihi geleneklerin sonuçlarına bağlı olarak farklı yaklaşımlar geliştirmiştir⁴¹. Uluslararası hukuk seviyesinde, hukuki kavramların farklı dillerde ve hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Uluslararası tahkim yargılamalarında özellikle ticari uyuşmazlıklar ve yatırım uyuşmazlıklarında; tazminat ve zarar kurumları uluslararası tahkim uyuşmazlıkları çerçevesinde zararın değerlendirilmesi bakımından temel oluşturmakta ve değerlendirme yöntemlerinin seçilmesinde referans kavramlar olarak önem arz etmektedir⁴².

Zarar sözcüğü hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır⁴³. Zarar kavramı kural olarak dar anlamda zarara (buna maddi zarar da denilebilir) karşılık gelir⁴⁴. Dar anlamda zarar ise malvarlığında oluşan eksilme (*damnum emergens*) ya da artmanın önlenmesi (*lucrum cessans*) olarak ortaya çıkan malvarlığı zararıdır. Maddi zarar malvarlıksal değerlerin ihlali sonucunda meydana gelirken, manevi zarar kişilik hakkının koruma kapsamına giren değerlerin ihlalden meydana gelen zarar olarak nitelendirilir. Geniş anlamda zarar ise bunların hepsini de birden kapsayacak şekilde kullanılır⁴⁵. Böylece geniş

³⁷ Marboe s.9.

³⁸ Aaken, Anne: Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comperative View, Schill, Stephan (ed.), International Investment Law and Public Law, Oxford Universtiy Press, 2010, ss.741-54, s. 722; Marboe s.9.

³⁹ Marboe s.9.

⁴⁰ Marboe s.9.

⁴¹ Cohen, Nili/McKendrick, Ewan: Comparative Remedies for Breach of Contract, Oxford: Hart Publishing, 2005, 2nd Edition, Cheltenham, 2012, s. 286; Marboe s.9.

⁴² Marboe s.10.

⁴³ Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s.63; Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku, s.44 vd; Özel, Çağlar: Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, 2001, H.Ü. İ.İ.B.F Kamu Yönetimi Bölümü, C.50, S.4, s. 82

⁴⁴ Tandoğan s.63; Özel s. 85

⁴⁵ Hatemi, Borçlar Hukuku, s.44; Özel s.85

anlamda zarar, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir saldırının (ihlalin) gerçekleşmesinden önce ve sonraki durumlan arasındaki fark olarak tanımlanır.

Türk hukuku, doğrudan/dolaylı⁴⁶ zarar ayırımı yapmaksızın tam tazmin ilkesini benimsemiştir. Tazminat talep eden tarafın, zararını ve sözleşme ihlali ile nedensellik bağıını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir. Türk hukukunda olduğu gibi olumlu/olumsuz zarar ayırımı yapılmamıştır.⁴⁷ Olumlu zarar,⁴⁸ tazminat alacaklısının, borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi üzerine uğradığı zararı ifade ederken; olumsuz zarar, hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması, geçersiz olması veya sona erdirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar olarak nitelendirilmektedir⁴⁹.

Erdem'e göre, "TBK iki halde alacaklıya tazminat davası açma imkânı tanır⁵⁰." Bu haller,

- "i) önce borçlunun kusurlu olarak borcunu ifada gecikmesi
- ii) borçlunun temerrüdü halleridir."

"Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi" ile "bağımsız bir yapmama borcunun ihlali halinde de borçlu, alacaklının uğramış olduğu zararı gidermek" zorundadır⁵¹. Zararın tazmin edilmesi için borçlunun kusurlu olması aranır⁵². Borçlu, borcun ifa edilmemesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse, ifa borcundan kurtulur. TBK m. 112 borçlu aleyhine, aksini her zaman ispat edebileceği bir kusur karinesi koymuştur⁵³.

Yatırım uyuşmazlıklarında, "tazminat" veya "zararların" ödeme zorunluluğu farklı hukuki iddialara dayanmaktadır. Fiilin nedeni genellikle, kamulaştırma, uluslararası hukukun

⁴⁶ Nitekim, olaylı zarar, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin, eklenen bir sebeple gündeme getirdiği zarardır Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut s. 42; Gürkan, Selin: Türk Satım Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak, CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 2015, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 23

⁴⁷ Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut s. 42

⁴⁸ Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut, s. 396: "alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile, borcun ifa edilmemiş olması halindeki durumu arasındaki fark olumlu zarardır."

⁴⁹ Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut, s. 396: "güvenen kimsenin sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya kurulmaması halinde malvarlığının aldığı durum ile, bu olay hiç gerçekleşirse idi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark, olumsuz zarardır."

⁵⁰ Erdem, Ercüment: Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1 Hakemli Dergi 1303-6556, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, ss. 259-284,s. 283

⁵¹ Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 405; Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut, s. 398

⁵² Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut s. 42

⁵³ Şenocak, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 83

ihlali veya sözleşmenin ihlali şeklinde sınıflanmaktadır⁵⁴. Yatırım uyuşmazlıkları yargılamalarında “tazminat (*compensation*) ve zarar (*damage*)” kavramları, uygulanacak uluslararası ve ulusal kurallar bakımından farklılık gösterebilmektedir⁵⁵. Örneğin, bir devletin kamulaştırma sonucu ödeyeceği miktar “tazminat” olarak ifade edilmekte iken,⁵⁶ yasal zorunluluğun ihlali sonrası ortaya çıkan miktar ise genellikle “zarar” olarak tanımlanmaktadır⁵⁷.

Kavramlara ilişkin bu şekildeki tanım ve kullanım farklılıklarına sürekli riayet edilmemektedir⁵⁸. Black’s hukuk sözlüğüne göre; tazminat, zararların ödenmesi veya haksız fiil sonucu, bir kişinin kaybı sonucunda mahkemenin emrettiği miktar olup, mağdur tarafın tamamiyetinin sağlanması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Aynı sözlükte, zarar ise, “Bir kişiye kayıp veya hasardan dolayı, tazminat olarak ödenmesi talep veya emredilen para” olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Oxford sözlüğünde de benzer şekilde, tazminat zarar veya kayıp için ödenen parasal ödeme⁶¹, zarar ise; haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık nedeniyle mahkeme tarafından ödenmesi istenen bir miktar para olarak tanımlanmıştır⁶².

Uluslararası mevzuat yönünden, örneğin Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk komisyonunun 2001 yılında yayımlanan taslak “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri” (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) dökümanınının 36.maddesinde, devletlerin uluslararası hukuka aykırı haksız fiillerinin sonuçları tanımlanırken “zarar” ifadesi yerine “tazminat” kelimesi kullanılmıştır⁶³. Bunun yanında, sözleşme hukukunu düzenleyen uluslararası düzenlemelerde ise tazminat kavramı, yine yasal normlara aykırılığın sonucu olarak yani zararlara karşılık kullanılmaktadır⁶⁴. Örneğin, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensiplerinin zararı düzenleyen 7. Bölümü altında m.7.4.2.1’de

⁵⁴ Ripinsky, Sergey/Williams Kevin: Damages in International Investment Law, Londra, BIICL, 2008, s. 13; Marboe s.10.

⁵⁵ Marboe s.10.

⁵⁶ Amerasinghe, Chittharanjan F.: Some Aspects of Quantum of Compensation Payable Upon Expropriation, 1993, 87 ASIL Proceedings 459; Gann P.: Compensation Standards for Expropriation Nationalized Property, 1977, 26 ICLQ 97; Mendelson, Maurice: Compensation for Expropriation: The Case Law, 1985, 79 AJIL 414; Schachter, Oscar: Compensation Cases-Leading and Misleading, 1985, 79 AJIL 420; Marboe s.10.

⁵⁷ Whiteman, Marjorie: Damages in International Law, Vol I-III, Washington, Government Printing Office, 1937, s. 46; Marboe s.10.

⁵⁸ Marboe s.11.

⁵⁹ Black’s Law Dictionary, 10th ed. St Paul, MN: Thomson Reuters, 2014, s. 343; Marboe s.11.

⁶⁰ Black’s Law Dictionary, s. 471; Marboe s.11.

⁶¹ Law, J./ Martin, E.: A Dictionary of Law, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 127; Marboe s.11.

⁶² Law, J/ Martin s.169; Marboe s.11.

⁶³ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN GA Resolution No. 56/83, 2001; Metnin tamamı için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

⁶⁴ Marboe s.12.

“alacaklı, ademi ifa nedeniyle katlandığı zararın tamamını tazmin ettirme hakkına sahiptir.” şeklindeki tanımlamada “tazminat” kavramının kullanımı tercih edilmiştir⁶⁵. Buna karşın, 11 Nisan 1980 tarihli “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nı (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)) madde 74’te, “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir”⁶⁶ hükmüyle sözleşmeye aykırılığın sonuçları için “zarar” kavramı kullanılmıştır. Benzer şekilde, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri 9:501/1 “*The Principles of European Contract Law*” maddesinde, “zarar gören taraf madde 8:108’de düzenlenen borcu diğer tarafın ademi ifası sebebiyle katlandığı zararın tamamını tazmin ettirme hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir⁶⁷.

Verilen örnekler ışığında, “tazminat” ve “zarar” kavramının uluslararası kodifikasyonlarda tutarlı olarak kullanılmadığı ve birbirinin yerine kullanıldıkları görülmektedir. Ancak, doktrinde kullanımları konusunda ayırım olması gerekliliği savunulmuştur⁶⁸. Amersinghe’in tazminat görüşünde, yabancı mülkiyetin uluslararası hukuka göre alınması konusuna vurgu yapılmıştır. Söz konusu görüşe göre, kanuni ve kanuni olmayan el atma ayırımı yapılması gerekmektedir. Kanuni olmayan durumlarda zarardan, kanuni olanları da ise yabancıya karşı yapılan el atmanın sonucu tazminattan bahsedilmektedir⁶⁹.

Uygulamada, uluslararası kodifikasyonlardaki ve karşılaştırmalı hukuk bakımından uygulanacak hukuka göre farklı kullanımlardan kaynaklı olarak, zarar ve tazminat kavramlarının ayırt edici özelliklerini vurgulayan kararlar bulunmaktadır. Bu konuda uygulamada oldukça fazla örnek tahkim kararı bulunmaktadır⁷⁰. Örneğin, Quiborax v. Venezuela arasında, ICSID tahkiminde görülen yatırım uyuşmazlığında, hakem heyeti

⁶⁵ UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, Rome, UNIDROIT, 2010, s. 266.

⁶⁶ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980, 19 ILM 668; Türkçe metnin tamamı için bkz. <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf>.

⁶⁷ Lando, Ole/ Beale, Hugh: Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague, Kluwer Law International, 2000, s.561; Marboe s.12.

⁶⁸ Marboe s.12.

⁶⁹ Amerasinghe, Chittharanjan F.: The Quantum of Compensation for Nationalized Property, The Valuation of Nationalized Property in International Law, s. 97; Marboe s.13.

⁷⁰ AGIP S.p.A. v. People’s Republic of the Congo, (ICSID Case No. ARB/77/1), Award of November 30. 1979, 1 ICSID Reports ¶95 (1993); Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/84/3), Award of May 20, 1992, 3 ICSID Reports, ¶183 (1995) 189; Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran (Partial Award), 15 Iran –US CTR 189 (1987-II), 27 ILM 1314 ¶265 (1987); ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of October 2, 2006, ¶481.

tarafından, kanuni ve kanuni olmayan kamulaştırma arasında doktrine paralel bir ayırım yapılmış ve kanuni olmayan kamulaştırmalarda “zararı karşılayan tazminat (*compensatory damages*)” içeren bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷¹. *Mondev v Amerika Birleşik Devletleri* arasında, yine ICSID tahkiminde görülen yatırım uyuşmazlığına göre de zarar ve tazminat kavramı ayırımı yapılmıştır⁷². Ancak *Marboe*, ICSID kararlarında da terminolojideki ayırımı bir birlik sağlanamadığını, *Funnekotter v Zimbabve* uyuşmazlığında hakem heyetinin kanuni kamulaştırma ve kanuni olmayan zararın hesaplanması (*computation of damages*) konularında bir ayırımı gitmediğini tespit etmiştir⁷³.

ICSID gibi kurumsal tahkim yargılamalarının yanında, *Norh American Free Trade Agreement (NAFTA)* gibi uluslararası çok taraflı ticari anlaşmalarda da bu ayırımı vurgu yapılması gerektiği belirtilmiştir. Anlaşmanın 1110/1 maddesine göre, “mülkiyete kanuni olarak yapılan bir el atma sonucu teklif edilen veya sağlanan tazminat ile mülkiyete haksız el atma sonucu ortaya çıkan zararlar arasında ayırım” olduğu vurgulanmıştır⁷⁴. *NAFTA* tahkiminde görülen, *Archer Daniels v Mexico* kararında, belirtilen ayırım kapsamında karar verilmiştir⁷⁵.

Farklı düzenleme ve kararlardaki terminoloji arasındaki tutarsızlıklara rağmen; zararın değerlendirilmesi bakımından üstünde durulması gereken konu, paraya ilişkin iddia edilebilecek miktarların hukuki sebeplerinin değişiklik gösterebileceğidir⁷⁶. Zararın değerlendirilmesi konusu çerçevesinde, tazminat ve zarar kurumları işlevleri bakımından farklılık göstermektedir⁷⁷.

“Tazminat”; “zarar”dan daha geniş bir anlamı ihtiva etmekte olup, maddi veya manevi yahut yasal olan bir zorunluluktan kaynaklanmayanlar da dahil, her türlü kaybı dengelemek üzere bir miktar paranın ödenmesini ifade etmektedir⁷⁸. Bununla birlikte; tazminat kavramı, hukuki fiiller sonucunda oluşan zarara ilişkin sorumluluğun kapsamını da belirtmek için kullanılmaktadır⁷⁹. Tazminat kavramının; zarar kavramı gibi, menfi veya müspet bir ifadesinin

⁷¹ *Quiborax v Venezuela*, 16 Eylül 2015 tarihli Karar, para. 305; *Marboe* s.14.

⁷² *Mondev v United States*, 11 Ekim 2002 tarihli karar, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, para 71.

⁷³ *Marboe* s.14; *Funnekotter v Zimbabve*, 22 Nisan 2009 tarihli karar, para. 112.

⁷⁴ *Marboe* s.14.

⁷⁵ *Archer Daniels v Mexico*, 21 Kasım 2007 tarihli karar, para. 283; *Marboe* s.14.

⁷⁶ *Marboe* s.15.

⁷⁷ *Marboe* s.15.

⁷⁸ *Marboe* s.15.

⁷⁹ *Marboe* s.15; 1978 yılında Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu “uluslararası hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan zararlı sonuçlardan uluslararası sorumluluk” başlığı altında çalışma programına alınmasıyla dâhil olmuştur. Bal, Ali: *Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.34; Bkz.: *Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi*; *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm From Hazardous Activities*, 2001, Official

olmadığı ve yasal zorunlulukların ihlali durumunda ortaya çıkan sonuca karşılık geldiği ifade edilmektedir⁸⁰.

Özellikle yatırım uyuşmazlıklarını ilgilendiren kamulaştırma (expropriation) kapsamında, tazminatın özel bir işlevi bulunmaktadır⁸¹. Devletin kamulaştırma hakkı genellikle egemenlik sınırları içinde algılanmakta olup,⁸² tazminat kavramı, bireyin mülkiyet hakkını ve devletin kamu yararına ve vatandaşlarının bütününe menfaatine yönelik alacağı önlemler bakımından dengeleyici bir işlev sağlamalıdır⁸³. Bu açıdan, devletin fiili hukuka aykırı sayılmamakta ve uluslararası bir yükümlülüğün ihlali olmanın aksine devlet egemenliğinin meşru bir uygulaması olarak anlaşılmaktadır⁸⁴. Dolayısıyla, devletler yabancılarla ilgili konularda zararı (*damages*) ödemeye değil tazminat (*compensation*) ödemeye zorlanabilecektir⁸⁵.

Kamulaştırmadan kaynaklı olarak tazminat ödenmesine yönelik farklı teorik esaslar ve hukuki gerekçeler bulunmaktadır. Cheng gibi bazı hukukçular, eşitlik prensibinin uygulanmasının kamunun genelinin bireyin zararına dayanarak zenginleşmesinin önlenmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır⁸⁶. Kamu yararı için haklarından mahrum olan bireye, adil olmayan bir külfet yüklenmemeli ve özel bir fedakarlık yapmaya zorlanmamalıdır⁸⁷. Meksika ve Amerikan İddiaları komisyonu, Putegnat'ın varisleri davasındaki kararında, “kamunun mülkiyetin değerini iktisap ettiğini...adil bir tazminat ödemek zorunda olduğunu.. kanuni olarak alınan mülkiyetin bütününe yararına kullanılması veya yok edilmesinden kaynaklı kaybın bir kişiye bütünüyle yansıtılmasının asla adil olmayacağı” vurgulanmıştır⁸⁸.

Records of the General Assembly, Supplement No 10, UN-Doc. A/56/10, Tam metin için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.

⁸⁰ Marboe s.15.

⁸¹ Marboe s.15.

⁸² Shaw, Malcolm: International Law, Cambridge University Press, 7th ed., Cambridge, 2014, s. 602; Dolzer Rudolf/ Schreur Christoph: Principles of International Investment Law, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s.98; Salacuse, Jeswald: The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 288; Marboe s.15-16.

⁸³ Marboe s.16.

⁸⁴ Bowett, Derek William: State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, 1988, 59 BYIL 49; Amerasinghe, Chittharanjan F.: Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice, 1992, 41 ICLQ 22, 97-8; Marboe s.16.

⁸⁵ Marboe s.16.

⁸⁶ Cheng, Bin: General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Londra, Stevens and Sons, 1953, s.46; Marboe s.16.

⁸⁷ Marboe s.16.

⁸⁸ Putegnat's Heirs, United States v Mexico, 2 Ağustos 1871 tarihli kararı, Moore, John, Basset.: History and Digest of International Arbitrations of which the United States has been a Party, Vol IV, Washington, GPO, 1898, 3718-3720; Marboe s.16.

Uluslararası yatırım tahkim yargılamalarında zararın hesaplanması kapsamında, devletlerin yabancılarla ilişkileri bakımından “kazanılmış haklar” (*acquired rights*) konusu da değerlendirilmesi gereken temel hukuki gerekçelerdendir. Yabancılar tarafından iyi niyetle edinilmiş mülkiyet devletin münhasır yetkisinin kapsamında olmayıp, uluslararası hukuk tarafından korunmaktadır⁸⁹. Bu görüşe göre, kazanılmış hakların korunması uluslararası teamül hukuku altında yabancıların kabul ettiği uluslararası minimum standardın parçasıdır.

Sebepsiz zenginleşme prensibi kamulaştırmadan kaynaklı olarak devletlerin tazminat verme yükümlülüğüne bağlantılı olarak ele alınmaktadır⁹⁰. Kökleri Roma hukukuna kadar uzanan bu prensibe göre, hiç kimse başkasının ekonomik zararından yasal bir dayanak olmaksızın faydalanmamalıdır⁹¹. Bir çok hukuk sisteminde görülebilen prensip çoğunlukla hukukun, uluslararası hukukta da uygulanabilen genel prensibi olduğu kabul edilmektedir⁹². Buna karşın, kamulaştırma konusunda mülkiyetin el değiştirmesinin açık bir şekilde yasal dayanağa sahip olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir ve yasal dayanağı yok saymak da aynı şekilde devletin kamulaştırma hakkını ihlal sayılacaktır⁹³. Yakın zamanda, bu tartışmalara Amoco International Finance Corp. V Iran arasında 1987 yılındaki tahkim yargılamasında yer verilmiştir⁹⁴. Tazminat; kamulaştırma kapsamında hukuki olmayan bir fiilden ziyade, devletin meşru egemenlik haklarıyla ilişkili olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, hukuka aykırı bir fiil sonrası oluşan durumlar için zararın hesaplanmasında farklı kriterler uygulanmaktadır⁹⁵.

Cheng, hukuka uygun olmayan bir fiil sonucu oluşan durumu iyileştirmek için, ödenmesi zorunlu bir miktar paranın, hukukun genel bir prensibi olarak adalet anlayışı çerçevesinde bütün insanların etik prensipleri arasında yer aldığını belirtmiştir⁹⁶. Kelsen ise,

⁸⁹ Marboe s.16; Lalive, Pierre.: The Doctrine of Acquired Rights, ayrıca bkz. Bender, Albany, M.: Rights and Duties of Private Investors Abroad, International and Comparative Law Center, New York, 1965, s.145; Friedmann, Samy: Expropriation in International Law, Stevens and Sons, 1955, s.120, Amerasinghe, Chittharanjan F.: State Responsibility for Injuries to Aliens, Clarendon Press, Oxford, 1967, s.145; Goldenberg, Romania v Germany, 27 Eylül 1928 tarihli kararı, 2 RIAA, 903, 906.

⁹⁰ Dolzer, Rudolf.: New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 1981, 75 AJIL 553, 557; Marboe s.17.

⁹¹ Dicke, Detlev: Unjust Enrichment and Compensation, Foreign Investment in the Present and A New International Economic Order, Fribourg University Press, 1987, s.268; Fombad, Charles Manga: The Principle of Unjust Enrichment in International Law, 1997, s.2; Marboe s.17; Gotanda, John Y.: A Study of Interest, Ly, Filip D./ Lévy, Laurent.: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration”, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, s. 170.

⁹² McNair, London.: The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, 1975, s.33; Marboe s.17.

⁹³ Amerasinghe s. 145; Amerasinghe, Chittharanjan F.: The Quantum of Compensation for Nationalized Property, Illich, Richard: The Valuation of Nationalized Property in International Law, vol.3, Charlottesville, University of Virginia, 1975, s. 91.

⁹⁴ Amoco International Finance Corp. V Iran, Iran-US CTR, 1987, para. 259.

⁹⁵ Marboe s.18.

⁹⁶ Cheng s. 233; Marboe s.18.

uluslararası hukukta böyle prensiplerin varlığı konusunda şüpheli bir yaklaşımla görüşlerini formüle etmiştir. Zarar kavramının özel hukuktan aldığı kaynağını kabul etmesine karşın, uluslararası teamül hukukunda bu kavramın alınmadığı görüşünü ileri sürmüştür. Kısaca, zararların ödenmesi yükümlülüğünün taraflar arasında bir anlaşmaya dayanmak zorunda olduğunu belirtmiş, ancak bu görüş uluslararası uygulama ve doktrinde geniş ölçüde paylaşılmamıştır⁹⁷. Örneğin, 1923 yılında Alman-Amerikan İddialar Komisyonu tarafından görülen Lusitania davasında, Grotius'tan alıntıyla “paranın değerli şeylerin genel ölçüsü” görüşüyle tazminat kavramının kıta avrupalı (civil law) ve common law hukuk sistemlerinde genel olarak kabul gördüğü vurgulanmıştır⁹⁸.

“Uluslararası Daimi Adalet Divanı (*Permanent Court of International Justice-PCIJ*)” Chorzow Fabrikası davasındaki kararında bu prensibi onaylamış, uluslararası hukukun genel bir prensibi olarak kayıt edilmiş ve hatta hukukun genel bir prensibi olarak sözleşmeye aykırılığın sonucunun bir tazminat ödeme zorunluluğu barındırdığının altı çizilmiştir⁹⁹.

Uluslararası hukuk seviyesinde, ihlalden dolayı devletin sorumluluğunu ortaya çıkaran normun kaynağını bir sözleşmeden, uluslararası teamül hukukundan veya hukukun genel prensiplerinden yani uluslararası hukukun birincil (primary) kaynaklarından almaktadır¹⁰⁰.

Ulusal hukuk düzeyinde ise, zararın ödeme zorunluluğu kanun veya sözleşmeye dayanan yasal bir normun ihaliyle ortaya çıkmaktadır¹⁰¹. Bu bakımdan zarar haksız fiil veya sözleşmeye ihlale karşılık bir kanun yolunu ifade etmektedir¹⁰². Devletler özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisine girebilir; bu durumları ihtiva eden uyuşmazlıklarda, devletin uluslararası sorumluluğundan çok devletin sözleşmeden doğan uluslararası yükümlülüğü değerlendirilmektedir¹⁰³.

Uluslararası Sözleşmeler bakımından ise, örneğin İngiliz hukukunun önemli davalarından Robinson v Harman davasında, zararın ulusal hukuk düzeyindeki fonksiyonuna

⁹⁷ Marboe s.18 dipnot 53'ten; Kelsen, Hans: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, 1932, 12 ZÖR 481, s. 556.

⁹⁸ Lusitania, United States v Germany, 1 Kasım 1923 tarihli karar, 7 RIAA 32, 35; Grotius, Hugo.: De iure bellis ac pacis, vol 2, Bölüm 17, s.22; Marboe s.18; Wöss/ San Román Rivera/ Spiller/ Dellepiane s.15.

⁹⁹ Aşağıdaki bölümlerde daha detaylı bir şekilde prensiplerinin açıklanmaya gayret edileceği Factory at Chorzow kararı günümüzdeki davalarda da uygulanmaktadır. Higgins, Rosalyn.: Issues of State Responsibility before the International Court of Justice Fitzmaurice, Malgosia/ Sarooshi, Dan: Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions, Oxford, Hart Publishing, 2004, s.1; Marboe s.18.

¹⁰⁰ Van Hecke, Georges: Contracts between States and Foreign Private Law Persons, I EPIL 814, 1992; Marboe, s.18; Ayrıca bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (Statute of the International Court of Justice) m.38/1 Uluslararası hukukun birincil kaynakları olarak ifade edilmektedir. Metin için bkz. http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/HumanRightsSP10/CourseDocs/IICJ%20Art_38.pdf.

¹⁰¹ Marboe s.18.

¹⁰² Koziol, Helmut/ Steinger, Barbara: European Tort Law, Vienna, Springer Press, 2003 ve ayrıca bkz. Cohen, Nili/ McKendrick; Marboe s.18.

¹⁰³ Van Hecke; Marboe s.19.

örnek olarak, “parayla sağlanabilecek ölçüde mağdur tarafın sözleşme ihlalden önceki haline getirebileceği” miktarda bir paranın ödeme zorunluluğu olarak ifade edilmiştir¹⁰⁴.

ABD hukukunda ise sözleşmeden doğan zararların fonksiyonu, US Second Restatement of Contracts metninde, “öncelikli karinenin zarar gören tarafın, gerçek kaybına karşılık gelen tam tazminat hakkına sahip olduğu” şeklinde düzenlenmiştir¹⁰⁵. Bu amacı gerçekleştirebilmek maksadıyla; ABD mahkemeleri beklenti faizini kararlarındaki bedele dahil ederek zarar gören tarafı sözleşme ihlali olmasaydı-olacağı (*but for*) ekonomik pozisyona getirecek şekilde karar vermektedir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Robinson v Harman, 1848, 13 P.D. 191, (C.A), 200; Wöss/ San Román Rivera/ Spiller/ Dellepiane s.14.

¹⁰⁵ Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16, Topic 2, Introductory Note; Wöss/ San Román Rivera/ Spiller/ Dellepiane s.14. İngilizce metnin tamamını incelemek için bkz. <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>.

¹⁰⁶ Restatement (Second) of Contracts, §344 (a), Kanun yollarının amacı, s. 43.

§ II. Temel Prensipler

A. Tam Tazminat (Full Reparation¹⁰⁷)^{108/109}

Tam tazminat (*Full Reparation*) kavramı; uluslararası kamu hukuku kapsamında, devletlerin sorumluluğu başlığında incelenmekte olup, tahkim hukuku açısından sıklıkla yatırım uyuşmazlıklarında zararın değerlendirilmesi uygulamasında kullanılmaktadır¹¹⁰. Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları uygulayıcı ve akademisyenleri, bir uluslararası hukuk örnek olay klasiği olan 1928 yılında Almanya ve Polonya arasında tazminat talepli iddadan kaynaklanan ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nda görülen "Chorzow Fabrikası (Factory at Chorzow)-1928)"¹¹¹ davası ile literatüre kazandırılan "tam tazminat" prensibi hakkında oldukça fazla yayın üretmiştir¹¹². Prensibe göre, uyuşmazlığın çözüm amacı, ihlalin sonuçlarını etkisiz hale getirmek ve ihlal öncesi hale tekrar getirilmesini sağlamak olmalıdır.

Modern Uluslararası Adalet Divanının öncesinde bu rolü üstlenen Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Chorzow Fabrikası kararında, tam tazminat prensibinin sınırları şu şekilde belirtilmiştir¹¹³.

¹⁰⁷ Kelime kökeni olarak latince "reparare" yani, "tekrar hazır hale getirmek (*make ready again*)"ten gelen kelime, eski Fransızca'dan İngiliz diline "repair" olarak geçmiştir. "Full reparation" prensibinin yaygın olarak kullanılmaya başlandığı Dünya savaşlarından kaynaklı toprak değişimlerinin çok yaşandığı 1900-1950 yılları arasında oldukça kullanılmıştır. Kelime kökeni ve kullanım grafiğini incelemek için bkz. https://www.google.com.tr/search?q=full+reparation+meaning&rlz=1C1NHXL_trTR696TR696&oq=full+&aqs=chrome.69i59j69i60j69i65j69i57j0l2.948j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

¹⁰⁸ Genel olarak, gerek uluslararası yatırım gerekse de uluslararası ticari tahkim uygulamalarında ortak kullanılan zararın hesaplanma yöntemleri ve tazminat kararlarının oluşturulması süreci benzer olduğundan tez çalışmasındaki anlatım bütünlüğü bozulmadan açıklanmaya gayret edilmiştir.

¹⁰⁹ Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi konusunu ticari ve yatırım uyuşmazlıklarında önemli kavram ve örnek olaylarla incelerken çerçeveyi daha anlaşılır ortaya koymak adına özellikle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarını ele almaya çalıştık.

¹¹⁰ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Convention, A/62/62, para. 107; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Convention, A/65/76, para. 34; Argentina v. Uruguay, International Court of Justice, A/65/76, para. 36 gibi yatırımcı-devlet arasında olabileceği gibi devletler arasındaki uyuşmazlıklarda da temel prensip olarak kabul edilmektedir.

¹¹¹ Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits), Judgment dated September 13, 1928, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17.

¹¹² Ziyeva, Dora: Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to The Chorzow Factory Full Reparation Principle, Disregarding the context and Full Implication of the Dictum, Ninth Annual Investment Treaty Arbitration Conference, which took place in Washington, D.C. on February 26, 2015; Investment Treaty Arbitration and International Law, V. 9, Bölüm 5, s.121 ayrıca bkz. <https://arbitrationlaw.com/library/arbitral-tribunals-tend-pay-lip-service-chorz%C3%B3w-factory-full-reparation-principle-0>.

¹¹³ Ziyeva s. 121; Chorzów Factory (Esas), Judgment No. 13 dated September 13, 1928, Series A, No. 17, s. 47.

“ tazminat, elverdiği ölçüde, hukuka aykırı fiilin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve bütün olasılıklarıyla fiil gerçekleşmeden önceki hali oluşturmalıdır. Bir tür eski hale getirme, veya bu mümkün değilse, değere karşılık gelen bir bedelin misli ile ödenmesi yönünde bir karar ile kayıptan kaynaklanan zararların tazmini...mümkün değilse buna karşılık bir bedel ödenmesi, uluslararası hukuka aykırı fiil durumlarında zararın hesaplanarak miktarının tespit edilmesi için göz önüne alınmalıdır.”

Yatırım uyuşmazlıkları tahkim yargılamalarında tazminat iddiaları, genel olarak,¹¹⁴ bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiili ile oluşan hasar ile yabancı yatırımcının zarara uğratılması durumlarında söz konusu olmaktadır. Modern yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesinde zararın değerlendirilmesi konusundaki temel prensipleri oluşturan tazminat prensibi Chorzow kararına göre, “bir anlaşmanın ihlali uygun şekilde tazmin edilme zorunluluğu doğuran prensiptir. Tazminat bu bakımdan, anlaşmanın uygulanmamasından kaynaklandığından dolayı, anlaşmanın ayrılmaz bir parçasıdır ve anlaşmada ayrı bir hüküm olarak düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁵.

Bu prensip doğrultusunda hazırlanan, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk komisyonunun 2001 yılında yayımlanan taslak “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)” dökümanının¹¹⁶ 31. maddesine göre, “devletler, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanan zararın tam tazminini sağlamak zorundadır.” Aynı metnin 34. maddesine göre ise, “uluslararası hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanan zarar, eski hale getirme, tazminat ve tatmin şeklinde tek tek veya birlikte olacak şekilde olmalıdır”¹¹⁷.

¹¹⁴ University of Oslo, Law Faculty: Compensation Under International Investment Law Arbitration in Investor-State Infrastructure Contracts, 2017, s.7.

¹¹⁵ Factory at Chorzow, Publication of the Permanent Court of International Justice, Series A. -9, July 26 1927, Collection of Judgements, s. 21.

¹¹⁶ Metnin tamamı için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf; Ayrıca bkz. Pirim s.151.

¹¹⁷ Ziyeva s. 121; Ayrıca bkz. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (Harvard Draft Convention on State Responsibility) 55 AM. J. INT'L L. 545, 580, 1961; International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, UNGAOR, 53rd Sess, Supp No 10, UN Doc A/56/10 (2001) at 91.

Tam tazminat, eski hale getirme, tazminat ve tatmin olmak üzere, hukuki olarak üç şekilde tahkim yargılamalarında görülmektedir¹¹⁸. Eski hale getirme, maddi zararların mümkün olduğu ölçüde hasar oluşmadan önceki haline getirmeyi ifade etmektedir¹¹⁹. Tazminat yolları ise, hesaplanabilen hasarlar bakımından maddi (*material*) veya manevi (*moral*) zararlardan eski hale getirilemeyen durumlarda söz konusu olmaktadır¹²⁰. Tatmin ise, ekonomik olarak hesaplanamayan, sıklıkla sembolik bir biçimde devletlere karşı tahkir suretiyle olduğu değerlendirilen hasarların bir tazmin yoludur¹²¹.

“Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri” m.34, uluslararası haksız fiillerin sonucu oluşan zararların yukarıda belirtilen ayrı ayrı veya birlikte kullanılmasıyla tam tazminat zorunluluğunu kaldıracak tazmin şekillerini düzenlemiştir. Zarar düşüncesi ve zarar ile haksız fiil arasındaki zorunlu illiyet, m.34’teki “tam tazminat” ifadesinin, m.31’de zararı tam tazmin zorunluluğu ifadesi ile tanımlanmıştır. Chorzow, kanuni ve kanuni olmayan kamulaştırma durumlarından kaynaklanan uyumsuzluklarda zararın hesaplanması yöntemlerinin arasındaki farklılığı belirleme bakımından bir dayanak noktası olmuştur¹²². Buna karşın, hukuki olmayan durumu neyin oluşturduğu bakımından doktrinde tartışma devam etmektedir¹²³.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesinde en önemli yaptırımlardan biri olan tazminat yukarıda açıklanan mağdur tarafın gördüğü zarardan ötürü hesaplanan kayıplarının tam tazmini (full compensation) prensibine dayanmaktadır¹²⁴. Uluslararası hukukta yatırımcılara tazminat ödenmesi temel bir yaptırım olduğu gibi, karşılaştırmalı zarar hukukunda da özellikle sözleşmelerin ihlalden kaynaklı zararın hesaplanmasında kullanılan bir yaptırım türüdür¹²⁵. Chorzow kararında kullanılan ifade ile, “tazminat, elverdiği ölçüde, hukuka aykırı fiilin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve bütün olasılıklarıyla fiil gerçekleşmeden önceki hali oluşturmalıdır”¹²⁶. Hukukun evresel prensipleri bakımından

¹¹⁸ Champagne, Antoine: Moral Damages Left in Limbo, McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1, No. 2, s. 30.

¹¹⁹ Wong, Jarrod: The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 88, Şubat, 2013, s. 1, Ayrıca bkz. Wong, Jarrod: The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in Arthur Rovine, ed., Contemporary Issues In International Arbitration And Mediation, The Fordham Papers, 2012, birinci bölüm.

¹²⁰ Wong s.1-2.

¹²¹ Wong s.2.

¹²² Lavaud, Floriane / Costa, Recena: Valuation Date In Investment Arbitration: A Fundamental Examination Of Chorzów’s Principles, Tenth Annual Investment Treaty Arbitration Conference, hosted by Juris Conferences LLC, Journal of Damages In International Arbitration, Vol.3 No.2, s. 48.

¹²³ Lavaud/Costa s.48.

¹²⁴ İlgili uluslararası mevzuat, tahkim kararları, ulusal yargı yeri kararları için bkz. Commentary to Trans-Lex Principle , <https://www.trans-lex.org/948500>

¹²⁵ Walde s.36.

¹²⁶ Walde s.36.

tazminatın hesaplanmasına yönelik uluslararası tahkim yargılamasında göz önüne alınan temel prensipler:

- Tazminatın salt olarak mağduru hukuka aykırı fiilden gördüğü zarardan kaynaklı kayıpların tazmin edici fonksiyonun yanında, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren tarafın fiili için sorumluluğunu tespit ederek fiilinden dolayı fayda görmemesini sağlar. (Karş. sebepsiz zenginleşme/ unjust enrichment)
- Tazminatın kanuni (yasal) düzenin tesisi ve yaptırımlarının icrailiğini sağlama fonksiyonu bulunmaktadır. Uygulanması gereken kurallara uyma zorunluluğu ile kuralın ihlalinden kaynaklanan fiili durumu ortadan kaldırmaktadır.
- Tazminatın ayrıca bir uyuşmazlığın çözümü ile sağladığı pasifize etme fonksiyonu bulunmaktadır. Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından değerlendirildiğinde dar anlamda bir yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlığı gidermekte, geniş anlamda ise iki devlet arasındaki uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaktadır¹²⁷.

Tazminat uluslararası ticaret hukuku kapsamında uygulanan tek yaptırım olmayıp, Dünya Ticaret Örgütü hükümetlerin fiilleri konusunda uygularken etkin uyuşmazlık rejiminin tesisini sağlamak amacıyla ekonomik yaptırımlar uygulamamaktadır¹²⁸. Benzer şekilde, Avrupa Birliği hukuku kapsamında ilgili hükümetin düzenlemesinin iptali yada hükümetin uyguladığı hukuka aykırı eylemini kesmeye ilişkin önlemler birinci önceliklidir¹²⁹. Buna karşın, uluslararası tahkim yargılaması sonucu ortaya çıkabilecek yaptırımlar türlerinden devletin egemenlik hakları açısından en az müdahaleci yöntem olarak görülmektedir. Hakem heyeti kararı ile hükümete spesifik olarak ne yapacağını söylememekte, sadece ortaya çıkan zarara karşılık hesaplanan para miktarını istemektedir¹³⁰.

Tazminat yaptırımının uygulanmasındaki en büyük zorluklardan biri tazminatın hesaplanması veya değerlendirilmesidir¹³¹. Hukukun genel prensiplerine göre, zararın hesaplanması “nedensellik” kavramına dayanır ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti ile sağlanmaktadır. Zararın hesaplanması veya karşılaştırma fiili durum ile

¹²⁷ Paulsson, Jan: Jurisdiction and Admissibility in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum Robert Briner, 2005, s. 601.; Walde, s. 36.

¹²⁸ Bronckers, Marco / Broek, Naboth: Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, Journal of International Economic Law, Volume 8, Issue 1, 1 January 2005, ss. 101-126, <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>

¹²⁹ Downes, T.: Trawling For a Remedy: State Liability Under Community Law, 1997, in 17 Legal Studies, ss. 286-304.

¹³⁰ Walde, s. 37.

¹³¹ Schreuer s.3.

varsayımsal durum arasındaki farkın parasal değeridir¹³². Bir çok uyuşmazlıkta, hukuka aykırı fiilden önceki durum (*ex ante*) ile sonraki (*ex post*) durumun kıyaslanmasından kaçınmak, hukuka aykırı fiilden *ex post* (sonraki) durumun geri dönülemez şekilde değişmesi veya geri dönülemez şekilde değişme ihtimali nedeniyle mümkün değildir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklardaki tazminat hesaplanması kapsamında, “Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”nın 75 ve 76. maddeleri diğer tarafın sözleşmeyi ihlali nedeniyle gördüğü direk zarara ilişkin bir çerçeve sunmaktadır. Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda mağdur taraf lehine zarar hesaplanırken, mağdur tarafın karşı tarafın ihlali olmasaydı sağlayacağı değer ile ihlal gerçekleşmesiyle oluşan değer kaybı arasındaki fark ölçülmektedir¹³³. Bu değer ise, sağlanması muhtemel faydanın piyasa fiyatlandırması esas alınarak yapıldığı gibi, alternatif olarak sözleşme öncesi ekonomik durumu ile sözleşme düzgün gerçekleşseydi olacağı durumun yeniden tesisi yani eski hale getirmenin değerini ifade etmektedir. Uluslararası mal satım sözleşmesi mağdur tarafa, kaybının hesaplanması için söz konusu sözleşmenin ihlalden doğan zararı makul zaman ve yöntemle menfi veya müspet tazminat hesaplama için seçimlik hak sunmuştur¹³⁴.

Türk Hukukunda ise, sözleşmeye aykırılık durumu da bu noktada bir tarafın sözleşme konusu olan bu yükümlülükleri yerine getirmemesi yani borcuna uygun davranmaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu 112. Maddede, “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” hükmü ile beraber borçlu eğer ki borç gereği gibi yada “hiç ifa edilmediği takdirde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü” kılınmıştır.

Oğuzman’a göre “müspet zarar, alacaklının, borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zarar” olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Eren ise bu zarar kalemini “sözleşmenin hiç veya gereği gibi yahut vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarar” cinsi olarak ifade etmiş bulunmaktadır. Bu tanımlardan hareketle müspet zararı daha anlaşılır biçimde tanımlayacak olursak, edimin borçlu tarafından ifa edilmesi durumunda alacaklının malvarlığını alacağı durum ile borcun ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkan durum arasında fark müspet zarar kalemini oluşturmaktadır. Fiili zarar kavramına ayrıca, alacaklının borçlunun edimi ifa edeceğine “güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme” ile “borçlandığı

¹³² Walde, s. 37

¹³³ <https://www.trans-lex.org/948500>

¹³⁴ Walde, s. 37.

¹³⁵ Oğuzman, K./ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayınları, 9.Bası, Ağustos 2017, s. 336

edimi yerine getirmemekten dolayı ödeyeceği tazminat ve cezai şartlar” da girer. Eren; müspet zararı, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak iki başlık hallerinde incelemektedir. Eren’e göre, “Borçlanılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktif kısmının azalmasına veya pasif kısmının çoğalmasına fiili zarar” denmektedir. Malvarlığının aktifinin azalmasına, alacaklının bir malının tahrip veya yok edilmesi, hasara uğratılması, bir hakkın veya bir şeyin kaybedilmesi, şeyin miktar ve niteliklerinin eksilmesi veya kaybolması misal olarak gösterilebilmektedir. Pasifin artmasına ise sözleşmenin ihlali dolayısıyla yapılan gider masrafları da girmektedir¹³⁶. Müspet zarara yoksun kalınan kar zaviyesinden baktığımız durumlarda ise, borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artış yoksun kalınan kar olarak adlandırılmakta, bu noktada sözleşmenin ihlali ile malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artış engellenmiş yani önlenmiş bulunmaktadır¹³⁷.

Menfi zarar ise sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan bir durum olduğu takdirde söz konusu olabilmektedir. Burada sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar söz konusu bulunmaktadır. Alacaklının malvarlığının halihazır durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arzedeceği durum arasındaki fark, menfi zararı meydana getirecek, menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate tekabül eden zarar kalemi olacaktır. Menfi zararı oluşturan unsurların başında, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler gelmektedir. Ayrıca, yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle kaçırılan fırsatlar da menfi zararın bir türünü oluşturmaktadır. Menfi zararda kaçırılan fırsat, bu bakımdan müspet zararda yoksun kalınan kara benzemektedir¹³⁸.

TBK’nunun 125. maddesindeki seçimlik haklara bağlı olarak menfi zararın istenebileceği hususu, “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir” hükmüyle düzenlenmiştir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesi çerçevesinde, tazminat özellikle parayla ölçülebilen kararlarda görülen telafi edici bir yöntem olmakla birlikte farklı iş olanakları sağlama, işletme lisansı verme veya sözleşmeye zorlama

¹³⁶ Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 23.Bası, Eylül 2019, s. 1014

¹³⁷ Eren s. 1014-1015.

¹³⁸ Eren s. 1015.

şeklinde de ortaya çıkmaktadır¹³⁹. Örneğin, uluslararası tahkim kararına göre aleyhine tazminata hükmedilen bir hükümet ödeme güçlüğü çekiyorsa aynı değerde bir taşınmaz, enerji veya maden gibi lisanslı bir iş fırsatı sunmakla yahut devlete ait kamu şirketlerine hisseyle katılım gibi mümkün olan seçenekleri karşı tarafın zararı nispetinde sağlamakla yükümlü hale getirilebilir¹⁴⁰. Bu gibi telafi edici yöntemler genellikle arabuluculuk görüşmeleri sonunda görülmekle birlikte hakem heyetlerinin de maddi tazminat sağlamaktan daha kolay olan yöntemlere karar verdiği görülmektedir.

¹³⁹ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/, Kararın metni ve Belçika-Lüksemburg arasındaki iki taraflı yatırım sözleşmesi için bkz. <https://www.italaw.com/cases/508>

¹⁴⁰ Seidl-Hohenveldern, L'Evaluation des dommages dans les Arbitrages Transnationaux, in: Annuaire Francais de Droit International, XXXII, 1987, s.19; Walde s.24

B. Eski Hale Getirme (*Restitution*)

Bir çok hukuk sistemi, sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil (civil wrong/wrongful act) sebepsiz zenginleşme kaynaklı ortaya çıkan durumunun eski hale getirilmesi bakımından uyum göstermektedir¹⁴¹. Uluslararası Tahkim yargılamalarında, zararın değerlendirilmesinde referans kavramlardan biri olup birincil kanun yollarından birisidir¹⁴². Bununla birlikte tahkim yargılamasında, tazminat ödenmesi çaresine, eğer eski hale getirme mümkün değilse başvurulacaktır¹⁴³. Ancak, “Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Devlet Sorumluluğu Hakkındaki Hükümlerinde (*The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*)” tazminatın belirtilen üç formundan biri olan, eski hale getirme, m.34’e göre diğer tazminat türleri ile birlikte de uygulanabilecektir¹⁴⁴. Zararların tazmininin, tek başına eski hale getirme ile mümkün olmadığı durumlarda tazminat ödenmesi yolu da uygulanacaktır¹⁴⁵. Tatmin yolu ise, eski hale getirme ve tazminata göre tali nitelikte olup, söz konusu yöntemlerin kullanılmayacağı durumlarda zarara sebep olan tarafın, mağdur tarafı tatmin zorunluluğu hallerinde ortaya çıkmaktadır¹⁴⁶. Mağdur taraf, iddiasını bu kanun yollarından birine dayandırabilecek ancak tazmin şekilleri ölçülülük prensibine aykırı olamayacaktır¹⁴⁷. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun sorumluluğa ilişkin temel metninin hükümlerine göre, uygun tazmin şekli sözleşme ile kısıtlanamayacağı gibi, hakem heyetleri veya yerel mahkemeler zararın giderilmesi bakımından yalnızca maddi zararları değil, yargılamaya uygulanacak hukuk bakımından en uygun düşen şekilde belirlemelidir¹⁴⁸. Hatta ICSID m.54, ABD’nin yeni iki taraflı sözleşme modeli (*BIT Model*) veya NAFTA gibi sözleşmeler, hakem heyetlere esneklik sağlamış¹⁴⁹ gerek nihai, ara ve kesin kararları bakımından gerekse de yorumlamaları, geçici ve ihtiyati tedbirleri kapsamında tazmin yollarını kullanabilmektedir¹⁵⁰. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun metni m.35 (*Restitution*) hükümlerine göre:¹⁵¹

¹⁴¹ Goff, Robert/ Jones, Gareth: *The Law of Restitution*, 4th ed., London 1994; *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*[1943] A.C. 32 at 61 Lord Wright.

¹⁴² Schreuer, Christoph.: *Alternative Remedies Investment Arbitration*, Fourth Annual Damages in International Arbitration Conference in Vienna on 2 October 2015, s.1.

¹⁴³ Schreuer s.1.

¹⁴⁴ Schreuer s.1; Ayrıca bkz. Crawford, James: *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002.

¹⁴⁵ Schreuer s.3.

¹⁴⁶ Schreuer s.3.

¹⁴⁷ Walde, Thomas: *Remedies and Compensation in International Investment Law*, ILC Committee on International Law of Foreign Investment, Temmuz, 2005, s.20; *Commentary ILC Articles*, 227, FN 593.

¹⁴⁸ Walde s.20.

¹⁴⁹ *Mélanie Lachenal davası* [UNRIAA, vol. XIII (Sales No. 64.V.3), p. 117, at pp. 130–131 (1954)].

¹⁵⁰ Walde s.21.

¹⁵¹ Schreuer s. 4.

“Bir devlet, uluslararası haksız bir fiil sebebiyle eski hale getirmekle yükümlü olup, haksız fiil gerçekleşmeden önceki hale getirmekle;

a) maddi olarak imkansız hale gelmemek

b) eski hale getirmeyi aşacak ölçüde tazminatı gerektirmeme durumlarında sorumludur.”

Chorzow kararında belirtildiği gibi, eski hale getirme konusunda özellikle “mümkün olduğu ölçüde (*as far as possible*)- mümkün ise (*if this is possible*)” vurgusuyla tazmin yolunun uygulanabilirliğinin altı çizilmiştir¹⁵². Eski hale getirme, yaklaşık son 80 yıldır, zarar veren tarafın fiiliyle yaratılan durumun sonuçlarını yok ederek, zarar gören tarafa önceki haklarını verme fikrinden etkilenmiştir ancak uygulamada mümkün olmadığı durumlar bulunmaktadır¹⁵³. Örneğin; yatırım uyuşmazlıkları tahkim yargılamalarında, zarara sebep olan devlet ortaya çıkan durumun eski hale getirilmesini uygulamak konusunda politik ve yerel hukuki veya anayasal kısıtlamalar sebebiyle isteksiz olabilmektedir. Ayrıca bu durum, yukarıda tartışıldığı üzere, devletin egemenlik haklarının uluslararası bir yargı kararı ile kısıtlanması olarak görülmekte veya durumun eski hale getirilmesi fiili olarak imkansız veya pratik olmayan bir hale evrilebilecektir¹⁵⁴. Eski hale getirmenin, zarara sebep olan egemen devlete karşı ve birimlerine uygulanamayacağı yönünde kararlar bulunduğu gibi,¹⁵⁵ eski hale getirmenin uygulanamayacağı durumlarda dahi, egemen devletin rızasına karşı karar verilerek istisnai kararlar da görülmektedir¹⁵⁶.

Doktrinde ve hukuki metinlerde, eski hale getirme ile tam tazminat öngörülmekte ise de, belirtilen sebeplerden ötürü, fiili olarak eski hale getirme yolu uygulanmadan maddi tazminata odaklanma sonucunu doğurmakta ve yeni yatırım sözleşmelerinde devletlerin etkisi görülmektedir¹⁵⁷. Eski hale getirmeye karşı olan tepki, devlet egemenliği konusundaki endişelerin özellikle kendisini 20. Yüzyıldaki devlet egemen ve milliyetçi ideolojilerin uluslararası karar organlarının aldığı kararları uygulamadaki isteksizliği şeklinde ortaya çıkmış,¹⁵⁸ ve hala NAFTA (m. 1135) , Enerji Şartı Sözleşmeleri [(*Energy Charter Treaty*)],

¹⁵² Walde s.21.

¹⁵³ Walde s.21.

¹⁵⁴ Walde s.21.

¹⁵⁵ BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8; tam metin için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0097.pdf>.

¹⁵⁶ Texaco Overseas Petroleum Co./Califomia Asiatic Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic, 1977, 53 ILR 389. Karar ve Uluslararası hukuk bakımından devletlerin egemenlik muafiyeti tartışmaları için bkz. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4408_Part9.pdf.

¹⁵⁷ Walde s.21.

¹⁵⁸ Walde s.21-22.

m.26-8)] ve ABD Model İki taraflı yatırım sözleşmelerinde (BIT) kendini göstermektedir¹⁵⁹. Maddi tazminatın özellikle yatırım uyuşmazlıklarında devletler için daha uygun olduğu fikri, yüksek bedellerin devletler tarafından karşılanması son zamanlarda verilen yüksek ölçekli tazminat kararları nedeniyle desteklenebilir değildir¹⁶⁰ CME v Czech Republic¹⁶¹ uyuşmazlığında 350 milyon ABD dolarlık tazminat ve CSOB v Slovak Republic davalarında verilen 800 milyon ABD doları tazminat rakamları devletlerin maddi tazminat seçeneğine olan yaklaşımlarının gözden geçirilmesine sebep olmaktadır¹⁶². Ayrıca, hakem heyetleri tarafından da, iddia sahibinin talepleri arasından seçilerek eski hale getirme şeklinde bir tazminat yöntemi belirlenmesi, büyük miktarda ve politik olarak kabulü zor bir karar vermekten korkmaya göre tercih edilmektedir¹⁶³. Tahkim kararlarının geneli değerlendirildiğinde, özellikle yatırım tahkim yargılamalarında hala en baskın yöntem eski hale getirme olarak ifade edilmektedir¹⁶⁴. Devletlerin, eski hale getirme taleplerine yönelik bir itirazı da maddi olmayan tazmin yöntemlerinin yatırım tahkimi uyuşmazlıkları bakımından kabul edilebilirliği bakımından olmaktadır.¹⁶⁵

Tahkim yargılamasında, hakem heyetlerinin tarafların iddiaları ile bağlı olduğunu ve tazmin yolları bakımından spesifik olunması gerektiği (*nec ultra petita, not beyond the request*) göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁶⁶ Hakem heyeti, taraflarla başvurmak istedikleri kanun yolu ve spesifik talepleri ile ilgili hatta taleplerin netleştirilmesi ve ıslahı ile ilgili olarak tartışabilecektir. Ancak, tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar ve tahkim uygulamasını göz ardı etmeyecek ve yahut taleplerin ötesine geçerek iddia sahibinin talep etmediği yollara ilişkin karar veremeyecektir.¹⁶⁷ Bu bakımdan, iddiaların taraflarca özellikle

¹⁵⁹ Walde s.21-22.

¹⁶⁰ Walde s.21.

¹⁶¹ CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic (UNCITRAL, Partial award of 13 September 2001) CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Ayrıca bkz. Separate Opinion on the issues at the quantum phases of CME v. Czech Republic by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C, 2003; Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, 1999 karar metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/238>.

¹⁶² Walde s.21.

¹⁶³ Walde s.22; Methanex v. US, UNCITRAL, 1976, NAFTA Treaty, Tam metin için bkz. <https://www.italaw.com/cases/683>; Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.

¹⁶⁴ Schreuer s.4-5.

¹⁶⁵ Hindelang, Steffen: Restitution and Compensation – Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law, in: Hofmann, Rainer, Tams, Christian. (eds.) :International Investment Law and General International Law”, 2011, s. 161; Ayrıca bkz., Kriebaum, Ursula: Restitution in International Investment Law, s. 201; Schreuer, Christoph: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, Arbitration International, 2004, s. 325; Schreuer, C., s.4-5

¹⁶⁶ Walde s.22.

¹⁶⁷ Yatırım Uyuşmazlıkları bakımından, NAFTA, ICSID, UNCITRAL kuralları, Ticari tahkim uyuşmazlıklarında ise kurumsal tahkim kurallarının yanında uygulanacak hukukun usulî kurallarına riayet edilmesi gerekmektedir.

tazmin yolları bakımından netleştirilmesi formüle edilmekte ve hakem heyetinin uyuşmazlığın çözümünde münhasıran yetkisi değerlendirilmektedir.¹⁶⁸ Tarafların, iddiaları ve başvurulacak tazmin yolunu belirleme konusunda, hakem heyetinin talep sınırlarında uygun yolu belirlemeye bir yetkisi bulunmakta olup, en fazla taraflarca üstü kapalı şekilde talep edilmiş bir kanun yolunun uygulanması yönünde karar verebilecektir.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Walde s.22.

¹⁶⁹ Schreuer s. 1-2.

C. Tatmin (*Satisfaction*)

Uluslararası tahkimde zararın giderilmesi bakımından tazminat ve eski hale getirme yanında daha az dikkat çeken ve uygulanan bir başka mağduriyet giderici yöntem ise tatmindir¹⁷⁰. Schreuer'in yorumuyla, daha az dikkat çekmesinin nedeni uluslararası tahkimin güçlü ticari yönünün olması ve tatmin yönteminin daha çok psikolojik bir kavram olmasıdır. Uluslararası Kanun Komisyonu (ILC) maddelerinde tatmin tamamlayıcı bir şekilde düzenlenmiş olup, 37. madde çerçevesinde zarar eski hale getirme ve tazminat ile tam olarak mağduriyetin giderilemediği durumlar için düzenlenmektedir. Bu bakımdan tatmin zararın finansal olarak değerlendirilemediği durumlarda ve maddi olmayan zararlar için kullanılan bir yoldur¹⁷¹.

Tatmin, özür veya bir kamuoyu açıklaması yoluyla yahut kabul gibi bir çok farklı şekilde uygulanabilmektedir. Uluslararası Kanun Komisyonu madde 37/6'da düzenlenen yargılama sırasında taraflar veya hakem heyeti tarafından yapılan tatmin talebini içeren resmi beyan (*official statement*) önemli uygulamalarından biridir. Tatmin kurumu farklı tahkim yerlerindeki tahkim yargılamasının farklı uygulamalarından dolayı değişkenlik göstermektedir¹⁷². Uluslararası Adalet Divanı uygulamalarından önceki süreç için tatmin açıklayıcı bir yöntem olarak standart bir mağduriyet giderici yöntem olup, Divan uygulamalarında maddi tazminat nadiren görülen bir yöntemdir. İnsan haklarını ilgilendiren konuların görüldüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi mahkemelerde de "hatanın kabulü" (*declaration of wrongfulness*) yaygın olarak kullanılmaktadır¹⁷³.

Yargılama sırasındaki resmi beyan hakem heyetinin kararlarda tazminat ve eski hale getirmeye ilişkin tamamlayıcı şekilde kullanılabileceği gibi bazı durumlarda kullanılan yegane mağduriyet giderme aracı olabilmektedir¹⁷⁴. Uluslararası Kanun Komisyonu madde 37/6'da tatminin bu ikili rolü düzenlenmiştir.

Yatırım uyuşmazlıklarında tatminin mümkün olup olmadığı doktrinde devletler ve yatırımcılar açısından tartışma konusudur. CMS Gas Transmission Comp. v. Arjantin arasındaki 12 Mayıs 2005 tarihli kararda tatminin ancak devletler için geçerli olabileceği belirtilmiştir¹⁷⁵. Quiborax v. Bolivia arasındaki uyuşmazlıkta ise davacı hakem heyetinden yargılama sırasında Bolivya'nın yaptığı uluslararası haksız fiil nedeniyle 37. madde gereği

¹⁷⁰ Schreuer s.20.

¹⁷¹ Schreuer s.20.

¹⁷² Schreuer s.21.

¹⁷³ Schreuer s.21-22.

¹⁷⁴ Schreuer s.21-22.

¹⁷⁵ Bkz. CMS Gas Transmission Comp. v. Argentina, Award, 12 May 2005, at para. 399: "As this is not a case of reparation due to an injured State, satisfaction can be ruled out at the outset."

açıklayıcı bir kararda bulunmasını talep etmiştir¹⁷⁶. Bunun üzerine Bolivya 37. madde esaslarına uygun yapılacak bir açıklamanın devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarında yatırımcı bakımından uygulanabilecek bir mağduriyet giderici yöntem olamayacağını ileri sürmüştür¹⁷⁷. Hakem heyeti ise kararında, bazı tatmin yöntemlerinin devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarında yatırımcılar bakımından uygulanamayacağını ifade etmiş, özellikle “şeref, onur ve prestij” gibi konularda oluşan zararları telafi durumlarında uygulanacak tatmin yöntemlerinin devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarında uygulanamayacağını belirtmiştir¹⁷⁸.

Devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarındaki tatmin konusu çerçevesinde; doktrinde yapılan maddi zarara ilişkin bir başka konu ise, devletler tarafından hakem heyetlerinde ileri sürülmektedir. Devletler, yatırımcıların açtıkları tahkim davalarında hakem heyetlerinin maddi bir zarara ilişkin kanıt olmadan yargılamayı sürdüremeyeceğini, ve hatta maddi zararın yetki ve kabul edilebilirlik yönünden incelenmesi gereken bir dava şartı olduğunu savunmaktadır.¹⁷⁹ Başka bir deyişle bu görüşe göre; hakem heyetleri ancak ölçülebilir bir zarar olduğunda ve tazminatlandırılabilen durumlarda yargılamaya yetkili olacaktır ancak bu görüş hakem heyetleri tarafından reddilmektedir¹⁸⁰. Total v. Arjantin arasında görülen davada,¹⁸¹ Arjantin devleti Total’in maddi zararı olmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti açıklayıcı bir yargılama kararının Arjantin’in şirket ile arasındaki iki taraflı yatırım sözleşmesine (BIT) ve hukuka aykırı fiilleri nedeniyle uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir¹⁸². Hakem heyeti yargılama yetkisine ilişkin iddia edilen zarara ilişkin belirsizliğin engel olmadığına ilişkin herhangi bir şüpheye yer vermeden, davacı şirketin sözleşmeye aykırılık nedeniyle Arjantin’den istediği açıklamanın Arjantin tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle öne sürdüğü itirazını reddetmiştir¹⁸³.

Bazı devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarında hakem heyetleri yatırımcının haklarının ihlal edildiğini ancak ortaya herhangi ölçülebilir bir zarar çıkmadığını tespit etmektedir. Bu gibi tahkim kararlarında ihlale ilişkin tespit bulunmakta ancak zarar ifade edilmemektedir. Biwater Gauff v. Tanzania arasındaki su kesintine ilişkin uyuşmazlıkta devlet sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmiş ve hakem heyeti yatırımcı ile imzalanan sözleşme ile korunan hakların

¹⁷⁶ Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, Award, 16 September 2015.

¹⁷⁷ Quiborax v. Bolivia, paras. 500-551.

¹⁷⁸ Quiborax v. Bolivia, paras. 554-558 ve 559.

¹⁷⁹ Schreuer s.23.

¹⁸⁰ Schreuer s.23.

¹⁸¹ Total S.A. v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 25 August 2006

¹⁸² Total S.A. v. Argentina kararına benzer ifadelerle kaleme alınmış aynı konuya ilişkin farklı bir karar örneği için bkz. Telefónica S.A. v. Argentina, Dec on Jurisd. 25 May 2006, paras. 57, 115

¹⁸³ Total S.A. v. Argentina, para. 89; hakem heyeti bu konuya ilişkin sıklıkla Uluslararası Kanun Komisyonu madde 37/6’da tatminin yorumu bölümünden alıntı yapmaktadır.

ihlal edildiğini tespit etmiştir¹⁸⁴. Buna rağmen, yatırımcı şirketin iddia ettiği Tanzanya devletinin ihlallerinin hiç birinin herhangi bir kayıp veya zarara sebep olmadığına ve somut olaydaki koşullar altında “hukuka aykırılığın açıklanmasının” uygulanabilecek en uygun telafi yöntemi olduğuna karar vermiştir¹⁸⁵.

Hakem heyeti; Nordzucker v. Polonya arasındaki şeker sektöründeki şirketlerin satışına ilişkin uyuşmazlıkta, Polonya'nın Almanya ile imzaladığı iki taraflı yatırım sözleşmesini satış süreçlerini makul bir sürede sonlandırması ve gerek olmaksızın uzatması nedeniyle ihlal ettiğini açıklamıştır¹⁸⁶. Hakem heyeti söz konusu uyuşmazlığa ilişkin verdiği 3. numaralı ara kararında ise zarara ilişkin talepleri Nordzucker'ın Polonya'nın şeffaflık eksikliği nedeniyle uğradığı zararı ispatlayamamasından dolayı reddetmiştir¹⁸⁷. Al-Bahloul v. Tacikistan arasında hidrokarbon keşfi anlaşmasına ilişkin uyuşmazlıktaki ara kararında hakem heyeti, Enerji Şartı Anlaşmasına göre Tacikistan'ın lisanslamadaki başarısızlığından dolayı ihlal tespit etmiş, ancak nihai kararında kabul edilebilir delil eksikliği nedeniyle tazminat talebini reddetmiştir¹⁸⁸. Görüldüğü üzere, iki tahkim davasında da hakem heyetleri devletlerin hukuka aykırı fiillerini tespit etmiş ancak para ile ifade edilebilen veya ölçülebilen miktara ilişkin (*quantum stage*) taleplere ilişkin verecekleri kararlarda zararı tanımlayamadıkları gibi ölçülebilir görmediklerini ifade etmişlerdir¹⁸⁹.

Maddi olmayan zararlara ilişkin tazminat durumlarında taraflar genellikle hakem heyetlerinden manevi zararları (*moral damages*) talep edebilmektedir¹⁹⁰. Europe Cement v. Turkey uyuşmazlığında, Türkiye devleti sahte dökümanları içeren iddialar nedeniyle zarar gördüğü gerekçesiyle manevi zarardan dolayı tazminat talep etmiştir¹⁹¹¹⁹². Hakem heyeti Türkiye Devleti lehine tatmine ilişkin mağduriyet giderici bir karar vermiş ancak maddi bir tazminata ilişkin hüküm kurmamıştır¹⁹³.

¹⁸⁴ Schreuer s.23

¹⁸⁵ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award, 24 July 2008, para. 807.

¹⁸⁶ Nordzucker v. Poland, 2d Partial Award, 28 January 2009, UNCITRAL; Kararın tamamı ve Polonya-Almanya arasındaki iki taraflı yatırım sözleşmesinin tamamı için bkz. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/240> ; <http://www.italaw.com/cases/750>

¹⁸⁷ Nordzucker v. Poland, 3d Partial Award, 23 November 2009, paras. 60 ve 70

¹⁸⁸ Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009. Ve Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, Final Award, 8 June 2010, paras. 98, 99; Enerji Şartı Anlaşması metninin tamamı ve ilgili uyuşmazlık kararının tam metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/65>

¹⁸⁹ Schreuer s.26.

¹⁹⁰ Schreuer s.26.

¹⁹¹ Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2 kararın tamamı için bkz. <https://www.italaw.com/cases/442>

¹⁹² Enerji Şartı Anlaşmasına ilişkin uyuşmazlıktaki benzer talep ve kararları incelemek için bkz. Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2 <https://www.italaw.com/cases/228>

¹⁹³ Europe Cement v. Turkey; para. 181.

Yatırımcılar manevi zararları talep etmekte ancak istisnai koşullar altında talepleri lehine karar alabilmektedir¹⁹⁴. Bu yüzden genel bir ifade ile, bir yatırımcı maddi olmayan zarar yani manevi zarar için hakem heyetinin açıklaması şekliyle tatmin yoluyla mağduriyetinin giderilmesini talep edebilir¹⁹⁵. Pey Casado v. Chile arasındaki Şili askeri rejiminin 1973 yılında gazetenin tesislerinin işgali ve malzemelerinin zaptından kaynaklanan uyuşmazlıkta, davacı ihkak-ı haktan imtina ettiği gerekçesiyle Şili devletinden manevi zararlarını talep etmiştir. Hakem heyeti talebi reddetmiş ancak davacının hakları ve ihkak-ı haktan imtina ettiğini tespit etmekle birlikte tamamlayıcı ve yeterli olduğunu ifade ettiği “manevi tatmin (*moral satisfaction*)” kararı kurmuştur¹⁹⁶.

Açıklayıcı mağduriyet tatmini (*declaratory relief*) gerekli maddi kayıp kanıtı olmadığı durumlarda yalnızca zarar yerine geçen feri nitelikte bir yöntem olmayıp, hakem heyetinin parayla ölçülebilen tatmin yöntemlerine ilave olarak da kararlarda görülebilmektedir. Radyo frekanslarının tahsisindeki düzensizliklerden kaynaklanan Lemire v. Ukrayna arasındaki uyuşmazlıkta, hakem heyeti Ukrayna devletinin uygulanacak iki taraflı sözleşmeye (Ukrayna-ABD) aykırılığını tespit etmiş¹⁹⁷ ve zarara ilişkin karar vermiştir¹⁹⁸. Buna ek olarak; davacı şeref, şok, aşağılanma vb. konulardan dolayı gördüğü zarar ve itibarının düştüğünden kaynaklı manevi zararları talep etmiş,¹⁹⁹ hakem heyeti zararın tespitinin yanında itibar kaybının telafisi için yeterli tatmin kararı kurmuştur²⁰⁰.

Bağımsız bir yöntem olarak tatminin tartışıldığı, nadir görülebilen tahkim davalarından olan Rompetrol v. Romania arasındaki daha önce devlete ait bir şirketin özelleştirmesi ve satışına ilişkin uyuşmazlığa ilişkin davada, davacı talebini zarara ilişkin karara müteakip ihlalin tespiti şeklinde sınırlandırmıştır²⁰¹. Hakem heyeti yukarıdaki örneklere benzer şekilde kaybın kanıtlanamamasından dolayı zarara ilişkin talebi reddetmiş ancak açıklayıcı tatminin zarardan bağımsız şekilde varlığını tartışmıştır:²⁰²

¹⁹⁴ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17; Karar metninin tamamı için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/357>.

¹⁹⁵ Schreuer s.27.

¹⁹⁶ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 <https://www.italaw.com/cases/829>.

¹⁹⁷ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010; Kararın metni ve Ukrayna ve ABD arasındaki iki taraflı yatırım sözleşmesi metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/614>.

¹⁹⁸ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Award, 28 March 2011, paras. 243-309.

¹⁹⁹ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, para. 315.

²⁰⁰ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, para. 339.

²⁰¹ The Rompetrol Group N.V. v. Romania, Award, 6 May 2013, para. 294; The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3; Kararın metni ve Romanya ve Hollanda arasındaki iki taraflı yatırım sözleşmesi metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/920>

²⁰² The Rompetrol Group N.V. v. Romania, Award, 6 May 2013, para. 294.

“...Hakem heyeti tahkikat sırasında davacının zarar için tazminat istemenin açıklayıcı tatmin istemi için zorunlu bir basamak olmadığını, tahkim heyetinin kayıp ve zarardan bağımsız bir şekilde açıklayıcı tatminin talep olarak sınırlandırıldığını not ederek kararını kurmuştur²⁰³.”

Hakem heyetleri tarafından hukuka aykırılığın açıklanması bir tatmin aracı olarak bağımsız bir şekilde ortaya çıkabileceği gibi zararlara ilişkin tatmin yöntemine ek olarak da tesis edilebilmektedir²⁰⁴. Yatırım uyuşmazlıkları bakımından, devlet veya yatırımcı tarafın kazanan taraf olabileceği yöntemde sadece yasal yönden bir telafi değil, kişisel veya duygusal bir telafi olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de; bazı durumlarda manevi olarak zarar gören yatırımcı açısından, yatırım yaptığı devletin uygun olmayan bir şekilde davrandığının açıklanması veya kabulü maddi bir tazminattan önemli olabilmektedir²⁰⁵. Benzer şekilde, hakem heyeti tarafından yatırım yapılan devletin hukuk sisteminin işleyişinin ve organlarının uluslararası standartlarda fonksiyonel ve doğru fiillerde bulunduğu onayı davalı devleti tatmin etmektedir²⁰⁶.

Bu şekilde psikolojik ve duygusal faktörler yargılamayı sürdürmek bakımından önemli olup, yatırımcı tarafından parayla ilgili durumların henüz belirsiz olmasına rağmen tahkime başvurmasını sağlayabilmektedir. Schreuer’in yorumuyla, “Önemli olan sadece bilançodaki değişiklik olmayıp aynı zamanda yargılamadaki pozisyonu koruyarak haklılığını savunmaktır.” Bu yüzden, zararlar açık bir şekilde önemliken ve hatta uluslararası tahkimde en önemli motivasyon olmasına rağmen özellikle yatırım tahkimi sadece parayla ilgili değildir²⁰⁷.

²⁰³ The Rompetrol Group N.V. v. Romania, para. 294.

²⁰⁴ Schreuer s.30.

²⁰⁵ Schreuer s.30.

²⁰⁶ Schreuer s.30.

²⁰⁷ Schreuer s.30.

§ III. Zararın Ölçülmesi

Hakem heyetinin zarar hesaplamalarına yönelik değerlendirme yapmadan önce, zararın ölçülmesine kaynak olan prensiplerin hangileri olduğunu tespit etmesi gerekecektir²⁰⁸. Bu prensipler, somut olaya göre farklılık göstermektedir. Örneğin, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta mağdur tarafı zararın olmadığı eski hale getirerek somut olay gerçekleşmeseydi (*but for*) nasıl bir zarardan kurtulmuş olurdu sorusuna cevap verilerek bir ölçüm prensibi benimsenebilmektedir. Yatırım uyuşmazlıkları tahkiminde ise, hukuka aykırı bir fiilin yada işlemin sonuçları kaldırılarak bir ölçüm yapılmaktadır²⁰⁹.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda; finansal zararın tazminine yönelik ölçüm için, hakem heyetince göz önünde bulundurulacak yasal prensipler uyuşmazlığa uygulanacak hukuka ve nedensellik bağınının değerlendirilirken uygulanacak hukuka göre değişmektedir²¹⁰. Genel olarak, kıta avrupası ve common law hukuk sistemlerinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, mağdur taraf sözleşmenin hükümlerine göre eski hale getirilerek veya yoksun kaldığı kazancın telafisine yönelik hesaplama yapılmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sisteminden örnek verilecek olursa, İngiltere Lordlar Kamarasının 2007 yılında Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kibishka Kaisha tahkim davasında aldığı bir karara göre; “zararlar sözleşmenin sağladığı mağdur tarafın, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklı yoksun kaldığı değerleri yansıtmalı, az olamayacağı gibi çok da olmamalıdır”²¹¹. Benzer prensip, Fransız Medeni Kanunu madde 1149 hükmü ile “Zararların, kural olarak mağdurun gördüğü zarar veya yoksun kaldığı kar olduğunu benimsenmiştir”²¹². Dolayısıyla, iddia genellikle piyasa değerindeki (*market value*) azalma yada ihlalden kaynaklı kar kaybı şeklinde gerçekleşmekte olup ihlalden kaynaklı işler için ödeme gibi diğer iddialar da uluslararası ticari tahkimde görülmektedir²¹³.

Uluslararası ticari sözleşmelerin bir çoğunda, fesihden veya ihlalden kaynaklı zararın hesaplanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır²¹⁴. Kesin bir miktar belirlenebileceği gibi, zaman zaman karmaşık formüller veya algoritmalara da yer verilmektedir. Örneğin, öngörülemeyen maliyetlerin hesaplanması veya kar kaybı hesaplamalarında, sözleşmede bir zararın tazminine ilişkin bir sınır veya azami miktar belirlenebileceği gibi, tasfiye edilmiş

²⁰⁸ Heilbron s.11.

²⁰⁹ Heilbron s.11.

²¹⁰ Heilbron s.11.

²¹¹ Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kibishka Kaisha, 2007, UKHL, 12.

²¹² Fransız Medeni Kanunu, 04.04.2006 yılında güncellenmiş, s.149, İngilizce çevirisi Georges Rouhette tarafından yapılmıştır.

²¹³ Heilbron s.12.

²¹⁴ Heilbron s.12.

zararlarda spesifik olarak bazı zarar çeşitleri tanımlanabilmektedir²¹⁵. Bu yüzden, hakem heyeti daha geniş yorumlar için başka prensipleri değerlendirmeden önce mutlaka sözleşmede bu şekilde hükümler olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır²¹⁶.

Sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda zararın ölçülmesi için iki prensip bulunmaktadır:²¹⁷

- i) *Damnum Emergens*
- ii) *Lucrum Cessans*

Damnum emergens kavramı, sözleşmeden kaynaklı giderler ve yapılan maliyetler baz alınarak zarar hesaplamalara yön veren prensiptir. Lucrum Cessans ise, sözleşme konusu işin halihazırdaki değerinin tespiti üzerinden gelecekteki gelir akışıyla bir zarar hesaplama prensibini ifade etmektedir. Lucrum Cessans; kar kaybı iddası niteliğinde olup, ihlalin etkisiyle oluşan zararın sebep olduğu işletmenin değer kaybı veya değerde azalması şeklinde ifade edilebilir²¹⁸. Bazı durumlarda, hakem heyetleri somut uyuşmazlıklarda çifte hesaplamaya neden olmayacak şekilde iki prensibi de birlikte göz önüne aldığı gibi birbirine alternatif olmak suretiyle sorgulamaktadır²¹⁹. Yapılan giderler ispatlanması daha kolay bir yöntem gibi görünse de genel olarak, daha az zarar hesaplanmasına yol açabilmektedir²²⁰.

Yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında ise, hukuka aykırı kamulaştırma²²¹ veya uluslararası hukuka aykırı fiillerden kaynaklı zararların tazmini durumlarında; zararın hesaplanmasına yönelik özel bir kanun (*lex specialis*) ile iki taraflı (*BIT*) veya çok taraflı (*multi*) yatırım sözleşmesindeki kural eksikliği durumlarında, hakem heyeti uluslararası hukukun teamüllerini uygulamaktadır²²². Uluslararası tahkim yargılamalarında zararın değerlendirilmesi konusunda prensiplerin ortaya konulduğu önemli davalardan Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Chorzow Fabrikası kararına göre:²²³

²¹⁵ Heilbron s.12.

²¹⁶ Heilbron s.12.

²¹⁷ Heilbron s.12.

²¹⁸ Heilbron s.12.

²¹⁹ Heilbron s.12

²²⁰ Heilbron s.12

²²¹ Hukuki ve hukuki olmayan tasarıftan yoksun bırakma farklarını incelemek için bkz. 'The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation'; Sheppard, Audley: Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Juris Publishing, 2006; Heilbron, H., s.12.

²²² ADC Affiliate Limited and Anr v. The Republic of Hungary, ICSID Dava No. ARB/03/06 , Ekim, 2006; Heilbron s.12.

²²³ Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A., No. 17, 1928, Esasa ilişkin tazminat iddası kararı.

“Hukuka aykırılı fiilin esas düşüncesine dayanan esas prensip...tazminat, en kısa zamanda, hukuka aykırı fiilin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve bütün olasılıklarıyla birlikte hukuka aykırı fiil gerçekleşmeseydi oluşacak durumu eski hali getirmelidir.”

Uluslararası hukuk, kurallarının “devletler tarafından ihlâli durumunda öngördüğü yaptırımların icra kabiliyeti çok güçlü olmayan bir hukuk dalı olarak karşımıza” çıkar²²⁴. Nitekim, bu özelliği, söz konusu hukuk dalını iç hukuklardan ayıran en önemli özellik telâkki edilir. Uluslararası hukukta; devlet sorumluluğu kodifikasyonu bulunmayan bir kurum olsa da, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu”nun 2001 yılında yayımlanan taslak “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri” (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) dökümanının²²⁵ 36.maddesine göre:

1. Devlet, uluslararası haksız fiillinin sebep olduğu zararı, zararın sebep olduğu durumu eski hale getirme nispetinde tazmin etme zorunluluğundadır.
2. Tazminat, değerlendirilebilir kar kaybı dahil olmak üzere eski hale getirmeye kadar her türlü ekonomik zararı kapsamaktadır.

Zararı karşılama, uygulamada az görülmesine karşın bir tazminat şeklinde olabileceği gibi, daha çok görülen şekliyle zarar değerine karşılık gelen bir meblağ üzerinden tazminat şeklinde olabilmektedir. Her durumda, ilave zarar veya maliyetler haksız fiil sonucu oluşan tazmin sorumluluğu kapsamındadır²²⁶. Bir çok yatırım sözleşmesi, kamulaştırma ile birlikte “hızlı, yeterli ve etkin (*prompt, adequate and effective*)” ödeme (*payment*) birlikte düzenlenmektedir.²²⁷ Bu şekilde bir standardın, ABD ve Meksika arasında 1938 yılında ABD’nin petrol yataklarında yapılan kamulaştırmadan kaynaklı bir uyuşmazlık sonrasında, adını ABD’nin o dönemki dışişleri bakanı Cordell Hull’dan alan “Hull formülü (*Hull formula*)” olarak oluşturulduğu görülmektedir. Formül, eğer sözleşmede açıkça belirtilmese bile uygun şekilde uygulanması gereken durumlara yönelik, kısaca, sözleşmelerde de “adil

²²⁴ Nissel, Alan: The ILC Articles on State Responsibility: Between Self-Help and Solidarity, NYU Journal of International Law & Politics, Vol. 38, 2006, s. 355-371, s. 355.; Pirm, Zeynep. Ceren: Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme, MHB, Yıl 32, Sayı 2, 2012, s. 148.

²²⁵ Metnin tamamı için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf; Pirm s.151.

²²⁶ Heilbron s.13.

²²⁷ Heilbron s.13.

tazminat (*just compensation*)), “gerçek değer (*genuine value*)”²²⁸ veya “adil piyasa değeri (*fair market value*)”²²⁹ olarak ifade edilen konuların temeli olmuştur²³⁰.

Uygulamada hakem heyetleri; adil piyasa değeri gibi ifadeleri, yatırımın ticari bir kaydı olmak koşuluyla kamulaştırma davalarında tazminatı değerlendirirken göz önüne almaktadır²³¹. Adil piyasa değeri, genellikle açık ve kısıtlanmamış bir piyasa varsayımı ile alıcı ve satıcının müdahaleye maruz kalmaksızın ve yine bütün tarafların olaylar üzerinde makul bilgisi olduğu ideal varsayıma dayanmaktadır²³². Yatırım dönemi içinde net bir gelir akışı kabulü ile uygun indirimler temel alınarak ortaya konulmakta olup, zarar değerlendirilirken kamulaştırılan malın, kamulaştırmadan hemen önceki değeri dikkate alınarak belirlenmektedir²³³. Ancak bu standart, haksız kamulaştırma durumlarında her zaman zararı tam karşılayan bir tazminatı sağlamayabilmektedir. Bunun nedeni, kamulaştırılan malın kamulaştırma sonrası değerinin artması, kamulaştırma hukuksuz olsa bile hakem heyetinin kararı kamulaştırma anı olarak değil de karar aşmasındaki değer üzerinden hesaplamayı dikkate alması gibi sebeplerden dolayı farklılıklar ortaya çıkabilmektedir²³⁴. Ayrıca hakem heyetleri, haksız kamulaştırmadan dolayı ortaya çıkan ilave harcamalar içinde tazminatın için de mahsuben de karar verebilmektedir. Nitekim, Siemens A.G ile Arjantin Cumhuriyeti arasında 2007 yılında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta ICSID hakem heyeti kar kaybını reddetmesine rağmen, kamulaştırmadan sonra ortaya çıkan maliyetler için iddaları kabul etmiştir²³⁵.

Eğer, yatırımın herhangi bir üretim veya gelir kaydı yoksa, hakem heyetleri zararın ölçülmesi için alternatif olarak, yatırımın defter (*iz, net, kayıtlı*) değeri (*book value of investment*) yada “peşin ödemesi yapıldıktan sonra tahakkuk ettirilen giderler (*out of pocket expenses*)” gibi başka yöntemleri değerlendireceklerdir²³⁶. Örneğin ICSID tahkiminde, NAFTA sözleşmesine bağlı arazi doldurma işiyle ilgili kamulaştırma uyuşmazlığındaki zararın hesaplanmasında hakem heyeti, indirgenmiş nakit akımları analizinin (*discounted cash flows analysis-dcf analysis*) adil piyasa değerinin belirlenmesinde arazi doldurma faaliyetinin

²²⁸ İki Taraflı anlaşmada nasıl düzenlendiğini görmek için bkz Czech Republic BV v Czech Republic 9 ICSID Rep 264, 14 March 2003; Heilbron s.13-14.

²²⁹ Enerji Şartı Anlaşması, (Kamulaştırma) madde 13/1/d; ayrıca bkz. Baklacı, Pınar/ Akıntürk, Esen: Enerji Şartı Antlaşması, İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, ss.97-113, s.106.

²³⁰ Heilbron s.14.

²³¹ Heilbron s.14.

²³² Heilbron s.14.

²³³ Dünya bankasının Doğrudan Yabancı Yatırım Anlaşması için hazırladığı rehberler için bkz. <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>.

²³⁴ ADC Affiliate Limited ve anr v. The Republic of Hungary, ICSID Dava Nu. ARB/03/06 2 October 2006.

²³⁵ Siemens A.G. v The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/08.

²³⁶ Heilbron s.14.

uygulamaya geçmediğinden uygun metod olmadığını belirterek zararın Metalclad şirketi tarafından yapılan yatırım değeri üzerinden hesaplanmasına karar vermiştir²³⁷.

Kamulaştırmaya bağlı olmayan; “adil ve hakkaniyetli uygulama (*fair and equitable treatment*)” ihlalleri gibi haksız fiillerde ise, yatırım sözleşmeleri yatırım yapılan devletin haksız fiiline maruz kalan yatırımcının zararı spesifik olarak belirtilmemiştir²³⁸. NAFTA sözleşmesinden kaynaklı UNCITRAL kurallarına göre çözümlenen bir uyuşmazlıkta hakem heyeti:

“hakem heyetinin tazminatın ölçülmesinin somut olayın spesifik koşullarına göre belirlenmesi....uluslararası hukuka aykırılıktan kaynaklı oluşan maddi zararın eski hale getirilmesi genel prensiplerini yansıtacak şekilde tazminatı belirleyecektir”
şeklinde karar vermiştir²³⁹.

Yakın zamanlı tahkim mahkeme kararlarında; adil piyasa değeri standardı haksız fiilin yatırımın tamamının kaybına veya yoksunluğunun söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda uygulanmıştır, ancak devlet uygulamalarının külli bir kayba neden olmadığı durumlarda hakem heyetleri daha yenilikçi yöntemler uygulamak durumunda kalmıştır²⁴⁰. Bununla birlikte, yatırımın hazırlık dönemi içerdiği, mal üretiminin sınırlı ve kaybın kısmi olduğu uyuşmazlıklarda, yatırım harcamaları için tazminatın hükmedilerek sözleşme tarafının durumunu eski hale getirilmesi için farklı yaklaşımlar uygulanmaktadır. Örneğin; “PSEG Global Inc. ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi ile Türkiye Cumhuriyeti” arasında çıkan ve ICSID tahkiminde görülen bir uyuşmazlıkta, imtiyazlı maden sözleşmesinin adil ve hakkaniyetli uygulama hükümlerine aykırılıkla ilgili hakem heyeti karar verirken, henüz bir tesis yapılmaması durumunu göz önünde bulundurmuştur²⁴¹.

²³⁷ Metalclad Corporation v. The United Mexican States Case No. ARB(AF)/97/1.

²³⁸ Heilbron s.15.

²³⁹ S.D.Myers Inc v Government of Canada, a NAFTA claim under Uncitral Rules; Heilbron s.15.

²⁴⁰ CMS v Argentina ICSID Case No. ARB/01/8.; Heilbron, H., s.15

²⁴¹ PSEG Global Inc. ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/05; Heilbron, H., s.15

§ IV.Zararın İndirilmesi (*Mitigation*)

Zararın indirilmesi kavramı, bir çok ulusal hukukun parçası olarak uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimince bilinmektedir²⁴². Kavram tahkim uygulamalarında, zararın değerlendirilmesi bakımından zorunluluklar ve uygulama standartları bakımından farklılık göstermektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda dar bir görüş açısıyla ele alınmakta olmasına karşın diğer common law sistemleri kavramı sözleşmeye aykırılığın veya haksız fiilin sonuçlarıyla ilişkilendirmekte olup, kıta avrupalı sistemleri ise müterafik kusur veya iyi niyete odaklanarak ele almaktadır. Müterafik kusur kavramının düzenlendiği Alman Medeni Kanunu'nun 254. Maddesinde benzer husus ele alınmıştır²⁴³. Türk Hukukunda 6098 sayılı TBK m.52'ye göre ise, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” şeklinde zararın indirilmesi konusu ele alınmıştır.

Ulusal kanunların yanı sıra, uluslararası sözleşmelerde de zararın indirilmesi konusu incelenerek bazı sözleşmelerde hukuki çerçeve kazanmıştır. Örneğin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Viyana Sözleşmesinin 77. Maddesi'de zararın azaltılması; “Sözleşmenin ihlâlüne dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir şeklinde düzenlenmiştir”²⁴⁴. Benzer şekilde, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensiplerinin zararı düzenleyen 7. Bölümü altında m.7.4.8'de düzenlenmiştir. Söz konusu prensip, “alacaklının uğradığı zararı azaltması için gerekli önlemleri almasına” ilişkindir²⁴⁵. Buna göre, “makul vasıtalarla alacaklının azaltabileceği ölçüde zarardan borçlu sorumlu değildir”. Paralel bir düzenleme olan m. 7.4.8.2'de ise alacaklının “zararı azaltmak için harcadığı makul masrafları geri

²⁴² Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt 7 ICSID Rep.173; Heilbron s.16.

²⁴³ Alman Medeni Kanunu İngilizce Çevirisi dipnotu, s.55.

²⁴⁴ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı; Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No : 562013/1, Hakemli Dergi 1303-6556, s. 333.

²⁴⁵ Süral, Bahar Ceyda: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2008, s.130.

alabileceği” düzenlenmiştir. Doktrinde, söz konusu hükmün de uygulamada karşılaşılan sorunları çözmeye yardımcı olacağını belirtmiştir²⁴⁶.

Prensip olarak, zararın indirilmesi talebinde bulunan tarafın görevi başka bir sözleşme yoluyla veya zararı azaltıcı önlemlere ilişkin adımlar atmak suretiyle zarardan kaçınmak veya asgari seviyeye gertirmeye çalışmaktır²⁴⁷. Bununla birlikte makullüğün değerlendirilmesi her somut olaya göre değişeceğinden ve en önemli soru konumunu alacağından ötürü, indirim isteyen taraf tahmini bir yargılamaya girmek zorunda olmadığı gibi tali bir sözleşme akdetmek zorunda da olmayacaktır²⁴⁸. Ayrıca, iddia sahibinin sağlayacağı her kazancın göz önüne alınması gerektiği gibi zararın hafifletilebileceğinin ancak hafifletilmediğine ilişkin ispat yükü de iddia sahibine aittir²⁴⁹.

Zararın indirilmesi konusu yatırım sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda da aynı niteliktedir. Bazı yatırım sözleşmelerinde ise, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklı zarara ilişkin iddia da bulunmadan önce, iddia sahibi bütün yerel yasal yolları tüketmek zorunda olduğundan bu durum zararın indirilmesinin bir türü olarak kabul edilmektedir²⁵⁰.

²⁴⁶ Basedow, Johann Bernhard: Germany, A New Approach to International Commercial Contracts The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, XVth International Congress of Comparative Law, Edited by Michael Joachim Bonell, Kluwer Law International, 1999, s. 137; Süral s.130.

²⁴⁷ Heilbron s.17.

²⁴⁸ Heilbron s.17.

²⁴⁹ Heilbron s.18.

²⁵⁰ Heilbron s.18.

§ V. Yargılamada Esas ve Usülün Ayrılması (*Bifurcation-Trifucation*)

Uluslararası tahkim yargılamasında, sürecin birden fazla bölümlere ayrılmak (*Bifurcation-Trifucation*) suretiyle, usuli bazı konuların yargılamaya konu esastan ayrılması sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Ayrı bir yargılama safhası olarak değerlendirilmekle birlikte, yargılama ve kabul edilebilirlik itirazları açısından yargılama sürecinde, taraflar ve hakem heyetince dikkate alınmalıdır²⁵¹.

Tahkim yargılamasında kavram genel olarak, sorumluluğun tespiti ve miktarın belirlenmesi olmak üzere iki ana sürece ayrılmasını ifade etmektedir²⁵². Ayrıca, esasa ilişkin ayırım²⁵³ ve yetkiye²⁵⁴ ilişkin bir ayırım da yapılabilmektedir²⁵⁵.

Uygulamada; yargılamanın esas ve usül olarak ayrılması değerlendirilirken, tahkim mahkeme heyeti ve taraflar üç önemli konuyu göz önüne almaktadır²⁵⁶. İlk olarak, yargılamanın bölünüp bölünmeyeceğine ilişkin karar verilmesi ve bölünme nedeni sorgulanmaktadır. İkinci olarak, yargılamanın bölünmesinin karara giden süreçte esas ve usül bakımından iki ayrı yol yaratacağından; hakem heyetinin mi, yoksa tarafların mı bölünmeye karar vereceği iradesinin ortaya konulması gerekmektedir. Son olarak; bu şekilde bir ayırımın, usuli kolaylaştırıcı bir araçtan öte, uyuşmazlığın esasından ayrılma imkanı olup olmadığı özellikle incelenmektedir²⁵⁷. Hakem heyetleri, konu zarar hakkında karar verilmesine geldiği zaman bir “tedirginlik” yaşarlar ve bu hususun, karar vermeleri gereken, en “hassas” noktalardan biri olduğunu düşünürler²⁵⁸. 2012 yılında Edna Sussman tarafından düzenlenen bir araştırma, bu hususta yol gösterici olabilir: Taraflara sorumluluğunun varlığının tespiti aşaması ile tazminat miktarının hesaplanması aşamalarından hangisi hakkında karar verilmesinin daha zor olduğu sorulduğunda, araştırmaya katılanların %18,7’si “sorumluluk”

²⁵¹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Bifurcation.aspx> (Erişim 13.01.2018).

²⁵² Greenwood, Lucy: Does Bifurcation Really Promote Efficiency?, Kluwer Law International, Journal of International Arbitration 28(2), 2011, ss. 105–111, s. 105.

²⁵³ Waguih, Elie George Siag: Clorinda, Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, (ICSID ARB/05/15), Procedural order No. 3, reprinted in part in the Award dated June 1, 2009, para. 116.

²⁵⁴ Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, (ICSID ARB(AF)/12/1), Procedural order deciding bifurcation, 25 January 2013, para. 10.

²⁵⁵ <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/08/15/bifurcation-of-proceedings-in-icsid-arbitration-where-do-we-stand/>

²⁵⁶ Trapl, Vojtech: Thinking Big- Bifurcate of Arbitration Proceedings- To Bifurcate or Not to Bifurcate, Kiev Arbitration Days, 2012, ss. 268-269.

²⁵⁷ Trapl s.269.

²⁵⁸ Jarrosson, Charles: Lévaltution du préjudice par l’arbitre, Revue de l’arbitrage, 2015, s.2, s.347; Atamer, Yeşim M. / Baş Süznel, Ece/ Geisinger s.120

(*liability*) cevabını verirken, %43,7'si “tazminat miktarı” (*quantification*) ve %37,6'sı ise “her ikisi” cevabını vermiştir²⁵⁹.

Yargılamanın bölünmesi, tahkim yargılamasının en az iki bölüme ayrıldığı daha çok uluslararası ticari tahkimde kullanılan bir usül olmakla beraber, yatırım uyuşmazlıkları tahkim yargılamalarında da kullanılmaktadır²⁶⁰. Ticari ve yatırım uyuşmazlıklarında; esas yönünden farklılık göstermesine karşın, usuli açıdan yargılamanın bölümlere ayrılması uygulamada benzer şekilde gerçekleştirilmektedir.

Uyuşmazlık esasları farklılık gösterse de, her tahkim en az iki tarafın iradesini oluşturan ve hakem heyetine ortaya çıkan veya müstakbel uyuşmazlığın çözümü için yetki veren tahkim sözleşmesine dayanmaktadır²⁶¹. Hakem heyeti, uyuşmazlığın çözümü için kurumsal tahkim kuralları veya uygulanacak hukukun tahkime ilişkin kurallarından faydalanmaktadır. Hakem heyetinin nihai amacı, yargılama süresince mümkün olan en kısa sürede uyuşmazlığın esasını nihai bir karara bağlamaktır. Ancak, hakem heyeti uyuşmazlığın esasına ilişkin nihai karara bağlamadığı durumlarda, esasa ilişkin karar vermeden önce en azından uyuşmazlığın usuli mahiyetine veya esasa ilişkin öncelikli meseleleri ele almalıdır²⁶². Özellikle; zararın miktarının hesaplanmasından önce, sorumluluk konusunu değerlendirirken veya tahkimin yargılama yetkisinin sorgulandığı durumlarda söz konusu yöntemin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmektedir²⁶³. Yaygın uygulama olarak, uyuşmazlığın esasına ilişkin tahkim yargılamasına başlamadan öncelikli usuli veya maddi konuların hızlı çözümlendiği görülmektedir²⁶⁴.

Yargılamanın bölünmesinin, karara giden süreçte esas ve usül bakımından iki ayrı yol yaratacağından bahisle, hakem heyetinin mi yoksa tarafların mı bölünmeye karar vereceği iradesinin ortaya konulması gerekmektedir. Yargılamanın bölünmesini (*bifurcation*) talep eden taraf, esası ele alınmadan önce bölünme nedeni konunun çözümünün yargılamanın nihayete erdirileceği saikiyle bölünme talebini ileri sürmektedir²⁶⁵. Bütün usuli ve diğer itirazların en erken şekilde zaman ve maliyet etkin şekilde yapılması düşüncesiyle, karşı

²⁵⁹ Sussman, Edna: Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What you can Do About Them, American Review of International Arbitration, C.25, 2013, sayı 3, s. 496

²⁶⁰ Trapl s.269.

²⁶¹ Trapl s.269.

²⁶² Trapl s.269.

²⁶³ Uygulanacak hukukun tespiti, kümülatif iddiaların en önemlisinin karara öncelikle bağlanması gibi durumlarda da sürecin bölünmesi yöntemine başvurulmaktadır. Heiskanen, Veijo: Arbitrary and Unreasonable Measures in Standards of Investment Protection, Oxford Press, p. 88; Trapl s.269.

²⁶⁴ Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Turkey, (ICSID ARB/11/28), Decision on the Respondent's request for bifurcation, 2 November 2012, para. 30; Itera International Energy LLC and Itera Group NV v. Georgia, (ICSID ARB/08/7; Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Lebanon (ICSID ARB/07/12; Patrick Mitchell v. Congo (ICSID ARB/99/7).

²⁶⁵ Trapl V., s.269.

tarafın geciktirici şekilde itirazlarını saklı tuttuğu zaman zaman yargılama süreçlerinde gözlemlenmektedir²⁶⁶. Bu konuda tahkim mahkemesinin yargılama sürecinin ileri taşınması için münhasıran takdir yetkisi bulunmaktadır²⁶⁷.

Yargılamanın bölünmesi somut olayın esasını temelden etkileyen usuli bir yöntemdir. Yargılamanın bölünmesi kararı, uluslararası ticari tahkim yargılamasında hakem heyeti tarafından usuli bir karar olarak verilmekte olup, yatırım tahkiminde ise tahkim kararı olarak tesis edilmektedir. Ticari tahkim ve yatırım tahkimindeki durumların tersi uygulamalar da görülebilmektedir²⁶⁸. Bu konuda önemli husus, eğer hakem heyeti yetkisi olmayan bir yargılamada bölünme kararı verir ya da benzer şekilde sorumluluğa ilişkin olarak zararı verenin sorumluluğu olmadığına karar verirse yargılama süreci ve çaba gereksiz yapılmış olabilecektir. Görüldüğü üzere, öncelikli meseleler olarak belirtilen yargılama yetkisi, sorumluluk, uygulanacak hukuk konusunda yargılamanın bölünmesi gerçekten de uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek demek olacaktır²⁶⁹. Tahkim yargılaması bakımından temel soru, hakem heyetinin yargılamayı bölerek öncelikle uyuşmazlığın en önemli meselesine mi bakacağı yoksa bütün meseleleri bölmeden mi inceleyeceği noktasında olmaktadır²⁷⁰.

ICSID anlaşması m.41/2'ye göre tahkim mahkeme heyetinin yargılamanın esasından ayırarak değerlendirme bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Yargılamanın bölünmesi (*Bifurcation*) lehine genel bir karine bulunmamakla birlikte, hakem heyeti karar verirken tarafların “hakkaniyet ve nesafet (*ex aequo et bono*)” ilkelerine göre dengelemelidir. Hakem heyeti, bölünme itirazının esasını, sürecin ayrılmasının maddi zaman ve maliyeti azaltıp azaltmayacağını ve yargılama ile uyuşmazlığın esasının birbirinden ayrılamaz sıklıkta olup olmadığını değerlendirerek karar verir. Ayrıca, hakem heyeti yargılama açısından öncelikli konuları spesifik olarak belirleyebilmektedir. Bunun yanında, 2006 yılında güncellenen ICSID Anlaşmasının düzenlemeleri ve kurallarının 5. bölümünde düzenlenen “istisnai usuller” başlığı altında kural 41/3'e göre, hakem heyetinin esas ve diğer usuli konuları ayırdığı durumlarda tahkim yargılamasını ertelemek için takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakem heyeti, bölünen meseleleri ayrı safhalarda dinleyebilecektir. Konumuz bakımından örnek

²⁶⁶ Trapl V., s.269.

²⁶⁷ Trapl V., s.269.

²⁶⁸ Trapl V., s.269.

²⁶⁹ Trapl s.269-270.

²⁷⁰ Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Lebanon (ICSID ARB/07/12; Patrick Mitchell v. Congo (ICSID ARB/99/7) davasında sorumluluk, zarar ve yetki konuları ayrılmış ancak tek kararda hükme bağlanmıştır.

vermek gerekirse, uyuşmazlığın esasına ilişkin sorumluluk ve zararın değerlendirilmesi olarak ayrılarak yargılama sürecini safhalandırabilecektir²⁷¹.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yargılamalarında usuli ve esasa ilişkin konulara ayrılması konusuna UNCITRAL tahkiminde görülen Eastern Sugar B.B. v. Çek Cumhuriyeti uyuşmazlığı örnek gösterilebilir. Hakem heyeti ilk bakışta (*prima facie*) açık bir şekilde yargılama yetkisinin olduğuna karar vermesine rağmen, daha sonra bu kararı mahfuz tutmuş ve yargılama yetkisine ilişkin kararı esasa ilişkin meselelerle incelemeye karar vermiştir. Hakem heyeti öncelikle usuli meseleleri tartışmış ve yargılama yetkisinin olduğunu kabul etmiştir. Yargılama yetkisinin olmadığı yönünde beyanları redderek esasa ilişkin meseleleri ele almıştır. Kararında, davalı tarafın davacıya 25,400,000 euro'luk bir bedeli o zamanki Çek Cumhuriyeti Milli Bankası repo faizinin üstünde %7 faiz oranıyla birlikte ödemesine hükmetmiştir²⁷².

Birleşik krallık vatandaşı olan William Nagel v. Çek Cumhuriyeti Ulaştırma ve Telekomünikasyon Bakanlığının Stokholm Ticari Tahkim Enstitüsünde 2003 yılında görülen uyuşmazlığında ise davacı William Nagel'in talebi ve Çek cumhuriyeti'nin muvafakatı ile öncelikli iddianın ve savunmanın "sorumluluk" konusunda sınırlanmasına hükmetmiştir. Hakem heyeti, tahkimin ilk aşamasında sadece sorumluluk meselesini ele almaya karar vermiş ve zarara ilişkin soruları tahkimin ilerleyen safhaları için saklı tutmuştur²⁷³. Hakem heyeti kendini yetkili görmüş ve sözleşmeye ilişkin iddiaların yatırımın sözleşmeyle korunmadığından dolayı göz ardı edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Başka bir UNCITRAL tahkim yargılamasında, Avusturya Havayolları AG v. Slovak Cumhuriyeti arasındaki 8 Nisan 2008 tarihindeki uyuşmazlıkta hakem heyeti diğer uyuşmazlıkların yanında (*inter alia*) davalıyı yargılamaya ilişkin yetki itirazlarını dinlemek üzere 20 Ağustos 2008 tarihinde davet etmiştir. 29 Eylül 2008 tarihinde davacı, "sorumluluk" (*liability*) ve "miktar" (*quantum*) konularının ayrılarak yargılamaya devam edilmesini talep etmiştir²⁷⁴. 22 Ekim 2008 tarihinde ise davalı cevaben davacının esasına ve zararın miktarına ilişkin usuli taleplerini kabul ettiğini bildirmiştir. Hakem heyeti süreci ayırmasına müteakip, 9 Eylül 2009 tarihinde nihai kararını vermiştir. Karara göre hakem heyeti, davacının el atmaya ilişkin ve sözleşmeyle korunduğu iddia edilen diğer haklara ilişkin sözleşmede belirtilen tahkim hükümlerine göre kendisinin yetkisi olmadığını ifade etmiştir.

²⁷¹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Bifurcation.aspx> (Erişim 13.01.2018).

²⁷² Eastern Sugar v. Czech Republic, Kısmi Karar, 27 May 2007, para. 181 vd. 387; Trapl s.274.

²⁷³ Mr William Nagel (United Kingdom) v. Czech Republic, Ministry of Transportation and Telecommunications,

SSC No. 049/2002, Award on Jurisdiction issued on 30 April 2010.; Trapl s.276.

²⁷⁴ Austrian Airlines AG v. The Slovak Republic, Final Award, 9 October 2009.

Ticari tahkimdeki uyuşmazlıkların daha az karmaşık ve taraflarca kabaca hesaplanabilecek götürü usulü tazminatların kabul etmeye istekli olduğu zamanlardan farklı olarak, bugün ticari işlemlerin çok daha teknik ve detaylı olmasından, tarafların sözleşmedeki hakları bakımından daha şeffaf ve güvence istemesi sebebiyle hakem heyetini kararlarını verirken hukuki olarak kesinliğe ve miktar bazında ihtimam göstermeye zorlamaktadır²⁷⁵.

Ancak sürecin ayrılması kurumunun, tahkim yargılaması süreçlerinin yönetimindeki etkinliğe katkısı da doktrinde tartışılmaktadır²⁷⁶. Meg Kinnear'a göre; karmaşık tahkim yargılamalarında, yargılama süreçlerinin ayrılması (*bifurcation*) uyuşmazlık taraflarına ve mahkemeye, uyuşmazlığın esasına ilişkin konulara öncelik vererek zaman ve maliyet açısından tasarruf sağlamanın yanında zararın değerlendirilmesi uyuşmazlıklarının sulhuna ve diğer sorunların çözümüne kolaylık sağlamaktadır²⁷⁷. Benzer şekilde, önde gelen tahkim yargılaması uygulayıcılarından Debevoise & Plimpton tahkim yargılamasında daha hızlı ve etkin çözüm için sürecin ayrılması yöntemini "tahkimde etkinlik protokolü" nde desteklemektedir²⁷⁸. Ayrıca Uluslararası Ticari Tahkim Komisyonu tarafından hazırlanan, "Tahkimde Zaman ve Maliyet Kontrolü" raporunun 39 ve 41'inci maddelerinde sürecin ayrılmasının kısmi meselelerin kısmi kararlarla çözümlenerek zaman ve maliyet etkinliği sağlayabileceği tavsiye edilmiştir²⁷⁹. Thomas J. Tallerico ve J. Adam Behrendt ise uygulamacıların tahkim sürecini ve maliyetini yargılamanın ayrılması ile sınırlayabileceğini ifade etmektedir²⁸⁰.

Greenwood ise tartışmasında "amprik veri" eksikliği nedeniyle bu hipotezlerin desteklenemeyeceğini ileri sürerek, tahkimde sürecin ayrılmasını ICSID'nin artan uygulamaları sonucu oluşan amprik veriler ışığında maliyet ve zaman bakımından etkinliğini sorgulamaktadır²⁸¹. ICSID sitesindeki²⁸² kamuya açık veriler ışığında; sonuçlanan 174 tahkim

²⁷⁵ Özellikle yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında yargılamanın bölünmesi konusu daha hassas ve teknik bir boyut kazanmaktadır. Trapl s.270-271.

²⁷⁶ Greenwood s.105.

²⁷⁷ Kinnear, Meg: Investment Disputes Under NAFTA: An Annoagated Guide to NAFTA, Bölüm 11, 2006, s.1135-1139; Greenwood s.106.

²⁷⁸ [https://www.debevoise.com/news/2010/04/debevoise-issues-protocol-to-promote-efficiency-;](https://www.debevoise.com/news/2010/04/debevoise-issues-protocol-to-promote-efficiency-) Greenwood s.106.

²⁷⁹ Raporun bütün metni için bkz. <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/11/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf>.

²⁸⁰ Tallerico, Thomas J./ Behrendt, Adam: The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings, Journal of International Arbitration, 20, 2003, s. 295; Greenwood s.107.

²⁸¹ Yargılama sürecinde ayrıma gidilmiş 45 tahkim yargılamasında çözüme kavuşturulmuş 9 dava: Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/2; Kaise Beauxite Co. v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/3; Mobil Oil Corp. et al. v. New Zealand, ICSID Case No. ARB/87/ 2; Lanco International, Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6; Salini Construttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13; Aguas del

yargılaması verilerine göre, usul ve esasın ayrıldığı 45 davanın bulunduğu 129 yargılamada ayrıma gidilmediğini tespit etmiştir²⁸³. Ayrıma gidilen 45 davanın 43'ünde yargılama yetkisi ve esasında ayrıma gidilmiş, kalan ikisinde ise diğer meseleler öncelikli ele alınarak yargılama süreci ayrılmıştır. Tahkim yargılamasının ayrıldığı 45 dava ortalama 3,62 yılda sonuçlanmıştır. 129 davada ise sonuca henüz ulaşmamış olanlar hariç ortalama 3,06 yılda çözülmüştür.

Çalışma konumuz açısından; yargılama süreçlerinin ayrılmasının, zararın değerlendirilmesi ve esasın özellikle sorumluluk bakımından ayrılmasına yönelik amprik veri ise Greenwood tarafından yapılan araştırmada ortaya konulmuştur. Yine aynı kaynaklarda yapılan ilave olarak ICSID Additional Facility davalarının 19'unun 10 adedinde yargılamanın ayrılmasına karar verilmiştir. Ayrıma karar verilenlerden 8'i yargılama yetkisi ve esasın incelenmesi, kalan 2 adedi ise sorumluluk ve miktarın belirlenmesi için ayrılmıştır. Ayrıma gidilen 10 davada nihai sonuca ulaşmak 3,39 yıl sürerken, ayrıma gidilmeyen 9 davada 2,96 yıl gibi bir ortalama sürede nihai karara ulaşıldığı tespit edilmiştir²⁸⁴. Sonuç olarak Greenwood, sürecin ayrılması kurumunun, sürecin her zaman daha kolay ve etkin bir şekilde çözümlenmediğini ifade ederek somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İlave bir amprik araştırma da, Queenmary üniversitesi tarafından uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için inovasyon fikirlerine yönelik yapılan "Uluslararası Tahkim 2015 Yılı Anketi: Uluslararası Tahkimde Gelişmeler ve Yenilikler" anketidir. Bu ankette yer alan zaman kontrolüne yönelik araştırmada da anketin 19. sorusunda tahkim sürecinin ayrılması konusu ele alınmıştır. Tahkim kurallarında yeniliğin yargılamanın ayrılması kuralları bakımından gerekliliğine ilişkin soruya katılımcıların %40'ı tahkimin ayrılmasını etkin görürken, %36 tarafsız kalmış kalan kısım ise olumsuz yönde görüş bildirmiştir²⁸⁵. Buna göre mevcut tahkim kurallarının, sürecin ayrılmasına ilişkin hükümlerinde çoğunluk hükümlerle ilgili yenilik yapılmasını talep ederken, yaklaşık orandaki katılımcıya göre ise hükümler yeterli düzeyde zaman kontrolüne imkan sağlamaktadır.

Tahkim uyuşmazlığı tarafları, yargılama sürecine ilişkin somut vakıa ve yasal altyapıyı en kısa zamanda bütüncül bir bakışla ele almalıdır. Taraflar tarafından sunulan iddialar değerlendirilmekte ve öncelikli unsurlar belirlenmektedir. Hakem heyeti esasa ilişkin meselelerden başlayarak usuli konuları ayırarak tahkim uyuşmazlığını uygulanacak hukuka

Tunari S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3; Impreglio S.p.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3; and Camuzzi Int'l S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/7. ; Greenwood, L.,s.107.

²⁸² <https://icsid.worldbank.org/en/>.

²⁸³ Greenwood s.107.

²⁸⁴ Greenwood s.107.

²⁸⁵ Anketin tamamı için bkz. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

göre çözmektedir²⁸⁶. Uygulamaya katılan taraflar, tahkim sürecinin etkin yönetimi bakımından ticari veya diğer uyuşmazlık türlerine ilişkin giderek karmaşıklaşan uyuşmazlıkları daha küçük ve ayrı kısımlara bölmeyi tercih etmektedir. Özellikle esas ve usulü ayırmak suretiyle, zarara ve esasa ilişkin daha doğru kararlar verebilmek mümkün olmaktadır²⁸⁷.

Tahkim sürecindeki bu ayrılmanın kesin hüküm (*res judicata*) oluşturma bakımından yarattığı usuli sorunlar da doktrinde tartışılmaktadır. Tahkim yargılama sürecinde hakem heyeti kesin hüküm niteliğinde kısmi kararı vermek durumunda kalmaktadır²⁸⁸. Özellikle yargılama sürecinin ayrılması kararlarının artışıyla, zararın değerlendirilmesi süreci sırasında kısmi kararlar kesin hükme bağlanmış konularla ilgili yeni delillerin ortaya çıkması hakem heyetini kendi hükmüyle bağlı kılarak karar vermesini zorlaştırmaktadır²⁸⁹. Buna karşın uygulamadaki sorunların aşılması bakımından, Redfern and Hunter'a göre kısmi kararın tahkimin esnekliği kullanılarak sürecin ayrılması kurumunun nihai çözüme katkısının taraflara para ve zaman kazandırabileceği ve taraflarca sonucun adil algılanabileceğini ifade etmektedir²⁹⁰.

Tahkim yargılamasında, tarafların talep ederken ve hakem heyetinin yargılamada sürecin ayrılması kararını verirken bazı hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Kurumsal tahkimlerin büyük bir kısmı sürecin ayrılmasına karar vermeye kendi mevzuatı ile yetkilidir. Tallerico and Behrendt; sürecin ayrılması konusunda “sorumluluk” hususunun her zaman ilk ve en önemle dikkate alınması gereken mesele olduğunu öne sürmektedir²⁹¹. Uygulamada sürecin ayrılmasına karar vermeden önce göz önüne alınması gereken meseleleri; delil miktarı ve türü, delillerin olay örgüsü içinde birbirinden ayrılabilirliği hususu, ayrımın keşif (*discovery*) üzerine etkisi, ayrımın kaynak kullanımının kısıtlanmasına etkisi gibi konuları şeklinde özetlemişlerdir²⁹².

²⁸⁶ Trapl s.277.

²⁸⁷ S.D. Myers v. Canada karar özeti için bkz. https://www.biicl.org/files/3921_2002_sd_myers_v_canada.pdf.

²⁸⁸ Res Judicata konusunun, Uluslararası Ticari Tahkim Komitesinin uluslararası tahkim yargılamasında ortaya çıktığı durumlar, Common Law (Birleşik Krallık ve ABD) Kıta Avrupası Medeni Hukuku bakımından mukayeseli incelenerek tahkim yargılamaları uygulamaları için bkz. De Ly, F., (Komite Başkanı): International Law Association, Berlin Conference: 2004, International Commercial Arbitration, s. 3.

²⁸⁹ Pierre, Mayer: Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international, in Liber amicorum Claude Reymond, Litec, Paris, 2004, ss. 195-203.; De Ly s. 2.

²⁹⁰ The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company ('Kuwait v Aminoil'), 1982, Ad hoc Arbitral Tribunal, Söz konusu davada hakem heyeti taraflarca belirlenecek meselelerin öncelikli kısmi kararlarla çözerek sonuca ulaşmıştır. Karar özeti için bkz. https://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf.

²⁹¹ Tallerico/ Behrendt s. 295; Greenwood s.109.

²⁹² Tallerico/ Behrendt s. 297; Greenwood s.110.

§ VI. Uygulanacak Hukuk (Applicable Law)

Uluslararası Tahkim uygulamalarında uygulanacak hukuk seçimi sorunları temel olarak dört ana başlık altında toplanmaktadır²⁹³.

- i) Sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi²⁹⁴
- ii) Tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun belirlenmesi²⁹⁵
- iii) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi²⁹⁶
- iv) Kararın icrailiği bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesi

Özellikle; uyuşmazlığın kaynağı olan sözleşmede uygulanacak maddi hukukun seçiminin yapılmaması, diğer uygulanacak hukuk seçimi sorunlarını da etkilemektedir.²⁹⁷ Konunun önemi, söz konusu durumlara ilişkin kural ve yaklaşımların oldukça farklılık göstermesi ve uygulanacak hukuk açısından tahkim yargılamalarındaki farklı uygulamalarda görülmektedir²⁹⁸. Genel olarak, hakem heyetlerinin önemli ölçüde devlet mahkemelerinden daha geniş bir yorumla uygulanacak hukukun tespitini yaptıkları görülmektedir²⁹⁹. Bu şekilde geniş bir yorum, hakem heyetinin özellikle belirleyeceği yöntemle uygulanacak yerel hukukun belirlenmesiyle olabildiği gibi uluslararası tahkim kurallarından alınan yetkiyle de yapılabilmektedir³⁰⁰. Hakem heyetinin uygulanacak maddi hukuku belirlemesi bir görev olmaktan ziyade, daha çok tarafların iradesinin tahmin edilebilirliği ve uygulanacak hukukun

²⁹³ Petsche, Markus A.: Choice of Law in International Commercial Arbitration, S.R. Garimella and S. Jolly (editör), Springer Nature, 2017, Private International Law, s.20.

²⁹⁴ Daha detaylı analiz için bkz. Berg, Albert J. (editör): Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICC Congress Series, V. 9, 1999, s. 114 içinde ayrıca bkz. Lew, Julian D. M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause; Berger, Klaus Peter: Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law-Consensus or Confusion?, ICCA Congress Series V.13, 2007, p. 301; Dongdoo Choi: Choice of Law Rules Applicable for International Arbitration Agreements, 2015, v. 11, Asian International Arbitration Journal, s. 105.; Petsche s.20.

²⁹⁵ Konu üzerine ayrıca bkz. Kaufmann-Kohler, Gabrielle: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure—The Role of the Law of the Place of Arbitration, ICCA Congress Series V. 9, N. 1, s. 336; Petsche s.20.

²⁹⁶ Sorunun ayrıntılı incelemeleri için bkz. Berg, Albert J. (editör): Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration, ICC Congress Series, V. 7, 1996, s. 380 içinde bkz. Kühn, Wolfgang: Express and Implied Choice of the Substantive Law in the Practice of International Arbitration ; Blessing, Marc: Choice of Substantive Law in International Arbitration, Journal of International Arbitration, V. 14, N.2, 1997, s. 39; Maniruzzaman, Abul F. M.: Choice of Law in International Contracts-Some Fundamental Conflict of Laws Issues, Journal of International Arbitration, V. 16, 1999, s. 141; Petsche s.20.

²⁹⁷ Petsche s.20.

²⁹⁸ Petsche s.20.

²⁹⁹ Petsche s.20.

³⁰⁰ Petsche s.36.

meşruiyeti açısından yardımcı olmakta ve aynı zamanda gerek tahkim heyetinin tarafsızlığı gerekse de uygulanacak hukuk kurallarının uygulanabilmesine kolaylık sağlamaktadır³⁰¹.

Belirtildiği gibi uygulanacak hukukun seçimi kuralları hakem heyetlerince yerel mahkemelerden farklı bir biçimde ele alınmaktadır. Uluslararası tahkim yargılamasında, hakem heyetlerince belirlenecek uygulanacak hukuk seçimi sorunu üç temel başlık altında toplanmaktadır³⁰².

- i) Taraflar tarafından uygulanacak hukuk seçimi belirlenmemesi
- ii) Taraflarca seçilen hukukun yorumu ve tali olarak uygulanması
- iii) Emredici normların uygulanması

Taraflar tarafından uygulanacak hukuk seçimi belirlenmemişse, tahkim şartında uygulanacak hukuka yönelik hukukun seçimi hakemlere kanunlar ihtilafı normları vasıtasıyla uygulanacak hukuku belirlemekten daha fazla kolaylık sağlamaktadır³⁰³. Örneğin, uluslararası satış işlemlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk seçimine ilişkin Roma-I Sözleşmesi m.4/1'e göre satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku (sözleşmede farklı bir ülke ile daha sıkı ilişkilendirilmemişse) olarak belirlenmiştir³⁰⁴. Aynı konuya ilişkin uyuşmazlıklarda, UNCITRAL Model Ticari Tahkim Kanunu m.35/1'de ise uygulanacak hukukun taraflarca seçilecek kanunlar ihtilafı kuralına göre belirleneceği düzenlenmiştir³⁰⁵. Bazı ülkelerin tahkim kanunları ise, hakem heyetinin ulusal olmayan hukuku yani UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts) gibi uluslararası hukukun genel ilkelerini ve prensiplerini uygulayacağı hüküm altına alınmıştır³⁰⁶.

Taraflarca seçilen hukukun yorumu ve tali olarak uygulanması durumlarında ise, hakem heyetleri benzer şekilde ulusal olmayan yasal kaynaklarla yorum yaparak ve taraflarca seçilen uygulanacak ulusal hukukun boşluklarını dolduracaktır³⁰⁷. Gerçekten de, UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkelerin hazırlayıcıları tarafından giriş bölümünde

³⁰¹ Petsche s.36.

³⁰² Petsche s.19.

³⁰³ Petsche s.19.

³⁰⁴ Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament and of The Council 17 June 2008 Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde 4.7.2008 tarihinde yayımlanan tam metni incelemek için bkz.

<https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/content/pil/rome%20I.pdf>.

³⁰⁵ <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

³⁰⁶ Petsche s.19.

³⁰⁷ Petsche s.19.

“yorum yapmak ve ulusal hukukun tamamlayıcı kaynağı olarak kullanılabileceği” belirtilmiştir.

Emredici normların uygulanmasında; Roma-I Sözleşmesi düzenlemeleri gibi kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin kodifikasyonlarında spesifik kurallarla, uygulanacak hukukun özellikle yargılamanın yeri (*forum*) ve diğer ilgili yargılama konularına ilişkin düzenlemelerine göre hakem heyetince göz önünde bulundurulur³⁰⁸. Bu gibi emredici normlar, genellikle hakem heyetleri tarafından, kararların icrailiği konularında özellikle bu normların taraflarca uygulanmaması durumlarında ele alınmaktadır³⁰⁹.

Uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda; zararın değerlendirilmesine uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur³¹⁰. Taraflarca sözleşmede uygulanacak hukuk kararlaştırılmamışsa, kurumsal tahkim kuralları genel olarak hakem heyetini boşluğu doldurması için yetkilendirmektedir³¹¹. UNCITRAL (*U.N. Commission on International Trade Law*) tahkim kurallarının madde 33/1’e ve “LCIA (*London Court of International Arbitration*)” tahkim kurallarının 22.3 maddesi; “kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuk olarak belirlediği hukuku uygula” şeklinde hakem heyetlerini yetkilendirmiştir. Benzer şekilde, ICC kuralları m. 21/1’de düzenlenen “uygulanacak maddi hukuk, tarafları, hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbest bırakmış ve bu hususta bir anlaşma yoksa, hakem heyetinin uygun gördüğü hukuku uygulamasını” hüküm altına almıştır.

Ulusal kanuni düzenlemeler, zarara ilişkin özellikle nedensellik (*causation*), zararın hafifletilmesi (*mitigation*), mahsup (*set-off*) gibi konularda gelişmiştir³¹². Bunun yanında, ICC gibi bazı kurumsal tahkim kuralları hakem heyetini, taraflar arasında yapılmış esas sözleşme hükümlerinde hukuk seçimi yoksa, ilgili ticari örf ve adetlerini göz önünde bulundurmasını hüküm altına almıştır. (ICC Kuralları m.21/2) Ancak zararın değerlendirilmesi konusu bakımından düzenlemeler belirsiz ise, hakem heyetinin uygulanacak ulusal hukuku zararın değerlendirilmesi konusunda test etmek veya desteklemek için kullandığı ve hatta nadiren de olsa uygulanacak hukuku değiştirdiği durumlar da ortaya çıkmaktadır³¹³. Örneğin, bazı sözleşmesel uyuşmazlık durumlarında, milli hukuku somut

³⁰⁸ Petsche s.19.

³⁰⁹ Petsche s.19.

³¹⁰ Gaillard, Emmanuel: *The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law: Leading Arbitrators’ Guide to International Determining the Applicable Law*, Arbitration, 2nd Edition, Juris Publishing, 2008; Heilbron s.10

³¹¹ Heilbron s.10.

³¹² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 49, m.55, m.100 vd. gibi maddeler örnek olarak gösterilebilir.

³¹³ Heilbron s.10.

olaya ilişkin uygulanabilirliğini test etmek için “UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*)” prensipleri kullanabilmektedir³¹⁴. 2016 yılında güncellenen prensiplerin 4.bölüm madde 7.13’ de zarar konusu ayrıntılı bir şekilde sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara yönelik düzenlenmiştir³¹⁵.

Benzer şekilde; birçok hukuk sisteminde, ayıplı malların neden olduğu zararlardan dolayı tedarikçinin şahsi sorumluluğu farklı kurallar ile düzenlenmiştir³¹⁶. Bazı ülkelerde haksız fiil bazı ülkelerde ise sözleşmesel sorumluluk söz konusudur³¹⁷. Bu farklı düzenlemeler nedeniyle, konu antlaşma’da ele alınmamasına rağmen³¹⁸; uygun düştüğü ölçüde 11 Nisan 1980 tarihli Viyana Satım Antlaşması’nın³¹⁹ madde 74-78 hükümleri kullanılabilir³²⁰. Uygulanacak hukuk için sözleşme referansları, kanunlar ihtilafi ilişkilerini çözmeye nazaran hakem heyetlerine uluslararası uyuşmazlıkların giderilmesi açısından kolaylık sağlamaktadır. Ancak bazı ulusal kanunlar ve kanunlar ihtilafi kuralları sözleşmeye direk uygulanacak hukuk belirlediğinden uluslararası prensiplerin ve anlaşmaların maddi hukuk olarak kullanılmasının önüne geçmektedir³²¹.

1997 yılında ICC tahkiminde görülen İspanyol ve Danimarkalı iki şirketin arasındaki dağıtım ve mal satım sözleşmesinden kaynaklı uygulanacak hukukun belirlenmediği uyuşmazlıkta hakem heyeti ICC Uzlaşma ve Arabuluculuk kurallarının 13/3 maddesine uygun olarak Viyana sözleşmesinin genel prensiplerini ve UNIDROIT Uluslararası ticari sözleşmeler prensiplerini dahil ederek uygulanacak hukuku belirlemiştir³²². Hakem heyeti taraflarca zarara ilişkin beyan edilen hafifletici neden iddialarını; uygulanacak hukukun belirlenmesiyle karara bağlamıştır. Hakem heyetinin kararında zararın değerlendirilmesi hususu; uyuşmazlığa konu zararın hafifletilmesi konusunun (*mitigation*) Viyana sözleşmesinin 77. maddesi ve

³¹⁴ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004: Bölüm 4, Madde 7; Heilbron ss.10-11.

³¹⁵ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

³¹⁶ Erdem,ERCÜMENT: Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, ss. 147; <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf>.

³¹⁷ Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich: International Sales Law, Oceana Publications, 1992, s. 46; Erauw, Johan/ Flechtner, Harry M.: Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character, The International Sale of Goods, Kluwer Law International, Hollanda 2001, s. 65; Erdem s.147; <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf>.

³¹⁸ Huber, Peter: Some introductory remarks on CISG, Internationales Handelsrecht, 6/2006; <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber-04.html>; Erdem s.148 (Erişim 04.02.2018).

³¹⁹ Erdem s.148.

³²⁰ Heilbron s.11.

³²¹ İngiliz hukukundaki örnek davalar için bkz. Beximo & ors v Shamil Bank of Bahrain E.C., 2004, EWCA Civ 19 ve Halpern & ors v Halpern & ors [2007] EWCA Civ 291; Ancak 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’nun 46/1 maddesi tarafların ulusal olmayan bir hukuku sözleşmeyle belirleyebileceklerini ifade etmektedir. Heilbron s.11.

³²² ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, N. 2, Sonbahar 1999, ss.75-78, Özet karar ve tüm metin için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=398>; Petsche ss.31-32.

UNIDROIT prensiplerinin 7.4.8 maddesinde düzenlenen zararın hafifletilmesi (*mitigation of harms*) düzenlemelerine atıfla yapılmıştır. Kurallara göre, sözleşmenin ihlali ile zarara sebep olan taraf zararın hafifletilmesi yönünde önlemler almak zorundadır (kâr kaybına yönelik dahil). Bu şekilde önlemleri almakta başarısız olan taraftan müspet zarara ilişkin indirim istenebilir (Viyana Sözleşmesi m.77).

ICC Tahkiminde görülen bir yargılamada uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği uyuşmazlıkta, hakem heyeti, uygulanacak hukukun olmadığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflarca kabul edilen sözleşmenin niteliğine göre “uluslararası sözleşmelerin genel standart ve kurallarını” göz önünde bulundurarak uygulanacak hukuku tespit etmiştir³²³. Uyuşmazlıkta, ulusal emredici hükümlere aykırı olmamak ve aksi kararlaştırılmamış olmak koşuluyla, sözleşmeye uygulanacak prensipleri seçebileceği yönünde karar verilmiştir.³²⁴

Uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ise, uluslararası hukuk zararın değerlendirilmesinde genellikle kullanılmakta olup, hakem heyetleri özellikle tahkimin bulunduğu yer ulusal hukukunda düzenlenen bazı kavram ve hükümlere atıf yapabilmektedir³²⁵. Ancak NAFTA gibi bazı çok taraflı sözleşmeler, uygulanacak hukukun sözleşmenin kendisi olması gerektiğini ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına göre belirlenmesini düzenlemiştir (m. 1131/1-Uygulanacak Hukuk)³²⁶. Bunun yanında; ABD’nin 2004 yılında Model İki Taraflı Sözleşmesi (*US 2004 Model BIT*) 30/1 maddesinde ise daha geniş bir değerlendirme ile, uygulanacak hukukun uluslararası kurallara ve uyuşmazlığa göre belirlenmesi düzenlenmiştir³²⁷.

Hakem heyetleri, “Tronc Commun” doktrinine göre³²⁸ tarafların ortak belirleyeceği hukuk sistemlerine göre yargılama kurallarını uygulayabilmektedir³²⁹. Taraflar, *tronc commun* uygulamalarına kendileri karar verebileceği gibi hakem heyetinin bağımsız bir kararıyla da uygulanabilmektedir³³⁰. İlgili kuralların elverdiği ölçüde ve büyük oranda benzerlik sağladığı durumlarda kullanılabileceğinden, bu metodun pratik sınırlamaları bulunmaktadır.

³²³ Özet karar ve tüm metin için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=716>.; Petsche s.32.

³²⁴ Avrupa Sözleşme Hukuku Prensiplerinin (The Principles of European Contract Law-2002) emredici kuralları düzenleyen madde 1/103 (Mandatory Law)’e göre düzenlemiştir .

³²⁵ Heilbron s.11.

³²⁶ Metnin tamamı için bkz. <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp> (Erişim 04.02.2018).

³²⁷ Metnin tamamı için bkz. <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>; Ayrıca 1984 ve 2004 model sözleşmeleri karşılaştırmasının yapıldığı New York Hukuk tarafından hazırlanan tablo için bkz. http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066871.pdf.

³²⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar ve tartışmalar için bkz. Rubino-Sammartano, Mauro: International Arbitration: Law and Practice, (3rd Ed.), Juris, 2014, ss. 675-680.

³²⁹ Ancel, Bertrand: The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience in International Arbitration, Journal of International Arbitration, V.7,N.3, 1990, s. 65.; Petsche s.30.

³³⁰ Petsche ss.30-31.

Uygulamada, iki yada daha fazla hukukun zorunlu olarak karşılaştırılması suretiyle uygulanması uyuşmazlığı daha karmaşık hale getirebilmektedir³³¹.

Taraflarca uygulanacak hukukun seçilmediği bazı uyuşmazlıklarda hakem heyetleri tarafından uygulanmaktadır. Örneğin, ICC tahkim yargılamasında Alman ve Yugoslav hukukunun “acente” kurumuna ilişkin ortak hüküm ve prensipleri uygulanmıştır³³². Fransız ve Tunus kanunlarının ortak kurallarının uygulandığı Avrupalı alıcı ve Tunuslu satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkta, ICC “Tronc Commun” doktrinine göre uygulanacak hukuk kurallarını uygulamıştır³³³.

Taraflar hazırladıkları sözleşmelerde sıklıkla, zararın nasıl tespit edileceği veya zarar tazminin sınırlandırılması ve aksi takdirde uygulanacak ilkeleri genellikle uygulanabilecek sözleşme hükümleri ışığında belirlemektedir³³⁴.

³³¹ Petsche s.31.

³³² Collection of ICC Arbitral Awards 1974–85, s.332, Dava Numarası 2886; Petsche s.31.

³³³ Collection of ICC Arbitral Awards 1986–90, s. 361, Dava Numarası 5103; Petsche s.31.

³³⁴ Heilbron s.11; Jones, Doug: Choosing The Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties , SacLJ, V.26, 2014, ss.911-941, s.911.

§ VII. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Zararın Hesaplanmasına Yönelik Temel Hükümler

Sözleşmeler, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yolları veya sözleşmeye aykırılık durumlarında uygulanacak konuları sıklıkla düzenlemektedir. Bu yüzden, hakem heyetinin uyuşmazlığın zarar konusuna ilişkin dikkate alması gereken ilk husus sözleşmede zarara ilişkin özel bir hükümün bulunup bulunmadığıdır³³⁵. Sözleşme serbesitisi gereği taraflar zarara ilişkin konuları düzenleyebilecektir, fakat, hakem heyetinin zarara ilişkin sözleşmelerde görebileceği en sık hükümler:

- A. Tasfiye edilmiş zararlar (Liquidated Damages)
- B. Sözleşmenin konusuna özgü bir formül veya algoritma
- C. Sözleşmede belirtilen bir üst değer, limit yada zarar konusunda sözleşme dışında bırakılan zarar veya kayıpları düzenleyen özel hükümler

A. Götürü Tazminat (Liquidated Damages)

Götürü tazminat şartı sözleşme hükümlerinde oldukça sık görülen hükümlerdendir. Ancak bazı hukuk sistemlerinde bu tür şartlar, cezai sonuçlarının kanıtlandığı takdirde bir tarafın götürü tazminat hükmüne bir bütünlük içinde dayanmak hakkını kaybettireceği düşüncesiyle normal hükümlere dönülmesi sağlanıldığından normatif bir baskı altındadır³³⁶. Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuku sistemlerini benimsemiş ülkeler bu savunmayı kabul etmektedir, fakat bazı hukuk sistemleri nadiren hakem heyetinin kararının fahiş kabul edildiği takdirde tasfiye edilmiş zararların indirilmesine izin vermektedir³³⁷.

Götürü tazminat uygulamasında, genellikle iki tür sözleşmesel düzenleme öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşmenin ihlali halinde uğranılan zarara ilişkin makul ve gerçekçi tahminlere dayanılarak belirlenen götürü tazminattır (*liquidated damage*)⁵²⁶. Diğeri ise, daha çok “borçluyu sözleşmeye uygun ifade bulunmaya sevk eden ve alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın kararlaştırılan cezai şart veya sözleşme cezasıdır (*contractual penalty / penalty clause / clause pénal*)⁵²⁷”.

³³⁵ Heilbron ss.19-20.

³³⁶ Heilbron s.20.

³³⁷ Heilbron s.20.

Fransız ve Hollanda hukuku götürü tazminatın, cezai şart olarak uygulanabileceğini düzenlemiştir. Fransız medeni Kanunu m. 1152/1 ile Hollanda Medeni Kanununun 94. maddesi genel olarak cezai şart hükümlerindeki miktarın zararın değerlendirilmesi veya teşvik niteliği taşıyabilme olasılığını önemsemeksizin hakime yüksek değerlerin makul hale getirilmesi için yetki tanımıştır³³⁸. Nitekim, Fransız Medeni Kanununun 1152/2 maddesi, hakimin istisnai durumlarda yani açık ve olağandışı şekilde aşırı olduğu (*manifestement excessive ou dérisoire*) durumlarda sözleşmedeki miktara müdahale edebileceğini düzenlemiştir³³⁹.

Türk Hukukun'da ise, yeni borçlar kanununun uygulamaya girmesiyle, benzer düzenleme sevk edilmiştir. TBK m. 227(2) uyarınca, “alıcının diğer haklarının yanında, ek olarak, genel hükümlere göre tazminat talep hakkı bağımsız³⁴⁰ olarak saklı” tutulmuştur³⁴¹. Bu düzlemde, TBK m. 112' nin koşulları dahilinde tazminat talep hakkı ayrıca değerlendirilecektir.³⁴²

“Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (*The Principles of European Contract Law*)”³⁴³ de konuyu Fransız ve Hollanda hukuk sistemlerindeki gibi ele almış, “Sözleşmeye Uygulanmamasında Üzerinde Anlaşılmalı Ödeme”nin (*Agreed Payment for Non-Performance*) düzenlendiği m. 9:509'de cezai şart hükümlerinin, hem cezai şart olarak hem de tasfiye edilmiş zarar işlevinde ele alınabileceğini düzenlemiştir. Eğer sözleşmede anlaşılan miktar, somut olaydaki bütün durumlar değerlendirildiğinde “aşırı derecede” (*grossly excessive*) olarak algılanırsa cezai şart miktarında m. 9:509/2 hükümlerine göre indirim yapılabileceği belirtilmiştir. Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri genel olarak düşük miktardaki sözleşmeye bağlı cezai şart konularını düzenlemede yetersiz görülmektedir.

Konuyla ilgili İngiliz hukukunda önemli olarak atfedilen, “Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd [1915] AC 79” tarafları arasındaki uyuşmazlığa ilişkin Lordlar Kamarası tarafından verilen kararda, hukuken icrailiği bulunmayan cezai şart ile tasfiye edilmiş zararlar arasında ayırım yapılabileceği ve tasfiye edilmiş zararların kabul edilebileceği belirtilmiştir. İnsiyatifi taraflara ait cezai şartların uygun

³³⁸ https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/.

³³⁹ Fransız Hukuku vd. hukuk sistemleri karşılaştırması için bkz. https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/.

³⁴⁰ Hakların özellikli yarışması görüşünün yeni uygulamayla terk edildiği, zira alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese dahi kusurlu satıcıdan tazminat talep edebileceği yönünde bkz. Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Cilt I, İstanbul, 2012, s. 113; Gürkan s. 125, Gümüş, Cilt I, s. 113.

³⁴¹ Gümüş, s. 113; Gürkan s. 125

³⁴² Gürkan s. 125

³⁴³ Sözleşmenin tam metni için bkz.

<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>

olmayacağı ve zarara ilişkin kısmın hukuki sınırlar dahilinde tazminat niteliği taşıması gerektiği vurgulanmıştır³⁴⁴. Lord Dunedin, bu farkı yöntem bakımından ortaya koyarken; sözleşmeye özgü zararın önceden tahmin edilerek belirlenmiş (*genuine covenanted pre-estimate of damage*)³⁴⁵ olmasının sözleşme yürürlüğe girdiği anda olduğunda (ex-ante) kabul edilebilecekken, cezai şartın bir ceza niteliğinde etkisini sürdüreceğini ileri sürmüştür. Sözleşmede bu konu değerlendirilirken cezai şart veya tasfiye edilmiş zarar olarak düzenlenip düzenlenmediği somut olaya göre ele alınacaktır³⁴⁶.

“Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak-UNIDROIT Prensiplerinin” tespit edilen tazminata ilişkin m. 7.4.13’te yer alan “sözleşmede yer alan aksine şartlara rağmen, kararlaştırılan bu cezai şart, ademi ifadan ve diğer hal ve şartlardan meydana gelen zararlarla mukayese edildiğinde açıkça aşırı ise makul bir meblağa indirilebilir”³⁴⁷ hükmü ile ulusal hukuk sistemlerindeki bakış açısı yansıtılmıştır.

Götürü tazminatı düzenleyen şarta ilişkin tartışmalardan biri de, şartın düzenlenme şekline ilişkindir. Tarafların arasındaki uyuşmazlık, şartın gerçekten bir tasfiye edilmiş zarar şartı mı olduğu yoksa, dar bir şekilde yorumlanması gereken ve zararın spesifik bir kısmı için (*örneğin: Gelecekteki kayıp*) uygulanabilecek nitelikte olup olmadığı noktasında toplanmaktadır³⁴⁸.

³⁴⁴ İngilizce ve Belçika hukuk sistemi konuyu benzer şekilde ele almaktadır. Detaylı okuma ve karşılaştırma için bkz. https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/

³⁴⁵ Örnek olayda belirlenmiş sözleşme şartı şu şekildeydi: “the sum of £5 for each and every tyre ... sold in breach of this agreement, as and by way of liquidated damages and not as a penalty”.

³⁴⁶ Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd [1915] AC 79 Kararının önemli noktaları ve özeti için bkz.

<https://mosaicprojects.com.au/casewatch/1034%20Dunlop%20v%20New%20Garage.pdf>

³⁴⁷ Süral s.64 ve s.132.

³⁴⁸ Heilbron s.20.

B. Sözleşmenin konusuna özgü bir formül veya algoritma

Taraflar, oluşması muhtemel bazı durumlar için hesaplama yöntemlerini sözleşmede belirleyebilmektedir. Bu bakımından, formül veya algoritma sözleşmeye aykırılıkla direk ilişkilendirilmek yerine oluşabilecek bütün zararların hesaplanması için kullanılmaktadır³⁴⁹. Uluslararası Mal Satım Sözleşmesinin 74. Maddesinde Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.” hükmü ile tazminat hesaplamasının nasıl yapılacağına ilişkin bir formül tarifi yapılmaktadır³⁵⁰. “Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir” hükmüyle mağdur tarafın isteyebileceği tazminat hakkı düzenlenmiştir.

Berliten düzenlemelerin yanında madde 74, zararın hesaplanmasına ilişkin başkaca bir bilgi içermemektedir. Satım hukukunda yaygın bir uygulaması söz konusu olan iki hesaplama yöntemi, “soyut ve somut zarar hesabı yöntemleri” sözleşmeden dönme ihtimali için madde 75 ve 76’da ayrıca düzenlenmiştir. Bu hesap yöntemlerinin uygulandığı ihtimallerde yine de genel hüküm olan m. 74 uyarınca diğer zararların tazmin edilmesi hakkı ise saklı tutulmuştur³⁵¹.

CISG uyarınca tazminat miktarının sınırı zararın kendisidir³⁵². Zarar gören sadece, “ihlalden dolayı uğradığı zararın toplamını talep etme” hakkına sahiptir. Zira, “tazminatın telafi edici bir işlevi” vardır³⁵³. Bu nedenle, prensip olarak “alacaklının sadece gerçekten ortaya çıkan ve aynı zamanda hesaplanabilir kayıpları” karşılanır³⁵⁴.

³⁴⁹ Heilbron s.20.

³⁵⁰ Türkçe metnin tamamı için bkz. <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf> ayrıca bkz. See Germany, LG München (Furniture case), 6 April 2000, CISG-Online.ch 665, İngilizce uyuşmazlık metni tamamı için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000406g1.html>

³⁵¹ Geisinger, Elliot: Tahkim Uygulamasında Zarar Miktarının Hesaplanması ve İspatı; Atamer, Yeşim M. / Baş Sützel, Ece/ Geisinger s.119-152.

³⁵² Süral s.64 ve s.132.

³⁵³ Bkz. Tatmin Bölümü

³⁵⁴ Süral s.64 ve s.132.

Örneğin, inşaat hukuku uyuşmazlıklarında³⁵⁵ ortaya çıkan zararların daha doğru hesaplanabilmesi için mahkemelerin kullandığı formüller sözleşmelerde yer alabilmektedir³⁵⁶. Yüklenicinin ana merkezin karşılanmayan sabit masraflarına yönelik talepleri, inşaat uyuşmazlıklarında sıklıkla karşılaşılan bir taleptir³⁵⁷. Bu sabit masraflar, süregelen tüm projeler yararına yapılır ve işletmenin geleceğini teminat altına alır. Bu sebeple, şantiyede yapılan masraflardan ve şantiyede yapılmaya bile tek bir projeye yönelik olan masraflardan ayrılırlar. Ana merkezin karşılanmayan sabit masrafları ise, iş sahibinin gecikmesinden kaynaklanır. Proje, iş sahibine yüklenebilen sebeplerden ötürü, sözleşmede öngörülen tarihten sonra bitirildiğinden yüklenici bu masraflara öngörülenden daha uzun bir süre için katlanır. Oysa sözleşmeden doğan geliri aynı kalır. Bu açıdan, yüklenicinin ana merkezinin sabit masraflarından bir kısmı karşılanmamış kalacaktır. Bu masraflara yönelik talepler, anılan açığın kapatılmasını amaçlar³⁵⁸. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeleri, bu tür zararın “matematiksel bir kesinlik” ile ispat edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir³⁵⁹. Bu sebeple, mahkemelerin uyuşmalık kurullarının ve hakem heyetlerinin, tarafların taleplerini makul şekilde hesaplayabilmeleri amacıyla bazı formüller yaratılmıştır.

Bu formüllerden ilki, Hudson’ın İnşaat ve Mühendislik Sözleşmeleri (*Hudsons Building and Engineering Contracts*) adlı kitabının ilk basılarından birinde önerilen ve “Hudson formülü” olarak anılan aşağıdaki hesaplama³⁶⁰:

$\frac{\text{Ana Merkezin Sabit Masrafları} + \text{Kar}}{100} \times \frac{\text{Sözleşme Bedeli Toplamı}}{\text{Sözleşme Süresi (gün olarak)}} \times \text{Gecikilen Gün Sayısı}$
--

³⁵⁵ Konuya ilişkin ileri okuma için bkz. Cushman, Robert F./ Carter, John D./ Gorman, Paul J./ Coppi, Douglas F.: *Proving and Pricing Construction Claims*, 3. Bası, Aspen Publishers/ Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2001; Furst, Stephen/ Ramsey (Sir), Vivian/ Hannaford, Sarah/ Williamson, Adrian/ Uff, John: “Keating on Construction Contracts”, 9. Bası, Sweet & Maxwell, London, 2012; Schwartzkopf, William/ McNamara, John J.: *Calculating Construction Damages*, 2. Bası, Aspen Publishers/ Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2001 ve 2016; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.119, dipnot 2.

³⁵⁶ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.139

³⁵⁷ Bu masraflar şu kalemleri içerir: Yönetici ve idareci personel maaşları, ilgili iş sahibinin sosyal yardım masrafları ve sigorta primleri, kira, yardımcı hizmetler, bilişim ve iletişim masrafları, ihale analizi masrafları, ihale teklifinin hazırlanmasına yönelik masraflar, sigorta primleri, herhangi bir proje ilişkin olmayan banka ve finans maaliyetleri; reklamlar ve tanıtım masrafları, genel hukuki danışmanlık vb. masraflar. Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.139

³⁵⁸ Ana Merkezin karşılanmayan sabit masraflarına ilişkin taleplerle ilgili olarak bkz. Cushman, Robert F./ Carter, John D./ Gorman, Paul J./ Coppi, Douglas F s.353 vd. ; Schwartzkopf / McNamara s. 121 vd.; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.139.

³⁵⁹ Schwartzkopf / McNamara s. 131.; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.139.

³⁶⁰ İnşaat Hukuku Derneği, Gecikme ve Aksama Protokolü, Ekim 2002, Ek-A, Tanımlar ve Terimler Listesi, s.57; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.139-140.

“Hudson Formülü”nde, ana merkezin sabit masrafları ve kâr ihale teklifinde belirtilen oranlar uyarınca belirlenir. “Hudson Formülü”nün gelişmiş bir modeli olan “Emden formülü”, aynı hesaplamayı kullanır. Fakat bu formülde, ana merkezin sabit masrafları ve kar, teklifte yer alan oranlar üzerinden belirlenmez. Bu iki kalem, yüklenicinin ticari defterlerine dayanarak sözleşme süresince yapılan gerçek rakamsal veriler esas alınarak belirlenir³⁶¹.

Amerika Birleşik Devletlerinde sıklıkla uygulanan bir başka formül ise, “Eichleay Formülü” olup, bu formülün orijinal hali aşağıdaki gibidir:³⁶²

$$\frac{\text{Toplam Proje Faturaları}}{\text{Sözleşme Süresince Tüm Projeler İçin Toplam Faturalar}} \times \text{Toplam Sabit Masraflar} = \frac{\text{İlgili Sözleşmeye Denk Düşen Toplam Ana Merkezin Sabit Masrafları}}{\text{Toplam Ana Merkezin Sabit Masrafları}}$$

$$\frac{\text{İlgili Sözleşmeye Denk Düşen Toplam Ana Merkezin Sabit Masrafları}}{\text{Sözleşmenin Fiilen İfa Edildiği Gün Sayısı}} = \frac{\text{Gün Bazında İlgili Sözleşmeye Denk Düşen Ana Merkezin Toplam Sabit Masrafları}}{\text{Gün Bazında İlgili Sözleşmeye Denk Düşen Ana Merkezin Toplam Sabit Masrafları}}$$

$$\frac{\text{Gün Bazında İlgili Sözleşmeye Denk Düşen Ana Merkezin Toplam Sabit Masrafları}}{\text{Sabit Masrafları}} \times \text{Geciklen Gün Sayısı} = \text{Ana Merkezin Karşılanmayan Sabit Masrafları}$$

³⁶¹ İnşaat Hukuku Derneği, s.57; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.140; Schwartzkopf / McNamara s. 150.

³⁶² Schwartzkopf / McNamara s. 137; Bu formül ismini, bir ABD mahkemesi kararından almaktadır: Eichleay Corp. v. ASBCA No. 5183, 60-2 BCA (CCH) ,2688, 1960.

“Eichleay Formülü”, ayrıntıları bu çalışmanın kapsamında ele alınmayacak bir çok değişikliğe uğramıştır³⁶³. Bazı uyuşmazlıklar, “Carteret Yöntemi”³⁶⁴ ve Allegheny Yöntemi”³⁶⁵ gibi başka formülleri gelişmesine neden olmuştur. Formüller, doğası gereği bir takım varsayımların ve genellemelerin üzerine kuruludur. Bu nedenle formüllerin somut olaylara uygulanmasının bazı hallerde mümkün yada yerinde olmayabileceğinden, bu yöntem eleştirilmiştir. Bilirkişilerin, giderek artan bir şekilde, sabit masrafların gerçekten ilgili projeye tahsis edilip edilmediğinin tespiti için, her somut olayda yüklenicinin muhasebe kayıtlarının incelenmesini talep ettikleri görülmektedir. Bunun ne kadar gerçekçi bir yaklaşım olduğu ise sorgulamaya açıktır³⁶⁶.

Öncelikle yüklenicinin muhasebe kayıtlarının bilirkişi incelemesinin gereği gibi yapılmasını sağlayacak şekilde tutulmuş olduğunun kabul edilmesi de bir varsayıma ve genellemeye dayanmaktadır. Oysa bu her zaman bu şekilde değildir. Bir çok yüklenicinin ana merkezinin bulunduğu yer hukuk sistemi, sabit masrafların yerel vergi düzenlemeleri nedeniyle belirli bir yöntem üzerinden muhasebeleştirilmesini gerekli kılar. Mali kayıtların tutulmasındaki mantık her zaman bir tazminat talebinin hesaplanması mantığı ile örtüşmez. Ana merkezleri bu hukuk sistemlerinde, bulunan yükleniciler için, uzmanları ve hakemleri tatmin edecek bir hesap analizinin gerçekleştirilmesinde ciddi sorunlar gündeme gelebilir.

İkinci olarak yüklenicinin ana merkezin karşılanmayan sabit masraflarının ne kadarlık bir kısmının, gerçekten ilgili projeye vakfedildiğinin belirlenmesinin mümkün olup olmadığı da çok tartışmalıdır. Bu konuda ister istemez zaman içinde, oynamalar söz konusu olacaktır. Söz gelimi, kurum içi (in-house) bir hukuk departmanının var olması halinde, projenin başlangıcında iş yükü fazla olmakla birlikte, projeye devam ederken bu yük azalır ve tahkime gidilmesi söz konusu olan bir uyuşmazlık ortaya çıktığında iş yükü tekrar artacaktır. Sonuç olarak, yüklenicinin ana merkezinin karşılanmayan sabit masraflarına ilişkin muhasebe kayıtlarına yönelik bilirkişi incelemesi hiçbir zaman “matematiksel bir kesinlikte” bir sonuç doğurmaz³⁶⁷.

Üçüncü olarak, yüklenicinin muhasebe kayıtlarının incelenmesi genellikle çok zaman alan ve maliyetli bir faaliyettir. Zaman ve maliyet sadece yüklenicinin muhasebe kayıtlarının

³⁶³ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.140; Schwartzkopf / McNamara s. 130-137.

³⁶⁴ Carteret Work Uniforms, Inc., ASBCA No. 1647.6, 61-651, 1951-1954; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.140.

³⁶⁵ Allegheny Sportswear, Co., ASBCA No. 4163, 581 BCA (CCH), 1684 (1958); Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.140.

³⁶⁶ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.140

³⁶⁷ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.141

incelenmesiyle alakalı değildir. Bu faaliyetler sıklıkla, usuli ve hukuki sorunları da beraberinde getirir. Örneğin, uyuşmazlık yüklenici ve alt yüklenici arasındaysa yüklenici haklı olarak işletmesiyle ilgili gizli bilgileri açıklamak istemez. Hatta, yükleneci tarafından yapılacak tam bir açıklama rekabet hukuku kurallarınca yasaklanmış dahi olabilir. Bu gibi zorluklarla –sık sık hatta etkin bir şekilde-³⁶⁸ baş edilebilse de tahkim süresince yine de sorun doğurmaya devam ederler. Bilirkişi değerlendirmesinin somut olaydaki sonucunun kendi içinde de bir takım varsayımlar ve kusurlar barındırdığı dikkate alındığında, bu değerlendirmenin, ilave bir zaman ve maliyete değer olup olmadığı sorusu kuşkusuz sorulmalıdır³⁶⁹.

Ne var ki, bütün bu söylenenler, ana merkezin karşılanmayan sabit masraflarının aslında belirli bir sözleşmeye tahsis edildiğini ispatlamak için yüklenicilerin olabildiğince fazla delil toplamaya gayret etmemesi anlamına gelmemelidir. Gerçek rakamların esas alındığı amprik hesaplama analizi, formüllere kıyasla her zaman üstün tutulur. Ancak amprik hesaplama analizinin mümkün olmadığı veya çok maliyetli olduğu kurguda, formüllerin kullanılmasının “en iyi ikinci çözüm” olarak kabul edilebileceğinin altı çizilmektedir. Bu değerlendirme, aşağıda “but-for terimi” ile “makul kesinliğin (reasonable certainty)” başlığı altında incelenen bazı tazminat taleplerinin doğası gereği varsayımsal olduğu konusunda yapılmış olan yorumları doğrulamaktadır³⁷⁰.

³⁶⁸ İnşaat tahkimi davalarında, gizli bilgilerin korunması ve birtakım bilgilerin sınırlı yayını hususunda bkz. Geisinger, Elliot: Confidential and Restricted-Access Information in International Arbitration, ASA Special Series No.43, Juris, New York, 2016; Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.142.

³⁶⁹ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger s.141

³⁷⁰ Bkz. Bölüm 2, “But-for Terimi” ve makul kesinlik kavramı tartışması

C. Sözleşmede belirtilen bir üst değer, limit yada zarar konusunda sözleşme dışında bırakılan zarar veya kayıpları düzenleyen özel hükümler

Zararlara üst bir değer belirleyen veya limit atayan hükümler sözleşmeye direk olarak dahil edilebileceği gibi, genel terimler veya durumların eklenmesiyle inkorporasyon yoluyla eklenebilmektedir.³⁷¹ Parasal bir limit veya sözleşme dışında bırakma şeklinde olabileceği gibi en sık rastlanan durum dolaylı veya şarta bağlı kayıpların sorumluluk dışında bırakılması şeklindedir. Taraflar; özellikle sorumluluğun düzenlendiği hükümlerde zarar konusunda, sözleşme dışında bırakılan zarar türü veya kayıpları içeren özel hükümler düzenleyebilmektedir. Örneğin; ilk versiyonu 1998 yılında düzenlenmiş 2010 yılında güncellenen FIDIC tarafından hazırlanan İnşaat Sözleşmesinin Şartları (*Conditions of Contract for Construction*)³⁷² belgesinin sorumluluğun sınırlanması konusunu düzenleyen 17.6 maddesinde “her tür iş kullanım kaybı, kar kaybı, sözleşmeden veya dolaylı yahut şarta bağlı kayıp ve zarar...” ifadesiyle tarafların sorumlulukları kısıtlanmıştır³⁷³. Dolaylı veya şarta bağlı kayıpların sorumluluk dışında bırakılması konusu, hakem heyeti tarafından sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uygun düşen uluslararası prensiplerle çıkarımlarla değerlendirileceğinden oldukça tartışma yaratabilen durumlar oluşturabilmektedir.

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Danışma Kurulu (CISG-DK)”, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG)” anlaşılmasına yardımcı olmak ve yeknesak bir biçimde yorumlanmasını yaygınlaştırmak ve desteklemek amacıyla 74, 75 ve 76. Madde ilişkilerini sözleşmelerden doğan zararların giderilmesinde kullanılan tazminat hesaplama yöntemine ilişkin görüşünde özetle: ³⁷⁴

“... Madde 75 ve 76, madde 74’ü ikame etmemediği; aksine, bu maddelerin zarara uğrayan tarafa, sözleşmeden dönülmesi durumunda tazminatın hesaplanması için kullanılabilir alternatif yöntemler sunulmaktadır. Ayrıca, madde 75 ve 76 uyarınca

³⁷¹ Heilbron s.20.

³⁷² Haziran 2010 yılında güncellenen versiyonun tam metni için bkz. <http://www.ebrd.com/downloads/procurement/project/mdbgcv3unprotected.pdf>; Sorumluluğun sınırlandığı özel durumların orijinal metindeki ifadesi: “loss of use of any Works, loss of profit, loss of any contract or for any indirect or consequential loss or damage...”

³⁷³ Heilbron s.20-21.

³⁷⁴ CISG-DK Görüşü No. 8, CISG Madde 75 ve 76 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 15 Kasım 2008. Raportör: Profesör John Y. Gotanda, Villanova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Villanova, Pennsylvania, ABD. Bu Görüş Av. Mustafa Şenel (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2011-2012 Willem C. Vis Uluslararası Farazi Ticari Tahkim Yarışması Takım Üyesi) tarafından tercüme edilmiş ve Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından kontrol edilmiştir. Tam metin için bkz. https://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_8_SON.pdf

talep edilecek tazminat, zarara uğrayan tarafı, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir konuma getirmemesi gerektiği ifade edilmiştir...³⁷⁵

Uluslararası muhasebe standartlarına göre sektörel tipik sözleşmeler için de benzer bir limit düzenlenmektedir³⁷⁶. Örneğin inşaat sektöründe, sözleşmeden kaynaklanan zararların hesaplanması için TMS 11 İnşaat Sözleşmeleri Standardı'na göre "toplam sözleşme maliyetlerinin toplam sözleşme gelirini aşması muhtemel ise beklenen zarar inşaat sözleşmesinin zararlarla sonuçlanacağı tahmin edildiği yıl gider olarak" finansal tablolara yansıtılmaktadır³⁷⁷ (TMS 11, paragraf 36). TMS 11 İnşaat Sözleşmeleri Standardı'na göre; "toplam sözleşme maliyetlerinin toplam sözleşme gelirini aşması muhtemel ise beklenen zarar gider olarak finansal tablolara yansıtılır. Muhasebenin ihtiyatlılık ilkesine uygun olan bu yaklaşım tamamlanma yüzdesi yönteminde sözleşmenin zararlarla sonuçlanacağı tahmin edildiği yıl gider kaydedilmesini" gerektirmektedir³⁷⁸. Böylelikle, toplam sözleşme maliyetlerinin toplam sözleşme gelirini aşmasının muhtemel olduğu yıl kaydedilecek olan gider tutarının belirlenmesinde geçmiş dönemlerde raporlanan kârlar dikkate alınmaktadır. Sözleşme süresi içerisinde herhangi bir yılın zararlarla sonuçlanması fakat sözleşme sonucunun kârla sonuçlanmasının beklenmesi; maliyetlerde önemli bir artış meydana gelmesi fakat maliyetlerdeki artışın sözleşme kârından fazla olmaması durumunda meydana gelir. Bu durumda yapılacak olan muhasebe kaydı, sözleşmenin kâr ile sonuçlanmasında yapılacak olan muhasebe kaydı ile aynıdır. Buradaki fark, sözleşme süresinin herhangi bir yılında işletmenin zarar raporlamasıdır.

³⁷⁵ CISG-DK Görüşü No. 8, CISG Madde 75 ve 76 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması

³⁷⁶ Yılmaz, Fatih: TMS-11 İnşaat Sözleşmeleri Standardının İşletmeler Üzerindeki Etkisi: İMKB'de Hisse Senetleri İşlem Gören Bir İnşaat Şirketi, Yönetim, Yıl 20, Sayı 64, s.8-26.

³⁷⁷ Şengür, Dilek: İnşaat Sözleşmelerinde Zararın Muhasebeleştirilmesi Ve Raporlanması, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2013, C.18, S.2, s.357-371.

³⁷⁸ Alagöz, Ali: TMS:11 İnşaat Sözleşmeleri Standardı Çerçevesinde İnşaat İşlerinde Sözleşme Maliyet ve Gelirlerinin Muhasebeleştirilmesi, Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, s.1-38.; Şengür s. 370.

§ IX. İspat Yükü Açısından Mevcut Dellillerin İlişkisi

İspatı gereken vakıalar taraflarca dayanılan ve aralarında çekişme konusu olan vakılardır. Kararda varılacak hukuki sonuç bakımından, davanın sonucuna etkili vakıaların ispatı gerekir³⁷⁹. Bu vakıalar, hakem heyetinin “vereceği kararı etkileyen” ve hakemlerin “karar verirken dikkate alması gereken” vakılardır³⁸⁰. İspat yükü ise tarafların iddia ve savunmasını dayandırdığı olayların gerçekleştiğini göstermelerine ilişkin usüli bir yüküdür³⁸¹.

Hakem heyetleri, özel hukuk davalarında ispat yükü konusunu olasılıklar ışığında değerlendirilmesi prensibini de içeren tahkim yargılamasına uygulanacak yasal prensiplerin temelinde zararı değerlendirilmesini sağlamalıdır. Gerçekten de, hakem heyetleri iddia sahibinin zarar ve zararın miktarına ilişkin yükümlülüğü yerine getirdiğinin karara yansıdığından emin olmalıdır³⁸². İspat yükünün dağılımına ilişkin kurallar ise taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan bir vakıanın hakemlerde (hakimde) kanaat oluşturmaya yetecek ölçüde ispatlanamaması halinde bunun sonuçlarına hangi tarafın katlanacağını gösterir³⁸³.

İspat yükünün esasa uygulanacak hukuka mı usule uygulanacak hukuka mı tabi olduğu bir vasıflandırma meselesidir. Zira ispat yükü geleneksel Müşterek Hukuk’a göre usule ilişkin, Kıta Avrupası hukukuna göre ise esasa ilişkin bir meseledir³⁸⁴. Türk Hukuku’nda kıta Avrupasına Benzer şekilde ispat yükü esasa ilişkin bir mesele olup, milletlerarası ispat yükü uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tabi tutulmalıdır³⁸⁵.

İspat yükü, esasa ilişkin bir mesele olarak ele alındığında, hakemler, esasa uygulanan hukukun ispat yükünün dağılımına ilişkin bağlı olup takdir yetkileri yoktur³⁸⁶. İddia eden tarafın ispat yükünü taşıması gerektiği kural olarak kabul edilmektedir³⁸⁷. Apotex v. United States hakem heyeti ispat yükünü fiili vakıları hakem heyetinin yargılama yapabilmesi için

³⁷⁹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usül Hukuku, Vedat Kitapçılık, Eylül 2018, 6. Baskı, s. 601-603.

³⁸⁰ YHGK, 25.09.2002 T. 2-617/648; Gökyayla, Cemile Demir : Milletlerarası Tahkimde Belge İbrarı, Vedat Kitapçılık, Nisan 2014, İstanbul, s.32.

³⁸¹ Pekcanitez / Atalay /Özekes, s.540, Ok, Birsen : Türk Medeni Yargılama Usul Hukukunda Senedatın İbrarı Mecburiyeti, İstanbul 2008, s.38-39.

³⁸² Heilbron s.19.

³⁸³ Pekcanitez / Atalay /Özekes s.540; Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrarı Mecburiyeti, 2010, 1. Bası, İstanbul, s. 67; Gökyayla s. 32.

³⁸⁴ Gökyayla s. 33, Swiss Rules of Arbitration Art. 24, p.3, Almanya’da tahkim uygulamalarında ispat yükü için ayrıca Bkz. Sachs, Klaus: Use of Documents and Document Discovery: Fishing expeditions versus Transparency and Burden of proof, (Schieds VZ 2003, s. 193-198, Beck Online)

³⁸⁵ Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 2011, 19. Bası, İstanbul, s.386, Gökyayla s.32-33, Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 12. Bası, s. 450-451.

³⁸⁶ Gökyayla s.32-33.

³⁸⁷ Higgins, Andrew: Open Door Disclosure in Civil Litigation, 16 International Journal Evidence & Proof, 2012, s.298, HeinOnline; Gökyayla s.32-33.

iddia makamına (*claimant*) yüklemiştir³⁸⁸. *Resolute Forest Products v. Canada* tahkim yargılamasında UNCITRAL kurallarına göre hakem heyeti *Apotex v. United States* hakem heyetinin kararına atıfla ispat yükünü iddia sahibi *Resolute Forest*'a yüklemiştir³⁸⁹.

ICC Tahkim Kurallarında özel bir düzenleme bulunmazken, Milletlerarası İsviçre Tahkim Kuralları madde 24 ve UNCITRAL tahkim kurallarının 27 (1) maddelerinde de ispat yükünün iddia eden tarafa ait olduğuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin yanında, ispat yükü ile delillere ulaşma imkanı birbirinden farklı mütaala edilmelidir³⁹⁰. Belge ibrazı, tarafların kendi ellerinde olmayan delillere ulaşmalarını sağlar, bu bakımdan iddia eden diğer tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bir belgeyi elde etmek için hakemlerin yardımını isteyebilecektir³⁹¹. İspat yüküne ilişkin kurallar sadece davanın hangi tarafının neyi ispatlaması gerektiği ile ilgilidir. İspat yükünü taşıyan tarafın delilleri ne şekilde elde edeceğine dair bir belirleme yapılmamaktadır³⁹².

Uluslararası zararın değerlendirilmesinde esasa alınacak belgelerin ibrazı ile ispat yükü arasındaki ilişki ise; tarafların ispat yükü taşıyıp taşımadığı ve ispat yükünü gerçekleştirebilmek için gerekli belgelerin ibrazının isteme yetkisi konularında ele alınmaktadır. Doktrinde baskın görüşe göre; taraflar, sadece ispat yükü kendilerine düşen vakıaların ispatı için diğer taraftan belge ibraz etmesini isteyebilirler. Davanın sonucuna etkili vakıalar hakkında belge ibrazı istenebilmektedir. Bu nedenle, taraflar davanın sonucuna etkili ve ispat yükünü taşıdıkları vakıaları ispatlayarak davayı kazanabilecekleri için diğer tarafın elindeki belgelerin kendilerine verilmesini isteyebilirler³⁹³. Böylece sadece davanın sonucuna etkili belgelerinde değil, ancak ibraz isteminde bulunan tarafın bu belge olmadan ispat yükünü yerine getirmiş sayılamayacağı belgelerin ibrazı istenebilir. Tarafların ispat yükünü taşımadıkları vakıaları ispatlamak amacıyla istedikleri belgelerin ibraz istemi reddedilmelidir. Bu nedenle belge ibrazı istemi hakkında karar vermeden önce hakemler ispatlanabilmesi için belge ibraz edilmesi gereken vakıayı ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tespit etmelidir³⁹⁴.

Diğer görüşlere göre ise, ibraz isteminde bulunan tarafın ispat yükünü taşıması ya da taşınamaması, belgeyi davayla daha az ilgili veya davanın sonucuna daha az etkili yada

³⁸⁸ *Apotex v. the United States* tahkim kararı için bkz. dipnot 216.

³⁸⁹ *Resolute Forest Products Inc. v the Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13; Kararın Tam Metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/4940>

³⁹⁰ Gökyayla s.34.

³⁹¹ Gökyayla s.34.

³⁹² Derains, Yves: Towards Greater Efficiency In Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2006, s.86; Gökyayla s.35.

³⁹³ Gökyayla s.35.

³⁹⁴ Derains s.87, Gökyayla s.35.

hakikatin ortaya çıkması bakımından daha az önemli yapmaz. Hakemlerin görevi hakikati bulmak olduğundan, belge ibrazı isteminde bulunan tarafın ispat yükü taşıması, o belge olmadan ispat yükünü taşımaması nedeniyle ibraz talebinin reddedilmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim, IBA Kurallar'nda tarafların sadece ispat yükünü taşıdığı vakıları ispatlamak için belge ibrazı isteyebileceklerine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır³⁹⁵.

Uygulamada hakem heyetleri belgelerin sunulma istemini ve gerekçelerini tablolar yardımıyla takip ederek, karara etki eden belgeleri kategorize etmekte, bu belgelerin vakıalarla ilgisini ve neler olduğunu tasnif ederek belge ibrazı talep eden tarafın gerekçesini yorumlamaktadır. Ayrıca belge ibrazı isteminin gerekçesine itirazları da karşı taraftan dinleyerek belge ibrazı istemine ilişkin bir karar vermektedir³⁹⁶. Churchill Mining v. Indonesia ICSID hakem heyetinde bu yol ile ispat yükü taşıyan tarafın gerçekten de ispat yükü taşıyıp taşımadığı, karşı tarafın buna cevabı ve iddianın doğru olmadığını gösterdiğini iddia ettiği belgelerin ibrazı istemleri birlikte değerlendirilmiştir³⁹⁷.

³⁹⁵ Waincymer, Jeff: Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer, 2012, s. 859.

³⁹⁶ Churchill Mining PLC and Planet Mining PTY Ltd. v. Republic of Indonesia (ICSID Case No.Arb/12/14 and arb/12/40)

³⁹⁷ Tam metni incelemek ve belge ibrazına ilişkin karar analizini görmek için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1373.pdf>

A. Delillerin İbrarı

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi, sıklıkla yasal meselelerin çözümlenmesi ve somut olaylara ilişkin sorumluluğun belirlenmesi konularından daha zor olabilmektedir³⁹⁸. Uluslararası tahkim yargılamasına katılan tarafları temsil eden avukatlar nadiren muhasebe ve ekonomi bilgilerine sahip olmaktadır³⁹⁹. Her ne kadar bilirkişi delillerini anlayarak zor hukuki meseleleri çözmeye alışkın olsalar da, bilançolar, kar ve zarar hesapları ve muhasebe prensipleriyle çözülen sorunlara ancak aşinalık seviyesinde kalabilmektedirler⁴⁰⁰. Yine de, tahkim yargılamasında mahkeme üyelerinin muhasebe ve ekonomi bilgileri veya spesifik hukuki bir alandaki profesyonel anlamdaki yetersizlikleri nedeniyle taraflar ve mahkeme profesyonel analize dayalı ibraz edilen delilleri dikkate almak zorundadır. Hakem heyeti, verilerin ve önemle ileri sürülen varsayımların doğruluğunu teyit edebilmek için verilen bilgileri değerlendirebilmeye ihtiyaç duymaktadır.

Bilirkişiler, profesyonel mesleklerinin icrasını ve kanaatlerini mahkemenin karara varabilmesine yönelik destekleyici görevde oldukları konusunda bilgilendirilmektedir⁴⁰¹. Bu durum sıklıkla ihmal edilmekte ve bilirkişilerin etki altında kalarak sundukları delillerin⁴⁰² reddedilmelerine neden olmaktadır⁴⁰³.

Uygulamada birçok tahkimde, taraflar sadece kendi ispat yükünü taşıdıkları vakıalar için değil aynı zamanda diğer tarafın söylediklerinin doğru olmadığını ortaya çıkarmak için belge ibrazında bulunulmasını isteyebilmektedir. Bu ibraz isteminin kabul edilebilmesi için vakıanın hakikat olmadığını ispat yükü ibraz isteminde bulunan tarafın olmalıdır. Aksi halde ibraz isteminin kabul edilmemesi gerekir. Zira ibraz isteminde bulunan taraf ispat yükünü taşımamaktadır⁴⁰⁴.

Milletlerarası tahkimde belge ibrazına ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamaktadır⁴⁰⁵. Milli hukukların bu yaklaşımı, milletlerarası tahkimin taraf iradelerinin baskın olduğu esnek bir yargılama yöntemi olarak geliştirilmesi amacına uygundur. Milli hukukların uluslararası tahkimde belge ibrazını düzenlememesi nedeniyle, milletlerarası tahkimde belge ibrazı usülü,

³⁹⁸ Heilbron, Hilary: *Assesing Damages In International Arbitration: Practical Considerations*, Journal Of Damages In International Arbitration, Brick Court Chambers, Londra, 2014, Vol.1 No.1, s. 6 www.arbitrationlaw.com.

³⁹⁹ Heilbron s.6-7.

⁴⁰⁰ Heilbron s.7.

⁴⁰¹ Heilbron s.7.

⁴⁰² Mahkeme tarafından kabul edilmesi zorunlu olan ve yargılama sürecine dahil edilmesinde bir engel bulunmayan uyumsuzluğun esasına ilişkin iddiaları ispatlayan deliller olarak tanımlanmaktadır. Black's Law Dictionary, 1990, s. 47; Gökyayla s. 22.

⁴⁰³ "Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration" by the Chartered Institute of Arbitrators 4, 7.4 ve 8 maddeleri; Heilbron s.7.

⁴⁰⁴ Derains s.87, Gökyayla s.37.

⁴⁰⁵ Gökyayla s. 299.

tarafarca veya hakemlerce düzenlenmelidir⁴⁰⁶. Uluslararası Barolar Birliği (IBA), taraflara ve hakemlere belge ibraz usulünü düzenlemek için yol gösterici bir metin hazırlamıştır. Bu kapsamda, Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları ortaya çıkmıştır⁴⁰⁷.

Uluslararası Tahkimde belge ibrazının hukuki temelini, hukuki dinlenilme hakkı ve uluslararası tahkimde hakim olan dürüstlük kuralları oluşturmaktadır. Doktrindeki kabul gören görüşe göre; ispat yükünü taşıyan taraf belge ibrazı isteyebilir. Bu bakış açısıyla, IBA kuralları, sadece davanın sonucuna etkili ve davayla ilgili belgelerin ibrazına izin vermiştir. Davanın sonucuna etkili olmayan belgelerin ibrazı istenemez çünkü tarafların davanın sonucunu etkili olmayan ve tarafın ispat yükünün taşımadığı bir belgeyi delil olarak ikame etme imkânına kavuşamaması o tarafın hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmez⁴⁰⁸.

IBA Kuralları, taraflara belge ibrazına karşı koyma imkanı tanımaktadır. IBA Kuralları'nın 9. Maddesi, milletlerarası tahkimde kabul edilemez delil olarak ifade edilen delilleri düzenlemektedir⁴⁰⁹. Kabul edilemez deliller yargılamada tarafların iddialarını ispatlamak için hakemlere sunamayacakları delillerdir. İbrazı istenen belge, IBA Kuralları anlamında kabul edilemez bir belgeyse o belgenin ibrazına itiraz edilebilir ve belge ibraz edilemez. Bir belgenin kabul edilemez bir belge niteliğinde olup olmadığına hakemler karar verecektir. Uluslararası tahkimde, kabul edilebilir olup olmadığı konusunda karar vermek yetkisi hakemlere aittir⁴¹⁰. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda açık bir düzenleme olmamasına rağmen hakemler bu yetkiye sahiptir. UNCITRAL Model Kanunu madde 19/2'de, hakemlerin yetkilerinin "delillerin kabul edilebilir olup olmadıklarını, davayla ilgili ve sonucuna etkili olup olmadıklarını belirleme ve delilleri takdir etme yetkisini" de içerdiği açıkça

⁴⁰⁶ Gökyayla s. 299-300.

⁴⁰⁷ Milletlerarası Ticari tahkimde, delillere milletlerarası bir standart oluşturmak için, tecrübeli hakemler tarafından geliştirilen uygulamaları kodifiye edilmiştir. 1999 ve 2010 yıllarında iki defa revize edilmiş kurallar geniş uygulama alanı bulmaktadır. Uygulanacak Hukuk ve Deliller ile ilgili ayrıntılı inceleme için bakınız. Aygül s. 131 vd.; İngilizce metin için https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

⁴⁰⁸ Gökyayla s. 300.

⁴⁰⁹ Uluslararası tahkimde deliller "admissible" ve "inadmissible" deliller olarak sınıflandırılmaktadır. Türk Uluslararası Tahkim Doktrininde delillerin kabul edilebilirliği ifadesi başka yazarlara da kabul edilmektedir. Bkz. Aygül, Musa: Milletlerarası Ticari Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, Konya, 2013; Gün, Mehmet: Milletlerarası Tahkimde Yazılı Deliller, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Nisan 2010, s. 133-203, Gökyayla s.22.

⁴¹⁰ Gökyayla s.25

düzenlenmiştir⁴¹¹. Buna göre hakemler belgenin ibrazını emredebilir veya ibrazını talebini reddedebilir⁴¹².

Uluslararası tahkimde belge ibrazında tarafların dürüstlük kurallarına uygun davranmaları son derece önemli bir husustur. Kendi aleyhine delil teşkil etme ihtimali olan bir belgeyi, kendi arşivlerinde arayıp bulup üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan diğer tarafa teslim etmek aslında dürüstlük kuralının bir gereği olup, dürüstlük kurallarına uygun davranılmaması uluslararası tahkimde belge ibrazı başarılı olunamadığı anlamına gelmektedir. Tarafların dürüstlük kurallarına uygun davranmayarak belgeyi ibraz etmemeleri halinde hakemlerin bu davranışa hukuki bir sonuç bağlama yetkileri vardır. Uluslararası tahkim yargılamasında hakemler, IBA Kuralları uyarınca, ibraz edilmeyen her belgenin ibraz etmeyen taraf aleyhine olduğu sonucuna varabilir. Ancak; hakemler bu yönde karar verebilmek için kuralların bağladığı sıkı koşullar altında, ibraz edilmeyen belgenin aleyhe doğurabileceği sonuçlarla ilgili bilgilendirmeye ve ibraz etmeyen tarafa son bir fırsat vermeye gayret etmektedir.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi belge, uluslararası ticari tahkimde de inandırıcılığı en yüksek delil olarak kabul edilmektedir. Milletlerarası ticari ilişkiler, belgeler üzerinden yürütülmektedir. Günümüzde özellikle elektronik belgeler, milletlerarası ticari hayatın bir parçası haline gelmiştir. Belgelerin ibrazı bakımından, hukuk sistemleri arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukukunda, özellikle ABD hukukunda, taraflar, dava ile ilgili lehlerine ve aleyhlerine olsun ya da olmasın, ellerinde bulunan tüm belgeleri karşı tarafa vermek (*discovery*) zorundadır⁴¹³. Kıta Avrupası sisteminde ise, Roma hukukundan beri kabul edilen “kimse kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz” ilkesi hakimdir.

IBA kuralları sadece belirli belgelerin değil, davalı şirketin belli bir konudaki ve zaman dilimindeki yönetim kurulu kararları veya davalı şirketin sözleşmesinin ifası sırasında tuttuğu günlük raporlar gibi belli bir kategorinin de ibrazının istenmesine izin vermektedir⁴¹⁴. IBA Kuralları'nın belge kategorisinin ibrazının istenebilmesine izin vermesi, IBA Kuralları'nın

⁴¹¹ Tam metin için bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf; Ayrıca Kurumsal ve uluslararası tahkim kurallarında düzenlenmiştir. Ör: ICSID Kuralları m. 34/1; AAA Kuralları 20/6; IBA Kuralları m.9/1, İsviçre Tahkim Kuralları m.25/7, Ayrıntılı karşı. Gökyayla s. 25.

⁴¹² Gökyayla s. 300-301.

⁴¹³ Türk Hukukunda, hakimin uyuşmazlık konusu şeyi inceleyerek onun hakkında duyu organlarıyla bilgi edinmesine keşif denir. (HMK m. 288) Bkz. Kuru Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder:Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012, s. 442; Pekcanitez/ Atalay / Özekes, s. 442; Aygül s. 326; IBA Kuralları m. 7, UNCITRAL Model Kanun m.24/2, MTK m.12/ A/1, WIPO Tahkim Kuralları m. 50. Ayrıntılı karşılaştırma ve bilgi için bkz. Çalışkan, Yusuf: Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, İstanbul, 2008, s.74

⁴¹⁴Gökyayla s. 300.

Anglo-Sakson Hukuku ile Kıta Avrupası hukukunu bir potada erittiği noktalardan birisidir⁴¹⁵. IBA Kuralları'nda ne Avrupa'daki hukuk sistemlerinde genellikle olduğu gibi münferit bir belgenin ibrazı ile sınırlı bir belge ibraz prosedürü benimsenmiş, ne de Anglo-Sakson Hukuku'ndaki gibi davayla ilgili her türlü belgenin taraflar arasında teati edilmesini öngören bir usul benimsenmiştir⁴¹⁶. Daha sade ve pratik bir şekilde ortak bir belge ibrazı usulü düzenlenmiştir.

Tarafın belge ibrazı talebi, böyle bir sözleşme hükmüne veya kanuna dayanıyorsa IBA Kuralları'ndaki belge ibrazı koşulları aranmaz. IBA Kuralları, sadece usul hukukuna ilişkin bir belge ibrazı yükümlülüğü düzenlemektedir. Maddi hukuktan doğan belge ibrazı yükümlülüğü, IBA Kuralları'nın dışında kalmaktadır. Ancak pratik birtakım gerekçelerle, maddi hukuktan doğan ibraz yükümlülüğünün usulü düzenlenirken hakemler IBA Kuralları'ndan yararlanabilir⁴¹⁷. Birçok ülkede, örneğin Arap ülkelerinde, yargılama usulüne ilişkin kanunların delilleri düzenleyen emredici hükümleri tahkimi, özellikle de iç tahkimi etkileyebilmektedir. Tahkimin etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak muhafaza edilebilmesi için, yargılama usulü kanunlarında yer alan delillere ilişkin emredici hükümlerin milletlerarası tahkime mümkün olduğu kadar az müdahale etmeleri gerektiği isabetle ifade edilmiştir⁴¹⁸.

Türk Hukuku'nda; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenen belge ibrazı ile IBA Kuralları arasındaki en temel fark, HMK'nun benimsediği usulde belgelere ibraz isteyen tarafca ilk önce delil olarak dayanılması ve belgelerin mahkemeye delil olarak ibraz edilmesidir. HMK, tarafları ilk önce bir iddiada bulunmaya ve daha sonra bu iddiayı ispatlayan delilin ibrazını istemeye zorlamaktadır⁴¹⁹. Böylece “fishing expeditions” mümkün olmayacak, diğer taraftan mahkeme bu belgeleri inceleyeceği için ibraz isteyen tarafın bu belgeyi delil olarak kullanmaya ya da kullanmamaya karar vermesi de mümkün değildir⁴²⁰. Uluslararası tahkimde ise, IBA kuralları uyarınca, belgeler sadece belge ibrazını isteyen tarafa verileceği için bu belgelerin delil olup olamayacağı konusunda nihai kararı ibraz isteminde bulunan taraf verecektir. Böylece IBA Kuralları'nda belgeden delile ulaşılrken, HMK sisteminde delilin ibrazı sağlanmaktadır. Bu nedenle, Gökyayla, HMK uyarınca belge yerine delillerin ibrazı daha doğru bir kurum olarak görülmekte ve Türk Hukuku'nda belge

⁴¹⁵ Gökyayla s. 300.

⁴¹⁶ Gökyayla s. 300-301.

⁴¹⁷ Gökyayla s. 301.

⁴¹⁸ El-Kosheri, Ahmed S. / Wahab, Mohammed S. Abdel: Trends in Document Production in Egypt and the Arab World, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2006 Speacial Supplement, s.174; Gökyayla s. 46.

⁴¹⁹ Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 221; Gökyayla s.46.

⁴²⁰ Gökyayla s. 301.

ibrazı kurumunun daha uygun olacağı hususunu vurgulamaktadır⁴²¹. Bunun yanında, IBA Kuralları'nın belge ibrazı usulü açısından Türk Kamu düzenine veya MTK'nda yer alan emredici hükümleri ibraz etmemekte ve uyumludur⁴²².

Uluslararası ticari tahkimde, belge delil olarak tercih edilmesine ve öncelikli olarak kullanılmasına rağmen, tanık da kullanışlı bir delildir. Tanık delili hakkında hukuk sistemleri arasında çok temel farklılıklar bulunmakla birlikte uluslararası tahkim uygulamasında, hem Anglo-Sakson hem de Kıta Avrupası sisteminin⁴²³ özelliklerini taşıyan prensipler ve standartlar oluşturulmuştur⁴²⁴. Tanık delili hakkında, uluslararası tahkim uygulayıcıları tarafından oluşturulan ve benimsenen prensip ve standartları yansıtan metin olan IBA Kuralları uygulanmaktadır⁴²⁵. Buna göre, uluslararası ticari tahkimde, tanık delili için getirilmiş, tarafların tanık olmaması gibi milli hukuk sistemlerinde yer alan sınırlamalar uygulanmamaktadır. Günümüzde uluslararası ticari tahkim uygulamalarında, doğrudan veya dolaylı şekilde vakıalara ilişkin herhangi bir bilgiye sahip olan⁴²⁶, taraflar da dahil herkes, tanık olarak kabul edilmektedir⁴²⁷. Örneğin davada taraf olarak iddia ve savunmada bulunan kişi⁴²⁸, temsilcileri,⁴²⁹ tarafın ortağı⁴³⁰, tarafın eşi veya akrabası,⁴³¹ temsilcisi tahlil şirket

⁴²¹ Taraflar tahkim usulüne uygulanacak hukuku veya uygulanacak kuralları kararlaştırılmamışsa veya bu hukukta veya kurallarda belge ibrazına ilişkin düzenlemeler yoksa tahkim yeri hukukunun belge ibrazına ilişkin düzenlemeleri uygulanır. Burada tahkim yeri hukukunun maddi hukuku değil varsa tahkimde belge ibrazına ilişkin kuralları uygulanmalıdır. Kalpsüz, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara, 2010, s.90; Gökyayla s. 45. Ayrıca Bkz. MTK m. 12 ve m.17

⁴²² Gökyayla s. 302.

⁴²³ Avusturya gibi bazı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde tanık ve belge eşit delil olarak kabul edilmekte ve birinin diğerine önceliği bulunmamaktadır. Aygül s. 229, dipnot 506;

⁴²⁴ Moses, Margeret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, New York 2008, s. 170; Wolf, John A./ Preteroti, Kelly M.: Written Witness Statements: A Practical Bridge of the Cultural Divide, American Arbitration Association: Handbook on International Arbitration Practice, New York, 2010, s.211; Aygül s. 229;

⁴²⁵ Bühler, Michael / Dorgan, Carrol: Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, Novel or Tested Standards?, Journal of International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA International Arbitration Congress, No: 13, 2007, s. 789-797; Aygül s. 230.

⁴²⁶ ICC Case No. 4815, Procedural Order of 9 June, 1987; Dominique, Hascher (ed.): Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996, s. 130 (2nd edition, 1998). Bu tahkim uygulamasında, tanık kişisel bilgisi olduğundan dolayı sözlü olarak ifade vermek üzere tahkim duruşmasında dinlenmiştir. Tanık beyanı hakem heyeti tarafından kabul edilebilir delil olarak karara esas alınmıştır.

⁴²⁷ Berger, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, Vol II, Austin 2009; Ayrıca bkz. İsviçre Tahkim Kuralları m.25/6; Aygül s. 233.

⁴²⁸ Tanıklık yapacak kişi ile taraf arasında çıkar çatışması da olabilir.

⁴²⁹ Eğer taraf temsilcilerinin tanık sıfatıyla dinlenmeleri kabul edilmiş ise, bu temsilcilerin duruşmaları takip etmelerine genellikle izin verilmemektedir. Ancak, çok görülmesi de, bütün tanıkların duruşmalarda bulunulmasına izin verildiği hallerde, tanıklık yapan temsilcilerin de duruşmalara katılabilecekleri ifade edilmektedir. Bkz. Gaillard, Emmanuel / Savage, John: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague/ Boston/ London, 1999, s.700; Aygül s. 233.

⁴³⁰ Bir ABD şirketi ile Çin şirketi arasındaki uyuşmazlığa ilişkin SCC Tahkim Kurallarına tabi bir davada hakem mahkmesi, taraflarca bildirilmeyen davacı şirket ortağı tanık olarak dinlenmiştir. Bkz. O'Malley, Nathan D. : Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide, London, 2012, s. 108; Aygül s. 233.

⁴³¹ Frederica Lincoln Riahi v. The Islamic Republic of Iran davasında, davacı hem kendisini hem de kendisini tanık olarak bildirmiştir. Hakem heyeti, davalının itirazlarını reddederek davacıyı ve eşini tanık olarak

çalışanı⁴³², hem bağımlı hem bağımsız hukuki danışmanı⁴³³, ticari ortakları⁴³⁴ dahil olmak üzere taraflar ile mali, iktisadi, içtimaî, ailevî veya işçi-işveren ilişkisi içinde olması, tanıklığa engel kabul edilmemektedir.

Tanıkla ilgili uluslararası ticari tahkimde standart uygulamalardan birisi de, tanık beyanlarının duruşmadan önce yazılı olarak sunulmasıdır. Bu bakımdan taraflar ve avukatlar ile görüşmemiş ve yazılı beyanları sunulmamış tanıkların, duruşmada dinlenilmesinin nadiren olduğu ileri sürülmekte olup, sebebi olarak uluslararası tahkim yargılamasının yazılı usuüle dayanması gösterilmektedir.⁴³⁵ Ancak kural olarak, yazılı tanık beyanlarının delil olarak kabulü, tanığın karşı tarafça sorgulanması amacıyla hazır bulunmasına bağlıdır.⁴³⁶ Tanık beyanlarının yazılı olarak verilmesi Türk usül hukukuna yabancı bir kurum olup, Akıncı ve Aygül'e göre MTK'ya tabi olan bir tahkim davasında tanık beyanlarının yazılı olarak verilebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim Türk uluslararası tahkim uygulamasında da hakemlerin genellikle tanıkların beyanlarını yazılı olarak verilmesine karar verdikleri ifade edilmektedir.⁴³⁷

dinlemiştir. O'Malley s. 108; Aygül s. 233; Kararın İngilizcesi için bkz. Riahi v. Iran, Interlocutory Award No. ITL 80-485-II (June 10, 1992), reprinted in 28 Iran-U.S. Cl. Trib. 176. <https://core.ac.uk/download/pdf/73972268.pdf>

⁴³² O'Malley s. 108; Aygül s. 233.

⁴³³ O'Malley s. 108; Aygül s. 233.

⁴³⁴ O'Malley s. 108; Aygül s. 233.

⁴³⁵ Blackaby, Nigel: Witness Preparation- A Key to Effective Advocacy in International Arbitration, Arbitration Advocacy in Changing times, ICCA Congress Series No. 15, s. 118; Aygül s. 248.

⁴³⁶ Lew, Julian D. M./ Mistells, Loukas A. / Kröll, Stefan M. : Comperative International Commercial Arbitration, The Hague 2003, s. 570; Aygül s. 248.

⁴³⁷ Akıncı, Ziya: Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure, New York, 2011, s. 124; Aygül s. 250.

B. Bilirkişilerin Rolü

Uluslararası ticari tahkimde, bilirkişi delili de önemli bir yer tutmaktadır⁴³⁸. Uluslararası ticari tahkimde hem Anglo-Sakson hukukunda uygulanan bilirkişilerin taraflarca atanması usulü hem de Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanan bilirkişinin hakem mahkemesince atanması usulü birlikte uygulanmaktadır⁴³⁹. 1976 tarihli UNCITRAL tahkim Kurallarında bilirkişiye ilişkin düzenleme m.27/4'te bu iki sistemin bilirkişiye ilişkin düzenlemelerindeki uzlaşmacı düzenlemeyle ortaya çıkmıştır⁴⁴⁰. Taraflarca atanan bilirkişiler⁴⁴¹ bakımından en önemli mesele taraf-bilirkişilerin bağımsızlığıdır. Taraf-bilirkişiler aldıkları ücret karşılığında (*hired gun*)⁴⁴² teknik bir konuda rapor hazırlamaktadırlar. Bir çok davada neticeyi belirleyen en önemli faktör bilirkişi raporu olarak ifade edilmektedir⁴⁴³. Bu sebeple, ücretlerini aldıkları taraf lehine taraflı davranabilmektedirler. Uluslararası ticari tahkimde taraf bilirkişilerin de bağımsız olması yönünde bazı düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak taraf-bilirkişide aranan bağımsızlık hakem mahkemesince atanan bilirkişide aranan bağımsızlıktan farklıdır. Taraf-bilirkişisinde göreceli ve profesyonel anlamda bir bağımsızlık aranmaktadır. Hakem heyetince atanan bilirkişi, hakem heyetini temsilen görevini ifa edeceği için aynı hakemler gibi tarafsız olmalıdır. Taraf-bilirkişi ise atanma aşamasında⁴⁴⁴, kendisini atayan tarafın talimatları ile hareket eder. Bu nedenle, ücreti bir tarafça ödenen ve o tarafın talimatlarıyla hareket eden

⁴³⁸ Doktrinde bilirkişi, “bir davada çözümü (halli) hakim tarafından bilinmeyen (hukuk dışında) özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne (rey ve mütaalasına) başvuru üçüncü kişi (kişiler)” olarak tanımlanmaktadır. Kuru Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, s. 429; Aygül s.264

⁴³⁹ Poudret, Jean-François/ Besson, Sébastian (Tercüme: Berti, Stephan V./Ponti, Anette): *Comperative Law of International Arbitration*, London, 2007, s. 560; Sachs, Klaus/ Lörcher, Torsten: *Arbitration in Germany The Model Law Practice*, 2007, s. 335; Aygül s. 265. Ayrıca bilirkişilerin atanma usulü bakımından her iki sistemin avantaj ve dezavantajlarının değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. Waincymer s. 932 vd.; Sachs, Klaus/ Schmidt-Ahrendts, Nils: *Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence*, ICC Congress Series, No:13, 2011, s. 135-147.

⁴⁴⁰ Aygül s. 271; Waincymer s. 538;

⁴⁴¹ Ulusal ve Uluslararası Tahkim Düzenlemelerinde Taraf- Bilirkişi konusu için bkz. UNCITRAL Model Kanun m.23; İngiliz Hukuku'nda 1996 tarihli Tahkim Kanunu m. 37; Fransız yada İsviçre gibi ulusal hukuk sistemlerinde taraf-bilirkişi hakkında bir düzenleme bulunmayan ülkelerde dahi, taraf bilirkişi raporları kabul edilmektedir. Bkz. S Sachs/ Ahrendts s. 936; Aygül s.273; Ayrıca Türk Hukuku'nda da UNCITRAL Model Kanun'daki düzenleme benimsenmiştir. MTK m. 12/A/2'ye göre, hakem heyetince atanan bilirkişinin raporlarını sunmasından sonra duruşmada dinlenmesi sırasında kendi seçtikleri özel bilirkişileri dinletebileceklerdir. Türk Hukuku'nda bu hüküm ile birlikte, taraf bilirkişisi uygulaması kabul edilmiş olmaktadır. Kalpsüz s. 93

⁴⁴² Aygül s. 280.

⁴⁴³ Jorgensen, Jacob C.: *Expert Witnesses in Danish Arbitration*, ASA Bulletin, Kluwer Law International, Vol. 26, Issue 3, 2008, s. 489, Aygül s. 325.

⁴⁴⁴ Taraf hakimiyeti sistemine (adversarial) uygun olarak, her bir taraf kendi bilirkişisini belirler ve onunla birlikte çalışır. Özellikle teknik yada karmaşık davalarda izah edilmesinde taraflara yardımcı olan bu kişi yada kuruluşlar (taraf-bilirkişisi) veya “uzman görüşü” (*party-appointed experts, expert witness*) olarak adlandırılmaktadır. Allen, Ronald R. : *Overview: The Common Law Systems*, yeri: EJISVOOGEL, Peter V. : *Evidence in International Arbitration Proceedings*, 1994, s. 15-20; Aygül s. 268; Craig, /Laurance W. / Park, William W. / Paulsson, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, 2000, s. 442

taraf bilirkişisinin bağımsızlığı ile mahkemece atanan bilirkişinin bağımsızlığı arasında bir fark olması tabidir.⁴⁴⁵

Taraf-bilirkişi raporlarının delil olarak kabulü, aynen tanıklarda olduğu gibi duruşmada dinlenmesine ve taraflarca sorgulanmasına bağlıdır. Karmaşık ve büyük davalarda, taraflar birden fazla taraf-bilirkişi raporları sunabilirler. Uluslararası ticari tahkimde, eğer taraflar açıkça kararlaştırmamışlar ise, objektif ve tarafsız olmayan bilirkişi raporlarına uygulanacak kurallar bulunmamaktadır. Dolayısıyla, birbirleriyle çelişen bilirkişi raporları söz konusu olabilir⁴⁴⁶. İşte bu raporların verimli ve seri bir şekilde doğruluğunun test edilmesi için milli mahkemelerde bilinmeyen yeni teknikler geliştirilmiştir. Bunlardan birisi de tanıklar için de uygulanabilen, taraf bilirkişilerin konferans usulü (*witness conference veya hot tubbing*) sorgulanmasıdır⁴⁴⁷. Bu yöntemde, hakemler ve taraflar uzmanların sorgulanmasında konu başlıklarını belirlemekte, taraflar ve hakemler bu konular hakkında her iki uzmana da soru sormaktadır. Böylece uzmanların, neden farklı görüşte olduğu ve bu farklı görüşlerden hangisinin doğru olduğu ortaya çıkmaktadır. Bundan başka, uygulamada hakemler her iki uzman görüşüne ortak rapor hazırlama görevi vererek duruşmadan önce teknik konuların uzmanlar tarafından birlikte değerlendirilmesini sağlamak ve uzmanların uzlaştığı teknik konuları ortak bir rapor halinde sunmaları istenmektedir. Söz konusu ortak raporda, uzmanların farklı görüşte olduğu hususlar gerekçeli olarak belirtilmekte ve böylece uzman kişilerin anlaştığı ve anlaşamadığı teknik konular ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁸. Konferans usulü bazı davalarda tanıkların ve bilirkişilerin sorgulanmasında tercih edilmesine rağmen bütün davalar için uygulanabilecek bir yöntem de değildir⁴⁴⁹. Türk Hukukunda, bu gibi durumlarda, hakemler özellikle tarafların itirazlarını da dikkate alarak, bilirkişinin raporunun gereği gibi anlaşıldığından emin olmalıdır⁴⁵⁰. Yargıtay'ın bir kararında ifade edildiği üzere “oy çokluğu ile verilen bilirkişi raporlarında, hakem, ek bilirkişi raporu almadan ve gerekçe göstermeden rapora itibar edemez”⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ Taşpınar, S.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 142 vd.

⁴⁴⁶ Varady, Tibor: International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective, 2009, s. 537; Aygül s. 270

⁴⁴⁷ Peter, Wolfgang: Witness Conferencing, LCIA Arbitration International, Volume 18, Number 1, 2002; Heilbron s. 9.

⁴⁴⁸ Atamer, Yeşim M. / Baş Süzöl, Ece/ Geisinger, Elliot: Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları I, 21 Şubat 2015, s.53.

⁴⁴⁹ ICC Tahkim Kurallarının 25/3. Maddesinde, hakem heyetinin taraflarca atanmış bilirkişisinin dinlenmesine karar verilebileceği kabul edilmiştir. Van Houtte, Vera: Party-Appointed Experts and Tribunal-Appointed Experts, yeri: Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports The International Colloquim of the CEPANI, Ekim 15, 2004, s. 135-154; Aygül s. 274; Benzer düzenlemeler, LCIA Tahkim Kuralları m. 20/2, 1997 tarihli ICDR Tahkim Kuralları m. 22/4, SCC Tahkim Kuralları m. 28, WIPO Tahkim Kuralları m. 55/c yer almaktadır.

⁴⁵⁰ Atamer, / Baş Süzöl/ Geisinger s. 57.

⁴⁵¹ Yargıtay 15. HD. 1994/545 E. , 1994/3093 K., 12.05.1994 T.

Bilirkişi incelemesi, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK)” 266 ile 287’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerin hiçbirinde doğrudan bilirkişinin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte HMK m. 266/f. 1, c. 1’den çıkartılır, bilirkişi, bir davada “özel veya teknik bilgi gerektiren”, “hâkim tarafından çözümü bilinmeyen konularda” oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi olarak tanımlanabilir⁴⁵². Nitekim gerekçesinde de ifade edildiği üzere “bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması amacıyla hazırlanmış olan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (Bil. K.)”³ m. 2/f. 1-b’de “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” şeklinde doktrindeki benzer bir bilirkişi tanımı yapılmıştır⁴⁵³.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde, hakem heyetinin de bilirkişi atama yetkisi kabul edilmiştir. Hakem heyeti, taraflar ile istişare ederek, atanacak bilirkişiyi tespit etmektedir. Uluslararası tahkimde genel bir kural olarak, hakem heyetince atanan bilirkişinin bağımsız olması gerektiği kabul edilmektedir. Hakem heyetince atanan bilirkişilerin bağımsızlığı bakımından hukuk sistemlerinde hakemlerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere atıf yapılmaktadır. Türk hukukunda bilirkişilerin bağımsızlığı hakkında açık bir düzenleme bulunmasa bile, hakem heyetince atanan bilirkişinin bağımsız olması gerekir⁴⁵⁴. Taraflara eşit davranılması ve hukuki dinlenilme hakkına dair düzenlemelerden bu sonuca rahatlıkla ulaşılabilir. Hakem heyeti, ancak teknik konularda bilirkişi ataması yapabilir; kendi görev alanına giren konularda bilirkişi görevlendiremez. IBA Kuralları madde 6/1’de, “belirli konular”la ilgili rapor sunmak üzere, MTK m.12/A/1’de ise hakem heyetinin “belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere” bilirkişi atanmasından bahsedilmiştir⁴⁵⁵. Tahkim mahkemesi, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyduğu konuları taraflar ile istişare ederek tespit

⁴⁵² Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 301; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, bs. 3, Ankara, 2017, s. 2741; Özbay, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Bs. 2, Ankara, 2013, s. 323-324; Atalı, Murat /Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018, s. 525; Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Bs. 2, Ankara, 2018, s. 260; Akil, Cenk: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Verdiği Kararı 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararın Tahlili, AÜHFD, C. 60, S. 3, 2011, s. 699-700; Tanrıver, Süha; Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, s. 15

⁴⁵³ Aygül s. 266

⁴⁵⁴ Aygül s. 266; Türk Hukukunda bilirkişilerin tarafsız olarak görevlerini yapmalarını sağlayacak unsurlardan birisi de adli yargı adalâet komisyonu huzurunda yemin etmesidir. (HMK m. 271/1) Bilirkişilerin tarafsızlığını bir diğer husus ise, hakimler için kabul edilen yasaklılık ve ret sebeplerinin bilirkişiler için de kabul edilmiş olmasıdır. (HMK m.272); Ayrıca Bkz. Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet s. 662

⁴⁵⁵ Kalpsüz s. 91; Aygül s. 308.

edebileceği gibi, kendiliğinden de belirleyebilir⁴⁵⁶. Ancak hakem heyetinin re'sen bilirkişi incelemesine karar verdiği hallerde, taraflarında görüşünü alması tavsiye edilmektedir⁴⁵⁷. Hakem heyeti, prensip olarak tarafların ileri sürmediği ve delil listesinde bulunmayan bir konu hakkında bilirkişi atanmasına karar veremez. Yine hakem heyeti, taraflardan birinin iddialarını yada savunmalarını destekleyecek şekilde bir bilirkişi atamasından kaçınmalıdır⁴⁵⁸. Tarafların, hakem heyetine verdiği yetki ve görevler tarafların izni olmaksızın bilirkişiye devredilemez. Bilirkişinin temel görevi taraflara “eşit davranma ilkesi”ne ve “hukuki dinlenilme hakkına” riayet edilerek, hakem heyetinin kararına yardımcı olacak bir bilirkişi raporu hazırlamaktır⁴⁵⁹. Taraflar, bilirkişi raporuna itiraz edebildikleri gibi, bilirkişinin duruşmada sorgulanmasını da talep edebilirler. Hakemler tarafından tayin edilen bilirkişi raporuna taraflardan birinin, bazı durumlarda her ikisinin de itiraz etmesi muhtemeldir. Uygulamada sıklıkla, tarafların itirazlarının değerlendirilmesi için yine aynı bilirkişilerden ek rapor yazılması istenmektedir⁴⁶⁰. Yargıtay bir kararında, tarafların bilirkişi raporuna itiraz etmeleri durumunda, ek rapor alınmasını yeterli bulmamış ve yeni bir bilirkişi heyeti oluşturulması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda: ⁴⁶¹

“ Dava konusu olayda, ikisi teknik, diğeri konusunda uzman bulunmayan kişilerden oluşturulan bilirkişi kurullarından alınan asıl ve ek rapora dayanılarak sonuca varılmıştır. Davada tek bir bilirkişi heyetinden alınan rapora dayanılarak karar verilmesi doğru olmamıştır.”

Taraflar bilirkişileri bizzat sorgulayabilecekleri gibi, kendi seçtikleri özel bilirkişiler aracılığıyla sorgulayabilirler⁴⁶². Hakem heyeti, kendisi tarafından atanmış olsa bile, delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi gereğince bilirkişi raporu ile bağlı değildir⁴⁶³. Bütün itirazlar ya da görüşlerden sonra bilirkişi raporu, hakem heyeti için diğer deliller ile birlikte serbestçe değerlendireceği bir delil olup, ⁴⁶⁴IBA Kuralları m.6/7'ye göre hakem heyeti, bilirkişi

⁴⁵⁶ O'Malley s. 168-169; Aygöl s.308.

⁴⁵⁷ Waincymer s. 953; Aygöl s.308.

⁴⁵⁸ O'Malley s. 168-169; Aygöl s.308.

⁴⁵⁹ Atamer, / Baş Süzel/ Geisinger s. 57

⁴⁶⁰ Atamer, / Baş Süzel/ Geisinger s. 57-58

⁴⁶¹ Yargıtay 15 HD. 2004/7307 E., 2005/2802 K., 05.05.2005 T. ; Atamer, / Baş Süzel/ Geisinger s. 58.

⁴⁶² Aygöl s. 269.

⁴⁶³ Fenton s.285; Aygöl s.324.

⁴⁶⁴ Van Houtte s.149;Aygöl s. 324.

raporunu dava ile ilgili bütün şartları dikkate alarak değerlendirecektir. Diğer bir ifade ile bilirkişi delilinin diğer delillere bir önceliği ve üstünlüğü bulunmamaktadır⁴⁶⁵.

Uluslararası ticari tahkimde, hakemler genellikle avukatlar ya da genel olarak hukukçular arasından seçildiği için, uyuşmazlığın çözümünde bazı teknik sorunlar ile karşılaşabilir. Örneğin tahkim mahkemesi, dava konusu zarar miktarının tespiti amacıyla bilirkişilerin yardımına ihtiyaç duyabilir⁴⁶⁶. Uluslararası ticarete, bilirkişilere, malların yada iktisadi değeri haiz kıymetlerin değerinin hesaplanması, maldaki ayıbın etkileri ve sonuçları, kaybedilen para miktarının hesaplanması, makine ve inşaat mühendisliğini ilgilendiren konularda teknik noktaların izahı için müracaat edilmektedir. Özellikle yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim davalarında, zararın hesaplanmasında, bilirkişi incelemesine müracaat edilmektedir⁴⁶⁷.

Zarar iddiası, çok belirgin durumlar haricinde bilirkişi beyanı olmaksızın ileri sürülmemektedir. Kar kayıplarına veya herhangi bir ticari işteki kıymet noksanlığına ilişkin karmaşık zarar hesaplamalarında, bilirkişi beyanları disiplinlerarası olaya ilişkin değerlendirmeleri içeren ispat araçları gerektirmektedir. Dolayısıyla uluslararası ticari tahkimde karmaşık hesaplamalar ve yüksek teknolojiye ilişkin sorunlar, dava konusu eşyanın niteliği ve zararın hesaplanmasında karmaşık yöntemler gibi durumlar söz konusu olduğunda hakemler, bilirkişinin yardımına muhtaçtırlar⁴⁶⁸. Somut olaya ilişkin gelecekteki olasılıkları belirlemek, sıklıkla olayı ilgilendiren sektörün somut olay tarihine kadar ve gelecekteki performansı açısından önem arz etmektedir⁴⁶⁹.

Bilirkişi beyanında esas, somut olaya ilişkin vakıalar temelinde hukuki olarak açıklamaktır. Bilirkişi ise, ancak kendisine sunulan gerçeklik ne kadar iyi ise o kadar iyi değerlendirmede bulunabilecektir. Kıyas, hesaplama ve diğer bütün usuller somut olaya ilişkilendirilmeli ve belgelendirilmelidir. Uluslararası tahkim yargılamalarındaki bilirkişi bakımından görüş ayrılıkları, bilirkişilik kurumunun tahkim yargılamasındaki maliyet yüksekliği sebebiyle tahkim yargılmasına bilirkişinin dahil edilme derecesi hususunda toplanmaktadır. Bu hususa bağlı olarak temel argümanlardan önemli bölümü, bilirkişinin

⁴⁶⁵ Van Houtte s.149; O'Malley s. 188; Aygül s. 324.

⁴⁶⁶ Blackaby, Nigel/ Partasides, Konstantine/ Redfern, Alan/ Hunter Martin: Redfern and Hunter on International Arbitration, New York, 2009, s. 407-408; Lew/ Mistells/Kröll s. 575; Aygül s. 292

⁴⁶⁷ Fenton, Ruth: A Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals use Experts in International Commercial Arbitration?, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol 6:2, 2006, s. 286; Aygül s. 292.

⁴⁶⁸ Baker, Stewart Abercombie/ Davis, Mark David: The UNCITRAL Rules in Practice: The experience of the Iran-United States Tribunal, Netherlands, 1992, s. 126-127; Derains, Yves/ Schwartz, Eric: A Guide to the ICC Rules of Arbitration, The Hague, 2005, s. 278, Aygül s. 265.

⁴⁶⁹ Heilbron s.7; Aygül s. 264 vd.

ücreti ve iddia edilen zarar miktarına ücretin oranı olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁰. Eğer yargılamanın esası ve zarara ilişkin yargılama süreci ayrılırsa (*bifurcation*), bilirkişinin tahkim yargılama sürecinde başlangıçtaki katılımı daha az olacağından, başlangıçtaki bilirkişi maliyetleri nispeten azalacaktır. Ancak, esas ve zarara ilişkin yargılama süreci ayrılmasına rağmen yine de bilirkişilerin dinlenilmesi gerekecek, ayrıca istisnai durumlar haricinde fiili durumların teknik yönüyle incelenmesi gerekecektir. Örneğin, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi süreçlerinde, uygulamaya katılan taraflar uyuşmazlık konularının sıklıkla önemli miktarlar olduğundan yargılama sürecinin başında daha fazla sayıda bilirkişiyi sürece dahil etmek istemektedir⁴⁷¹.

Taraflar açısından uygun bir bilirkişi tayin edilmesi, ilgili tarafın iddiası veya savunması açısından belirleyici olduğundan oldukça önemlidir. Hatta bir görüşe göre, Uluslararası tahkim davalarında en önemli hususun, bilirkişinin seçimi olduğu dahi ifade edilmektedir⁴⁷². Bilirkişiyi süreç içinde erken belirlemek, uluslararası tahkim yargılamasında somut olayı ilgilendiren alandaki bilirkişi miktarı ve diğer tarafça atanması ihtimali değerlendirildiğinde uygulamada stratejik önem kazanabilmektedir. Uluslararası tahkim yargılaması uygulamalarında bilirkişi seçiminde önemli unsurlar; tecrübe, uzmanlık ve güvenilirlik olarak ortaya çıkarken daha önce uluslararası tahkimde görevlendirilmiş veya kurumsal tahkim listesinde yer alması zararın değerlendirilmesini yapacak bilirkişiler açısından aranan kriterlerdendir. Ancak, kural olarak bilirkişinin bilgisi ya da tecrübesi, akademik yada buna benzer bir eğitime dayanmak zorunda olmasa da İspanya gibi ülkelerde, bilirkişilerin belirli koşullarda akademik dereceye sahip olması aranmaktadır⁴⁷³. ICC gibi bazı kurumsal tahkim merkezleri bilirkişi listeleri tutmaktadır. Dolayısıyla taraflar bu gibi merkezlerden yardım alabilmektedir⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Heilbron s.8

⁴⁷¹ Aygül s. 264 vd.

⁴⁷² Ehle, Bernd: Practical Aspects of Using Expert Evidence In International Arbitration, yeri Roth, Marianne/ Geistlinger, Michael(eds.): Yearbook on International Arbitration, Vol II, Vienna 2012, s. 77; Aygül s. 278

⁴⁷³ Kreindler, Richard: Possible Future Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, yeri: Böckstiegel, Karl-Heinz/ Berger, Klaus Peter/ Bredow, Jens (eds): The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, Köln, 2010, s. 95; Aygül s. 279

⁴⁷⁴ Kalpsüz s. 86; Aygül s. 279.

İKİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ ile
HAKEM KARARLARININ
YABANCI PARA ÜZERİNDEN VERİLMESİ, KARARDA FAİZ ve
YARGILAMA GİDERLERİ

Ş I. ULUSLARARASI TAHKİMDE ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Zararın değerlendirilmesine ilişkin karar nihayetinde bir tahkim kararı olduğundan, icrailiği taraflar ve ulusal kamu düzenleri bakımından değerlendirilecektir. Bunun yanında, zarar konusu çoğunlukla (tatmin hariç) paraya ilişkin kararları ifade ettiğinden miktarın hangi para biriminde olacağı, uygulanacak faiz miktarı ve dönemi ile yargılama giderlerine ilişkin sorumluluk konularıyla birlikte değerlendirilmektedir.

Taraflar, genellikle, somut olaydaki zararın oluşmasını sağlayan fiil ile uygun illiyet bağı sağlanamadığı takdirde zarara ilişkin sorumlu tutulamazlar. Daha açık bir ifade ile, haksız fiil ile zarar veya zararın bir kısmı arasında doğrudan bir ilişki olmalıdır. Şöyle ki, haksız fiile ilişkin olaylarda zararın, fiil ile bağının tespiti mutlaka değerlendirilmektedir. Sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklardan çok, haksız fiile ilişkin konularda daha yaygın görülmekte olan “nedensellik (*causation*)” konusunda hakem heyetleri, geriye dönük olarak bilinen olaylar ve oluşan zararın ilişkisini tespit için değerlendirmelerde bulunmaktadır. Zararın değerlendirilmesini yaparken, olmasaydı-olurdu yaklaşımı nedenselliğin tespitini de kolaylaştırmaktadır. Nedensellik testi, ifade edildiği üzere zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının tespiti için kullanılmaktadır. Başka bir ifade ile, eğer mağdur taraf için hukuka aykırı fiil olmasaydı olacak ekonomik durumda değişiklik yoksa zararın olmadığı değerlendirilecektir. Uluslararası tahkimde görülen uyuşmazlıklarda zararın değerlendirilmesi çerçevesinde, gelir kaybı ve nedensellik, olmasaydı oluşacak durumu ifade eden “but-for” kavramı ile tespit edilmektedir. Kavram, müşterek kusur (*müterafik*) gibi nedenselliğin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar zararın değerlendirilmesinde nedenselliğin kapsamını kısıtlamakta olup zararın miktarını azaltmaktadır. Zararın değerlendirilmesinde sorumluluğun tespiti ve özellikle seçilen yöntemdeki finansal hesaplamaların mantıklı temelini oluşturmada kullanılmaktadır.

B. Nedensellik ve Tamamiyet: “But for” Terimi

1. Nedensellik ve Zararın Uzaklığı

Taraflar, genellikle, somut olaydaki zararın oluşmasını sağlayan fiil ile uygun illiyet bağı sağlamadığı takdirde zarara ilişkin sorumlu tutulamazlar. Daha açık bir ifade ile, haksız fiil ile zarar veya zararın bir kısmı arasında doğrudan bir ilişki olmalıdır. Şöyle ki, haksız fiile ilişkin olaylarda zararın, fiil ile bağının tespiti mutlaka değerlendirilmektedir. Sözleşmeye ilişkin uyumsuzlıklardan çok, haksız fiile ilişkin konularda daha yaygın görülmekte olan “nedensellik (*causation*)” konusunda hakem heyetleri, geriye dönük olarak bilinen olaylar ve oluşan zararın ilişkisini tespit için değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Sözleşmeden kaynaklı uyumsuzlıklarda, telafi edilebilir zararlarda zararın kapsam ve derecesini ifade eden zararın uzaklığı kurumunun nedensellik konusundan daha fazla göz önüne alınması gerekmektedir. Uzaklık, oluşan zararın veya zararın derecesinin sözleşmenin uygulamaya girdiğinde veya girmesi öngörülen tarihte tasarlanıp tasarlanmadığı konusunu ifade etmektedir. İngiliz hukukunda,⁴⁷⁵ doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayrım Hadley v Baxendale davası referans alınarak yapılmaktadır⁴⁷⁶. Hadley v Baxendale davası kapsamında, doğrudan zararın tanımlanmasına ilişkin karara göre “*adil ve makul şekilde değerlendirilen...doğal olarak ortaya çıkan yani hayatın olağan akışına uygun (usual course of things)*” iddia sahibinin yoksun kaldığı yararın piyasa değeri veya müzakereden ayrılmaktan kaynaklı tazminat” gibi konular gösterilmiştir⁴⁷⁷. Ayrım yapılmasındaki esas tartışma, sözleşmeye aykırılık durumundan kaynaklı masraflar veya kar kaybı gibi konularda ortaya çıkmaktadır ki bu durum da ulusal hukuklara göre değişkenlik göstermektedir. İngiliz hukukunda direk veya dolaylı zararı tespit için, sözleşme yürürlüğe girdiği anda tarafların ortaya çıkan kaybına ilişkin makul olarak değerlendirme yapabilme kabiliyeti göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁷⁸. Fransız Medeni Kanunu’nun 1151. Maddesine göre ise; taraflarca ancak “sözleşmeye aykırılığın ani ve direk sonucu (*une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention*)” olarak ortaya çıkan zararlar karşılanabilmektedir. Benzer şekilde Alman Medeni Kanununun kar kaybının düzenlendiği 252 maddesi de⁴⁷⁹; tazmin edilebilir kar kayıplarını, “olayların normal akışında veya özel durumlarda, özellikle önlemlerin ve tedbirlerin alındığı, beklendiği durumlarda” oluşan kar çerçevesinde

⁴⁷⁵ Hadley v Baxendale, 9 Ex 341, 23 February 1854; Heilbron s.16.

⁴⁷⁶ Heilbron s.16.

⁴⁷⁷ Heilbron s.16.

⁴⁷⁸ Victoria Laundry (Windsor) Limited v Newman Industries Ltd, 1949, 2 KB 528 ve Koufos v C.Czarnikow (The Heron II), 1969, 1 AC 350; Heilbron s.16.

⁴⁷⁹ Alman Medeni Kanunu İngilizce Çevirisi, s.54 için bkz. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>

tanımlamıştır⁴⁸⁰. Hakem heyetleri; eğer sözleşme, kanun veya açık delil ile kısıtlanmamışlar ise, ticari uyuşmazlıklarda ticari yaklaşımı zararın değerlendirilmesi konusuna uygulamakta ve kar kaybını nadiren direk zarara ilişkin veriler ve somut olaya ilişkin makul değerlendirmelerde bulunmaktadır. Yatırım uyuşmazlıklarında ise, nedensellik “hukuka aykırı fiilin sonuçlarını” tespit bakımından ilgili olup, tazmin eden tarafın kendisinden kaynaklandığı iddia edilen kayıpları karşılamadaki yükümlülüğünün derecesini tespit yönünden önem taşımaktadır⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Bir çok kıta avrupası ve common law hukuk sistemi benzer hükümlerle konuyu ele almıştır. Heilbron s.17.

⁴⁸¹ Chorzow Fabrikası Davası dipnotu.

2. “But-For” Terimi⁴⁸²

Kavram ilk olarak, Kıta Avrupası hukuku bakımından Friedrich Mommsen’in 1855 yılındaki çalışması ve beklenen menfaatin tanımlandığı “Differenzhypothese”de ifade edildikten sonra, Rudolf van Ihering tarafından 1861 yılında haksız fiil sorumluluğu ile birlikte culpa in contrahendo düşüncesiyle geliştirilmiştir⁴⁸³. Anglo-Sakson hukuku kapsamında ise, 20. yüzyılda William Perdue tarafından “beklenen menfaat” (*expected interest*) kavramının ABD hukuku için kodifiye edilmesine zemin hazırlayan bir çalışma ile detaylı olarak ele alınmıştır⁴⁸⁴. Kavram, önemli bir maddi düşünceye karşılık gelmekte ve hukuka aykırı eylemin varlığı veya yokluğu ile ortaya çıkan olaylar zincirini ve hatta tahkim kararından sonraki hukuka aykırı fiilin etkilerini ortaya çıkarmak için kullanılmaktadır⁴⁸⁵. Bu olayların sebebini ve sonucunu ortaya çıkarabilmek zararın değerlendirilmesi bakımından oldukça zorlu ve varsayımsal bir analiz sürecini gerektirmektedir⁴⁸⁶. Varsayımsal olaylar zincirinin oluşturulma süreci kapsamında; hukuka aykırı fiili gerçekleştiren tarafın (Devlet, şirket vb.) sebep olduğu durumun etkilerinin izole edilmesi uzmanlık (*expertise*) ve hukuka aykırı fiil ile diğer bütün unsurların ayrı değerlendirilmesi gerektirmektedir⁴⁸⁷. Bu şekilde bir sürecin oluşturulabilmesi için, mevcut delillere uygunluk ve hukuka aykırı fiil olmasaydı oluşabilecek gelirin “makul kesinlik”le (*reasonable certainty*) ispatı gerekmektedir⁴⁸⁸. Bu nedenle, hukuka aykırı fiil olmasaydı oluşacak durum, zarar gören tarafın gelirini etkilemeyecekse kazanç kaybı oluşmadığı kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Varsayımsal durumu oluştururken en önemli husus olayların değerlendirilmesini sağlayacak bilginin güvenilirliği olup,⁴⁹⁰ hukuka aykırı fiili gerçekleştiren tarafın savunmasıyla temel ekonomik durumla uyumsuzluğu ortaya koyması durumunda zararın hesaplanması/değerlendirilmesi sonucunun doğruluğu zayıflayacaktır⁴⁹¹. Zararın değerlendirilebilmesi için, varsayımsal ve gerçek durum

⁴⁸² Türkçe karşılığı olarak “olmasaydı-olurdu” olurdu olarak ifade edilebilir.

⁴⁸³ Ihering, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Berträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IV, 1861 1 et seq.; Christian, Schieder: Interesse und Sachwert, Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts, Wallstein Verlag 2011, s. 45-53; Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 49.

⁴⁸⁴ Lon, L. Fuller/ William, R. Perdue: The Reliance Interest in Contract Damages’ (Pt. 1) (1936) 52 Yale Law Journal 52-96; §344(a) and (b) of the Restatement Second of Contracts, Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 49.

⁴⁸⁵ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 49.

⁴⁸⁶ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁸⁷ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁸⁸ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁸⁹ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹⁰ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹¹ Gotanda, John Y.: Recovering Lost Profits in International Disputes, Georgia Journal of International Law 2004/5 s. 61-112; Dunn, Robert D.: Recovery of Damages for Lost Profits, Vol. 1, 6th edn. Lawpress, 2005; American Bar Association (ABA), Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues, 2nd ed., American

arasındaki farktan kaynaklı kâr kaybı makul bir kesinlikle ispatlanmalı, gerçek ve varsayımsal durum arasındaki gerçek kayıp ortaya çıkarılmalıdır⁴⁹².

Zararın değerlendirilmesini yaparken, olmasaydı-olurdu yaklaşımı nedenselliğin tespitini de kolaylaştırmaktadır. Nedensellik testi, ifade edildiği üzere zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının tespiti için kullanılmaktadır. Başka bir ifade ile, mağdur taraf için hukuka aykırı fiil olmasaydı olacak ekonomik durumda değişiklik yoksa, zararın olmadığı değerlendirilecektir⁴⁹³. Örneğin, ekonomik kriz nedeniyle başarısızlığa uğrayan bir yatırımda, devletin hukuka aykırı bir ihlalden değil ekonomik kriz sonucu ortaya çıkan kayıptan kaynaklandığı ortaya konulmalıdır. Uluslararası tahkimde görülen uyuşmazlıklarda zararın değerlendirilmesi çerçevesinde, gelir kaybı ve nedensellik, olmasaydı oluşacak durumu ifade eden “but-for” kavramı ile tespit edilmektedir⁴⁹⁴. Müşterek kusur (*müterafık*) gibi nedenselliğin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar zararın değerlendirilmesinde nedenselliğin kapsamını kısıtlamakta olup zararın miktarını azaltmaktadır⁴⁹⁵. Bu sebeple, nedensellik zararın telafisi için bir gereklilik olmanın yanında, zararın telafi edilmesini sağlayacak miktarın tespiti bakımından da önem arz etmektedir.

Doktrinde, özellikle yatırım uyuşmazlıklarında göz önünde bulundurulmuş “Chorzow Fabrikası” davasıyla ortaya çıkan tam tazminat, eski hale getirme gibi prensip ve yöntemlerde, hukuka aykırı fiil haricinde devletin meşru hangi yöntemi yapması gerektiği ve yapabileceği yönünden negatif etkilerinin olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹⁶. Örneğin, Yukos v. Russian Federation arasında ortaya çıkan ve UNCITRAL tahkim yargılamasıyla sonuçlanan davada kavram kullanılmıştır. Yargılamanın sürdüğü 2004-2014 yılları arası geçen süre ile karardan sonraki (2014-) zaman dilimi olarak ayrılarak analiz edildiğinde uluslararası tahkim yargılamasında zararın değerlendirilmesi için kullanılan farklı yöntemler söz konusu olmaktadır⁴⁹⁷. Tahkim kararından sonraki dönem için, adil piyasa değeri gibi işin/yatırımın

Bar Association, 2010, s. 4, Dunitz, Jonathan M.: Context of the Lost Profits Damages claim, in Nancy J. Fannon (ed.), The Comprehensive Guide to Lost Profits: Damages for Experts and Attorneys, BVR 2011, s. 8; Comments (28) to (31) to Art. 36 of the Articles on State Responsibility; Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 41.

⁴⁹² Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹³ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹⁴ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹⁵ Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁴⁹⁶ Sabahi, Borzu/ Ziyeva Dioara: Yukos v. Russian Federation: Observations on the Tribunal’s Ruling on Damages, Journal of Damages in International Arbitration, 2015, s.1; 38 milyar dolarlık zarar talebiyle açılan uyuşmazlık 1,8 milyar dolar olarak karara bağlanmıştır. 10 yıl süren yargılama ile o zamana kadar yatırım uyuşmazlıklarındaki verilen en yüksek miktarlı tazminat miktarına hükmedilmiştir. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL (ECT), PCA Case No. AA 227, Final Award dated July 18, 2014

⁴⁹⁷ Sabahi / Ziyeva s. 47

yatırım süresi boyunca yaratabileceği potansiyel nakit akışının hesaba katılarak zararın hesaplandığı yöntemlerdir⁴⁹⁸. Bu yöntemde oluşturulacak varsayımsal senaryoda “but-for” kavramı kullanılacak ve yatırımın/işin gerçek durumu ile yatırıma verilen zararın arasındaki fark ortaya çıkarılacaktır⁴⁹⁹.

Zararın hesaplanacağı sektöre ve hesaplama yöntemine bağlı kalınmak suretiyle, şirketin ekonomik performansını değerlendirebilmek için but-for kavramı kullanılarak bir takım varsayımlar oluşturulması gerekmektedir. Örneğin, petrol üretim varlıklarının kamulaştırılmasını konu alan uyuşmazlıklarda, yaygın bir yöntem olarak İndirgenmiş Nakit Akışı Yöntemi (DCF) kullanılmaktadır. Böyle bir uyuşmazlıkta, indirgenmiş nakit akışı yöntemi kullanılırsa, sağlıklı bir zarar değerlendirilmesi yapabilmek için yatırım süresi boyunca ortaya çıkacak petrol fiyatları tahmin edilecek ve yatırım süresince üretilecek petrol miktarı ile yatırım giderleri ve riskleri göz önünde bulundurulacaktır⁵⁰⁰. Örneğin, zararı değerlendirilen şirketin giderlerinin önemli bir kalemi olan vergiler hissedarların kar dağıtım taleplerinden yola çıkılarak hesaplanabilmektedir. Böyle bir durumda dahi, hükümetin mevcut durumda koyduğu vergi kalemi giderlerinin, gelirlere yola çıkılarak hesaplanabileceği yerleşmiş bir görüş iken, yatırımın gelecekte hükümet tarafından uygulanacak ilave vergiler ve tedbirlerden oluşabilecek vergilerin yatırımın gelirleri üzerindeki etkisi ve dolaylı olarak şirketin değeri üzerindeki negatif etkisinin öngörülemediği kabul edilmektedir⁵⁰¹. Gerçek durum ile hukuka aykırı fiil olmasaydı oluşabilecek varsayımsal durum arasındaki karşılaştırma yapılırken, hayatın durağan olmadığı kabul edilmeli ancak hükümetin yapacağı ve yapabileceği en olası meşru tedbirler göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰². Bu durum, zorunlu olacağı değerlendirilen tahmini hususlardan oluşan varsayımsal olayların kurgulanması suretiyle açıklanabilecektir⁵⁰³.

Örneğin; CMS v. Arjantin arasında⁵⁰⁴ ICSID tahkim yargılamasında karşılıklı yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıkta bu prensip kullanılmıştır⁵⁰⁵. Arjantin

⁴⁹⁸ Sabahi / Ziyaeva s. 47; Chorzow Case s.47

⁴⁹⁹ Sabahi / Ziyaeva s. 47

⁵⁰⁰ Chorzow Case s.47

⁵⁰¹ İşletme teorisi bakımından sınırlandırılmayan yatırım süreleri, sözleşmeden kaynaklı olarak sınırlandırılabilir. Hesaplama yapılırken standart bir petrol üretim işi için süre 30 yıl olarak öngörülmektedir. Sabahi / Ziyaeva s. 48.

⁵⁰² Sabahi / Ziyaeva s. 48.

⁵⁰³ Wälde, Thomas W./ Sabahi, Borzu: Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law, November 2007, Transnational Dispute Management, Vol. 4 (6), Ayrıca Bkz. Ripinsky / Williams: Damages in International Investment Law, British Institute of International and Comparative Law, 2008; Sabahi / Ziyaeva s. 48

⁵⁰⁴ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (May 12, 2005).

Olağanüstü Hal Kanunu'nundan kaynaklanan ikili yatırım anlaşmasını ihlal eden tedbirler genel olarak ABD Doları olarak telafi edeceği haklarının pesoya çevrilmesi olarak ifade edilmekte ve bu usulde “pesifacation” (pesolaştırma) olarak tanımlanmıştır. Zararlar bakımından, Chorzow Fabrikası kararını uygulayan hakem heyeti zararların pesolaştırma senaryosu (yeni düzenleyici rejim) ile pesolaştırmanın yapılmadığı (eski düzenleyici rejim) senaryosu arasındaki farkın ortaya konulmasıyla değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İkinci senaryo olan eski düzenleyici rejim uygulandığında hakem heyeti, Arjantin'in enerji sektörünü düzenleme kurumu ENARGAS vasıtasıyla petrol tarifelerini yatırımın kalan hayatı boyunca (yaklaşık 20 yıldan fazla süreyle) aşağı yönde uyarlayacağını değerlendirmiştir. Eski rejimde, CMS'nin zararı değerlendiremem bilirkişi raporuna göre 2007 yılına kadar gelirinde %2,5'luk bir artış ve sonrasında %1,5'luk bir artış kabul edilmektedir. Ancak; bu durum 2012 yılından itibaren %20'lere çıkarak 2027 yılında ise %100'e yakın bir değere karşılık gelen bir gelir projeksiyonunu ifade etmektedir. Bu iddia şirket tarafından yatırımın erken yıllarındaki düşük gelir oranlarının yakalanması şeklinde savunulmaktadır. Hakem heyeti ENARGAS'ın belli oranlarda iyileştirmelere izin vereceği sonucunu çıkarmaya meyilli olsa da, 2013 yılından itibaren başlayan 5 yıllık görüşler (*five year reviews*) aşağı yöndeki uyarlamaları değerlendirildiğinde yukarıda tarif edildiği gibi bir artış göstereceğini kabul etmek oldukça zor olacaktır. Bu nedenle, hakem heyeti 2013, 2018 ve 2023 yıllarında tarifelerde %5'lik bir azalış olacağını değerlendirmiştir. Ancak bu durumda dahi şirket tarafından yukarıda ifade edilen gelir oranlarının yakalanması için yatırım geri dönüşünde yüksek değerleri ortaya çıkartmaktadır⁵⁰⁶.

Tam tersi bir analiz de aynı prensiple desteklenebilmektedir. Örneğin; pesolaştırma senaryosunun kabulü ile ortaya çıkan tarifenin yükselmeyeceği senaryosunu “2008'den başlayarak beş yıllık görüşe göre hesaplama anını ileri almak için %5'lik bir artışın olması durumunda dahi yatırımın değerinin pozitif olacağı” kabulü ile hakem heyeti reddetmiştir⁵⁰⁷. Bu durum, bir hakem heyetinin hükümet tarafından yatırımı etkileyebilecek tedbirlerin geliştirilebileceğini varsaydığı prensibini desteklemektedir. Başka bir deyişle, şirket “hayatın basit bir şekilde durağan kalacağını (*life would simply have stood still*)” kabul etmesi mümkün olmayacaktır.

⁵⁰⁵ Bu prensibin uygulandığı farklı bir tahkim yargılama kararı için bkz. Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran and the National Iranian Oil Company, Iran-U.S. Claims Tribunal Case No. 39, Award No. 425-39-2 dated June 29, 1989.

⁵⁰⁶ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, s.456; Sabahi / Ziyaeva s. 49

⁵⁰⁷ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, s.457; Sabahi / Ziyaeva s. 49

Chorzow Fabrikası kararında ortaya çıkan ve izleyen süreçte tahkim yargılamalarında benimsenen “bütün olasılıklarıyla” mağdur tarafın zararının telafisinin değerlendirilmesi yapılırken sadece hukuka aykırı fiil olmasaydı oluşacak durumun varsayımsal senaryosu oluşturularak değil; bunun yanında hukuka aykırı olmayan fakat hükümet tarafından uygulanabilecek ve uygulanacak yasal tedbirlerin de göz önüne alınması gerekmektedir. Bu şekilde bir analiz kesin durumlarda, Rusya Federasyonu’nun daha öncesinde çeşitli vergiler uyguladığı belirlenen Yukos davasında net olarak görünmektedir⁵⁰⁸. Yukos davası zararın değerlendirilmesinde bir devletin kamulaştırmaya ilişkin alabileceği tedbirin genel bir risk olarak kabul edildiği ve zarar miktarının düşmesine neden olan bu prensibin açık bir şekilde ifade edildiği ilk karar olarak kabul edilmektedir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Sabahi / Ziyaeva s.70; Belçika hükümeti 2015 yılında Rusya’nın belçika’daki varlıklarına el koymuştur. Ancak, ticari doğasından kaynaklı olarak hangi mal veya varlıklara el konulduğu belirlenmemiştir.

⁵⁰⁹ NAFTA m. 1110/2; Sabahi / Ziyaeva s. 52 ve s.70 sonuç bölümü

C. Birlikte ve Müteselsil Sorumluluk ile Üçüncü Kişilere Teşmil

Uluslararası Yatırım ve Ticari hakem heyetleri her türlü zarara ilişkin; sorumluluk iddiası ve kararı nasıl etkilediğine ilişkin taraflarca ileri sürülen iddialar kapsamında, tarafların birlikte yada birlikte ve müteselsil sorumlu olup olmadıklarını incelemelidir. Bu inceleme; davanın dayandığı sebep, somut olaya ilişkin vakıalar ve uygulanacak hukuk bakımından yapılmaktadır. Hakem heyeti, kanunlar ihtilafı hükümleri uygulanarak çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın esasını veya üzerinde tartışma yaratan diğer meseleleri ele alırken, savunma tarafının sadece zararın belli bir kısmından sorumlu olabileceğini değerlendirmelidir⁵¹⁰.

Akın'a göre, "tahkimin iki taraflılıktan çok taraflılığa yöneldiği günümüzde, bazen birden çok taraf tek bir sözleşme etrafında, bazense birden çok taraf birbirleriyle ilişkili birden çok sözleşme etrafında toplanarak çok sayıda hukuki soruya tek bir tahkim yargılaması içinde çözüm arayabilir hale geldiği" ifade edilmektedir⁵¹¹. Bunun yanında; Akın, "çok taraflı tahkimin ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda önemli bir çözüm aracı olmaya başladığını ve özellikle işveren – müteahhit - alt müteahhit arasındaki sözleşmeler ile konsorsiyum sözleşmeleri, denizcilik charter sözleşmeleri, garanti, zincirleme satış ve müteselsil sorumluluk sözleşmeleri gibi kompleks sözleşme ilişkilerinde etkinlik kazandığını" vurgulamaktadır⁵¹².

Tahkimde birden çok tarafın yer almasıyla ortaya çıkabilecek durumlar herşeyden önce söz konusu davada taraf teşkil edebilecek kişilerin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple hakem heyeti öncelikle tahkimde davalı ve davacı taraflarda yer alabilecek kişileri belirlemeye odaklanacak tahkim anlaşmasının etkisini, onu imzalayanlar ve onlar dışında kapsam alanına girebilen üçüncü kişiler bakımından değerlendirecektir⁵¹³.

Tahkim anlaşması da temelinde sadece kendi tarafları bakımından etki doğurur⁵¹⁴. Tahkimin olumlu ve olumsuz yönlerinin yanı sıra, bir de olumlu ve olumsuz etkisi söz

⁵¹⁰ Heilbron s.19.

⁵¹¹ Akın, Pelin: Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, s.300

⁵¹² Jarvin, Sigvard: Multi-Party Arbitration: Identifying The Issues, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1986-1987, s.317; Akın s. 300

⁵¹³ Keser Berber, Leyla: Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, Alfa Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 1999, s.9-16; Frick, Joachim G.: Arbitration and Complex International Contracts, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, the Hague, 2001, s.229; Akın s.301

⁵¹⁴ Jarvin s. 318-319; Akıncı s.96-97; Çelikel/ Erdem s.670; Tweeddale, Andrew/ Tweeddale, Keren: Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press 2010, s.154; Born ,Gary B.: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2014, s.1405; Esen s. 302.

konusudur⁵¹⁵. Tahkimin olumlu etkisi ile kastedilen, uyuşmazlık bakımından tahkim mercilerinin yetkilendirilmiş olmasıdır. Bir başka deyişle, taraflar bir uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitmeye karar vermekle, tahkim yargılamasını kabul etmiş ve bu makamları yetkilendirmiş olmaktadır⁵¹⁶. Tahkimin olumsuz etkisi ile kastedilen ise, tarafların tahkim mercilerini yetkilendirmek suretiyle, mahkemelerin yargılama yapma konusundaki yetkilerini ortadan kaldırmış olmaları ve uyuşmazlığın çözümü için kendilerini tahkime gitmeye mecbur bırakmalarıdır⁵¹⁷. Dolayısıyla tahkim anlaşması da her borç ilişkisi gibi kendi tarafları arasında nisbi bir etki yaratacağından ondan faydalanabilmek için prensipte tahkim sözleşmesinde taraf olarak yer almak gerekir⁵¹⁸. Nitekim tahkim anlaşmasının, kişilerin kendi doğal hakimlerinden vazgeçtikleri istisnai bir yol olması sebebiyle etkisi bakımından taraflarına sıkı sıkıya bağlı ve belirli şartlar bir araya gelmedikçe hiçbir esneklik göstermeyen bir yapıya sahip olması da doğal ve tutarlıdır⁵¹⁹. Tahkim yargılamasında kural olarak sadece anlaşmanın taraflarının yer alabilmesi ve verilen hakem kararının da sadece bu kişileri bağlayıcı nitelikte olması tahkim anlaşmasının söz konusu nisbi yapısının en birincil sonuçlarındandır⁵²⁰.

Bununla beraber sözleşmenin nisbiliği prensibi sözleşmenin üçüncü kişiler açısından hiçbir etki doğurmayacağı anlamına da gelmemektedir⁵²¹. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olarak ifade edilen bu halde tahkim anlaşmasının etki alanında anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri de kapsayacak türde bir genişleme ortaya çıkmakta ve üçüncü kişilerin de yargılamaya davalı veya davacı veyahut onların yardımcıları sıfatıyla katılabildiği, verilen hükümden de etkilenebildikleri görülmektedir⁵²².

⁵¹⁵ Alangoya, s. 128; Kalpsüz, s. 1049; Karlı, s. 913; Konuralp, s. 155; Taşpınar-Ayvaz, Sema: Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Uygulanması, İNTES İç Tahkim ve Uygulamaları (IVXX. Çözüm Arama Konferansı), Ankara 2013, s. 49; Yeşilova, Bilgehan: Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları, DEÜHFD, C: 11, İzmir 2009, s. 739.

⁵¹⁶ Kalpsüz, s. 1052; Karlı, s. 913; Taşpınar-Ayvaz, s. 49; Yeşilova, s. 739.

⁵¹⁷ Altıntaş, Sümeyye: Tahkimin Geçersizliği, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015, s.25

⁵¹⁸ Bkz. Yargıtay'ın 11.HD E.1990/2931 K.1991/6828 T.07.11.1989 tarihli kararı, Şanlı, Cemal: Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Ergin Nomer'e Armağan, 2002, s.346-347; Akın s. 302.

⁵¹⁹ Akın s.302-303

⁵²⁰ Akıncı s.96-97; Çelikel/ Erdem s. 671; Bkz. ayrıca 78.Yargıtay 19.HD, E. 2654/2603, T. 11.3.2004 kararı: "[...] Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarının çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M...Enerji Tic.Aş. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan M...Corp.'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar"; Akın s. 303.

⁵²¹ Akın s. 303.

⁵²² Esen, Emre: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2008, s.12; Çelikel/ Erdem, s.671-673; Tweeddale/Tweeddale s.154; Born s.1405; Akın s. 303.

Tahkim şartının onu akdedenler dışında üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği meselesi⁵²³ genel olarak “temsil, ortaklık içi ilişkiler, şirketler topluluğu, halefiyet, garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi mekanizmalar ile devlet kuruluşu veya şirketlerinin akdettiği tahkim şartı içeren sözleşmeler hipotezlerinde” gündeme gelmekte ve etkisi tartışılmaktadır⁵²⁴. Bu hususta hemen ifade etmek gerekir ki anılan hallerin çoğu hakemlerin ve mahkemelerin son derece temkinli yaklaştığı konular olup henüz teşmilin genel olarak kabul edildiği gerçeğinden uzaktır⁵²⁵.

Tahkim yargılamasına taraf olma iddiasında bulunan üçüncü kişilere bir imkân sunmak bakımından önem arz eden İngiliz Tahkim Kanunu⁵²⁶ (1996) §82/2 uyarınca “...bu bölüm kapsamında tahkim anlaşmasının taraflarına yapılan atıflar, tahkim anlaşması kapsamında veya vasıtasıyla talepte bulunan kişileri de kapsar.” Bu sayede üçüncü kişiler, ‘kapsamında veya vasıtasıyla’ hükmünün kapsamına girebildikleri ölçüde, Kanunun tamamı bakımından taraf kabul edilecektir⁵²⁷. Aynı hüküm Singapur hukukunda da yer almaktadır⁵²⁸.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında, devletlerin altbirimleri veya devlet teşebbüsleri ile özel şahıslar arasında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların özel kişi tarafından tahkime götürülmesi hâlinde, hakem kararının tenfizinde kolaylık sağlamak amacıyla tahkim yargılamasının davalısı olarak devlet gösterilmektedir⁵²⁹. Bunun yanında devletin hâkimiyetindeki teşebbüsle sözleşme akdeden yabancı şirket, yatırımı olumsuz etkileyebilecek yasal değişiklikler karşısında yahut bürokrasinin işleyişindeki aksaklıklar neticesinde yatırımın zarara uğraması durumunda, teşebbüs ile devletin bir ve aynı kişi

⁵²³ “Teşmil mekanizmasının harekete geçirilmesinin ardında çoğu zaman anlaşmaya taraf davalı yanında ekonomik durumu ödemeye daha elverişli bir diğer taraf elde etme düşüncesi yatmaktadır. Örneğin, yavru şirketin, takip konusu yapılabilecek malvarlığının bulunmaması nedeniyle tahkim yargılamasına üçüncü kişi konumundaki ana şirketin de davalı sıfatıyla dahil edilmesi davacı açısından hakem kararının tenfizi suretiyle daha yüksek tahsilat olanağını ortaya çıkarmaktadır.” Köşgeroğlu, Banu: Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Yıl 2011, s.3; Akın; s.303

⁵²⁴ Konuyla ilgili detaylı açıklamalar ve içtihatlar için bkz. Esen s.14-16; Köşgeroğlu, s.6; Ekşi, Nuray: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Ocak Sayısı, s.91-115; Tarman, Zeynep Derya: Tahkim Klozunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, Aralık 2009, Terazi Hukuk Dergisi, s.40; Akın, s.303

⁵²⁵ Köşgeroğlu s. 7; Akın, s.303

⁵²⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>; Esen s.13

⁵²⁷ Tanya, Melnyk: The Extent to Which Non Contracting Parties Can Be Encouraged or Compelled to Take Part in Arbitration Proceedings – The English (Arbitration Act 1996) Perspective, International Arbitration Law Review, Vol:6, No:2, 2003, s.60; Hosking, James M.: The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel in International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol:4, 2004, s.547; Esen s.13.

⁵²⁸ Joy, Tan: Singapore, Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.187; Esen s.13.

⁵²⁹ George, Rosenberg: State as a Party to Arbitration, Arbitration International, Vol:20, No:4, 2004, s.388; Esen s. 29

olduğunu büyük olasılıkla iddia edecek ve tahkim anlaşmasının devlete teşmilini isteyecektir⁵³⁰.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar kapsamında; tahkim kararının üçüncü kişilere teşmili konusu, farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmeler, sözleşmeden kaynaklı yükümlülükler arasında bağlantı bulunması veya birden çok sözleşmenin aslında tek sözleşmenin parçalarını teşkil etmesi şeklinde tamamlayıcı bir nitelik taşımasıdır. Bu tür hallerin, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsamı için yeterli bir gerekçe teşkil ettiği yönünde görüş ve içtihatlar mevcuttur⁵³¹.

Tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye yapılan genel atfın kapsamına tahkim şartının da girdiği sonucunun hâsıl olduğu, Ontario mahkemelerinin önüne gelen bir ICC hakem kararının iptali davasına konu olayda;⁵³² Meksika şirketi (D)'nin hâkimiyetindeki Meksika şirketi (A) ile Küba şirketi (B) arasında, Küba şirketi (C)'nin %49 hissesinin alımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Daha sonra, İtalyan şirketi (F) ve Hollandalı yan şirketi (G) ile (D) arasında, (A)'nın %25 hissesinin satımına ilişkin olan, (D)'nin bütün yükümlülükleri bakımından Meksika şirketi (E)'nin **müşterek ve müteselsil sorumluluğunu** tesis eden ve ICC tahkim şartı içeren bir abonelik sözleşmesi akdedilmiştir. (E) sözleşmeyi imzalamış ve onaylamıştır. (D), (A) ve (E) şirketleri Javier Garza Calderón'a aitti. Abonelik sözleşmesinin ekinde Garza, (D) tarafından üstlenilen bütün yükümlülükleri **müşterek ve müteselsil** olarak taahhüt etmiştir. Daha sonra (F), Garza'nın hâkimiyetindeki bir başka Meksika şirketi olan (H)'nin, (D)'nin başhissedarı olduğunu öğrenmiştir. Taraflar, Meksikalı şirketler üzerindeki hisse sahipliğini birbirine bağlayan ikinci bir ek sözleşme akdetmiştir. Bu ek sözleşme, (D)'nin, sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine genel olarak atıfta bulunmakta ve Garza'nın, (A) ve (D)'nin ana şirketine ve (D) veya (A)'da hissedar olan yan şirketlere yapılan atıflar dâhilinde ele alınacağı öngörmekteydi. Bir uyuşmazlık doğması üzerine (F) tarafından, (D), (E), (H) ve Garza aleyhine Ottawa'da ICC tahkimi başlatıldı ve (F), (D) ile arasındaki abonelik sözleşmesinin feshiyle zararının tazminini talep etti. (D), hakem heyetinin yargılama yetkisine; (E), (H) ve Garza bakımından itirazda bulundu. Hakem heyeti bütün davalılar bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmederek abonelik sözleşmesinin feshine ve davalıların, (F)'nin 291 milyon ABD Dolarlık yatırımının geri çevrilmesinden, 14 milyon ABD Doları **mahrum kalınan kârdan ve faizden müştereken ve müteselsilen sorumlu** olduğuna karar verdi. Davalılar Ontario mahkemelerinde, hakemlerin

⁵³⁰ Esen s. 29

⁵³¹ Esen s. 29-30

⁵³² Esen s. 184.

yargılama yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle hakem kararına karşı itirazda bulundular. Ontario mahkemesi, itirazı reddetmiş ve hakem heyetinin tüm davalılar bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmetmiştir. Hâkim, hakem kararında yer alan; tarafların, abonelik sözleşmesine ek sözleşmeleri akdetmek suretiyle kendilerini tahkim anlaşmasıyla bağladığı yönündeki saptamayı benimsemiş ve tahkim şartının atıf yoluyla ithal teorisinin uygulanması suretiyle akdedildiğinin kabulü için UNCITRAL Model Kanunu m.7'ye dayanarak, esas sözleşmede tahkim şartına açıkça atıfta bulunulmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Hâkim ayrıca abonelik sözleşmesinde ve buna ek sözleşmelerde yapılan genel atıfları geniş yorumlamış ve (E) ile Garza'nın, (D) tarafından üstlenilen yükümlülükler kapsamında tahkime gitme yükümlülüğüne de tâbi olduğuna karar vermiştir⁵³³.

Bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, bu şirketin başhissedarına teşmil edildiği 27.10.1989 tarihli ad hoc hakem kararıyla hükme bağlanan "Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana" davasında⁵³⁴, yabancı yatırımcı Marine Drive Complex (MDC), Gana Investment Centre (GIC) ile bir yatırım sözleşmesi akdetmiştir. Antoine Biloune, (MDC)'nin başhissedarı ve başkanıydı. (MDC) daha sonra kamulaştırılmış ve diğer davacı Antoine Biloune ile birlikte, (GIC) ve Gana Devletine karşı tahkim yargılaması başlatmıştır. Hakem heyetinden, taraflar üzerinde yargılama yetkisi olup olmadığını belirlemesi talep edildiğinde, hakem heyeti, Antoine Biloune hakkında, (GIC) anlaşmasına taraf olmamasına rağmen yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Heyet, kararını, Antoine Biloune'nin, (MDC)'nin başhissedarı ve başkanı olmasına ve projenin yönetim ve finansmanında başrolü oynamasına dayandırmıştır⁵³⁵.

Pyramids davası olarak bilinen "Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt and EGOTH" davasına⁵³⁶ konu olayda, Kanada şirketi Southern Pacific Properties (SPP) ile Mısır devletine ait EGOTH şirketi arasında, Mısır' daki Giza Piramitleri civarında bir gayrimenkul yatırım sözleşmesi akdedilmiş ve sözleşme Mısır Turizm Bakanlığı tarafından tasdik amacıyla imzalanmıştı. Davacı tahkim talebini sadece sözleşmenin diğer tarafı olan EGOTH'a değil aynı zamanda Mısır Arap Cumhuriyeti'ne de yöneltmişti. Mısır Arap Cumhuriyeti, tahkim talebinin dayandığı tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle ICC

⁵³³ Shackleton, Stewart R.: Case Comment: Canada, International Arbitration Law Review, Vol:3, No:1, 2000, N.9-12; Esen s.184.

⁵³⁴ Hanotiau, Bernard: Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues, Journal of International Arbitration, Vol:18, No:3, 2001, s.296; Esen s.127.

⁵³⁵ Esen s.127.

⁵³⁶ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3 Kararın İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. <https://www.italaw.com/cases/3300>; Esen s. 315.

Tahkim Divânının ve teşkil edilecek hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Davacı, Mısır Turizm Bakanlığı sözleşmeyi imzaladığı ve “uygun bulunmuş, mutabık kalınmış ve onaylanmıştır” (*approved, agreed and ratified*)⁵³⁷ ibaresini eklediği için bu iddiaya karşı çıkmıştır. Divân, yaptığı prima facie inceleme sonucunda, davacı ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında bir tahkim anlaşması olabileceğine ikna olarak, yetkisi hakkında karar vermek üzere meseleyi hakem heyetine bırakmıştır. Hakem heyeti, yetkisi bulunduğunu açıklayan bir karar vermiştir. Hakem heyetinin gerekçesi, tahkim anlaşmasına ilişkin rızanın açık ve tereddüde yer bırakmayacak nitelikte olmasına yönelik prensibe rağmen, devlet sözleşmeye taraf olurken, sözleşmenin ihtiva ettiği tahkim şartıyla bağlı olacağından şüphe duymasının makûl olmayacağı konusunda bir belirsizlik bulunmadığı idi⁵³⁸.

D. Mahsup ve Karşı Dava (*Set-off and Counterclaims*)

Uluslararası tahkim yargılamalarında, iddia sahibinin iddialarına cevap veren taraf somut olaya ait “mahsup” edilebilecek miktarların sorgulamasına giderek zararın azaltılması veya karşı iddialar ortaya koyma stratejisini izlemektedir⁵³⁹. Tahkim yargılamasına özgü olarak, hakem heyeti özellikle bu konuya ilişkin yargılama yetkisinin olup olmadığını belirlemek zorundadır⁵⁴⁰. Taraflar konuya ilişkin tahkim sözleşmesinin içinde bir şart düzenleyebileceği gibi taraflarca ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilmektedir. Uluslararası sözleşmeler de örnek olarak, UNCITRAL tahkim kurallarının 19/3 maddesinde, mahsup ve karşı iddiaları aynı sözleşmeden doğmadıysa yasaklamıştır, yani iddia sahibinin sözleşmeye dayanarak ileri sürdüğü iddiaların dışındaki iddiaların esas alınamayacağı düzenlenmiştir. Nitekim; “Econet Satellite Services Ltd. v Vee Networks Ltd” arasında 2006 yılında ortaya çıkan ve inkorporasyon ile sözleşmenin eki haline gelen , UNCITRAL tahkim kurallarının 19/3 maddesi uyarınca hakem heyeti, uyuşmazlığa ilişkin aynı sözleşmeden kaynaklı olmayan mahsup iddialarını dikkate almamıştır⁵⁴¹. Ancak UNCITRAL tahkim kurallarının katı bakış açısı, İsviçre Tahkim⁵⁴² kurallarının 19/3 ve 21.5 maddelerinde hakem heyetine bu konuda daha geniş bir yetki vermiştir. İsviçre kurallarında iddia kurumunu düzenleyen 18. madde sözleşmeden yer almasa bile taraflara konuya ilişkin iddialarını belli bir süre içinde hakem heyetine iletmesini düzenlemiştir, 19/3’de ise savunma beyanlarının niteliğini karşı iddia ve

⁵³⁷ Bkz. s. 27

⁵³⁸ Fouchard, Philippe: International Commercial Arbitration, Ed: Gaillard Emmanuel, Emmanuel Gaillard & John Savage, The Goldman Berthold, Hague / Kluwer Law International, 1999, s. 293; Esen s. 316.

⁵³⁹ Heilbron s.18.

⁵⁴⁰ Heilbron s.18.

⁵⁴¹ Konuya ilişkin ilgili uyuşmazlığın karar metninin 60. Paragrafı içeren kararın özet metni için bakınız. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbLawReports/Econet%20v%20Vee%20No2%202006.pdf> s.2;

⁵⁴²Tahkim kurallarının ingilizce metni için bkz. https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_german_2012.pdf.

mahsuba ilişkin geçerli kılarak cevap veren tarafa UNCITRAL kurallarından farklı olarak bir serbesti tanımıştır.

Konuya ilişkin hakem heyetinin yetkilerine itiraz kurumunun düzenlendiği 21/5 maddesinde ise, hakem heyetinin mahsuba ilişkin savunmaya ait iddiaların uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme dışında olması, mahsuba ilişkin tali nitelikteki sözleşmesiyle düzenlenmesi yahut yetki sözleşmesiyle düzenlenme durumlarında dahi hakem heyetinin iddiaları dinlemesi gerektiğini belirtilmiştir. Bütün bu düzenlemelere karşın, karşı iddianın veya mahsup iddialarının kaynağını belirlemek ve bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir⁵⁴³. Konuya ilişkin; “Prekons Insaat Sanayi AS v Rowlands Castle Contracting Group Ltd” arasında 2006 yılında ortaya çıkan bir ticari uyuşmazlıkta⁵⁴⁴, Prekons Insaat Sanayi AS tarafından ileri sürülen karşı iddia ayrı bir tahkim şartıyla ana sözleşmeye eklenerek borcun icrası için tahkim yargılama yetkisinde kalınması sağlanmıştır. Karşı iddianın veya mahsup iddialarının kaynağının yetki sözleşmesinden doğması konusunda ise, “Metal Distributors (UK) Ltd. v ZCCM Investment Holdings Plc” arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta⁵⁴⁵ hakem heyetinin karşı iddialar üzerinde yetkisi olmadığına ilişkin iddiaya karşın, hakem heyetinin ürünlerin kalitesi ve yetki itirazlarını birlikte ele alarak karşı iddiaya ilişkin savunmayı kabul etmiştir.

Yatırım sözleşmelerinde ise, karşı iddialar (örneğin ödenmemiş vergiler) görülmemektedir. Bunun nedeni yatırım sözleşmeleri yatırımcıya karşı devletlere bir iddia hakkı vermemesidir.

⁵⁴³ Heilbron s.18.

⁵⁴⁴ Prekons Insaat Sanayi AS v Rowlands Castle Contracting Group Ltd (2006) [2006] EWHC 1367 (QB) söz konusu uyuşmazlığa ilişkin kararın özeti için bkz. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawReportIndex/ENGLISHDATEDATABASE.pdf>.

⁵⁴⁵ Metal Distributors (UK) Ltd. v ZCCM Investment Holdings Plc uyuşmazlığa ilişkin kararın özeti için bkz. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Metal%20v%20ZCCM%202005.pdf>.

Ş II. HAKEM KARARLARININ YABANCI PARA ÜZERİNDEN VERİLMESİ, KARARDA FAİZ ve YARGILAMA GİDERLERİ

A. Genel Olarak

Hakem heyeti, uygulanacak hukuku somut olaya uygulayarak karar vermekte olup, zararın değerlendirilmesinin kapsamının uygun yapılmasının, hesaplamanın adil yapılması ve iddia sahibinin uygun ancak aşkın olmayacak şekilde tazminatla tatmin edilmesini sağlama esnekliğine sahiptir⁵⁴⁶. Bununla birlikte, gelecek nakit akışı ve indirim oranı gibi diğer konuların tespitini yaptırmakta esnek olabildiği gibi kararın ilişkin miktarın döviz ve faiz oranı gibi konuları karar verirken göz önüne almaktadır⁵⁴⁷.

B. Potansiyel Olarak İcra Edilemeyen İddialar

Tahkim tarafları icra edilebilir kararlar almak üzere başvuru sürecini başlatmaktadır. Londra Hakem heyeti Kurallarının 32.2 maddesinde de belirtildiği üzere, açıkça tahkim sözleşmesinde belirtilmeyen durumlar da dahil olmak üzere, hakem heyeti ve taraflar tahkim sözleşmesinin ruhuna uygun olarak hakem heyetince verilen her kararın tanınması ve icra edilebilmesi için bütün makul çabayı gösterecektir. Ancak, kamu düzeni çerçevesinde hakem heyeti kararlarının cezai tazminata ilişkin kısımlarından dolayı icra edilebilirlik sorunları ortaya çıkabilmektedir⁵⁴⁸.

Tahkim süreçlerinin çok yaygın olduğu İngiltere ve ABD de dahil olmak üzere, tahkim sürecini takip eden taraflar için cezai şartla ilişkin kararlarla karşılaşmak oldukça nadir gerçekleşmektedir⁵⁴⁹. Uygulanacak hukuk bu nitelikte bir karara izin verse bile, hakem heyetinin bu şekilde karar vermesinin önüne geçilebilmektedir⁵⁵⁰. Kıta Avrupası hukuk sistemlerine dahil ülkelerden İsveç'te bu tür kararlar açıkça yasaklanmış olmakla birlikte, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde kamu düzenine aykırı olarak görülmekte ve kararların icra edilmesine dair mahkemeler reddedebilmektedir⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Heilbron s.25-26.

⁵⁴⁷ Heilbron s.26.

⁵⁴⁸ Kuralların tam metni için bkz. [http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 32](http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2032).

⁵⁴⁹ Heilbron s.19.

⁵⁵⁰ Heilbron s.19.

⁵⁵¹ Heilbron s.19.

C. Tahkim Kararlarında Döviz İlişkin Konular

Kayba ilişkin hangi döviz üzerinden miktarın tespit edilerek karar verileceği fiili duruma göre, kaybın gerçekleştiği işin yapılışı ile ilgili açık delil bulunması veya ihtiyari olup olmamasına göre şekillenmektedir. Belli bir döviz cinsinden karardaki miktarın ödenmesi konusunda devalüasyondan kaynaklı problemler ortaya çıkabilmektedir⁵⁵². Eğer sözleşmede karşı bir hüküm varsa veya uygulanacak hukuk kararın verilmesini engelliyorsa hakem heyeti hukuken bu şartlara uymaya zorunludur, ancak, bazı durumlarda hakem heyeti istisnai kararlara hükmedebilmektedir⁵⁵³.

Benzer şekilde yatırım uyumsuzluklarını takip eden taraflar kaybı gerçek büyüklüğünü yansıtan bir tazminat kararının uygun döviz cinsinden hükmedilmesine çalışmaktadır⁵⁵⁴. Enerji Şartı anlaşması gibi bazı sözleşmelerde, bu iradeyi ortaya koymak için hükümler bulunmaktadır⁵⁵⁵. Kamulaştırmayı düzenleyen söz konusu antlaşmanın 13. Maddesinde; “Söz konusu adil piyasada değeri, yatırımcının talebi üzerine, ilgili paranın Değer Tesbit Tarihindeki piyasa döviz kuru baz alınarak serbest konvertibl para olarak ifade edilecektir.” şeklindeki düzenlemeyle zararın hesaplanmasında baz alınacak adil piyasa değerinin tespitinde döviz kurunun nasıl değerlendirileceği belirlenmiştir⁵⁵⁶.

⁵⁵² Heilbron s.26.

⁵⁵³ Heilbron s.26; Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo Spa & ors (2005) [2005] UKHL 43

⁵⁵⁴ Heilbron s.26.

⁵⁵⁵ Heilbron s.26.

⁵⁵⁶ Metnin Türkçe çevirisi için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404519.pdf

D. Tahkim Kararlarında Faize İlişkin Konular

Doktrinde; hakem heyetinin verdiği karara ait miktarın faizinin maddi yada usüli bir konu olup olmadığına ilişkin bir görüş birliği mevcut değildir⁵⁵⁷. Ulusal yasa koyucular, genellikle karara ait miktarın faizinin düzenlediği hükümler içeren düzenlemeler yapmaktadır⁵⁵⁸. Buna karşın, hakem heyetlerinin faiz konusu üzerinde basit veya bileşik faiz, başlangıç tarihi, faiz eklenecek ek dönemler ve oranlar bakımından önemli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁵⁹. Uygulamada tarafların sıklıkla, hakem heyetlerinin hatalı karar vermelerini önlemek amacıyla günlük oranlara ilişkin temel bilgilendirme yapmaları tavsiye edilmektedir⁵⁶⁰. Ayrıca, taraflar tarafından karar sonrası uygulanacak faiz ve yargılama giderlerinin faiz oranının talep edilmesi mümkün olduğu gibi, bazı durumlarda sözleşmeyle takdir yetkisini kısıtlayabilmek ve faize ilişkin kavram, oran ve dışlayıcı hükümleri düzenlemek de mümkün olacaktır⁵⁶¹. Birleşik faize ilişkin kararlar, daha çok yatırım sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda görülmektedir⁵⁶².

Konusu para olan bütün ticari tahkim uyuşmazlıklarında; gerek borca gerekse zarara ilişkin olsun, davacı tarafın dava konusu ana paranın geç ödenmesinden kaynaklı bir kaybı söz konusu olacaktır⁵⁶³. Bu kayıp, toplam talep miktarının önemli bir kısmına tekabül edebileceği gibi ana para miktarını da geçebilmektedir⁵⁶⁴. Doktrinde, modern bir tahkim sistemi ve yargılamasında, davacının ana paraya ilişkin faiz talebinin mutlaka ileri sürme hakkının olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁵. Bir başka ifade ile, tahkim yeri, uygulanacak hukuk, tahkimin kurumsal veya ihtiyari olmasına bakılmaksızın mağdurun ana paraya ilişkin talep (Şeri hukuk istisna olmak üzere) hakkının bulunduğu genel beklentisi bulunmaktadır⁵⁶⁶.

Tahkim yargılamasındaki gelişmeler birbirine paralel ilerlemekte olup, faize ilişkin hususlar uluslararası hukuk kuralları tarafından şekillendirilmektedir. Özellikle yatırım tahkimindeki gelişmelerin son yıllardaki gelişimi tahkimdeki gizlilik ilkesine rağmen

⁵⁵⁷ Heilbron s.27.

⁵⁵⁸ Örnek olarak; 1996 yılında İngiliz Tahkim Kanunu'nun faizi düzenleyen 49. Maddesi; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/49>

⁵⁵⁹ Heilbron s.27.

⁵⁶⁰ Heilbron s.27.

⁵⁶¹ Şeri hukuka göre düzenlenen sözleşmelerde faiz kurumu düzenlenmemektedir.

⁵⁶² ADC Affiliate Limited and anr v The Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/03/06 2 October 2006; Heilbron s.28.

⁵⁶³ Beeley, Mark/ Walck, Richard E.: Approaches To The Award Of Interest By Arbitration Tribunals, Journal of Damages in International Arbitration, Vol: 30, Issue: 1, ss. 51-76, s. 52

⁵⁶⁴ Veeder, Vechten V.: Whose Arbitration is it Anyway- The Parties' or the Arbitration Tribunal's?: An Interesting Question?, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2nd ed, 2008, s. 344

⁵⁶⁵ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 52

⁵⁶⁶ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 53

şeffaflığın sağlanması ve neredeyse günlük olarak yayımlanan kararlarla güncel bir konu olarak tartışılmaktadır⁵⁶⁷.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesine ilişkin kararlarda faiz konusu, Chorzow kararındaki benimsenen ilkeler ışığında eski hale getirme (*restitution*) veya tazminat (*compensation*) gibi yaptırımların mağdur tarafın bütün haklarının tesisini sağlama fonksiyonuyla birlikte ele alınmaktadır⁵⁶⁸. Vivendi v. Arjantin arasındaki uyuşmazlıkta hakem heyeti oldukça net bir şekilde şu şekilde konuyu özetlemiştir:⁵⁶⁹

“Faiz kararının konusu, zararın tazmini için borçlu tarafından ödenmeyen zaman diliminde alacaklının kullanımdan yoksun kaldığı ve alması gereken miktardır.”

Uluslararası tahkim uygulayıcıları tarafından kavramsal olarak benimsenen temel görüşlerin yanında tartışma konusu, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda faize ilişkin uygulamanın ifade edilmediği durumlarda, hangi oranda bir faiz oranının hangi dönem için verileceği noktasında toplanmaktadır⁵⁷⁰. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında konuya ilişkin bir düzenleme olmadığında, uyuşmazlığın görüldüğü tahkim kurallarına bakılması gerektiği usülen kabul edilmektedir⁵⁷¹. Londra Uluslararası Tahkim (LCIA) kuralların 26.6 maddesi hakem heyetine faiz oranını belirlemede takdir yetkisi vermiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, hakem heyeti takdir yetkisini birleşik faizi hesaplama yöntemi ve faizin hesaplanacağı dönemi belirlemek üzere kullanabilecektir⁵⁷². Singapur Uluslararası Hakem heyeti Londra’ya benzer bir düzenlemeyi kurumsal tahkim kurallarının 27.6 maddesinde yer vermiştir⁵⁷³. Bu düzenlemelere karşın, Uluslararası kurumsal tahkim kurallarının faize ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) ve Stokholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim kuralları konuya ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir⁵⁷⁴. Zararın değerlendirilmesine ilişkin kararlarda faiz konusunda kurumsal tahkim kurallarında bir düzenlemeye yer verilmediğinde, sonraki adımda tahkim yargılamasına uygulanacak milli

⁵⁶⁷ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 53

⁵⁶⁸ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 53

⁵⁶⁹ Vivendi v. Argentina, ICSID Case No ARB/97/3, Award of 20 August 2007, ¶ 9.2.3

⁵⁷⁰ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 54

⁵⁷¹ Kuralların ingilizce metni için bkz. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

⁵⁷² Kuralların ingilizce metni için bkz. <http://www.siac.org.sg/our-rules>

⁵⁷³ Kuralların ingilizce metni için bkz. <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php>

⁵⁷⁴ Kuralların ingilizce metni için bkz. <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>

hukuk düzenlemelerine bakılacağı kabul edilmektedir⁵⁷⁵. Örneğin İngiliz Tahkim Kanunu'nun (1996) 49'uncu maddesi genel ve takdir yetkisi veren bir düzenlemeye yer verirken, Kıta Avrupasına mensup Fransız Usul Kanunu bu şekilde bir düzenlemeye yer vermemiştir⁵⁷⁶. Görüldüğü üzere, Uluslararası tahkim yargılamasında en fazla uygulanan milli hukuk kurallarındaki farklı düzenlemeler hakem heyetlerindeki takdir yetkisinin değişkenlik göstermesini sağlamaktadır⁵⁷⁷. Ancak, bir görüşe göre de hakem heyetine verilecek bu yetkinin ifadesine gerek olmaksızın hakem heyeti kararın faize ilişkin kısmını şekillendirmeye yetkilidir. Bu yönde bir karar, ABD ve İran arasındaki hakem heyetinin kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Faize ilişkin talepler istenilen tazminatın bir parçası olup ayrı bir hukuki sebebe dayandırılarak bağımsız bir şekilde ele alınması gerekmez... Faizi, hakem heyeti talebin bir parçası olarak yargılama içinde görevi olduğu üzere incelemiştir...Sözleşme ile aksi düzenlenmediği takdirde, Hakem heyetinin yetkisi dahilinde verilen kararda ifade edilen miktara ilişkin faiz kararı vermeye yetkilidir”

Başka bir ifadeyle, hakem heyeti faizi talepten ayrı olarak değerlendirmemiş ve zararın bir türü olarak görmüştür.

Faize ilişkin hukuki yaklaşımlarla finansal yaklaşımlar arasında tahkim uygulamalarında bir uygulama birliği bulunmamakla birlikte disiplinler arası anlayıştan kaynaklı sorunları ortadan kaldırmaya yönelik hakem heyetlerince dikkat edilen belli hususlar bulunmaktadır⁵⁷⁸. Genel kural, eğer zararın oluştuğu tarih ile kararın verildiği tarih arasında bir süre varsa mutlaka faize ilişkin karar verilmelidir. Eğer taraflar sözleşmeye ilişkin düzenlemeleri taraflar arasında uyuşmazlık yoksa sözleşme hükümlerine göre karar verilmelidir.⁵⁷⁹ Sözleşmenin olmadığı durumlarda ise hakem heyetinin faize ilişkin kararında göz önünde bulundurması gereken temel hususlar şu şekilde özetlenebilir.⁵⁸⁰

- i) Faizin niteliğinin bileşik faiz olarak hesaplanması, faiz oranının ise 30 günlük oranın yıllık hesaplanması yerine 30 günlük faizin aylık olarak bileşik faiz uygulanarak yıllık miktarın bulunmalıdır.
- ii) Hakem heyeti kararında spesifik olarak faiz oranını spesifik olarak belirtilmelidir.

⁵⁷⁵ İngiliz Tahkim Kanunu m. 49 İngilizce tüm metni için bkz. (Interest)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

⁵⁷⁶ Fransız Tahkim Kanunu m. 1469 ile 1480 arası bkz.

<https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc.html>

⁵⁷⁷ Iran v USA, Decision of 30 September 1987, 16 Iran-US CTR 285, 289-90, Case No. A 19

⁵⁷⁸ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 74

⁵⁷⁹ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 75

⁵⁸⁰ Beeley, Mark/ Walck, Richard E s. 75

Örneğin, “Londra bankalararası para piyasasında likiditesi yüksek bankaların birbirlerine Amerikan doları üzerinden borç verme işlemlerinde uyguladıkları faiz oranı olan LIBOR (*London Interbank Offered Rate*)” oranı kullanılacaksa 1 aylık, 3 aylık veya daha uzun bir süre için bir oran ise belirtilmeli ve döviz cinsiyle ifade edilmelidir.

E. Yargılama Giderleri

Tahkim yargılamasından en sonunda gerçekleşmesine karşın, zarara ilişkin iddaların yer aldığı ve değerlendirme yapılan uyuşmazlıklarda yasal ve diğer yargılama giderleri kararın oluşmasında oldukça önemlidir⁵⁸¹. Uluslararası ticari tahkimde, genellikle kazanan tarafa yargılama giderlerinin bırakılması uygulaması görülmektedir⁵⁸². Bazı kurumsal tahkim kurumları; bu uygulamayı kendi kurallarında düzenlerken, öte yandan hakem heyetlerine konuyla ilgili geniş takdir yetkisi de tanımaktadır⁵⁸³. Londra Uluslararası Tahkim Kurullarının (2014), “tahkim yargılama giderleri ve yasal giderler” bölümünü düzenleyen 28.maddesi⁵⁸⁴ ile “Tahkim Masraflarına Dair Karar”ı düzenleyen ICC Tahkim kurallarının (2012) 37. maddesinde paralel düzenlemeler görülmektedir⁵⁸⁵. Ancak hakem heyetleri, somut olaya göre fiili gerçekleri değerlendirecek ve taraflardan biri iddiasının bir bölümünü kazandıysa hakkaniyete uygun olarak somut olaya göre karar verecektir⁵⁸⁶. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde hakem heyetleri, tarafların kendi giderlerini kendilerinin ödemesi yönünde karar vermeye eğilimlidir⁵⁸⁷. Bunun yanında; kaybeden tarafa tahkim yargılama giderlerini ödemesi (genel olarak idari masraflar ve hakem ücretleri gibi) ancak tarafların kendi yasal masraflarını karşılmasından oluşan karma nitelikte bir karar verebilmektedir⁵⁸⁸. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) düzenlemelerinin 61/2 maddesi;⁵⁸⁹ “Taraflar aksini kararlaştırmamışsa, hakem heyeti, taraflarca yapılan yargılamaya ilişkin değerlendirecek ve hakem heyeti üyelerinin ücret ve masraflarını, merkezin tesislerinin kullanılmasından kaynaklı masrafların kime ve nasıl ait olduğuna karar verecektir. Bu karar, nihai kararın bir kısmını oluşturacaktır.” şeklinde hakem heyetinin nihai kararın masraflara ilişkin bölümünün nasıl şekillendirileceğini düzenlemiştir. Yatırım Anlaşmaları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezinde çözümlenen, Asurix ve Arjantin Cumhuriyeti arasındaki uyuşmazlıktaki hakem heyeti kararında:

“1) İki tarafın da kendi harcamalarını ve danışmanlık ücretlerini ödemesine,

⁵⁸¹ Heilbron s.27.

⁵⁸² Heilbron s.27.

⁵⁸³ Heilbron s.27.

⁵⁸⁴ Londra Uluslararası Hakem heyeti Kuralları için bkz. http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Preamble

⁵⁸⁵ ICC Tahkim Kurallarının Türkçe metni için bkz.

http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf

⁵⁸⁶ Heilbron s.27.

⁵⁸⁷ Heilbron s.27.

⁵⁸⁸ Heilbron s.27.

⁵⁸⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>

2) Hakem heyetinin ücretlerinin ve ICSID sekreteryasının kullanılmasından kaynaklı masrafların, iddia sahibine bırakılacak 34,496\$'lık miktar haricinde Arjantin'e bırakılmasına..”

Şeklinde kısmi şekilde taraflarca giderlerin ödenmesini hükme bağlamıştır⁵⁹⁰. Ticari tahkim uyuşmazlıklarında; yasal giderler ve kurumsal masraflar dahil diğer masraflar kazanan tarafa bırakılmasına karşın, “diğer giderler (*other costs*)” şeklinde karar verilmesine ilişkin uygulamada birlik bulunmamaktadır⁵⁹¹. Doktrinde, diğer giderler olarak kabul edilen başlıca üç gider kalemi şu şekilde başlıklar altında toplanmaktadır:

- i) Danışmanlık Ücret giderleri
- ii) Tahkim davasının hazırlanması için gerekli diğer idari görevlilerin yönetim giderleri
- iii) Tarafların ve varsa tanığın tahkim yargılamasına katılmak için yaptığı ulaşım ve harcırah giderleri

Bu gider kalemlerinin iş hayatının bir parçası olarak, danışmanlık ücretinin hukuki meselelerin takibi ve idarecilerin işletmelerin hatalı gittiği durumlarda iyi giderkenki gibi zaman harcanmasına hazır olması için ödeme aldıkları görüşü mevcuttur. Diğer bir görüş ise, bu gider kalemlerinin zaman ve şirket dışı danışmanlık hazırlıkları için tasarruf sağladığından, kazanan tarafın kaybının telafisi kapsamında belirlenecek tazminatın bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekeceği düşüncesiyle ele alınması gerekmektedir⁵⁹².

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin uygulandığı hakem heyetlerinde, kayıplara ilişkin oluşan zararlar bakımından verilen kararlarda bu şekilde bir eğilim olduğu gözlemlenmektedir⁵⁹³. Buna karşın; hakem heyetlerinin sıklıkla karşı karşıya kaldığı zorluk, bu tür bir zaman diliminin nasıl hesaplanacağına evrensel kurallarla ortaya konmamasından kaynaklanmaktadır⁵⁹⁴.

Giderlerin ne zaman tespit edileceği meselesi uygulamada değişkenlik göstermektedir.

⁵⁹⁰ Asurix v Argentine Republic ICSID Case No. ARB/01/12; Heilbron, H., s.27; Karar metninin İngilizce metni s. 158 için bkz. <https://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>.

⁵⁹¹ Heilbron s.27.

⁵⁹² Heilbron s.27; Versicherung AG v Riak Insurance and Reinsurance solutions & ors [2006] EWHC 42 uyuşmazlığında İngiliz mahkemesi soruşturma kapsamında idari yönetim ve personel giderlerini zarar kapsamında değerlendirmiştir

⁵⁹³ Heilbron s.28.

⁵⁹⁴ Heilbron s.28.

Sıklıkla, hakem heyetleri giderlerden tasarruf sağlayabilmek adına ara kararlar verme yoluna gitmektedir⁵⁹⁵. Bazı durumlarda ise, giderlere ilişkin yapılan başvuruları daha önce ayrı olarak inceleyecek, diğer durumlarda ise giderlere ilişkin başvurular karara müteakip incelenebilecektir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Heilbron s.28.

⁵⁹⁶ Model bir usül için bkz. Reichert,Klaus / Hope, James: The Sting in the Tail, Global Arbitration Review , April 2006, Vol.1 Issue 2; Heilbron s.28.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI TAHKİMDE
ZARARIN HESAPLANMASININ PRENSİPLERİ ve YÖNTEMLERİ
§ I. ZARARIN HESAPLANMASI PRENSİPLERİ

A. Fiili Dayanak (Factual Basis)

Zararların değerlendirilmesi mutlaka fiili dayanağı olan bir mesele olup dış olay ve etkilerden ayrı olarak ele alınamaz⁵⁹⁷. Zararın ölçülmesi ve değerlendirilmenin yapıldığı zamana dayanarak, zararların hesaplanması iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, duruşma öncesi nelerin gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin olduğu, ikinci bölüm ise gelecekte olma olasılığının neler olabileceğini ifade etmektedir. Birinci bölüm iddianın değerlendirilmesi bakımından, hakem heyetinin neler olduğuna ilişkin varsa kalan belirtileri göz önüne alabileceğinden daha kolay olacaktır⁵⁹⁸.

Bir çok davada hakem heyeti işin ne şekilde faaliyet gösterdiğini ve faaliyet gösterme niyetinde olduğunu, iş planları, yönetim ve diğer hesaplamalara benzer şirket kayıtlarını inceleyerek değerlendirebilecektir⁵⁹⁹. Belirlenmiş ürün veya sektör için geçmiş ve gelecek piyasa, gelecekteki ekonomik değerlerin iş üzerindeki ve bağlantılı konulara etkisi zararın değerlendirilmesiyle ilgili olacaktır⁶⁰⁰. Karın değerlendirilmesi belli iş türleri için diğer iş türlerinde kullanılan veya farklı ülkedeki iş türünün değerlendirilmesine benzemeyebilir. Değerlendirmeye esas alınabilecek daha çok bilgi olması, bilirkişi raporlarının fiili duruma ilişkin daha net bir durum ortaya koyacağından dolayı hakem heyeti zararın kesinliği ve ilgili her türlü hesaplamayı daha kolay yapabilecektir. Tabiki, bazı somut olaylarda bilgi seviyesi yeterli olmadığından, hakem heyeti var olan verilerle en optimal sonuca ulaşmaya çalışacak fakat taraflarca daha kesin deliller sunulması olayın oluşumuna sebep fiili durumu daha iyi ortaya koyacaktır⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Heilbron s.21.

⁵⁹⁸ Heilbron ss.21-22.

⁵⁹⁹ Heilbron, s.22.

⁶⁰⁰ Heilbron, s.22.

⁶⁰¹ Heilbron, s.22.

B. Kesinlik (Certainty)

Zararın hesaplanması konusu, açık bir şekilde sistematize edilmediğinden, hakem heyetleri daha geniş bir bakış açısıyla uyumsuzluğu değerlendirmek zorundadır⁶⁰². Kâr kayıpları için yapılan hesaplamalar, ekonomist ve politikacıların bile nadiren başarıyla yapabildiği ekonominin kötüye ve iyiye gittiği durumların tahmin edilerek tespitini içerdiğinden tahkim taraflarının ve uygulayıcılarının zorlanabileceği aşıkardır⁶⁰³. Ancak, bu durum hakem heyetlerinin spekülasyon kar kayıplarına ihtiva eden kararları vereceği anlamına gelmediği gibi, çoğunlukla bu tür kararları vermektan kaçınmaktadır⁶⁰⁴. Örneğın; Ancover ve Venezuela arasındaki imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukta, ICSID hakem heyeti kar kaybına ilişkin zarar iddasını yeni başlayan bir endüstri ve henüz yapılmamış iş (*for a beginning industry and unperformed work*) olması nedeniyle reddetmiştir⁶⁰⁵.

C. Şans Kaybı (Loss of Chance)

Gelecek kar kayıplarına benzer bir çok durum olabılnesine karşın, kâr fırsatının başlı başına bir değere sahip olmasından dolayı, şans veya fırsat kaybında ayrı bir değeri bulunmaktadır⁶⁰⁶. Belirsizlik genelde zorunlu olmasa da, tarafların kontrolü dışında üçüncü bir taraf veya bir olay sebebiyle oluşmaktadır. Örneğın, hükümet otoritelerinden bir ruhsat veya lisans alınması gibi durumlarda, hakem heyeti kar elde etme şansını somut olaya göre kazanılmış olarak değerlendirecektir ve buna göre önemli bir oranda indirim sağlayabilecektir⁶⁰⁷.

D. Zararın Değerlendirilmesi için Uygun Tarih

Zararın değerlendirildiği zaman, somut olaydaki iddiaya ve uygulanacak hukuka göre değişmektedir⁶⁰⁸. Örneğın İngiliz hukukunda, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklı zararın değerlendirilme zamanı aykırılığın gerçekleştiği zaman olarak kabul edilen geleneksel bakış açısı, kayıpların sebep olduğu durumların düzeltilebildiği mal satışı davaları gibi konularla kısıtlanmıştır⁶⁰⁹. 1979 yılında yürürlüğe giren Mal Satımı Kanunu'nun (*Sale of Good Act*) teslimatın yapılmamasından kaynaklanan zararları düzenleyen 51/3 maddesi : “sözleşme fiyatı ve piyasa yahut cari fiyatı arasında fark olan ürünlerin teslim edilmesi gereken zaman

⁶⁰² Heilbron s.22.

⁶⁰³ Heilbron s.22.

⁶⁰⁴ Heilbron s.22.

⁶⁰⁵ Ancover v Bolivian Republic of Venezuelan ICSID Case No ARB/00/05 23 September 2003; Heilbron s.22.

⁶⁰⁶ Heilbron s.22.

⁶⁰⁷ Heilbron s.22.

⁶⁰⁸ Heilbron s.22.

⁶⁰⁹ Heilbron s.22; Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kibishka Kaisha [2007] UKHL 12.

veya zaman belirlenmemişse teslimatın reddildiği zaman zararın hesaplanması durumlarında esas alınır” şeklinde düzenlenmiştir⁶¹⁰. Diğer bir ifadeyle, sözleşme aykırılık gerçekleşmeseydi (*but for*) sözleşmenin uygulanmaya devam edeceğinden, kararın verileceği tarih fesih tazminatı kuralını daha iyi yansıtacak böylece hakem heyetinin aykırılık ve karar verme dönemine ilişkin zararın indirilmesi veya artırılması konusundaki açıklamayı yapabilmesini sağlayacaktır.⁶¹¹

Kamulaştırma davalarında ise, kamulaştırma zamanı veya kamulaştırma zamanından itibaren söz konusu malın değeri artmışsa ve kamulaştırma hukuka aykırı ise, fiile bağlı olmakla birlikte, kararın verilme zamanından itibaren zararın değerlendirilmesi yapılacaktır⁶¹². Benzer şekilde, hakem heyeti diğer zamanlarda yapılan aykırılık durumlarına ilişkin zamanları somut olaya ilişkin belirleyerek karar verecektir⁶¹³.

⁶¹⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/section/51>.

⁶¹¹ Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kibishka Kaisha [2007] UKHL 12.

⁶¹² Heilbron s.22.

⁶¹³ Heilbron s.22.

§ II. ZARARIN HESAPLANMASI YÖNTEMLERİ

A. Genel Olarak

Zararın hesaplanmasındaki yöntemler ticari ve yatırım tahkiminde, zarar iddiasının niteliği ve işin türü (Start-up veya kurulu şirket), somut olaya ilişkin mevcut bilgi seviyesi, sözleşmeden kaynaklı hükümler, iş erteleme veya idari aksaklığa ilişkin iddia ile alacak veya buna bağlı zarar iddalarının içeriğine göre değişmektedir. Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesini çalışmamız kapsamında, “Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları” sistematığı, terminolojisi ve kavramlarıyla açıklamaya çalışacağız. Şirket değerlendirme yöntemleri ile zararın değerlendirme yöntemi esasen varlık değerlendirme yöntemi olmaları bakımından, uluslararası varlık değerlendirme yöntemleri olarak bilirkişilerin raporlarında ve tahkim kararlarında kullanıldıkları örneklerle somutlaştırmaya çalışacağız.

1. Uluslararası Ticari Tahkim

Zararın hesaplanmasındaki yöntem genellikle şu faktörlere göre değişmektedir:⁶¹⁴

- i) Zarar iddiasının niteliği ve işin türü (Start-up veya going concern)
 1. Yeni kurulmuş şirket (*Start-up*)
 2. Kurulu Şirket (*going concern*)
- ii) Somut olaya ilişkin mevcut bilgi seviyesi
- iii) Sözleşmeden kaynaklı hükümler
 1. İş Erteleme veya idari aksaklığa ilişkin iddia
 2. Alacak veya buna bağlı zarar iddası

Açıklanan koşullara göre değişiklik gösteren durumlarda, gelecek veya varsayımsal olarak geçmiş zararın hesaplanması konusunda hakem heyetlerinin en sık kullandığı yöntem indirgenmiş nakit akışı yöntemidir (*Discounted Cash Flow/DCF*). Esasen, geçmiş zararın hesaplanması için hızlandırmaya veya indirgemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. İndirgenmiş nakit akışı yöntemi; örneğin, bir kararın veya aykırılıktan kaynaklı zarar miktarının şimdiki değerinin gelecekteki kayba uyarlamak suretiyle hesaplama yapılmasıdır.⁶¹⁵ Gelecekteki nakit akışının kesin tarihlere dayarak belirginleştirilmesi, son değer (*terminal value*) ve hızlandırılmış (*accelerated payment*) ödemelerin ilave edilerek, yani paranın zaman değerini (*gelecek dönem enflasyon etkisi*) ve gelecekteki operasyonel veya diğer sektörel yahut ülkedeki spesifik risklerin değerlendirilmesi şeklinde yapılmaktadır⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Heilbron s.23.

⁶¹⁵ Heilbron s.23.

⁶¹⁶ Heilbron s.23.

Nakit akışı; kar ile aynı kavramı ifade etmemekte olup, sermaye harcamaları, operasyonel maliyetler, vergiler ve işletme sermayesinin esas alınması ile amortismanın hesap dışında bırakılarak, borçlu ve alacakların vadelerinin göz önünde bulundurularak ortaya çıkan gelir hesaplamasını ifade etmektedir. Bundan dolayı, indirim oranının sonuç üzerinde önemli etkisi vardır⁶¹⁷.

Gelecek kayıplara ilişkin iddiaların önemli bir bölümü, indirgenmiş nakit akışı yöntemi ile hesaplanabilirken, özellikle yeni kurulmuş işletmeler için bu hesaplamanın ciddi zorlukları bulunmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, kayıp gerçektende bir fırsatın veya şansın kaybı olduğundan, kar fırsatının başlı başına bir değeri bulunmaktadır⁶¹⁸. Bundan dolayı, örneğin, maden çıkarmak üzere bir işletmeye verilen ruhsattan kaynaklanan zararda, hakem heyeti konuya ilişkin şans o zamana kadar bulunmuş maden rezervi olup olmadığına ve miktarına göre böyle bir şansın olup olmadığına göre zararın değerlendirmesini yapacaktır⁶¹⁹.

Bazı durumlarda taraflar, kayıpları varlıkların net değeri (*net asset value*) veya yatırımın defter değerlerini (*book value*) referans alarak ispat etmeye yani varlıkların yenileme bedelleri üzerinden hesaplanmasını talep edebilmektedir⁶²⁰. Bu yöntemlerde; ilk yatırımın maliyetine (*historic cost*) enflasyon, yıpranma payı ve geliştirme harcamalarının eklenmesi suretiyle hesaplama yapılmakta olup, kısaca, yatırım için hesaplama anına kadar harcanmış maliyetlerin miktarının tespiti esas amaçlanmaktadır⁶²¹.

⁶¹⁷ Heilbron s.23.

⁶¹⁸ Heilbron s.23.

⁶¹⁹ Heilbron s.23.

⁶²⁰ Heilbron s.23.

⁶²¹ Heilbron s.23.

2. Yatırım Uyuşmazlıkları Tahkimi

Kamulaştırmaya ve diğer sözleşmeye aykırılığa ilişkin iddialarda, işletmenin ticari faaliyetlerde bulunduğu durumlarda zararın hesaplanması, eğer yatırım daha somut başka durumlardan etkilenmediyse ve daha kesin değerlendirme yapılamadığı durumlarda genel olarak piyasa adil değerine göre yapılacaktır⁶²². Yatırım uyuşmazlıklarında hakem heyetleri, kâr eden işletmenin (*going concern*) piyasa adil değerini hesaplamak için uygulamaların neredeyse tamamında, indirgenmiş nakit akışı yöntemini kullanmaktadır⁶²³. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezinde (*ICSID*), *CMS v Argentina* uyuşmazlığına ilişkin verilen bir kararda, “indirgenmiş nakit akışı yöntemi tekniklerinin bir çok hakem heyeti de dahil olmak üzere işletme varlıklarının değerlemesinde uygun bir yöntem şeklinde evrensel olarak benimsendiğini” ifade edilmektedir⁶²⁴. Kayıpların hisse değerindeki indirim yapılmak suretiyle hesaplanması uygun olduğu durumlarda dahil olmak üzere halka şirket hisselerinden etkilenen hisselerin tespiti oldukça nadiren gerçekleşebilmektedir⁶²⁵. Eğer işletme veya yatırım karlılığı süreklilik arz etmiyorsa (*going concern*), hakem heyeti yapılan esas yatırımı ele alacak ve genellikle defter değerini esas alarak kayıplardan kaynaklı zarar değerlendirmesi yapacaktır⁶²⁶. Buna karşın; defter değeri dikkate alınmak üzere yalnızca bilançodaki varlıkların değeri üzerinden hesaplama yapıldığında; iyi niyet, know-how gibi somut olmayan veya manevi varlıkları dikkate alınmayacağından genel olarak zararların düşük miktarlarda tespit edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁶²⁷.

⁶²² Heilbron s.23.

⁶²³ Heilbron s.23.

⁶²⁴ Bkz. *CMS v Argentina* ICSID davası dipnotu.

⁶²⁵ Heilbron s.23.

⁶²⁶ Heilbron s.23; Bkz. *Metalclad Corporation v The United Mexican States* Case No ARB(AF)/97/1. NAFTA kamulaştırma hükümlerine göre Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezinde (ICSID) görülen tahkim davası.

⁶²⁷ Heilbron s.23.

B. Gerçek Değer ve Zarar Hesaplama Yöntemleri

Bir ortaklık payının veya şirketin değerinin belirlenmesi, esasen işletme iktisadının konusudur. Bununla birlikte, bir varlığın değerlemesine ilişkin bütün kural ve ilkelerin hukuk bilimine ait bir çalışmada ele alınması da mümkün değildir⁶²⁸. Gerçek değer kavramının tanımlanması ve adil piyasa değeri ile ilişkisini, doktrin ve uluslararası tahkim kararlarından faydalanarak irdelenmesi ile yetinilmiştir.

Gerçek değer, bir hukuki kavram olarak Türk Ticaret Hukuku açısından tanıma muhtaçtır⁶²⁹. Kanun'un birçok hükmünde⁶³⁰ payın gerçek değerine yollama yapılmasına karşın gerçek değer tanımlanmamış, Kanunu gerekçesine göre, Tasarı "gerçek değer"i tanımlamamayı tercih etmiş ve tanımlamayı öğretici ile içtihatı bırakılmıştır⁶³¹. Gerçek değer, "aktiflerin olası satış değerinin, kapitalizasyon değerinin ve işletme iktisadının kabul ettiği şirketin tüm varlıklarını temel alan diğer değerlerini" ifade etmektedir. Bu değer, tasfiye değerinin üstünde olarak kabul edilmekte ve yaşayan bir şirketin (*going concern*) değeri olarak ifade edilmektedir⁶³². Türk ve İsviçre öğretileri ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, gerçek değer ile kastedilenin iç değer⁶³³ (*intrinsic value*) –olduğu baskın görüştür⁶³⁴. İç değer, "pay sahibine ilişkin kişisel ve öznel hiçbir faktörün dikkate alınmadığı; payın değil şirketin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan ve bu suretle objektifleştiği (nesnelleştiği) varsayılan" bir değerdir⁶³⁵. Şirketin "bütünsel değerinin tespiti sonucunda ulaşılan parasal tutarın toplam pay adedine bölünmesi" ile, "tek bir payın gerçek (iç) değeri" belirlenmiş olur⁶³⁶.

İç değer belirlenmesi bakımından iki temel dayanak noktasından söz edilebilir. Birincisi, TTK m. 493 hükmünün gerekçesinde belirtildiği gibi, "yaşayan işletme değerinin (*going concern value*)"⁶³⁷ esas alınmasıdır. İkincisi ise, "şirketin net aktifleri ile gelecekteki

⁶²⁸ Pulaşlı, Hasan: Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, BATİDER, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 205 vd.; Yüksel, Sinan H.: Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, Hakemli Dergi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 26 Ekim 2013, ss. 159-215, s. 200

⁶²⁹ Yüksel s. 200

⁶³⁰ TTK m. 140, 141, 202, 493, 531, 596, 597, 636, 641;

⁶³¹ Yüksel s. 200

⁶³² Bkz. TTK m. 493/.f 1 gerekçesi; tam metin için bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-493/>

⁶³³ Uzel, Necdet: Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013, s. 318; Tekinalp, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul, 2012, s.6-18; Yüksel s. 200

⁶³⁴ Yüksel s. 200

⁶³⁵ Yüksel s. 200

⁶³⁶ Yüksel s. 201

⁶³⁷ Yaşayan işletme-şirket (*going concern*) ilkesi, şirketin öngörülebilir bir gelecekte faaliyetine devam edeceği varsayımına dayanır. Yüksel s. 201; Ayrıca bkz. Alberro/ Ruttinger s.6; Heilbron s.23; Bkz. Metalclad

değerlerinin ekseninde hesaplama” yapılmasıdır⁶³⁸. Hesaplama, şirketin net aktiflerine gelecekteki gelir projeksiyonuna nazaran giderek daha az önem atfedilmektedir⁶³⁹.

Doktrinde, gerçek değer belirlenmesinde tasfiye değerinin esas alınıp alınmayacağı sorunu tartışmalıdır. Şöyle ki; tasfiye değeri, gerçek değer belirlenmesi bakımından bir alt sınır teşkil etmediği gibi; mutlak surette esas alınamayacağı da söylenemez⁶⁴⁰. Örneğin, şirketin hiç kârlı olmaması ya da değerlendirme kaygıları ile karlılığın düşük tutulması (hakkın kötüye kullanılması) hallerinde tasfiye değeri de esas alınabilir⁶⁴¹. Bununla birlikte, faaliyetin kesintiye uğramış olması halinde de tasfiye değerinin, gerçek değer belirlenmesi açısından doğru sonuç verdiği kabul edilmektedir⁶⁴².

Gerçek değer tespiti için yaşayan işletme değerinin (*going concern value*) esas alınır ve yaşayan işletme değerinin tespiti bakımından ise işletme bilimi birçok yöntem geliştirmiştir. Bu yöntemlerden bazıları, şirketlerin net malvarlığı (aktif)⁶⁴³ değerlerinden çok⁶⁴⁴ şirketin gelecekteki gelirlerini (nakit akımlarını) esas alır⁶⁴⁵. Nitekim, uygulamada en çok başvurulan yöntem, “şirketin gelecekteki nakit akışlarının belirli oranlar dahilinde iskonto edilmesi esasına dayanan indirgenmiş nakit akışı/akımı (*discounted cash flow-gelir yaklaşımı*)” yöntemidir⁶⁴⁶. Gelir yaklaşımının, iç değer hesaplanması bakımından en elverişli görülen yöntem olduğu genellikle kabul edilir⁶⁴⁷. Bunun gibi, “benzer işlemlerin örneksenmesi ya da benzer şirketlerin değerlendirme sonuçlarının örnek alınmasına dayanan ve piyasa yaklaşımı değerlemesi ya da nispi değerlendirme” olarak adlandırılan yöntemler de söz konusudur⁶⁴⁸.

Gerçek değer hesaplanmasında değerlendirme yönteminin seçimi, amaçlanan işleme ve somut şirketin özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir⁶⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre; seçilen yöntem icra edilebilir, güvenilir ve kabul görmüşse; benzer durumlarda yaygın uygulama alanı kazanmışsa; temellendirilebiliyor ya da en azından diğer metodlara göre daha

Corporation v The United Mexican States Case No ARB(AF)/97/1. NAFTA kamulaştırma hükümlerine göre Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezinde (ICSID) görülen tahkim davası.

⁶³⁸ Akın, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Paylar, İstanbul 2014, s.96; Yüksel s. 201

⁶³⁹ Akın s. 98-99; Yüksel s. 201; Aksi görüş için bkz. Uzel s. 319

⁶⁴⁰ Uzel s. 320; Yüksel s. 201

⁶⁴¹ Yüksel s. 201

⁶⁴² Yüksel s. 201

⁶⁴³ Karayalçın, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988, s.164; Yüksel s. 203

⁶⁴⁴ Şirketin değerine etki etmekle beraber bilançoya geçirilemeyen goodwill gibi kalemler de vardır: Çelik, s. 79-80

⁶⁴⁵ Akın s. 98-99; Yüksel s. 203

⁶⁴⁶ Pulaşlı s. 210; Yüksel s. 203

⁶⁴⁷ Akın s. 96; Yüksel s. 203

⁶⁴⁸ Yüksel s. 203-204

⁶⁴⁹ Uzel s. 319; Yüksel s. 203

iyi temellendirilebiliyorsa; sık uygulanmak suretiyle kendini kanıtlamışsa ve nihayet somut olayın özelliklerine uygunsa, şirket değerlemesinde esas alınabilir.⁶⁵⁰ Öğretide de aynı esaslar benimsenmektedir⁶⁵¹.

Gerçek değer belirlenmesinde kullanılan yöntemlerin fazlalılığı ve varılan sonuçların değişkenlik göstermesi, uygulamada objektif olarak “doğru” kabul edilebilecek bir gerçek değer ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu nedenle, tarafların, çeşitli değerlendirme yöntemleri çerçevesinde ulaşılabilecek değerler aralığına (yelpazesine) nazaran adil bir değer (*fair value*) üzerinde anlaşabileceklerini⁶⁵²; şirketin de böyle bir değeri en başta alım önerisinde karşı tarafa bildirebileceğini kabul etmek gerekir⁶⁵³.

Gerçekten, şirketin kendi paylarını TTK m. 379 çerçevesinde iktisap etmesi aşamasında, kanun koyucunun “yönetim kurulunu gerçek değer üzerinden alım yapmaya mecbur tutmadığı” açıktır. Bu halde, payın satış bedelinin piyasa değerine (*fair market value*) göre belirlenebileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Piyasa değeri, ilgili şirketin paylarının normal koşullarda, bilgilenmiş ve ilgili üçüncü kişiler arasında cereyan eden bir satımda esas alınabilecek olan bedeli ifade eder⁶⁵⁵.

Uluslararası tahkim yargılamasında zararın değerlendirilmesi, bir ticari işletmenin bütün değeri veya belli bir payının değerlendirilmesi yöntemleri kullanılarak yapılmaktadır. Bu değerlendirme faaliyetleri belli standartlarda sertifikalandırılmış uzman bilirkişiler tarafından varlığın pazar/piyasa değerini bulmak üzere yapılmaktadır. Değerlemeler, “hem finans piyasalarında hem de diğer pazarlarda kullanılmakta olup, finansal tabloların hazırlanmasında, yasal düzenlemelere uyum sağlanmasında veya teminatl borçlanmaların ve işlem etkinliğinin desteklenmesinde dayanak” olarak kabul edilirler⁶⁵⁶.

Değerleme mesleğinin kalitesinin geliştirilmesini amaç edinmiş kâr amacı gütmeyen, bağımsız bir kuruluş olan Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (*International Valuation Standards Council*) tarafından değerlendirme konusunda standart üretmek ve bu standartların varlık değerlemelerinde dünya genelinde uygulanmasını ve evrensel anlamda benimsenmesini temin ederek değerlemelerde güven tesis etmek ve kanunun inancını sağlamlaştırmak için çalışmalar yürütülmektedir⁶⁵⁷. Türk Hukukunda değerlendirme genellikle Sermaye Piyasası mevzuatı kapsamında ele alınmakta olsa da şirket

⁶⁵⁰ Yüksel s. 203

⁶⁵¹ Tekinalp s.49; Yüksel s. 204; Uzel s. 319

⁶⁵² Yüksel s. 204

⁶⁵³ Yüksel s. 204; Heilbron s.14.

⁶⁵⁴ Yüksel s. 204; Alberro, Jose s. 10; Heilbron s.14.

⁶⁵⁵ Yüksel s. 204; Heilbron s.14; Wöss, Herfried/ San Román Rivera s. 50.

⁶⁵⁶ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları, 2017, Genel Standartlar- UDS 105 Değerleme Yaklaşımları ve Yöntemleri, s.10; <https://www.ivsc.org/files/file/view/id/646>.

⁶⁵⁷ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları, 2017, <https://www.ivsc.org/files/file/view/id/646>.

değerleme faaliyetleri Ticaret Kanunu'nda belirtilen ve Halka açık olmayan şirket paylarının değerlendirilmesinde de kullanılmaktadır⁶⁵⁸. Sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yapılan değerlendirme işlemleri; halka açık anonim ortaklıkların varlıklarının ve gayrimenkullerinin değerlendirilmesi, gayrimenkul yatırım ortaklığı gibi kurumların alım satım işlemlerininin gerçeğe uygun değer üzerinden yapılabilmesi ve varlıkların finansal tablolarda gerçeğe uygun değeri ile yer alabilmeleri için ihtiyaç duyulan bir sistemdir⁶⁵⁹.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 62 nci maddesinin ikinci fıkrası ve 128 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükümlerine dayanılarak hazırlanan tebliğ (m.2), “sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıkların, sermaye piyasası kurumlarının ve ihraççıların, sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yaptıracağı değerlendirme faaliyetlerinde kullanılacak değerlendirme standartlarına ilişkin esasları” düzenlemektedir. Sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yapılan değerlendirme faaliyetlerinde, “Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği”⁶⁶⁰ ve “Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği”⁶⁶¹ tarafından yayımlanan Uluslararası Değerleme Standartlarına uyulması zorunludur. (m.3/1) Bunun yanında, Sermaye Piyasası Kurulunca yapılan diğer düzenlemeler ile “Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği” ve “Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği” tarafından yayımlanan “Uluslararası Değerleme Standartları”nın uyumlu olmadığı durumlarda öncelikli olarak Sermaye Piyasası Kurulunun ilgili düzenlemelerine uyulması gerektiği düzenlenmiştir. (m.3/2)

Sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıkların, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yaptıracağı değerlendirme faaliyetlerinde kullanılacak değerlendirme standartlarına ilişkin esasları belirlemek üzere, “Sermaye Piyasasında Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ (III-62.1)” 01.02.2017 tarih ve 29966 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶⁶². Sermaye piyasaları için taşıdığı bu önem nedeniyle Sermaye Piyasası Kurulu, sermaye piyasası alanında gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı mesleğinin oluşturulması, geliştirilmesi ve kurumsallaşmasına ve ayrıca değerlendirme standartlarının geliştirilmesine büyük önem vermekte ve öncülük etmektedir. 2016 yılında güncellenerek “International Valuation Standards Council (IVSC, Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi)” tarafından yayımlanmış Uluslararası Değerleme Standartları (Standartlar), “Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği (TDUB)” ve “Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB)” ile birlikte yürütülen çalışmalar sonucunda; “Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi” tarafından yayımlanmış güncel Standartlar ile birlikte Standartlara ilişkin ek

⁶⁵⁸ Pulaşlı s. 210; Yüksel s. 201

⁶⁵⁹ <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20170201/0>

⁶⁶⁰ Değerleme sektörü, krediye konu gayrimenkuller, kamulaştırma, özelleştirme, uyuşmazlık ve mülkiyet davaları, kentsel dönüşüm, sigorta, vergi, gayrimenkul odaklı finansal varlık ve hakların değerlendirilmesi gibi birçok amaçla faaliyet göstermektedir.

<http://www.tdub.org.tr/Web/MyContents.aspx?MyContentID=240&LangID=1&UID=ca979d23-272d-48d6-9cdf-390078939243&submenuheader=null>

⁶⁶¹ Birlikte ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.tspb.org.tr/tr/mevzuat/>

⁶⁶² Tebliğ metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170201-8.html>

açıklamalar getiren “Teknik Bilgi Notları ve Terimler Sözlüğü” hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur⁶⁶³.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesini çalışmamız kapsamında, “Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları” sistematığı, terminolojisi ve kavramlarıyla açıklamaya çalışacağız.

⁶⁶³ <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/Ek-UDS.pdf>

1. Gelir Yaklaşımı (*Income Approach*)

İndirgenmiş nakit akımı yaklaşımı yaygın olarak kullanılan ve etkin bir yöntem olduğu kabul edilen bir şirket değerlendirme yöntemi olup zararın değerlendirilmesinde şirketlerin yoksun kaldıkları kârın tespitinde uluslararası tahkim yargılamasında da kullanılmaktadır⁶⁶⁴. Bu methodun tercih edilmesi; genel itibarıyla, şirketin gelir ve büyüme yönündeki beklentilerini ele alması ve yatırım riskinin dünyanın çeşitli yerlerindeki piyasa değerlendirilmesi ile birlikte kullanmada sağladığı kolaylıktan kaynaklanmaktadır⁶⁶⁵. Özellikle altyapıya ilişkin varlıkların, bağımsız kuruluşlarca belirlenen düzenleyici kurallara tabi şirketlerin veya rekabetin yüksek olduğu doğalgaz ve petrol veyahut lojistik şirketlerinin dahil olduğu uyuşmazlıklarda hakem heyetlerince tercih edilen bir yöntemdir⁶⁶⁶. Ekonomist Myron Gordon tarafından, 1950’li yılların sonlarında finans literatürüne kazandırılmış nispeten yeni olduğu değerlendirilen teorik yaklaşım; düzenleyici kuruluşlar, mahkemeler ve hakem heyetlerinin dikkatini çekmiş objektif ve uygulanabilir bir şirket değerlendirme ve sermaye bedeli belirleme yöntemi olarak benimsenmiştir⁶⁶⁷. Gordon, neoklasik ekonomik teori ile şirketin değerinin yatırımının bir fonksiyonunun olduğu genel düşüncesini birleştirmiştir. Neoklasik ekonomik teoriye göre, bir şirketin görevi değerinin maksimizasyonu, değeri ise gelecek gelirinin bir fonksiyonu, gelecek geliri ise yatırımının bir fonksiyonudur. Gordon’ın teorisine göre bu iki fonksiyon hakkında bilgi sahibi olmak şirketin değerlendirilmesinde temel hususlardır⁶⁶⁸. Gordon, teorisinde, matematiksel olarak maksimize edilmeye çalışılan şirket değerini gelecek gelire, gelecek geliri ise gelecek yatırıma fonksiyonel olarak bağlamıştır⁶⁶⁹.

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre de, “Sabit büyüme modelinde, varlığın sonsuza kadar sabit bir oranda büyüdüğü (veya küçüldüğü) varsayılmaktadır⁶⁷⁰.” Uluslararası Değerleme Standartlarına göre gelir yaklaşımı, “gösterge niteliğindeki değer, gelecekteki nakit akışlarının tek bir cari değere dönüştürülmesi ile belirlenmesini sağlar. Gelir

⁶⁶⁴ Makhholm, Jeff D.: The Discounted Cash Flow Method Of Valuing Damages In Arbitration, 2018 Law Business Research Ltd, Investment Treaty Arbitration Review, Third Edition, Editor Barton Legum, The Law Reviews, ss. 239-247, s. 239.

⁶⁶⁵ Makhholm s.240 vd.

⁶⁶⁶ Makhholm s.241

⁶⁶⁷ Makhholm s.241

⁶⁶⁸ Kantor, M. : Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence, Kluwer Law International, 2008; Makhholm s.241

⁶⁶⁹ Gordon, M / Shapiro, E.: Capital Equipment Analysis: Required Rate of Profit, Management Scienc, Vol 3., Issue 1, 1956 teorisinin ilk ortaya çıkışı; Makhholm s.242

⁶⁷⁰ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi s.55

yaklaşımında varlığın değeri, varlık tarafından yaratılan gelirlerin, nakit akışlarının veya maliyet tasarruflarının bugünkü değerine dayanılarak tespit edilir⁶⁷¹.”

Uygulanması ve bu yaklaşıma önemli ve/veya anlamlı ağırlık verilmesi özellikle aşağıdaki durumlarda gerekli görülmektedir:⁶⁷²

- “(i) varlığın gelir yaratma kabiliyetinin katılımcının gözüyle değeri etkileyen çok önemli bir unsur olması,
- (ii) değerlendirme konusu varlıkla ilgili gelecekteki gelirin miktarı ve zamanlamasına ilişkin makul tahminler mevcut olmakla birlikte, ilgili pazar emsallerinin varsa bile az sayıda olması.”

Belirtilen kriterlerin karşılanamadığı aşağıdaki ilave durumlarda, gelir yaklaşımı “uygulanabilir ve bu yaklaşıma önemli ve/veya anlamlı ağırlık” verilebilir. Değerleme standartlarına göre, gelir yaklaşımının aşağıdaki durumlarda uygulanması halinde, “değerlemeyi gerçekleştirenin diğer yaklaşımların uygulanıp uygulanamayacağını ve gelir yaklaşımı ile belirlenen gösterge niteliğindeki değeri pekiştirmek amacıyla ağırlıklandırılıp ağırlıklandırılmayacağını dikkate alması” gerekli görülmektedir.⁶⁷³

- “(i) değerlendirme konusu varlığın gelir yaratma kabiliyetinin katılımcının gözüyle değeri etkileyen birçok faktörden yalnızca biri olması,
- (ii) değerlendirme konusu varlıkla ilgili gelecekteki gelirin miktarı ve zamanlamasına ilişkin önemli belirsizliklerin bulunması,
- (iii) değerlendirme konusu varlıkla ilgili bilgiye erişimsizliğin bulunması (örneğin, kontrol gücü bulunmayan bir pay sahibi geçmiş tarihli finansal tablolara ulaşabilir, ancak tahminlere/bütçelere ulaşamaz), ve/veya
- (iv) değerlendirme konusu”

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre gelir yaklaşımı yöntemi olarak indirgenmiş nakit akımı yönteminin temel adımları:⁶⁷⁴

- “1) değerlendirme konusu varlığın ve değerlendirme görevinin niteliğine en uygun nakit akışı türünün seçilmesi (örneğin, vergi öncesi veya vergi sonrası nakit akışları, toplam nakit akışları veya özsermayeye ait nakit akışları, reel veya nominal nakit akışları vb.),⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.50

⁶⁷² Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.51

⁶⁷³ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.52

⁶⁷⁴ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.53

⁶⁷⁵ Varlığın bütününe veya kısmi haklara ait nakit akışları, Nakit akışı vergi öncesi veya vergi sonrası olma durumu, Nominal ve reel nakit akışları ve Para birimi konuları dikkate alınmalıdır. Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.54

- 2) nakit akışlarının tahmin edileceği en uygun kesin sürenin varsa belirlenmesi,
- 3) söz konusu süre için nakit akış tahminlerinin hazırlanması,
- 4) (varsa) kesin tahmin süresinin sonundaki devam eden değerler değerleme konusu varlık için uygun olup olmadığının; daha sonra da, varlığın niteliğine uygun devam eden değerlerin⁶⁷⁶ belirlenmesi,⁶⁷⁷
- 5) uygun indirgeme oranının belirlenmesi,⁶⁷⁸
- 6) indirgeme oranının varsa devam eden değer de dâhil olmak üzere, tahminî nakit akışlarına uygulanması olarak kabul edilmektedir.”

Uluslararası hakem heyetlerince kullanılan şirketlerin varlıklarının bedeli, benzer şirketlerin değeri ile karşılaştırmayla tespit edilen piyasa değeri ve faaliyete devam eden şirketin beklenen gelirlerinin şimdiye indirgenerek tespit edilen değeri üzerinden şirket değerleme yöntemleri zararın değerlendirilmesinde de kullanılmaktadır⁶⁷⁹. Tahkim uygulamalarından örnekle Alberro tarafından gelir yaklaşımı, “en geniş uygulama alanına sahip yöntem olup, bir varlığın değerinin gelecek nakit akışının şimdiye indirgenmiş nakit akışına eşit olduğu varsayımına dayandığı” ifade edilmektedir⁶⁸⁰. Gelir yaklaşımı yönteminde, beklenen gelecek nakit akımları gelecek nakit akımlarının riskine uygun bir indirgenme oranı uygulanmak suretiyle şimdiye indirgenmektedir⁶⁸¹. Bu sebeple, gelir yaklaşımı temel alınarak uygulanan bu yöntemden dolayı İndirgenmiş Nakit Akımı (*Discounted Cash Flow/ DCF*) olarak da ifade edilmektedir⁶⁸². Gelir yaklaşımının çok sayıda uygulama yolunun bulunmasına karşın, “gelir yaklaşımı kapsamındaki yöntemler fiilen gelecekteki nakit tutarların bugünkü değere indirgenmesine” dayanmaktadır. Bunlar “İndirgenmiş Nakit Akışları (İNA)” yönteminin varyasyonları olup, çalışmamızda kullanılan kavramlar tüm gelir yaklaşımı yöntemleri için kısmen veya tamamen geçerlidir⁶⁸³. Gelir yaklaşımı uygulanırken, işletme değerlendirme teorisi bir şirketin değerinin gelecek nakit akımlarının belirlenmesi ile şimdiki

⁶⁷⁶ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.57-58

⁶⁷⁷ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.55

⁶⁷⁸ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.59-60

⁶⁷⁹ Kantor; Makholm s.239

⁶⁸⁰ Alberro, Jose/ Ruttinger, George: “Going Concern” As A Limiting Factor On Damages In Investor-State Arbitrations; *The Journal of Damages in International Arbitration*, 2015, s.4

⁶⁸¹ Alberro, Jose/ Ruttinger s.4 Damodoran, Aswath: *Domadoran on Valuation- Security Analysis for Investment and Corporate Finance*, 2. Bası, 2006, s.10; Koller, Tim/ Goedhart, Marc/ Wessels, David: *Valuation-Measuring and Managing the Value of Companies*, 6. Bası, 2015, s.137 ; Kantor s. 8; Galanti, Joseph J.: *Business Valuation in Litigation and Services Handbook- The Role of the Financial Expert*, 5. Bası, 2012, s.8; Demuth, Alexander: *Income Approach and the Discounted Cashflow Methodology*, *Global Arbitration Review, The Guide to Damages in International Arbitration*, 2016, ss.174-195; s.174.

⁶⁸² Alberro, Jose/ Ruttinger s.4

⁶⁸³ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.53

değerinin ortaya çıkmasını amaçlar⁶⁸⁴. Tam tazminat prensibi uygulanırken belirtildiği üzere zarar gören tarafı ekonomik olarak hukuka aykırı fiil gerçekleşmeseydi (*but-for*) olacağı değere ulaştırmak olduğu için şirket değerlendirme yöntemleri yaygın bir şekilde zararın değerlendirilmesi için de kullanılmaktadır⁶⁸⁵. Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi konusunda da genel olarak doktrinde şirket değerlendirme yöntemleri uluslararası standartlara uygun olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸⁶.

Farklı yaklaşımların uygulandığı şirket değerlemesinde teorik kaynakların⁶⁸⁷ ve önemli uygulama örneklerinin birlikte kullanıldığı ve bir muhasebe tabanlı kazanç yönteminden⁶⁸⁸ ziyade esasen şirketin nakit giriş-çıkışlarının tek kaynak olarak ele alındığı görülmektedir⁶⁸⁹. Bu yüzden muhasebe politikalarından kaynaklı manipülasyonların daha az uygulanabileceği ve farklı muhasebe prensiplerinden “(*International Financial Reporting Standards/IFRS, US-Generally Accepted Accounting Principals/US-GAAP*)” dolayı oluşabilecek farklı sonuçların engellenebildiği ifade edilmektedir⁶⁹⁰.

İndirgenmiş nakit akımı yaklaşımının genel olarak iki ana yönetime ayrıldığı belirtilmektedir. Birinci yaklaşım olarak kabul edilen öz sermaye değeri (*equity valuation*) yaklaşımına göre değerlendirme işletmenin öz sermaye yatırımına göre hesaplanmaktadır. İkinci yaklaşım ise, bütün işletmenin değerinin hesaplanarak şirket değerinin belirlendiği şirket değerlendirme yaklaşımı (*enterprise valuation*) olarak adlandırılmaktadır. İki yaklaşım da genel olarak ilgili nakit akım kaynağı ve indirgeme oranlarına göre somut olaylarda yaygın bir şekilde kullanılmaktadır⁶⁹¹.

Öz sermaye değeri yaklaşımı, gelecek nakit akımlarının borç ödemeleri ve öz sermayeye serbest nakit akımı/yeniden yatırım ihtiyaçları (*free cash flow to equity/reinvestment needs*) çıkarıldıktan sonra ortaya çıkan sermaye bedelinin değerlendirilmesi ile

⁶⁸⁴ Alberro, Jose/ Ruttinger s.4

⁶⁸⁵ Allen, Mark A./Hall, Robert E./ Lazear, Victoria A.: Reference Guide on Estimation of Economic Damages, in Reference Manual on Scientific Evidence, 3. Bası, 2011, s.448; Dunbar, Michael K./ Evans, Elizabeth A./ Weil, Roman L.: Ex Ante versus Ex Post Damages Calculations, in Litigation Hand Book Business Valuation in Litigation and Services Handbook- The Role of the Financial Expert, 5. Bası, 2012, s.1

⁶⁸⁶ Patrick, A. Gaughan / Fuentes, Henry/ Bonanomi, Laura: Cash Flow Vs. Net Income in Commercial Litigation, Litigation Economis Digest, Vol 1, 1995, s.1; Demuth s. 175.

⁶⁸⁷ Şirket değerlendirme yöntemlerinin öz sermaye ve şirket değerlendirme yöntemlerinin esasen hisse analizcileri ve neoklasik ekonomik teorik çerçevede değerlendirildiği kabul edilmektedir. 1962 yılında yeni bir şirket değerlendirme yöntemi olarak 1950’lerin sonundaki çalışmalarını kitaplaştıran Gordon’dan önce yaklaşımlar genel itibariyle gelir yaklaşımının kabul edildiği ancak sermayenin bedelinin ihmal edildiği şekilde yapılmaktaydı. Patrick/ Fuentes/ Bonanomi; Domadoran, Aswath: Investment Valuation-Tools and Techniques for Determining the Value of any Asset, 3. Bası, 2012, s. 12; Gordon’dan önce belirsizliği sabit değişkenlerle açıklamaya çalışan teoriler finansın belirsiz dünyasında yetersiz kalıyordu. Bkz. Dermuth s.175

⁶⁸⁸ Koler / Goedhart / Wessels s.137.

⁶⁸⁹ Demuth s. 175.

⁶⁹⁰ Demuth s. 176.

⁶⁹¹ Domadoran s.12; Dermuth s. 175.

şirket değerini tespit eder. Şirket değerlendirme yaklaşımı ise borç ödemelerinden önce ve serbest nakit akımı/yeniden yatırım ihtiyaçları düşüldükten sonra bütün sermaye kaynaklarının birleştirilmiş bir sermaye bedeli uygulanarak belli bir indirgeme oranıyla nakit akımlarının şimdiye indirgenmesi suretiyle şirketin değerini belirler⁶⁹². Bu yöntemde⁶⁹³ sermaye değeri, şirketin bütün değerinden sermayeye bağlı olmayan taleplerin (örnek: faize bağlı borç) piyasa değerinin belirlenmesi ile ortaya çıkarılabilir⁶⁹⁴.

Genel olarak şirket değerlemesinde kullanılan, indirgenmiş nakit akımı yönteminin uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi yöntemi olarak kullanılırken tam tazminat prensibinin gerekleri ve ilgili diğer tahkim yargılama usul kurallarına bağlı olarak değiştirilerek ve uyarlanarak kullanılabilmesi değerlendirilmektedir⁶⁹⁵. Belirtildiği üzere tam tazminat prensibindeki standart yaklaşım *but-for* prensibinin uygulanmasıyla zarar görenin ekonomik durumunun hukuka aykırı fiilin gerçekleşmeseydi oluşacak durum ile kıyaslanmasıdır⁶⁹⁶. Zararın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak vakia ve özel şartlar ışığında şirketin değerindeki azalma veya kazanç kaybı⁶⁹⁷ olarak şirket değerlemesi yöntemlerinden yararlanılmaktadır⁶⁹⁸. Bunun yanında genel olarak şirket değerlemesi zararın değerlendirilmesi tarihindeki bilgiye⁶⁹⁹ göre yapılırken (*the ex ante approach*), değerlemenin yapıldığı tarihe kadar (*the ex post approach*) olan bilgi de göz önünde bulundurulmaktadır. Bazı durumlarda, zararın değerlendirilmesinde hukuka aykırı fiilin sonucu olarak ortaya çıkan

⁶⁹²Domadoran s.11; Koler / Goedhart / Wessels s.137; Dermuth s.175

⁶⁹³ Şirket değerlendirme yöntemi, ağırlıklı ortalama sermaye bedeli yöntemi ve alternatif olarak şimdiki değer yaklaşımı olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel olarak çok yaklaşık sonuçları veren yaklaşımların tek farkı borç finansmanının etkisidir. Dermuth s. 176 vd.

⁶⁹⁴ Koler / Goedhart / Wessels s.138; Domadoran s.215; Dermuth s.176

⁶⁹⁵ Everett, P.Harry: Losts profits and Lost Business Value- Differing Damages Measures, Dunn on Damages, Issue 1, 2010, s. 6; Dermuth s. 176 vd.

⁶⁹⁶ Bkz. "But-For Terimi" Bölümü

⁶⁹⁷ Şirket değerindeki azalma veya kazanç kaybı standart değerlendirme yöntemlerinde uygulanabilir olsa da zararın değerlendirilmesinde zarar gören tarafın maruz kaldığı sonuçların objektif yöntemlerle spesifik olarak belirlenmesini gerektirir. Şirket değerlendirme yöntemi hiçbir değişikliğe uğramadan ancak şirketin tamamen yok olduğu yani işletmenin kayıp anındaki piyasa değerine eşit olduğu durumlarda kullanılabilir. Ayrıca kavramsal olarak, şirketin değer kaybı ve kâr kaybı arasında zararın değerlendirildiği tarih, kullanılan bilgi ve zararın çifte hesaplanmasından kaçınma konuları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Everett s.6; Dermuth s. 177; Kolaski, M.Kenneth / Kuga, Mark: Measuring Commercial Damages via Lost Profits and Loss of Business Value- Are these Measures Redundant or Distinguishable?, Journal of Law and Commerce, 1998, s.5.

⁶⁹⁸ Pollack, Richard A./ Bouchner, Scott M./ Enos, Craig M./ Colin, Johns A./ Moyl, John D.: Calculating Lost Profits, AICPA Practice Aid 06-4, 2006, s. 27; Dermuth s.177.

⁶⁹⁹ Ex ante yaklaşımı hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği tarihe kadar bilinen veya bilinebilenler ışığında yağılan değerlendirme iken ex post yaklaşımına göre yargılamanın yapılacağı güne kadar bilinen veya bilinebilenler ışığında değerlendirme yapılmaktadır. Bu açıdan seçilecek yaklaşıma göre indirgenme oranı geriye veya ileriye zararın miktarına uygulanacaktır. Taurman, John D./ Bodington, Jeffrey C.: Measuring damage to a firm's profitability: Ex Ante or Ex post?, Antitrust Bulletin, 2012, s.59; Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 36; Dunbar s.2-3; Dermuth s.178 .

nakit akımının direkt değerlendirilmesi (*direct assessment*)⁷⁰⁰ but-for prensibi⁷⁰¹ uygulanarak yapılan karşılaştırmalı zarar değerlendirmesinden daha etkin bir yöntem olarak kabul edilmektedir⁷⁰². Şirket değerlendirme yöntemlerinden farklı olarak zararın değerlendirilmesinde seçilecek yöntem ve zararın değerlendirilmesine özel bu kavramlar somut olaya göre göz önüne alınacaktır⁷⁰³.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi yöntemi olarak indirgenmiş nakit akımı yönteminin uygun kullanılması için, somut olaya ilişkin hukuki vakialar ve şartlar bazı temel parametreler kullanılarak kavramsallaştırılmıştır. Değerleme objesi, değerlendirme tarihi ve değerlendirme ile kayıp süresi kavramları zararın değerlendirilmesi yapılmadan ortaya konmakta ve bu parametrelere göre ilgili finansal bilgiler ortaya çıkarılmaktadır. Örneğin; bir iş planı veya finansal tahmin, işletmenin vade değeri, uygulanabilir döviz ve değişim değerleri veya ihtiyaç olması halinde enflasyonun etkisinin zararın değerlendirilmesindeki etkisi açıkça ifade edilmelidir. İlgili nakit akımlarının tespit edilmesini müteakip paranın zaman değeri ile nakit akımlarının riskinin belirlenmesi geçmiş nakit akımlarının ileriye götürülmesi veya mümkünse gelecek nakit akımlarının değerlendirme tarihine indirgenmesi ile tespit edilmektedir⁷⁰⁴. Bunlara ek olarak hukuka aykırı fiilin yarattığı finansal durum üzerinde vergi yükümlülüklerinin potansiyel etkisi zararın miktarına yansıtılması gerekmektedir⁷⁰⁵.

Değerleme objesi, genel itibariyle zararı hesaplanacak işi veya işletmeyi ifade etmektedir. Hukuka aykırı fiilin sonucunun uygunluğu tanımlanabilir bir değerlendirme objesinin nedenselliği göz önünde bulundurularak tespit edilmesi ile mümkün olabilecektir⁷⁰⁶. Değerleme objesi ne kadar dar tanımlanırsa hesaplamaların sonucuna o kadar az ilgisi olmayan

⁷⁰⁰ Direkt ve dolaylı zararın değerlendirilmesinin nakit akımı üzerinde tanımlama ve miktar belirleme bakımından farklılıklar barındırdığı görülmektedir. Direkt değerlendirme yönteminde hukuka aykırı fiilin yarattığı durumların karşılaştırılmasından kaçınılmakta ve nakit akımları hukuka aykırı fiilin nedenselliği göz önünde bulundurularak deliller perspektifinde bir yaklaşım benimsenmektedir. İkincil zararları ve zararın miktarının mahsubuna ilişkin hususları ihmal etmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Buna karşın dolaylı değerlendirme yönteminde hukuka aykırı fiilin yarattığı gerçek ve varsayımsal durumlar arasındaki karşılaştırma finansal etkilerin ikincil ve mahsuba ilişkin hususların göz önüne alınarak nakit akımı belirlenmektedir. Bu yaklaşım ise hukuka aykırı fiile bağlı olmayan finansal etkilerin zararın değerlendirilmesinde abartılı bir nedensellik kullanılması nedeni ile eleştirilmektedir. Roach, George P.: Correcting Uncertain Prophecies: An Analysis of Business Consequential Damages, *The Review of Litigation*, 2003, s.35; Dermuth s. 179; Taurman / Bodington s.67 ve 97; Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 20

⁷⁰¹ Şirket değerlemesinden farklı olarak zararın değerlendirilmesinde hukuka aykırı fiilin oluşturduğu gerçek duruma etki eden unsurların tanımlanması, değerlendirilmesi ve hukuka aykırı fiil ile ilişkilendirilemeyecek olanlarının (piyasa dalgalanması gibi dış faktörler) elenmesi gerekmektedir. Bunun yanında beklenen gerçek gelişimin finansal tahmini ile oluşan zararın birlikte ele alınması sağlıklı olacaktır. Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 20 ve s.27

⁷⁰² Dermuth s.178 .

⁷⁰³ Dermuth s.178 .

⁷⁰⁴ Makholm s.242.

⁷⁰⁵ Makholm s.243.

⁷⁰⁶ Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 19.

husus etki edecek ve böylece daha az bilgi ile daha az uyarılma yapılması gerekecektir⁷⁰⁷. Bu yüzden zarar değerlendirilirken mümkün olan en küçük ticari varlık (örnek: bir şirket işletme birimi veya ürün)⁷⁰⁸ değerlendirme objesi olarak tanımlanmalıdır. Değerleme objesinin tanımlanması yıllık, dönemlik veya aylık mali durum, aylık yönetim raporu, kâr-zarar tabloları veya ürün veya projeler için birim fiyat raporları şeklinde görülen iç ve dış finansal raporların gözden geçirilmesini içermektedir⁷⁰⁹.

Şirketin değeri işletmenin piyasa şartlarına bağlı değişim veya işletmenin kendisindeki değişime göre zamana bağlı çeşitlilik gösterebildiğinden değerlendirme objesinin en uygun zamanında değerlendirilmesi bir zorunluluktur⁷¹⁰. Değerleme tarihi teknik bir mesele olup geçmiş nakit akımlarının ileriye götürüldüğü, bütün gelecek nakit akımlarının indirildiği, hangi bilginin kullanılabileceği ile kullanılması gerektiği ve kullanılmasının zorunlu olduğunun tespitini de içermektedir⁷¹¹.

Şirket değerlemesi yapılırken genel olarak sürekli bir değerlendirme süresi kabul edilmekte iken kayıp süre hukuka aykırı fiilin başlangıcından kesilmesine kadar geçen sürenin zarar gören tarafa ekonomik etkisini dikkate alır⁷¹². Bu yüzden kayıp süresi sözleşme hükümleri veya şirketin alışlagelmiş geri dönüşü gibi sebeplerden dolayı sınırlıdır⁷¹³. Sözleşme ihlalinden kaynaklı kayıp zaman, sözleşmenin bitişine kadar olan sürece, daha önceki sözleşme yenileme eğilimlerine veya sözleşmeye aykırılık gerçekleşmeden önceki potansiyel müzakerelere göre genişletilebilmektedir⁷¹⁴. Tek satıcılık sözleşmesi durumlarında, sözleşme yenilemenin olasılığı diğer sözleşmelere göre daha fazla olacağı da göz önüne alınmaktadır⁷¹⁵. Sözleşmenin süre bakımından sınırlı olmadığı durumlarda ise belirlenmiş bir süre sonra işletmenin alışlagelmiş seviyelerine döneceği adi karinesi marifetiyle zarara ilişkin süre kısıtlanmaktadır.

Şirket değerlemesi veya zararın değerlendirilmesinde gelir durumu, bilanço ve nakit akım durumunu içeren bir düzine finansal raporun kullanıldığı bütüncül bir projeksiyon nakit akımlarının tespit edilmesi bakımından gereklidir⁷¹⁶. Bunun yanında zararlar belirsiz bir zamana genişletilerek değerlendirildiğinde nihai bir değer ve nihai bir büyüme oranı tespit

⁷⁰⁷ Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 19.

⁷⁰⁸ US-Generally Accepted Accounting Principals/US-GAAP ASC 350-20-35-33; Dermuth s.181.

⁷⁰⁹ Domadoran s.5; Galanti s.7; Dermuth s.181.

⁷¹⁰ Domadoran s.5; Galanti s.7; Dermuth s.181.

⁷¹¹ Ex ante ve Ex post ile ilgili açıklamalara bakınız.

⁷¹² Hitchner, James R.: Financial Valuation, Applications and Models, 2. Bası, 2006, s.1036; Dermuth s.182.

⁷¹³ Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 23; Dermuth s.183.

⁷¹⁴ Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 23; Dermuth s.183.

⁷¹⁵ Pollack./ Bouchner/ Enos/ Colin/ Moyl s. 23; Dermuth s.183.

⁷¹⁶ Koller/ Goedhart / Wessels s. 232

edilmelidir. İndirgenmiş nakit akımı yöntemi kullanılırken vakıalara ve şartlara bağlı kalarak bazı durumlarda döviz cinsi, değişim oranları veyahut enflasyon oranları özellikle dikkate alınabilmektedir.

İndirgenmiş nakit akımı yöntemi, kurumsal düzenlemelerde ve bazı endüstrilerdeki kullanım kolaylığıyla sağladığı hesaplama gücü ile yargılama konularında da dikkat çekmiştir. ABD Federal İletişim Komisyonu (*US Federal Communications Commission*) tarafından 1966 yılında AT&T'nin sermaye bedelinin hesaplanmasında kullanılmıştır. AT&T'nin değeri, ölçülebilir hisse değeri ve büyüme oranının toplamı yoluyla ortaya konulduktan sonra diğer şirketler tarafından ve ABD ve Kanada gibi ülkelerde tarife süreçlerinde sermaye bedelinin belirlenmesinde yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır⁷¹⁷. Temel olarak değerlemesi yapılan şirketin kendisinden ve ilgili piyasasından alınan finansal ve operasyonel bilginin uygulanmasıyla ortaya konulan bir yöntem olarak uluslararası tahkim yargılamasında da önemli ölçüde kullanılmıştır.

“Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador”,⁷¹⁸ arasında ICSID tahkiminde görülen uyuşmazlıkta hakem heyetinin ifade ettiği gibi:

“...adil piyasa (pazar) değerinin bugünkü değerinin net gelir akımlarının ölçülmesi için kullanılan ekonomik yaklaşım (yani brüt gelirden ek masrafların çıkarılması) OPEC'in 15 Bloktan oluşan çok yıllık kalkınma projesinin 16 Mayıs 2006 tarihli şimdiki değeri (net) veya “indirgenmiş nakit akımı”dır...Eğer sözleşme feshedilmeseydi (*but-for*) oluşacak durum ile fesih sonrası durum arasındaki nakit akışı farkı sözleşmenin feshedildiği güne indirgenmek suretiyle ekonomik olarak uygun ve güvenilir bir şekilde zarar görenin lehine tazmin ettirilir.”

Bu gibi yatırım uyuşmazlıklarında hakem heyetleri, Dünya Bankası'nın doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin rehberini “*World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*” bir referans kaynağı olarak zararın değerlendirmesinde kullanmaktadır⁷¹⁹.

Rehber, genel olarak, “Uygulanacak tazminat belirlenirken, adalet için tek bir standardın özel geçerliliği belirtilmeden... belirleme aşağıdaki şekilde meydana geldiğinde makul kabul edilecektir: (i) kârlılığı indirgenmiş nakit akışı değerine göre ispatlanmış faaliyete devam eden şirket (*going concern*)” ifade etmiştir. Aynı rehberde; faaliyete devam eden şirket, “Faaliyete devam eden şirket; gelecek geliri ve makul bir kesinlikle beklenecek

⁷¹⁷ Kahn, Alfred E.: *The Economics of Regulation- Principles and Institutions*, John Wiley & Sons Inc., New York, 1970, Volume 1, Appendix A, ss.58-60; Makhholm, Jeff D: *Mysterious Cost of Capital for Energy Utilities, Natural Gas and Electricity*, Vol.34, No.3, 2017, ss.28-32; Makhholm s.244.

⁷¹⁸ ICSID Case No. ARB/06/11, Karar tarihi 5 Ekim 2012; Alberro, Jose/ Ruttinger s.4

⁷¹⁹ Rehberin tam İngilizce metni için bkz. <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>; Alberro, Jose/ Ruttinger s.4

geliri ortaya koyacak bilgiyi veren yeterli bir süre gelir üreten varlıklara sahip olan ve eğer el koyma olmasaydı meşru gelirine ekonomik hayatı boyunca söz konusu devletin genel koşullarında devam edecek şirket.” şeklinde tanımlanmıştır⁷²⁰.

Uluslararası tahkim yargılamasında genel olarak piyasa yatırım riskinin değişkenlik gösterdiği ülkeler arasındaki ilişkiler ve sermayenin belli bir sektördeki veya ülkedeki riski de göz önünde bulundurulmaktadır. Sektör ve ülke risklerinin zararın değerlendirilmesi veya şirket değerlemesi yapılırken sermaye bedelini belirlemek amacıyla yayımlanmış güvenilir ve tarafsız kaynaklar kullanılmaktadır. Örneğin; sermaye yapısı ve sermaye bedeli (borç ve öz sermaye için) geniş ve spesifik işletme türleri açısından en büyük sermaye piyasasına sahip Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanışlı kaynaklar sürekli yayımlanmaktadır. Buna ek olarak OECD ülkelerinden alınan sermaye bedelleri, ölçülebilir ülke risklerinin belli endekslerle yayımlandığı objektif uluslararası kaynaklar kullanılmaktadır⁷²¹.

Özelleştirme; geçtiğimiz son 20 yılda hükümetlerin yardımcı hizmetleri geliştirmek ve kamu fonlarının daha ekonomik kullanılmasını sağlamak için tercih edilen ekonomik bir araç olmuştur⁷²². Örneğin; Arjantin, düzenlediği piyasalardaki şirketlerinin özelleştirilmesine ilişkin birçok konuyu uluslararası tahkim yargılamasına taşımıştır. Telekomünikasyon, elektrik, doğalgaz, petrol, ulaştırma ve su tedarigi gibi hükümete ait olan işletmelerin yer aldığı birçok sektörde 1990’ların ilk yarısında özelleştirme ile 22 milyar dolarlık bir gelir elde etmiştir. 2002 yılına gelindiğinde ise Arjantin, ABD Doları olarak düzenlenmiş sözleşme hükümlerini askıya almış ve özelleştirmeye ilişkin bütün sözleşmelerin tekrar müzakeresini talep etmiştir. 2004 yılında gelindiğinde ICSID tahkimi önünde 30’u Arjantin hükümetine karşı petrol, gaz ve yardımcı hizmetleri ilgilendiren şirketlerin Arjantin tarafından ilan edilen olağanüstü hal kanunundan kaynaklanan toplam 74 uyuşmazlık dosyası tespit edilmiştir. Hakem heyetleri, ilgili uyuşmazlıkları çözümledikleri kararlarında indirgenmiş nakit akımı yöntemini kullanmayı tercih etmişlerdir⁷²³.

⁷²⁰ Alberro, Jose/ Ruttinger s.4; Rehber bölüm 4 madde 6

⁷²¹ Morningstar, The Ibbotson Cost of Capital Yearbook, 2014; Makhholm s.245.

⁷²² Özelleştirme trendi 1979 yılında Birleşik Krallık’ta başlamış, 1979-1992 arasında bazı hisselerin satışıyla 39 şirket özelleştirilmiştir. Birleşik Krallık’la başlayan süreç 1988-1993 yılları arasında 95 ülkede yaklaşık 2700 devlet işletmesinin özelleştirilerek 270 milyar ABD Doları değerinde bir ekonomi üretilmesini sağlamıştır. Becker, Gary S.: Surprises in a World According to Adam Smith, Businessweek, 1992, s.16; Energy Information Administration, Privatization and the Globalization Of Energy Markets, 1996, s.4; Makhholm s.245.

⁷²³ Ulaşım altyapıları ve petrol, gaz boru hatlarına ilişkin uyuşmazlıkları daha detaylı incelemek için bkz. Hill, Andrew: Foreign Infrastructure Investment in Chile- Success of Public-Private Partnerships through Concessions Contracts, Northwestern Journal of International Law& Business, 32:165, 2011, s. 166,175-176; Lorenzen, C./ Barrientos M./ Babbar, S: Toll Road Concessions-The Chilean Experience, PFG Discussion Paper Series, Number 124; Engel, E./ Fischer R./ Galetovic, A.: The Chilean Infrastructure Concessions Program: Evaluation, Lessons, and Prospects for the Future, Stanford Center for International Development, Working Paper No.40, s.15; Makhholm, Jeff D.: The Interaction of Pipelines and Geography in Support of Fuel Markets, The Handbook on

İndirgenmiş nakit akışı yöntemi bir varlığın ya da bir işletmenin gelecek performansını temel olarak kabul eden bir zararı değerlendirme yöntemidir. Söz konusu beklentiler şirketin veya varlığın sağlayacağı girdi maliyetleri ile çıktı fiyatlamalarına ilişkin varsayımlara dayanmakta olup bir mal için gelecekteki tüketici talebi veya şirketin muhtemel halka arzı esas alınmaktadır⁷²⁴.

Geleneksel indirgenmiş nakit akışı yaklaşımına göre bilirkişi, büyük olasılıkla oluşacak çıktıyı (normal bir gelir dağılımındaki tepe/peak değer) veya ağırlıklı ortalama çıktıyı varsayım olarak kabul etmektedir. Örneğin; bilirkişi enflasyonun değerini yıllık %2 olarak kabul edebilir. Makul bir kişi, her yıl enflasyon oranının büyük olasılıkla tam %2 olmayacağını bilir ancak; bilirkişi yakın geçmişten etkilenerek enflasyonun %2 olmayacağını ve %1 ila %3 arasında %2 üzerinde olacağını değerlendirebilir. Bilirkişinin enflasyon varsayımındaki risk seviyesi indirgenme oranı bakımından gerçekleşmekte olup piyasanın gelecekteki sistematik risklerini yansıtmaktadır. Sistematik bir risk, bütün piyasayı etkileyen unsurlardan olup faiz oranı, enflasyon ve ekonomik büyüme olarak ifade edilmektedir. Bunun yanında, özel olarak tek bir varlığı etkileyen risk olarak tanımlanan idiosyncratic riskler söz konusu olduğunda direkt nakit akışı değerleri zarar hesaplanmasında kullanılmaktadır.

Nakit akımlarının kaynağı gelirin gelecek değerlerinin belirsiz olduğu fakat potansiyel olarak değerinin anlaşıldığı durumlarda potansiyel çeşitliliği ve farklı çıktıların olasılıklarını daha iyi anlayabilmek için Monte Carlo simülasyonu uygun bir teknik olarak kabul edilmektedir⁷²⁵.

Konuyu daha iyi açıklamak maksadıyla bir petrol keşif ve üretim şirketinin değeri hususundaki uyuşmazlık üzerinden örneklendirelim: Söz konusu şirketin yüksek getirili potansiyeli ile sıkı borç yükünü düzenleyen sözleşmelerinin olduğu ve 45\$ değerinde marjinal maliyeti olan petrol çıkarabildiğini değerlendirelim. Zararın değerlendirildiği tarih itibarıyla petrolün varil fiyatının 50\$ olduğunu kabul edelim. Gelecek 5 yılda şirketin komşu bir üretim sahası geliştirme fırsatını beklediğini ve bunu planladığını ayrıca bu durumun sıkı borç yükünü etkilemediğinden yeni fonlarla mümkün kılınabileceğini düşünelim. Komşu üretim tesisinin finansman maliyetini ve marjinal üretim giderlerini karşılayabilmek için petrol varil fiyatının 55\$'in üzerinde fiyatlanması gerekecektir. Eğer herhangi bir zamanda petrol varil

Geographies of Technology, Cheltenham, 2017; ss.347-361, Makholm s.247; Abdala, M.A: Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Disputes; American University International Law Review, Vol. 24, Issue.3, 2009, ss.539-570; Dermuth s.185.

⁷²⁴ Orgensen, William L./ Uffy, Erinmd: Rediction of Pharmaceutically important Properties From Monte Carlo Simulations, Damage Assesment in International Arbitration Journal, 2001, s. 83-87

⁷²⁵ Alberro/ Ruttinger s.5

fiyatı 45\$'ın altında olursa şirket sıkı borç yükünü ihlal etmiş olacak ve defter değerine (*book value*) satışı yapılacaktır⁷²⁶.

Bir şirketin değerini indirgenmiş nakit akımı projeksiyonuyla oluşturabilmek için davacı bilirkişi tarafından gelecek dönem petrol fiyatlarının varsayımı yapılması gerekecektir. Bugünün gerçek fiyatı 50\$'dan başlayarak bir varsayım ham petrolün görece azalması ve buna bağlı olarak öngörülebilir gelecekte petrol fiyatının %2,5 artacağı şeklinde oluşturulabilir. Neden-sonuç ilişkisinin katı olarak ele alındığı (deterministik) bir indirgenmiş nakit akışı projeksiyonunda varsayım şirketin sürekli kârlı olacağı ve sıkı borç yükünü kaldırabileceği şeklinde ilerleyecektir. Buna ek olarak aynı varsayımın sonucu olarak petrol fiyatları 55\$'ı aşarak şirkete genişleme fırsatı doğacak ve kârlılığını ilerleyen yıllarda artıracaktır⁷²⁷.

Aynı varsayım üzerinden davalı bilirkişi, bitmeyeceği yönünde işaretler veren sürekli fazla arz nedeniyle petrol fiyatlarının son yıllardaki düşüşünün daha makul bir varsayım ile petrol fiyatlarının sabit kalacağını tartıştığı bir rapor düzenleyebilir. Bu varsayım göre var olan petrol sahası borçlarını ihlal etmeyecek fakat çok da kârlı olmayan bir şekilde devam edecek ancak 5 yıllık genişleme mümkün olmayacaktır. Bu vakialar temelinde davalı bilirkişi, şirket için karşı yanın bilirkişi raporunda tespit edilen şirket değerinden daha az bir değer belirleyecektir⁷²⁸.

Bu senaryoda hakem heyeti petrol fiyatı gibi uzmanlık alanlarının dışında ve hatta bilinemeyecek gerçek bir mesele üzerinde çelişen bilirkişi raporlarına dayanan ikili bir seçenekle yüz yüze kalacaktır. Bu davada bilirkişilerce sunulan iki seçenekte de borç yükünü karşılayamayacağı ve defter değerine satılabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmamıştır. Ancak petrol fiyatının yükselmek yerine düşmesi veya sürekli düşüşü göz önüne alınması gereken bir olasılıktır. Diğer olasılıklar ise petrol fiyatının önce yükseleceği sonra düşeceği ya da keskin bir şekilde düştükten sonra yükseleceği şeklindedir. Bütün bu şartlar altında şirket borç yükünü kaldıramayacak ve değerinde keskin bir düşüş yaşayacaktır. Makul bir şekilde hakem heyeti kendi bilirkişisini konuyu araştırmak üzere atayacaktır.

⁷²⁶ Alberro/ Ruttinger s.6; Searby, James / Smith, Tim: Monte Carlo Simulations In International Arbitration International Arbitration, Journal of Damages in International Arbitration, OGEMID Virtual Symposium on Damages in International Arbitration between November 23 and November 28, 2016, s.6

⁷²⁷ Searby/Smith s.7

⁷²⁸ Sussman s.47; Monte Carlo yönteminin kullanıldığı örnek tahkim davaları: Joint Venture Yashlar (Turkmenistan), Bridas S.A.P.I.C. (Argentina) v. The Government of Turkmenistan (or Turkmenistan, or the State of Turkmenistan and/or The Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan), ICC Case 9151/FMS/KGA, karar, 18 May 2000, para. 88

Monte Carlo simülasyonu hakem heyetince atanan bilirkişiye taraflarca atanan bilirkişilerce ortaya konan deterministik yaklaşımlara bir alternatif sağlayacaktır. Petrol fiyatlarının gelecek 5, 10 veya 15 yıldaki fiyatlarının esas alındığı basit bir yaklaşım yerine bilirkişi, petrol fiyatlarının geçmiş yıllardaki dalgalanmalarından çıkarılacak verilerle petrol fiyatlarının potansiyel fiyat dalgalanmalarını sorgulayabilir. Bu bilgi ile petrol fiyatlarındaki yıllık değişim üzerine yüzde dağıtım oluşturulabilir. Bilirkişi, petrolün bugünkü fiyatına yıllık herhangi bir değer ekleyerek petrolün gelecekteki fiyatını bulabileceği denemeler yapabilir. Bilirkişi bunun yanında aylık fiyat dalgalanmasının kullanılması ile ortaya koyulacak fiyat projeksiyonlarını hatta günlük dalgalanma oranlarını kullanarak gelecekteki potansiyel çıktıları inceleyebilecektir⁷²⁹.

Geçmişten günümüze petrol fiyatlarındaki dalgalanmayı temel alarak kullanılan Monte Carlo simülasyonu ile bilirkişi, işletme için potansiyel getirileri olasılıklarıyla ilişkilendirerek tasnif edebilecektir. Örneğin; simülasyon şu şekilde sonuçlar üretebilir:⁷³⁰

- i) Denemelerin %40'ında şirketin beşinci yılının sonunda büyümesini sağlayacak petrol fiyatları belirlenmiştir.
- ii) Denemelerin %30'unda beş yılın sonundaki petrol fiyatları şirketin büyümesine izin vermeyecek düzeyde oluşmuş ancak; şirket yeteri kadar kârlı bir şekilde faaliyetlerine devam ederek borç yükünü kaldırabilmiştir.
- iii) Denemelerin %30'unda gelecekteki beş yılda belli bir zamanda petrol fiyatları 45\$'ın altına düşmüş, borçlarını ödeyemez hale gelerek iflas talebinde bulunmuştur.

Bu sonuçlar altında hakem heyeti söz konusu yaklaşımlardan birini seçme durumunda kalacaktır. Birincisi, uygun cevabın herhangi bir deneme projeksiyonunda yada bilirkişi raporunda belirtilmeyen şekilde bile olsa ortalama bir cevap olduğunun kabulüdür. Bu sonuç iflas olasılığını mutlaka hesaba katarak ortaya konulacaktır. İkincisi, davacı tarafın sunduğu varsayım üzerine olacak ve zararlar davacı bilirkişinin sunduğu varsayım üzerinden hesaplanacaktır. Üçüncü olarak ise farklı bir alternatif olarak %70 ihtimalle şirketin en azından hayatta kalacağı zararın en azından davalı bilirkişinin sunduğu varsayım üzerinden hesaplanacaktır.

Her durumda Monte Carlo methodu ile indirgenmiş nakit akışı yaklaşımında bilirkişi, işletme ve zararın miktarı üzerinde farklı etkilerin değişkenlerle tasnifinin mümkün olduğunu kabul eder. Hakem heyeti ise zararın değerlendirilmesinde seçilmiş varsayımlar üzerinde fazla

⁷²⁹ Searby/Smith s.8

⁷³⁰ Searby/Smith s.8-9

güvenle karar vermiş olmaz ve geçmiş veriye dayanan bilirkişi raporları arasındaki farkları daha etkin bir şekilde ortaya koyabilecektir.

Son olarak, uluslararası tahkim yargılaması uygulayıcıları tarafından belirtildiği üzere, indirgenmiş nakit akımı yönteminin yeni değerlendirmelerle birlikte geliştirildiği gözlemlenmektedir⁷³¹. Bazı uygulayıcılar muhasebe girdilerinin ele alınma şekli bakımından bu modeli tercih ederken bazıları ise modelin sağladığı spesifik davalara ilişkin kolaylık nedeniyle tercih etmektedir. Yöntemin genel itibarıyla büyük ölçüde tercih edilmesinin sebebi, finans ve ekonomik dünyadaki belirsizliği etkin bir şekilde kavramsallaştırarak birleştirmiş olmasıdır. İdari kurumlar, mahkemeler ve tahkim yargılamasında tercih edilmesi, piyasa beklentilerini mevcut piyasa şartlarındaki ölçülebilir parametrelerle birleştirerek bilinen konular üzerinden agresif ve gerçekçi olmayan gelecek tahmini yapmamaktadır⁷³².

⁷³¹ Makholm s. 247.

⁷³² Makholm s. 247.

2. Varlık Temelli (Gider) Yaklaşım (Asset Based/Cost Approach)

Varlık temelli hesaplama yaklaşımı, gider (maliyet) yaklaşımı olarak da isimlendirilmekte olup şirketlerin varlıklarının adil değerini belirlemek için şirket defterlerini kullanmaktadır. Ancak varlık temelli yaklaşım bir şirket (işletme) değerlendirme yöntemi olarak ifade edilmekteyken, gider yaklaşımı bir mal değerlendirme (gayrimenkul, araç vb.) yöntemi olarak kabul edilmektedir. Şirket değerlendirme yönteminin bir alt başlığı olarak gider yaklaşımı taşınır veya taşınmaz bir varlık değerlendirme yöntemi olarak kabul edilmektedir⁷³³.

Varlık temelli yaklaşım, taşınır ve taşınmazları ile şirketin sorumlulukları belirlenmek suretiyle şirketin net değerinin tespit edilmesi yöntemidir. Bu yöntemde; bir işletmenin değeri, varlıkları ile net sorumluluğuna eşitlenmektedir⁷³⁴. Genellikle, bilanço dahil olmak üzere finansal durum değerlendirme yapıldığı mümkün olan en yakın tarihteki taşınır ve taşınmaz varlıklarının adil piyasa değerinin hesaplanmasıdır⁷³⁵. Piyasa ve gelir yaklaşımı yöntemleri gelir durumuna odaklı iken, varlık temelli yaklaşım şirketin bilançosunu kullanmaktadır⁷³⁶. Varlık yaklaşımı, şirketin artık faaliyetine devam etmediği ve tasfiyeye hazırlandığı aşamada kullanılmaktadır. Ayrıca yöntemin kullanıldığı diğer bir durum olarak, işletmenin varlık temelli bir faaliyet içinde bulunduğu, yani yatırım araçlarının kullanıldığı üretim şirketlerinin zararlarının değerlendirildiği durumlar örnek olarak verilebilir⁷³⁷.

Uluslararası Değerleme Standartları Konseyine göre; maliyet yaklaşımı, “bir alıcının, gereksiz külfet doğuran zaman, elverişsizlik, risk gibi etkenler söz konusu olmadıkça, belli bir varlık için, ister satın alma, isterse yapım yoluyla edinilmiş olsun, kendisine eşit faydaya sahip başka bir varlığı elde etme maliyetinden daha fazla ödeme yapmayacağı ekonomik ilkesinin uygulanmasıyla gösterge niteliğindeki değerin belirlendiği yaklaşımdır. Bu yaklaşımda, bir varlığın cari ikame maliyetinin veya yeniden üretim maliyetinin hesaplanması ve fiziksel bozulma ve diğer biçimlerde gerçekleşen tüm yıpranma paylarının düşülmesi suretiyle gösterge niteliğindeki değer belirlenmektedir⁷³⁸.”

⁷³³ Kirk, Weston C./ Wishing, Kyle J.: Fundamentals of the Asset-Based Business Valuation Approach, Insights, Winter 2018, ss.3-14, s.8

⁷³⁴ Kirk/Wishing s.9

⁷³⁵ Alberro, Jose/ Ruttinger s.6; Ayrıca bkz. International Valuation Standards Framework (“IVS Framework”), 2011, p.56; www.arbitrationlaw.com

⁷³⁶ Alberro/ Ruttinger s.6

⁷³⁷ Alberro/ Ruttinger s.6

⁷³⁸ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.60

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre, aşağıda yer verilen durumlarda, “maliyet (asset based/cost based) yaklaşımının uygulanması ve bu yaklaşıma önemli ve/veya anlamlı ağırlık verilmesi gerekli” görülmektedir.⁷³⁹

- “(i) katılımcıların değerlendirme konusu varlıkla önemli ölçüde aynı faydaya sahip bir varlığı yasal kısıtlamalar olmaksızın yeniden oluşturabilmesi ve varlığın, katılımcıların değerlendirme konusu varlığı bir an evvel kullanabilmeleri için önemli bir prim ödemeye razı olmak durumunda kalmayacakları kadar, kısa bir sürede yeniden oluşturulabilmesi,
- (ii) varlığın doğrudan gelir yaratmaması ve varlığın kendine özgü niteliğinin gelir yaklaşımını veya pazar yaklaşımını olanaksız kılması, ve/veya
- (iii) kullanılan değer esasının temel olarak ikame değeri örneğinde olduğu gibi ikame maliyetine dayanması.”

Belirtilen kriterlerin yanında; maliyet yaklaşımının aşağıdaki durumlarda uygulanması halinde, “değerlemeyi gerçekleştirenin diğer yaklaşımların uygulanıp uygulanamayacağını ve maliyet yaklaşımı ile belirlenen gösterge niteliğindeki değeri pekiştirmek amacıyla ağırlıklandırılıp ağırlıklandırılmayacağını dikkate alması gerekli” görülmektedir.⁷⁴⁰

- “(i) katılımcıların aynı faydaya sahip bir varlığı yeniden oluşturmayı düşündükleri, ancak varlığın yeniden oluşturulmasının önünde potansiyel yasal engellerin veya önemli ve/veya anlamlı bir zaman ihtiyacının bulunması,
- (ii) maliyet yaklaşımının diğer yaklaşımlara bir çapraz kontrol aracı olarak kullanılması (örneğin, maliyet yaklaşımının, değerlendirme işletmenin sürekliliği varsayımıyla yapılan bir işletmenin tasfiye esasında daha değerli olup olmadığının teyit edilmesi amacıyla kullanılması), ve/veya
- (iii) varlığın, maliyet yaklaşımında kullanılan varsayımları son derece güvenilir kılacak kadar, yeni oluşturulmuş olması.”

⁷³⁹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.61

⁷⁴⁰ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.61

Varlık yaklaşımı ekonomistler ve diğer zarar değerlendiren profesyoneller arasında en az kullanılan yöntem olarak değerlendirilmiştir⁷⁴¹. Ancak, hakem heyetleri tarafından yöntem benimsenmekte olup, özellikle zararların ve mahkemelerin “*Damnum emergens*” tamamlayıcısı durumundadır. Şöyle ki, hakem heyetleri geçmiş zararların değerlendirilmesinde ve yatırımcıyı yatırım oluşmadan önceki durumunda değerlendirme konusunda bir yatırımın haksız fiil gerçekleşmeseydi olacağı durumu (*but-for*) spekülasyon bir biçimde değerlendirmektense daha somut değerlendirdiklerini düşünmektedir⁷⁴². Uluslararası Değerleme Standartlarına göre de, “kısmen tamamlanmış bir varlığın değeri genellikle, varlığın oluşturulmasında geçen süreye kadar katlanılan maliyetleri (ve bu maliyetlerin değere katkı yapıp yapmadığını) ve katılımcıların, varlığın, tamamlandığındaki değerinden varlığı tamamlamak için gereken maliyetler ile kâr ve riske göre yapılan uygun düzeltmeler dikkate alındıktan sonraki değerine ilişkin beklentilerini yansıtabilir”⁷⁴³.

Nitekim, “*Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States (“Tecmed”)*”,⁷⁴⁴ arasında ICSID tahkiminde görülen tahkim uyuşmazlığında, indirgenmiş nakit akışı yaklaşımı hakem heyeti tarafından reddedilmiştir⁷⁴⁵. Arazi doldurulmasına ilişkin uyuşmazlıkta zararın değerlendirilmesi konusunda, zararlar ve yatırımcı/davacı tarafından kamulaştırma süresine ve iki yıllık kârı eş değer olarak yapılan miktarların hesaplanması ile oluşan yöntemi reddetmiştir. Hakem heyeti, taraflar tarafından atanan bilirkişilerin değerlendirdikleri zararların arasındaki farkı (4.028.788 ABD \$ Davalı, 52,000,000,00 ABD \$ Davacı) kayda geçirerek özellikle davacı tarafından 15 yıllık güvence altına alınmış bir gelecek nakit akışı üzerinden yapılan zarar değerlendirme yöntemini, yine bu nakit akımlarının yapılacak yeni yatırımlara dayandığı gerekçesiyle reddetmiştir⁷⁴⁶. Uluslararası Değerleme Standartlarına göre, “Maliyet yaklaşımı yönteminde maliyetler başlığında, üçüncü bir taraftan edinilen bir varlık, muhtemelen varlığın oluşturulmasıyla ilgili maliyetleri olduğu kadar yatırımdan getiri elde edilebilmesini temin eden bir çeşit kâr marjını da yansıttığı” ifade edilmektedir. Bu nedenle, “varsayımsal bir işlemi barındırdığı farz edilen değer esasları uyarınca, belirli maliyetlerin üzerine, maliyet veya değer yüzdesi veya götürü olarak hesaplanan bir hedef” kâr olarak ifade edilmesi mümkün olan farazi bir kar marjının ilave

⁷⁴¹ Hitchner s. 97-98; Alberro/ Ruttinger s.6-7

⁷⁴² Alberro/ Ruttinger s.6

⁷⁴³ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.61

⁷⁴⁴ ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003, s.187; İspanya-Meksika İkili Yatırım Anlaşmasından doğan uyuşmazlıkta, tazminatın kamulaştırılmış yatırımın adil Pazar değerinin yatırımın kamulaştırmadan hemen önceki değerine eşit olması gerektiğine karar verilmiştir.

⁷⁴⁵ Alberro/ Ruttinger s.6

⁷⁴⁶ Alberro/ Ruttinger s.7

edilmesi uygun olabilir. Ancak, “hesaba dahil edilmeleri halinde finansman maliyetleri tahsis edilen sermayenin katılımcılara olan getirisini halihazırda yansıtır olabileceği için, değerlemeyi gerçekleştirenin hem finansman maliyetlerini hem de kâr marjlarını hesaba dahil ederken dikkatli olmaları gerekli görülmektedir⁷⁴⁷.” Bunun yanında, varlık temelli veya gider yaklaşımında geleceğe yönelik nakit akımlarının her zaman belirlenemeyeceği, yöntemin daha çok geçmiş yatırım ve maliyet verilerinden hareket ederek bir projeksiyon sunduğu ifade edilmektedir⁷⁴⁸.

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre, belli başlı üç maliyet yaklaşımı yöntemi bulunmaktadır:⁷⁴⁹

“(i) **İkame maliyeti yöntemi:** gösterge niteliğindeki değer eşdeğer fayda sağlayan benzer bir *varlığın* maliyetinin hesaplanmasıyla belirlendiği yöntemdir. İkame maliyeti, *varlığın* fiziksel özelliklerinden ziyade, *varlıktan* elde edilen faydanın birebir aynısının sağlanmasına dayandığı için, bir *katılımcının* ödeyeceği fiyatın belirlenmesi ile ilişkili olan maliyettir.

İkame maliyeti genellikle fiziksel bozulma ve diğer biçimlerde gerçekleşen tüm yıpranma payları dikkate alınarak düzeltmeye tabi tutulur. Söz konusu düzeltmeler sonrası yöntem amortize edilmiş ikame maliyeti olarak da adlandırılmaktadır.

İkame maliyeti yönteminden ilk olarak, eşdeğer fayda sağlayan bir *varlığı* oluşturma veya elde etme arayışında olan normal bir *katılımcı* tarafından katlanılacak tüm maliyetlerin hesaplanmaktadır. İkinci adım ise, değerlendirme konusu *varlığa* ilişkin fiziksel, işlevsel ve dışsal yıpranmaya bağlı herhangi bir amortismanın söz konusu olup olmadığının tespit edilmesidir. Son olarak, değerlendirme konusu varlığın değerine ulaşılabilmesi amacıyla toplam maliyetlerden toplam amortismanın düşülmesi ile bir değerlendirme ortaya çıkmaktadır⁷⁵⁰.

(ii) **Yeniden üretim maliyeti yöntemi:** gösterge niteliğindeki değer *varlığın* aynısının üretilmesi için gerekli olan maliyetin hesaplanmasıyla belirlendiği yöntemdir. **Yeniden Üretim Maliyeti Yöntemi**, modern eşdeğer *varlığın* maliyetinin değerlendirme konusu *varlığın* birebir aynısını yeniden oluşturma maliyetinden büyük olması, veya değerlendirme konusu *varlıktan* elde edilen faydanın, modern eşdeğer *varlıktan* ziyade, ancak *varlığın* birebir aynısının üretilmesinden sağlanabilmesi durumlarında kullanılması tavsiye edilmektedir⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.64

⁷⁴⁸ Abdala, Manuel A s. 547

⁷⁴⁹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.61

⁷⁵⁰ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.62

⁷⁵¹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.63

Yöntemin sonucu ortaya çıkacak değeri sağlıklı bulabilmek maksadıyla öncelikle, *varlığın* birebir aynısını yeniden oluşturma arayışında olan normal bir *katılımcı* tarafından katlanılacak tüm maliyetlerin hesaplanması gerekir. Bu adımın ardından, değerlendirme konusu *varlığa* ilişkin fiziksel, işlevsel ve dışsal yıpranmaya bağlı herhangi bir amortismanın söz konusu olup olmadığının tespit edilmelidir. İlk iki adımın sonrasında, değerlendirme konusu *varlığın* değerine ulaşılabilmesi amacıyla toplam maliyetlerden toplam amortismanın düşülmesi işlemi yapılmalıdır⁷⁵².

(iii) Toplama yöntemi: *varlığın* değerinin bileşenlerinin her birinin değeri toplanarak hesaplandığı yöntemdir. Dayanak *varlık* yöntemi olarak da nitelendirilen toplama yöntemi, genellikle yatırım şirketleri veya değerlerin esasen sahip oldukları payların değerinin bir unsuru olduğu varlıklar veya işletmeler için kullanılır.”

Maliyet yaklaşımının normal bir katılımcının katlanacağı tüm maliyetleri kapsamaması gerekli görülmektedir. Maliyet unsurları, “varlığın türüne bağlı farklılıklar gösterebilir ve değerlendirme tarihi itibarıyla varlığın ikamesi/yeniden oluşturulması için gerekli olacak direkt ve endirekt maliyetleri içermesi gerekli” görülmektedir⁷⁵³. Değerleme konusu varlığı (veya karşılaştırılabilir referans bir varlığı) oluştururken katlanılan fiili maliyetler mevcut olabilir ve bunlar varlığın maliyeti ile ilgili bir gösterge sunabilir. Ancak, o “bu maliyete katlanıldığı tarih ve değerlendirme tarihi arasındaki maliyet dalgalanmalarının ve o maliyet verilerine yansıtılmasına rağmen varlığın eşdeğeri oluşturulurken ortaya çıkmayacak olan istisnai maliyetlerin ya da tasarrufların yansıtılabilmesi düzeltme yapılması” söz konusu olabilir⁷⁵⁴.

Özellikle yatırım uyuşmazlıklarında, yatırımın tanımı, türü ve varlıkların bir yatırım olup olmadığı noktasında hakem heyetlerinin taraflarca öne sürülen argümanları tartıştığı görülmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarındaki uygulanacak hukukun tespiti iki taraf arasında yapılan sözleşmeler (BIT) olduğundan, yatırım veya taraflarca sadece varlık olarak kabul edilen değerlerin hukuki nitelenmesi uyuşmazlıkta zararın değerlendirilmesinde kullanılacak yöntemi etkilemektedir. Örneğin, “Mytilineos Holdings SA (Claimant) ve The State Union of Serbia & Montenegro ile Republic of Serbia” uyuşmazlığında, davacı girişilen ticari ilişkinin uluslararası standartlara göre bir yatırım niteliğinde olduğunu, NAFTA (1992) ve ICSID Sözleşmesine göre ticari ilişkiyi ilgilendiren varlıkların yatırım olarak kabulünün gereğini ileri sürmüştür.⁷⁵⁵ Davalı cevaben, yapılan ticari işbirliğinin ikili yatırım sözleşmesi

⁷⁵² Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.63

⁷⁵³ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.64

⁷⁵⁴ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.64

⁷⁵⁵ Davacı ayrıca talebi için Salini Costruttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco [II], ICC Case No. 16550/ND uyuşmazlığını örneklendirmiştir. Tam metin için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/5177>

kapsamında (m.1) ⁷⁵⁶“sözleşme tarafı ülkeye ait yatırımcı tarafından yapılan yatırım yapılan ülkenin yasalarına uygun her türlü varlık” tanımının genişletilmemesi gerektiğini ve tipik ikili yatırım sözleşmelerindeki ⁷⁵⁷ gibi dar yorumlanması gerektiği savunmuştur ⁷⁵⁸.

Ticari faaliyetler ile yatırım kavramının ekonomik varlıkların değerinin hesaplanması veya olası bir uyuşmazlıkta ortaya çıkan zararı hesaplama bakımından farkını Amerika Birleşik Devletlerinin Taraf olduğu ikili yatırım sözleşmelerinde daha geniş yorumlandığı ve ticari faaliyetlerden ayrıldığı görülmektedir ⁷⁵⁹. ABD-Singapur arasındaki serbest ticaret sözleşmesinin 15.1.13 maddesinde bir varlığın yatırım özelliği taşımadığı durumlarda varlığın hangi türde olursa olsun yatırım olamayacağı, yatırımın özelliklerinin sermayenin bir ticari varlığa bağlanmasını, kâr veya kazanç beklentisini veya risk kabulünü içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde Uruguay ve ABD arasında 2005 yılında imzalanan ikili yatırım sözleşmesine göre “yatırım (investment)” hemen ödeme gerektiren süreçler ve mal veya hizmet satımını içermemesi ⁷⁶⁰ gerekmemektedir ⁷⁶¹. Bu itibarla, hakem heyeti yine UNCITRAL kurallarına Saluka kararına ⁷⁶² atıfla “yatırım yapılmış (invested)” kelimesinin ikincil bir anlamının sorgulanmasını yerinde görmemiş ve uyuşmazlığa ait sözleşmeye çok benzer ifadelerle tanımlanmış yatırım kelimesini Hollanda –Çek Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım sözleşmesindeki gibi kabul ederek davalının savunmasını reddetmiştir ⁷⁶³.

Türkiye tarafından, Pakistan aleyhine açılmış bulunan Bayındır İnşaat davası da ⁷⁶⁴, yatırım tahkimi içtihadının gelişmesine önemli katkıları olmuş bir ICSID davasıdır. Yatırım tahkimi içtihadı bakımından bu davada ele alınmış önemli konulardan biri, “yatırımcı” ile

⁷⁵⁶ United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, UNCITRAL Award on Jurisdiction, 22 November 2002, paras. 33 – 37; tam metin için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/5500>

⁷⁵⁷ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, karar tam metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/1101> para. 74: “Article 1(1) of the BIT defines “investment” as “every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter”

⁷⁵⁸ Mytilineos Holdings SA (Claimant) ve The State Union of Serbia & Montenegro ile Republic of Serbia, Zurich, 8 September 2006, UNCITRAL, Ara Karar

⁷⁵⁹ United States-Singapore Free Trade Agreement, madde 15.1.13 orjinal tam metin için bkz. http://www.mti.gov.sg/public/PDF/CMT/FTA_USSFTA_Agreement_Exchange_Letter_CIL.pdf

⁷⁶⁰ Rubins, Noah: The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration, in Horn (ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, 2004, s. 292

⁷⁶¹ Uruguay-ABD İkili Yatırım Sözleşmesi tam metni için bkz. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>

⁷⁶² Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL Tribunal administered by the PCA, Partial Award of 17 March 2006, Tam metin için bkz. <http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>.

⁷⁶³ Netherlands-Czech Republic İkili yatırım sözleşmesinin 1. Maddesi (orijinal haliyle): “The term “investments” shall comprise every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State and more particularly, though not exclusively:”; bkz. tam metin <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>

⁷⁶⁴ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, at para. 197.

“ev sahibi” devlet arasındaki sözleşme (meselâ imtiyaz sözleşmesi) ile devletler arasında akdedilmiş “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi” arasındaki ilişkidir. Bu davada verilen karar “inşaat taahhütlerinin” yatırım teşkil edip etmeyeceği sorusuna verdiği cevap bakımından da önem taşımaktadır⁷⁶⁵. Bayındır İnşaat davasında “Pakistan, Bayındır İnşaat’a hak edişlerinin 1/3’ünün baştan ödenmiş olması sebebiyle, Bayındır İnşaatın bir değer katkısının bulunmadığını, bu sebeple, ihtilafın bir yatırım ihtilafı olarak değerlendirilemeyeceğini” ileri sürmüştür. ICSID hakem heyeti ise, “burada söz konusu inşaatın bir “yatırım” olarak değerlendirilmesi gerektiği” sonucuna varmıştır. ICSID hakem heyeti, “Salini davasında öngörölmüş kriterler yönünden de “inşaat” işini değerlendirmiş ve inşaatın “uzun vadeli” bir iş olduğu bu özelliği ile diğer ticarî aktivitelerden ayrıldığı” sonucuna varmıştır⁷⁶⁶. Dahası, ICSID hakem heyetine göre, Bayındır İnşaatın know-how, ekipman ve personel getirmiş olması da bunu diğer ticarî aktivitelerden ayırmaktadır. Nihayet hakem heyeti, “Bayındır İnşaatın, kendisine önden ödenen hak ediş bedeline eşit bedeli karşılayan Banka Teminat Mektuplarını Pakistan millî karayolları otoritesine vermiş olmasını, bu teminat mektupları için bankaya 11 milyon ABD Dolarını aşan komisyon ücreti ödemiş olmasını, Bayındır İnşaat’ın finansal katkısının bir göstergesi” olarak kabul etmiştir⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Ataman-Figanmeşe, İnci: Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları, Uluslararası Tahkim Kongresi’nin 1. Oturumu, 24 Mayıs 2012, s.2

⁷⁶⁶ Ataman-Figanmeşe s.2

⁷⁶⁷ Ataman-Figanmeşe s.2

3. Piyasa Yaklaşımı (Market Approach)

Piyasa yaklaşımı bir varlığın değerini, makul surette referanslanabilir ve değerleri iyi bilinen bir grup şirkete göre tespit etmektedir⁷⁶⁸. Bu yaklaşım belirtilen sebeplerden ötürü, “karşılaştırılabilir şirketler” veya “karşılaştırılabilir satışlar” olarak da ifade edilmekte olup, tali bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. İndirgenmiş nakit akımı yöntemiyle yapılan hesaplama sonuçlarını doğrulamak veya desteklemek üzere kullanılmaktadır.⁷⁶⁹ Ancak Kulalı/Bilir tarafından “indirgenmiş nakit akımı yöntemi varlığın gelecekte yaratacağı nakit akışlarının şimdiki değerinin hesaplanması genellikle öne çıkan yöntem olarak değerlendirilmekle birlikte bu yöntemin çok sayıda varsayım gerektirmesi uygulanmasını güçleştirdiğinden” eleştirilmektedir⁷⁷⁰. Bunun yanında, şirketlerin mukayese yoluyla değerlendirilmesinin tercih edilmesinin sebebi, “özellikle indirgenmiş nakit akımları vb. yöntemlerde olduğu gibi birçok varsayım yapılmasını gerektirmemesi, kullanıcılar açısından daha anlaşılır ve gerçekçi olması ve bu yöntemlerin sektörün gerçek durumunu” yansıtmasıdır⁷⁷¹. Göreceli değerlendirme bu noktada, daha kolay uygulama olanağı nedeniyle öne çıkan bir yöntemdir. “Çarpan analizi” olarak da adlandırılan bu yöntemin çok yaygın bir kullanımı olduğu bilinmektedir. Yöntemde gerçek verilen kullanılması nedeniyle elde edilen değer piyasa yansıttığı algısı yaygın kullanımın en önemli nedenidir. Sonuçları yorumlamanın kolay olması da yöntemi öne çıkartmaktadır⁷⁷².

Gerçekten de; yakın zamanlı Yukos kararında, hakem heyeti davacı tarafından atanan bilirkişice indirgenmiş nakit akımı yöntemine göre yapılan zarar hesaplamasını güvenilir bulmuştur. Bilirkişinin kendi ifadesiyle, “indirgenmiş nakit akımı yaklaşımı hesaplama analizi önceden saptanmış kendi düşüncelerinin doğru sonuca varması tahmininden etkilendiği” sonucunu hakem heyeti sebep olarak göstermiştir⁷⁷³. Hakem heyeti, bir piyasa yaklaşımı yöntemi belirleyerek %25 hatadan sorumluluk indirimi sonucu davacı lehine 50 milyar ABD

⁷⁶⁸ Hitchner dipnot 267; IVS Framework dipnot 57-58; Alberro/ Ruttinger s.5

⁷⁶⁹ Alberro/ Ruttinger s.5

⁷⁷⁰ Kulalı, İhsan/ Bilir, Hakan: Göreceli Değerlemede Emsal Firmaların Tespiti, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 30, 2013, ss. 197-212, s.197.

⁷⁷¹ Kulalı/ Bilir s. 197.

⁷⁷² Savaşkan, Ozan: Halka Arz Fiyatının Belirlenmesinde Kullanılan Yöntemler-Halka Arz Sonrası Hisse Senedi Performansı, Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi, Yeterlik Etüdü, s.7; Sezer, Durmuş/Kuyucular, Sezer/ Gümüş, Umut Tolga: Firma Değerleme Yöntemleri: Bist Demir, Çelik Ve Metal Sanayii Sektöründe Bir Uygulama, International Journal of Academic Value Studies (Javstudies) Vol: 4, Issue: 19, ss. 501-517, s. 502

⁷⁷³ Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Nihai Karar 2014, ¶ 1785; Alberro/ Ruttinger s.5

\$ tazminata hükmetmiştir⁷⁷⁴. Hakem heyeti kararının zararın değerlendirilmesine yönelik bölümünü şu şekilde gerekçelendirmiştir: ⁷⁷⁵

“Yukarıda ortaya koyulan diğer yöntemlerin aksine, hakem heyeti karşılaştırmalı şirketler yöntemine Yukos’un değerini belirleme konusunda güvenme eğilimindedir...Hakem heyeti değerlendirmelerine göre, karşılaştırmalı şirketler yöntemi bu koşullar altında 21 Kasım 2007 tarihi itibari ile Yukos’un değerini belirleme konusunda en uygun yöntem olduğunu kabul etmekte, ileri değerlendirmeler için başlangıç noktası olması gerektiğini düşünmektedir...”

Bazı durumlarda ise, hakem heyetleri piyasa yaklaşımının zararın değerlendirilmesinde özellikle spesifik sözleşmelerdeki hükümlerden dolayı genel sözleşme hükümlerine göre yorumlanamayacağını ve somut olayın şartlarına göre doğru yöntem olmayacağı gerekçesiyle talepleri reddetmektedir. LG&E Energy Corp Grup şirketleri ve Arjantin arasındaki ICSID uyuşmazlık tahkiminde, sözleşme hükümlerine göre yapılacak piyasa yaklaşımına göre fiyatlamamanın NAFTA hükümlerine göre değil taraflar arasındaki sadece kamulaştırma durumlarında uygulanabileceğini değerlendirerek iddia sahibinin talebini reddetmiştir⁷⁷⁶.

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre, “pazar yaklaşımı varlığın, fiyat bilgisi elde edilebilir olan aynı veya karşılaştırılabilir (benzer) varlıklarla karşılaştırılması suretiyle gösterge niteliğindeki değer belirlendiği yaklaşımı” ifade etmektedir⁷⁷⁷. Standart yaklaşım geliştirilmesi bakımından önemli bir kılavuz olan standartlara göre; “pazar yaklaşımının uygulanması ve bu yaklaşıma önemli ve/veya anlamlı ağırlık verilmesi gerekli” görülmektedir.⁷⁷⁸

“(i) değerlendirme konusu varlığın değer esasına uygun bir bedelle son dönemde satılmış olması, (ii) değerlendirme konusu varlığın veya buna önemli ölçüde benzerlik taşıyan varlıkların aktif olarak işlem görmesi, ve/veya (iii) önemli ölçüde benzer varlıklar ile ilgili sık yapılan ve/veya güncel gözlemlenebilir işlemlerin söz konusu olması.”

Yukarıda yer verilen durumlarda pazar yaklaşımının uygulanması ve bu yaklaşıma *önemli ve/veya anlamlı ağırlık verilmesi gerekli görülmekle* birlikte, söz konusu kriterlerin karşılanamadığı aşağıdaki ilave durumlarda, pazar yaklaşımı “*uygulanabilir* ve bu yaklaşıma

⁷⁷⁴ Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, ¶ 1827; Alberro/ Ruttinger s.5

⁷⁷⁵ Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, ¶ 1787; Alberro/ Ruttinger s.6

⁷⁷⁶ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, kararın tam metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/622>.

⁷⁷⁷ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.43

⁷⁷⁸ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.44

önemli ve/veya anlamlı ağırlık” verilebilir. Pazar yaklaşımının aşağıdaki durumlarda uygulanması halinde, değerlemeyi gerçekleştirenin “diğer yaklaşımların uygulanıp uygulanamayacağını ve pazar yaklaşımı ile belirlenen gösterge niteliğindeki değeri pekiştirmek amacıyla ağırlıklandırılıp ağırlıklandırılmayacağını dikkate alması gerekli” görülmektedir.⁷⁷⁹

- “(i) değerlendirme konusu varlığa veya buna önemli ölçüde benzer varlıklara ilişkin işlemlerin, pazardaki oynaklık ve hareketlilik dikkate almak adına, yeteri kadar güncel olmaması,
- (ii) değerlendirme konusu varlığın veya buna önemli ölçüde benzerlik taşıyan varlıkların aktif olmamakla birlikte işlem görmesi,
- (iii) pazar işlemlerine ilişkin bilgi elde edilebilir olmakla birlikte, karşılaştırılabilir varlıkların değerlendirme konusu varlıkla önemli ve/veya anlamlı farklılıklarının, dolayısıyla da sübjektif düzeltmeler gerektirme potansiyelinin bulunması,
- (iv) güncel işlemlere yönelik bilgilerin güvenilir olmaması (örneğin, kulaktan dolma, eksik bilgiye dayalı, sinerji alıcılı, muvazaalı, zorunlu satış içeren işlemler vb.),
- (v) varlığın değerini etkileyen önemli unsurun varlığın yeniden üretim maliyeti veya gelir yaratma kabiliyetinden ziyade pazarda işlem görebileceği fiyat olması.”

Birçok varlığın benzer olmayan unsurlardan oluşan yapısı, pazarda birbirinin aynı veya benzeyen varlıkları içeren işlemlere ilişkin bir kanıtın genelde bulunamayacağı anlamına gelir. Uluslararası Değerleme Standartlarına göre, “pazar yaklaşımının kullanılmadığı durumlarda dahi, diğer yaklaşımların uygulanmasında pazara dayalı girdilerin azami kullanımı gerekli görülmektedir (örneğin, etkin getiriler ve getiri oranları gibi pazara dayalı değerlendirme ölçütleri)⁷⁸⁰.” Bunun yanında, standartlarda “karşılaştırılabilir pazar bilgisinin varlığın tıpatıp veya önemli ölçüde benzeriyle ilişkili olmaması halinde, değerlemeyi gerçekleştirenin karşılaştırılabilir varlıklar ile değerlendirme konusu varlık arasında niteliksel ve niceliksel benzerliklerin ve farklılıkların karşılaştırmalı bir analizini yapması” gerektiği ifade edilmiştir. Bu karşılaştırmalı analize dayalı düzeltme yapılmasına genelde ihtiyaç duyulacaktır. Bu düzeltmelerin makul olması ve değerlemeyi gerçekleştirenlerin düzeltmelerin gerekçeleri ile nasıl sayısallaştırdıklarına raporlarında yer vermeleri gerekir⁷⁸¹.

Uluslararası Değerleme Standartlarında, konsey tarafından Pazar yaklaşımı, Karşılaştırılabilir işlemler yöntemi ve Borsadaki Kılavuz Emsaller Yöntemi olarak Halka

⁷⁷⁹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.44

⁷⁸⁰ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.44-45

⁷⁸¹ Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.45

Açık şirketler için ayrıca bir yöntem belirlemek suretiyle ikili bir ayrıma gidilmiştir. Çalışma kapsamında uluslararası zararın değerlendirilmesi bakımından ele alınan, piyasa yaklaşımı yönteminin bir türü olarak “Karşılaştırılabilir işlemler yönteminin temel adımları”:

- (1) ilgili pazardaki katılımcılar tarafından kullanılan karşılaştırma birimlerinin tespit edilmesi,
- (2) ilgili karşılaştırılabilir işlemlerin tespit edilmesi ve bu işlemler için temel değerlendirme ölçütlerinin hesaplanması,
- (3) karşılaştırılabilir varlıklar ile değerlendirme konusu varlık arasında niceliksel benzerliklerin ve farklılıkların tutarlı bir karşılaştırmalı analizinin yapılması,
- (4) karşılaştırılabilir varlıklar ile değerlendirme konusu varlık arasındaki farklılıkların yansıtılabilmesi amacıyla değerlendirme ölçütleri (varsa) için gerekli düzeltmelerin yapılması,
- (5) düzeltilmiş değerlendirme ölçütünün değerlendirme konusu varlığa uygulanması ve
- (6) çeşitli değerlendirme ölçütünün kullanılması halinde gösterge niteliğindeki değerlerin tek bir sonuca ulaştırılması şeklinde ifade edilmektedir⁷⁸².

Yaklaşım belirtildiği üzere, “emsal varlıkların birbirleri ile karşılaştırılması esasına dayanmaktadır.” Bu çerçevede varlığın değeri, piyasadaki emsallerinin değeri üzerinden tahmin edilmeye çalışılmaktadır. Bu yaklaşımda hedef şirket, genellikle dahil olduğu sektördeki emsal şirketler ile çeşitli çarpanlar veya finansal oranlar yardımı ile değerlemeye tabi tutulmaktadır⁷⁸³. Bu yöntem ile firmanın benzer firmalar ile karşılaştırılması yapılarak, varlığın piyasada değerinden düşük (*under valued*) veya yüksek (*over valued*) değerlendirilip değerlendirilmediği analiz edilmektedir. Varlığın, toplam piyasa, alternatif sektörler veya aynı sektör içerisinde yer alan çeşitli şirketlere göre, piyasa tarafından nasıl değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Piyasa yaklaşımı, pazardaki karşılaştırılabilir varlıkların fiyatının araştırılarak piyasanın pazar fiyatında dengeye ulaşacağını varsaymaktadır⁷⁸⁴. Bu anlamda göreceli değerlendirme, piyasanın varlığa şu anda ne kadar değer biçtiği hakkında bilgi sağlamaktadır⁷⁸⁵.

Bu yöntem, değerlemesi yapılacak firmanın şirket değeri ile aynı piyasada yer alan diğer firmaların şirket değerlerinin birbirleri için bir anlam ifade ettikleri varsayımına

⁷⁸² Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi, s.45

⁷⁸³ Kulalı/ Bilir s. 197.; Jindal, Tapan: Relative Valuation, The Chartered Accountant, December, 2011, s.74; Tam Metin için bkz. http://220.227.161.86/25041cajournal_dec2011_17.pdf

⁷⁸⁴ Kulalı/ Bilir s. 197; Mun, Jonathan: Real Options Analysis: Tools and Techniques for Valuing Strategic Investments and Decisions, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2005, s.55

⁷⁸⁵ Kulalı/ Bilir s. 197.

dayanmaktadır. Bu yöntemde aynı sektörde faaliyet gösteren diğer firmaların çeşitli rasyoları hesaplanır ve bu rasyolardan hareketle bir şirket değeri hesaplanmaya çalışılır. Bu yöntemde önemli nokta doğru katsayı yönteminin ve karşılaştırılabilir firmaların doğru seçilmesidir⁷⁸⁶.

Bu yönteme varlığın değerinin tahmini ve çeşitli farklılıkların kontrolü, benzer ve/veya karşılaştırılabilir varlıkların fiyatları kullanılarak yapılmaktadır. Yöntem iki temel prensip üzerinde şekillenmektedir⁷⁸⁷.

“i)Varlığın gerçek değeri (*intrinsic value*) herhangi bir değerlendirme yöntemi ile tahmin edilemez. Varlığın değeri her zaman, varlığa ait özellikler nedeniyle, piyasanın varlığa ödemeye istekli olduğu değere eşittir.

ii) Piyasa etkin olmasa ve varlıklar mükemmel şekilde fiyatlanmasa bile, varlıkların karşılaştırılabilir olması nedeniyle fiyatlamada yapılan hataların tespit edilebilmesi ve düzeltilmesi mümkündür.”

Göreceli değerlemede genellikle üç aşama bulunmaktadır. Öncelikle, “karşılaştırma yapılacak firmalar belirlenmekte, devamında karşılaştırma yapılacak standart oranlar saptanmakta ve son olarak hedef firmanın oranları ile sektör ortalamaları karşılaştırmaya tabi tutularak varlığın düşük ya da yüksek değerlendirilip değerlendirilmediği” belirlenmektedir. Bu durumda karşılaştırmaya dayanan bir analiz yapılabilmesi için öncelikle, değerlemeye tabi tutulacak hedef firmaya benzer firmaların saptanması gerekmektedir⁷⁸⁸. Aynı sektörde yer alan firmaların dahi, risk, büyüme potansiyeli ve nakit akışları açısından farklı olduğu dikkate alındığında benzer firmaların bulunması oldukça zordur. Bu açıdan, çok sayıda firmanın karşılaştırılması esnasında söz konusu farklılıkların nasıl kontrol edileceği temel soruyu oluşturmaktadır⁷⁸⁹.

Göreceli değerlemin ilk adımı, “karşılaştırma yapılabilecek emsal firmaların tespit” edilmesidir. Karşılaştırmaların genellikle aynı sektör içinden yapıldığı görülmekle birlikte alt sektörde yer alan firmalar da zaman zaman kullanılmaktadır. Bir diğer önemli faktör, farklı ekonomik çevre etkisini ortadan kaldırmak amacıyla, mümkün olduğu ölçüde karşılaştırılacak firmaların aynı bölge ya da coğrafi alanı paylaşıyor olmasıdır. Karşılaştırılabilir firmanın tespit edilebilmesi için hedef şirketin iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan firmanın internet sitesi, yıllık faaliyet raporları, araştırma raporları, yatırımcı sunumları firmanın

⁷⁸⁶ Toraman, Cengiz/ Körpi, Mehmet: Firma değerinin piyasa çarpanları ile tahmin edilmesi: BIST dokuma, giyim eşyası ve deri sanayii sektöründe bir uygulama. Muhasebe ve finansman dergisi, 2015 (66), ss.41 – 56, s. 42; Sezer/Kuyucular/ Gümüş s. 502

⁷⁸⁷Kulalı, İhsan/ Bilir, Hakan: İndirgenmiş Nakit Akış ve Göreceli Değerleme Yöntemlerinin Karşılaştırılması, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2014, Yıl:2, Cilt:2, Sayı:2, ss. 39-55, s.45

⁷⁸⁸ Kulalı/ Bilir s. 197; Jindal s. 74

⁷⁸⁹ Kulalı/ Bilir s. 198; Damodoran s.1

analaylabilmesine yardımcı olmaktadır. Bu açıdan hedef şirketin; “içinde yer aldığı sektör, ürettiği mal ve hizmetler, içerisinde yer aldığı ekonomik/coğrafi çevre ve firmanın büyüklüğü” doğru bir biçimde ortaya konulmalıdır⁷⁹⁰.

Göreceli değerlemenin ikinci bileşeni, göreceli olarak varlığın değerinin saptanabilmesi için “kazanç, defter değeri ve satışlar” temelinde çarpanlara dönüştürülen standart fiyatların bulunmasıdır⁷⁹¹. Göreceli değerlemede, cari (absolute) piyasa fiyatlarının karşılaştırılabilir olmaması nedeniyle, fiyatların standardize edilmesine ihtiyaç duyulmakta ve bu yüzden fiyat çarpanları yaratılmaktadır⁷⁹². Standardize edilen fiyatlar ise kazanç, defter değerine gelire veya sektörel göstergelere göre belirlenmektedir⁷⁹³.

Değerleme çarpanları, kısaca, değer ile ilgili olduğu varsayılan görece anahtar istatistiklerin piyasa değeri ifadesidir. Değerleme çarpanları, firm değerlemesinin en hızlı yoludur. “İşletme değeri⁷⁹⁴ çarpanları” ve “öz kaynak çarpanları” olmak üzere iki temel çarpan bulunmaktadır. Öz kaynak çarpanları kaldıraçtan (leverage) etkilenirken, işletme değeri çarpanları, farklı firmaları sermaye yapısından bağımsız olarak karşılaştırması nedeniyle daha iyi sonuçlar vermektedir. Örneğin, yüksek derecede borçlu firmanın fiyat/kazanç oranı, sermayenin beklenen getirisinin daha yüksek olması nedeniyle genellikle daha yüksek olmaktadır. Buna ek olarak, işletme değeri çarpanları, muhasebe teknikleri ile ilgili farklılıklardan da daha az etkilenmektedir⁷⁹⁵.

Bazı hakem heyetleri yakın geçmişte kararlarının miktarını etkileyen önemli değişkenlerden biri olarak muhasebe ve finansı kabul ettiği görülmektedir⁷⁹⁶. Khan Resources Inc. ve Moğolistan Hükümeti arasındaki uyuşmazlıkta hakem heyeti yatırımın ne kadar finanse edileceği konusundaki belirsizlik nedeni ile “indirgenmiş nakit akımı yönetimini cazibesiz ve spekülatif” olarak nitelemiş ve kararında zararın değerlendirilmesi yöntemi olarak piyasa yaklaşımını kullanmıştır⁷⁹⁷. Nitekim Flughafen Zürich A.G. ve Venezuela arasındaki uyuşmazlıkta hakem heyeti indirgeme miktarını pay maliyetine (*cost of equity*) eşitlemiş ve ağırlıklı sermaye maliyetini hesaplarken borçlama maliyetini varsayımsal olarak bir alıcının borçlanma finansmanı kullanacağı gerekçesiyle ihmal etmiş; ancak iddia sahibi

⁷⁹⁰ Kulalı/ Bilir s. 45; Jindal s. 75

⁷⁹¹ Kulalı/ Bilir s. 45; Damodoran s.2.

⁷⁹² Kulalı/ Bilir s. 45.

⁷⁹³ Damodoran s.23.

⁷⁹⁴ Piyasadaki benzer firmaların değerlerinin karşılaştırılabilmesi için değerlerin standardize edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır Damodoran s.23; Kulalı/ Bilir s. 46.

⁷⁹⁵ Kulalı/ Bilir s. 47; Jindal s. 76.

⁷⁹⁶ Alberro, Jose: What Should The Standard Of Compensation Be: Fair Market Value Or Fair Value, Journal of Damages in International Arbitration, Eylül 2016, ss.1-18, s. 10.

⁷⁹⁷ Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, UNCITRAL; kararın tam metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/606>

borçlanma faizi kullanmamıştır⁷⁹⁸. Bu durum, indirgenmiş nakit akımı yönteminde kullanılan varsayımsal yaklaşımın, zaman zaman gerçek zararın miktarının hesaplanması açısından kuşku olabileceğini ve hakem heyetlerinin piyasa yaklaşımı yöntemine de ihtiyaç duyabileceğini ortaya koymaktadır.

Piyasa yaklaşımı, zamana özgü (*time specific*) bir yöntem olup piyasanın değişken koşulları göz önüne alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Bunun yanında alıcı ve satıcının ikisinin de istekli olarak nitelenmesi ve herhangi bir zorlama altında alım veya satım yapmayacakları varsayımına dayanır. Alıcı/satıcı, ne çok istekli ne de herhangi bir fiyata satmaya zorunda olarak kabul edilir; alıcı ve satıcı alım/satım işlemlerini mevcut piyasa gerçeklerine uygun gerçekleştirir ve piyasa beklentilerinden bir zorlama yoluyla etkilenmemektedir. Bir varlığın piyasa değeri onun en iyi kullanım durumunu ve satılabileceği en yüksek miktarı üzerinden değerlendirilmekte olduğundan yasal olarak uygun ve finansal olarak elverişli ise mevcut potansiyel kullanım bedelinin değerini yansıtmaktadır⁷⁹⁹.

Bir varlığın piyasa değeri, önceden belirlenmiş veya gerçek satış değeri olmayıp tahmini bir miktardır. Piyasa değeri, olması en mümkün-varsayımsal olarak-değerleme günü satın alınabilecek makul fiyatı ifade etmektedir. Bir satıcının satabileceği en yüksek fiyat ve alıcının alabileceği en avantajlı fiyat olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan böyle bir yaklaşım, indirgenmiş veya yükseltilmiş varsayımsal fiyatlamayı kabul etmemekte olup atipik finans yöntemleri özel şartlar veya tavizler yahut belirlenebilir herhangi bir spesifik alıcı ve satıcıya özgü durumlardan etkilenmeyeceği kabul edilir⁸⁰⁰.

Bahsedilen varsayımları göz önüne alarak bir varlığın piyasa değeri⁸⁰¹, BiWater Gauff (Tanzania) Ltd. ve Tanzania Cumhuriyeti arasındaki uyuşmazlıkta hakem heyeti tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: istekli bir alıcı tarafından istekli bir satıcıya ikisinin de iyi bilgi sahibi olduğu şartlarda ve finansal kazancını azami tutmak istediği ve tehdit veya baskı altında olmadan ödemeye hazır olduğu bedeldir⁸⁰².

⁷⁹⁸ Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19; Karar metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/2790>; Alberro s.11.

⁷⁹⁹ Alberro s.12.

⁸⁰⁰ Alberro s.12.

⁸⁰¹ Değerleme standartları açısından da benzer varsayımlar kabul edilmiştir. Bkz. <https://www.ivsc.org/files/file/view/id/646>.

⁸⁰² Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22; Karar metni için bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/158>

SONUÇ

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi adını verdiğimiz bu çalışmanın amacı, uluslararası tahkim olarak nitelediğimiz yatırım ve ticari tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesinde kullanılan kavramlar, temel prensipler, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile uluslararası zararın değerlendirilme yöntemlerinin tahkim kararları ışığında bir çalışmada ayrıntılı olarak incelenmesiydi. Zararın değerlendirilmesi kurumu, uluslararası ticari ve yatırım tahkimi bakımından, uyuşmazlığın sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanmasından dolayı bir çok senaryo dahilinde şekillenebileceğinden ulusal veya uluslararası tahkim yargılamasında çok az kaynaktaki çerçevesi çizilebilmiştir. Türk Hukuku perspektifinden gelişmekte olan tahkim yargılaması açısından; uluslararası uygulamalarda gerek Anglo-Sakson hukuk sistemi olsun gerekse de Kıta Avrupasındaki tahkim yargılamasına özgü zararın değerlendirilmesi kavramlarını Türk Hukukunda kullanılan kavramlarla birlikte ele almaya çalıştık.

Uluslararası tahkim yargılamasında ticari ve yatırım tahkimi arasındaki farkları ve benzerlikleri incelediğimizde, yatırım tahkiminin ticari tahkimin gelişen bir kolu olduğundan zararın değerlendirilmesine ilişkin temel bir farklılıktan ziyade özellikle yatırım tahkiminde devletlerin taraf olması sebebiyle kararların şeffaflaşmasıyla ortaya çıkan içtihat birliğine yakın uygulamaların yatırım tahkimin sistematığının daha kolay incelenmesi sebeplerinden çalışmanın iskeletini oluşturduğu ifade edilebilir. Uygulamada, uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesine ilişkin hususların, uzun süreli sözleşmelerden veya haksız fiil temelinde oluşan zararların ve zararın giderilmesi için kullanılan hukuki yöntemlerin benzer bir yaklaşımla değerlendirildiği ve zarara ilişkin kullanılan kavram, prensip ve yöntemlerin ortak olduğu kabul edilebilir. Özellikle, ticari sözleşmeler, inşaat, enerji, özelleştirmeler, devlet-yatırımcı ilişkileri özelinde bazı örneklerle uygulamada kullanılan kavram, prensip ve yöntemlerin açıklanması amaçlanmıştır. İleri çalışmalar için konunun genişletilmesi, daha farklı sektörel uyuşmazlıklarındaki tahkim uygulamaları, konusu farklı sözleşme tipleri, özellikle bilişim ve teknolojinin gelişmesiyle usul ve maddi düzenlemelere paralel olarak zararın değerlendirilmesi uygulamalarının daha ayrıntılı ele alınmasıyla mümkün olup, Türk Hukuku perspektifinden tartışılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi ile ilgili genel maddi ve usul hukuku incelemelerinde, mukayeseli hukuk ve tahkim uygulamalarında zarar ve tazminat kavramlarının tanım, fonksiyon ve zararın telafisi için kullanılan yöntemler bakımından farklılıklar barındırdığı tespit edilmiştir. Uluslararası tahkim yargılamalarında özellikle ticari ve yatırım

uyuşmazlıklarında, zarar ve tazminat kavramlarının ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde birbirinin yerine kullanılabildiği görülmüştür. Uygulanacak hukuk, tahkim yeri ve uyuşmazlığın çözüm yeri tahkim kurallarına göre farklı şekillerde ele alınmasına rağmen “zarar hukuku”nun Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk sistemlerinde Roma hukuku’na dayanan bir sistematüğının bulunduğu ve uluslararası tahkim yargılamalarında yerleşik bazı kararlar ışığında sistematik bir gelişimin ve değışimin olduğu görülmektedir. Tahkim uygulayıcılarının dava tarafları, konu, hukuk sistemi, tahkim yeri gibi çok önemli farklılıklara rağmen uluslararası ticari ve yatırım uyuşmazlıklarında birbirine atıfla tarafları temsil ettikleri ve hakem heyetlerinde ortaya çıkan sonuçların zararın değerlendirilmesi açısından tutarlı bir çerçevesi oluştuğı ifade edilebilir. Uluslararası devletler hukuku ve özel hukukun zarar ve tazminat konularında yeknesaklaştırılması çalışmalarının kurumsal düzeyde benzerlikler taşıdığı ve uygulayıcıların kanaatlerine yansıdığı iddia, savunma ve yargılama tarafında da görülmektedir.

Zararın tazmin edilmesi yöntemleri bakımından ticari uyuşmazlıkların, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi (CISG-Viyana), Özel Hukukun yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü Prensipleri (UNIDROIT Prensipleri) bağlamında ulusal hukuk sistemlerindeki kavramların model sözleşmelerle standartlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarının ise, 20. Yüzyıl başlarından itibaren Devletlerin arası uyuşmazlıkların Uluslararası Sürekli Adalet Divanı kararlarından başlamak üzere, NAFTA, ICSID, UNCITRAL gibi kurumsal seviyede yapılan düzenlemeler ile Enerji Şartı gibi sektörel olarak da geliştiğı görülmektedir. Bu düzenlemelere uygun, ikili yatırım sözleşmelerinin (BIT) yatırım uyuşmazlıklarında kullanılan çerçeve açısından önemli kavramlar ve prensipler içerdiği ifade edilebilir.

Zararın ölçülmesi kavramı zararın değerlendirilmesi kurumunun altındaki en önemli başlıklardan biri olup, uluslararası ve ulusal düzenlemelerde benzer kavramları ve prensipleri ihtiva etmektedir. Temel olarak, ticari veya yatırım tahkimi farketmeksizin zararın sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanmasına göre şekillenen yöntem belirlenmesi müspet ve menfi zarar hesaplanması şeklindedir. Uygulamada hakem heyetleri; kaybın adil piyasa değerini yatırımın veya ticari uyuşmazlığın türüne göre tazminatı değerlendirirken göz önüne almaktadır. Yatırım veya ticari faaliyetin gerçekleşip gerçekleşmemesi, sözleşme veya haksız fiil durumlarına göre zararın hesaplanması yöntemi seçilerek zararın mümkün olan en “hızlı, yeterli ve etkin” şekilde mağdur tarafa verilmesine karar verilmesi amaçlanmaktadır. Zararın ölçülmesine yakın bir kurum olan zararın indirilmesi gibi kavramlar da zararın değerlendirilmesi açısından tahkim mahkemelerince gözetilmekte veya taraflarca ileri

sürülebilmektedir. Uluslararası tahkim uyuşmazlıklarında zarar görenin kusuruna göre zararın ölçülmesi sonucu ortaya çıkan tazminat miktarının, kusur oranına göre sorumluluğun tespitine yapılacak indirim oranının belirlenmektedir. Kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukuk sistemlerinde de düzenlemelerin olduğu, yatırıma ve ticari uluslararası hukuk düzenlemelerinde ulusal hukuklara paralel düzenlemeler olduğu ve hakem heyetlerince sorumluluk konusunun incelendiği görülmektedir.

Uluslararası tahkim yargılamasında, sürecin birden fazla bölümlere ayrılmak (*Bifurcation-Trifucation*) suretiyle, usuli bazı konuların yargılamaya konu esastan ayrılması sıklıkla başvurulmuş bir yöntemdir. Ayrı bir yargılama safhası olarak değerlendirilmekle birlikte, yargılama ve kabul edilebilirlik itirazları açısından yargılama sürecinde, taraflar ve hakem heyetince dikkate alınmaktadır. Esasen, tahkim yargılamasında kavram genel olarak, sorumluluğun tespiti ve miktarın belirlenmesi olmak üzere iki ana sürece ayrılmasını ifade etmektedir. Ancak, yargılamanın usulüne ve esasının birbirini önemli ölçüde etkilemesi sebebiyle usul ekonomisi açısından doktrinde tartışmalı bir yöntemdir. Kararların daha sağlıklı verilmesi için zarardan önce sorumluluğun tespitinin önemli olduğu, uzun bir süreye dayanan, karmaşık ve teknik uyuşmazlıklarda yargılamanın bölünerek yönetilmesinin etkin olacağı ifade edilebilir. Bunun yanında, delil miktarı ve türleri, olay örgüsüne göre ayrılabilirliği ile uyuşmazlığın çözümü için kullanılan maddi kaynakların etkisi gözletilmelidir.

Uluslararası tahkim uygulamalarında uygulanacak hukuk seçimi; sözleşmeye, tahkim yargılamasına, uyuşmazlığın esasına ve kararın icrailiği bakımından uygulanacak hukukun tespiti ve uygulanması başlıklarıyla ele alınmaktadır. Genel olarak hakem heyetleri, önemli ölçüde devlet mahkemelerinden daha geniş bir yorumla uygulanacak hukukun tespitini yaptıkları görülmektedir. Bu tespit yapılırken, taraflar uygulanacak hukuku belirlememişse, taraflarca belirlenen hukukun yorumu ve tali olarak yorumlanması ile emredici normların yorumlanması gibi konuların çözümü sağlanmaktadır. Taraflarca uygulanacak hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim şartında uygulanacak hukuka yönelik hukukun seçimi hakemlere kanunlar ihtilafı normları vasıtasıyla uygulanacak hukuku belirlemekten daha fazla kolaylık sağlamaktadır. Roma-I Sözleşmesi, UNCITRAL model Ticari Tahkim Kanunu gibi düzenlemelerin yanında UNDRIT prensipleri gibi uluslararası hukuk prensipleri uygulanacak hukukun seçiminde hakemler tarafından kullanılmaktadır. Taraflarca seçilen hukukun yorumu ve tali olarak uygulanması durumlarında ise, tahkim makemeleri benzer şekilde ulusal olmaya kaynaklarla yorum yaparak ve taraflarca seçilen uygulanacak ulusal hukukun boşluklarını doldurmaktadır. Emredici normların uygulanmasında, Roma-I

sözleşmesi düzenlemeleri gibi kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin kodifikasyonlarda spesifik kurallarla, uygulanacak hukukun ilgili konuları hakem heyetlerince göz önünde bulundurulmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda zararın değerlendirilmesine uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur. UNCITRAL gibi düzenlemelerin yanında LCIA ve ICC gibi kurumsal tahkim uygulamalarının düzenlemeleri de bu görüşe paralel şekilde düzenlemeler görülmektedir. Ulusal kanuni düzenlemeler, zarara ilişkin oldukça gelişmiştir ancak zarar hukukuna ilişkin bütün konulara ilişkin çerçevesi çizilmiş bir düzenleme konunun doğası gereği bulunmamaktadır. Hakem heyetleri, uyuşmazlıklarda, uygulanacak milli hukukun somut olaya ilişkin uygulanabilirliğini test etmek için Uluslararası düzenlemelerdeki (UNIDROIT) zararın değerlendirilmesine ilişkin kurumlara yaklaşımları kullanmaktadır. Uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları ise, uluslararası devletler hukuku düzenleme ve prensipleri zararın değerlendirilmesinde faydalanmaktadır. Bunun yanında, hakem heyetleri “Tronc Commun” doktrinine göre, tarafların ortak belirleyeceği hukuk sistemlerine göre yargılama kurallarını uygulamaktadır. Uygulamada, iki yada daha fazla hukukun zorunlu olarak karşılaştırılması suretiyle uygulanması uyuşmazlığı daha karmaşık hale getirebilmektedir. Taraflarca uygulanacak hukukun seçilmediği durumlarda, somut olaya ait kurumlara ilişkin daha belirgin ortak ulusal hukuk norm ve prensiplerine başvurulmaktadır.

Sözleşmeler, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yolları veya sözleşmeye aykırılık durumlarında uygulanacak konuları sıklıkla düzenlemektedir. Bu kapsamda, hakem heyetinin uyuşmazlığın zarar konusuna ilişkin dikkate alması gereken ilk husus sözleşmede zarara ilişkin özel bir hükümün bulunup bulunmadığıdır. Sözleşme serbesitesi gereği taraflar zarara ilişkin konuları düzenleyebilecektir. Ancak, hakem heyetinin zarara ilişkin sözleşmelerde, tasfiye edilmiş zararlar, sözleşmenin konusuna özgü bir formül veya algoritma olup olmadığı ile sözleşmede belirtilen bir üst değer, limit yada zarar konusunda sözleşme dışında bırakılan zarar veya kayıpları düzenleyen özel hükümlerin varlığını sorgulamalıdır.

Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesinde, varılacak hukuki sonuç bakımından, davanın sonucuna etkili vakıaların ispatı gerekmektedir. İspat yükü, esasa mı usule mi uygulanacak hukuka tabi olduğu bir vasıflandırma meselesi olarak kabul edilmektedir. Esasa ilişkin olarak ele alındığında, hakemler, esasa uygulanan hukukun ispat yükünün dağılımına ilişkin bağlı olup takdir yetkileri yoktur. İspat yükü ile belgelerin ibrazı arasındaki ilişki, tarafların ispat yükü taşıyıp taşımadığı ve ispat yükünü gerçekleştirebilmek için gerekli belgelerin ibrazının isteme yetkisi konularında tartışılmaktadır. Uluslararası

tahkimde belge ibrazının hukuki temelini, hukuki dinlenilme hakkı ve uluslararası tahkime hakim dürüstlük kuralları oluşturmaktadır. IBA kuralları ışığında, uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi için gerekli belgelerin neler olabileceği, tarafların belge ibraz etme yetkisi ile uluslararası tahkime özgü belge ibraz yöntemleri incelenmiştir. Türk Hukuku'nda özellikle HMK ve MTK düzenlemeleri ile uluslararası hukuk düzenlemeleri ilişkisi ve uyumu tartışılmıştır.

Uluslararası ticari tahkimde, bilirkişi delili de önemli bir yer tutmaktadır. Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukukuna göre bilirkişilerin rolü farklılık göstermekte olup, uluslararası tahkim kuralları bakımından taraflarca atanan bilirkişiler ve tahkim tarafından atanan bilirkişiler usulü birlikte uygulanmaktadır. Bilirkişilerin bağımsızlığı, teknik yeterlilikleri, subjektiflik ve diğer profesyonel açısından çelişen raporların hakem heyetince ve taraflar tarafından nasıl değerlendirileceği ele alınmıştır. Taraf bilirkişi raporlarının delil olarak kabulü ile delillerin ibrazı ilişkisi değerlendirilmiştir. Ayrıca, uluslararası tahkime özgü konferans yöntemi gibi çelişkileri ortadan kaldıracak ve zarara ilişkin değerlendirmelerin etkin kararlar verilmesi açısından önemi ifade edilmiştir. Bunun yanında, hakem heyetince atanan bilirkişilerin atanma yöntemi ve bunun sonucu hakem heyeti ile arasındaki görev ve yetki konuları ilişkisi birlikte değerlendirilmiştir. Zarar miktarının, değerlendirme yönteminin bilirkişi raporları sonucu ortaya çıktığı düşünüldüğünde, hakem heyetince bilirkişilerin sağlıklı sorgulanmaları ve çelişkiyi ortadan kaldıracak teknik detayları incelemesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Taraflar, genellikle, somut olaydaki zararın oluşmasını sağlayan fiil ile uygun illiyet bağı sağlanamadığı takdirde zarara ilişkin sorumlu tutulamazlar. Daha açık bir ifade ile, haksız fiil ile zarar veya zararın bir kısmı arasında doğrudan bir ilişki olmalıdır. Şöyle ki, haksız fiile ilişkin olaylarda zararın, fiil ile bağının tespiti mutlaka değerlendirilmektedir. Sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklardan çok, haksız fiile ilişkin konularda daha yaygın görülmekte olan “nedensellik (*causation*)” konusunda hakem heyetleri, geriye dönük olarak bilinen olaylar ve oluşan zararın ilişkisini tespit için değerlendirmelerde bulunmaktadır. Zararın değerlendirilmesini yaparken, olmasaydı-olurdu yaklaşımı nedenselliğin tespitini de kolaylaştırmaktadır. Nedensellik testi, ifade edildiği üzere zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının tespiti için kullanılmaktadır. Başka bir ifade ile, eğer mağdur taraf için hukuka aykırı fiil olmasaydı olacak ekonomik durumda değişiklik yoksa zararın olmadığı değerlendirilecektir. Uluslararası tahkimde görülen uyuşmazlıklarda zararın değerlendirilmesi çerçevesinde, gelir kaybı ve nedensellik, olmasaydı oluşacak durumu ifade eden “but-for” kavramı ile tespit edilmektedir. Kavram, müşterek kusur (*müterafik*) gibi nedenselliğin

tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar zararın değerlendirilmesinde nedenselliğin kapsamını kısıtlamakta olup zararın miktarını azaltmaktadır. Zararın değerlendirilmesinde sorumluluğun tespiti ve özellikle seçilen yöntemdeki finansal hesaplamaların mantıki temelini oluşturmada kullanılmaktadır.

Uluslararası Yatırım ve Ticari hakem heyetleri her türlü zarara kapsamında, birlikte ve müteselsil sorumluluk; sorumluluk iddiası ve karara nasıl etkilediğine ilişkin taraflarca ileri sürülen iddialar kapsamında, tarafların birlikte yada birlikte ve müteselsil sorumlu olup olmadıkları tartışılmaktadır. Bu inceleme; davanın dayandığı sebep, somut olaya ilişkin vakialar ve uygulanacak hukuk bakımından yapılmaktadır. Hakem heyeti, kanunlar ihtilafı hükümleri uygulanarak çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın esasını veya üzerinde tartışma yaratan diğer meseleleri ele alırken, savunma tarafının sadece zararın belli bir kısmından sorumlu olabileceğini değerlendirmektedir. Tahkimin iki taraflılıktan çok taraflılığa yöneldiği günümüzde, üçüncü kişilere teşmil konusu ise, bazen birden çok taraf tek bir sözleşme etrafında, bazense birden çok taraf birbirleriyle ilişkili birden çok sözleşme etrafında toplanarak çok sayıda hukuki soruya tek bir tahkim yargılaması içinde çözüm aranan davalar bakımından önem arz etmektedir. Bu gibi karmaşık sorumluluk ilişkileri yaratan tahkim uyuşmazlıkları için zararın değerlendirilmesi konusunda ticari ve yatırım uyuşmazlıklarında taraflarca hakem heyetlerinden talep edilmektedir.

Zararın değerlendirilmesine ilişkin karar nihayetinde bir tahkim kararı olduğundan, icrailiği taraflar ve ulusal kamu düzenleri bakımından değerlendirilecektir. Bunun yanında, zarar konusu çoğunlukla (tatmin hariç) paraya ilişkin kararları ifade ettiğinden miktarın hangi para biriminde olacağı, uygulanacak faiz miktarı ve dönemi ile yargılama giderlerine ilişkin sorumluluk konularıyla birlikte değerlendirilmektedir. Belli bir döviz cinsinden karardaki miktarın ödenmesi konusunda devalüasyondan kaynaklı problemler ortaya çıkabilmektedir. Eğer sözleşmede karşı bir hüküm varsa veya uygulanacak hukuk kararın verilmesini engelliyorsa hakem heyetinin hukuken bu şartlara uymaya zorunludur. Doktrinde; hakem heyetinin verdiği karara ait miktarın faizinin maddi yada usüli bir konu olup olmadığına ilişkin bir görüş birliği mevcut olmamasına karşın hakem heyetlerinin faiz konusu üzerinde basit veya bileşik faiz, başlangıç tarihi, faiz eklenecek ek dönemler ve oranlar bakımından önemli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Uluslararası ticari tahkimde, genellikle kazanan tarafa yargılama giderlerinin bırakılması uygulaması görülmektedir. Bazı kurumsal tahkim kurumları; bu uygulamayı kendi kurallarında düzenlerken, öte yandan hakem heyetlerine konuyla ilgili geniş takdir yetkisi de tanımaktadır. Görüldüğü üzere, uluslararası tahkim yargılamasında zarar ilişkin kararın unsurları olan, döviz, faiz ve yargılama giderleri

konusunda hakem heyetlerine geniş yetkiler veren ulusal ve uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır.

Zararların değerlendirilmesi mutlaka fiili dayanağı olan bir mesele olup dış olay ve etkilerden ayrı olarak ele alınamaz. Zararın ölçülmesi ve değerlendirilmenin yapıldığı zamana dayanarak, zararların hesaplanması iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, duruşma öncesi nelerin gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin olduğu, ikinci bölüm ise gelecekte olma olasılığının neler olabileceğini ifade etmektedir. Birinci bölüm iddianın değerlendirilmesi bakımından, hakem heyetinin neler olduğuna ilişkin varsa kalan belirtileri göz önüne alabileceğinden daha kolay olacaktır. Değerlendirmeye esas alınabilecek daha çok bilgi olması, bilirkişi raporlarının fiili duruma ilişkin daha net bir durum ortaya koyacağından dolayı hakem heyeti zararın kesinliği ve ilgili her türlü hesaplamayı daha kolay yapabilecektir. Tabiki, bazı somut olaylarda bilgi seviyesi yeterli olmadığından, hakem heyeti var olan verilerle en optimal sonuca ulaşmaya çalışacak fakat taraflarca daha kesin deliller sunulması olayın oluşumuna sebep fiili durumu daha iyi ortaya koyacaktır.

Zararın hesaplanması konusu, açık bir şekilde sistematize edilmediğinden, hakem heyetleri daha geniş bir bakış açısıyla uyuşmazlığı değerlendirmek zorundadır. Kâr kayıpları için yapılan hesaplamalar, ekonomist ve politikacıların bile nadiren başarıyla yapabildiği ekonominin kötüye ve iyiye gittiği durumların tahmin edilerek tespitini içerdiğinden tahkim taraflarının ve uygulayıcılarının zorlanabileceği aşikardır. Ancak, budurum hakem heyetlerinin spekülasyon kar kayıplarına ihtiva eden kararları vereceği anlamına gelmediği gibi, çoğunlukla bu tür kararları vermekten kaçınmaktadır.

Şans kaybı konusu, belirsizlikten kaynaklı ve tarafların kontrolü dışında üçüncü bir taraf veya bir olay durumunda gündeme gelmektedir. Bilirkişiler, gelecek kar kayıplarına benzer bir çok durum olabilmesine karşın, kâr fırsatının başlı başına bir değere sahip olmasından dolayı, şans veya fırsat kaybında ayrı bir değerlendirme ile raporlarını oluşturmaktadır.

Zararın değerlendirilmesine yön verecek temel yaklaşım açısından da önemli olacak zararın değerlendirildiği tarih, somut olaydaki iddiaya ve uygulanacak hukuka göre değişmektedir. Sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda, sözleşme aykırılık gerçekleşmeseydi (*but for*) sözleşmenin uygulanmaya devam edeceğinden, kararın verileceği tarih fesih tazminatı kuralını daha iyi yansıtacak böylece hakem heyetinin aykırılık ve karar verme dönemine ilişkin zararın indirilmesi veya artırılması konusundaki açıklamayı yapabildiğini sağlayacaktır. Haksız fiil kapsamında değerlendirilen yatırım uyuşmazlıklarında görülen kamulaştırma durumlarında ise, kamulaştırma zamanı veya kamulaştırma zamanından itibaren

söz konusu malın değeri artmışsa ve kamulaştırma hukuka aykırı ise, fiile bağlı olmakla birlikte, kararın verilme zamanından itibaren zararın değerlendirilmesi yapılacaktır.

Zararın hesaplanmasındaki yöntemler ticari ve yatırım tahkiminde, zarar iddiasının niteliği ve işin türü (Start-up veya kurulu şirket), somut olaya ilişkin mevcut bilgi seviyesi, Sözleşmeden kaynaklı hükümler, iş Erteleme veya idari aksaklığa ilişkin iddia ile Alacak veya buna bağlı zarar iddalarının içeriğine göre değişmektedir. Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesini çalışmamız kapsamında, Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları sistematigi, terminolojisi ve kavramlarıyla açıklamaya çalıştık. Şirket değerlendirme yöntemleri ile zararın değerlendirme yöntemi esasen varlık değerlendirme yöntemi olmaları bakımından, uluslararası varlık değerlendirme yöntemleri olarak bilirkişilerin raporlarında ve tahkim kararlarında kullandıkları örneklerle değerlendirilmiştir.

Gerçek değer üzerinden adil piyasa değeri bulunması hedeflenen varlığın değerlendirme yöntemi belirli bir kısmı için veya tümü için çeşitli yöntemlerle hesaplanabilmektedir. Gerçek değer, Türk hukukunda tanımlanmamış doktrin ve içtihat ile tanımlanması kanun gerekçesinde kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Uluslararası tahkimde zararın değerlendirilmesi konusunun temel hedefi olan ve Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Hukukunun konusu olan bir varlığın gerçek değerinin tespiti, genel esasları ve değerlendirme yöntemleri, gelir, gider ve piyasa yaklaşımı olarak üç ana başlıkta toplanmaktadır.

İndirgenmiş nakit akımı yaklaşımı yaygın olarak kullanılan ve etkin bir yöntem olduğu kabul edilen bir şirket değerlendirme yöntemi olup zararın değerlendirilmesinde şirketlerin yoksun kaldıkları kârın tespitinde uluslararası tahkim yargılamasında da kullanılmaktadır. Bu methodun tercih edilmesi; genel itibariyle, şirketin gelir ve büyüme yönündeki beklentilerini ele alması ve yatırım riskinin dünyanın çeşitli yerlerindeki piyasa değerlendirilmesi ile birlikte kullanmada sağladığı kolaylıktan kaynaklanmaktadır. Özellikle altyapıya ilişkin varlıkların, bağımsız kuruluşlarca belirlenen düzenleyici kurallara tabi şirketlerin veya rekabetin yüksek olduğu doğalgaz ve petrol veyahut lojistik şirketlerinin dahil olduğu uyuşmazlıklarda hakem heyetlerince tercih edilen bir yöntemdir

Varlık temelli hesaplama yaklaşımı, gider (maliyet) yaklaşımı olarak da isimlendirilmekte olup şirketlerin varlıklarının adil değerini belirlemek için şirket defterlerini kullanmaktadır. Ancak varlık temelli yaklaşım bir şirket (işletme) değerlendirme yöntemi olarak ifade edilmekteyken, gider yaklaşımı bir mal değerlendirme (gayrimenkul, araç vb.) yöntemi olarak kabul edilmektedir. Şirket değerlendirme yönteminin bir alt başlığı olarak gider yaklaşımı taşınır veya taşınmaz bir varlık değerlendirme yöntemi olarak kabul edilmektedir.

Piyasa yaklaşımı bir varlığın değerini, makul surette referanslanabilir ve değerleri iyi bilinen bir grup şirkete göre tespit etmektedir. Bu yaklaşım belirtilen sebeplerden ötürü, “karşılaştırılabilir şirketler” veya “karşılaştırılabilir satışlar” olarak da ifade edilmekte olup, tali bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. İndirgenmiş nakit akımı yöntemiyle yapılan hesaplama sonuçlarını doğrulamak veya desteklemek üzere kullanılmaktadır. Ancak indirgenmiş nakit akımı yöntemi varlığın gelecekte yaratacağı nakit akışlarının şimdiki değerinin hesaplanması genellikle öne çıkan yöntem olarak değerlendirilmekle birlikte bu yöntemin çok sayıda varsayım gerektirmesi uygulanmasını güçleştirdiğinden eleştirilmektedir. Bunun yanında, şirketlerin mukayese yoluyla değerlendirilmesinin tercih edilmesinin sebebi, özellikle indirgenmiş nakit akımları vb. yöntemlerde olduğu gibi birçok varsayım yapılmasını gerektirmemesi, kullanıcılar açısından daha anlaşılır ve gerçekçi olması ve bu yöntemlerin sektörün gerçek durumunu yansıtmasıdır.

KAYNAKÇA

A. KİTAP VE MAKALELER

A

Aaken, Anne: Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comperative View, Schill, Stpehan (ed.), International Investment Law and Public Law, Oxford Universtiy Press, 2010, ss.741-54, s. 722

Abdala, Manuel A: Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Disputes; American Univesity International Law Review, Vol. 24, Issue.3, 2009, ss.539-570

American Bar Association (ABA), Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues, 2nd ed., American Bar Association, 2010, s. 4

Akın, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Paylar, İstanbul 2014, s.96

Akın, Pelin: Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, s.300

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 221

Akıncı, Ziya: Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure, New York, 2011, s. 124

Akil, Cenk: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hakimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, AÜHFD, C. 60, S. 3, 2011, s. 699-700

Allen, Ronald R. : Overview: The Common Law Systems

Allen, Mark A./Hall, Robert E./ Lazear, Victoria A.: Reference Guide on Estimation of Economic Damages, in Reference Manual on Scientific Evidence, 3. Bası, 2011, s.448

Alagöz, Ali: TMS:11 İnşaat Sözleşmeleri Standardı Çerçevesinde İnşaat İşlerinde Sözleşme Maliyet ve Gelirlerinin Muhasebeleştirilmesi, Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, s.1-38

Alberro, Jose: What Should The Standard Of Compensation Be: Fair Market Value Or Fair Value, Journal of Damages in International Arbitration, Eylül 2016, ss.1-18, s. 10.

Alberro, Jose/ Ruttinger, George: “Going Concern” As A Limiting Factor On Damages In Investor-State Arbitrations; The Journal of Damages in International Arbitration, 2015, s.4

Altıntaş, Sümeyye: Tahkimin Geçersizliği, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2015, s.25

Ancel, Bertrand: The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, V.7,N.3, 1990, s. 65

Amerasinghe, Chittharanjan F.: Some Aspects of Quantum of Compensation Payable Upon Expropriation, 1993, 87 ASIL Proceedings 459

Amerasinghe, Chittharanjan F.: The Quantum of Compensation for Nationalized Property, *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, s. 97

Amerasinghe, Chittharanjan F.: Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice, 1992, 41 ICLQ 22, 97-8

Amerasinghe, Chittharanjan F.: *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press, Oxford, 1967, s.145

Aswath: *Domadoran on Valuation- Security Analysis for Investment and Corporate Finance*, 2. Bası, 2006, s.10

Atalı, Murat /Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin :*Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2018, s. 525

Ataman-Figanmeşe, İnci: Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları, *Uluslararası Tahkim Kongresi'nin 1. Oturumu*, 24 Mayıs 2012, s.2

Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 31, Issue: 1, 91-152, s. 93

Atamer, Yeşim M. / Baş Süzel, Ece/ Geisinger, Elliot: *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları I, 21 Şubat 2015, s.53.

Aygül, Musa: *Milletlerarası Ticari Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, Konya, 2013;
Gün, Mehmet: *Milletlerarası Tahkimde Yazılı Deliller*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Nisan 2010, s. 133-203

B

Baker, Stewart Abercombie/ Davis, Mark David: *The UNCITRAL Rules in Practice: The experience of the Iran-United States Tribunal*, Netherlands, 1992, s. 126-127

Baklacı, Pınar/ Akıntürk, Esen: Enerji Şartı Antlaşması, *İşletme Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2006, ss.97-113, s.106.

Bal, Ali: *Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.34

Collection of ICC Arbitral Awards 1974–85, s.332, Dava Numarası 2886

Collection of ICC Arbitral Awards 1986–90, s. 361, Dava Numarası 5103

Basedow, Johann Bernhard: Germany, A New Approach to International Commercial Contracts The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, XVth International Congress of Comparative Law, Edited by Michael Joachim Bonell, Kluwer Law International, 1999, s. 137

Becker, Gary S.: Surprises in a World According to Adam Smith, Businessweek, 1992, s.16

Beeley, Mark/ Walck, Richard E.: Approaches To The Award Of Interest By Arbitration Tribunals, Journal of Damages in International Arbitration, Vol: 30, Issue: 1, ss. 51-76, s. 52

Belçika-Lüksemburg Arasındaki İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi (BIT)

Berg, Albert J. (editör): Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICC Congress Series, V. 9, 1999, s. 114

Black's Law Dictionary, 10th ed. St Paul, MN: Thomson Reuters, 2014, s. 343

Berg, Albert J. (editör): Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration, ICC Congress Series, V. 7, 1996, s. 380

Blackaby, Nigel/ Partasides, Konstantine/ Redfern, Alan/ Hunter Martin: Redfernd and Hunter on International Arbitration, New York, 2009, s. 407-408

Blackaby, Nigel: Witness Preparation- A Key to Effective Advocacy in International Arbitration, Arbitration Advocacy in Changing times, ICCA Congress Series No. 15, s. 118

Born ,Gary B.: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2014, s.1405

Bowett, Derek William: State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, 1988, 59 BYIL 49

Berger, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, Vol II, Austin 2009

Broches, Aaron; Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes, yeri: The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders, edited by: J. Shultsz & A.J. van den Berg, Deventer 1982, s. 63

Bronckers, Marco / Broek, Naboth: Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, Journal of International Economic Law, Volume 8, Issue 1, 1 January 2005, ss. 101-126

Bühler, Michael / Dorgan, Carrol: Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitratio, Novel or Tested Standards?, Journal of International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA International Arbitration Congress, No: 13, 2007, s. 789-797

C

Champagne, Antoine: Moral Damages Left in Limbo, McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1, No. 2, s. 30.

Cheng, Bin: General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Londra, Stevens and Sons, 1953, s.46

Christian, Schieder: Interesse und Sachwert, Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts, Wallstein Verlag 2011, s. 45-53

Cohen, Nili/McKendrick, Ewan: Comparative Remedies for Breach of Contract, Oxford: Hart Publishing, 2005, 2nd Edition, Cheltenham, 2012, s. 286

CISG-DK Görüşü No. 8, CISG Madde 75 ve 76 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 15 Kasım 2008. Raportör: Profesör John Y. Gotanda, Villanova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Villanova, Pennsylvania, ABD. *Bu Görüş Av. Mustafa Şenel (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2011-2012 Willem C. Vis Uluslararası Farazi Ticari Tahkim Yarışması Takım Üyesi) tarafından tercüme edilmiş ve Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından kontrol edilmiştir.

Comments (28) to (31) to Art. 36 of the Articles on State Responsibility

Craig, Laurance W. / Park, William W. / Paulsson, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, New York, 2000, s. 442

Crawford, James: The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, 2002.

Cushman, Robert F./ Carter, John D./ Gorman, Paul J./ Coppi, Douglas F.: Proving and Pricing Construction Claims, 3. Bası, Aspen Publishers/ Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2001;

Ç

Çalışkan, Yusuf: Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, İstanbul, 2008, s.74

D

Daly, Brooks W. / Fedelma Claire SMITH: Comment on Differing Legal Frameworks of Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration as Seen Through Precedent, Annulment, and Procedural Rules, International Council for Commercial Arbitration Congress Series no: 14, Ed: Albert Jan den Berg, The Hague 2009, s. 152.

Dicke, Detlev: Unjust Enrichment and Compensation, Foreign Investment in the Present and A New International Economic Order, Fribourg University Press, 1987, s.268

Demuth, Alexander: Income Approach and the Discounted Cashflow Methodology, *Global Arbitration Review, The Guide to Damages in International Arbitration*, 2016, ss.174-195

Derains, Yves: Towards Greater Efficiency In Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006, s.86

Derains, Yves/ Schwartz, Eric: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, The Hague, 2005, s. 278

Dolzer Rudolf/ Schreuer Christoph: *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s.98

Dolzer, Rudolf.: *New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property*, 1981, 75 *AJIL* 553, 557

Dominique, Hascher (ed.): *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996*, s. 130 (2nd edition, 1998)

Dongdoo Choi: *Choice of Law Rules Applicable for International Arbitration Agreements*, 2015, v. 11, *Asian International Arbitration Journal*, s. 105

Downes, T.: *Trawling For a Remedy: State Liability Under Community Law*, 1997, in 17 *Legal Studies*, ss. 286-304.

Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (Harvard Draft Convention on State Responsibility) 55 *AM. J. INT'L L.* 545, 580, 1961

Drahozal, Christopher R.: *Private Ordering and International Commercial Arbitration*, in: *Building the Civilization of Arbitration*, Ed by: Thomas E. Carbonneau / Angelica M. Sinopole, England, 2010, s. 104-105

Dunbar, Michael K./ Evans, Elizabeth A./ Weil, Roman L.: *Ex Ante versus Ex Post Damages Calculations*, in *Litigation Hand Book Business Valuation in Litigation and Services Handbook- The Role of the Financial Expert*, 5. Bası, 2012, s.1

Dunitz, Jonathan M.: *Context of the Lost Profits Damages claim*, in Nancy J. Fannon (ed.), *The Comprehensive Guide to Lost Profits: Damages for Experts and Attorneys*, BVR 2011, s. 8

Dunn, Robert D.: *Recovery of Damages for Lost Profits*, Vol. 1, 6th edn. Lawpress, 2005

E

El-Kosheri, Ahmed S. / Wahab, Mohammed S. Abdel: *Trends in Document Production in Egypt and the Arab World*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006 Special Supplement, s.174

Ejlsvoogel, Peter V. : *Evidence in International Arbitration Proceedings*, 1994, s. 15-20

Energy Information Administration, Privatization and the Globalization Of Energy Markets, 1996, s.4

Engel, E./ Fischer R./ Galetovic, A.: The Chilean Infrastructure Concessions Program: Evaluation, Lessons, and Prospects for the Future, Stanford Center for International Development, Working Paper No.40, s.15

Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty)

Ehle, Bernd: Practical Aspects of Using Expert Evidence In International Arbitration, yeri Roth, Marianne/ Geistlinger, Michael(eds.): Yearbook on International Arbitration, Vol II, Vienna 2012, s. 77

Ekşi, Nuray: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Ocak Sayısı, s.91-115

Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich: International Sales Law, Oceana Publications, 1992, s. 46

Erdem, Ercüment: Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1 Hakemli Dergi 1303-6556, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, ss. 259-284,s. 283

Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2010, 1. Bası, İstanbul, s. 67

Erauw, Johan/ Flechtner, Harry M.: Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character, The International Sale of Goods, Kluwer Law International, Hollanda 2001, s. 65

Erdem, Ercüment: Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, s. 147

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 23.Bası, Eylül 2019, s. 1014

Esen, Emre: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2008, s.12

Everett, P.Harry: Losts profits and Lost Business Value- Differing Damages Measures, Dunn on Damages, Issue 1, 2010, s. 6

F

Fouchard, Philippe: International Commercial Arbitration, Ed: Gaillard Emmanuel, Emmanuel Gaillard & John Savage, The Goldman Berthold, Hague / Kluwer Law International, 1999, s. 293

Fombad, Charles Manga: The Principle of Unjust Enrichment in International Law, 1997, s.2
Frick, Joachim G.: Arbitration and Complex International Contracts, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, the Hague, 2001, s.229

Fenton, Ruth: A Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals use Experts in International Commercial Arbitration?, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol 6:2, 2006, s. 286

Friedmann, Samy: Expropriation in International Law, Stevens and Sons, 1955, s.120

Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.[1943] A.C. 32 at 61 Lord Wright.

Furst, Stephen/ Ramsey (Sir), Vivian/ Hannaford, Sarah/ Williamson, Adrian/ Uff, John: Keating on Construction Contracts, 9. Bası, Sweet & Maxwell, London, 2012; Schwartzkopf, **G**

Gaillard, Emmanuel: The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law: Leading Arbitrators' Guide to International Determining the Applicable Law, Arbitration, 2nd Edition, Juris Publishing, 2008

Gaillard, Emmanuel / Savage, John: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hauge/ Boston/ London, 1999, s.700

Galanti, Joseph J.: Business Valuation in Litigation and Services Handbook- The Role of the Financial Expert, 5. Bası, 2012, s.8

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı; Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No : 562013/1, Hakemli Dergi 1303-6556, s. 333

Gann P.: Compensation Standards for Expropriation Natiaonlized Property, 1977, 26 ICLQ 97

Geisinger, Elliot: Tahkim Uygulamasında Zarar Miktarının Hesaplanması ve İspatı; Atamer, Yeşim M. / Baş Süznel, Ece/ Geisinger s.119-152.

Geisinger, Elliot: Confidential and Restricted-Access Information in International Arbitration, ASA Special Series No.43, Juris, New York, 2016

George, Rosenberg: State as a Party to Arbitration, Arbitration International, Vol:20, No:4, 2004, s.388

Goldenberg, Romania v Germany, 27 Eylül 1928 tarihli kararı, 2 RIAA, 903, 906.

Goff, Robert/ Jones, Gareth: The Law of Restitution, 4th ed., London 1994

Gordon, M / Shapiro, E.: Capital Equipment Analysis: Required Rate of Profit, Management Scienc, Vol 3., Issue 1, 1956

Gotanda, John Y.: A Study of Interest, naklen Ly, Filip D./ Lévy, Laurent.: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration”, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, s. 170.

Gotanda, John Y.: Recovering Lost Profits in International Disputes, Georgia Journal of International Law 2004/5) s. 61-112

Gökyayla, Cemile Demir : Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi, Vedat Kitapçılık, Nisan 2014, İstanbul, s.32.

Greenwood, Lucy: Does Bifurcation Really Promote Efficiency?, Kluwer Law International, Journal of International Arbitration 28(2), 2011, ss. 105–111, s. 105.

Grotius, Hugo.: De iure bellis ac pacis, vol 2, Bölüm 17, s.22

Guiditta, Moss Cordero: Commercial Arbitration and Investment Arbitration- Fertile Soil or False Friends? ,International Investment Law For The 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer, s. 784

Gün, Mehmet: Milletlerarası Tahkimde Yazılı Deliller, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Nisan 2010, s. 133-203

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Cilt I, İstanbul, 2012, s. 113

Gürkan, Selin: Türk Satım Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak, CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 2015, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 23

H

Hanotiau, Bernard: Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts– Parties–Issues, Journal of International Arbitration, Vol:18, No:3, 2001, s.296

Hanotiau, Bernard: Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration- Are They Different Ball Games?, International Council for Commercial Arbitration Congress series no: 14, 2009, s.147

Heiskanen, Veijo: Arbitrary and Unreasonable Measures in Standards of Investment Protection, Oxford Press, p. 88

Higgins, Andrew: Open Door Disclosure in Civil Litigation, 16 International Journal Evidence & Proof, 2012, s.298, HeinOnline

Hill, Andrew: Foreign Infrastructure Investment in Chile- Success of Public-Private Partnerships through Concessions Contracts, Northwestern Journal of International Law& Business, 32:165, 2011, s. 166,175-176

Hindelang, Steffen: Restitution and Compensation – Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law, in: Hofmann, Rainer, Tams, Christian. (eds.) :International Investment Law and General International Law”, 2011, s. 161

Higgins, Rosalyn.: Issues of State Responsibility before the International Court of Justice
naklen Fitzmaurice, Malgosia/ Sarooshi, Dan: Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions, Oxford, Hart Publishing, 2004, s.1

Hitchner, James R.: Financial Valuation, Applications and Models, 2. Bası, 2006, s.1036

Hosking, James M.: The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel in International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol:4, 2004, s.547

Huber, Peter: Some introductory remarks on CISG, Internationales Handelsrecht, 6/2006

Hughes, Gerard J.: The Routledge Guidebook to Aristotle's Nicomachean Ethics, Taylor & Francis Group 2013, V. 4, 1132a2-6

I

ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, N. 2, Sonbahar 1999, ss.75-78

Illich, Richard: The Valuation of Nationalized Property in International Law, vol.3, Charlottesville, University of Virginia, 1975, s. 91.

Ihering, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IV, 1861 1 et seq

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, UNGAOR, 53rd Sess, Supp No 10, UN Doc A/56/10 (2001) at 91.

İ

İnşaat Hukuku Derneği, Gecikme ve Aksama Protokolü, Ekim 2002, Ek-A, Tanımlar ve Terimler Listesi, s.57

J

Jarrosson, Charles: Lévaltution du préjudice par l’arbitre, Revue de l’arbitrage, 2015, s.2, s.347

Jindal, Tapan: Relative Valuation, The Chartered Accountant, December, 2011, s.74

Jarvin, Sigvard: Multi-Party Arbitration: Identifying The Issues, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1986-1987, s.317

Jones, Doug: Choosing The Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties , SacLJ, V.26, 2014, ss.911-941, s.911

Jorgensen, Jacob C.: Expert Witnesses in Danish Arbitration, ASA Bulletin, Kluwer Law International, Vol. 26, Issue 3, 2008

Joy, Tan: Singapore, Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.187

K

Kahn, Alfred E.: The Economics of Regulation- Principles and Institutions, John Wiley& Sons Inc., New York, 1970, Volume 1, Appendix A, ss.58-60

Kalpsüz, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara, 2010, s.90

Karayalçın, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988, s.164

Kaufmann-Kohler, Gabrielle: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure—The Role of the Law of the Place of Arbitration, ICCA Congress Series V. 9, N. 1, s. 336

Kantor, M. : Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence, Kluwer Law International, 2008; Makholm s.241

Kelsen, Hans: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, 1932, 12 ZÖR 481, s. 556.

Keser Berber, Leyla: Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, Alfa Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 1999, s.9-16

Kinnerar, Meg: Institutional Developments at ICSID, ICSID Review Vol. 29, 2009, s. 19

Kirk, Weston C./ Wishing, Kyle J.: Fundamentals of the Asset-Based Business Valuation Approach, Insights, Winter 2018, ss.3-14, s.8

Kolaski, M.Kenneth / Kuga, Mark: Measuring Commercial Damages via Lost Profits and Loss of Business Value- Are these Measures Redundant or Distinguishable?, Journal of Law and Commerce, 1998, s.5.

Koller, Tim/ Goedhart, Marc/ Wessels, David: Valuation-Measuring and Managing the Value of Companies, 6. Bası, 2015, s.137

Köşgeroğlu, Banu: Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Yıl 2011, s.3

Kreindler, Richard: Possible Future Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, yeri: Böckstiegel, Karl-Heinz/ Berger, Klaus Peter/ Bredow, Jens (eds): The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, Köln, 2010, s. 95

Kühn, Wolfgang: Express and Implied Choice of the Substantive Law in the Practice of International Arbitration ; Blessing, Marc: Choice of Substantive Law in International Arbitration, Journal of International Arbitration, V. 14, N.2, 1997, s. 39

Kinnear, Meg: Investment Disputes Under NAFTA: An Annoagated Guide to NAFTA, Bölüm 11, 2006, s.1135-1139

Koziol, Helmut/ Steininger, Barbara: European Tort Law, Veinna, Springer Press, 2003

Kriebaum,Ursula: Restitution in International Investment Law, s. 201

Kulalı, İhsan/ Bilir, Hakan: Göreceli Değerlemede Emsal Firmaların Tespiti, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 30, 2013, ss. 197-212, s.197.

Kulalı, İhsan/ Bilir, Hakan: İndirgenmiş Nakit Akış ve Göreceli Değerleme Yöntemlerinin Karşılaştırılması, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2014, Yıl:2, Cilt:2, Sayı:2, ss. 39-55, s.45

Kuru Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder:Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012, s. 442

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 301

L

Lalive, Pierre.: The Doctrine of Acquired Rights, ayrıca bkz. Bender, Albany, M.: Rights and Duties of Private Investors Abroad, International and Comparative Law Center, New York, 1965, s.145

Lando, Ole/ Beale, Hugh: Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hauge, Kluwer Law International, 2000, s.561

Lavaud, Floriane / Costa, Recena: Valuation Date In Investment Arbitration: A Fundamental Examination Of Chorzów's Principles, Tenth Annual Investment Treaty Arbitration Conference, hosted by Juris Conferences LLC, Journal of Damages In International Arbitration, Vol.3 No.2, s. 48

Law, J./ Martin, E.: A Dictionary of Law, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 127

Lew, Julian D. M.: The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause; Berger, Klaus Peter: Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law-Consensus or Confusion?, ICCA Congress Series V.13, 2007, p. 301

Lew, Julian D. M./ Mistells, Loukas A. / Kröll, Stefan M. : Comperative International Commercial Arbitration, The Hague 2003, s. 570

Lon, L. Fuller/ William, R. Perdue: The Reliance Interest in Contract Damages' (Pt. 1) (1936) 52 Yale Law Journal 52-96; §344(a) and (b) of the Restatement Second) of Contracts

Lorenzen, C./ Barrientos M./ Babbar, S: Toll Road Concessions-The Chileal Experience, PFG Discussion Paper Series,Number 124;

M

Makholm, Jeff D.: The Interaction of Pipelines and Geography in Support of Fuel Markets, The Handbook on Geographies of Technology, Cheltenham, 2017; ss.347-361

Makholm, Jeff D: Mysterious Cost of Capital for Energy Utilities, Natural Gas and Electricity, Vol.34, No.3, 2017, ss.28-32

Makholm, Jeff D.: The Discounted Cash Flow Method Of Valuing Damages In Arbitration, 2018 Law Business Research Ltd, Investment Treaty Arbitration Review, Third Edition, Editor Barton Legum, The Law Reviews, ss. 239-247, s. 239.

Maniruzzaman, Abul F. M.: Choice of Law in International Contracts-Some Fundamental Conflict of Laws Issues, Journal of International Arbitration, V. 16, 1999, s. 141

Marboe, Irmgard: Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, Oxford University Pres, 2009, s. 27

Marboe, Irmgard: Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, Oxford International Arbitration Series, 2nd Edition Oxford University Press, 2017, s.5.

McNair, London.: The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, 1975, s.33

Mendelson, Maurice: Compensation for Expropriation: The Case Law, 1985, 79 AJIL 414

Morningstar, The Ibbotson Cost of Capital Yearbook, 2014

Moore, John, Basset.: History and Digest of International Arbitrations of which the United States has been a Party, Vol IV, Washington, GPO, 1898, 3718-3720

Moses, Margeret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, New York 2008, s. 170

Mun, Jonathan: Real Options Analysis: Tools and Techniques for Valuing Strategic Investments and Decisions, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2005, s.55

N

Nissel, Alan: The ILC Articles on State Responsibility: Between Self-Help and Solidarity, NYU Journal of International Law & Politics, Vol. 38, 2006, s. 355-371, s. 355

Netherlands-Czech Republic İkili yatırım sözleşmesi (BIT)

Nomer, Ergin / ŞANLI, Cemal: Nomer Devletler Hususî Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s.414

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 2011, 19. Bası, İstanbul, s.386,

O

Oğuzman, K./ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayınları, 9.Bası, Ağustos 2017, s. 336

Ok, Birsen : Türk Medeni Yargılama Usul Hukukunda Senedatın İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2008, s.38-39.

O'Malley, Nathan D. : Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide, London, 2012, s. 108

Orgensen, William L./ Uffy, Erinmd: Rediction of Pharmaceutically important Properties From Monte Carlo Simulations, Damage Assesment in International Arbitration Journal, 2001, s. 83-87

Özbay, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Bs. 2, Ankara, 2013, s. 323-324

P

Patrick, A. Gaughan / Fuentes, Henry/ Bonanomi, Laura: Cash Flow Vs. Net Income in Commercial Litigation, Litigation Economis Digest, Vol 1, 1995, s.1

Patrick/ Fuentes/ Bonanomi; Domadoran, Aswath: Investment Valuation-Tools and Techniques for Determining the Value of any Asset, 3. Bası, 2012, s. 12

Paulsson, Jan: Jurisdiction and Admissibility in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amircorum Robert Briner, 2005, s. 601

Pekcamtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usül Hukuku, Vedat Kitapçılık, Eylül 2018, 6. Baskı, s. 601-603.

Peter, Wolfgang: Witness Conferencing, LCIA Arbitration International, Volume 18, Number 1, 2002

Petsche, Markus A.: Choice of Law in International Commercial Arbitration, S.R. Garimella and S. Jolly (editör), Springer Nature, 2017, Private International Law, s.20.

Pierre, Mayer: Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international, in Liber amicorum Claude Reymond, Litec, Paris, 2004, ss. 195-203

Pirim, Zeynep. Ceren: Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme, MHB, Yıl 32, Sayı 2, 2012, s. 148.

Plessis, Jacques E.: Compulsion and Restitution – A historical and Comparative Study of Treatment of Compulsion in Scottish Private Law with Particular Emphasis On its Relevance to Law of Restitution or Unjustified Enrichment, Yayınlanmamış Doktora tezi University of Aberdeen, s.11.

Pollack, Richard A./ Bouchner, Scott M./ Enos, Craig M./ Colin, Johns A./ Moyl, John D.: Calculating Lost Profits, AICPA Practice Aid 06-4, 2006, s. 27

Poudret, Jean-François/ Besson, Sébastian (Tercüme: Berti, Stephan V./Ponti, Anette): Comperative Law of International Arbitration, London, 2007, s. 560

Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration” by the Chartered Institute of Arbitrators 4, 7.4 ve 8 maddeleri

Pulaşlı, Hasan: Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, BATİDER, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 205 vd

R

Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament and of The Council 17 June 2008Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde 4.7.2008

Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16, Topic 2

Reichert,Klaus / Hope, James: The Sting in the Tail, Global Arbitration Review , April 2006, Vol.1 Issue 2

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN GA Resolution No. 56/83, 2001

Ripinsky, Sergey/Williams Kevin: Damages in International Investment Law, Londra, BIICL, 2008, s. 13

Ripinsky / Williams: Damages in International Investment Law, British Institute of International and Comparative Law, 2008

Roach, George P.: Correcting Uncertain Prophecies: An Analysis of Business Consequential Damages, The Review of Litigation, 2003, s.35

Rubino-Sammartano, Mauro: International Arbitration: Law and Practice, (3rd Ed.), Juris, 2014, ss. 675-680.

Rubins, Noah: The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration, in Horn (ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, 2004, s. 292

S

Sabahi, Borzu/ Ziyaeva Dioara: Yukos v. Russian Federation: Observations on the Tribunal’s Ruling on Damages, Journal of Damages in International Arbitration, 2015, s.1

Sahcs, Klaus/ Lörcher, Torsten: Arbitration in Germany The Model Law Practice, 2007, s. 335

Sachs, Klaus: Use of Documents and Document Discovery: Fishing expeditions versus Transparency and Burden of proof, (Schieds VZ 2003, s. 193-198, Beck Online)

Salacuse, Jeswald: The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 288; Marboe s.15-16.

Sachs, Klaus/ Schmidt-Ahrendts, Nils: Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence, ICC Congress Series, No:13, 2011

Savaşkan, Ozan: Halka Arz Fiyatının Belirlenmesinde Kullanılan Yöntemler-Halka Arz Sonrası Hisse Senedi Performansı, Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi, Yeterlik Etüdü, s.7

Schachter, Oscar: Compensation Cases-Leading and Misleading, 1985, 79 AJIL 420

Shaw, Malcolm: International Law, Cambridge University Press, 7th ed., Cambridge, 2014, s. 602

Schreuer, Christoph.: Alternative Remedies Investment Arbitration, Fourth Annual Damages in International Arbitration Conference in Vienna on 2 October 2015, s.1.

Schreuer, Christoph: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, Arbitration International, 2004, s. 325

Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher: Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, 2012, para. 44.19.

Searby, James / Smith, Tim: Monte Carlo Simulations In International Arbitration International Arbitration, Journal of Damages in International Arbitration, OGEMID Virtual Symposium on Damages in International Arbitration between November 23 and November 28, 2016, s.6

Seidl-Hohenveldern, L'Evaluation des dommages dans les Arbitrages Transnationaux, in: Annuaire Francais de Droit International, XXXII, 1987, s.19

Sezer, Durmuş/Kuyucular, Sezer/ Gümüş, Umut Tolga: Firma Değerleme Yöntemleri: Bıst Demir, Çelik Ve Metal Sanayii Sektöründe Bir Uygulama, International Journal of Academic Value Studies (Javstudies) Vol: 4, Issue: 19, ss. 501-517, s. 502

Sheppard, Audley: Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Juris Publishing, 2006

Sherman, Charles P.: Roman Law in the Modern World, Vol 2, Baker Voorhis & Co, 1924, s. 299

Süral, Bahar Ceyda: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2008, s.130

Sussman, Edna: Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What you can Do About Them, American Review of International Arbitration, C.25, 2013, sayı 3, s. 496

Ş

Şanlı, Cemal: Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı

Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Ergin Nomer'e Armağan, 2002, s.346-347

Şengür, Dilek: İnşaat Sözleşmelerinde Zararın Muhasebeleştirilmesi Ve Raporlanması, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2013, C.18, S.2, s.357-371

Şenocak, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 83

T

Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s.63; Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku, s.44 vd; Özel, Çağlar: Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, 2001, H.Ü. İ.İ.B.F Kamu Yönetimi Bölümü, C.50, S.4, s. 82

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 405

Tanrıver, Süha; Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, s. 15

Tallerico, Thomas J./ Behrendt, Adam: The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings, Journal of International Arbitration, 20, 2003, s. 295

Tanya, Melnyk: The Extent to Which Non Contracting Parties Can Be Encouraged or Compelled to Take Part in Arbitration Proceedings – The English (Arbitration Act 1996) Perspective, International Arbitration Law Review, Vol:6, No:2, 2003, s.60

Tarman, Zeynep Derya: Tahkim Klozunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, Aralık 2009, Terazi Hukuk Dergisi, s.40

Taşpınar, Sema.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 142 vd.

Taşpınar-Ayvaz, Sema: Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Uygulanması, İNTES İç Tahkim ve Uygulamaları (IVXX. Çözüm Arama Konferansı), Ankara 2013, s. 49

Taurman, John D./ Bodington, Jeffrey C.:Measuring damage to a firm's profitability: Ex Ante or Ex post?, Antitrust Bulletin, 2012, s.59

Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi; Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm From Hazardous Activities, 2001, Official Records of the General Assembly, Supplement No 10, UN-Doc. A/56/10

The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties, UNCTAD Nations Conference On Trade and Development, Unctad/Web/Ite/Iia/2006/9

Toraman, Cengiz/ Körpi, Mehmet: Firma değerinin piyasa çarpanları ile tahmin edilmesi: BIST dokuma, giyim eşyası ve deri sanayii sektöründe bir uygulama. Muhasebe ve finansman dergisi, 2015 (66), ss.41 – 56, s. 42

Trapl, Vojtech: Thinking Big- Bifurcate of Arbitration Proceedings- To Bifurcate or Not to Bifurcate, Kiev Arbitration Days, 2012, ss. 268-269.

Tweeddale, Andrew/ Tweeddale, Keren: Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press 2010, s.154

U

Uluslararası Değerleme Standartları Konseyi (IVSC): Uluslararası Değerleme Standartları, 2017, Genel Standartlar- UDS 105 Değerleme Yaklaşımları ve Yöntemleri, ss.41-68

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980, 19 ILM 668

UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, Rome, UNIDROIT, 2010, s. 266.

University of Oslo, Law Faculty: Compensation Under International Investment Law Arbitration in Investor-State Infrastructure Contracts, 2017, s.7.

Ukrayna ve ABD arasındaki İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi (BIT)

Uruguay-ABD İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi (BIT)

US-Generally Accepted Accounting Principals/US-GAAP ASC 350-20-35-33

United States-Singapore Free Trade Agreement

Uzel, Necdet: Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013, s. 318; Tekinalp, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul, 2012, s.6-18

V

Van Hecke, Georges: Contracts between States and Foreign Private Law Persons, I EPIL 814, 1992

Van Houtte, Vera: Party-Appointed Experts and Tribunal-Appointed Experts, yeri: Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports The Internaitonal Colloquim of the CEPANI, Ekim 15, 2004, s. 135-154

Varady, Tibor: International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective, 2009, s. 537

Veeder, Vechten V.: Whose Arbitration is it Anyway — The Parties' or the Arbitration Tribunal's?: An Interesting Question?, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2nd ed, 2008, s. 344

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2

W

Waguïh, Elie George Siag: *Clorinda, Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, (ICSID ARB/05/15), Procedural order No. 3, reprinted in part in the Award dated June 1, 2009, para. 116.

Waincymer, Jeff: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012, s. 859.

Wälde, Thomas W./ Sabahi, Borzu: *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, November 2007, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4 (6)

Walde, Thomas: *Remedies and Compensation in International Investment Law*, ILA Committee on International Law of Foreign Investment, Temmuz, 2005, s.20

Weinrib, Ernest J.: *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 1995, s. 56.

Whiteman, Marjorie: *Damages in International Law*, Vol I-III, Washington, Government Printing Office, 1937, s. 46

William/ McNamara, John J.: *Calculating Construction Damages*, 2. Bası, Aspen Publishers/ Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2001 ve 2016

Wolf, John A./ Preteroti, Kelly M.: *Written Witness Statements: A Practical Bridge of the Cultural Divide*, American Arbitration Association: *Handbook on International Arbitration Practice*, New York, 2010, s.211

Wong, Jarrod: *The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration*, *Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment* No. 88, Şubat, 2013, s. 1

Wong, Jarrod: *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in Arthur Rovine, ed., *Contemporary Issues In International Arbitration And Mediation*, The Fordham Papers, 2012, birinci bölüm.

Wöss, Herfried/ San Román Rivera, Adriana/Spiller, Pablo T./Dellepiane, Santiago., (ed. Mistelis, L.): *Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts*, Oxford International Arbitration Series, 2014, s. 13;

Y

Yeşilova, Bilgehan: *Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları*, DEÜHFD, C: 11, İzmir 2009, s. 739.

Yılmaz, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, bs. 3, Ankara, 2017, s. 2741

Yılmaz, Fatih: *TMS-11 İnşaat Sözleşmeleri Standardının İşletmeler Üzerindeki Etkisi: İMKB'de Hisse Senetleri İşlem Gören Bir İnşaat Şirketi*, *Yönetim*, Yıl 20, Sayı 64, s.8-26.

Yılmaz, İlhan; *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul 2004, s. 59

Yüksel, Sinan H.: Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, Hakemli Dergi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 26 Ekim 2013, ss. 159-215, s. 200

Z

Ziyaeva, Diora: Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to The Chorzow Factory Full Reparation Principle, Disregarding the context and Full Implication of the Dictum, Ninth Annual Investment Treaty Arbitration Conference, which took place in Washington, D.C. on February 26, 2015; Investment Treaty Arbitration and International Law, V. 9, Bölüm 5, s.121

B. İNTERNET KAYNAKLARI

1. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
2. <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf>.
3. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.
4. http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/HumanRightsSP10/CourseDocs/1ICJ%20Art_38.pdf.
5. <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>.
6. https://www.google.com.tr/search?q=full+reparation+meaning&rlz=1C1NHXL_trTR696TR696&oq=full+&aqs=chrome.69i59j69i60j69i65j69i57j0l2.948j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8
7. <https://arbitrationlaw.com/library/arbitral-tribunals-tend-pay-lip-service-chorz%C3%B3w-factory-full-reparation-principle-0>.
8. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
9. <https://www.trans-lex.org/948500>
10. <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>
11. <https://www.italaw.com/cases/508>
12. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4408_Part9.pdf
13. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0097.pdf>
14. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/240>
15. <http://www.italaw.com/cases/750>
16. <https://www.italaw.com/cases/238>
17. <https://www.italaw.com/cases/683>
18. <https://www.italaw.com/cases/65>
19. <https://www.italaw.com/cases/442>
20. <https://www.italaw.com/cases/228>
21. <https://www.italaw.com/cases/documents/357>.
22. <https://www.italaw.com/cases/829>.
23. <https://www.italaw.com/cases/614>.
24. <https://www.italaw.com/cases/920>
25. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf;
26. <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>.
27. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Bifurcation.aspx>

28. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/08/15/bifurcation-of-proceedings-in-icsid-arbitration-where-do-we-stand/>
29. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Bifurcation.aspx>
30. <https://www.debevoise.com/news/2010/04/debevoise-issues-protocol-to-promote-efficiency->
31. <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/11/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf>
32. <https://icsid.worldbank.org/en/>.
33. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.
34. https://www.biicl.org/files/3921_2002_sd_myers_v_canada.pdf.
35. https://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf.
36. <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/content/pil/rome%20I.pdf>.
37. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.
38. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.
39. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf>.
40. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf>.
41. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber-04.html>
42. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=398>
43. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=716>
44. https://www.trans-lex.org/400200/_pecl
45. <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>
46. <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>
47. http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066871.pdf.
48. https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/.
49. https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/.
50. <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>

51. https://www.trans-lex.org/128555/highlight_french_civil_code_1152/schelhaas-h-n-het-boetebeding-in-het-europese-contractenrecht-the-penalty-clause-in-european-contract-law-utrecht-2004/
52. <https://mosaicprojects.com.au/casewatch/1034%20Dunlop%20v%20New%20Garage.pdf>
53. <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf><http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000406g1.html>
54. <http://www.ebrd.com/downloads/procurement/project/mdbgcv3unprotected.pdf>
55. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1373.pdf>
56. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf
57. https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx
58. <https://core.ac.uk/download/pdf/73972268.pdf>
59. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>
60. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
61. <https://www.italaw.com/cases/3300>
62. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbLawReports/Econet%20v%20Vee%20No2%202006.pdf>
63. https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_german_2012.pdf
64. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Metal%20v%20ZCCM%202005.pdf>
65. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/section/51>
66. <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>
67. www.arbitrationlaw.com
68. <https://www.italaw.com/cases/documents/5177>
69. <https://www.italaw.com/cases/documents/5500>
70. <https://www.italaw.com/cases/documents/1101>
71. http://www.mti.gov.sg/public/PDF/CMT/FTA_USSFTA_Agreement_Exchange_Letter_CIL.pdf
72. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>
73. <http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>
74. <http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>
75. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>
76. <https://www.italaw.com/cases/documents/622>

77. http://220.227.161.86/25041cajournal_dec2011_17.pdf
78. <https://www.italaw.com/cases/documents/606>
79. <https://www.italaw.com/cases/documents/2790>
80. <https://www.ivsc.org/files/file/view/id/646>
81. <https://www.italaw.com/cases/documents/158>
82. http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article32
83. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404519.pdf
84. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/49>
85. http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Preamble
86. http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf
87. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>
88. <https://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>
89. www.unctad.org/en/docs;
90. www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf.
91. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
92. <http://www.siac.org.sg/our-rules>
93. <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php>
94. <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>
95. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
96. <https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc.html>
97. <http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-493/>
98. <https://www.ivsc.org/files/file/view/id/646>.
99. <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20170201/0>
100. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170201-8.html>
101. <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/Ek-UDS.pdf>
- 102.

C. ULUSLARARASI TAHKİM ve ULUSAL MAHKEME KARARLARI

A

1. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of October 2, 2006, ¶481.
2. Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/2
3. Archer Daniels v Mexico, 21 Kasım 2007 tarihli karar, para. 283
4. AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, (ICSID Case No. ARB/77/1), Award of November 30. 1979, 1 ICSID Reports ¶95 (1993)
5. Allegheny Sportswear, Co., ASBCA No. 4163, 581 BCA (CCH), 1684 (1958)
6. Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran (Partial Award), 15 Iran –US CTR 189 (1987-II), 27 ILM 1314 ¶265 (1987)
7. Amoco International Finance Corp. V Iran, Iran-US CTR, 1987, para. 259.
8. Ancover v Bolivian Republic of Venezuelan ICSID Case No ARB/00/05 23 September 2003
9. Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95
10. Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, (ICSID ARB(AF)/12/1), Procedural order deciding bifurcation, 25 January 2013, para. 10.
11. Argentina v. Uruguay, International Court of Justice, A/65/76, para. 36
12. Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3)
13. Asurix v Argentine Republic ICSID Case No. ARB/01/12
14. Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3
15. Austrian Airlines AG v. The Slovak Republic, Final Award, 9 October 2009

B

16. Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, at para. 197.
17. Beximo & ors v Shamil Bank of Bahrain E.C., 2004, EWCA Civ 19 ve Halpern & ors v Halpern & ors [2007] EWCA Civ 291
18. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Convention, A/65/76, para. 34
19. BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8

C

20. Carteret Work Uniforms, Inc., ASBCA No. 1647.6, 61-651, 1951-1954
21. Camuzzi Int'l S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/7
22. Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits), Judgment dated September 13, 1928, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17.
23. Churchill Mining PLC and Planet Mining PTY Ltd. v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. Arb/12/14 and arb/12/40)
24. CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Convention, A/62/62, para. 107
25. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (May 12, 2005).
26. Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2
27. CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic (UNCITRAL, Partial award of 13 September 2001) CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic

D

28. De Ly, F., (Komite Başkanı): International Law Association, Berlin Conference: 2004, International Commercial Arbitration, s. 3.
29. Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17
30. Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd [1915] AC 79

E

31. Eastern Sugar v. Czech Republic, Kısmi Karar, 27 May 2007, para. 181 vd. 387
32. Eichleay Corp. v. ASBCA No. 5183, 60-2 BCA (CCH) ,2688, 1960.
33. Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2
34. Econet Satellite Services Ltd. v Vee Networks Ltd, UNCITRAL Kuralları, 2006

F

35. Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19
36. Funnekotter v Zimbabwe, 22 Nisan 2009 tarihli karar, para. 112.

G

37. Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kibishka Kaisha, 2007, UKHL, 12.

H

38. Hadley v Baxendale, 9 Ex 341, 23 February 1854
39. Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Nihai Karar 2014, ¶ 1785

I

40. ICSID Case No. ARB/06/11, Karar tarihi 5 Ekim 2012
41. ICC Case 9151/FMS/KGA, karar, 18 May 2000, para. 88
42. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003, s.187 ICC Case No. 4815, Procedural Order of 9 June, 1987
43. Impreglio S.p.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3
44. Itera International Energy LLC and Itera Group NV v. Georgia, (ICSID ARB/08/7
45. Iran v USA, Decision of 30 September 1987, 16 Iran-US CTR 285, 289-90 , Case No. A 19

J

46. Joint Venture Yashlar (Turkmenistan), Bidas S.A.P.I.C. (Argentina) v. The Government of Turkmenistan (or Turkmenistan, or the State of Turkmenistan and/or The Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan),
47. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010

K

48. Kaise Beauxite Co. v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/3
49. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, UNCITRAL
50. Koufos v C.Czarnikow (The Heron II), 1969, 1 AC 350

L

51. Lanco International, Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6
52. Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo Spa & ors (2005) [2005] UKHL
53. Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.
54. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1
55. Lusitania, United States v Germany, 1 Kasım 1923 tarihli karar, 7 RIAA 32, 35

M

56. Metalclad Corporation v. The United Mexican States Case No. ARB(AF)/97/1.
57. Mélanie Lachenal davası [UNRIIAA, vol. XIII (Sales No. 64.V.3), p. 117, at pp. 130–131 (1954)].

58. Metal Distributors (UK) Ltd. v ZCCM Investment Holdings Plc
 59. Methanex v. US, UNCITRAL, 1976, NAFTA Treaty
 60. Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt 7 ICSID Rep.173
 61. Mobil Oil Corp. et al. v. New Zealand, ICSID Case No. ARB/87/ 2
 62. Mondev v United States, 11 Ekim 2002 tarihli karar, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, para 71
 63. Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009. Ve Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, Final Award, 8 June 2010, paras. 98, 99
 64. Mr William Nagel (United Kingdom) v. Czech Republic, Ministry of Transportation and Telecommunications
 65. Mytilineos Holdings SA (Claimant) ve The State Union of Serbia & Montenegro ile Republic of Serbia, Zurich, 8 September 2006, UNCITRAL, Ara Karar
- N**
66. Nordzucker v. Poland, 2d Partial Award, 28 January 2009, UNCITRAL
- P**
67. Patrick Mitchell v. Congo (ICSID ARB/99/7)
 68. Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran and the National Iranian Oil Company, Iran–U.S. Claims Tribunal Case No. 39, Award No. 425-39-2 dated June 29, 1989.
 - 69.
 70. Prekons Insaat Sanayi AS v Rowlands Castle Contracting Group Ltd (2006) [2006] EWHC 1367 (QB)
 71. Putegnat’s Heirs, United States v Mexico, 2 Ağustos 1871 tarihli kararı
 72. PSEG Global Inc. ve Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/05)
- Q**
73. Quiborax v Venezuela, 16 Eylül 2015 tarihli Karar, para. 305
 74. Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, Award, 16 September 2015.

R

75. Resolute Forest Products Inc. v the Government of Canada, PCA Case No. 2016-13
76. Riahi v. Iran, Interlocutory Award No. ITL 80-485-II (June 10, 1992), reprinted in 28 Iran-U.S. Cl. Trib. 176
77. Robinson v Harman, 1848, 13 P.D. 191, (C.A), 200

S

78. Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4
79. Salini Costruttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco [II], ICC Case No. 16550/ND
80. Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL Tribunal administered by the PCA, Partial Award of 17 March 2006
81. S.D. Myers v. Canada
82. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13
83. Siemens A.G. v The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/08
84. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/84/3), Award of May 20, 1992, 3 ICSID Reports, ¶183 (1995) 189
85. SSC No. 049/2002, Award on Jurisdiction issued on 30 April 2010
86. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3

T

87. The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company ('Kuwait v Aminoil'), 1982, Ad hoc Arbitral Tribunal
88. Total S.A. v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 25 August 2006
89. Telefónica S.A. v. Argentina, Dec on Jurisd. 25 May 2006, paras. 57, 115
90. The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3
91. Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic, 1977, 53 ILR 389
92. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18
93. Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Lebanon (ICSID ARB/07/12; Patrick Mitchell v. Congo (ICSID ARB/99/7).
94. Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Turkey, (ICSID ARB/11/28), Decision on the Respondent's request for bifurcation, 2 November 2012, para.

30

U

95. United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, UNCITRAL Award on Jurisdiction, 22 November 2002, paras. 33 – 37

V

96. Versicherung AG v Riak Insurance and Reinsurance solutions & ors [2006] EWHC 42

97. Victoria Laundry (Windsor) Limited v Newman Industries Ltd, 1949, 2 KB 528

98. Vivendi v. Argentina, ICSID Case No ARB/97/3, Award of 20 August 2007, ¶ 9.2.3

Y

99. YHGK, 25.09.2002 T. 2-617/648

100. Yargıtay 11.HD E.1990/2931 K.1991/6828 T.07.11.1989

101. Yargıtay 19.HD, E. 2654/2603, T. 11.3.2004

102. Yargıtay 15. HD. 1994/545 E. , 1994/3093 K., 12.05.1994 T.

103. Yargıtay 15 HD. 2004/7307 E., 2005/2802 K

104. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL (ECT), PCA Case No. AA 227, Final Award dated July 18, 2014