

T.C.

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ŞEMSIYE (UMBRELLA) KLOZLARIN ENERJİ ŞARTI
ANLAŞMASI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ**

Dilara Dolunay DURSUN

(008076)

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Işık ÖZER

Eş Danışman

Doç. Dr. Mustafa ERKAN

İstanbul 2017

ÖNSÖZ

2000’li yıllarda ülkemizde hız kazanan karma piyasa ekonomisine geçiş sürecinin bir getirisi olarak kamu hizmetinin özel sektör eliyle görülmesi usulleri enerji sektöründe de birtakım değişiklikleri tetiklemiştir. Gerek yüksek yatırım maliyetleri gerekse teknolojik bilgi gerektiren bu sektörün özelleştirilmesi sürecinde yabancı yatırımcılar teşvik edilmektedir. Yabancı yatırımcılarla daha sık hukuki ilişki içerisinde olan Türkiye bu doğrultuda Enerji Şartı Anlaşmasıyla da bağlı olup bu Anlaşmanın olası bir uyumsuzlukta ne şekilde uygulanacağı hususu halen yeterince tartışılmamıştır.

Küresel ekonominin gelişimiyle cazibesi artan yabancı yatırım hukukunda yabancı yatırımcıyı koruyan bir kavram olarak şemsiye hüküm bu çalışmada Enerji Şartı Anlaşması’yla kaleme alınmıştır. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan şemsiye hükümler uluslararası kamu hukukuyla özel hukuk arasındaki sınırı ve hukuk mantığını zorlayan anlaşma hükümleri olup tezimiz genel olarak, doktrinel bakış açıları da enjekte edilerek, bu hükümlerin yargısal alanda nasıl yorumlandığı üzerinde şekillenmektedir.

Tez çalışmalarım sürecinde bana vizyon katan, tevazusunu ve ilmini örnek aldığım değerli eş danışmanım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden Doç. Dr. Mustafa ERKAN’a, benden desteğini ve tavsiyelerini esirgemeyen değerli tez danışmanım Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden Yrd. Doç. Dr. Işık ÖZER’e, üzerimde emeği olan diğer bütün hocalarıma teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	v
ÖZET.....	1
ABSTRACT	1
GİRİŞ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

I.ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN GELİŞİMİ.....	4
A.Yatırım Tahkimi.....	7
B.Yatırım Sözleşmeleri	11
1.İstikrar Hükümü.....	12
2.Yeniden Müzakere Hükümü.....	14

İKİNCİ BÖLÜM

II.ŞEMSIYE HÜKÜMLER.....	15
A.Amacı ve Hukuki Niteliği.....	17
B.Kapsamı.....	23
1.Yabancı Yatırım.....	25
2.Yabancı Yatırımcı.....	29
3.Eylemin Devlete İsnat Edilebilirliği.....	35
a.Devletin Uluslararası Sorumluluğuyla Bağlantısı.....	37
b.İsnat Edilen Eylemin Hukuki Niteliği.....	39
c.Yasama İşlemleri ve Yasama Beklentisi.....	44

4.Adil ve Eşit Muamele Hükümüyle İlişkisi.....	46
5.Calvo Doktrini.....	48
6.En Çok Gözetilen Ulus Hükümüyle İlişkisi.....	48
7.Uyuşmazlık Çözüm Hükümüyle İlişkisi.....	49
C.Şemsiye Hükümün Yorumu.....	54
1.Lafzi Yorumla Öncelik.....	55
2.Dar ve Geniş Yorum Metotları.....	56
3.Bozucu ve Birleştirici Yorum Metotları.....	58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III.ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI.....	60
IV.ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASINDA ŞEMSIYE HÜKÜM.....	64
A.Kapsamı.....	64
1.Yabancı Yatırım.....	65
2.Yabancı Yatırımcı.....	72
3.Eylemin Devlete İsnat Edilebilirliği.....	75
B.Uyuşmazlık Çözüm Hükümü.....	78
SONUÇ.....	82
KAYNAKÇA.....	86
EK : Şemsiye Hüküm Tanım Tablosu.....	94

KISALTMALAR

<i>Bkz.</i>	Bakınız
<i>DTÖ</i>	Dünya Ticaret Örgütü
<i>GATT</i>	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (General Agreement on Tariffs and Trade)
<i>Ibid</i>	Aynı eser/yer (Ibidem)
<i>ICSID</i>	Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes)
<i>IMF</i>	International Monetary Fund (IMF)
<i>MIGA</i>	Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (Multilateral Investment Guarantee Agency)
<i>NAFTA</i>	Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement)
<i>OECD</i>	Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development)
<i>R.G.</i>	Resmi Gazete
<i>s.</i>	Sayfa
<i>ss.</i>	Sayfa sayısı
<i>vd.</i>	ve devamı
<i>YKKTA</i>	Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması

ÖZET

Ana konumuz olan şemsiye hükmü incelemeye geçmeden önce bu hükmün ortaya çıkışını tetikleyen uluslararası yatırım hukuku ve tezimizin odağındaki Enerji Şartı Anlaşması da dahil olmak üzere yatırım anlaşmalarına dair bilgilendirici bir çalışma yaptık. İkinci bölümü tamamıyla şemsiye hükme ayırdık. Bu bölümde hükmün tarihsel gelişimi, hukuki niteliği, kapsamı ve nasıl yorumlanması gerektiğine dair yargı kararlarına, doktrinel bilgilere ve tartışmalara yer verdik. Son bölümde ise Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan şemsiye hükmü ikinci bölümdeki bilgilerle pekiştirerek bu hükmün diğer yatırım anlaşmalarında yer alan eşdeğer düzenlemelerden ayrıştığı noktaları ele aldık.

Anahtar Kelimeler: *Şemsiye kloz, şemsiye hüküm, uluslararası yatırım, yabancı yatırım hukuku.*

ABSTRACT

Before analyzing the umbrella clause, as our fundamental thema, we studied the international investment law, that effected the appereance of the clause, and the investment treaties –also Energy Charter Treaty. On the second part we just focused the umbrella clause. On this part the historical development, the legal nature, the content of the clause and how it should be interpereted were included in the scope with the jurisdictional decisions, doctrinal informations and discussions. On the last part, while confirming the umbrella clause in the Energy Charter Treaty with the informations on the second part, we discussed in separate points of equivalent formulations.

Key Words: *Umbrella clause, international investment, foreign investment law.*

GİRİŞ

Günümüzde sosyal devlet anlayışı giderek şekil değiştirmektedir. Kamu hizmetlerinin özel sektör katılımıyla gerçekleştiği karma ve liberal ekonomi modelleri ağırlık kazanmıştır. Aynı doğrultuda özel sektör teşvikleri artmış, devletler ihtiyaç duydukları ekonomik ve teknolojik kalkınmayı sağlamak adına kendi ülkelerinde gerçekleştirilecek yabancı yatırımları desteklemeye başlamışlardır.¹ Neticede yeni bir hukuksal alan olarak uluslararası yatırım hukukuna dair süreç işlemeye başlamıştır.

Klasik uluslararası kamu hukuku doktrininde hukuki kişiliği bulunmayan yabancı yatırımcı, yeni gelişen uluslararası yatırım hukukunun süjelerinden biri olarak kabul edilmiş ve devletin uluslararası kamu hukukuna dayalı sorumluluğu kavramında istisnai bir genişleme gerçekleşmiştir.

Uluslararası yatırım hukukunun konusu, tezimizin odağındaki Enerji Şartı Anlaşması gibi devletlerarasında gerçekleşen yatırım anlaşmaları ve bu anlaşmalara dayalı olarak yabancı yatırımcıyla ev sahibi devlet arasında gerçekleştirilen yatırım sözleşmelerinden oluşmaktadır. Tezimiz boyunca genel olarak *anlaşma ya da antlaşma* olarak da andığımız; yabancı yazında “*treaty*”, “*treatment*”, “*pact*” gibi ifadelerle geçen *akit* kavramıyla, “*contract*”, “*agreement*” gibi ifadelerle geçen *sözleşme* kavramları çalışmamız bakımından farklı anlamda kullanılmıştır.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında düzenlenen bir hüküm olan şemsiye hüküm, özünde yabancı yatırımların korunmasına odaklanılarak tasarlanmış olsa da hükmün unsurlarının, hukuki etkilerinin ve sonuçlarının ne olduğu hususu tartışılmakta, tahkim kararlarında dahi hükmün bu yönü konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır.² Öyleki, kimine göre sözleşmesel hükmü anlaşmasal hükme yükselten bir düzenleme³ kimine göreyse ek bir iddia dayanağı olan⁴ şemsiye hükmün amacı açık olmasına rağmen bu hükmün bir koruma standartı olmadığı dahi düşünülmüştür.⁵

¹ Yılmaz, Halil, **Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri**, Ankara Barosu Dergisi, 2004-2, s.75.

² Ayrıntılı inceleme için bkz. I.A.

³ Ayrıntılı inceleme için bkz. II.A.

⁴ Ayrıntılı inceleme için bkz. II.A.

⁵ Ayrıntılı inceleme için bkz. II.C.2.

Şemsiye hüküm yazınında uzlaşı sağlanamamasının bir sebebi, uluslararası yatırım hukukunun kamu hukuku ile özel hukuku disiplinleri arası bir alan olarak ortaya çıkışı olabilir. Bu noktada bir anlaşma hükmü olan şemsiye hükmün uygulamasında çıkan sorunlar, uluslararası anlaşmalara ilişkin yorum metotları uygulanarak hükmün ele alınmasıyla daha iyi analiz edilebilir.

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan şemsiye hüküm hakkında ise hem yargı kararları hem de doktrinel tartışmalar oldukça az sayıdadır. Şemsiye hükmün genel analiziyle Enerji Şartı Anlaşması bağlamındaki özel düzenlemesinin birlikte ele alınmasını, gelecekte bu anlaşmaya dayalı olarak çıkan uyuşmazlıklarda hükmün etkileri konusunda istikrarlı bir yaklaşım benimsenmesi açısından önemli buluyoruz.

Bu doğrultuda çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup birinci bölümde devletin uluslararası yatırım hukukunun gelişimi, yatırım tahkimi ve yatırım sözleşmelerine dair önbilgiler verilecektir. İkinci bölümde şemsiye hükümlerin tarihsel gelişimi, hukuki niteliği, kapsamı, diğer koruma ölçütleriyle ilişkileri ve yorum metodları ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise Enerji Şartı Anlaşması, anlaşmada yer alan şemsiye hüküm, şemsiye hükmün genel tasnifiyle uyuşan ve ayrışan noktaları ele alınarak analiz edilecektir. Sonuç kısmında ise sentezlediğimiz görüşlere yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I.ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN GELİŞİMİ

İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası ticaretin kolaylaştırılması adına atılan adımlar neticesinde Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gibi uluslararası örgütler kurulmuş, bu örgütlerin ortaya koydukları kurallarla uluslararası ticari ortaklıkların uluslararası hukukta birtakım haklar temin etmeleri sağlanmıştır.⁶

Ancak küresel ekonominin gelişimiyle yabancı yatırımların önü açılmasına rağmen yabancı yatırımcıları tam anlamıyla koruyan bir yasal çerçeve, yatırım anlaşmalarının ihdasına dek oluşmamıştır.⁷ Zira uluslararası teamül hukukuna göre, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıyla akdettiği sözleşmelerin ihlalinin devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmadığı söylenmektedir.⁸ Bunun nedeni, ilgili sözleşmenin uluslararası hukuk sisteminden farklı olarak iç hukuka tabi olmasıdır.⁹ Devletlerarasında akdolan uluslararası yatırım anlaşmaları bu noktada bir özel hukuk kişisi olan yabancı yatırımcıya ek savunma zemini hazırlayan çerçeve anlaşmalar olmuştur.¹⁰ Bu yolla kamulaştırmama güvencesi, adil ve eşit muamele yükümlülüğü gibi düzenlemelerin tesisıyla iç hukukta “mahsur kalan” yabancı yatırımcılar, ticari olmayan risklere karşı korunmaktadırlar.¹¹ Yatırım anlaşmalarının ortaya çıkışıyla uluslararası kamu hukuku,

⁶ Işık, Olcay, **Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme**, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 7-28, 2011, s.127.

⁷ Wong, Jarrod, **Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes**, George Mason Law Review, 14-1, July 2006, s.139.

⁸ Salatino, Gregorio, **Overview of Umbrella Clauses**, Business Law International, 13-1, 2012, s.51; Devletler umumi hukukunda ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmenin ihlal edilmesinin tek başına devletin uluslararası yükümlülüklerinin ihlalini oluşturup oluşturmayacağına belirsiz olduğu görüşü için bkz. Oppenheim, Lasso ve Jennings, Robert ve Watts, Arthur, **Oppenheim's International Law**, 9. Baskı, Oxford University Yayıncılık, 1992, s.927'ye atıfla Wong, s.143. Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 15. Baskı, Ankara, Turhan Yayıncılık, 2016, s.401. s.402.

⁹ Salatino, s.51.

¹⁰ Çal, Sedat, **Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 63-4, 2008, s. 95; Bu anlaşmaların uluslararası yatırım rejimini ortaya çıkardığı görüşü için bkz. Şit Köşgeroğlu, Banu, **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları İle Korunması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık Yayıncılık, 2012, s.161.

¹¹ Kılıçarslan, Elif Işıl, **Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim**, T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Mersin, Ekim, 2012, s.18; Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.126; Ticari olmayan riskler politik risk olarak da anılmaktadır. Yasal

uluslararası ekonomi hukuku ve kendine özgü kurallar içeren, iç hukukla uluslararası hukukun etkileşim halinde olduğu yeni bir hukuk dalı olarak uluslararası yatırım hukuku¹² ortaya çıkmıştır.

Uluslararası yatırım hukukunu tetikleyen olay İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya'nın ekonomik arayışlarıydı. Bu doğrultuda yabancı yatırım anlaşmalarında modern dönemin 1959 tarihli Almanya-Pakistan YKKTA'sıyla başladığı kabul edilmektedir.¹³

Günümüzde devletin hükümlerine sınırlandırmalar getiren yatırım anlaşmaları uluslararası yatırım pazarına girmek isteyen devletlerin kaçınılmaz olarak akdetmesi gereken metinlerdir.¹⁴ Uluslararası yatırım hukukunun iç hukuka tesir eden kurallarının devletin hükümlerine yönelik sınırlandırmaları içermesinin ötesinde demokratik meşruiyeti konusunda da birtakım çekinceler bulunduğunu belirtmek isteriz.¹⁵ Bu doğrultuda 1990'lar öncesi dönemde yalnızca yatırımın korunması odağında şekillenen¹⁶ yatırım anlaşmalarının içeriği günümüzde ev sahibi devletin çıkarlarıyla yabancı yatırımın korunması arasındaki dengeyi gözetmektedir. Yatırım anlaşmalarının amaçsal yapısındaki değişikliğin sebebi olarak Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından liberal sistemlerin yaygınlaşması ve yatırım ihraç-ithal eden ülke statüsündeki klasik algının değişmesi gösterilmektedir.¹⁷

Bazı devletler, yabancı yatırım politikaları doğrultusunda model yatırım anlaşmaları hazırlamaktadırlar. Bu model anlaşmalarda devletin yabancı yatırımcıya olan yükümlülüklerinin net bir şekilde ifade edilmesi¹⁸ ve/veya devletin mutlak yetkileri

mevzuat, kültürel farklılıklar, milliyetçilik, terör eylemleri, dış borçlar gibi durumlar bu tür risklere örnek gösterilebilir. Işık, s.132.

¹² Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christophe, **Principles of International Investment Law**, New York, Oxford University Yayıncılık, 2008, s.3.

¹³ Dolzer / Schreuer, s.18.

¹⁴ Ibid, s.9.

¹⁵ Ibid, s.9.

¹⁶ Şit Köşgeroğlu, Banu, **Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 107, 2013, s.144.

¹⁷ Günümüzde gelişmekte olan bazı ülkelerin gelişmiş ülkelere daha fazla sermaye ihraç ettikleri görülmektedir. Bkz. Şit Köşgeroğlu, (Model), s.147.

¹⁸ Şit Köşgeroğlu, (Model), s.161.

konusunda istisnai bir düzenlemeye yer verilmesi¹⁹ suretiyle uluslararası yatırım anlaşmalarına olan çekincelerin azaltılmaya çalışıldığı söylenebilir.

Konusu itibariyle bir tasnife tabi tutulacak olursa uluslararası yatırım anlaşmaları uluslararası ekonomik anlaşmalar kapsamına dahîl edilebilir.²⁰ Burada yabancı yatırımları diğer uluslararası ekonomik faaliyetlerden farklı kılan husus, uluslararası yatırımlarda yabancı yatırımcıyla ev sahibi devlet arasında uzun süreli ilişkinin zorunluluğudur.²¹ Uluslararası yatırım hukukunu uluslararası ticaret hukukundan ayıran bir diğer husus ise uluslararası yatırım hukukunun iş hukuku, çevre hukuku gibi alanlarda iç hukuka müdahaleci tutumuyla ekonomik küreselleşmeye kapı aralamasıdır.²²

Genel ifadeyle uluslararası yatırım anlaşmaları olarak bahsettiğimiz anlaşmalar, iki taraflı yatırım anlaşmaları²³ ya da daha uygulamadaki ismiyle Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarını, çok taraflı yatırım anlaşmalarını ve bölgesel yatırım anlaşmalarını içermektedir.²⁴ Bu anlaşmalarla akit devletler, birbirlerinin ülkesinde diğer akit devlet yatırımcısının yapacağı yatırımlara ilişkin kural ve şartları belirlemektedirler.²⁵ Yatırım anlaşmaları genellikle ev sahibi devlet ile diğer akit devletlerarasındaki ticari yatırımlara ilişkin tarifeler, ithalat kotaları, ihracat kısıtları gibi ticari bariyerlerin bertaraf edilmesi suretiyle ticaretin kolaylaştırılmasında tercih edilmektedir.²⁶ Türkiye'nin de taraf olduğu çok taraflı yatırım anlaşmalarına Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes - ICSID) Konvansiyonu, Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA) Anlaşması ve Enerji Şartı

¹⁹ Ibid, s.162.

²⁰ Işık, s.128.

²¹ Dolzer / Schreuer, s.3.

²² Ibid, s.10.

²³ İki taraflı yatırım anlaşmalarının ilk ortaya çıktığı dönemde, bu anlaşmaların akdedilmesinde yatırımlar için riskli kabul edilen ülkelerin itibarlarını düzeltme çabalarının yer aldığına ilişkin bkz. Işık, s.140.

²⁴ . Lee, Jaemin, **Putting a Square Peg Into a Round Hole – Assessment of the Umbrella Clause from the Perspective of Public International Law**, Chinese Journal of International Law, 14-2, 2015, s.341; Işık, s.130.

²⁵ Wong, s.135; Ahamed, Ferdous, **To What Extend Can the U.S. BIT Model (2012) Approach Resolve Business Disputes?**, Middle East Journal of Business, 9-1, January 2014, s.27.

²⁶ Ahamed, s.27.

Anlaşması örnek verilebilir. Biz burada konunun dağılmaması açısından tezimizin ana başlığını oluşturan Enerji Şartı Anlaşması'na değineceğiz.

A.Yatırım Tahkimi

Yatırım anlaşmalarının çoğunda, ev sahibi akit devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda bu devlet ülkesinin mahkemelerinin yanında ya da yerine belirli tahkim merkezlerinin yetkili olduğu hükme bağlanmaktadır.²⁷ Yani bu yatırım anlaşmaları bünyelerinde yatırım tahkimine rızayı da barındırmaktadırlar.²⁸ Hakem heyeteri yatırım anlaşmalarıda yer alan tahkimine rızanın kapsamı ve geçerliliği hakkında farklı kararlar verebilmektedirler.²⁹ Yatırım anlaşmalarına dayanılarak başvuru tahkim yoluna öğretide yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim ya da kısaca yatırım tahkimi denilmektedir.³⁰ Bahsettiğimiz bu verilerden yola çıkarak doktrinde birtakım görüşler yatırım anlaşmalarının, yatırım uyuşmazlıklarını iç hukuktan uluslararası hukukun tahtına taşımayı amaçladığını belirtir.³¹ Tezimizin konusunu oluşturan şemsiye hükmün kapsamını incelerken üzerinde duracağımız tahkim anlaşmasının yalnızca tarafları bağladığına ilişkin anlaşmanın nisbiliği kuralının istisnasını oluşturan haller³² nazara alındığında bu görüş anlamlıdır. Ayrıca bu anlaşmalarla yabancı yatırım uyuşmazlıklarında diplomatik müdahalelere alternatif yaratıldığı da söylenebilir.³³

Yabancı özel hukuk uyuşmazlıklarında tahkim sürecinin ilk ortaya çıkışı 1923 yılında Tahkim Şartları Hakkında Cenevre Protokolüyle devletlerin ticari

²⁷ Kılıçarslan, s.18; Lee, s.352; Yabancı yatırımlarda devletin tahkim yargılamasına ilişkin rızasını nasıl ortaya koyabileceğine ilişkin ayrıca bkz. Erkan, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013, s.30.

²⁸ Bazı yatırım anlaşmalarında uyuşmazlık çözüm hükmünün lafzı tahkime ilişkin rızanın anlaşmayla gösterildiği şeklinde değil, gelecekte gösterileceği şeklindedir. Bu durumda dahi akit devletin taahhüt ettiği rızayı göstermemesi yatırım anlaşmasının ihlalinin gündeme getirir ve yabancı yatırımcı yatırım tahkimine başvurmak suretiyle zararının tazminini talep edebilir. Ancak anlaşmada yer alan yatırım tahkimine dair olumlu yaklaşımlar ve planlar konuya ilişkin açık bir rıza bulunmadığından akit devletin sorumluluğunu doğurmaz. Bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.109.

²⁹ Ibid, s.29.

³⁰ Erkan, (Milletlerarası), s.100.

³¹ Lee, s.351/352; Wong, s.135.

³² Tahkim anlaşmasının nisbiliği kuralının istisnalarına ilişkin bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.61 vd.

³³ Wong, s.13.

uyuşmazlıklarda tahkim mekanizmasına icazet vermeleriyle olmuştur.³⁴ Uluslararası tahkim mekanizması, uluslararası uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusuyla ilgili ihtisası bulunan kişilerin hakem sıfatıyla görev almaları, yargılamanın usuli açıdan daha seri ve ekonomik işlemesi, ticari sınırların korunması, tahkim kararlarının daha çok ülkede icra edilebilir ve daha kolay tenfiz edilebilir olması³⁵ gibi sebeplerle tercih edilmektedir. Ancak yine de uluslararası tahkim hukuku, özünde Devletin devredilemez yargı fonksiyonuna ilişkin bir istisnayı oluşturur.³⁶

İlk kez uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için ortaya çıkan uluslararası tahkim yargısı, kamu otoritesinin sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir niyeti barındırmamaktaydı.³⁷ Bu yeni yöntemle devletlerin tek amacı ticareti kolaylaştırmaktı.³⁸ Zira niteliği itibariyle tahkim yargısı kural olarak hukuki ihtilafların çözümü için geliştirilmiştir.³⁹

Yatırım tahkimi ise ilk kez 1965 ICSID Konvansiyonu'yla düzenlenen uyuşmazlık çözüm merkezi ve yatırım tahkimi kurallarıyla ortaya çıkmıştır.⁴⁰ Yatırım anlaşmalarının bir önemi, bünyesinde yer alan uyuşmazlık çözüm hükümlerinde yatırım tahkimi anlaşmalarını da barındırmasıdır.⁴¹ Yatırım tahkiminin ortaya çıkışıyla devletlerin, yasalarla ve yatırım anlaşmalarıyla özel hukuk alanındaki ticari uyuşmazlıklarda devreye giren tahkim yargısının görev sahasını, kamu hukuku alanındaki idari uyuşmazlıklara da nüksettirdiği söylenmektedir.⁴² İdare, bir özel hukuk sözleşmesi akdedebileceği gibi idari

³⁴ Harten, Gus Van / Loughlin, Martin, **Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law**, European Journal of International Law, 17-1, 2006, s.125; Birsal, Mahmut Tevfik, **Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, 2005, s.3.

³⁵ Tahkim mekanizmasının olumlu özelliklerine ilişkin bkz. Yılmaz, Halil, s.81/82.

³⁶ Yılmaz, Halil, s.76.

³⁷ Harten / Loughlin, s.125.

³⁸ Ibid, s.125.

³⁹ Aslan, Zehreddin / Arat, Nilay, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8, Güz 2005/2, s.2/3.

⁴⁰ Harten / Loughlin, s.126.

⁴¹ Harten / Loughlin, s.125; Erkan uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan yabancı yatırımlarda tahkime ilişkin rızanın tahkim anlaşmasından önce ortaya konduğunu ifade etmektedir. Ona göre uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan tahkime rıza hükmü ve mecburi tahkim halleri tahkim anlaşmasının istisnasını oluşturmaktadır. Ayrıntı için bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.40/41.

⁴² Harten / Loughlin, s.125.

bir sözleşme de akdedebilir.⁴³ Kamu hizmetinin görülme usullerinde öne çıkan idari sözleşmeler kural olarak idare hukukunun konusunu oluştururlar.⁴⁴ Klasik idare hukukunda ise özel hukuktaki irade serbestliği yerine kamu yararı öne çıkar.⁴⁵ Bunun bir sonucu olarak da kural olarak idari sözleşmelerden dolayı tahkim mekanizmasının işletilmesi mümkün değildir.⁴⁶ Ancak günümüzde bu kural yabancı yatırım ithal etmek isteyen ülkelerde katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Örneğin Türkiye’de 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 47’nci maddesine eklenen “... *Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*” ve yine aynı kanunla 125’inci maddeye eklenen “ ... *Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir....*” hükümleri idari yargı uyuşmazlıklarında tahkim yoluna kapı aralamak üzere getirilmiştir.⁴⁷

Bir görüşe göre uyuşmazlık çözümünde ticari tahkim mekanizması özel hukuk tarafları arasında sözleşmeyle kararlaştırılırken⁴⁸, yatırım tahkimi kamu otoritesine ilişkin eylemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi hususundaki rızayı uluslararası hukuk anlaşmasıyla (kamu hukuku kişisi olan) devletten alır.⁴⁹ *Harten ve Loughlin*, burada yatırım tahkimiyle ticari tahkim arasındaki çizginin korunmasının yalnızca yatırım tahkiminin sahasını devletin kamu otoritesine ilişkin eylemleriyle sınırlandırmasıyla mümkün olduğunu öngörmektedir.⁵⁰ Bu görüşüne rağmen *Harten ve Loughlin*, devletin yabancı yatırıma gösterdiği rızanın ileride yatırımcıyla yaşayabileceği “herhangi” bir

⁴³ Aslan / Arat, s.6.

⁴⁴ Ibid, s.6.

⁴⁵ Yıldız, Hayrettin, **Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 111, 2014, s.285.

⁴⁶ Yıldız, s.287.

⁴⁷ Ayrıntı için bkz. Yıldız, s.288/289. *Yıldız*, ayrıca 5 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3’üncü maddesinin de bu amaçla düzenlendiğini belirtir. Bkz. Yıldız, s.291.

⁴⁸ Harten / Loughlin, s.140.

⁴⁹ Ibid, s.140.

⁵⁰ *Harten ve Loughlin* eserlerinde bu öngörüü sunmakla birlikte muhtemelen mevcut uygulamanın da tamamen desteklememesi karşısında bunu benimsediğine dair bir görüş beyan etmemektedir. Harten / Loughlin, s.142.

ihtilafta yatırım tahkimine muvafakat verdiği anlamına geldiğini belirtmektedir.⁵¹ Oysa ICSID Konvansiyonu'nun Merkezin görevine ilişkin 25'inci maddesinde yer alan "legal dispute" kavramı Merkezin yalnızca "hukuki" ihtilaflarda yetkili olduğunu göstermektedir.⁵² Yatırım hukukunda önemli bir yeri bulunan ICSID Konvansiyonu'nda yer alan bu ifade, Türk Anayasası'nda yapılan değişiklikle birlikte ele alındığında *Harten ve Loughlin*'in görüşüne katılmak doğru bir yaklaşım olmayabilir. Tam tersine uluslararası yatırım tahkimi kamu hizmetinin görülmesinde yeni bir sistem olarak özel hukuk sözleşmelerinin devreye sokulmasına vesile olmuştur.⁵³ Bahsettiğimiz bu tartışmaların ve yatırım tahkiminin ticari tahkimden türemiş olduğu görüşünün⁵⁴, ileride üzerinde duracağımız bilhassa hangi tür uyuşmazlıkların şemsiye hükmün kapsamında yer aldığına ilişkin tartışmalarda anahtar rol oynadığını belirtmek isteriz.

Yatırım tahkimini benzersiz kılan bir başka özelliği uluslararası hukukta istisnai nitelikte olan bireysel tazminat iddialarını içermesidir.⁵⁵ Tahkim Heyetinin vereceği kararlar geçmişe etkili olduğundan yatırım tahkiminin akit devlet üzerinde önleyici bir gücü de bulunmaktadır.⁵⁶ Bu noktada benzer şekilde Avrupa Konseyine bağlı olarak faaliyet gösteren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayalı uyuşmazlıklara bakmakla görevli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dışında bireyin, devletin uluslararası sorumluluğuna dayanarak tazminat isteminde bulunabildiği başka bir uluslararası

⁵¹ *Harten / Loughlin*, s.142.

⁵² Torun, Yalçın, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.99; ICSID Convention, Regulations and Rules, April 2006; ICSID Anlaşması kapsamında hukuki uyuşmazlıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.191.

⁵³ *Aslan / Arat*, s.18/19. *Aslan ve Arat*, kamu hizmetinin görülmesinde kullanılan özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görevinin ortadan kalktığını ve bu uyuşmazlıklar hakkında uluslararası tahkim heyetlerinin vereceği kararların tenfizinde artık adli yargının görevli olacağını belirtirler. Bu durum, imtiyaz sözleşmelerinde yargılama hukukuna dair çelişkili sonuçlar doğurabilir. Bkz. *Aslan / Arat*, s.20. Ayrıca *Aslan ve Arat*, kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için bunlara kanunla özel hukuk sözleşmesi statüsü verilmesinin sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirmeyeceğini, zira bu sözleşmelerden dolayı menfaatleri zedelenen bireylerin idari yargıda iptal davası açabileceklerini belirtmektedirler. Bkz. *Aslan / Arat*, s.21.

⁵⁴ *Harten / Loughlin*, s.126.

⁵⁵ *Ibid*, s.131.

⁵⁶ *Ibid*, s.131.

mekanizma yoktur.⁵⁷ Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hükmedebileceği yaptırımlar da mağdur bireyin tatminine yönelik tazminatla sınırlıdır.⁵⁸

B.Yatırım Sözleşmeleri

Uluslararası yatırım anlaşmalarına dayalı olarak ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında imzalanan sözleşmelerin hukuki mahiyeti konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş yabancı yatırım sözleşmelerinin yatırım anlaşmalarının eki statüsünde olduğunu belirtir.⁵⁹ Lee, yatırım anlaşmalarında yer alan anlaşmanın ihlali durumunda yabancı yatırımcıya ev sahibi devlete karşı dava açma hakkı tanıyan uyuşmazlık çözüm hükümleriyle diğer akit devlet yerine yabancı yatırımcının ev sahibi devleti dava edebildiğini ifade etmektedir.⁶⁰ Bu yaklaşım yabancı yatırımcının diğer akit devletin haklarına halef durumuna geldiği şekilde yorumlanmaya müsaittir. Diğer bir görüş ise bu konuda sözleşmenin biçimine ve taraf iradelerine bakılması gerektiğine işaret eder.⁶¹ Aslında bu soruya verilecek cevap yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devlet tarafından akitsel bir yükümlülük ihlal edilmeden ihlal edilmiş olması durumunda devletin uluslararası sorumluluğunun doğrudan doğruya doğmayacağı konusuna açıklık getirmeye yetebilir. Biz, yatırım sözleşmelerine doğrudan yatırım anlaşmalarının eki statüsü verilmesini, çalışmamızın konusu olan şemsiye hükümlerin ileride açıklık getireceğimiz amacını sekteye uğratacağından doğru bulmamaktayız.

Yatırım sözleşmelerinin akdediliş amacı ev sahibi devletin yasal düzeninin genel olarak sözleşme konusu yatırımın konusuna ilişkin hususlarda boşluk içeriyor olmasıdır.⁶² Uygulamada özellikle çok uluslu şirketlerin taraf oldukları petrol ve doğalgaz projelerine ilişkin hukuki rejimin belirlenmesinde bu sözleşmelerden istifade edilmektedir.⁶³ Bu doğrultuda genel olarak yatırım sözleşmelerinde hukuk seçim kayıtları yer almakta⁶⁴ ve bu kayıtlar herhangi bir ihlal iddiası gündeme geldiğinde uyuşmazlık

⁵⁷ Harten / Loughlin, s.131/142.

⁵⁸ Ibid, s.131.

⁵⁹ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.107.

⁶⁰ Lee, s.346.

⁶¹ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.110.

⁶² Rudolf Dolzer / Christophe Schreuer, **Principles of International Investment Law**. New York, Oxford University Yayıncılık, 2008, s.72.

⁶³ Ibid, s.72.

⁶⁴ Dolzer / Schreuer, s.73; Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.204.

çözüm mercilerince nazara alınmaktadır.⁶⁵ Yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukuk seçim kayıtlarında taraflar herhangi bir devlet iç hukukunu tercih edebilecekleri gibi,⁶⁶ lex mercatoria ya da uluslararası hukuk gibi farklı bir kurallar bütününe uygulanması da kararlaştırabilirler.⁶⁷

Bu tartışmaların haricinde ev sahibi devletin iç hukukuna uygun olarak akdedilecek yatırım sözleşmeleri yoğunlukla idari sözleşmeler olmakla beraber bunların özel hukuk sözleşmeleri olarak düzenlenmelerinde de bir engel yoktur.⁶⁸ Bir yatırım sözleşmesinin iç hukuka göre idari sözleşme olup olmadığının tespitinde yasal düzenlemelere bakılabileceği gibi yasalarda bu konuya ilişkin bir açıklama bulunmaması durumunda içtihadî kriterlere başvurulacaktır.⁶⁹ İstisnaları olmakla beraber sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olduğu ya da sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi durumunda bu sözleşmenin bir idari sözleşme olduğu kabul edilebilir.⁷⁰ Bu nedenle kanunda özel bir düzenleme getirilmediği sürece yatırım sözleşmelerinin genel olarak idari sözleşme kategorisinde değerlendirilirler.

1.İstikrar Hükümü

Yatırım sözleşmelerinde yer alan istikrar hükümü devletin yabancı yatırımcıyla imzaladığı sözleşmeye dayalı olarak mevcut hukuki düzenin belirli bir süre değişmeyeceğine⁷¹ ya da değişse dahi aleyhe olan değişikliklerin yatırımcıya uygulanmayacağına dair verdiği taahhüdü ifade eder.⁷² Yabancı yatırımcının vergilendirme, çevresel koruma ve regülatif düzenlemelerden bağışık tutulmasını amaçlayan⁷³ bu hüküm devletin yasama ve düzenleyici işlem yapma yetkisini

⁶⁵ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.204.

⁶⁶ Ibid, s.205.

⁶⁷ Ibid, s.205.

⁶⁸ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2008, s.431 vd.

⁶⁹ Ibid, s.431 vd.

⁷⁰ Ibid, s.433 vd.

⁷¹ Andrey V. Kuznetsov, **Limits of Contractual Stabilization Clauses for Protecting International and Gas Investments Examined Through the Prism of the Sakhalin-2 PSA: Mandatory Law, the Umbrella Clause, and the Fair and Equitable Treatment Standard**. Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, 22-2, 2015, s.4-222; Dolzer / Schreuer, s.75.

⁷² Dolzer / Schreuer, s.75.

⁷³ Karaca, Akif, **Negotiation of Transit Pipeline Agreements: Bargaining in the Shadow of Stability Provisions**. İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2014, s.73.

kısıtlamamakla beraber eğer herhangi bir yasal değişiklik yatırımcıyı olumsuz etkilerse hükmün ihlalinden söz edilir.⁷⁴ İstikrar hükmü sınıraşan petrol ve gaz projeleri gibi faaliyetlere ilişkin uzun süreli yatırım sözleşmelerinde yatırımcı lehine risk azaltan önemli bir araçtır.⁷⁵ Son dönemlerde ev sahibi devletin egemenlik haklarını etkilediği düşüncesiyle bu hükme duyulan güven azalmaktadır.⁷⁶ Oysa istikrar hükmünün etkisi konusunda henüz bir uzlaşma bulunmamaktadır. İç hukukla sınırlı olmayacak şekilde yürürlükteki hukukta gerçekleşecek herhangi bir değişikliğin istikrar hükmünün ihlali sayılabileceğini savunan bir görüş olduğu gibi,⁷⁷ devletin egemenlik haklarını koruyan başka bir yaklaşım istikrar hükmüne rağmen ev sahibi devletin yabancı yatırımcının uğrayacağı zararı tazmin etmek koşuluyla hukuki değişiklik yapma hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir.⁷⁸

Weissenfels, LG&E v. Arjantin kararında Heyetin ileride inceleyeceğimiz şemsiye hükmü geniş yorumlayarak bu hükmü istikrar hükmüne benzettiğini ortaya koymaktadır.⁷⁹ Dosyada Heyet devletin doğalgaz mevzuatıyla üstlendiği yükümlülüklerin şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilebilecek derecede açık olduğunu belirtmiş,⁸⁰ bu mevzuatta yapılan değişiklikle şemsiye hükmün ihlalinden söz edilebileceğini ortaya koymuştur.⁸¹ Akitsel bir koruma standardı olan şemsiye hükmün sözleşmesel koruma standardı olan istikrar hükmünün geniş bir benzeri olarak görünümü düşüncesinin ötesinde iki hükmün arasındaki önemli farklılık şemsiye hükmün istikrar klotunu kapsamına alarak⁸² ilgili devlet işlemini uluslararası kamu hukukunun tahtına taşımasıdır.

⁷⁴ Weissenfels, Axel, **Umbrella Clauses**, Seminar Arcticle, Universitaet Wien, 2006/2007, s.35.

⁷⁵ Kurnetzov, s.222.

⁷⁶ Dolzer / Schreuer, s.75.

⁷⁷ Ibid, s.75.

⁷⁸ Ibid, s.75.

⁷⁹ Weissenfels, s.35.

⁸⁰ Honlet, Jean-Christophe / Borg, Guillaume, **The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited**. Law and Practice of International Courts and Tribunals, 7-1, 2008, s.18.

⁸¹ Weissenfels, s.35.

⁸² International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.45.

2.Yeniden Müzakere Hükümleri

Sözleşmenin kutsallığı ve istikrar hükmüne alternatif olarak ortaya çıkan yeni bir eğilim *yeniden müzakere hükümleriyle* ekonomik dengeye odaklanmaktadır.⁸³ Yeniden müzakere hükümleri sözleşmesel ifadesinde yer bulan tetikleyici olayın gerçekleşmesiyle taraflara sözleşmeyi yeniden müzakere yükümlülüğü yükleyen bir düzenlemedir.⁸⁴ Burada yeniden müzakere yükümlülüğünün tarafların uzlaşmaları konusunda herhangi bir zorunluluk barındırmadığını⁸⁵ vurgulamak isteriz. Dolzer ve Schreuer bu hükmün uygulanması ihtimalinde bir takım zorluklar ortaya çıkabileceği öngörüsündedirler.⁸⁶ Zira yeniden müzakere hükmünün uygulanabilirliği iki tarafın iyi niyetine bağlıdır⁸⁷ ki herhangi bir uyuşmazlık nüksettiğinde bu hükmün uygulanabilirliğinin sekteye uğrayacağı söylenebilir.⁸⁸ Bu arada istikrar klozunun sözleşmenin yeniden müzakeresine engel teşkil etmediği de söylenmektedir.⁸⁹ Taraflara yeniden müzakere imkânı sağlayan yeniden müzakere hükmünün sözleşmesel diğer düzenlemeleri *uyum (adaptation)*, *aşırı ifa güçlüğü* ya da *force majeure (mücbir sebep) hükümleri* olarak adlandırılabilir.⁹⁰ Örneğin uyum hükmüne genellikle ekonomik koşullara bağlı olarak fiyat değişikliklerine ihtiyaç duyulduğunda başvurulmaktadır.⁹¹ Aşırı ifa güçlüğü hükmü sözleşme konusu işlem maliyetinin ekonomik koşullardaki esaslı değişiklik sebebiyle en az %50 artışı durumunda,⁹² mücbir sebep hükmü ise doğal afetler, savaş gibi olağanüstü durumlarda⁹³ başvuru düzenlemelerdir.

⁸³ Dolzer / Schreuer, s.77; Çok boyutlu transit boru hattı projelerine ilişkin sözleşmesel düzenlemeleri incelerken ekonomik denge hükümlerine değinen *Karaca*, ekonomik denge hükümlerinin sözleşmesel istikrar arayışında ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ayrıntılar için bkz. *Karaca*, 73.

⁸⁴ *Karaca*, s.77.

⁸⁵ *Ibid*, s.78.

⁸⁶ Dolzer / Schreuer, s.77.

⁸⁷ *Ibid*, s.78.

⁸⁸ *Ibid*, s.78.

⁸⁹ *Karaca*, s.77.

⁹⁰ *Ibid*, s.77.

⁹¹ *Ibid*, s.77.

⁹² *Ibid*, s.77.

⁹³ *Ibid*, s.77.

İKİNCİ BÖLÜM

II.ŞEMSIYE HÜKÜMLER

Yatırım anlaşmalarında yer alan şemsiye hüküm, akit devletin yabancı yatırımcıya karşı üstlendiği yükümlülükler uymayı taahhüt ettiği bir düzenlemedir.⁹⁴

YKKTA'ların ortaya çıkışından önce yabancı yatırımların uluslararası asgari koruma standartlarıyla korunmalarına rağmen herhangi bir yatırım gücünün bulunmadığı belirtilmekte ve YKKTA'ların, dolayısıyla şemsiye hükmün çıkışı yatırım yetersizliğine bağlanmaktadır.⁹⁵ Şemsiye hükmün ilkel tezahürünün *Anglo-Iranian Oil Company*'nin İran'a karşı ileri sürdüğü iddialar sonrasında hazırlanan sulh anlaşması taslağı olduğu söylenmektedir.⁹⁶ Hükmün tezahürünü tetikleyen bir husus olarak uyuşmazlık çözümünde devlet yargısına tabiiyetin yabancı yatırımcının savunma hakkını zedelemesi de gösterilmektedir.⁹⁷

Pacta sunt servanda, ayna etkisi, sadakate uyma, yükümlülükler uyma, sözleşmenin kutsallığı gibi isimlerle de anılan⁹⁸ şemsiye hükümler anlaşmalara 1950'lerden itibaren yerleşmeye başlamıştır.⁹⁹ Hükmün ilk somut formülasyonu 1959 tarihli Abs-Shawcross Uluslararası Yurtdışı Yatırımlar Tasarı Anlaşması'nda yer

⁹⁴ Dolzer / Schreuer, s.153.

⁹⁵ Naniwadekar, Mihir C., **The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference.** Trade, Law and Development, 2-1, 2010, s.171/172; *Weissenfels* şemsiye hükümle sözleşmesel ihlal nedeniyle zarar gören yabancı yatırımcının (ortada uluslararası hukuk ihlali olmasa dahi) geleneksel uluslararası hukuk kapsamında diplomatik korumaya tabi kılındığını belirtmektedir. Bkz. *Weissenfels*, s.5.

⁹⁶ Wong, s.143. Honlet / Borg, s.3. İlgili dosyada Uluslararası Adalet Divanı, uyuşmazlığın iç hukuka tabi olduğu ve herhangi bir Birleşmiş Milletler organının uyuşmazlık konusu olaya müdahil olamayacağı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Karara ilişkin bkz. International Court of Justice, *Anglo-Iranian Oil Co., United Kingdom v. Iran*, Judgment, Case No: 1952 I.C.J. 93, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1952.07.22_oil_co.htm (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

⁹⁷ Wong, s.143.

⁹⁸ Wong, s.142; *Weissenfels*, s.5; Honlet / Borg, s.3.

⁹⁹ Salatino, s.51; Sinclair, Antony, **The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection.** Arbitration International, 20-4, December 2004, s.411'e atıfla Naniwadekar, s.172; Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.304.

almaktadır.¹⁰⁰ Sonrasında buradaki formulasyonda yer alan “bütün taahhütler” ifadesinin önemi anlaşılmış ve konuya ilişkin akademik çalışmalar yapılmaya başlanmıştır.¹⁰¹ Devam eden süreçte şemsiye hüküm ilk kez OECD Yabancı Edinimlerin Korunması Hakkında Tasarı Anlaşma’da devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmesel ya da imtiyaza ilişkin bir hakkın uluslararası hakka dönüşümü olarak kaleme alınmıştır.¹⁰² Bununla birlikte şemsiye hüküm devlet ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yatırım tahkimi ortaya çıkana kadar, hatta yatırım tahkiminin ortaya çıkmasından sonra da uzun süre aktif bir hüküm olmamıştır. Bu tahkim mekanizmasının ortaya çıkmasıyla yabancı yatırımcılar YKKTA’larda yer alan akitsel çözüm hükmüne dayanmaya başlamışlar ve fakat yine de 2003 tarihli *SGS v. Pakistan* dosyasına kadar hüküm uygulanmamıştır.¹⁰³ Örneğin 1998 tarihli *Fedax NV v. Venezüela* dosyasında şemsiye hükümden Heyetin haberi dahi yoktur ve bu hüküm haricen de Heyetin dikkatini celbetmemiştir.¹⁰⁴ *SGS v. Pakistan* kararının hemen ardından verilen ve bu karara taban tabana zıt olan *SGS v. Filipinler* kararıyla şemsiye hüküm uluslararası yatırım hukukunun en tartışmalı alanlarından biri haline gelmiştir.¹⁰⁵ Bu tartışmaların özünde ev sahibi devletlerin şemsiye hükümle üstlendikleri ağır yükümlülüklerin kapsamını sınırlandırma arayışları yer alır.¹⁰⁶

Günümüzde bine yakın yatırım anlaşmasında yer alan şemsiye hükmün en kapsamlı hali İngiliz Model Anlaşmalarında yer alan¹⁰⁷ “*her akit taraf yatırımlar hakkında üstlendiği bütün yükümlülükler uyacaktır*” şeklindedir.¹⁰⁸ *Naniwadekar* bir kısım yazar tarafından sözleşmesel¹⁰⁹ ihlalin akitsel ihlale dönüşümü olarak tarif edilen¹¹⁰ şemsiye

¹⁰⁰ Naniwadekar, s.184.

¹⁰¹ Ibid, s.184.

¹⁰² Naniwadekar, s.184.

¹⁰³ Dolzer / Schreuer, s.155; Weissenfels, s.6.

¹⁰⁴ Honlet / Borg, s.3; Salatino, s.51/52.

¹⁰⁵ Honlet / Borg, s.3/4; Salatino, s.52.

¹⁰⁶ Yadava, Raag, **SGS Societe Generale de Surveillance SA v The Republic of Parguay, Decision on Jurisdiction., Case No ARB/07/29, International Centre for Settlement of Investment Disputes.** Australian International Law Journal, 18-1, 2011, s.259.

¹⁰⁷ Enerji Şartı Anlaşması’nda yer alan şemsiye hüküm Alman Model Anlaşmalarında yer alan hükümle özdeştir. Bunun dışında 2004 ABD ve Fransız Model Anlaşmaları şemsiye hüküm barındırmamaktadır. Ayrıntı için bkz. Dolzer / Schreuer, s.153.

¹⁰⁸ Weissenfels, s.5.

¹⁰⁹ Yatırım sözleşmelerinin hukuki niteliği için bkz. I.B.

¹¹⁰ Yadava, s.259.

hükümlerin kapsamında yatırımlara ilişkin yükümlülüklerin yer aldığını vurgulamakta ve şemsiye hükmün lafzını reddeden bu tanımların eksik olduğunu belirtmektedir.¹¹¹ Tanımdan anlaşılacağı üzere yatırım anlaşmalarında yer alan bu hüküm, ev sahibi devlete yabancı yatırımcılara karşı üstlendiği yükümlülüklerle sürekli olarak¹¹² uyma görevi yükleyerek yabancı yatırıma ilişkin asgari koruma standartını yükseltir.¹¹³ *Dolzer ve Schreuer* şemsiye hüküm, ev sahibi devletin üstlendiği yükümlülüklerin yabancı yatırımcının üstlendiği/eceği yükümlülüklerle karşılıklı olduğunu belirtmektedirler.¹¹⁴

A.Amacı ve Hukuki Niteliği

Yatırım anlaşmalarının bir hükmü olan şemsiye hüküm devletler umumi hukukunun temel ilkeleri ve sistemiyle tam olarak örtüşmemektedir.¹¹⁵ Her ne kadar sözleşmelerin uluslararasılaşmasını mümkün gören görüşler mevcutsa da¹¹⁶, baskın gelen geleneksel uluslararası hukuk anlayışında devletin salt yabancı kişilerle akdettiği sözleşmelerden dolayı uluslararası sorumluluğu gündeme gelmez.¹¹⁷ Zira sözleşmesel süreç yabancılik unsuru taşısa dahi iç hukuka tabidir.¹¹⁸ Şemsiye hüküm aracılığıyla akit devletlerin verdikleri taahhütler ve üstlendikleri yükümlülüklerle akit dışı yabancı yatırımcılar belirli haklar temin ederler.¹¹⁹ Şemsiye hükmün, onu müzakere eden akit devletlerce, sözleşmesel ihlalin devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmayacağına ilişkin kurala yatırım anlaşmasının amacına ulaşabilmesi için getirilen bir istisna olduğu,¹²⁰ devletlerin bu istisnayı getirmek hususunda tam yetkili oldukları

¹¹¹ Naniwadekar, s. 180.

¹¹² Cremades, Bernardo M., **Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look At the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues**. *Dispute Resolution Journal*, 59-2, May-Jul 2004, s.83.

¹¹³ Lee, s.343; Hamamoto, Shorato, **Parties to the 'Obligations' in the Obligations Observance ('Umbrella') Clause**. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 30-2, Spring 2015, s.449.

¹¹⁴ Dolzer / Schreuer, s.153; Honlet / Borg, s.3. Bu durum müzakere edilmemiş konularda şemsiye hükme başvurulup başvurulamayacağına dair soruya bir cevap mahiyetindedir. Şemsiye hükmün kapsamını analiz ederken bu sorunun üzerinde duracağız.

¹¹⁵ Lee, s.341.

¹¹⁶ Sattorova, Mavluda, **From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Towards an Unified Concept of an Investment Treaty Breach**. *Doktora Tezi*, The University of Birmingham, College of Arts and Law, The School of Law, October, 2011, s.202.

¹¹⁷ Lee, s.347/348; Sattorova, s.202/205.

¹¹⁸ Lee, s.347/348.

¹¹⁹ Ibid, s.348.

¹²⁰ *Noble Ventures Inc. v. Romania* kararını örnek gösteren Salatino, s.57/58; *Noble Ventures Inc. v. Romania* dosyasını inceleyen Heyet şemsiye hükmün sözleşmesel ihlalin akitsel ihlale dönüşümü olarak

söylenmektedir.¹²¹ *Lee*, konuya farklı bir açıdan yaklaşmakta; şemsiye hükümle sözleşmesel yükümlülüklerin akitsel yükümlülükle eş düzeye taşınması ve yatırımcıya yatırım tahkimine başvuru imkânı tanınmasıyla yatırım anlaşmalarının amacının yatırımcının korunması olmadığı sonucuna ulaşılabileceğini belirtmektedir.¹²² Gerçekten de şemsiye hükümlerin hala yatırım anlaşmalarının büyük bir kısmında yer almıyor oluşu onun mahiyeti konusunda devletlerin düşünceleri hakkında bir fikir verebilir.¹²³ *Cremades* şemsiye hükmün genel bir hüküm olduğunu belirtmektedir.¹²⁴ Akit devletlerin karşılıklı iradelerini ortaya koydukları bu hükmün herhangi bir yatırım sözleşmesiyle ötelenmesinin hükmün ve onu ihtiva eden yatırım anlaşmasının amacını saptırması ihtimali bulunduğundan bu görüşe çekinceyle yaklaşmaktayız. Sözleşmesel hükümlerle akitsel hükümlerin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağına dair tartışmalardan ileride uyuşmazlık çözüm hükmünü ele alırken sözedeceğimizden burada ayrıca üzerinde durmuyoruz.

Wong şemsiye hükmün amacının, akit devletler aleyhinde, bu devletlerin yabancı yatırımcıyla imzaladıkları yatırım sözleşmelerine *uyma sorumluluğu* yaratmak olduğunu belirtmektedir.¹²⁵ Yazara göre YKKA'da müzakere edilen konularda yabancı yatırımcının doğrudan tahkime başvurma hakkını kullanabilmesi de şemsiye hükmün bir sonucudur.¹²⁶ Şemsiye hükümle yabancı yatırımcı lehine çok daha güçlü koruma standartlarının uygulanmasının amaçlandığı da söylenmektedir.¹²⁷

Bir başka görüş şemsiye hükümle ev sahibi akit devlet ile diğer akit devlet yatırımcısı arasındaki sözleşmenin akit devletlerarasındaki yatırım anlaşmasının bir

betimlerken ilgili uyuşmazlık konusu anlaşmada yer alan şemsiye hükmü Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun yorum kuralları çerçevesinde yorumlanmış ve akit tarafların bu konuda uzlaşa sağladıklarına odaklanmıştır. Bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.58/66.

¹²¹ Salatino, s.57/58.

¹²² Lee, s.349; Lee'ye göre yatırım anlaşmalarının amacı bunların çoğunun girişinde de belirtildiği üzere yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet çıkarları arasında bir denge kurulmasıdır. Lee, s.350.

¹²³ Lee, s.349.

¹²⁴ Cremades, s.83.

¹²⁵ Wong, s.143.

¹²⁶ Ibid, s.143.

¹²⁷ Salatino, s.51.

parçası ve akitsel yükümlülüğün konusu haline geldiğini belirtmektedir.¹²⁸ Bu görüşe göre şemsiye hükümlerle sözleşmesel ihlal doğrudan akitsel ihlale dönüşür¹²⁹ ki hükmün bu dönüşüm işlevi “ayna etkisi (mirror effect)” olarak ifade edilmektedir.¹³⁰ Neticede iç hukuka tabi sözleşmesel yükümlülükler şemsiye hüküm ile *ipso iure* uluslararası hale gelir¹³¹ ki bu durum sözleşmesel ihlalin akitte yer alan temel standartlardan biri ihlal edilmedikçe akitsel ihlale genişleyemeyeceğine dair uluslararası teamül hukuku kuralının bir istisnasını oluşturur.¹³² *Lee* de yatırım anlaşmalarının amacından bağışık düşünülemez ve altını çizmek gerekirse bir akitsel hüküm olan şemsiye hükmün uluslararası ilke ve içtihatlardan saptığı noktada işlevsizleşeceğine yakın bir çıkarımda bulunmaktadır.¹³³ Her ne kadar şemsiye hükümlerle özel hukuk kapsamındaki yükümlülüklerin akitsel yükümlülüğe dönüşümü düşüncesinin katı bir şekilde kabulü, yatırım anlaşmalarıyla korunmaya çalışılan yatırım sözleşmelerinin tarafları arasındaki menfaat dengesine zarar verebilirse¹³⁴ de *Lee*, anlaşmaların odağında bulunan amaç olarak yatırımın maddi bakımdan korunmasının, farklı hukuki düzendeki sözleşmesel yükümlülüklerin¹³⁵ uluslararası yatırım akdinin kapsamına alınmasına ve muhakemede birleştirici bir usulün benimsenmesine bağlı olduğunu belirtir.¹³⁶ Ayna etkisi görüşüne ılımlı yaklaşan *Lee*, şemsiye hükmün hukuki niteliğinin ortaya konmasında beliren aksi görüşlerin yatırım anlaşmalarını uluslararası kamu hukukunun perspektifinden herhangi bir uluslararası akit olarak yorumladıkları üzerinde durarak bu anlayışı skolastik olarak

¹²⁸ Lee, s.348.

¹²⁹ Çal, Sedat, **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.327/328; International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/13, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.336; Yadava bu görüşe katılmamaktadır. Bkz. Yadava, s.259/266; Noble Ventures v. Romanya kararında Heyet şemsiye hükmün genel olarak iç hukuka tabi bir yükümlülüğün doğrudan uluslararası hukukta tanınabilir hale geldiğini ifade etmekle birlikte katı bir tutumdan kaçınmıştır. Bkz. Bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.63.

¹³⁰ Çal, (Uluslararası), s.327/328; Salatino, s.54.

¹³¹ Salatino, s.53.

¹³² Salatino şemsiye hüküm sayesinde küçük sözleşmesel ihlallerin dahi akitsel korumaya tabi kılındığını söylemektedir. Salatino, s.54.

¹³³ Lee, s.350/351.

¹³⁴ Ibid, s.350/351.

¹³⁵ ve hatta devletin her tür eyleminin.

¹³⁶ Lee, s.348.

değerlendirmektedir.¹³⁷ Kanaatimizce, hükmün yapısal açıdan incelenmesini reddeden¹³⁸ ve kendi içinde çelişen bu görüşün savunulması güçtür.

Şemsiye hükmü, az önce belirttiğimiz Wong'un *uyma sorumluluğu* görüşünü de içine dâhil ettiğimiz, *pacta sunt servanda ilkesi* olarak değerlendiren görüşler mevcuttur. Zira şemsiye hükmün ilk ifadelerinden olan OECD Yabancı Edinimlerin Korunması Hakkında Tasarı Anlaşma'nın şerhinde hüküm, genel hüküm mahiyetindeki *pacta sunt servanda ilkesinin* bir uygulaması olarak gösterilmiştir.¹³⁹ Yine Lee, çelişkili bir şekilde, ayna etkisini reddeden görüşlerin ortaya attığı bu değerlendirmenin sözleşmesel yükümlülükler ile akitsel yükümlülüklerin arasındaki çizginin yok edilmesi anlamına geleceğini belirtmektedir.¹⁴⁰ Şemsiye hükmü *pacta sunt servanda ilkesi* olarak benimseyen Weissenfels, hükmün etkisinin sözleşmesel ihlalin akitsel ihlale dönüşümü değil, akitsel ihlalle eş anlamlı hale gelişi olabileceğini belirtir.¹⁴¹ Ancak buradaki eş anlamlılığın sözleşmesel ihlalle akitsel ihlali birleştirici etkisi yoktur.

Şemsiye hükmün yabancı yatırımcıya *ek koruma* sağladığını savunan bir başka görüş, hükmün gerçek etkisini göstermesi için asansör/yükseltici hüküm olarak değerlendirilmesinin zorunlu olmadığını savunmaktadır.¹⁴² Ayrıca şemsiye hüküm ihlale uygulanacak iç hukuku uluslararası hukuka dönüştüren bir hukuk seçim hükmü de değildir.¹⁴³ Az önce değindiğimiz üzere Weissenfels, şemsiye hükümle sözleşmesel ihlalin bulunması durumunda akdin de ayrıca ihlal edildiğini, aksinin kabulü durumunda sözleşmesel ihlalle akitsel ihlalin birleşeceğini ve sözleşmesel ihlalin yok olacağını söyler.¹⁴⁴ Salatino da şemsiye hükmün yabancı yatırımlara karşı üstlenilen yükümlülüklerle uyulması amacıyla akit devletin üstlendiği bir *ek sorumluluk* olduğunu söylemektedir.¹⁴⁵ *CMS v. Arjantin* kararını değerlendiren *Ad Hoc Heyeti*, şemsiye

¹³⁷ Ibid, s.349/350.

¹³⁸ Ibid, s.349/350.

¹³⁹ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.305.

¹⁴⁰ Lee, s.350.

¹⁴¹ Weissenfels, s.17.

¹⁴² Wong, s.146/147; Weissenfels, s.13.

¹⁴³ Salatino, s.53.

¹⁴⁴ Weissenfels, s.14.

¹⁴⁵ Salatino, s.51.

hükümün sözleşmeler hukukunu anlaşmalar hukukuna dönüştürmediğini belirtmektedir.¹⁴⁶ Benzer olarak *SGS v. Filipinler* dosyasını inceleyen Heyet, şemsiye hükmün sözleşmesel ihlali kendiliğinden akitsel ihlale dönüştüren bir etkisi olduğuna dair genel bir çıkarımda bulunmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşmış¹⁴⁷ ve fakat akit tarafların anlaşmalarda farklı bir düzenlemede bulunmaları durumunda bunun geçerliğini de kabul etmiştir.¹⁴⁸ Bir nevi ayna etkisini reddeden *SGS v. Filipinler* Heyetine göre şemsiye hüküm devletin yükümlülüklerinin tespitinde istifade edilen bir hüküm değildir.¹⁴⁹ Daha belirgin ifadeyle şemsiye hüküm, devletin taahhüt ve yükümlülüklerinin şumülünü ve içeriğini uluslararası hukukun konusuna dönüştürmez.¹⁵⁰ Şemsiye hüküm yalnızca, yabancı yatırımcılara ev sahibi devletin iç hukukuna tabi olarak üstlendiği yükümlülükler konusunda koruma sağlar.¹⁵¹ Weissenfels de şemsiye hükmün farklı nitelikteki iki ihlale ilişkin hukuki süreçler arasında bağ kurulmasına imkân vermediğini, bu hükmün yalnızca yabancı yatırımcıya ikinci bir yasal araç sağladığını savunmaktadır.¹⁵² *Vivendi v. Arjantin* kararını inceleyen *Ad Hoc Komite* de aynı doğrultuda her ihlal iddiasının iddia konusunun dayanağının hukukuna tabi olduğunu, bu noktada sözleşmeye uygulanacak olan hukukun iç hukuk olduğunu belirtmiştir.¹⁵³

Gerçekten de her yönüyle özel hukukun ve/veya idare hukukunun konusunu oluşturan devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki hukuki ilişkinin ihlal iddiası gündeme gelince uluslararası kamu hukukunun tahtına taşınmasının hem teoride hem de pratik de

¹⁴⁶ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.25.

¹⁴⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.46/49.

¹⁴⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.46.

¹⁴⁹ Ibid, s.48.

¹⁵⁰ Honlet / Borg, s.13.

¹⁵¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.48; Weissenfels'e göre de şemsiye hükümle diğer akit tarafın yatırımcısına karşı üstlenilen taahhütlerin/yükümlülüklerin ihlali klasik uluslararası kamu hukukunun ihlali değilse de bu hükümle ihlal diplomatik korumaya sebep olacaktır. Weissenfels, s.6. Çal, (Uluslararası), s.328.

¹⁵² Weissenfels, s.14.

¹⁵³ Honlet / Borg, s.14.

birtakım sakıncalar doğurabilir. Ayrıca şemsiye hükmü müzakere eden akit devletlerin sözleşmesel ihlale uygulanacak hukuk konusunda da iradeleri olduğu kabul edilebilirse de¹⁵⁴ bu iradelerini daha açık, tartışmaya mahal vermeyecek bir biçimde ortaya koymaları gerekir.

Her halükarda söylenebilecek en net tartışmasız çıkarım şemsiye hükmün sözleşmesel taahhütleri dokunulmaz kıldığıdır.¹⁵⁵

Doğrudan savunuyor olmasak da doktrinde hiç tartışılmamış daha modernize bir görüş olarak şemsiye hükmün *halefiyet ilkesinin* yeni bir tezahürü olabileceğini de düşünmekteyiz. Az sonra ortaya koyacağımız üzere şemsiye hükümlerin kapsamında daha ziyade idari sözleşmeler yer almaktadır. Bu giderek liberalleşen devletlerin kamu hizmetlerinin görülmesinde dış yardım aldıkları şeklinde yorumlanmaya da müsaittir. Öyleyse şemsiye hükümle belki de yabancı yatırımcı ev sahibi devletle akdettiği sözleşmeler bakımından (bu sözleşmelerin bir kısmına ilişkin müzakerelere her iki akit devlet de katılmakta ve hatta sözleşmeyi imzalayabilmektedirler) menşei devletin halefi durumuna gelmektedir.

Şemsiye hükme dayanılarak uluslararası yatırım tahkiminin önüne gelen bir ihlal iddiasında Heyetin sözleşmesel ihlal iddialarını hakkında da bir hüküm tesis edip edemeyeceği konusunda bir görüş, yatırım anlaşmasındaki uyuşmazlık çözüm hükmünün “yatırımlardan doğan herhangi bir uyuşmazlık” gibi geniş bir ifadeyi barındırması durumunda Heyetin sözleşmesel ihlal iddialarında da yetkili görülebileceğini savunur.¹⁵⁶ *Weissenfels* burada sözleşmesel ihlal iddiası eş zamanlı akitsel ihlal iddiasına dayandırılmışsa sözleşmesel ihlal iddiasına ilişkin herhangi bir karar olmaksızın akitsel ihlal iddiası hakkında bir karar verilemeyeceğinden böyle bir durumda dahi Heyetin yetkili olmadığı söylenip söylenemeyeceği sorusunu sormakta, sonuç olarak şemsiye hükme dayanan ihlal iddiasının akitsel ihlal iddiası olduğunu vurgulamaktadır.¹⁵⁷ Her iki

¹⁵⁴ Salatino, s.53.

¹⁵⁵ Sattorova, şemsiye hükmü akitsel koruma standartlarından (örneğin kamulaştırma ölçütü) farklılaştıran hususun ihlal iddiasının somutlaştırılması noktasında ortaya çıktığını belirtir. Sattorova, s.201.

¹⁵⁶ Weissenfels, s.14.

¹⁵⁷ Ibid, s.16.

hukuki ilişkide ayrı olarak yer alan uyuşmazlık çözüm hükümlerinin şemsiye hükmün hukuki niteliğine göre farklı yorumlara müsait olması yönüyle dikkat çekmek istediğimiz konuyu ileride ayrıntılı olarak analiz edeceğiz.

B.Kapsamı

1969 tarihli Anlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonunda öngörülen *jus cogens* kurallar ihlal edilmediği sürece devletler akitlerde istedikleri şartlarda anlaşabilirler.¹⁵⁸ Aynı doğrultuda şemsiye hükmün yatırım anlaşmasında yer alan ifadesi hususunda akit devletler farklı tercihlerde uzlaşabilirler.¹⁵⁹ Hal böyle iken, şemsiye hükümlerin kapsamına ilişkin bir içtihat oluşturulması zordur.¹⁶⁰

Herşeyden önce, yatırım anlaşmasında bulunan şemsiye hüküm haricindeki koruma standartlarının ya da düzenlemelerin ihlali bu hükmün kapsamına girmez.¹⁶¹ Yine de şemsiye hüküm uluslararası hukuk kapsamındaki taleplere temel sağlamaktadır. Diğer bir ifade ile yatırımcı yatırım akdine dayanarak bir hakkın varlığını ileri sürmektedir.¹⁶² Bunun sonucu olarak uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin yatırımcıya sağladığı haklar (eş zamanlı şemsiye hükmün sağladığı ya da uluslararası dayanağı olan bir hak olmadığı müddetçe) iç hukuk kapsamında kaldığından¹⁶³ şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilemez.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Lee, s.344.

¹⁵⁹ Ibid, s.344.

¹⁶⁰ Salatino, s.62; Naniwadekar, şemsiye hükmün kapsamının tespitinde uluslararası kamu hukuku ilkelerine de uygun olarak iki kıstasa başvurulmasını önerir: (1)Yükümlülük devletin kendisinde üstlenilmiş olmalıdır, (2)Yükümlülük yatırımlarla bağlantılı olmalıdır. Konu için bkz. Naniwadekar, s.194.

¹⁶¹ Honlet / Borg, s.11/12.

¹⁶² Petrochilos, Georgios, **Bosch International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine**, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 28-2, 2013, s.272; Kikuma, Azusa / Ishido, Shimpei, **The Applicability of the Umbrella Clause to Obligations under Public International Law Other than International Investment Agreements**. 2015, Göttingen Journal of International Law (forthcoming).’e atıfla Hamamoto, s.456.

¹⁶³ Normalde sözleşmesel uyuşmazlığın sözleşmeye göre ve yatırım akdine ilişkin uyuşmazlığın yatırım akdine göre çözülmesi gerekirken şemsiye hükümlerle durumun farklılaştığına ilişkin bkz. Dolzer, Rudolf / Stevens, Margaret, **Bilateral Investment Treaties**. Lahey, Martinus Nijhoff Yayıncılık, 1995.’e atıfla Naniwadekar, s.171/172.

¹⁶⁴ Petrochilos, s.272; SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay ve Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan kararları hakkında bkz. Yadava, s.264; Hamamoto, s. 456; *Hamamoto* ayrıca *Noble Ventures, Inc. v. Romania* kararına dayanarak, bir sözleşmesel ihlalin şemsiye hükme dayalı olarak uluslararası hukuk ihlaline dönüşebilmesi için şemsiye hükümle uygulanabilir/yürürlükteki hukuka uygun bir yükümlülük içeriği tayin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Hamamoto s.457/458.

Bir görüş şemsiye hükme gidilebilmesi için devletin üstlendiği yasal yükümlülüğün yüzyüze, yani *müzakere edilerek* tahsis edilmiş olması gerekliliğine işaret etmektedirler.¹⁶⁵ Konuya ilişkin baskın eğilim devletin taraf olduğu yatırım sözleşmelerine sözleşmesel bir ihlalle, bir yasama faaliyeti ya da idari bir işlemle müdahalenin şemsiye hükmün kapsamını oluşturduğunu belirtir.¹⁶⁶

SGS v. Filipinler kararına bakılırsa ‘her tür yükümlülük (*any obligation*)’ kavramı devletin her tür işlemini şemsiye hükmün kapsamına taşımaktadır,¹⁶⁷ akdin amacı da yatırımların korunması ve devamı olduğundan artık hükmün kapsamının ortaya konmasında başkaca bir kritere ihtiyaç duyulmamalıdır.¹⁶⁸ Şemsiye hüküm kapsamındaki sözleşmesel yükümlülükler de burada yalnızca idari nitelikteki sözleşmeleri değil, ticari nitelikteki sözleşmeleri de kapsamaktadır.¹⁶⁹ Burada, uygulamada yatırım sektöründe rastlanan sözleşmelerin idari alanda yoğunluk kazandığını da eklemek yerinde olur.

Ev sahibi devletin üstlendiği yükümlülüğün geçerliliği bir koşula bağlı ise, yükümlülüğün şemsiye hükme dayandırılabilmesi için bu koşulun gerçekleşmiş olması gerekir.¹⁷⁰ *Marion Unglaube v. Kosta Rika* dosyasına ilişkin olayda Marion Unglaube birden fazla kamu kurumunun taraf olduğu Yol Haritası Sözleşmesi’nin ihlali iddiasını gündeme getirmiştir. Dosyayı inceleyen Heyet, çevre denetim raporlarına dayalı olarak devletin sözleşmede yer alan yükümlülükleri yerine getirmeyişinin Yol Haritası

Sattorova, yatırım akdinde yer alan haklar gibi yabancı işletme çıkarlarına ilişkin diğer hakların da şemsiye hükümler kapsamında olduğunu ifade etmektedir. Ancak kendisinin dayanağı Birleşik Krallık – Lübnan YKTA’sı olduğundan bu konuda kesin ve genel bir çıkarımda bulunmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Konu için bkz. *Sattorova*, s.14/15. Şuna da değinmek gerekir ki ihlalin şemsiye hükme dayandırılabilmesi durumunda yabancı yatırımcının iddiasını bu hükme dayandırması zorunluluğu bulunmamaktadır, isterse yatırımcı bunu sözleşmesel bir iddia olarak da yargıya taşıyabilir. *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay* kararı hakkında bkz. *Yadava*, s.264. Çal, (Uluslararası), s.326/327.

¹⁶⁵ *Yadava*, s.259; *Honlet / Borg*, s.11/12; International Centre for Settlement of Investment Disputes, Partial Award, *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.78.

¹⁶⁶ Mann, F.A., **British Treaties for the Promotion and Protection of Investments**. Jennings, R.Y. (Ed.) / Brownlie, Ian (Ed.), *The British Year Book of International Law*, New York, Oxford University Yayıncılık, 52-1, 1981, s.246; *Dolzer / Schreuer*, s.157;

¹⁶⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.44.

¹⁶⁸ *Yadava*, s.261.

¹⁶⁹ 2003 tarihli *Kore-Vietnam YKTA’sına* atıfla *Lee*, s.343.

¹⁷⁰ *Fouret, Julien / Khayat, Dany, International Center of Settlement of Investment Disputes (ICSID) Case Law Review*. *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 12-3, 2013, s.483.

Sözleşmesi'nin -ve dolayısıyla şemsiye hükmün- ihlalini oluşturmayacağına tespitinde bunun koşullu bir yükümlülük olduğu ve Costa Rica Yüksek Mahkemesi'nin müdahaleci kararını dikkate almış, ayrıca davalı devlet eyleminin hukuka uygunluğunda iç hukukun nazara alınması gerektiğine de vurgu yapmıştır.¹⁷¹

Şu noktaya da dikkat çekmek isteriz; şemsiye hükmün kapsamında hangi işlemlerin yer alacağı tartışması bir kenara bu hükmün bulunduğu anlaşmanın konusu yatırımlar olduğundan ilgili işlemlerin yatırımlarla alakalı olması gereklidir. Böylece en azından hükmün belirsiz genişliği konusundaki kaygılar bir nebze olsun azalacaktır.¹⁷² Neticede hükmün uzlaşılan bir ana kapsamı bulunmamaktadır.¹⁷³ Şemsiye hükmün uluslararası kamu hukukunun konusu olmasına rağmen bu hükmü yorumlayan tahkim üyelerinin yoğunlukla özel hukuk alanında faaliyet gösteren kişiler olmaları da şemsiye hükmün hukuki niteliği ve kapsamındaki belirsizliklerin bir başka nedeni olarak görülmektedir.¹⁷⁴

1.Yabancı Yatırım

Ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı çıkarları arasında kapsamı netleştirilemeyen şemsiye hükmün odağında ne devlet ne de yatırımcı vardır.¹⁷⁵ Burada esas amaç yatırımın korunmasıdır, bu nedenle yatırım kavramının analizi şemsiye hükmün kapsamı açısından önemlidir.¹⁷⁶

Yabancı yatırım kavramının tanımında uzlaşa sağlanan bir görüş yoktur.¹⁷⁷ Yabancı yatırım anlaşmalarında yatırım kavramına ilişkin tanımlardan bu kavramın bazı yatırım

¹⁷¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No: ARB/08/1, ARB/09/20, Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.59.

¹⁷² Yadava, s.265.

¹⁷³ *SGS v. Pakistan* kararında -lafz'i yorumla- şemsiye hüküm kapsamında sözleşmesel taahhüt değil taahhüt kavramı bulunduğunu belirten Heyet, devletin uluslararası sorumluluğunun bulunduğu hükmü geniş yorumlayarak ulaşmıştır. Bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/13, *SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.357; Bu durum Yadava'nın ifadesiyle sayısız davaya baraj kapaklarını açmıştır. Bkz. Yadava, s.261.

¹⁷⁴  al, (Uluslararası), s.325.

¹⁷⁵ Naniwadekar, s.188.

¹⁷⁶ Naniwadekar, s.187/188; Sattorova, s.13.

¹⁷⁷ Erkan, (Milletlerarası), s.179.

türlerini dışlaması ihtimaline karşı özellikle kaçınıldığını belirtilmektedir.¹⁷⁸ Tahkim Heyetleri, yatırımın tanımı konusunda benzer olaylarda farklı yaklaşımlar sergileyebilmektedirler.¹⁷⁹ Sattorova YKKTA’larda yer alan yatırım tanımlarını başarısız bulduğunu ifade etmektedir.¹⁸⁰ Yazara göre bu tanımların basit yorumuyla kar beklentisi barındıran kaynaklara ilişkin her tür taahhüdün yatırım anlaşmalarına dayandırılması mümkündür.¹⁸¹ Yatırım kavramı yatırım anlaşmalarında oldukça geniş tanımlanmaktadır.¹⁸² Daha önce de değindiğimiz üzere yatırım anlaşmalarında tarafların çıkarları farklılık arzettiğinden yatırım kavramının sınırlarına dair düşünceler de farklı olabilir. Bu doğrultuda YKKTA’larda yatırım kavramı her iki akit devlet açısından farklı tanımlanabilmektedir.¹⁸³ Nitekim yatırım tahkiminin atardamarı olarak nitelendirilebilecek¹⁸⁴ ICSID Anlaşması’nda da yatırım kavramı tanımlanmamıştır.¹⁸⁵

Kabaca “yabancı yatırım, maddi ya da maddi olmayan varlıkların servet üretimi için bir diğer ülkeye transferi ve kısmi veya bütünsel olarak kullanımınıdır”.¹⁸⁶ Yabancı yatırımın; yatırımcı, bu yatırımcının yaptığı bir yatırım, yatırımcının tabiiyetinde olduğu bir kaynak devlet ve yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet olmak üzere dört unsuru olduğu söylenmektedir.¹⁸⁷ Güncel bir yaklaşımla yatırım tahkiminin konusunun, yani yatırım anlaşmalarında şemsiye hükümlerle korunan yatırımların, kabaca sermaye yatırımları, hizmet yatırımları ve teknoloji transferleri olduğu söylenebilir.¹⁸⁸

¹⁷⁸ Torun, s.18; Sattorova, s.19; Yatırımların görünümünün şuna dek karşımıza çıkanlardan farklı olabileceğine dair bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.180.

¹⁷⁹ Erkan, s.195.

¹⁸⁰ Sattorova, s.13.

¹⁸¹ Ibid, s.13/17.

¹⁸² Yatırım kavramının hem ticari hem de idari uyumsuzlukları kapsadığına ilişkin Bkz. Harten / Loughlin, s.127. Yatırımın neleri kapsadığının tahdidi olmayarak anlaşmalarda yer aldığına ilişkin bkz. Giray, Faruk Kerem, **Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları**. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17-1/2, 1997-1998, s.221.

¹⁸³ Erkan, (Milletlerarası), s.221.

¹⁸⁴ Yatırım tahkiminde önemli bir konuma sahip ICSID Anlaşması’nın yatırım hukukunun genel çerçevesini oluşturmadığına ilişkin bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.26.

¹⁸⁵ ICSID Anlaşmasında yatırım kavramının tanımlanmamasının nedenlerine ilişkin görüşler için Erkan, (Milletlerarası), s.194.

¹⁸⁶ Torun, s.18.

¹⁸⁷ Erkan, s.179.

¹⁸⁸ Kıçarlan, s.81.

H&H v. Mısır kararında Heyet yatırım kavramını analiz ederken *yatırımın birliği ilkesine* değinerek bir ekonomik operasyonun bölümlere ayrılarak yatırım olup olmadığına karar verilemeyeceğini, bunun bir bütün olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁹ Heyet yabancı yatırımın varlığının tespitinde yatırımcı lehine çıkarılan izinleri, davacının grup şirketinin Mısır’da kazandığı tüzel kişiliği, proje onayının devletin en üst yetkililerince yapılmış olmasını dikkate almıştır.¹⁹⁰

Yabancı yatırımın varlığı yatırım tahkiminde Heyetin yetkisini de belirleyen bir unsur olduğundan eğer anlaşmada bir boşluk varsa Heyetin kavramı mümkün mertebe geniş yorumlayacağı düşünülebilir. Bu konuda dikkate değer bir görüş ilk kez *Fedax v. Venezüela* kararında ortaya konulan ve *Salini v. Fas* davasında ICSID Tahkim Heyetince geliştirilen¹⁹¹ yatırımın varlığının ortaya konuluşunda nazara alınacak *Salini ölçütleri*dir. *Salini v. Fas* dosyasında Heyet yatırım anlaşmasındaki yatırım kavramının, Heyetin yetkisini belirleyen ICSID Anlaşması’nın 25’inci maddesine uygun olması gerekliliğine işaret etmiştir.¹⁹² Heyet bu maddede öngörülen yetkiye ilişkin nesnel ölçütün (1) kaynaklara ilişkin bir taahhüt, (2) bu taahhüde ilişkin belirli süre¹⁹³, (3) yatırımcının risk üstlenmesi ve (4) ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı¹⁹⁴ unsurlarından oluştuğunu ortaya koymuştur.¹⁹⁵ Bu kararda Heyet, ICSID Anlaşması’nın 25/1’inci maddesinde öngörülen yatırım tahkimine başvuruda hukuki uyumsuzluğun bulunması koşulunun, taraf iradeleriyle oluşturulan tanımlarını ötelememesi gerektiğini de ayrıca

¹⁸⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/09/15, H&H Enterprises Investments, Inc.. v. Arab Republic of Egypt, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1012.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.13.

¹⁹⁰ *Ibid*, s.17.

¹⁹¹ Erkan, (Milletlerarası), s.201/202.

¹⁹² Benzer olarak Joy Mining kararına ilişkin Sattorova, s.16/17; *Erkan*, ICSID Anlaşmasının konu bakımından yetkisini belirleyen 25/1’inci maddesinde öngörülen şartların uyumsuzluğun dayanağı olan anlaşmada öngörülen yatırım kavramına nazaran daha sınırlayıcı olduğunu belirtir. Erkan, (Milletlerarası), s.179.

¹⁹³ Yatırımın yapım sürecinin yatırımcı tarafından olağan koşula nazaran daha uzun sürede gerçekleştirilmiş olması yatırımın ortaya konuluşundaki süre ölçütünde yatırımcı aleyhine dikkate alınabilir. Ancak yatırımcının insiyatifinde olmayan idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan aksamalar da süreye dahil edilebilir. Erkan, (Milletlerarası), s.205.

¹⁹⁴ Ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunmanın bir ölçüt olmadığı görüşü hakkında Erkan, (Milletlerarası), s.207/208.

¹⁹⁵ Sattorova, s.16; Erkan, (Milletlerarası), s.202/220.

ifade etmiştir.¹⁹⁶ *Salini v. Fas* kararında benimsenen görüş uzun süre etkisini sürdürmüştür.¹⁹⁷ ve ICSID haricindeki yatırım uyuşmazlıklarının yorumunu da etkilemiştir.¹⁹⁸ Her ne kadar diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmaları bakımından bağlayıcı değilse de yatırım tahkiminde önemli bir yeri olan ICSID Anlaşmasının hükümlerinde öngörülen yatırım kavramı, asgari ölçütler bakımından dikkate alınmaya değerdir. Ancak yine de *Salini ölçütü*'nün uygulaması homojen olmayıp¹⁹⁹ yatırımın varlığının tespitinde yatırım anlaşmasının rolü hala baskın gelmektedir.²⁰⁰ İlgi çeken bir görüş de *RSM Production Corporation v. Grenada* kararında ortaya konulmuş, Heyet tarafların uyuşmazlık çözümü hususunda ICSID Tahkim Merkezi'nde uzlaşma sağlamış olmalarını aradaki hukuki ilişkinin yatırım olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğuna hükmetmiştir.²⁰¹

Yabancı yatırım doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleşebilir.²⁰² Uzun vadeli olması yönüyle dolaylı yatırımlardan ayrılan doğrudan yatırımlarda yatırımcı bir ev sahibi devlet tabiiyetinde bir şirkette söz sahibi olmaktadır.²⁰³ Dolaylı yatırımlarda ise yatırımcının ana odağı kâr elde etmek olup ev sahibi devlet tabiiyetindeki bir şirkette söz sahibi olmak, bu şirketin kontrolünü elinde bulundurmamak amacı bulunmamaktadır.²⁰⁴ Yatırım tahkimi açısından doğrudan ve dolaylı yatırımlar arasında bir fark bulunmadığı söylenebilir.²⁰⁵

Yatırım kavramının düzenlenişi bakımından yatırım anlaşmaları, her tür yatırımın anlaşmaya dahil ediliği ve bu her tür yatırıma birkaç yatırım türünün örnek verildiği

¹⁹⁶ Erkan, (Milletlerarası), s.203.

¹⁹⁷ Sattorova, s.17; Erkan, (Milletlerarası), s.203/204.

¹⁹⁸ Örneğin UNCITRAL Tahkim Heyetince incelenen Romak v. Uzbekistan dosyasında Salini ölçütünün benimsendiğine ilişkin bkz. Sattorova, s.17/18.

¹⁹⁹ Sattorova, s.18; Erkan, (Milletlerarası), s.210; Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.56.

²⁰⁰ Sattorova, s.18.

²⁰¹ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.56.

²⁰² Erkan, (Milletlerarası), s.181/191.

²⁰³ Erkan, (Milletlerarası), s.182; Doğrudan yabancı yatırımlarda maddi ve da gayri maddi mal varlığı bir yabancı yatırımcının kontrolünde kaynak devletten ev sahibi devlet ülkesine, ev sahibi ülkeye katkı sağlamak üzere aktarılır. Bkz. Işık, s.129.

²⁰⁴ Erkan, (Milletlerarası), s.183.

²⁰⁵ ICSID'in yargılama yetkisi açısından doğrudan-dolaylı yatırım ayrımı yapılmadığına ilişkin Erkan, (Milletlerarası), s.182. Aksi yönde Işık, dolaylı yatırımların doğrudan yatırımlarla kıyaslandığında risk barındırmadığına değinerek bu yatırımların akitsel korumadan yararlanmaması gerektiğine işaret etmektedir. Işık, s.128.

örnekleme; nelerin yatırım olarak kabul edileceğinin ve/ya edilmeyeceğinin sınırlı şekilde ortaya konduğu tahdidi ve hakemlere geniş takdir yetkisi tanıyan karma liste yöntemleri olmak üzere üç tipe ayrılabilir.²⁰⁶

Kişinin yatırım hakkında ve yatırımcı sıfatıyla taraf olduğu sözleşmeler yatırım anlaşması kapsamında ele alınabilirken yatırım konusunda belirli bir odağı bulunmayan ticari sözleşmelerin yatırım kavramıyla bağlantı kurulamadığından yatırım anlaşması kapsamı haricinde olacağı söylenmektedir.²⁰⁷ Ayrıca yabancı bir yatırım uyuşmazlığının şemsiye hükme dayandırılması için yatırımın gerçekleşmiş olması gerekmediği söylenebilir; ancak uyuşmazlık yatırım anlaşmasının uygulamaya konulmasından sonra ortaya çıkmış olmalıdır.²⁰⁸ Davacının yabancı yatırımcı olması ve iddiasının, yani dava konusunun yatırım faaliyetine ilişkin olması hükmün uygulanması için yeterlidir.²⁰⁹ Yatırım yapılmasına yakın olarak devletten bir yatırımın devralınması, yatırımın devam ettirilmesi ya da kurtarılması gibi birtakım konulara ilişkin sözleşmeler de yatırımcıyı bu sıfatıyla etkiliyorsa yatırım anlaşması kapsamında değerlendirilir,²¹⁰ dolayısıyla bu sözleşmeleri de şemsiye hükmün kapsamında tutmak mümkündür.

2.Yabancı Yatırımcı

Her ne kadar şemsiye hükmün odağında yabancı yatırım bulunsa da bazı hüküm düzenlemelerinde yabancı yatırımcılar hakkında üstlenilen yükümlülükler de anlaşma kapsamına alınabilmektedir.²¹¹ Dolayısıyla yatırımın öznesi yatırımcının kim olduğu sorusu şemsiye hükmün kapsamında başka bir belirleyici unsur olabilir. Bir anlaşma hükmü olan şemsiye hükümden istifade edebilecek olan yabancı yatırımcının diğer akit

²⁰⁶ Ayrıca diğer tipolojik ayırım için Erkan, (Milletlerarası), s.184/187.

²⁰⁷ Naniwadekar, s.188.

²⁰⁸ Yatırım anlaşmalarındaki tahkimin gelecekteki yatırım uyuşmazlıklarını kapsadığına ilişkin bkz. Harten ve Loughlin, s.127.

²⁰⁹ Yatırım uyuşmazlıkları konusunda yetkili ICSID Tahkiminde Heyet *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica* kararıyla yetkisinin tespitinde davacının faaliyetinin yatırımla alakalı olmasını yeterli görmüştür. Bkz. Torun, s.104.

²¹⁰ Naniwadekar, s.188.

²¹¹ Örneğin Enerji Şartı Anlaşması.

devletin tabiiyetinde olması gerekir ki bu durum yabancı yatırımlara ilişkin tahkim yargılamasında kişi bakımından yetki şartı olarak değerlendirilmektedir.²¹²

Şemsiye hükmün uygulanabilirliği için gerçek kişiler bakımından vatandaşlığın tespitinde ev sahibi devletin, iç hukuku nazara alınacaktır; ancak burada ev sahibi devletin yetkisi sınırsız olmayıp²¹³ üstlendiği herhangi bir uluslararası sorumluluk varsa dikkate alınmalıdır. İç hukuka uygun olarak verilen ya da geri alınan vatandaşlık uluslararası hukuka aykırı ise şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilmeyebilir.²¹⁴ Yatırımcının hem ev sahibi devlet hem de diğer akit devlet nezdinde çifte vatandaşlığı var ise, ICSID Anlaşmasının uygulanabilirliğini de etkilediğinden, genel eğilim yatırım tahkimine başvurulamayacağı, yani bu kişiye şemsiye hükmün uygulanamayacağı yönündedir.²¹⁵ Ancak vatandaşlık ev sahibi devlet tarafından diğer akit devlet vatandaşı yabancı yatırımcıya yapacağı yatırım dolayısıyla verilmişse bu durum yatırımcının şemsiye hükümden istifade etmesine engel teşkil etmez.²¹⁶

Tüzel kişiler bakımından anlaşmada akit devlet ülkesindeki yatırımcıların akit dışı üçüncü bir ülkede kontrol ettikleri şirketler de yabancı yatırımcı statüsüne taşınabilir.²¹⁷ Yine akit dışı devlet ülkesindeki tüzel kişilerin akit devletlerden birinde faaliyetleri bulunmaktaysa diğer akit devlet ülkesindeki faaliyetlerinde yabancı yatırımcı statüsünde kabul edilebilirler.²¹⁸ Sonuç olarak tüzel kişiler bakımından yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcı kuruluş yeri, idari merkez ya da kontrol yeri esas alınarak tanımlanabilmektedir.²¹⁹ Ayrıca yabancı yatırımcıdan söz edilebilmesi için bu kişinin ev sahibi ülkede kar amacı bulunması dahi gerekmemektedir.²²⁰

H&H v. Mısır kararında Heyet ihlal iddiasının ileri sürüldüğü tarihte davacı yabancı yatırımcının diğer akit devlet nezdinde kayıtlı bir kişiliğin olmasını yeterli saymıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, iddianın ileri sürülmesinden önce diğer akit devlet

²¹² ICSID tahkimine ilişkin ayrıntılar için bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.32.

²¹³ Erkan, (Milletlerarası), s.230.

²¹⁴ Tahkim yargılamasında yetkiye etki eden vatandaşlık kavramına dair Erkan, (Milletlerarası), s.230.

²¹⁵ Erkan, (Milletlerarası), s.234.

²¹⁶ Ibid, s.234.

²¹⁷ İsveç Krallığı ve Moğolistan arasındaki yatırım anlaşmaları örneğiyle Giray, s.220.

²¹⁸ Harten / Loughlin, s.139.

²¹⁹ Erkan, (Milletlerarası), s.223/240 vd.

²²⁰ TR-ABD ve TR-Japonya aralarındaki 1993 tarihli YKKTA'lara atıfla Giray, s.219.

nezdindeki 18 yıllık vergi borcunu kapatan yabancı yatırımcının, bu borcu nedeniyle bir dönem tüzel kişiliğinin tecil edilmiş olmasının yabancı yatırımın tespitinde bir önemi olmadığını belirtmiştir.²²¹ Ancak burada diğer akit devlet nezdindeki tüzel kişilik hakkında verilen tecil kararının, borçların ifasıyla geriye etkili olarak kaldırıldığını da vurgulamak gerekir.²²² Dosyada Heyet yabancı yatırımcı statüsünü tespit ederken diğer akit devlet nezdindeki kişiliğin o devlet iç hukukunun sınır dışında geçerli olmaması nedeniyle yurtdışında (ilgili dosya bakımından Mısır'da) gerçekleşen uyumsuzluk konusu yatırımın geçerliliğini ve sözleşmelerin ifasını etkilemeyeceğini ifade etmektedir.²²³ Bu ifade akit devletlerin denetiminde olmayan birtakım yatırımların korunmasına sebep olabileceğinden görüşe çekinceyle yaklaşmaktayız.

Yatırım sektöründe iç hukukun getirdiği birtakım kıstaslar ya da yatırımcının yabancı olduğu ev sahibi ülkede tek başına risk üstlenmek istememesi gibi durumların getirisi olarak yabancı yatırımcının da hissedarı olduğu ev sahibi ülke mevzuatına göre kurulan tüzel kişilerin faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Yabancı yatırımcının hissedarı olduğu bu gibi tüzel kişilerin taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda şemsiye hükme dayanılıp dayanılamayacağı konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur.²²⁴ *CMS v. Arjantin* kararını inceleyen *Ad Hoc Komite* konu koşulu (*ratione materiae*) ile kişi koşulu (*ratione personae*) arasındaki bağlantıya işaret ederek üzerinde konsensus sağlanan yükümlülüklerin herkese karşı (*erga omnes*) olmadığını vurgulamaktadır.²²⁵ *Komiteye* göre şemsiye hükmün kapsamındaki devletin yükümlülüğü çoğu kez ya iki taraflı bir yükümlülüktür ya da yatırımcı tüzel kişinin yükümlülüğüyle bağlantılıdır.²²⁶ Dahası, yabancı yatırımcı statüsündeki hissedarın tüzel kişiliğin haklarını

²²¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/09/15, H&H Enterprises Investments, Inc.. v. Arab Republic of Egypt, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1012.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.18/21.

²²² Ibid, s.21.

²²³ Ibid, s.21.

²²⁴ Genel olarak bu tür durumlarda ortaya çıkan uyumsuzluklarda dolaylı hak sahibi olan yabancı yatırımcının ICSID tahkimine başvurabileceğinin ele alındığı ICSID Anlaşması'nın 25/2-b maddesine ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.48.

²²⁵ Honlet / Borg, s.12.

²²⁶ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.25.

doğrudan ileri sürebilmesine rağmen, bu kişiliğin yükümlülükleriyle bağlı olmaması ICSID Konvansiyonu'nun 25/2-b maddesinin içeriğini boşaltır.²²⁷

*CMS v. Arjantin*²²⁸ Ah Hoc Heyeti diğer yandan bu durumun yalnızca iki ihtimalde mümkün olduğunu belirtmektedir. Heyetin görüşüne göre ya mevcut hukuk düzeni yatırımcı tüzel kişiliğin hissedarı olan yabancı yatırımcıya böyle bir hak tanıyordur²²⁹ ya da şemsiye hüküm düzenlemesi böyle bir hakkın tanındığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir.²³⁰ Yabancı yatırımcının yüzde yüz hissedarı olduğu şirketin taraf olduğu sözleşmeden doğan yükümlülüklerle ilişkin *Burlington v. Ekvator* kararında Heyet, yabancı yatırımcının sözleşmeyi imzalamamış olması karşısında hissedarı olduğu şirketin haklarına doğrudan dayanarak iddiada bulunamayacağını, dolayısıyla iddianın hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir.²³¹ *Continental v. Arjantin*

²²⁷ Honlet / Borg, s.25.

²²⁸ Karar hakkında açıklama için bkz. Honlet / Borg, s.8.

²²⁹ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.25;* Bu yorum sözleşmede yer alan yatırım kavramının akitte yer alan şemsiye hükmün kapsamını şekillendirebileceği düşüncesini doğrulamaktadır. İç hukukta yabancı yatırımcının taraf olmadığı sözleşmeyle bağlı tutulduğu bir uyuşmazlık olarak ABD Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelen *Adams v. Raintree Vacation Exchange LLC* dosyası bu konuda yol gösterici olabilir. İlgili dosyada davacı şirket sözleşme akdettiği DTR'nin davalının bağlı iştiraki haline gelmesi üzerine davalıyla yaşadığı uyuşmazlık sebebiyle DTR ile akdettiği sözleşmede yer alan merci seçim hükmüne dayanır. Yüksek Mahkeme uyuşmazlık konusuyla davalı arasında bağlantı bulunması ve davacının hükmü kullanması için bir sebebi bulunması karşısında davacının dayanağını doğrulamıştır. Konuyu inceleyen *Woodard* da bu hükmün geniş yorumlanması gerekliliğini savunur. Ayrıntı için bkz. *Woodard, Monika L., Ghosts Have Rights Too! A New Era In Contractual Rights: Third-Party Invocation In Forum Selection Clauses.* St. Thomas Law Review, 26, 2014, s.469/495. Örneğin ICSID Anlaşması'nın 25/2-b maddesi ICSID Tahkim Merkezi'nin ev sahibi devlete tabii kişilerle ev sahibi devlet arasında çıkacak uyuşmazlıklarda yetkili olmadığına ilişkin kurala bir istisna getirmiş, ev sahibi devlete tabii ve fakat diğer akit devlet kontrolündeki kişilerin de ICSID Tahkim Merkezi'nden istifade edebilmelerinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Yabancı yatırımcının kontrol ettiği kişinin ev sahibi devlet nezdinde yabancı yatırımcının haklarından istifade edebilmesi için gerekli koşullara ilişkin Erkan, (Milletlerarası), s.258 vd.

²³⁰ Zira Komite, şemsiye hükmün kapsamı noktasında değil, fakat yabancı yatırımcının YKTA'ya dayanarak hissedarı bulunduğu şirketin haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunması bakımından YKTA'da yabancı yatırımcının şirket idaresindeki kontrol gücü ya da hisse payına ilişkin herhangi bir çoğunluk kıstasının getirilmemiş olması karşısında hisse payı düşük olmasının bir engel oluşturmadığını kabul etmiştir. Bkz. *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.18/25.*

²³¹ *Hamamoto*, Heyetin gerekçesini tatmin edici bulmamaktadır. Bununla birlikte kararda yer alan YKTA'nın amaç ve gayesine dayandırılan diğer değerlendirmelerle sonuç doğrulanmıştır. Konuya ilişkin bkz. *Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador* kararı hakkında bkz. *Hamamoto*, s.451/452.

kararında ise Heyet şemsiye hükmün kapsamının metnin analiziyle ortaya konacağını ve burada “yatırımlar hakkında” ifadesi bulunması karşısında artık davacı yabancı yatırımcının hissedarı olduğu şirketin kural olarak kapsam haricinde tutulamayacağını belirterek karşıt yönde bir çıkarımda bulunmuştur.²³² Doktrinde *Continental v. Arjantin* kararını teyit edici olarak hüküm metninin yabancı yatırımcının sözleşmenin doğrudan tarafı olması koşulu getirmediği “yatırımlar hakkında” ifadesi karşısında artık hüküm kapsamının doğrudan yatırımcıyla sınırlandırılmayacağına ilişkin görüşler ortaya konulmuştur.²³³ Aslına bakılırsa *Burlington v. Ekvator* kararında da Heyetin dayanağı bu kez “yükümlülük” kavramına yapılan vurguyla yine hüküm metnidir.²³⁴ Bu kararda Heyet hüküm kapsamındaki yükümlülüğün sağladığı hakkın sahibinin ilgili hukukla belirleneceğini ortaya koymuştur.²³⁵ Genellikle yabancı yatırımcının ev sahibi akit devlet ülkesinde faaliyet gösterebilmesi için bu ülkede kayıtlı bir tüzel kişiliğinin bulunması gerekir ve hatta birtakım sektörlerde yabancı yatırımcının tek başına faaliyet göstermesi ulusal güvenlik gibi nedenlerle iç hukuka göre mümkün değildir. Yükümlülüğün sağladığı hakkın sahibinin iç hukuka göre belirlenmesi makul bir çıkarım ise de bu hakkın sahibi olan tüzel kişiliğin paydaşı olan yabancı yatırımcıların tüzel kişinin haklarından istifade edebilmesinin iç hukukla önüne geçilmesi akdin amacına ters bir sonuca kapı aralayabilir. Kaldı ki yabancı yatırımcı yüzde yüz hissedarı olsa dahi ev sahibi ülke mevzuatına uygun tüzel kişilik ev sahibi devlet hukukuna tabi olduğundan yabancı yatırımcı sıfatı yoktur. Bu tarz bir kaçış yolunun önünün açılması *yararlı etki ilkesiyle* de ters düşmektedir.²³⁶ Zira aynı kararda Heyet üyesi *Vicunã* da şemsiye hükme yalnızca yatırım sözleşmesini imzalayan şirketin dayanabileceğinin söylenmesinin hükmü işlevsizleştirileceğini belirtmiştir.²³⁷

EDF-SAUR-Léon v. Arjantin kararında ise Heyet imtiyaz sözleşmesinde yerel şirketin hissedarlarına da taahhütler verilmiş olması karşısında hissedar yabancı yatırımcıların da bu sözleşmeden doğan birtakım hakları olduğuna kanaat getirmiştir.²³⁸

²³² Hamamoto, s.452.

²³³ Ibid, s.456.

²³⁴ Ibid, s.456.

²³⁵ Ibid, s.456.

²³⁶ Ibid, s.457.

²³⁷ Ibid, s.457.

²³⁸ Ibid, s.454.

Mevcut durum karşısında konuya ilişkin katı bir çıkarımda bulunmak akdin ve sözleşmenin yazım dilinde farklılıklar bulunması karşısında pek de mümkün görünmemektedir. *CMS v. Arjantin* kararını değerlendiren *Ad Hoc Komitesi*'nin kıstasları dikkate almaya değer görünmekte ve genel eğilim de bu kıstaslar etrafında seyretmektedir. Bu anlayış hem iç hukuku dışlamamakta hem de iç hukuka rağmen şemsiye hükmün yatırımcı lehine yorumuna müsaade etmektedir.

Son olarak bir yabancı yatırımcının şemsiye hükümden istifade edebilmesi için *paravan şirket*²³⁹ olmaması gerekebilir. Yabancı yatırımcı sıfatının dürüstlüğe aykırı olarak birtakım borçlardan kaçınılması amacıyla kullanılıyor olması durumunda, yabancı yatırımcı sıfatını haiz bu kimsenin o sıfatın sahip olduğu haklardan istifade etmemesi gerektiği düşüncesiyle yatırım anlaşmalarına *fydalandırmanın reddi hükmü (denial-of-benefits clause)* konulabilmektedir.²⁴⁰ Böylece ev sahibi devletin ya da akit dışı herhangi bir devletin tabiiyetindeki kişiler diğer akit devlet aracılığıyla yatırım anlaşmasının koruma ölçütlerinden istifade edemeyeceklerdir ve yabancı yatırımların korunmasında mütakabiliyet esası sağlanacaktır.²⁴¹ Ancak anlaşmada faydalandırmanın reddi hükmü bulunmadığı durumlarda ev sahibi devlet tabiiyetindeki kişiler tarafından kontrol edilen diğer akit devlete tabi tüzel kişilerin ICSID Anlaşması'nın 25'inci maddesine göre yatırımcı sıfatı taşıyacakları söylenmektedir.²⁴²

3.Eylemin Devlete İsnat Edilebilirliği

²³⁹ Paravan şirket ev sahibi devlete ya da diğer akit devlete tabi ve fakat o devlet ülkesinde ekonomik faaliyet göstermeyen ve/ya malvarlığı bulunmayan şirkettir. Ev sahibi devlete tabii paravan şirketler faydalandırmanın reddi hükmü nedeniyle şemsiye hükümden istifade etmezler. Diğer akit devlete tabii kişiler ise anlaşmada özel olarak belirtilmediği sürece bu hüküm kapsamında tutulmamaktadırlar. Ayrıntılar için Erkan, (Milletlerarası), s.255.

²⁴⁰ Erkan, (Milletlerarası), s.252.

²⁴¹ Stanivukovic, Maja, **State-Investor Disputes Connected To Foreign Investments In The Nuclear Energy Sector: A Review Of The Two Cases Arising Under The Energy Charter Treaty**. Proceedings of Novi Sad Faculty of Law, 45-3, 2011, s.267.

²⁴² Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.50.

Devletin uluslararası hukuka aykırı her tür eylemi onun sorumluluğunu doğurur. Yine de devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran eyleme ilişkin genel ve alışılmış bir çözümün benimsenmesinin hatalı olduğu söylenebilir,²⁴³ ilgili uluslararası hukuk kuralına ilişkin eylem özel koşullarla tanımlanmalıdır.²⁴⁴

Bir uyuşmazlıkta şemsiye hükmün uygulanabilirliği için hem ihlal devlete isnat edilebilir olmalı²⁴⁵ hem de bu ihlal şemsiye hükmün de ihlali anlamına gelmelidir.²⁴⁶ Tahkim kararlarının bu iki koşul için farklı dayanaklar sundukları görülmektedir.²⁴⁷

Eylemin konusunu oluşturan yükümlülüğün devlete isnat edilebilirliği süreklilik arz etmelidir. Diğer bir ifadeyle devletin şemsiye hüküm kapsamında sorumlu tutulabilmesi için üstlenilen yükümlülüğün, ortaya çıktığı andan ihlal edildiği iddiası gündeme gelene kadar devlete isnat edilebilir olması gerekir.²⁴⁸

Devlete isnat edilebilirliğin bir koşulu olarak devletin uyuşmazlık konusu hukuki işlemin tarafı olması, daha net ifadeyle bu işlemi gerçekleştiren kişinin devleti temsil etmesi gerekir.²⁴⁹ Aksi takdirde şemsiye hükme dayandırılan hukuka aykırılık iddiaya karşı olarak yetki itirazı öne sürülebilir.²⁵⁰ Bu nedenle şemsiye hükmün yükümlüsü olan devletten ne anlaşılması gerektiği sorusu açıklanmalıdır.

Daha önce de bahsettiğimiz üzere her ne kadar yabancı yatırımcı akitsel korumaya tabi kılınıyorsa da şemsiye hükmün sözleşmesel yükümlülüğün amaç ya da kapsamını uluslararası hukukun konusuna dönüştürme etkisi bulunmadığı söylenmektedir.²⁵¹ Bu görüşe göre sözleşmesel borçlunun kimliğinin tespiti ise sözleşmenin tabi olduğu iç hukuka göre belirlenmelidir.²⁵² Yine bu görüşü benimseyen baskın eğilime göre sözleşme

²⁴³ Feit, Michael, **Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock?**, Minnesota Journal of International Law, 21-1, Winter 2012, s.30.

²⁴⁴ Ibid, s.30.

²⁴⁵ Smutny, Abby Cohen / Hellbeck, Eckhard R., **The Allocation of Jurisdiction Between International Arbitral Tribunals and Local Courts in Investor-State Disputes**. White & Case LLP, Mar 2007, s.1.

²⁴⁶ Feit, s.22.

²⁴⁷ Ibid, s.22.

²⁴⁸ Ibid, s.31.

²⁴⁹ Hamamoto, s.464; Feit, s.26.

²⁵⁰ Erkan, (Milletlerarası), s.29.

²⁵¹ Petrochilos, s.271.

²⁵² Petrochilos, s.271.

akdedilen kurumun tabi olduğu iç hukukta devletten ayrı bir tüzel kişiliği varsa²⁵³ ve/veya yükümlülükleri bir devlet organının sahip olduğu yükümlülükler değilse yatırımcı sözleşmesel ihlali şemsiye hükme dayandıramaz.²⁵⁴ Yatırım tahkimi henüz ortada yokken *Mann*, ayrı tüzel kişiliği bulunsa dahi tek hissedarlı şirketler gibi devlet vasıtalarının taahhütlere uyma kavramının kapsamında bulunduğunu belirtmişti.²⁵⁵ Buradan hareketle bağımsız tüzel kişiliğin bulunması ya da kurumun karar almadaki bağımsızlığının, yükümlülüğün devlete isnat edilebilirliğinde yalnızca güçlü emareler olabileceği; ancak belirleyici olmadığı da söylenmektedir.²⁵⁶ Benzer olarak *Ago*, yükümlülüğün ihlali iddiasının konusunu oluşturan faaliyet hem devlet eliyle hem de özel sektör kanalıyla görülüyorsa devlet dışı kurumların eylemlerinin devletin uluslararası sorumluluğundan bağımsız tutulmaması gerektiğini belirtmektedir.²⁵⁷

Doktrinde devlete isnat edilebilirlik sorununun iç hukukla açıklığa kavuşturulmasına haklı olarak karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır.²⁵⁸ Zira böyle bir yaklaşım devletin şemsiye hükümden kaçışına kapı aralar. *Hamamoto*, şemsiye hükmün tarafı olan devletin, uluslararası yorum kurallarına göre açıklanması gerektiğini belirtmektedir.²⁵⁹ Uluslararası hukukta devletten ayrı tüzel kişiliği bulunan bir kurumun devleti temsil etmesi imkânsız değildir.²⁶⁰ Dahası ona göre iç hukuka uygun olarak devletten ayrı hukuki kişiliği haiz kurumlar, uluslararası kamu hukukuna göre devleti bağlayan uluslararası anlaşmalar dahi akdedebilirler²⁶¹ ki ayrıca *yararlı etki ilkesi* de bu yorumu gerektirir. *Petrochilos* da anlaşma iç hukuka atıf yapmıyor ise isnat edilebilirlikte uluslararası hukukun esas alınmasının uluslararası yorum ilkelerine daha uygun olduğunu

²⁵³ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/03/3, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.73.

²⁵⁴ *Petrochilos*, s.271.

²⁵⁵ *Honlet / Borg*, s.20.

²⁵⁶ *Petrochilos*, s.265.

²⁵⁷ *Ibid*, s.266.

²⁵⁸ *Petrochilos*, s.272; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* kararını eleştiren *Hamamoto* görüşü için bkz. *Hamamoto*, s.458/459.

²⁵⁹ *Hamamoto*, s.458/459.

²⁶⁰ *Petrochilos*, s.265; *Hamamoto*, s.458/459.

²⁶¹ *Hamamoto*, s.459.

belirtir,²⁶² zira uluslararası hukukun bölünmez bir bütün olarak tanımladığı²⁶³ devletin iç hukukta nasıl konuşlandığını görmek zor olabilir.²⁶⁴

a.Devletin Uluslararası Sorumluluğuyla Bağlantısı

Eylemin devlete isnat edilebilirliğinde uluslararası hukuka bakılması gerektiğine işaret eden *SGS v. Pakistan* kararında Heyet devletin sorumluluğu hukuku kapsamında devlete isnat edilebilirlikte taahhüdün öznesinin herhangi bir kamu kurumu olabileceğini belirtmiştir.²⁶⁵ Bu noktada *Crawford* kamu kurumlarının faaliyetleri yalnızca özel ve ticari mahiyette ise uluslararası kamu hukukunda bu kurumların devlet kavramının kapsamına dahil edilmediğini ifade eder.²⁶⁶ *Crawford* her ne kadar uluslararası hukukta yükümlülük ihlalinde devletten ayrı tüzel kişiliğin bulunması sorumluluktan kaçışa izin vermeyecekse de YKKTA'ya dayalı olarak düzenlenen sözleşmesel ihlal iddialarının yalnızca devlete yöneltilebileceğini, devletten ayrı tüzel kişiliği olan kurumlara yöneltilemeyeceğini belirtir.²⁶⁷ Şemsiye hükmün tarafı olan devletin tanımında iç hukukun mu yoksa uluslararası hukukun mu belirleyici olduğu tartışmalarını bir kenara bırakırsak, *Crawford*'un bu çıkarımını, şemsiye hükmün ihlalinde anlaşmaya dayalı yargılama usulünün aslında değişmediğine odaklanmak ve ileride detaylı olarak analiz edeceğimiz akitsel ve sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükümlerinin yarıştırılması noktasında bir öngörü sayıyoruz.

Şemsiye hükmün kapsamına ilişkin tartışmaların dışına çıkılırsa genel olarak devletin sorumluluğunun unsurlarıyla herhangi bir kişinin eyleminin devlete isnat edilebilmesinin farklı olduğu,²⁶⁸ sorumluluğun unsurlarının uluslararası hukuk çerçevesinde ortaya konması gerekirken, devlete isnat edilebilirlikte iç hukukun nazara

²⁶² Petrochilos, s.272.

²⁶³ Crawford, James, **The International Law Commission's Articles On State Responsibility Introduction, Text and Commentaries**, 2. Baskı, Cambridge, Cambridge University Yayıncılık, 2003, s.82/83.

²⁶⁴ Petrochilos, s.272.

²⁶⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.363.

²⁶⁶ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.333.

²⁶⁷ Honlet / Borg, s.20/21.

²⁶⁸ Feit, s.29; Honlet / Borg, s.20/21; Uzun, Elif, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.77.

alınabileceği belirtilmektedir.²⁶⁹ Bir kişinin eyleminin devlete isnat edilebilmesi için bu kişinin devlet örgütlenmesi içerisinde yer alması ve devlet adına, yani kamu gücüyle hareket etmesi gerekmektedir.²⁷⁰ Ancak yine de isnat edilen eylemi gerçekleştiren kişinin iç hukukta devleti temsile yetkili olmaması durumunda devletin sorumluluğunun doğmayacağı mutlak bir kural değildir.²⁷¹ “... [k]işinin eylemi başka koşulların varlığında devletin sorumluluğunu doğurabilir ya da en azından dolaylı şekilde, özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle devlet sorumlu tutulabilir. ...”²⁷² Uzun’un da eserinde yer verdiği üzere,²⁷³ Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonunca benimsenen Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna ilişkin metnin 4’üncü maddesinde görevi ve örgütlenme içerisindeki yeri ne olursa olsun devlet organlarının davranışları devlet eylemi olarak anılmış,²⁷⁴ 5’inci maddede ayrıca devlet organı olmasa dahi kamu gücünü kullanmak yetkisine sahip kişilerin bu yetkiye dayalı davranışları da devlet eylemi kapsamında tutulmuştur.²⁷⁵ İlgili hükümler akitsel temelli şemsiye hükümler için bağlayıcı değilse de devlete isnat edilebilirlik konusunda uluslararası hukukun baz alınacağı görüşü savunulursa devletin, kimlerin hangi türden işlemleri nedeniyle sorumlu tutulabileceğine dair yol gösterici olabilir. Örneğin *El Cana v. Ekvator* kararında Heyet, aynı metnin 5’inci ve 8’inci maddelerinden yola çıkarak devletin sözleşmenin icrasında ve bitiminde müdahalesini sözleşmesel taahhüt kabul ederek eylemin devlete isnat edilebilirliğine karar kılmıştır.²⁷⁶ Bu olayda sözleşmenin asıl tarafı olan oluşuma ilişkin olarak iç hukukta yer alan “devletin *Petroecuador* vasıtasıyla taraf olduğu” ibaresi Heyetin kararında doğrudan etkili olmamıştır.²⁷⁷ Benzer olarak *Southern Pacific v. Mısır* kararına uygun olarak verilen *Kardassopoulos v. Gürcistan* kararında Heyet, devletin 5’inci madde gereği sorumlu olduğuna ulaşmıştır.²⁷⁸ Bu karara ilişkin olayda Heyet devletin, kamu iktisadi teşebbüsün taraf olduğu ortak girişim (*joint*

²⁶⁹ Uzun, s.77.

²⁷⁰ Ibid, s.63.

²⁷¹ Ibid, s.77.

²⁷² Ibid, s.77.

²⁷³ Ibid, s.77.

²⁷⁴ ICSID Heyeti, *Waguih Elie Geroge Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt* kararında m. 4’ün isnada ilişkin genel kuralları içerdiğini dolayısıyla haksız fiil olmayan eylemlere de uygulanabileceğini belirtmektedir. Karar hakkında Feit, s.31; Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

²⁷⁵ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

²⁷⁶ Feit, s.34.

²⁷⁷ Feit, s.34.

²⁷⁸ Ibid, s.33.

venture) sözleşmelerinde öngörülen imtiyazlarla yakından ilgilendiğini, hatta Enerji Bakanlığı'nın bu sözleşmeleri imzalayıp onayladığını, bu şekilde davacı yabancı yatırımcıda sözleşmede kararlaştırılan hususların Gürcistan iç hukukuna uygun olduğu algısının yaratıldığını belirtmesi,²⁷⁹ devletin kamu iktisadi teşebbüslerinden ayrıştırıldığı gibi bir algı yaratmaktadır. Şemsiye hükümler bakımından neticede kesin olarak söylenebilecek olan çıkarım: Herhangi bir yatırım uyuşmazlığını şemsiye hükme dayandırmak isteyen yabancı yatırımcının elinde uyuşmazlık konusu eylemi devletin gerçekleştirdiğine dair güçlü emareler bulunmalıdır.²⁸⁰

b.İsnat Edilen Eylemin Hukuki Niteliği

Yatırım uyuşmazlığının şemsiye hüküm kapsamına sokulabilmesinde devletten ayrı hukuki kişiliğin bulunup bulunmayacağı tartışmaları haricinde az önce belirttiğimiz üzere yükümlülüğün bir devlet organının sahip olduğu yükümlülükler olup olmadığı koşulu da değerlendirmeye alınmıştır. Daha net bir ifade ile isnat edilen yükümlülük ihlalinin şemsiye hükme dayandırılabilmesi için bu ihlal devletin hükümran eylemlerinden mi kaynaklanmaktadır yoksa özel hukukun ağırlık kazandığı ticari bir uyuşmazlık da şemsiye hükme dayandırılarak devletin akitsel sorumluluğunu gündeme getirebilir mi? Bu sorunun cevabının öneminin sorumluluğun kapsamının tespitinden ziyade sonuçlarında kendini göstereceği söylenmektedir.²⁸¹ *Noble Venture v. Arjantin* kararında Heyet eğer hükümran eylemler şemsiye hükmün kapsamında tutulursa haczedilememe gibi egemenlik bağımsızlıklarının etkilenebileceğini belirtmektedir.²⁸² Heyet görüşüne katılmamaktayız. Devletin hükümran eylemlerinin de dayanağı hukuk olmalıdır, eğer bu eylemlerde herhangi bir hukuka aykırılık varsa nasıl bu eylemlerden zarar gören kişi iç hukuk kapsamında haklarını arayabilmekte ise şemsiye hüküm kapsamında da arayabilmelidir. Hukuka aykırı hükümran eyleme ilişkin yargı yoluna

²⁷⁹ Ibid, s.33.

²⁸⁰ *Hamamoto* ayrıca ev sahibi devletin uyuşmazlık konusu sözleşmenin tarafı olan kurumun kendisini temsil etmediği hususuna açıklık getirmesi gerekliliğine işaret etmektedir. *Hamamoto*, s.463. Bu düşüncüyü şu şekilde yorumlamak yerinde olur kanaatindeyiz: Herhangi bir uyuşmazlıkta davalının devleti temsil ettiğinin ispat yükü her ne kadar iç hukuka göre belirlenmeli ise de devletin kendisini temsil eden kurumları izahtan özellikle kaçınması, bu konuda yönetimde şeffaflık ilkesini zedeleyen tutumları mevcutsa idaresel sorumluluğundan söz edilebilir.

²⁸¹ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.341.

²⁸² Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.341.

başvurabilmek egemenlik bağışıklığına saldırı olarak nitelendirilemez. Zira konuya ilişkin *Cemendos & Aridos v. Mısır* davasında Heyet davalı akit devlete ait şirket ile bu şirketin tabi olduğu ülke iç hukukunda alınan bir idari karar gereği davacı yatırımcıya karşı üstlendiği sözleşmesel yükümlülükleri yerine getirememiş olmasının davalı Şirket bakımından mücbir sebep sayılacağını karara bağlamıştır,²⁸³ yani bu yerine getirememe eylemi şemsiye hükmün ihlali olarak değerlendirilemeyecektir. Bu dosya bazında idari kararın verilmesine ilişkin Hükümet işleminin herkes için geçerli olduğu varsayılırsa bu karara karşı da şemsiye hükmün ihlal edildiği artık söylenemeyecektir, dolayısıyla egemenlik bağışıklığına müdahalenin yolu hayli hayli kapalıdır.

Heyet kararlarında yoğunlukla şemsiye hüküm kapsamında devlet, az önce bahsettiğimiz uluslararası kamu hukukunda devlet kavramına uygun olarak yalnızca hükümran eylemlerinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulmaktadır. Kararlar bu konuda şemsiye hükmün dar yorumlanmasına, onun basit anlamına odaklanmaktadır.²⁸⁴ Konuya ilişkin olarak *Bosh v. Ukrayna* kararında Heyet, YKKA'nın yorumunda (devlet ile devlet kurumu kavramlarının ayrıldığına da işaret ederek) idari otoriteyle ilişkisi bulunmayan tamamen ticari bir faaliyet olan sözleşmenin yapılması ve uygulanmasına ilişkin üniversite eyleminin ev sahibi devlete isnat edilemeyeceğine,²⁸⁵ bu sözleşmeyle yatırıma ilişkin herhangi bir yükümlülük üstlenilmediğine²⁸⁶ işaret etmektedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu'na ilişkin benimsediği ilkelerin 4'üncü maddesine atıf yapan ilgili Heyet, kişi ya da kurum devletin idari yetkileriyle donatılmışsa bunların eylemlerinin uluslararası hukukta bir aşamada devletin eylemleri olarak kabul edileceğini de ayrıca belirtmektedir.²⁸⁷ Benzer görüş *El Paso v. Arjantin* ve *LLC v. Arjantin* kararlarında da benimsenmiş, Heyetler devletin hükümran eylemlerinden doğan yükümlülükleriyle tacir

²⁸³ Ibid, s.342.

²⁸⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines, Eureka B.V. v. The Republic of Poland, Noble Ventures, Inc. v. Romania, Duke Egery Electroquill Partners & Electroquill S.A. v. Republic of Ecuador, Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay* kararlarına ilişkin Yannaca-Small, Katia, **Case Comment BIVAC BV v Paraguay versus SGS v Paraguay**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 28-2, November 2013, s.308/309.

²⁸⁵ Hamamoto, s.462; Fouret / Khayat, s.515.

²⁸⁶ Fouret / Khayat, s.515.

²⁸⁷ Petrochilos, s.266.

sıfatıyla üstlendiği yükümlülükler arasındaki farka odaklanarak şemsiye hükmün kapsamını yalnızca hükümran eylemlerden doğan yükümlülüklerle sınırlandırmıştır.²⁸⁸ *Wena Hotels v. Mısır* kararında da Heyet ticari mahiyetteki yatırım uyuşmazlıklarının YKKTA kapsamında değerlendirilemeyeceğini karara bağlamıştır.²⁸⁹ *CMS v. Arjantin* kararında ise yine Heyet, akdin koruma stadardına tabi olan sözleşmesel hakların sözleşmenin tamamen ticari sonuçlarını kapsamadığını, ancak hükümetin ya da kamu kurumlarının yatırımcıya ciddi bir müdahalesi var ise akdi korumanın söz konusu olabileceğini belirtmiştir.²⁹⁰ İlgili uyuşmazlık konusunun bütünüyle idari kararlara dayanmasını da hükümran eylemin bir ifadesi olarak değerlendirmiştir.²⁹¹ Eserinde *Halonen ve Walde*'nin görüşlerine yer veren *Çal* eğer ticari sözleşmeler hakkındaki uyuşmazlıkların da akitsel ihlale dayandırılarak tahkime götürülmesi amaçlanıyorsa buna ilişkin olarak sözleşmelerde düzenleme yapılmış olması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁹² Burada yazar, YKKTA'lar henüz yokken ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılarla imzaladıkları sözleşmelerde ticari tahkim heyetlerini yetkili kılmalarını örnek vermektedir.²⁹³ Yatırım tahkimine değinirken belirttiğimiz üzere bu tahkimin ticari uyuşmazlıkları dışlayıp dışlamadığı hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur.²⁹⁴

Belirtmek gerekir ki “hükümran eylem” uluslararası hukuka dair bir kavram olmadığından²⁹⁵ açıklığa kavuşturulması gerekir.²⁹⁶ Bu konuda çelişki yaratan bir görüş

²⁸⁸ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic ve Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic* kararlarına ilişkin bkz. Salatino, s.57; *Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Philippines* kararını eleştiren *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* kararına ilişkin ayrıca bkz. Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.330. Naniwadekar, s.179.

²⁸⁹ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.330.

²⁹⁰ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.87.

²⁹¹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* kararına ilişkin Honlet / Borg, s.5.

²⁹² Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.325. Çal'ın buradaki görüşleri Crawford'un değindiği, sorunun devlete isnat edilebilirlik değil yargı yetkisinin yorumu olduğu görüşleri destekler görünmektedir.

²⁹³ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.325.

²⁹⁴ Ayrıntılar için bkz. I.A.

²⁹⁵ Naniwadekar, s.179; Akitlerin lafzındaki farklılıkların ya da iç hukuk kurallarının Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun akdin yorumuna ilişkin hükmünde yeri olmadığı ve dolayısıyla yönetsel olarak *hükümran, ticari* ya da *idari* şeklindeki tasniflerin şemsiye hükmün uygulamasında işlevi olmadığına dair bkz. Dolzer / Schreuer, s. 161.

²⁹⁶ *Eureko B.V. v. Republic of Poland* kararında Heyetin hükmü geniş yorumladığı, şemsiye hükmün devletin hangi eylemlerini kapsadığı konusunda mutlak bir ayrımın olmadığı konusunda görüş için bkz. Salatino, s. 58.

SGS v. Paraguay kararında zuhür etmiş, Heyet hükümler devletin her eyleminin hükümler olarak karakterize edilebileceğini, sözleşmenin ticari yönden ihlaliyle hükümler eylem arasındaki sınırı çizmenin zor olduğunu belirtmiştir.²⁹⁷ Bu görüşe benzer olarak *LG&E v. Arjantin* kararında da Heyet taahhütler arasında ticari eylem - hükümler eylem ayırımı yapmamıştır. Yine *Noble Ventures v. Romanya* kararında Heyet, sorumluluğun kapsamı bakımından Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nde devletin hükümler eylemleriyle (*acta iure imperii*) ticari eylemlerinin (*acta iure gestionis*) arasında bir ayırım bulunmadığını belirtmektedir.²⁹⁸ *Çal, Kreindler*'in şemsiye hükümler sözleşmesel ihlalin akitsel ihlale dönüşmesi amaçlanıyorsa devletin eyleminin şemsiye hükümler kapsamına alınması için siyasi güç kullanımının değerlendirmeye alınmasının hükümler içeriğini boşalttığının ileri sürülebileceğini savunduğunu ifade eder.²⁹⁹ Aynı doğrultuda bu kez *Alexandrov*'a atıfla *Çal, Vivendi v. Arjantin* kararında Heyetin sözleşmesel ihlal iddiaları ile uluslararası anlaşmalara dayanan ihlal iddialarının farklı standartlara dayalı olarak karara bağlanacağı görüşüyle devletin hükümler eylemi ile ticari eylemi arasındaki ayırımın kalktığını ortaya koyar.³⁰⁰ Şemsiye hükümler kapsamında eylemin devlete isnat edilebilirliğini sözleşmesel ihlalin kamulaştırılması olarak gören *Çal*³⁰¹, her tür ihlalin şemsiye hükümler kapsamına alınmasının kapsamı fazla genişleteceğini ve hatta az sonra inceleyeceğimiz sözleşmesel uyumsuzluk çözüm hükümlerinin işlevini dahi kaldıracağını belirtir.³⁰² Ona göre şemsiye hükümlerle ticari nitelikteki uyumsuzlukların akitsel uyumsuzluğa dönüştüğünü kabul etmenin mantıksal bir yanı yoktur.³⁰³ Çekinilen durum şemsiye hükme dayanılabilmesi için herhangi bir kıstas oluşturulmaması durumunda yatırım sözleşmelerinin doğrudan akitsel koruma kılıfına

²⁹⁷ Yadava, s.264; Yannaca-Small, s.309.

²⁹⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.74.

²⁹⁹ *Kreindler* bu suretle şemsiye hükümler boş bir kabuk haline getirildiğini belirtmektedir. Görüş için bkz. *Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan)*, s.330.

³⁰⁰ *Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan)*, s.326.

³⁰¹ Bu yaklaşımında *Çal*, şemsiye hükümler nihayetinde gereksiz olduğunu çünkü yatırım anlaşmalarının diğer koruma standartlarının ya da kamulaştırma yasağı hükümlerinin şemsiye hükümler amacını zaten sağladığını belirtir. Bkz. *Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan)*, s.325.

³⁰² *Ibid*, s.328.

³⁰³ *Çal*, görüşünü tarafların iradelerini bu yönde uyuşturmamış olmalarına bağlamaktadır. Bkz. *Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan)*, s.325/341. *Çal*'ın çekinceleri haklı görülebilirse de şemsiye hükümler lafzının geniş yoruma açık şekilde tanzim edilmiş olması devletin ticari eylemlerden doğan ihlal iddialarının da şemsiye hükümler kapsamına alındığı fikrini öteleyememektedir.

alınmasının³⁰⁴ ev sahibi devlet üzerinde ekstrem bir yük oluşturmaması olabilir, yani en başta belirttiğimiz üzere şemsiye hükmün analizinde çıkar çatışmalarının hukuka baskın geldiğini söylemek pek de yanlış değildir.

Yatırım anlaşmasının lafzından devletin hangi organlarının hangi işlemlerinin anlaşmanın ihlali anlamına geleceği ortaya konamıyorsa her halükarda devletin sorumluluğundan söz edilebilir.³⁰⁵ Yani yatırıma ilişkin her tür ihlal iddiası şemsiye hükmü tetikleyebilir.³⁰⁶ Burada isnat edilebilirlik ile sorumluluğu doğuran eylem kavramları arasındaki farka odaklanılırsa özel hukuk kişisi olarak gerçekleştirilen eylemlerine dair ihlal iddialarından dolayı devletin sorumluluğunun doğmadığını söyleyebiliriz. Sözleşmesel ihlal iddialarının akitsel ihlal iddialarından ayrı olduğu ve her ikisinin yargılama usullerinin farklı olduğu görüşü doktrinde dikkate değer şekilde eserlere konu edilmiştir. Öyleki hâlihazırda belirtmek gerekirse yatırımcı ihlal iddiasında ayrıca şemsiye hükmüne dayanmamışsa Heyet bu hükmün ihlal edilip edilmediğini re'sen nazara almayacaktır.³⁰⁷ Bu kapsamda her iki hukuki ilişkide yer alan uyuşmazlık çözüm hükümleri hakkındaki tartışmaların da şemsiye hükmün kapsamını belirleyen bir faktör olarak ortaya konması gerekir.³⁰⁸

c.Yasama İşlemleri ve Yasama Beklentisi

Yasama işlemlerinin şemsiye hükmün kapsamında yer alıp almadığı konusu yasama işlemlerinin ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının karşılıklı müzakere ettikleri

³⁰⁴ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.330.

³⁰⁵ Boden yargı kararlarının, yasama işlemlerinin ve idari herhangi bir işlemin yatırım anlaşmasının ihlaline sebep olabileceğini belirtmektedir. Boden. Bu doğrultuda yatırım anlaşması kapsamında korunan sözleşmenin hangi suretle ihlal edildiğinin pek de önemi kalmadığı söylenebilir.

³⁰⁶ Honlet ve Borg akitsel ihlalin de hükmü tetikleyebileceği belirtir. Bkz. Honlet / Borg. s.18.

³⁰⁷ Çal, (Bakü-Tiflis-Ceyhan), s.335; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay* kararında Heyetin davacı taleplerini red nedenlerinden biri ihlal iddialarının sözleşmeden ziyade YKTA'ya dayandığı hususunda davacının yeterli delil sunamaması olmuştur. Karara ilişkin bkz. Yannaca-Small, s.310.

³⁰⁸ Weissenfels, uyuşmazlık çözüm hükümlerine ilişkin karmaşa çözümlenmediği sürece şemsiye hükmün rolünün ortaya konamayacağını belirtir. Bkz. Weissenfels, s.8/9.

işlemler olmaması yönüyle³⁰⁹ ve devletin özel olarak istikrar taahhüdünün bulunup bulunmadığına göre değişkenlik göstereceğinden³¹⁰ tartışmalıdır. *CMS v. Arjantin* kararını değerlendiren *Ad Hoc* Komitesinde *Crawford*, ev sahibi devletin iç hukukunun ya da regülatif düzenlemelerinin şemsiye hüküm kapsamında olduğunun kabulü ya da iç hukukun yabancı yatırımın kabulüyle dondurulduğu düşüncesine temkinli yaklaşmaktadır.³¹¹ Ona göre ev sahibi devlet iç hukuktaki herhangi bir düzenlemeden yalnızca bu düzenleme uzun süredir yürürlükteyse sorumlu tutulabilir, yoksa şemsiye hüküm devletin iç hukukunu, daha açık ifadeyle yasama işlemlerini kapsamaz.³¹² Uygulamada *CMS v. Arjantin Ad Hoc Heyeti* de, şemsiye hükmün bütün yükümlülükleri kapsamadığını, yatırım anlaşmasında *belirli* ifadesi yer almasa dahi zımnen bu belirliliğin şemsiye hükmün bir koşulu olduğunu ortaya koymaktadır.³¹³ Heyete göre şemsiye hükmün kapsamını ortaya koyan *belirlilik*, yatırım anlaşmasından bağımsız olarak mutabakata varılan yükümlülüklerle ilişkindir. Bu yükümlülükler ev sahibi devlet hukukuna ya da uluslararası hukuka dayanabilir, ve fakat ev sahibi devlet hukukunun dayatması olan genel koşullar belirlilik kavramının içine dahil edilmezler.

Peki, mevcut yasama faaliyetleri ya da başka ifadeyle kanunlaştırma eylemlerinin yapılması değil de tam tersine yapılmaması şemsiye hüküm kapsamında akit devletin sorumluluğunu doğurabilir mi? Bu konuya açıklık getirirken devletin haklı beklentiyle ilgili olarak yatırım anlaşmasında şemsiye hüküm dışında bir yükümlülük üstlenmediğini varsayalım. Şemsiye hüküm yatırımlarla alakalı yasal taahhütlerden doğan ihlalleri kapsar, bu noktada ev sahibi devletin bilhassa ekonomi politikaları hüküm kapsamında değerlendirilemez; yalnızca bu politikalara dayalı olarak değişen hukuk düzeni, yani az

³⁰⁹ Honlet / Borg, s.18/19.

³¹⁰ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* kararını analiz eden Komite yasalaştırma işlemlerinin istikrar hükmü bulunmadığı için kapsam haricinde tutulması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. Honlet / Borg, s.18/19.

³¹¹ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.27/28

³¹² *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2017), s.27/28.

³¹³ *Ibid*, s.25; *Honlet ve Borg*, İsviçre-Filipinler YKKTA'sında yer alan *belirli* kelimesinin ABD-Arjantin YKKTA'sında yer almıyor oluşunun zımnen bu kavramın şemsiye hükmün koşulu olduğu gerçeğini değiştirmedini belirtirler. Bkz. Honlet / Borg, s.12.

önce belirttiğimiz yasalastırma işlemleri, yabancı yatırımcıya verilen taahhütleri ihlal ediyorsa şemsiye hükmün ihlal edilmiş olması ihtimali de gündeme gelebilir.³¹⁴

Mobil Investments & Murphy Oil v. Kanada kararında Heyet haklı beklentiden dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi için üç koşulun gerçekleşmesi gerektiğine değinmiştir.³¹⁵ Bu karar baz alınırca yasama beklentisinden dolayı devletin sorumlu kılınması için devletin açık beyanının bulunması ya da yatırımın teşviki kapsamında durumun devlete isnat edilebilir olması, yatırımcının gerekçelendirerek başvurabildiği objektif bir standartın bulunması ve buna rağmen devletin durumu tanımaması gerekmektedir.³¹⁶ Konuya ilişkin *El Paso v. Arjantin* Heyetinin görüşünü de dikkate alan *Fouret*, bu kararla yatırımcı tarafından kanıtlanmadığı müddetçe haklı beklentilerin devletin yasal taahhüdü olarak dikkate alınmayacağına ortaya konduğunu belirtmektedir.³¹⁷ Yabancı yatırımcı ev sahibi ülkedeki hükümet, politika ve yasa değişiklikleriyle yüzleşmelidir.³¹⁸ Devletin yükümlülüğünü yatırımcının Arjantin iç hukukunda yeri olmayan haklı beklentisinden bağışık tutan³¹⁹ *CMS v. Arjantin Ad Hoc Heyeti*'nin görüşlerinden yola çıkan *Honlet ve Borg* ise haklı beklentinin şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilebileceğini, ancak yine de haklı beklenti tek taraflı bir taahhüde dayanıyorsa çekinceleri olduğunu belirtmektedirler.³²⁰ Konuyu değerlendiren *CMS v. Arjantin Ad Hoc Heyeti* de zira haklı beklentinin şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceğini, fakat yabancı yatırımcının bununla ilgili bir iddiasını YKKTA'da yer alan adil ve eşit muamele dayandırabileceğini belirtir.³²¹ Görüldüğü üzere haklı beklenti devletin yatırımcıyla müzakere ettiği yasal bir taahhüdü olmadığı müddetçe şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir.

³¹⁴ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2017), 37/47.*

³¹⁵ *Fouret*, s.489.

³¹⁶ *Ibid*, s.489.

³¹⁷ *Ibid*, s.489.

³¹⁸ *Ibid*, s.489.

³¹⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina Ad Hoc Komitesi görüşüne ilişkin bkz. Honlet / Borg, s.9.*

³²⁰ *Honlet / Borg, s.17.*

³²¹ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.23.*

Yatırım anlaşmalarında yer alan yasama/kanunlaştırma taahhütlerine de kısaca değinmek gerekirse: Konuya ilişkin *Salini v. Ürdün* dosyasında Heyet davacının dayanağı olan hükmün şemsiye hüküm olmadığını, akit devletin bu hükümle *SGS v. Filipinler* dosyasındaki gibi yatırımlar hakkında üstlenilen her yükümlülüğe uymayı ya da *SGS v. Pakistan*'da olduğu gibi diğer akit tarafın yatırımcısına karşı üstlendiği yükümlülüklere uymayı değil diğer akit devlet yatırımcısı lehine kendi ülkesinde bir yasal çerçeveye kurmayı ve bunu devam ettirmeyi taahhüt ettiğini belirtmiştir.³²²

Yasama/kanunlaştırma taahhüdü yatırım anlaşmasında şemsiye hükümden bağımsız ayrı bir hüküm olarak yer alabilmektedir. Eğer akit devletler ilgili anlaşmayla bu konuda bir hüküm tesis etmemişlerse devletin yatırımcıya karşı sunduğu yasama taahhütlerinin, bu taahhütler bir hukuki ilişkiye dayanıyor olsa dahi, devletin akitsel sorumluluğuna yükseltilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

4.Adil ve Eşit Muamele Hükümüyle İlişkisi

Adil ve eşit muamele hükmü keyfi ve/veya ayrımcı devlet eylemleri nedeniyle yabancı yatırımcının zararı doğması durumuna karşı yatırımcıyı koruyan asgari koruma standartlarından biridir. Bu hüküm yabancı yatırımcının eylem ve işlemlerinde ev sahibi devletin hiçbir müdahalede bulunamayacağı anlamını taşımaz.³²³

El Paso v. Arjantin kararında Heyet adil ve eşit muamele hükmünün uygulanabilirliğinin şemsiye hüküm sayesinde olduğu görüşüne yer vermiştir.³²⁴ *Naniwadekar* bu durumun yalnızca adil ve eşit muamele hükmü teamül hukukuna dayalı bir yükümlülük içeriyorsa doğru olduğu söylemektedir.³²⁵ Ona göre adil ve eşit muamele hükmüyle adil ve eşit muamele yükümlülüğünün içeriği lafzi olarak zaten

³²² International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <http://www.italaw.com/documents/Noble.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.61.

³²³ Torun, s.136; Ayrıca *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* dosyası Heyetine göre adil ve eşit muamele hükmünün ihlalden sözedilebilmesi için yönetim, operasyon, bakım, kullanım, katılım, kazanım, büyüme ya da yatırımın kaldırılmasına ilişkin yabancı yatırımcı aleyhinde alınan tedbirlerle yatırımcının bir zararı doğmuş olmalıdır. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.84.

³²⁴ *Naniwadekar*, s.179/180.

³²⁵ *Naniwadekar*, s.179/180.

belirlenmektedir.³²⁶ Yapılan bu tartışmaları öteleyerek uygulamada adil ve eşit muamele hükmü ile şemsiye hükmün girift yapıda olduğu durumlarla karşılaşılabılır. Örneğin *EDF & SAUR & Leon v. Arjantin* dosyasında Arjantin finansal krizi gerekçe göstererek, ABD dolarına dayanan tarife rejimini kaldırmış, yatırımcılara düşük yeni tarifeye ilişkin müzakere ve gözden geçirme imkanı tanımamıştır.³²⁷ Bu durum karşısında yabancı yatırımcılar imtiyazlı paylarını Arjantin yerel şirketine devretmişler ve akabinde fiyat tarifeleri artırılmıştır.³²⁸ Heyet bu dosyada adil ve eşit muamele hükmünün şemsiye hükmüyle eş zamanlı ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.³²⁹

Adil ve eşit muamele hükmünün odağında esasen ev sahibi devletin takdir yetkisinin kötüye kullanımının önüne geçilmesi ve yabancı yatırımcıyla olan menfaat çatışmasının uzlaştırılması vardır.³³⁰ Yukarıda şemsiye hükmün amacını analiz ederken belirttiğimiz üzere bu hükmün odağı ise yabancı yatırımın korunmasıdır. Adil ve eşit muamele hükmü bu noktada şemsiye hükmün amacını destekler mahiyettedir; ancak ne verilen Heyet kararlarının ne de *Naniwadekar*'ın da üzerinde durduğu gibi adil ve eşit muamele hükmünün şemsiye hükmüyle hayatta kaldığı ya da kalabileceği durumlar olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira şemsiye hükmün kapsamını ortaya koyarken belirttiğimiz üzere anlaşmada yer alan diğer koruma standartlarının şemsiye hükmün kapsamında yer almadığı görüşündeyiz. Aksi bir tutum şemsiye hükmün akitsel koruma standartları arasındaki konumunu hiyerarşik olarak üste taşıyacağından hukuksal bir mantık taşımayacaktır.

5. Calvo Doktrini

Değinilmesi gereken bir başka husus ev sahibi devletin yabancı yatırımcıyla yerel yatırımcıyla imzaladığından daha elverişli sözleşmeler imzalamasını yasaklayan³³¹

³²⁶ Ibid, s.179/180.

³²⁷ Fouret, s.495/496.

³²⁸ Ibid, s.495/496.

³²⁹ Ibid, s.495/496.

³³⁰ Torun, s.136.

³³¹ Cremades, s.80.

“*Calvo Doktrini*”dir. Eskiden kapital ithal eden ülkelerin iç gelirlerinin artışıyla³³² ve uluslararası yatırım hukukunun gelişimiyle yabancı yatırımcıların yöneldiği Kanada, Amerika Birleşik Devletleri gibi gelişmiş ülke devletlerine davalar açılması uluslararası yatırım politikalarında geri adım atılmasına sebep olmuştur. Geçmiş daha öncelerine dayanan Güney Amerika’da ortaya çıkan bu doktrin yeniden güncel hale gelmiştir.³³³

Doktrinın pratik sonucu yabancı yatırımcıya iç hukuk yollarını kullanmak zorunluluğu getirmesi, uluslararası tahkime başvurulamaması ihtimalinin bulunmasıdır.³³⁴ Adil ve eşit muamele hükmünün bir görünümü olan bu doktrin *ulusal muamele hükmü* adıyla akitlerde bulunmakta, şemsiye hükmün kapsamını sınırlamaktadır.

6.En Çok Gözetilen Ulus Hükümüyle İlişkisi

Bilindiği üzere bu hüküm ile akit devlet bir yatırım akdiyle tanıdığı haklardan ziyadesini başka bir akitle başka taraflara tanır ise bu hakları hükmün bulunduğu yatırım akdinin taraflarına da tanımayı taahhüt eder.³³⁵

EDF v Arjantin dosyasında Heyet, davacıların dayanağı Arjantin ile Fransa arasındaki YKKTA’da şemsiye hüküm bulunmamasına rağmen anlaşmada yer alan en çok gözetilen ulus hükmü nedeniyle Arjantin’in Belçika/Lüksemburg ve Almanya’yla akdettiği YKKTA’larda yer alan şemsiye hükümden davacıların istifade edebilecekleri sonucuna ulaşarak imtiyaz sözleşmesinin ihlalinin şemsiye hükmün ihlalini oluşturduğu sonucuna varmıştır.³³⁶ En çok gözetilen ulus hükmü üçüncü kişi lehine bir düzen hükmü içermez. Bu yönüyle akit devletlerarasında uygulanması gereken bir hükümdür. Akit devlet yatırımcısı lehine tanınan hakların kapsamı noktasında hükmün uygulanması tehlikeli olabilir. Zira Heyet kararlarında bir başka akitsel koruma ölçütü olan uyuşmazlık çözüm hükmünün en çok gözetilen ulus hükmüyle çeşitlendirilmesine sıcak

³³² Sattorova, s.5.

³³³ Ibid, s.5

³³⁴ Cremades, s.80.

³³⁵ Lee, s.351/352; Cremades, s.82.

³³⁶ *EDF International S.A., SAUR International S.A. ve Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, s.222/224.

bakılmamaktadır.³³⁷ *EDF v. Arjantin* kararına ilişkin yaklaşım şemsiye hükmün *halefiyet hükmü* olabileceği fikrini de destekler. Bu uygulamanın bir başka sonucu en çok gözetilen ulus hükmüyle üstlenilen yükümlülüklerle şemsiye hükmün kapsamında olan sözleşmesel yükümlülüklerin yarışması gündeme gelebilir.³³⁸ Dahası, en çok gözetilen ulus hükmünün daha kişisel ve olaya özgü sözleşmesel yükümlülüklerle intikali ihtimali akitsel yoruma ilişkin olarak etkili yorum ilkesinin de ihlalini teşkil eder.³³⁹ İlgili kararda da Heyet her ne kadar şemsiye hükme en çok gözetilen ulus hükmüne dayanılarak başvurulabileceği sonucuna ulaşmışsa da en çok gözetilen ulus hükmünün yargılama ve usule ilişkin hükümlerle etkileşimine ilişkin katı bir tutum izlemekten kaçınmıştır.³⁴⁰ Heyete göre uyuşmazlık dayanağı akitte bulunmayan şemsiye hükmün bu konuda değerlendirmeye alınması devletin imtiyaz sözleşmeleri gibi yükümlülüklerine riayeti gerektiren açık bir temel hükmün dışarıdan değerlendirmeye alınmasıyla eş anlamlıdır³⁴¹ ki bu şekilde üçüncü ülkeler aracılığıyla yabancı yatırımcının daha ziyade korunması söz konusu olur.³⁴²

7.Uyuşmazlık Çözüm Hükmüyle İlişkisi

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan bu hüküm bulunduğu anlaşmanın ihlali durumunda yatırımcıya bu hükme dayanarak ihlal hakkında tek başına yasal işlem başlatmasına imkân sağlar.³⁴³ Eş zamanlı yatırım anlaşmasına dayalı olarak düzenlenen sözleşmede de bir uyuşmazlık çözüm hükmü bulunmaktaysa herhangi bir ihlal iddiasının hangi hükme dayandırılacağı konusunda fikir ayrılıkları yaşanmaktadır.

Bir görüşe göre sözleşmesel ihlal *ipso iure* akitsel ihlale dönüştüğünde yatırımcı akitsel hükümde yer alan uyuşmazlık çözüm mercilerinden birine başvurabilir.³⁴⁴ Akitte

³³⁷ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No: ARB/11/20 Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189_12.pdf (Erişim Tarihi: 28/10/2017), s.20 vd.

³³⁸ Lee, s.352.

³³⁹ Ibid, s.352.

³⁴⁰ *EDF International S.A., SAUR International S.A. ve Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, s.224.

³⁴¹ Fouret, s.497.

³⁴² Ibid, s.497.

³⁴³ Lee, s.346; Salatino, s.54.

³⁴⁴ Salatino, s.54.

yer alan bu hükme başvuran yatırımcının iddiaları akde dayanmalıdır.³⁴⁵ Akitte yer alan bu hüküm sözleşmede belirlenen uyuşmazlık çözüm mercilerini ortadan kaldırmamalı; ancak şemsiye hükme dayanılması durumunda sözleşmede belirlenen uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurulmamalıdır.³⁴⁶ Başka bir görüşe göre şemsiye hüküm sayesinde yabancı yatırımcı ister sözleşmede yer alan isterse yatırım akdinde yer alan uyuşmazlık çözüm mercine başvurabilmelidir.³⁴⁷ Bu görüşe göre neticede sözleşmesel ihlal akitsel ihlalin içeriğini oluşturuyorsa sonuçların her iki yargılamada da benzer olacağını reddetmek zordur.³⁴⁸

SGS v. Paraguay kararında Heyet uyuşmazlığın karakterizasyonunun yargıya başvurulurken davacı tarafça yapıldığından bahisle akde dayanan davacının artık iddialarında sözleşmeye dayanamayacağını belirtmiştir.³⁴⁹ Doktrinden *Gaillard* da eğer akitsel sorumluluğa gidilecekse sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmünün uygulanamayacağını belirtir.³⁵⁰ Benzer yönde *SGS v. Filipinler* ve *SGS v. Pakistan* kararlarında da Heyetler uyuşmazlığın sözleşmesel bir uyuşmazlık mı yoksa yatırıma ilişkin bir uyuşmazlık mı olduğu yönündeki karakterizasyonun/vasıflandırmanın davacının seçiminde olduğuna hükmetmişlerdir.³⁵¹ Eklemek gerekirse *SGS v. Filipinler* dosyasında ICSID Heyeti, İsviçre-Filipinler YKTA'sında yer alan uyuşmazlık çözüm hükmünün "akit devlet ile diğer akit devlet yatırımcısı arasındaki yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklar"ı kapsadığını,³⁵² bu tanımda sözleşmesel uyuşmazlıkların dışlanmadığını belirtmiştir.³⁵³ Bu görüş şemsiye hüküm bulunmasa dahi yatırım sözleşmelerine dayalı iddiaların akitsel uyuşmazlık çözüm hükmüne dayanılarak ileri sürülmesini mümkün

³⁴⁵ Lee, s.346.

³⁴⁶ Salatino, s.54.

³⁴⁷ Salatino s.55; *Naniwadekar* sözleşmesel iradenin asıl kanıt olduğunu ve 'lex generalis non derogat lex specialis' ilkesi gereği bunun uygulanması gerekliliğine işaret eder. Ancak yatırım akdine dayalı bir sözleşmenin ihlali halinde sözleşmesel ihlal eş zamanlı akdin ihlalini teşkil edeceğinden sözleşmede yer alan hükmün akitte yer alan uyuşmazlık çözüm hükmünü hükümsüz bırakmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. *Naniwadekar*, s.188/189/190.

³⁴⁸ Görüş için bkz. *Naniwadekar*, s.192.

³⁴⁹ *Yadava*, s.264.

³⁵⁰ *Weissenfels*, s.8/9.

³⁵¹ *Yadava*, s.261.

³⁵² *Sattorova*, s.212.

³⁵³ *Ibid*, s.212.

kılacağından şemsiye hükmün içini boşaltmaktadır.³⁵⁴ Bu nedenle *SGS v. Filipinler* görüşü benimsenirse şemsiye hükmün yalnızca, akitsel uyuşmazlık çözüm hükmü gibi, sözleşmesel ihlallerin uluslararasılaşmasını sağlayan *başkaca bir yöntem* olduğu savunulabilir.³⁵⁵ İsviçre-Filipinler YKKTA’ında yer alan uyuşmazlık çözüm hükmü gibi sözleşmesel ihlali uluslararasılaştıran başkaca bir akitsel hükme ulaşılamadığında şemsiye hüküm esaslı akitsel ihlalin olmamasına rağmen yabancı yatırımcıya sözleşmesel ihlali tazmin imkânı sağlayacaktır.³⁵⁶

Genel hüküm mahiyetinde olan yatırım akdindeki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının özgürce müzakere edilen yatırım sözleşmesinde yer alan özel hükümlere kendiliğinden üstün gelemeyeceği de söylenmektedir.³⁵⁷ Buna dayanarak ortaya konan diğer bir görüş de sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm hükmünün yatırım anlaşmasında yer alan genel kural olan uyuşmazlık çözüm hükmüne nazaran öncelikli uygulanması gerekliliğine işaret eder.³⁵⁸ *BIVAC v. Paraguay* dosyasında Heyet, mücbir sebep olmadıkça akitsel çözüm hükmünün işletilmemesi gerekliliğine işaret etmektedir.³⁵⁹ *Yannaca-Small* bu karardan çıkarımla sözleşmesel taraf iradelerine üstünlük tanınarak sözleşmesel uyuşmazlığın uluslararası yargıya tabi kılınabilmesinin yine benzer şekilde şemsiye hükmün sözleşmesel iradeyle ötelenebileceği anlamına da geleceğine işaret etmektedir.³⁶⁰ Yatırım anlaşmasına dayanılarak imzalanan sözleşmede yer alan uyuşmazlık çözüm hükmünün akitte yer alan koruma standartlarıyla uyumlu olması gerektiği aksi takdirde yatırımcının haklarından feragatinin akitle sağlanmış olacağı da söylenmektedir³⁶¹ ki bu

³⁵⁴ *Erkan* da eserinde yatırım sözleşmesinin ihlaline ilişkin iddia aynı zamanda yatırım anlaşmasının da ihlalini teşkil etmiyorsa ve yatırım anlaşması sözleşmesel ihlal iddialarında da yatırım tahkimine kapı aralamıyorsa şemsiye hükme bakılması gerektiğini ifade etmektedir. *Erkan, (Milletlerarası), s.115.*

³⁵⁵ *Sattorova, s.213.*

³⁵⁶ *Ibid, s.215.*

³⁵⁷ *Salatino* burada hem akademisyenlerin hem de içtihadın ‘generaia specialibus non derogant’ kuralını uygulayarak sonuca ulaştıklarını ifade ediyor. Bkz. *Salatino, s.60.*

³⁵⁸ *Salatino, s.60;* Eğer sözleşmede uyuşmazlık çözüm hükmü haricen düzenlenmişse yatırımcının şemsiye hükme dayalı olarak başvurma hakkı elde ettiği akitte yer alan uyuşmazlık çözüm hükmünden feragati ettiği kabul edilmelidir. Ancak yatırım akitlerine amaçsal olarak bakıldığında yatırımcının korunması önplanda olduğundan bu akitlerdeki uyuşmazlık çözüm hükmünden feragat; ancak sözleşmede açıkça belirtilmiş ve buna rağmen uyuşmazlık gündeme geldiğinde akitte yer alan hükme başvurulmuş olması durumunda karşı tarafın sessiz kalmamış olması şartıyla geçerlidir. *Yannaca-Small, s.311.* Karşıt görüş için bkz. *Wong, s.137.*

³⁵⁹ *Yannaca-Small, s.311.*

³⁶⁰ *Ibid, s.311.*

³⁶¹ *Salatino, s.61.*

görüş şemsiye hükümlerin amacına ters düştüğünden katılmak tarafımızca mümkün değildir. *SGS v. Pakistan* kararında da Heyet yatırım tahkimini koruyan akitsel haklardan sözleşmenin yapılmasıyla alelade feragat edilemeyeceğini belirtmiştir.³⁶² Ancak bu dosyada Heyetin sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmünü içi boş bir ifade yorumlamasının esas nedeninin her iki tarafın iddiasının, şemsiye hükümle sözleşmesel yükümlülüklerin akitsel yükümlülüğe yükseldiği şeklinde olması olduğu söylenebilir.³⁶³

Belirtmek gerekirse biri kamu hukukunun alanında diğeri özel hukukun alanında olan iki belge arasında *lex generalis non derogat lex specilalis* (özel hüküm genel hükme nazaran öncelikli uygulanır) kuralını uygulamak hukuk metodolijisi açısından birtakım sakıncalar içerebilir.³⁶⁴ Sözleşmesel uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılacak yargılamayla devletin sorumluluğunu doğuran şemsiye hüküm ihlali nedeniyle yapılacak olan yargılamanın konusu farklıdır. *SGS v. Paraguay* kararında Heyet iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki farklılığa değinerek sözleşmesel çözüm hükmünün akitsel süreçte bir etkisi bulunmadığını belirtmiştir.³⁶⁵ Dolayısıyla burada sözleşmesel hükümle akitsel hükmün yarıştırılması ve belki de yatırımcıyı koruyan akitsel mekanizma uygulamasının engellenmesi³⁶⁶ ya da taraf iradesinin geçersiz sayılması yerine uyuşmazlığın dayanağına bakılması,³⁶⁷ katı bir anlayışın benimsenmemesi gerekir. Akitsel bir hüküm olan şemsiye hükmün ihlali iddiası gündeme geldiğinde sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmüne başvurulması bir nevi şemsiye hükmün sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmünü de kapsamına alabileceği düşüncesini doğurabilir; ancak devletlerarası bir anlaşma hükmü olan akitsel uyuşmazlık çözüm hükmünün sözleşmesel iradeyle ötelenmesi uluslararası kamu hukukuna göre mümkün değildir.³⁶⁸ Aksi bir anlayış akitsel uyuşmazlığın

³⁶² Heyetin sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmünün işlevselliğini ortadan kaldırmamak adına şemsiye hükmü dar yorumladığına ilişkin bkz. Weissenfels, s.28/29; Karara ilişkin ayrıca bkz. Yadava s.265.

³⁶³ Weissenfels, s.28/29.

³⁶⁴ Naniwadekar, s.189/190.

³⁶⁵ Yadava, s.264/265.

³⁶⁶ Naniwadekar, s.189/190; Sözleşmesel ihlalde sözleşmede yer alan uyuşmazlık çözüm hükmü uygulanır görüşü için *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon* kararı hakkında bkz. Naniwadekar, s.182.

³⁶⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesinde düzenlenen Res judicata ilkesi genellikle olay engelini kapsamayan, yalnızca dava konusunun farklılığına odaklanan dar şekliyle uygulandığından sözleşme ile akitte yer alan uyuşmazlık çözüm hükümlerindeki farklılığa çözüm getirmemektedir. Görüş için bkz. Naniwadekar, s.192/193. Yatırım bağlantısı varsa artık sözleşmesel ihlal akitsel ihlal haline gelmiştir. Bkz. Naniwadekar, s.190.

³⁶⁸ Naniwadekar, s.190.

sözleşmesel uyuşmazlığa göre çözümlendirilmeye çalışılmasına sebep olur³⁶⁹ ve yatırım anlaşmalarının amacı zedelenir.³⁷⁰ *SGS v. Filipinler* kararında da Heyet uyuşmazlık konusu sözleşmesel hükümlerin akitsel iddiaya yükseltiğinden bahisle davacının yargılamada sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmüne başvuramayacağını karara bağlamıştır.³⁷¹ Kararın ilgi çeken yanı sözleşmesel ihlalin mevcut olması durumunda Heyetin YKKTA'ya dayalı olarak yetkili olduğunu ortaya koymasına rağmen sözleşmesel ihlal hakkında karar verme yetkisi bulunmadığını, bu konudaki yetkinin tespitinde sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmüne bakılması gerektiğini tespit etmesidir.³⁷² *Schreuer* eğer yatırım anlaşmasındaki uyuşmazlık çözüm hükmüne dayanılarak başvuru Heyet bütün yatırım uyuşmazıklarında yetkiliyse (ki uyuşmazlık çözüm hükmü eğer ihlal iddiası yatırıma ilişkinse çoğunlukla ICSID Anlaşmasına uygun olarak bu uyuşmazlıkları dışlamaz) bunun sözleşmesel ihlal iddialarını da kapsayacağını belirtir.³⁷³ Uyuşmazlığın asli unsuruna bakılması gerekliliğine işaret eden *Vivendi v. Arjantin* davası Heyeti de eğer ihlal iddiası yatırıma ilişkinse buna göre bir yol izleneceğini, ihlal iddiası yatırıma ilişkin değilse sözleşmesel uyuşmazlık hükmünde yer alan prosedürün işletileceğini karara bağlamıştır.³⁷⁴ *Weissenfels, Schreuer*'a atıfla hüküm metninin aslında karmaşa yaratmayacak derecede açık olduğunu belirtir ki genellikle bu hüküm 'devlet yatırımlar hakkında üstlendiği tüm yükümlülüklere uymayı taahhüt eder' şeklindedir.³⁷⁵ Yazara göre şemsiye hüküm az önce de değindiğimiz şekilde sözleşmesel yükümlülüklerin akitsel yükümlülüğe yükseltildiği bir hüküm olmayıp hükmün sözleşmesel ihlal iddialarından bağımsız akitsel tabanlı bir ilke olarak ele alınmasının çözümü kolaylaştıracağına işaret eder.³⁷⁶ Böylece sözleşmesel yükümlülük ihlali birbirinden bağımsız iki iddiayı ortaya çıkarır, zira bir eylemle birden çok yasa hükmünün

³⁶⁹ Naniwadekar, s.189/190.

³⁷⁰ Wong, s.137.

³⁷¹ Yadava s.261; Aynı görüşte Çal, s.327/328.

³⁷² Honlet / Borg, s.5; Benzer olarak *Erkan*, eğer sözleşmesel ve akitsel ihlal iddiaları ayrıştırılabiliyorsa, her bir iddianın dayanağı olan sözleşme ya da akitte yer alan uyuşmazlık çözüm hükmüne göre çözümlenmesi gerektiğini belirtir. Erkan, (Milletlerarası), s.116.

³⁷³ *Schreuer*'in görüşleri hakkında bkz. Weissenfels, s.10; Çal da *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt ve Noble Ventures Inc. v. Romania* kararlarından bahisle aynı sonuca ulaşmıştır. Bahsekonu kararların bu çıkarım için elverişli olmadıkları kanaatindeyiz. Ayrıntı için bkz. Çal, s.328/329.

³⁷⁴ Kılıçarslan, s.15.

³⁷⁵ Weissenfels, s.10.

³⁷⁶ *Ibid*, s.28/29.

ihlali imkânsız değildir.³⁷⁷ *Weissenfels* bununla birlikte akitsel ihlale dayalı davalarda şemsiye hükmün analizi için Heyetin sözleşme konusunda yetkili olmadığını kabulü gerektiğini söylemektedir.³⁷⁸

Konuya farklı bir yaklaşım getiren *Harten* ise yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm hükmünü devletin yatırımlarla alakalı olarak kamu otoritesini kullandığı eylemlerinden dolayı herkese karşı gösterdiği bir genel rıza³⁷⁹, yatırım sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık hükmünü ise *ticari tahkime* ilişkin yalnızca o sözleşmenin tarafına göstermiş olduğu özel rıza olarak nitelendirir.³⁸⁰ Yazar ayrıca genel rızanın yatırım tahkimini *ticari tahkimin* bir alt kategorisine dönüştürdüğünü de belirtmektedir.³⁸¹ Bu yaklaşım yukarda bahsettiğimiz sözleşmesel ve akitsel ihlal iddialarının dayanakları ve şemsiye hükmün amacı nazara alındığında çelişkili görünmektedir.

C.Şemsiye Hükmün Yorumu

Şemsiye hükmün yorumundaki kıstas farkı taraflar arasındaki yatırım çıkarlarının farklılığından ileri gelmektedir.³⁸² Taraf iradelerinin hâkim olduğu bir hukuki yapının verdiği çeşitliliğin yanında yorum metodlarının gelişi güzel uygulanışı³⁸³ da şemsiye hükümlerin kapsamında belirsizliğe sebep olmaktadır.

Örneğin *Antony*, Amerika Birleşik Devletleri organlarının çıkardıkları kurala ilişkin yorumlarının haklı olarak iç yargıyı bağlamadığını, dolayısıyla sözleşmenin taraflarını da bağlamayacağını belirtir.³⁸⁴ Zira yargılamanın bağımsız ve tarafsız olması gerektiği zaten

³⁷⁷ Ibid, s.28/29.

³⁷⁸ Weissenfels, s.12.

³⁷⁹ Harten, s.143. Ayrıca Harten ev sahibi devletin bu genel rızayı bir kanunla da tesis edebileceğini belirtir. Harten, s.143.

³⁸⁰ Ibid, s.143.

³⁸¹ Ibid, s.143.

³⁸² "Yatırımlar gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere aktığından YKTA'ların etkisi asimetriktir. Bu nedenle ev sahibi devlet sınırlayıcı yorumu isterken gelişmekte olan ülkeler YKTA'nın aynı hükümlerini geniş okurlar." Görüş için bkz. Wong, s.138.

³⁸³ Sattorova, s.6/7; Crawford, tahkim heyetlerinin özellikle şemsiye hükümlerin ihtilafı konusundaki kararlarını İran halısı yerine benzerliği olmayan farklı sonlardan farklı insanların başladığı gelişi güzel bir desene benzetmektedir. Görüşe ilişkin ayrıca bkz. Yannaca-Small, s.307.

³⁸⁴ Anthony, Robert A., **Which Agency Interpretations Should Get Judicial Deference – A Preliminary Inquiry**, *Administrative Law Review*, 4-1, Winter 1988, s.134.

bu sonucu ortaya çıkarır. İç hukukun bağımsızlığından şüphe edildiği için başvuru uluslararası yargıda da durumun farklı olacağı söylenemez.

Şemsiye hükmün yorumuna ilişkin kıstasların belirlenmesinde hüküm yatırım akdinin bir parçası olduğundan akde ilişkin yorum kurallarına bakılması gerekir.³⁸⁵ Akde ilişkin yorum kuralları Viyana Konvansiyonu'nun 31'inci maddesiyle lafzi ve amaçsal yorum ilkeleri kaynaştırılarak oluşturulmuştur.³⁸⁶ Çal yabancı literatürde lafzi ve amaçsal yorum metodlarından birinin seçilmesine bağlı olarak şemsiye hükme ilişkin konular hakkında farklı görüşler ortaya çıktığını belirtmektedir.³⁸⁷ Viyana Konvansiyonu'nun 31'inci maddesine göre akitte yer alan kavramlar buldukları yer gözetilerek en basit anlamıyla ve akdin amacına uygun olarak iyi niyetle yorumlanır.³⁸⁸ Yatırım anlaşmalarında amaç yabancı yatırımların korunması ve teşviki olduğundan şemsiye hükmün yorumunda bu amacın dikkate alınması gerekir.³⁸⁹

Hükmün yorumu konusunda bir kıstas getirilememesi şemsiye hükümlerin hukukiliğini zedelemektedir ve hatta şemsiye hüküm düzenlemelerinden vazgeçilmesine dahi sebep olabilir. Zira benzer olarak yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm hükümlerinin ulusal egemenliğe tecavüz teşkil ettiğine dair güncel görüşler bulunmaktadır. Bu nedenle yorum metodlarını ayrı bir başlık altında inceliyoruz.

1.Lafzi Yoruma Öncelik

Viyana Konvansiyonu'nun 31/1'inci maddesine göre; “ *Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.* “

³⁸⁵ Naniwadekar, s.183.

³⁸⁶ Ibid, s.184.

³⁸⁷ Çal, s.323.

³⁸⁸ Şemsiye hükümlerin Viyana Konvansiyonuna uygun olarak yorumlanacağına ilişkin bkz. Salatino, s.59. Naniwadekar, s.184.

³⁸⁹ Naniwadekar, s.184; *Naniwadekar*, şemsiye hükmün tarihsel ilk görünümünün gelişmiş ülkelerce hazırlanan anlaşma taslakları şeklinde ortaya çıktığını ve yatırımların korunmasına odaklandığını, bu nedenle tarafların güncel amaç ve çıkarlarına uymadığını belirterek şemsiye hükmün kapsamının belirlenmesinde tarihsel yoruma çekinceyle yaklaşır. Bkz. Naniwadekar, s.185.

İlkesel olarak şemsiye hükmün amacına ulaşabilmesi için zorlayıcı olması gerekir. Bu zorlayıcılık hükmün lafzına uygulamada yatırımlar hakkında “bütün yükümlülükler” “taraf olunan” “üstlenilen” gibi ifadelerle istinaden “-acaktır”, “uymak” gibi terminolojilerle yansıtılmaktadır.³⁹⁰ Öyleyse lafzi yoruma öncelik verilmesinde bir sakınca yoktur. Zira *BIVAC v. Paraguay* kararında Paraguay’ın uyuşmazlık konusu eylemin hükümran eylem olmadığından şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceği antitezine karşılık Heyet hükmün alelade anlamını dikkate alarak bu savunmayı reddetmiştir.³⁹¹ Bu davada Heyet uyuşmazlık dayanağı Hollanda ile Paraguay arasında akdolunan yatırım anlaşmasındaki hükümde yer alan “bütün yükümlülükler uymak” şeklindeki ifadenin yalnızca uluslararası ya da yalnızca sözleşme harici yükümlülüklerle sınırlandırılmadığını, şemsiye hükmün bu şekilde yorumunun hükmün gerçek etkisini ortaya koyabilmesi için gerekliliğine değinerek hükmün yalnızca devletin hükümran eylemleriyle sınırlandırılması için bir gerekçe bulunmadığını belirtmiştir.³⁹² *SGS v. Filipinler, Eureka v. Polonya, Noble Ventures v. Romanya, Duke Energy v. Ekvator* kararlarında da Heyetler lafzi yorumu benzer şekilde değerlendirmeye almışlardır.³⁹³

2.Dar ve Geniş Yorum Metotları

Viyana Konvansiyonu’nda yer alan yorum kuralı gereği lafzın alelade anlamının nazara alınmasıyla bu yorum metotlarına duyulabilecek ihtiyaç asgari düzeyde seyredecek iken Heyet kararlarında lafzın farklı değerlendirmelere tabi tutulduğu da görülür. Bir örnekle *SGS v. Paraguay* kararında Heyet şemsiye hükmün geniş yorumunun bir barajın kapaklarının açılması gibi birçok sözleşme ve taahhüdün devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir.³⁹⁴ Bu karar şemsiye hükmün kapsamının

³⁹⁰ Salatino, s.55.

³⁹¹ Yannaca-Small, s.308/309.

³⁹² Ibid, s.308/309.

³⁹³ Yannaca-Small, s.308/309; Dolzer / Schreuer, s.157; Noble Ventures v. Romanya kararında heyet devletin sorumluluğu bakımından hükümran eylem ticari eylem ayrımının herhangi bir yasal dayanağı olmadığına deyinmiş, şemsiye hükmün kapsamını ise Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’na uygun bir şekilde akit taraf iradelerini tespit ederek belirlemiştir. Bkz. Bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.58/66 ve s.74.

³⁹⁴ Naniwadekar, s.176.

belirlenmesinde dar yorumun dikkate alınması fikrini ortaya koyan ilk karardır.³⁹⁵ Karar ekseninde akit devlet yatırımcısı ile ev sahibi diğer akit devlet arasındaki uyuşmazlık nedeniyle iddia olunan devlet sorumluluğunun şemsiye hükmün kapsamına alınması durumunda taraflar arasındaki bu ilişkinin uluslararası hukuk tahtına taşınmasıyla uluslararası teamül hukukuna bir istisna getirilmiş olacağı düşüncesi yer alır.³⁹⁶ Dar yorum gerekliliğini savunanlara göre istisna kapsamın fazla genişlemesine; sözleşmelerin kendiliğinden, koşulsuz şekilde kapsama alınarak akit devletlerin üzerinde yük oluşmasına sebep olacaktır.³⁹⁷ Bu yorum metodunun şemsiye hükümlere enjeksiyonunun savunanlar *in dubio pars mitior est sequenda* (*şüphة varsa en ılımlı yol benimsenmelidir*) ilkesinin de bu metoda uygun olduğunu belirtmektedirler.³⁹⁸

Diğer yandan *SGS v. Filipinler Heyeti* ise anlam muğlâksa yatırımcı lehine bir değerlendirmede bulunulması gerekliliğine değinmiştir.³⁹⁹ *Salatino* da şemsiye hükmün amacı yatırımların korunması ve teşviki olduğundan yatırımcıyı koruyan geniş yorum metodunun uygulanmasının daha yerinde olacağını belirtmektedir.⁴⁰⁰ Ona göre dar yorum metodunun benimsenmesi Viyana Konvansiyonu'nun ihlaline sebep olacak, daha da ötesinde şemsiye hükmün uygulamadaki etkisini imha edecektir.⁴⁰¹ *Naniwadekar* da şemsiye hükmün dar yorumlanmasının *yararlı etki ilkesini* zedeleyerek hükmü işlevsizleştireceğini belirtir.⁴⁰² Burada şu hususa dikkat çekmekte yarar görmekteyiz: Şemsiye hükmün kapsamının ortaya konmasında dar yoruma antitez olarak ileri sürülen geniş yorum, Viyana Konvansiyonu'nda öngörülen lafzın alelade anlamına öncelik tanınmasından başka bir şey değildir.⁴⁰³ *Eureko v. Polonya* kararında da Heyet şemsiye hükmün alelade anlamı değerlendirirken hükmün muğlak olmadığına işaret etmiştir.⁴⁰⁴ Zira hükümde yer alan “*uyacaktır*” ifadesi mutlak ve koşulsuz, “*bütün yükümlülükler*”

³⁹⁵ Salatino, s.56.

³⁹⁶ Salatino, s.56.

³⁹⁷ Ibid, s.56.

³⁹⁸ Ibid, s.56.

³⁹⁹ Naniwadekar, s.176/177.

⁴⁰⁰ Salatino, s.59.

⁴⁰¹ Ibid, s.59.

⁴⁰² Naniwadekar, s.186.

⁴⁰³ Salatino, s.58.

⁴⁰⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Partial Award, *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.78.

ifadesi ise diğ er akit devlet yatırımcısına karşı yatırımlarla alakalı üstlenilen herhangi bir yükümlülüğü kapsayacak düzeyde geniş tir.⁴⁰⁵

3.Bozucu ve Birleştirici Yorum Metotları

Naniwadekar Heyetlerin kararlarının bozucu ve birleştirici yorum metotlarıyla ayrış tıklarını belirtir.⁴⁰⁶ Bozucu yorum metodunda yasal kurallar, yani yatırım anlaş masının her bir hükmü diğ er kurallarla bağ kurulmaksızın müstakil olarak değ erlendirilir.⁴⁰⁷ Birleştirici metot ise kurallar arasında bir armoni yaratılmasına odaklanır ve yorum yapılmasını destekler.⁴⁰⁸ Yasal yükümlülükler konusunda birleştirici metot yükümlü üzerinde baskı oluşturabilir, ancak yine de yatırım anlaş malarının amacına ulaş ması için, yani yatırımların korunması için birleştirici yorum metodu tercih edilmelidir.⁴⁰⁹ Doktrinel görüşler ve yargı da ş emsiye hükmün yorumunda öncelikli olarak diğ er hükümlerin de lafzına bakılması üzerinde durmakla⁴¹⁰ birleştirici yorum metodunu benimsemektedirler. Nitekim *SGS v. Pakistan* kararında İsviç re ile Pakistan arasındaki YKKTA'da ş emsiye hükmün koruma standartları arasında yer almaması, uyuş mazlık çözüm hükmü ile son hükümler arasında bulunması Heyetin gözünden kaçmamıştır.⁴¹¹ *Schreuer*, bu karara istinaden birleştirici yorum metodunun akdin yorumunda yasal bir yöntem olduğunu belirtmiştir.⁴¹² *SGS v. Filipinler* kararında da Heyet İsviç re ile Pakistan arasındaki YKKTA'da yer alan ş emsiye hükmün konumu itibariyle iş levsel olmadığı sonucuna ulaş mıştır.⁴¹³ *Naniwadekar* ş emsiye hükmün yorumunda bir ç özüme ulaş ılabilmesi için ş emsiye hükümle yatırımlar arasında bir bağlantı kurması gerekliliğine ve bunun da yatırımlarla ilgili sözleşmelerin ş emsiye hüküm kapsamında değ erlendirilmesiyle olacağı na değ inmektedir.⁴¹⁴ Ancak yazar

⁴⁰⁵ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Partial Award, Eureka B.V. v. Republic of Poland, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (Eriş im Tarihi: 26.10.2017), s.78.

⁴⁰⁶ *Naniwadekar*, s.186/187.

⁴⁰⁷ *Ibid*, s.186/187.

⁴⁰⁸ *Ibid*, s.186/187.

⁴⁰⁹ *Ibid*, s.186/187.

⁴¹⁰ *Salatino*, s.55.

⁴¹¹ *Weissenfels*, s.30/31.

⁴¹² *Ibid*, s.30/31.

⁴¹³ *Ibid*, s.30/31.

⁴¹⁴ *Naniwadekar*, s.187.

tespitinde Şu 6ng6r6y6 de paylaŐmaktadıř; birleştirici yorum metodunun benimsenmesi devletin yatırım anlaşmalarına ilişkin uygulamaları kontrol6n6 zorlaŐtıracadıřından bu anlaşmalara ilişkin sistemden tamamen uzaklaŐılması ve yatırımcı-devlet iliŐkilerinin zedelenmesi ihtimali de vardır.⁴¹⁵

Neticede akitsel h6km6n aŐıklıđa kavuŐturulmasında amaÇsal yorum ilkesi birleştirici metodunu kaÇınılmaz kılacaktır. Ancak bir genelleme yapılması yine de her zaman doğru olmayabilir.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Ibid, s.187.

⁴¹⁶ Weissenfels, s.30/31.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III.ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI

1990'ların başında Sovyetler Birliği'nin yerine gelen Rusya ve diğer devletler zengin enerji kaynaklarına sahip ve bunların işletilmesi için teknoloji ve sermaye arayışında iken Batı Avrupa enerji kaynak çeşitliliğini artırmak istiyordu.⁴¹⁷ Rusya ile Avrupa arasında Soğuk Savaş öncesine uzanan doğalgaz enerji ortaklığının devamı temenni edilmekteydi.⁴¹⁸ Özellikle Rusya'nın Hidrokarbon endüstrisine ilişkin teknoloji ve sermaye arayışı kaynak çeşitliliğini artırmayı hedefleyen Avrupa'nın Enerji Şartı'na ilişkin süreci başlatmasına fırsat verdi.⁴¹⁹ Bu doğrultuda atılan ilk adım 1991'de bir deklarasyon olarak yayınlanan Avrupa Enerji Şartı (EEC),⁴²⁰ bağlayıcılığı olmaması⁴²¹ nedeniyle beklenen etkiyi göstermedi.

Takip eden süreçte Aralık 1994'te imzalanan ve Nisan 1998'de yürürlüğe giren⁴²² Enerji Şartı Anlaşması,⁴²³ özellikle enerji kaynaklarının sınırötesi ülkelere taşınması sürecinde akit devletleri bağlayan kurallar oluşturularak yatırım risklerini azaltmak, enerji sektöründeki yatırımlarda rekabeti dengelemek ve ticareti kolaylaştırmak hedefiyle düzenlenmiş⁴²⁴ olup enerji kaynaklarının keşfinden kullanımına kadar tüm tedarik zincirini ve tüm enerji ürün ve ekipmanlarını kapsamaktadır.⁴²⁵ Bu şekilde (diğer yatırım anlaşmaları gibi) Enerji Şartı Anlaşması'nın da yabancı yatırım uyumsuzluklarında iç

⁴¹⁷ Kılıçarslan, s.23; Kaya Caner, Bağdagül, **Enerji Şartı Anlaşmasının Muvakkaten Uygulanması ve Anlaşmadan Çekilme Hakkında Bir Değerlendirme**. Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s.316.

⁴¹⁸ Marcinkeviciute, Emilija, **Note & Comment: Energy Charter Treaty Transit Protocol: European Gas Market Liberalisation And Its Effect On The European-Russian Gas Trade**. Texas Journal of Oil, Gas, And Energy Law, 5-1, 2009-2010, s.120.

⁴¹⁹ Marcinkeviciute, s.120.

⁴²⁰ Avrupa Enerji Şartı'na dair düşüncenin ilk kez 1991 yılında Hollanda Hükümetince Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'na ek olarak ortaya atıldığına dair bkz. Kaya Caner, s.316.

⁴²¹ Coop, Graham, **Energy Charter Treaty 20 Year Anniversary 2 Years of the Energy Charter Treaty**". ICSID Review, 29-3, 2014, s.521/522; Çal, Sedat, **Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi**. II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 'Tahkim', s.328.

⁴²² Yogodawa, Noriko / Peterson, Alexander M., **An Opportunity For Progress: China, Central Asia, And The Energy Charter Treaty**. Texas Journal of Oil, Gas, And Energy Law, 8-1, 2012, s.113.

⁴²³ Türkiye bu Anlaşma'yı 01.02.2000 tarihinde 4519 sayılı Kanun'la onaylamıştır. Bkz. R.G. 12.07.2000, Sayı 24107.

⁴²⁴ Kılıçarslan, s.33. Yogodawa / Peterson, s.113; Akıntürk, Esen, **Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar**. Uluslararası Hukuk ve Politika, 7-24, 2011, s.54.

⁴²⁵ Yogodawa / Peterson, s.127.

hukuka tabiyeti azaltmayı amaçladığı söylenebilir. *Coop*, bu anlaşmaya dayanılarak açılan davaları yatırımcıların her daim kazandıklarını, bu nedenle anlaşma tahkiminin yatırımcı dostu olduğunu belirtmektedir.⁴²⁶

Avrupa Enerji Şartı'na taraf devletlerce hazırlanan Anlaşma metninin *Enerji Şartı Anlaşması* başlığını taşımasının, yani başlıkta Avrupa'ya yer verilmemiş olmasının, Anlaşma'nın enerji sektöründe atılan küresel bir adım olduğunu gösterdiği söylenmektedir.⁴²⁷ Zira Anlaşma bütün devletlere ve özel işletmeler dışında bölgesel ekonomik oluşumların üyeliğine açıktır.⁴²⁸ Enerji Şartı Anlaşması'nın önemi uluslararası hukukta doğrudan sektör odaklı⁴²⁹ ve odaklandığı sektörü geniş çaplı ele alan tek uluslararası yatırım anlaşması olmasıdır.⁴³⁰

Enerji Şartı Anlaşması enerji kaynaklarının devletin mülkiyetinde olduğunu ve bunların ne suretle kullanılacağı, yabancı yatırımcıya nasıl açılacağı konularında devletin egemenlik hakkının bulunduğu onaylar.⁴³¹ Anlaşma yabancı yatırımın inşasından ziyade mevcut yatırımlarda yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında istikrarın sağlanmasına odaklanmaktadır.⁴³² Bu odağın gerçekleşmesi için enerji yatırımlarında uluslararası bir ölçütün/standartın oluşturulması anlaşmanın amacıdır.⁴³³ Aslına bakılırsa Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan asgari muamele ölçütleri, iki taraflı YKKTA'larda yer alan bu tür ölçütlerden istifade edilerek hazırlanmıştır.⁴³⁴ Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan muamele ölçütleri ticaret, transit, rekabet ve çevre konu başlıkları altında şemalandırılabilir. Anlaşmanın enerji ticaretine ilişkin hükümleri başlangıçta Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)'na atıf suretiyle ortaya konulmuş iken,

⁴²⁶ Coop, s.518.

⁴²⁷ Çal, Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi, s.328.

⁴²⁸ Yogodawa / Peterson, s.113.

⁴²⁹ Yılmaz, Alper Çağrı, **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**. İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.113.

⁴³⁰ Kaya Caner, 319; Yogodawa / Peterson, s.127.

⁴³¹ Enerji Şartı Anlaşması, m.18.

⁴³² Yogodawa / Peterson, s.127.

⁴³³ Coop, bu amacın gerçekleşmesi için devletlerin hükümler hakkının sınırlandırılması gereğine işaret ederek bunun çok zor olduğunu, hatta benzer olarak Avrupa Komisyonu'nun ve Avrupa Birliği'nin üye devletlerin hükümler hakkını gasp ettiğinin tartışıldığını belirtiyor. Coop, s.521/522. *Coop*, eserinde ayrıca Enerji Şartı Anlaşması'nın Avrupa Birliği üyesi devletlerarasındaki YKTA'larda başvuru Lizbon Anlaşması'yla birlikte nasıl uygulanacağı sorusunu dile getirmektedir. Coop, s.523/524.

⁴³⁴ Kaya Caner, s.321.

çoğu akit devletin GATT'a taraf olmaması neticesinde ortaya çıkan karışıklıklar nedeniyle 1998 tarihinde yapılan bir değişiklikle enerji ticaretine ilişkin hükümler Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'na göre yeniden dizayn edilmiştir.⁴³⁵ Bu değişikliğin Anlaşmaya esas katkısı onun kapsamına enerji madde ve ürünlerinin yanı sıra enerji ekipmanlarını da dahil etmesi olmuştur.⁴³⁶ Benzer olarak enerji transitine ilişkin hükümlerde de DTÖ Anlaşması'ndan istifade edilmiş, bunun yanında enerji transitinin kesilmemesi adına uyuşmazlık çözümünde özel bir prosedür öngörülmüştür.⁴³⁷

ICSID Sekreterliğinin 2012 yıllık raporuna göre 2012'de ICSID'e kaydedilen yabancı yatırımlarda tahkim iddiaları ve uzlaşma taleplerinin dayanakları sırasıyla %68 YKKTA'lar, %12 yatırım sözleşmeleri, %7 iç hukuk, %5 Enerji Şartı Anlaşması, %5 Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması ve %1 Umman-ABD Serbest Ticaret Anlaşması⁴³⁸ iken, Sekreterliğin 2016 yıllık raporuna göre ise bu yıl ICSID'e kaydedilen yeni dosyaların dayanakları sırasıyla %51 YKKTA'lar, %31 Enerji Şartı Anlaşması, %10 iç hukuk, %6 yatırım sözleşmeleri ve %2 Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması⁴³⁹ olmuştur. *Hober*, 2010 yılında yayınlanan makalesinde o yıla dek yabancı yatırımcılar tarafından Enerji Şartı Anlaşmasına dayanılarak 23 uyuşmazlığın tahkime taşındığını belirtmektedir. *Coop* ise 2014 tarihli makalesinde bu anlaşmaya dayanılarak açılan 51 davadan söz etmektedir.⁴⁴⁰ Görüldüğü üzere Enerji Şart Anlaşması'na dayalı uyuşmazlıklarda hızlı bir şekilde artış gözlenmektedir.⁴⁴¹ Uyuşmazlıkların Enerji Şartı Anlaşması'na dayandırılmasındaki artışa sebep olarak Anlaşma hususunda farkındalığın artması gösterilmektedir.⁴⁴²

Avrupa'nın Enerji Şartı Anlaşması'na adım atmasındaki esas etmen olan Rusya, kendisine önemli sorumluluklar yükleyecek bu Anlaşmayı 1994'te imzalamasına rağmen

⁴³⁵ Kaya Caner, s.321.

⁴³⁶ Kaya Caner, s.321; Kılavuz, Ali Kemal, **Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü**. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII-1/2, 2009, s.187.

⁴³⁷ Kaya Caner, s.322.

⁴³⁸ ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Annual Report 2012, s.26.

⁴³⁹ ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Annual Report 2016, s.31.

⁴⁴⁰ Bu 51 davanın 25'inin Avrupa Birliği üyesi ülkelere açıldığına dair ayrıca bkz. *Coop*, s.516.

⁴⁴¹ *Coop*, s.515/516.

⁴⁴² *Ibid*, s.515/516; Enerji Şartı Anlaşması'yla çelişen Avrupa Birliği mevzuatı ve politikaları da bu kapsamda Anlaşma'ya başvuruyu tetikleyen bir unsur olarak değerlendirmeye alınmalıdır. Ayrıca bkz. Kaya Caner, s.323.

hiçbir zaman onaylamamıştı.⁴⁴³ Ancak bununla birlikte Rusya'nın Enerji Şartı toplantılarına katılımını sürdürmesi bu anlaşmayı bir ölçüt/standart olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanmaktaydı.⁴⁴⁴ Anlaşmanın imza edildikten sonra onaylanması için incelenmesi üzere öngörülen sürede geçici uygulaması 45'inci maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “(1) Anlaşmayı imzalayan Taraflar, Madde 44 uyarınca Anlaşmayı yürürlüğe koyma işlemini askıya almış olan bir Anlaşma Tarafının, bu Anlaşmayı geçici olarak uygulamaya koyabilmesi için, geçici uygulamaların kendi anayasası, kanunları ve düzenlemeleri ile tutarlı olması gerektiği konusunda fikir birliğine varırlar.

(2) (a) Paragraf (1)'de yer alan hükümlere rağmen, imzalayan taraflar, Anlaşmanın imza aşamasında Depozitör'e gönderecekleri bir deklarasyonla geçici uygulamaları kabul edemeyeceklerini beyan edebilirler. Paragraf (1)'de sözedilen yükümlülük, bu tür bir deklarasyon yayınlayan Anlaşma Tarafına uygulanmayacaktır. İmzalayan taraflardan biri, yazılı olarak Depozitör'e bildirerek söz konusu deklarasyonu geri çekebilir. ...” Dolayısıyla Anlaşma'yı onaylamayan Rusya'nın da geçici uygulamayı reddeden bir deklarasyon yayınlamamış olması karşısında onaylama tarihine kadar Anlaşma'yla bağlı olduğu kabul edilmekteydi. Zira söz konusu iddia 03.02.2005 tarihinde *Yukos Universal Ltd. v. Rusya* dosyasında da gündeme getirilmiş, Rusya bu iddia karşısında 20.08.2009'da Depozitörü Portekiz'e deklarasyon göndererek Anlaşma'yı onaylamayacağını bildirmiştir. Olayı değerlendiren Heyet, Rusya'nın deklarasyonunun ancak izleyen süreçte etki doğuracağını, Anlaşma'nın 45/3'üncü maddesi gereğince Portekiz'e ulaştığı tarihten altmış gün sonra geçerlilik kazanan deklarasyonun, geçerlilik tarihinden itibaren⁴⁴⁵ yirmi yıl boyunca geçici uygulanma süresinde gerçekleştirilen yatırımların korunmasına etkili olamayacağını belirtmiştir.⁴⁴⁶ Sonuç olarak Enerji Şartı Anlaşması'nı popüler hale getiren⁴⁴⁷ *Yukos Universal Ltd. v. Rusya* dosyası, Anlaşma'nın ortaya çıkışındaki politik amacın gerçekleşmediğini göstermiştir.⁴⁴⁸

⁴⁴³ Coop, s.522; Yogodawa / Peterson, s.128.

⁴⁴⁴ Coop, s.522.

⁴⁴⁵ Bu tarih 18.11.2009'dur. Bkz. Yogodawa / Peterson, s.128.

⁴⁴⁶ Kaya Caner, s.329.

⁴⁴⁷ Coop, s.516.

⁴⁴⁸ Kaya Caner, s.320.

Yukos dosyasından öncesine bakılırsa Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılarak açılan ilk dava 2001 tarihinde *AVC. v. Macaristan* davasıdır ve dostane çözümlerle sonuçlandığından bu dosyada herhangi bir karar çıkmamıştır.⁴⁴⁹ Anlaşma'ya dayalı ilk karar ise Aralık 2003 tarihli *Nykomb v. Litvanya* kararıdır.⁴⁵⁰

IV.ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASINDA ŞEMSIYE HÜKÜM

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan şemsiye hüküm asgari koruma ölçütlerinin ele alındığı 10'uncu maddede düzenlenmiştir. Bu Anlaşma'da yer alan asgari koruma ölçütlerinin⁴⁵¹ başka bir uluslararası anlaşmada yer alan asgari koruma ölçütleriyle çelişmesi durumunda, anlaşmalardaki hükümlerden yabancı yatırımcı lehine olan uygulanacaktır.⁴⁵²

A.Kapsamı

Şemsiye hükmün kapsamını analiz ederken üzerinde durduğumuz unsurların Enerji Şartı Anlaşması bakımından farklılık arz edip etmediği, söz konusu Anlaşmanın bu bakımdan bir yenilik getirip getirmediğine bakılması gerekir.

Her şeyden önce yabancı yatırımcının Enerji Şartı Anlaşması'ndan istifade edebilmesi için ilgili faaliyetin enerji sektörüyle bağlantılı olması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak *Amto v. Ukrayna* dosyasında Stockholm Ticaret Odası Tahkim Heyeti, davacının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunabilmesi için uyuşmazlık konusunun doğrudan enerji sektöründe gerçekleşen bir faaliyete ilişkin olmasının gerekmediğine,⁴⁵³ bunun enerji sektörüyle bağlantısı olmasının yeterli olduğuna işaret etmiştir.⁴⁵⁴ Uyuşmazlık konusu olayda Amto'nun hissesi bulunan EYUM-10, ZAES Nükleer Santrali'nin elektrik tesisatına ilişkin montaj, tamir, yenileme ve geliştirme işlerini

⁴⁴⁹ Coop, s.516.

⁴⁵⁰ Ibid, s.516.

⁴⁵¹ Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan yatırıma ilişkin hükümlerin çoğunlukla Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) ve ABD/İngiltere model YKTA'ları baz alınarak düzenlendiğine dair bkz. Kılavuz, s.192.

⁴⁵² Enerji Şartı Anlaşması'na nazaran yatırımcı bakımından daha ağır hükümler içeren anlaşmaların bulunması durumunda Enerji Şartı Anlaşması'nın öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin bkz. Kılavuz, s.184.

⁴⁵³ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.62.

⁴⁵⁴ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.62; Kararın incelemesi için bkz. Stanivukovic, s.263.

üstlenmişti.⁴⁵⁵ Bağlantıyı sağlayan asıl nokta ise Heyete göre ZAES'in EYUM-10'a verdiği belgede EYUM-10'un nükleer işletmenin enerji ünitelerinin güvenilir çalıştırılmasında stratejik öneme sahip 20 yıllık partner olarak tanımlanmasıydı.⁴⁵⁶ Doktrinde bu bağlantının tespiti için enerji sektörüne ilişkin faaliyetin uzun süreli bir faaliyet olması ve/veya karma bir faaliyet söz konusu ise enerji dışı faaliyetin enerji sektöründeki faaliyetten ayrıştırılamazlığı ya da ayrıştırılsa dahi ağırlık kazanmadığı gibi ihtimallerin değerlendirilmeye alınabileceği söylenmektedir.⁴⁵⁷

Faaliyetin enerji sektörüyle bağlantılı olması haricinde Enerji Şartı Anlaşması'nın 10/1'inci maddesinde yer alan şemsiye hüküm "*her bir akit devlet, yatırımcı ve yatırımlar ile ilgi her türlü yükümlülüğü ifa edecektir*" şeklinde olup lafzi olarak YKKTA'larda yer alan şemsiye hükümlerle yaklaşık aynı muhteviyattadır.⁴⁵⁸ YKKTA'ların odağında, yukarıda belirttiğimiz üzere genel olarak yatırımcının değil yatırımın korunması yer alırken Enerji Şartı Anlaşması'nda yabancı yatırım haricinde yabancı yatırımcı da ayrıca korunmaktadır.

1.Yabancı Yatırım

Enerji Şartı Anlaşması'nın 1/6'ncı maddesinde "*yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:*

(a) *aynı veya aynı olmayan, taşınır veya taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;*

(b) *bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri, ve bonolar, ve bir firma veya teşebbüsün borçları;*

(c) *bir ekonomik değere sahip olan ve bir Yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri;*

⁴⁵⁵ Kararın incelemesi için bkz. Stanivukovic, s.264.

⁴⁵⁶ Stanivukovic, Heyetin bu çıkarımının nükleer enerji üreticileriyle uzun süreli sözleşmeye dayalı ve nükleer enerji üretiminde önemli olan pek çok faaliyetin Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunmasının önünü açtığını belirtir. Bkz. Ibid, s.265.

⁴⁵⁷ Konunun henüz yargıya taşınmadığına ilişkin ayrıca bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.64.

⁴⁵⁸ Çal, (Uluslararası), s.340.

(d) *Fikri mülkiyet;*

(e) *Kazanç;*

(f) *Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar. ...”*

şeklinde ifade olunduğu üzere yatırım kavramıyla hem doğrudan hem de dolaylı yatırımlar⁴⁵⁹ anlaşmanın kapsamına alınmıştır. Yapılan bu tanımın tahdidi liste yöntemini yansıttığı söylendiği gibi,⁴⁶⁰ *Plama v. Bulgaristan* kararını işaret eden bir görüş de tanımın başında yer alan “*her türlü varlık*” kavramının örnekleme liste yöntemine işaret ettiğini savunmaktadır.⁴⁶¹ Şemsiye hükmün genel analizinde üzerinde durduğumuz gibi, öğretilerde genel olarak yatırım kavramı konusunda katı bir tanımlamadan özel olarak kaçınılması karşısında,⁴⁶² teknolojik gelişmelerin hızlanmasını ve ortaya çıkan uyumsuzlukların kendine has özellikler barındırma ihtimalini dikkate alarak biz de Anlaşma’da yer alan yatırım kavramının örnekleme liste yöntemiyle ortaya konulduğu kanaatindeyiz.

Enerji sektöründe üretim sonrası pazarlama ve satış faaliyetleri normalde yatırım kavramına dahil edilmezken,⁴⁶³ Enerji Şartı Anlaşması bu anlayışa bir istisna getirmiştir. Konuya ilişkin olarak Anlaşma’nın 1/6-f maddesinde “*Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar*” da yatırım tanımının kapsamına almıştır. Bu doğrultuda 1/6’ncı maddede ifade olunan Anlaşma kapsamında yer alan yatırıma ek olarak “*Enerji Sektöründeki bir Ekonomik Aktiviteye ilişkin herhangi bir yatırım*” tanımı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Yine Anlaşma’nın 1/5’inci maddesine

⁴⁵⁹ Çal, (Enerji Şartı), s.331; Enerji yatırımlarında yoğunlukla doğrudan yabancı yatırımların görüldüğüne ilişkin bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.41. Enerji Şartı Anlaşması kapsamında dolaylı yatırımların da korunduğu ve fakat yabancı yatırımcının üzerinde kontrol gücü bulunmaması karşısında portföy yatırımlarının kapsam dışında tutulacağı kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yılmaz, Alper Çağrı, s.118.

⁴⁶⁰ Yılmaz, Alper Çağrı, s.115.

⁴⁶¹ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.59.

⁴⁶² Işık, s.127.

⁴⁶³ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.57.

göre “Enerji Sektöründe Ekonomik Aktivite Annex⁴⁶⁴ Nl’da yer alanlar dışındaki Enerji Maddeleri ve Ürünlerinin arama, çıkarma; rafinaj, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama, veya satışına ya da çokkatlı konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin ekonomik aktiviteler ...“dir. Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi’nin IV/2’nci maddesinde de Enerji Sektöründeki Ekonomik Aktivitelerin tahdidi olarak Anlaşma’da yer alanlardan ibaret olduğu hususuna yer verilmiş, bunlar:

- “i) petrol, doğal gaz, kömür ve uranyum gibi enerji hammaddelerinin, araştırılması, aranması ve çıkarılması;*
- ii) rüzgar ve diğer kaynaklarda dahil, yenilenebilir enerji kaynaklarıyla çalışan güç üretim birimlerinin inşaatı ve çalıştırılması;*
- iii) enerji materyalleri ve ürünlerinin, karayolu ile nakliyesi, dağıtımı ve arzı, örneğin, boru hatları, dağıtım şebekeleri, demiryolu ile nakliye ve petrol, gaz ve sulu kömürün boru hatlarıyla nakli ya da bu hatların inşaatı;*
- iv) enerji ile ilgili işlemlerden kaynaklanan, termik santral, nükleer santrallerin radyoaktif atıkları da dahil, atıkların uzaklaştırılması ve atılması;*
- v) petrol kuyuları, petrol rafinerileri ve güç üretim tesisleri gibi enerji ile ilgili birimlerin işletme dışı bırakılması;*
- vi) Enerji Materyalleri ve Ürünlerinin pazarlanması, satışı ve ticareti, örneğin benzinin perakende satışı;*
- vii) enerji verimliliğini artırmayı amaçlayan, yukarıda belirtilmiş aktivitelerle ilgili araştırma, danışmanlık, planlama, işletme ve dizayn çalışmaları”*

olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yabancı yatırımcı, enerji sektöründeki ticari faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda YKKTA’ya dayanarak şemsiye hükme başvuramıyor ise de Enerji Şartı Anlaşması kapsamında şemsiye hükümden istifade etmesi mümkün gözükmektedir.⁴⁶⁵ Yılmaz, Anlaşma’da yer alan “Enerji Sektöründeki Bir

⁴⁶⁴ Ek metin. Anlaşma’nın Resmi Gazete’de yayınlanan çevirisinde bu ifade kullanıldığı için ifadeyi değiştirmedik. R.G. 01.02.2000, Sayı 4519.

⁴⁶⁵ Gaz satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta Enerji Şartı Anlaşması’nın uygulandığı *Petrobart v. Kırgızistan* kararı doğrultusunda bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.70.

Ekonomik Aktiviteye ilişkin olma” ifadesiyle yatırım kavramına ilişkin tahdidi listenin genişletildiği görüşündedir.⁴⁶⁶

Yine Anlaşma'nın 1/6'ncı maddesinin devamında anlaşmanın yürürlüğünden sonra yapılan yatırımlar ile yürürlüğünden önce yapılmış olmakla yürürlüğünden sonraki dönemde de etkisini sürdüren tüm yatırımların anlaşmanın kapsamında olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁷ Bu hüküm YKKTA'larda öngörülen şemsiye hükme dayandırılacak yatırım uyuşmazlıklarının hangi dönemde ortaya çıktıklarına dair görüşle çelişmemektedir. Neticede Anlaşmanın yürürlüğü öncesinde uyuşmazlık süreci işletilmeye başlanılmışsa artık Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılamayacak ve fakat yürürlüğü sonrasında, yürürlük öncesi süreçte gerçekleşen yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar da bu Anlaşmadaki hükümlere (ve tabî ki şemsiye hükme) dayandırılarak çözüme götürülebilecektir.

Eklemek gerekirse Enerji Şartı Anlaşması devletın bu anlaşmaya dayalı olarak üstlendiği yükümlülükleri belirli dönemlere ayırmaktadır.⁴⁶⁸ Yatırım öncesi dönemde bağlayıcılığı az olan taahhütler (*soft law*) söz konusu iken yatırım sonrası dönemde yükümlülüklerin katı olduğu (*hard law*) görülür.⁴⁶⁹ Anlaşma kapsamında yatırım öncesi dönemde ev sahibi devletın yükümlülükleri yalnızca diğer akit devletlere karşı iken yatırım sonrası döneme ilişkin yükümlülükler de yatırımcı da hak sahibi olarak ortaya çıkar.⁴⁷⁰ Zira yatırım öncesi dönemde gerçekleştirilen faaliyetler Anlaşma kapsamında yatırım kavramına dahîl edilmemiştir.⁴⁷¹ Bu konuda asgari koruma ölçütlerinin yatırım öncesi döneme de aksettirilmesine ilişkin Ek Protokol müzakerelerinden sonuç alınamamıştır.⁴⁷²

⁴⁶⁶ Yılmaz, Alper Çağrı, s.115.

⁴⁶⁷ Yatırımcının ekonomik çıkarlarını zedeleyen her türlü anlaşma öncesi hak ihlalinin de Enerji Şartı Anlaşması gereğince yabancı yatırımın kapsamında olduğu görüşü için bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.189; Aksi yönde Yılmaz, Alper Çağrı, s.131.

⁴⁶⁸ Akıntürk, s.56.

⁴⁶⁹ Akıntürk, s.56; Ayrıca bkz. Stanivukovic, s.261/262.

⁴⁷⁰ Kaya Caner, s.322.

⁴⁷¹ Yatırım öncesine ilişkin harcama ve faaliyetlerin, yatırıma ilişkin fizibilite çalışmalarına yapılan harcamalar ve iş kurma hakkı çerçevesinde yatırımın gerçekleştirilebilmesi için ev sahibi devlet mevzuatına uygun yasal ve idari ortamın hazırlanmasına dair işlemler olduğu yönünde Yılmaz, Alper Çağrı, s.125.

⁴⁷² Kaya Caner, s.322; Kılavuz, s.193; Çal, (Enerji Şartı), s.332; Yılmaz, Alper Çağrı, s.127.

Bu arada genel olarak yatırım anlaşmalarında öngörülen yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olması koşulu Enerji Şartı Anlaşmasında bulunmamaktadır.⁴⁷³ Bu duruma gerekçe olarak yatırım tahkiminin konusunun sınırlandırılmaması⁴⁷⁴ ve emredici hukuka esaslı bir şekilde aykırı eylemlerin zaten yatırım addedilemeyeceği,⁴⁷⁵ görüşleri ileri sürülmüştür.

Konuya ilişkin ICSID'in önüne gelen *Kardassapulos v. Gürcistan* dosyasında, yabancı yatırımcı Kardassapulos'un hissedarı olduğu şirket ile Gürcistan Bakanlar Kurulu'nun da imzasıyla devlet kamu tüzel kişisinin akdettiği ortak girişim sözleşmesi ve devam eden süreçte bu ortak girişimin Gürcistan'da yetkili kamu otoritesi Transneft ile imtiyaz sözleşmesi akdetmesi, bu sözleşmenin ise Enerji Bakanlığı tarafından onaylanması karşısında Heyet, sonradan getirilen idari düzenlemelerle sözleşmelerin geçersiz kılınmasının davacı yabancı yatırımcının *haklı beklentisine* hanel getirdiği gerekçesiyle davalı Gürcistan'ın savunmalarını reddetmiştir.⁴⁷⁶ Görüldüğü üzere uygulamada da yabancı yatırımcının haklı beklentisi, yatırımın ev sahibi devlet hukukuna uygunluğuna nazaran ön plana çıkmaktadır.

Şemsiye hükümlerin genel analizinde üzerinde durduğumuz gibi Enerji Şartı Anlaşması'nda da şemsiye hükmün ihlal edildiği iddiasında bulunan yabancı yatırımcının dayanağı herhangi pasif ya da aktif bir işlem⁴⁷⁷; aktif birer işlem olarak bir taahhüt, idari işlem ya da sözleşme olabilir. Uygulamada enerji sektöründeki yabancı yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki yatırım ilişkisi, yoğunlukla enerji yatırım sözleşmeleriyle kurulur. *Yılmaz* eserinde, Enerji Şartı Anlaşması'na uygun olarak yatırım sözleşmelerini konuları itibarıyla *enerji kaynaklarının aranması ve üretimi sözleşmeleri, enerji altyapı*

⁴⁷³ Erkan, s.189; Yılmaz, Alper Çağrı, s.120.

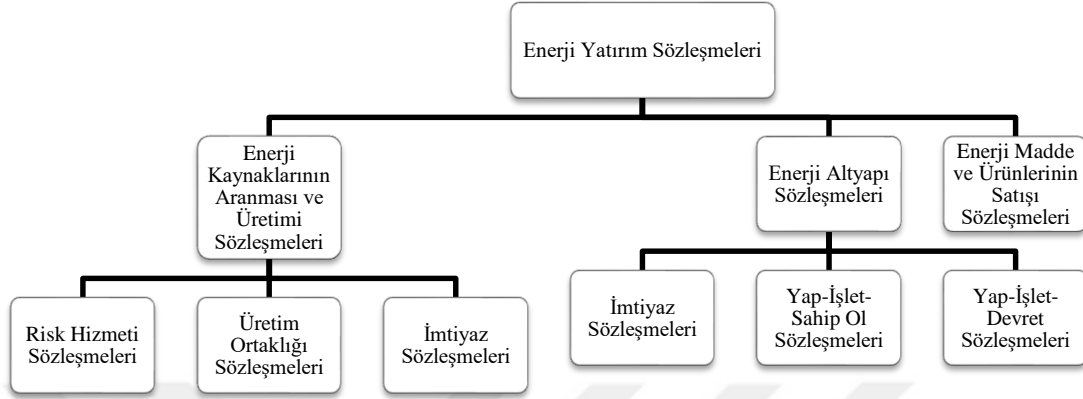
⁴⁷⁴ Erkan, s.189; Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.60.

⁴⁷⁵ Erkan, s.189; Yılmaz, Alper Çağrı, s.120/121; Bu görüş, genel hukuk kurallarıyla yatırımın tespitinin kabulü ihtimalinde herhangi bir hukuki ilişkiye dayanan hakkın, devlet tarafından ortadan kaldırılabilceğini savunur. Bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.60.

⁴⁷⁶ Yılmaz, Alper Çağrı, s.122/123.

⁴⁷⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Partial Award, Eureka B.V. v. Republic of Poland, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017), s.85.

sözleşmeleri ve enerji madde ve ürünlerinin satışı sözleşmeleri olarak üç ana başlık altında toplamıştır.⁴⁷⁸



479

1945 öncesi dönemde sık uygulanan⁴⁸⁰ *imtiyaz sözleşmelerinde* devletin enerji kaynağı üzerindeki mutlak hakları flulaşır ve yabancı yatırımcı gerek arama ve üretim faaliyetlerinin görülmesinde gerekse neticede elde edilecek menfaatlerde tek başına hareket etme imkânına sahip olur.⁴⁸¹ Bu sözleşme türünde ev sahibi devlet tanıdığı imtiyazlar ve neticede üretilen varil türev enerji maddeleri üzerindeki işletme haklarının devrine ilişkin olarak maddi menfaat temin eder.⁴⁸² Ev sahibi devletin yatırımın konusunu oluşturan enerji kaynağı üzerinde mutlak hak sahibi olduğunun kabul edildiği ve fakat arama ve üretim faaliyetlerinin yabancı yatırımcı, neticede elde edilecek menfaatin ise taraflar arasında paylaştırıldığı sözleşmeler ise *üretim ortaklığı ya da kar ortaklığı*⁴⁸³ *sözleşmeleri* olarak adlandırılmaktadır.⁴⁸⁴ 1960'lı ve 1970'li yıllarda ortaya çıkan bu sözleşme türü genellikle ev sahibi devletin sahibi ya da hissedarı olduğu şirketler ile yabancı yatırımcılar arasında düzenlenir.⁴⁸⁵ Üretim ortaklığı ya da kar ortaklığı sözleşmeleri petrol üreten ülkelerin yeni ortaya çıkan gücünü ve kendi sınırında teknik

⁴⁷⁸ Yılmaz, Alper Çağrı, s.158.

⁴⁷⁹ Yılmaz tasnifine göre oluşturulan enerji yatırım sözleşmeleri tablosu. Tasnif için bkz. Yılmaz, Alper Çağrı, s.158 vd.

⁴⁸⁰ Dolzer / Schreuer, s.72.

⁴⁸¹ Yılmaz, Alper Çağrı, s.160.

⁴⁸² Dolzer / Schreuer, s.72.

⁴⁸³ Ibid, s.73.

⁴⁸⁴ Yılmaz, Alper Çağrı, s.159.

⁴⁸⁵ Dolzer / Schreuer, s.73.

bilgi, teknoloji gibi hususlarda gelişme istekliliğini ortaya koyar.⁴⁸⁶ Pek çok idari işlem ve sözleşmeyi bünyesinde barındıran⁴⁸⁷ transit boru hattı projelerinde de rastlanan bu sözleşme türünde⁴⁸⁸ yabancı yatırımcıyla ev sahibi devletin sahibi ya da hissedarı olduğu şirketin gerçekleştirdiği müzakerelere hükümet yetkilileri de eşlik etmektedirler.⁴⁸⁹ Bu yönüyle *Kardassopoulos v. Gürcistan* kararını da gözeterek bu sözleşmelerde yer alan iç hukuka aykırılık gibi herhangi bir durumun yabancı yatırımcının haklı beklentisi karşısında kaçınılmaz şekilde Enerji Şartı Anlaşma'sının 10'uncu maddesinin uygulanmasına kapı aralayacağını da vurgulamak isteriz. Enerji arama ve üretim faaliyetlerinde rastlanan bir diğer yatırım sözleşme türü olan *risk hizmeti sözleşmelerinde* ise yabancı yatırımcı bu faaliyetlere ilişkin tüm riski yatırımın gerçekleşmesi ihtimalinde temin edeceği bir bedel karşılığında üstlenmektedir.⁴⁹⁰

Enerji yatırım sözleşmelerinin bir alt başlığı olan enerji altyapı sözleşmeleri 1990'ların başında gelişmeye başlayan özelleştirme politikalarının bir sonucu olarak şekillenmiştir.⁴⁹¹ *Yap-işlet-sahip ol sözleşmelerinde* projeye ilişkin bütün ana fayda ve riskler yatırımcıya bırakılır.⁴⁹² Eğer projeye ilişkin ana fayda ve risklerin belirli bir süre sonra yeniden ev sahibi devlete devredileceği kararlaştırılmışsa *yap-işlet-devret sözleşmelerinden* söz edilir.⁴⁹³

Gerek bunların yeterince şeffaf olmaması, gerekse taraf iradeleri ve ev sahibi devlet iç hukukuna göre farklı modellerde düzenlenme ihtimalinin bulunması karşısında enerji yatırım sözleşmelerine dair genel bir tasniften kaçınmanın yine de daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Zira yatırım anlaşmalarıyla yabancı yatırımcıya ek koruma ölçütlerinin getirilmesinin altında yatan esas neden de yatırım sözleşmelerinin bu konuda yetersiz kalması olmuştur.⁴⁹⁴

⁴⁸⁶ Ibid, s.72.

⁴⁸⁷ Karaca, s.115.

⁴⁸⁸ Ibid, s.114.

⁴⁸⁹ Ibid, s.114.

⁴⁹⁰ Yılmaz, Alper Çağrı, s.161.

⁴⁹¹ Dolzer / Schreuer, s.73.

⁴⁹² Ibid, s.73.

⁴⁹³ Ibid, s.73.

⁴⁹⁴ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.182.

Enerji yatırımlarında yabancı yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki hukuki ilişkinin sık görülen bir diğer dayanağı *lisans(ruhsat)*tır. Lisans/ruhsatın hukuki niteliği konusunda devletler kendi iç hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeye gidebilmektedirler. Örneğin Amerika ve Kanada’da lisans bir tür sözleşme olarak ele alınırken,⁴⁹⁵ Avustralya ve Almanya lisansın hukuki niteliği itibariyle bir idari işlem olduğu kabul etmektedir.⁴⁹⁶

2.Yabancı Yatırımcı

Şemsiye hükmün genel analizinde üzerinde durduğumuz hükmün kapsamında korunan yabancı yatırımcı Enerji Şartı Anlaşması’nın 10’uncu maddesinde yer alan şemsiye hükmün tanımıyla yabancı yatırımdan ayrılmıştır. İlgili maddede yer alan “her akit devlet, diğer akit devletin *yatırımcısı* ya da *yatırımları* hakkında üstlendiği yükümlülüklerle uyacaktır” ifadesiyle yabancı yatırım ev sahibi devlet hukukuna uygun olarak kurulan tüzel kişiliğin sermayesi olsa dahi paydaş yabancı yatırımcı bu tüzel kişiden bağımsız olarak şemsiye hükme dayanabilecektir.⁴⁹⁷

Enerji Şartı Anlaşması kapsamında yabancı yatırımcının gerçek kişiler bakımından tespitine ilişkin 1/7-a-i’nci maddeye göre ev sahibi devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmanın yanı sıra, kişinin bu devlet ülkesinde sürekli ikametgâhının bulunması da Anlaşmadan istifade edebilmesi için yeterlidir.

Tüzel kişiler bakımından Anlaşma’nın 1/7-a-ii’nci maddesine göre yatırımcı, “*söz konusu Anlaşma Tarafında uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyonu* “ ifade eder. Doktrinde bu örgütlenmenin tespitinde kuruluş yerinin⁴⁹⁸ dikkate alınması gerektiğinin söylenmesi yanında Anlaşma genel olarak incelendiğinde kontrol esasının önem arzettiği de belirtilmiştir.⁴⁹⁹ Yatırımcının tespitinde kontrol merkezini esas alan düşünce, bunu Anlaşma’nın 1/6’ncı maddesinde yer alan “*yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir...*” ifadesine dayandırmaktadır.⁵⁰⁰ Ayrıca

⁴⁹⁵ Karaca, s.114.

⁴⁹⁶ Ibid, s.114.

⁴⁹⁷ Hamamoto, s.455.

⁴⁹⁸ Yogodawa / Peterson, s.137.

⁴⁹⁹ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.51; Yılmaz, Alper Çağrı, s.116.

⁵⁰⁰ Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.51.

yine Anlaşma'nın 26/7'inci maddesi akit devletlerden biri tarafından kontrol edilmesi durumunda ev sahibi devlet tabiiyetindeki tüzel kişilerin de Merkez'in yetkisini düzenleyen ICSID Anlaşması'nın 25/2'inci maddesi kapsamında yabancı yatırımcı statüsünde kabul edileceğini düzenlemiştir.⁵⁰¹

Yatırımcı kavramının geniş yorumu esas alınırsa akit devletlerden herhangi birinin hukukuna uygun olarak kurulan holding şirketler vasıtasıyla ev sahibi devlet ülkesinde yapılan yatırımlarda akit olmayan devlet hukukuna tabi olarak kurulan tüzel kişilerin de dolaylı yolla Anlaşma kapsamında korunması söz konusu olur.⁵⁰² Biz de, yatırım sözleşmesine ihtirazi bir kayıt konulmamışsa, şemsiye hükmün genel analizinde belirttiğimiz üzere⁵⁰³ bunun mümkün olduğunu savunmaktayız.⁵⁰⁴ Son olarak Anlaşmanın 26/7'nci maddesiyle kontrol yeri de Anlaşmanın kişi koşulu olan yatırımcının kim olduğunun ortaya konulmasında dikkate alınmış, yatırımcı ev sahibi akit devlette örgütlenmiş olsa dahi diğer akit devletlerden birinin kontrolündeysen Enerji Anlaşması ve tabî ki şemsiye hüküm kapsamında korunmaya alınmıştır.

Enerji Şartı Anlaşması hükümlerinin izahında Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi'nin de incelenmesi gerekliliğine işaret eden bir görüş,⁵⁰⁵ Anlaşma kapsamında korunan yabancı yatırımcının, yatırım üzerindeki kontrolünün ne suretle olması gerektiğinin de bu yolla açıklığa kavuşturulabileceğini ortaya koymaktadır.⁵⁰⁶ Nihadi Senedin IV/3'üncü maddesine göreyse yabancı yatırımcının yatırım üzerindeki kontrolünün tespitinde “... (a) Yatırımdaki özsermaye payını da kapsayan mali faydayı; (b) Yatırımın yönetim ve organizasyonu üzerinde önemli etkide kontrol yeteneği; ve (c) Yönetim Kurulu ve diğer yönetim organı üyelerinin seçimi üzerinde önemli etkide kontrol yeteneği ...”⁵⁰⁷ hususları dikkate alınacaktır. Açıklık getirmek gerekirse yabancı

⁵⁰¹ Ibid, s.51.

⁵⁰² Örgütlenmeden ne anlaşıldığına ilişkin tartışmalar hakkında Erkan, (Milletlerarası), s.229; Bu konuda geniş yorumu esas alan görüşler için Yogodawa / Peterson, s.137.

⁵⁰³ II.B.2'y3 bakılabilir.

⁵⁰⁴ Benzer yönde bkz. Erkan, (Milletlerarası), s.189.

⁵⁰⁵ Yılmaz, Alper Çağrı, s.117.

⁵⁰⁶ Ibid, s.117.

⁵⁰⁷ İngilizce aslı “... (a) financial interest, including equity interest, in the Investment; (b) ability to exercise substantial influence over the management and operation of the Investment; and (c) ability to exercise substantial influence over the selection of the members of the board of the directors or any other managing body ...” şeklinde olan ilgili düzenlemenin Resmi Gazete'de yayınlanan çevirisi “... (a) yatırım

yatırımcının yatırım üzerindeki kontrolü bu yatırımdan maddi menfaat temin etmesine, ayrıca hem yatırımın işletilme ve idaresinde hem de yatırımın idaresinde görev alacak kişilerin tayininde aktif rolü bulunmasına bağlıdır. Kontrol seviyesinin tespitinde değerlendirmeye alınacak bu düzenlemeler tahdidi olmayıp, olayın özelliklerine göre farklı durumlar da dikkatle incelenecektir.⁵⁰⁸ Aynı maddeye göre eğer yabancı yatırımcının yatırım üzerindeki kontrolü konusunda şüphe oluşursa ispat yükünün yatırımcıya ait olduğu kaleme alınmıştır.

Devletin müdahalesi sebebiyle şemsiye hükme başvurabilmesi için ilgili kişi ya da faaliyetin ev sahibi devletin ihlale sebep olan müdahalesinden önce yatırımcı ya da yatırım vasfını kazanmış olması gerekir.⁵⁰⁹ Konuya ilişkin *Libananco v. Türkiye* kararında Heyet, Uzan Ailesinin Çukurova Elektrik A.Ş. ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş.’deki hisselerinin Libananco tarafından Devletin müdahalesinden sonra satın alınması nedeniyle yetkisizlik kararı vermiştir.⁵¹⁰ İlgili olayı değerlendiren Heyetin kararında yabancı yatırımcı eyleminin hakkın kötüye kullanımı ve iyiniyet ilkesine aykırı olması da etkili olmuştur. Yatırımcı sıfatının kazanıldığı tarihin ispatında ispat yükünün ihlal iddiasında bulunan kişiye ait olduğunu da vurgulamak isteriz.⁵¹¹

Yatırım anlaşmalarında genel olarak bahsettiğimiz faydalandırmanın reddi hükmüne Enerji Şartı Anlaşması’nın 17/1’inci maddesinde yer verilmiştir. Ancak burada yer alan hüküm yabancı yatırımcıyı doğrudan bağlayan bir kural değil akit devletlerin hükmün sağladığı hakları mahfuz tuttuklarına ilişkindir.⁵¹² Doktrinde *Erkan*, faydalandırmanın reddi hükmünden istifade etmek isteyen akit devletin uyuşmazlık

içindeki bono faizi de dahil, finansal faizi, (b) yatırımın işletilmesi ve idaresi üzerindeki belirgin etkilerinin incelenmesi, (c) yönetim kurulu üyelerinin veya herhangi bir idari organın seçimi üzerindeki belirgin etkisinin incelenmesi ...” şeklinde olup hatalıdır. Metnin İngilizce aslı için bkz. Final Act of The European Energy Charter Conference.

http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_Final_Act.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017); Avrupa Enerji Şartı Nihai Senedi’nin Türkçe Metni için bkz. R.G. 12.07.2000, Sayı 24107.

⁵⁰⁸ *Yılmaz*, Nihai Senet’te yer alan kontrolün tespitine ilişkin kıstasların bir yatırımda aynı anda bulunmasının gerekmediğini ve ayrıca bunların tahdidi olarak ortaya konulmadığını ifade etmektedir. *Ibid*, s.118.

⁵⁰⁹ Bu kuralın yatırım anlaşmalarına ilişkin genel bir kural olduğuna ilişkin bkz. *Ibid*, s.133.

⁵¹⁰ *Yılmaz*, Alper Çağrı, s.138/140.

⁵¹¹ *Ibid*, s.138.

⁵¹² *Şit Köşgeroğlu*, (Enerji), s.52; *Erkan*, s.256.

ortaya çıktığında uyuşmazlığın her bir aşamasında bu hakkını kullanabilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵¹³

Faydalandırmanın reddine ilişkin 17'nci madde de *Amto v. Ukrayna* dosyasındaki savunmanın dayanaklarından biri olmuş ve Heyet tarafından yorumlanmıştır. Konunun düzenlendiği 17/1'inci maddeye göre; “ *Her Anlaşma Tarafı, bu bölümde yer alan avantajların, aşağıda belirtilen kuruluş veya Yatırımlara uygulanmasını reddetme hakkını saklı tutacaktır:*

(1) *Üçüncü bir ülkenin vatandaşlarının veya tabiyetindekilerin sahip olduğu veya kontrol ettiği ve organize olduğu Anlaşma Tarafının Alanında önemli ölçüde iş hacmine sahip olmayan bir hukuki kuruluş; ... “* Heyet, faydalandırmanın reddi hükmünden istifade edilebilmesine ilişkin değerlendirmesinde, *önemli ölçüde iş hacmi* ölçütünde iş hacminin maddi büyüklüğünün önemi bulunmadığını ortaya koydu.⁵¹⁴ Heyet, akit devletlerden birinde faaliyet gösteren herhangi bir işletme küçük de olsa, bu işletmenin aktif çalışanları bulunuyorsa ev sahibi devletin faydalandırmanın reddi hükmünden istifadesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaştı.⁵¹⁵

3.Eylemin Devlete İsnat Edilebilirliği

Genel olarak şemsiye hükmün ihlalini oluşturan eylemin devlete isnat edilebilirliğinde⁵¹⁶ iç hukukun nazara alınacağını söyleyen görüşlerin yanı sıra bu noktada uluslararası hukuka bakılması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Eylemin devlete isnat edilebilirliğiyle uluslararası hukuku esas alan görüşlerden ilki eylemin devlete isnat edilebilirliğiyle devletin uluslararası sorumluluğunun farklı kavramlar olduğu ve isnat edilebilirlikte iç hukukun nazara alınması gerektiğini savunur. *Ayna etkisi* ya da *uyma sorumluluğu* görüşlerine uygun olarak kavramlar arasındaki ayrıma odaklanmayan bir başka eğilim ise ihlal iddiasının şemsiye hüküm kapsamında devlete isnat edilebilirliğinde Birleşmiş Milletler Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden

⁵¹³ Erkan, s.257.

⁵¹⁴ Stanivukovic, s.267.

⁵¹⁵ Ibid, s.267.

⁵¹⁶ Ayrıntılar için II.B.3.'e bakılabilir.

Doğan Sorumluluğı İlişkin Metin'e bakılması gerektiğini savunmaktadır. İlgili Metnin 4'üçü maddesine göre;

“(1)Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir.

(2) Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.” yine aynı Metnin 5'inci maddesine göre;

“ Dördüncü madde kapsamında Devlet organı olmayan, fakat bu Devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, olayda bu kişi ya da birim bu nitelikte davrandığı sürece, milletlerarası hukuka göre bir Devlet fiili olarak kabul edilir.”

Enerji Şartı Anlaşması, Birleşmiş Milletler Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğı İlişkin Metin'de yer alan düzenlemelere uygun olarak ve bunlara nazaran daha kapsamlı biçimde ihlal iddiasının tarafı olan devletten ne anlaşılacağı hususunu 22'nci ve 23'üncü maddelerle ortaya koymaktadır. Anlaşma'nın 22'nci maddesine göre;

“(1) Her Anlaşma Tarafı, tesis veya idame ettiği her devlet kuruluşunun, kendi Alanları içerisinde mal ve hizmetlerin satışı veya temini ilgili aktivitelerini, Anlaşma Taraflarının bu Anlaşmanın III'üncü Bölümünde yer alan yükümlülükleri ile uyumlu bir şekilde gerçekleştirmelerini sağlamakla yükümlüdür.

(2) Hiçbir Anlaşma Tarafı, bu tür bir kuruluşu, kendi Alanında, bu Anlaşmanın diğer hükümlerinden doğan yükümlülükleriyle uyumsuz bir şekilde çalışmaya teşvik edemez veya zorlayamaz.

(3) Her Anlaşma Tarafı, bir devlet kuruluşunu tesis veya idame etmesi ve söz konusu kuruluşu yasal, idari veya diğer resmi yetkilerle mücelles kılması durumunda, anılan kuruluşun, kendisine tahsis edilmiş olan yetkileri, Anlaşma Tarafının, bu

Anlaşmaya ilişkin yükümlülükleri ile uyum içinde kullanmasını sağlamakla yükümlü olacaktır.

(4) Hiçbir Anlaşma Tarafı, kendi Alanında, istisnai veya özel imtiyazlar ile donatılmış herhangi bir kuruluşu, bu Anlaşma kapsamında Anlaşma Taraflarına empoze edilen yükümlülükler ile uyumlu olmayan bir şekilde faaliyet göstermeye teşvik edemez veya zorlayamaz.

(5) Bu Maddenin kapsamında "kuruluş" terimi, herhangi bir kuruluş, ajans, veya başka bir organizasyonu ya da kişiyi ifade etmektedir."

Anlaşma'nın akit devletlerin bölgesel ve yerel yönetimlerin Anlaşma'nın yerine getirilmesindeki sorumluluğuna ilişkin 23'üncü maddeye göre ise;

"(1) Her Anlaşma Tarafı, bu Anlaşma uyarınca, Anlaşmanın tüm hükümlerinin yerine getirilmesinden tamamen sorumlu olup, kendi bölgeleri içinde bulunan bölgesel ve yerel hükümetler ve otoritelerce Anlaşma hükümlerinin yerine getirilmesini sağlayacak makul önlemleri alacaklardır.

(2) Anlaşma Tarafının kendi Alanındaki bölgesel ve yerel hükümetler ve otoritelerce Anlaşmanın yerine getirilmesini etkileyen önlemlerin alınması durumunda, Anlaşmanın II, IV ve Vinci Bölümlerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere müracaat edilebilir."

Honlet & Borg Anlaşma'nın 22 ve 23'üncü maddelerinde yer alan devlete bağlı oluşumların yabancı yatırımcı ya da yatırımlar hakkında karşılıklı olarak üstlendikleri yükümlülüklerin ihlalinin kesin olarak anlaşma hükmünün ihlaline sebep olacağını belirtmektedirler.⁵¹⁷ Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan bu düzenleme sorumluluk hukuku açısından devletin tanımına da daha uygundur.⁵¹⁸ Bahsedilen durum haricinde ticari – hükümler ayrımı yapılmamış olmakla şemsiye hükmün kapsamına ilişkin değindiğimiz genel tartışmalar burada da geçerlidir.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Honlet / Borg, s.20.

⁵¹⁸ Ayrıntı için II.B.3.'e bakılabilir.

⁵¹⁹ Ayrıca bkz. Stanivukovic, s.35.

B.Uyuşmazlık Çözüm Hükümü

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizması 1990'lardan itibaren yatırım anlaşmalarının artışına ve uyuşmazlık çözümünde burada yer alan düzenlemeye başvurulmasına önyak olmuştur.⁵²⁰ Enerji Şartı Anlaşması temelinde uyuşmazlık iddiaları; *transit rejimine ilişkin, ticari, rekabete ilişkin, çevreye ilişkin ve yatırıma ilişkin* olmak üzere dört ana başlık altında incelenebilir.⁵²¹ Ancak transit rejimi ve yatırıma ilişkin uyuşmazlıklar dışında kalan diğer uyuşmazlık iddialarına ilişkin süreçler akit devletlerarasında işletileceğinden yatırımcı-devlet ilişkilerinde doğrudan bir işlevi bulunmamaktadır.

Enerji Şartı Anlaşması, enerji arz güvenliğine yönelik olarak transit akışın⁵²² kesilmemesi adına transit taşıma uyuşmazlıkları için uyuşmazlığın tahkime taşınmasından önce hızlı ve dostane bir arabuluculuk prosedürü sunmaktadır.⁵²³ Anlaşmanın 7'nci maddesinde düzenlenen prosedüre göre “... (6) *Anlaşma Tarafları, kendi Alanlarından Enerji Materyalleri ve Ürünlerinin Geçişinden kaynaklanan uyuşmazlık durumunda, bu Maddenin (7)'nci paragrafında yer alan uyuşmazlıkların çözümü prosedürleri karara bağlanmadan, Enerji Materyalleri ve Ürünlerinin mevcut geçişini durdurmayacak veya kısmayacak; kendi kontrolünde olan bir kuruluşun kesmesine veya azaltmasına izin vermeyecek; veya kendi mevzuatına bağlı olarak, bir kuruluşun kesmesini ve azaltmasını talep etmeyecektir. (Söz konusu hususun spesifik olarak bir kontrat veya diğer anlaşmada yer alması veya arabulucu⁵²⁴ kararına göre izin verilmesi istisna olarak addedilmektedir.)*

(7) *Paragraf (6)'da belirtilen uyuşmazlığın çözümünde aşağıdaki hükümler uygulanacaktır (Söz konusu hükümler; uyuşmazlığa taraf olan Anlaşma Tarafları veya bir önceki paragrafta belirtilen kuruluş ile uyuşmazlığa taraf diğer bir Anlaşma Tarafının*

⁵²⁰ Kılıçarslan, s.33; Coop, s.515/516.

⁵²¹ Kılavuz, s.187 vd.

⁵²² Transit taşıma, enerji maddesinin kaynak ülkeden alıcı ülkeye arada en az bir ülkeden geçilmesi suretiyle taşınmasıdır. Bkz. Kılavuz, s.184.

⁵²³ Yogodawa / Peterson, s.129.

⁵²⁴ Enerji Şartı Anlaşması'nın 7'nci maddesinde geçen “*conciliator*” ifadesinin tam karşılığı “*arabulucu*” olup Türkçe çeviride kullanılan “*hakem*” ifadesi hatalıdır. Metnin İngilizce aslı için bkz. The Energy Charter Treaty. http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017); Enerji Şartı Anlaşması'nın Türkçe Metni için bkz. R.G. 06.02.2000, Sayı 23956.

kuruluşu arasında, önceden anlaşmaya varılan, kontrata bağlı veya diğer uyuşmazlıkların çözümü çabalarından sonuç alınmaması durumunda uygulanacaktır):

(a) Uyuşmazlığa taraf olan bir Anlaşma Tarafı, uyuşmazlık hususuna ilişki olarak, açıklayıcı bir bildirim vasıtasıyla Genel Sekretere başvurabilir.

(b) Söz konusu bildirim iletilmesinden sonraki 30 gün içerisinde, Genel Sekreter, uyuşmazlığa taraf olanlarla ve diğer Anlaşma Tarafları ile konsültasyonlar gerçekleştirerek bir arabulucu atayacaktır. Söz konusu arabulucunun, uyuşmazlığa ilişkin konularda deneyimli olması ve uyuşmazlık taraflarının birinin veya diğer ilgili Anlaşma Taraflarından birinin tabiyetinde veya vatandaşı olmaması, ya da anılan ülkede sürekli ikametgahının bulunmaması gerekmektedir.

(c) Arabulucu, uyuşmazlık tarafları arasında bir çözüm anlaşması veya söz konusu çözüme ulaşılabilmesi için bir prosedür sağlanmasına yönelik çaba gösterecektir. Atamadan sonraki 90 gün içerisinde arabulucu taraflar arasında bir anlaşma sağlamayı başaramaması durumunda, arabulucu, uyuşmazlığa bir çözüm veya söz konusu çözüme ulaşılabilmesi için bir prosedür teklif edecek ve uyuşmazlık çözümlenene kadarki dönemde Geçiş için uygulanacak geçici tarifeleri ve diğer şartları belirleyecektir. ...⁵²⁵

Transit taşıma uyuşmazlıkları dışında çıkan herhangi bir yatırım uyuşmazlığında Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılıyorsa ev sahibi devlet mahkemeleri veya idari makamlarına, sözleşmesel uyuşmazlık çözüm hükmüyle öngörülen mercilere ya da Anlaşmanın 26/4'üncü maddesi gereğince (uyuşmazlığın tarafı olan akit devletler ICSID Anlaşmasına taraf iseler) ICSID Tahkim Merkezi'ne, UNCITRAL Tahkim Kurallarına dayanılarak tayin edilecek tek hakem⁵²⁶ veya Ad Hoc Hakemliğine ya da Stockholm Ticaret Odası Hakemlik Enstitüsü uyarınca bir hakeme başvurulması zorunludur.⁵²⁷ Akit devletler bu konuda Anlaşmanın 26/3'üncü maddesiyle yatırım tahkimine başvuruya

⁵²⁵ Enerji Şartı Anlaşması'nın Türkçe Metni için bkz. R.G. 06.02.2000, Sayı 23956.

⁵²⁶ Enerji Şartı Anlaşması'nın İngilizce metninde "sole arbitrator" olarak geçen ifade Resmi Gazete'de yayınlanan Türkçe metinde "bağımsız hakem" olarak çevirilmiştir. Anlamın çevirisi hatalıdır. Metnin İngilizce aslı için bkz. The Energy Charter Treaty.

http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Leqal/1994_ECT.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017); Enerji Şartı Anlaşması'nın Türkçe Metni için bkz. R.G. 06.02.2000, Sayı 23956.

⁵²⁷ Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması ve Enerji Şartı Anlaşması'nda tahkimin zorunlu olduğuna ilişkin bkz. Harten / Loughlin, s.123.

koşulsuz olarak rıza göstermişlerdir. İstisnai olarak Ek ID’de adı geçen akit tarafların⁵²⁸ bu rızaya koydukları çekince 26/3-b maddesiyle düzenlenmiştir. Bir diğer istisnai düzenleme Ek IA’da yer alan Avustralya, Macaristan, Norveç ve Kanada’nın 26/3-c maddesiyle 10/1’inci maddenin uygulanmasına koydukları çekince⁵²⁹

Ekleme gerekirse yabancı yatırımcının ev sahibi devletin Anlaşma’nın III. Bölümündeki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkin herhangi bir yargısal prosedür işletilmeden önce 26/1’inci madde gereğince uyuşmazlık iyi niyetle çözülmeye çalışılacaktır. Konunun aksettiği *Amto v. Ukrayna* dosyasında Heyet, iyiniyetle çözümün yabancı yatırımcının ev sahibi devlette uzun süre faaliyet gösterebilmesi için ihtimal dahilindeki yanlış anlaşılmaların ve belirsizliklerin önüne geçilmesinde gerekli olduğunu belirtmiştir.⁵³⁰ Bu dosyada Ukrayna’nın Amto’nun iyiniyetle çözüm için başvuruda bulunmadığı, kendisine gönderilen ihtarnamelerde yalnızca ihlal iddialarının ileri sürüldüğü savunmasına karşılık, Heyet, Ukrayna’nın Amto’ya derhal herhangi bir itirazda bulunmamış olmasının iyiniyetle çözüme engel olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵³¹ Zira Heyete göre yabancı yatırımcıya hızlı bir şekilde itirazda bulunulması eğer var ise yabancı yatırımcının da kendisinden kaynaklı sorunları gidermesine ve uzun süre ev sahibi devlette barınmasına kapı aralar.⁵³² Ayrıca vurgulamak gerekir ki yabancı yatırımcının iyiniyetle çözüm sürecinde Anlaşma’da yer alan haklarından ya da herhangi bir ihlal iddiasından söz etmesi gerekmez.⁵³³

Enerji Şartı Anlaşması’nın 10/1’inci maddesine göre sözleşmesel ihlaller şemsiye hüküm gereği akitsel ihlal kabul edileceğinden bu sözleşmelerin ihlali iddialarında

⁵²⁸ Bu taraflar; Avustralya, Azerbaycan, Bulgaristan, Kanada, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Avrupa Birliği ve Avrupa Toplulukları, Finlandiya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Japonya, Kazakistan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovenya, İspanya, İsveç, Amerika Birleşik Devletleri’dir. Bkz. The Energy Charter Treaty (With Incorporated Trade Amendment) and Related Documents.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

⁵²⁹ Bu devletlerden yalnızca Macaristan anlaşmayı onayladığından söz konusu çekincenin uygulama alanı oldukça dardır. Bkz. Şit Köşgeroğlu, (Enerji), s.168.

⁵³⁰ Stanivukovic, s.274; Biz de iyiniyetle çözüm için çaba sarfedilmesinin yabancı yatırımın korunması açısından önemli olduğu görüşündeyiz.

⁵³¹ Ibid, s.273.

⁵³² Ibid, s.273.

⁵³³ Ibid, s.274.

Anlaşmada yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kullanılabilceği söylenmektedir.⁵³⁴ Ancak şemsiye hükme ilişkin tartışmalar nazara alınırda Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan bu hükmün ihlalinin sözleşmesel ihlallerden ayrıştığını ve iki tür ihlalin dayanağının farklı olduğunu yinelemek isteriz. İhlalin asli dayanağına bakılması gerektiğini söyleyen görüşler⁵³⁵ bulunmakla birlikte ve şemsiye hükme dayanılarak akitsel uyuşmazlık çözüm hükmü devreye sokulabilirse de eğer sözleşmesel çözüm hükmünde eş zamanlı Anlaşma'da yer alan ve başvuru mercii yetkili kılınmamışsa akitsel hükme dayalı olarak başvuru mercii sözleşmesel ihlal iddialarının değerlendiremeyeceği söylenebilir. Yine yukarıda değerindiğimiz üzere burada yatırımcının ihlal iddiasını şemsiye hükme dayandırdığını özel olarak belirtmesi gerektiği, aksi durumda sözleşmesel ihlal iddiasının akdin de ihlali anlamını taşıyıp taşımadığının Heyet tarafından re'sen gözetilmemesi gerektiği düşünceindeyiz.

SONUÇ

Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin yatırım tahkimi süreçlerinde uyuşmazlık konusu ilişkinin kamu otoritesine dair hususlar ihtiva etmesi gerektiği söylene de bu görüşte doktrinel bütünlük tesis edilememiştir. Kaldıki gerek uluslararası

⁵³⁴ Yogodawa / Peterson, s.129.

⁵³⁵ Ayrıntı için II.B.3.'e bakılabilir.

tahkim yargılaması özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne odaklandığından gerekse günümüzde devletlerin kamu hizmetinin görülmesinde özel hukuk sözleşmeleri akdedebileceği de kabul edilebildiğinden bu görüşe çekinceyle yaklaşmaktayız.

Yatırım akitlerinin konusunu oluşturan yatırımın eş zamanlı konusunu oluşturduğu yatırım sözleşmelerinin hukuki mahiyeti konusunda da görüş ayrılıkları mevcuttur. Her ne kadar görüşler bu sözleşmeleri yatırım akitlerinin eki statüsünde kabul ediyor ya da taraf iradelerine göre ek statüsünde kabul edilebilir yönündeysede geleneksel uluslararası hukukun yeni sınırlarının sorgulandığı süreçte, koşulları tartışılmaya devam eden devletin akitsel sorumluluğunun bu şekilde genişletilmesi sakıncalıdır. Ancak şemsiye hükümlerle yatırım sözleşmelerinin anlaşmanın eki statüsüne dönüştüğü üzerinde duran görüşler küçümsenemeyecek kadar yoğun şekilde savunulmaktadır. *Ayna etkisi* olarak da isimlendirilen bu görüşler, eğer akitte şemsiye hüküm yer alıyorsa, özel hukuka tabi sözleşmelerin ihlal edilmesi durumunda herhangi bir akitsel hüküm olmaksızın devletin sorumluluğunun doğacağını, böylece özel hukuk ihlalinin devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmadığına dair kurala bir istisna getirildiğini savunur. Diğer bir görüş ise bu hükmü, sözleşmesel hükümlerden bağımsız ve fakat bu hükümlerin ihlali ihtimalinde eş zamanlı bu hükmün de ihlalinin söz konusu olduğu, tek başına yargılamanın konusunu oluşturabilecek bağımsız bir hüküm olarak ele almaktadır. Bu görüş sözleşmesel ihlalle akitsel ihlalin şemsiye hüküm aracılığıyla eş anlama kavuşmayacağını savunur. *Ek sorumluluk görüşü* olarak nitelendirebileceğimiz bu görüş şemsiye hükmün pratik uygulamasında da ağır basmaktadır. Devletlerarası kamu hukukuyla devletin iç hukuku arasındaki sınırlarını dikkate aldığından bu görüşü biz de daha sağlıklı bulmaktayız. Ancak yine de tarafların iradelerini açık, tartışmaya mahal vermeyecek bir şekilde ortaya koyarak ayna etkisini doğuracak bir akit ya da sözleşme hazırlamaları da imkânsız görünmemektedir. Doktrinde tartışıldığına rastlamadığımız bir husus olarak şemsiye hükmün, en azından uzun vadede, kamu hizmetinin görülmesinde yabancı yatırımcıların desteğinin alınması karşısında bu yatırımcıların sorumluluklarının da önem kazanması gerekeceği üzerinde durarak *halefiyet hükmü* olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Şemsiye hükmün hukuki mahiyetinin ortaya konulması teorik bir tartışmanın ötesinde bu hükme dayalı herhangi bir uyuşmazlık gündeme getirildiğinde çözüm mercinin tayini ve uyuşmazlığın esasına ilişkin inceleme bakımından da önem kazanmaktadır.

Şemsiye hükmün kapsamı konusunda uzlaşılan bir yaklaşım olmayıp hükmün lafzı ve yerine göre amaçsal yorum metodu kapsamın tayininde önem taşır. Vurgulamak gerekirse yatırım sözleşmeleriyle sınırlandırılmamışsa devletin idari işlemlerle ve hatta yasama faaliyetleriyle yatırımcıya sunduğu taahhütler dahi şemsiye hüküm kapsamında değerlendirilebilir.

Bir diğer önemli husus en çok gözetilen ulus hükmüyle şemsiye hükmün bulunmadığı yatırım anlaşmalarına şemsiye hükmün enjeksiyonuna müsaade eden tahkim kararları mevcuttur. Her ne kadar katı uygulamalardan kaçınılmış ve doktrinde de kabul görmemiş olsa da bu kararlar şemsiye hükmün halefiyet hükmü gibi algılanabilirliğinin yolunu da açmaktadır.

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan yatırım kavramı kanaatimizce örnekleme liste yöntemiyle hazırlanmıştır. Aksi bir yaklaşım uygulamada adaletsiz sonuçlara sebep olabileceği gibi, uzun vadede ortaya çıkacak teknolojik ve ekonomik gelişmeler karşısında anlaşmayı işlevsizleştirebilir.

Yabancı yatırımcının tespitinde her ne kadar diğer akit devlet hukukuna göre (bu devlet hukukunun kendi ülkesi dışında geçerliliği olmadığından) geçerli bir kişiliğin var olması gerekmediği söylene de konu doktrinde ayrıntılı olarak tartışılmamıştır. Ev sahibi devlet hukukuna uygun tüzel kişilerin gerçekleştirdiği yatırımlarda ise yabancılaşma unsurunun tespiti konusunda esnek çıkarımlar bulunuyorsa da genel olarak bu tespitite yabancı yatırımcıya iç hukukta ya da akitte bir hak tanınıp tanınmadığı ve yabancı yatırımcının bu yatırımlardan etkilenip etkilenmediği konuları değerlendirmeye alınmaktadır.

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan şemsiye hükmü yatırım anlaşmalarında yer alan genel şemsiye hüküm tanımından yabancı yatırımcının da doğrudan korunması noktasında ayrılmaktadır. Ancak bu koruma yalnızca ev sahibi devlet ülkesinde geçerli

hukuki kişiliği bulunan yabancı yatırımcıları kapsamakta olup, diğer akit devlet ülkesinde hukuki kişiliği bulunan akit dışı devlet yabancı yatırımcıların tabi oldukları holding şirketler vasıtasıyla ev sahibi devlet nezdinde gerçekleştirdikleri yatırımları kapsamayacaktır.

Enerji Şartı Anlaşması'nda ticari – hükümler eylem ayırımına ilişkin olarak özel bir düzenleme yapılmamış olması karşısında biz ek sorumluluk görüşü çerçevesinde ev sahibi devletin yabancı yatırımcı ve yatırımlar hakkında üstlendiği her tür yükümlülük ihlalinin şemsiye hüküm ihlaline kapı aralayacağı düşüncesindeyiz.

Sözleşmesel ve akitsel (Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan) uyuşmazlık çözüm hükümlerinin birlikte nasıl uygulanması gerektiği de başka bir tartışmalı konudur. Burada genel olarak sözleşmesel ihlallerin şemsiye hüküm olmaksızın akitsel uyuşmazlık çözüm hükmüne dayandırılmayacağı, aksi takdirde bu durumun hükmü genel anlamda işlevsizleştireceği kanaatindeyiz. Benzer olarak sözleşmesel düzenlemelerle akitte yer alan yatırımcı lehine hükümlerin şemsiye hüküm vasıtasıyla ötelenmesi, yani hükmün negatif etkili bir uygulaması da bizce mümkün değildir. Şemsiye hükümle uyuşmazlık çözüm hükümlerinin en armonik uygulaması (ek sorumluluk görüşünde kendini göstermekte) akitsel ihlal iddialarında akitsel çözüm ve sözleşmesel iddialarda ise sözleşmesel çözüm hükümlerinin uygulanmasıdır. Dolayısıyla yabancı yatırımcı şemsiye hükme dayanarak bir ihlal iddiası öne sürecekse akitsel çözüm yollarına başvurulmalıdır.

İhlalin asli dayanağına bakılması gerektiğini söyleyen görüşler bulunmakla birlikte ve şemsiye hükme dayanılarak akitsel uyuşmazlık çözüm hükmü devreye sokulabilirse de eğer sözleşmesel çözüm hükmünde eş zamanlı Anlaşma'da yer alan ve başvuru mercii yetkili kılınmamışsa akitsel hükme dayalı olarak başvuru mercii sözleşmesel ihlal iddialarını değerlendiremeyeceği söylenebilir. Yine yukarıda değindiğimiz üzere burada yatırımcının ihlal iddiasını şemsiye hükme dayandırıldığını özel olarak belirtmesi gerektiği, aksi durumda sözleşmesel ihlal iddiasının akdin de ihlali anlamını taşıyıp taşımadığının Heyet tarafından re'sen gözetilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.



KAYNAKÇA

Kitaplar

Bischoff, Jan Asmus, "Initial Hiccups or More? Efforts of The EU to Find Its Future Role in International Investment Law". Jean E. Kalicki (Ed.) / Anna Joubin-Bret

(Ed.). **Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System** içinde. Brill Nijhoff Yayıncılık, February 2015, ss.531-559.

Crawford, James. **The International Law Commission's Articles On State Responsibility Introduction, Text and Commentaries**. 2. Baskı. Cambridge: Cambridge University Yayıncılık, 2003 (<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2001052682.pdf>).

Çakmak, Mesut / Ergün, Çağdaş Evrim. **Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları**. Ankara: Çakmak Yayıncılık, 2011.

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

Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christophe. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Yayıncılık, 2008.

Dolzer, Rudolf / Stevens, Margaret. **Bilateral Investment Treaties**. Lahey: Martinus Nijhoff Yayıncılık, 1995.

Erkan, Mustafa. **International Energy Investment Law**. Kluwer Law International Yayıncılık, 2010. (International).

Erkan, Mustafa. **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013. (Milletlerarası).

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku Dersleri**. 7. Baskı. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2008.

Karaca, Akif. **Negotiation of Transit Pipeline Agreements: Bargaining in the Shadow of Stability Provisions**. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.

Kelsen, Hans. **Principles of International Law**. 2. Baskı. New York: Holt, Rinehart & Winston Yayıncılık, 1966.

Kuran, Selami / Aydın Okur, Derya / Sarıbeyoğlu, Meltem / Günel, Reşat Volkan. **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**. İstanbul: Türkmen Yayıncılık, 2009.

Oppenheim, Lasso / Jennings, Robert / Watts, Arthurt. **Oppenheims's International Law**. 9. Baskı. Oxford University Yayıncılık, 1992.

Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**. 15. Baskı. Ankara: Turhan Yayıncılık, 2016.

Şit Köşgeroğlu, Banu. **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları İle Korunması**. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayıncılık, 2012. (Enerji).

Torun, Yalçın. **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

Uzun, Elif. **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Yılmaz, Alper Çağrı. **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013.

Sürelî Yayınlar

Ahamed, Ferdous. “**To what extent can the U.S. BIT Model (2012) approach resolve Business Disputes?**”. *Middle East Journal of Business*, 9-1, January 2014, ss.27-32.

Akıntürk, Esen. “Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar”. **Uluslararası Hukuk ve Politika**. 7-27, 2011. ss.53-85.

Anthony, Robert A. “Which Agency Interpretations Should Get Judicial Deference – A Preliminary Inquiry”. **Administrative Law Review**. 4-1, Winter 1988. ss.121.

Aslan, Zehreddin / Arat, Nilay. “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**. 8, Güz 2005/2, ss.1-25.

Birsel, Mahmut Tevfik. “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 7, 2005, ss.1-37.

Chayes, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. **Harvard Law Review**. 89-7, 1976, ss.1281-1316.

Coop, Graham. “Energy Charter Treaty 20 Year Annirsary 2 Years of the Energy Charter Treaty”. **ICSID Review**. 29-3, 2014. ss.515-524.

Cremades, Bernardo M. “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look At the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”. **Dispute Resolution Journal**. 59-2, May-Jul 2004, ss.78-85.

Çal, Sedat. “Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi”. **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**. 63-4, 2008. ss.89-134. (Bakü-Tiflis-Ceyhan).

Erdal, Leman / Karakaya, Etem. “Enerji Arz Güvenliğini Etkileyen Ekonomik, Siyasi ve Coğrafi Faktörler”. **Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**. XXI-1, 2012. ss. 107-136.

Feit, Michael. “Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock?”. **Minnesota Journal of International Law**. 21-1, Winter 2012, ss.21-41.

Fouret, Julien / Khayat, Dany. “International Center of Settlement of Investment Disputes (ICSID) Case LawReview”. **Law & Practice of International Courts & Tribunals**. 12-3, 2013. ss.475-530.

Giray, Faruk Kerem. “Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”. **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**. 17-1/2, 1997-1998. ss.217-228.

Hamamoto, Shotaro. “Parties to the ‘Obligations’ in the Obligations Observance (‘Umbrella’) Clause”. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. 30-2, Spring 2015. ss.449-464.

Harten, Gus Van / Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”. **European Journal of International Law**. 17-1, 2006, ss.121-150.

Honlet, Jean-Christophe & Borg, Guillaume. “The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited”. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**. 7-1, September 2008, ss.1-32.

Işık, Olcay. “Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme”. **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**. 7-28, 2011, ss.125-145.

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

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

Kuznetsov, Andrey V.. “Limits of Contractual Stabilization Clauses for Protecting International and Gas Investments Examined Through the Prism of the Sakhalin-2 PSA: Mandatory Law, the Umbrella Clause, and the Fair and Equitable Treatment Standard”. **Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution**. 22-2, 2015.

Lee, Jaemin. “Putting a Square Peg into a Round Hole? Assessment of the ‘Umbrella Clause’ from the Perspective of Public International Law”. **Chinese Journal of International Law**. 14-2, 2015, ss.341-373.

Mann, F.A. “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”. Jennings, R.Y. (Ed.) / Brownlie, Ian (Ed.), **The British Year Book of International Law** içinde New York: Oxford University Yayıncılık, 52-1, 1981, ss.241-254.

Marcinkeviciute, Emilija. “Note & Comment: Energy Charter Treaty Transit Protocol: European Gas Market Liberalization And Its Effect On The European-Russian Gas Trade”. **Texas Journal of Oil, Gas, And Energy Law**. 5-1, 2009-2010. ss.109-129.

Merrill, Thomas W. “Judicial Deference to Executive Precedent”. **The Yale Law Journal**. 101-5, March 1992, ss.969-1041.

Naniwadekar, Mihir C. “The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference”. **Trade, Law and Development**. 2-1, 2010, ss.169-194.

Petrochilos, Georgios. “Bosh International, Inc and B&P LTD Foreign Investments Enterprise v Ukraine”. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. 28-2, November 2013, ss.262-272.

Salatino, Gregorio. “Overview of Umbrella Clauses”. **Business Law International**. 13-1, January 2012, ss.51-62.

Sinclair, Antony. “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”. **Arbitration International**. 20-4, December 2004, ss.411-434.

Stanivukovic, Maja. “State-Investor Disputes Connected To Foreign Investments In The Nuclear Energy Sector: A Review Of The Two Cases Arising Under The Energy Charter Treaty”. **Proceedings of Novi Sad Faculty of Law**. 45-3, 2011, ss.253-298.

Şit Köşgeroğlu. “Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. 107, 2013, ss.143-172. (Model).

Wong, Jarrod. “Umbrella Clauses In Bilateral Investment Treaties: Of Breaches Of Contract, Treaty Violations, And The Divide Between Developing And Developed Countries In Foreign Investment Disputes”. **George Mason Law Review**. 14-1, July 2006, ss.135-177.

Woodard, Monika L. “Ghosts Have Rights Too! A New Era In Contractual Rights: Third-Party Invocation In Forum Selection Clauses”. **St. Thomas Law Review**. 26, 2014, ss.467-495.

Yadava, Raag. “SGS Société Générale de Surveillance SA v The Republic of Paraguay, Decision on Jurisdiction, Case No ARB/07/29, International Centre for Settlement of Investment Disputes”. **Australian International Law Journal**. 18-1, 2011. ss.259-266.

Yannaca-Small, Katia. “Case Comment BIVAC BV v Paraguay versus SGS v Paraguay”. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**. 28-2, November 2013, ss.307-313.

Yıldız, Hayrettin. “Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. 111, 2014, ss.279-296.

Yılmaz, Halil. “Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri”. **Ankara Barosu Dergisi**. 2004-2, ss.75-104.

Yodogawa, Noriko / Peterson, Alexander M. “An Opportunity For Progress: China, Central Asia, And The Energy Charter Treaty”. **Texas Journal of Oil, Gas, And Energy Law**. 8-1, 2012, ss.111-142.

Yargı Kararları

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/08/11, Bosch International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1118.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/03/23, EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. The Republic of Argentina, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Partial Award, Eureka B.V. v. Republic of Poland, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No: ARB/11/20, Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189_12.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/09/15, H&H Enterprises Investments, Inc.. v. Arab Republic of Egypt,

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1012.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/03/3, Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No: ARB/08/1, ARB/09/20, Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.217).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/11, Noble Ventures, Inc. v. Romania, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/01/13, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

International Court of Justice, Anglo-Iranian Oil Co., United Kingdom v. Iran, Judgment, Case No: 1952 I.C.J. 93, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1952.07.22_oil_co.htm (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

Permanent Court of International Justice, Judgment No. 8, Case Concerning The Factory at Chorzow, Series A. – No.9, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

Permanent Court of International Justice, Judgment No. 8, Case Concerning The Factory at Chorzow, Series A. – No.17, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

Diğer Eserler

Boden, Değer. “Enerji Uyuşmazlıkları ve Yatırım Anlaşması Tahkimi”. **ICCI 2008 Bildiriler Kitabı**. <http://www.boden-law.com/ICCI.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017), ss.374.

Çal, Sedat. “Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi”. **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/II.%20Uluslararası%C4%B1%20%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/12dr.sedat_al.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017), ss.327-338. (Enerji Şartı).

The Energy Charter Treaty (With Incorporated Trade Amendment) and Related Documents. http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017).

Final Act of The European Energy Charter Conference. http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_Final_Act.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2017)

Kılıçarslan, Elif Işıl. **Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim**. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> (Erişim Tarihi: 18.04.2017), T.C. Çığ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Mersin: Ekim, 2012.

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, **Annual Report 2012**. http://documents.worldbank.org/curated/en/467701468337492422/pdf/818430WBAROE_NG00Box379835B00PUBLIC0.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, **Annual Report 2016**. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR16_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

Sattorova, Mavluda. **From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Towards A Unified Concept of An Investment Treaty Breach**. The University of Birmingham, College of Arts and Law, The School of Law, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, October, 2010. <http://theses.bham.ac.uk/1768/1/Sattorova11PhD.pdf> (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

Small, Vernon. **The predictions had us dodging a bullet, but now the threat is all too real**. Stuff Gazetesi, 9 Kasım 2016. <http://www.stuff.co.nz/national/politics/opinion/86268781/The-predictions-had-us-dodging-a-bullet-but-now-the-threat-is-all-too-real> (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

Smutny, Abby Cohen / Eckhard, R. Hellbeck. **The Allocation of Jurisdiction Between International Arbitral Tribunals and Local Courts in Investor-State**

Disputes, White & Case LLP, Mar 2007. <http://documents.lexology.com/7d910867-b962-4aee-baf8-31152083d21c.pdf> (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

United Nations Conference on Trade and Development, **World Investment Report 2004**. http://unctad.org/en/Docs/wir2004_en.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

Weissenfels, Axel. **Umbrella Clauses**. Universitaet Wien, *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007. https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2017).

Yearbook of The International Law Commission 1974-I. New York, United Nations Yayıncılık, 2015.



Uyuşmazlık Adı	Dayanak Anlaşma	şemsiye Hüküm İfadesi
----------------	-----------------	-----------------------

Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11	Ukrayna-ABD YKKTA	Her Taraf yatırımlara ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.II/3-c.
CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8	Arjantin-ABD YKKTA	Her Taraf yatırımlara ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.II/2-c.
El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15	Arjantin-ABD YKKTA	Her Taraf yatırımlara ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.II/2-c.
Eureko B.V. v. Republic of Poland	Hollanda-Polonya YKKTA	Her Sözleşen Taraf diğer Sözleşen Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.3/5.
Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3	Hollanda-Venezüela YKKTA	Her Sözleşen Taraf diğer Sözleşen Tarafın yurttaşlarının yatırım işlemlerine ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. ... 3/4.
Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11	Romanya-ABD YKKTA	Her Taraf yatırımlara ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.II/2-c.
SGS Soci�t� G�n�rale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6	Filipinler-İsviçre YKKTA	Her Sözleşen Taraf diğer Sözleşen Tarafın yatırımcıları tarafından ülkesinde gerçekleştirilen belirli yatırımlara ilişkin olarak aldığı her yükümlülüğe uyacaktır. m.X/2.
SGS Soci�t� G�n�rale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13	Pakistan-İsviçre YKKTA	Her Sözleşen Taraf daimi olarak diğer Sözleşen Tarafın yatırımcılarının yatırımları hakkında üstlendiği taahhütlere uymayı garanti eder. m.11.
SGS Soci�t� G�n�rale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29	Paraguay-İsviçre YKKTA	Her Sözleşen Taraf daimi olarak diğer Sözleşen Tarafın yatırımcılarının yatırımları hakkında üstlendiği taahhütlere uymayı garanti eder. m.11.
Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4	Mısır-Birleşik Krallık YKKTA	Her Sözleşen Taraf diğer sözleşen tarafın yurttaşları ya da şirketlerinin yatırımlarına ilişkin olarak üstlendiği/eceği her yükümlülüğe uyacaktır. m.2/2-son cümle.
	Enerji Şartı Anlaşması	Her Sözleşen Taraf diğer Sözleşen Tarafın Yatırımcısı ya da Yatırımcısının Yatırımına karşı üstlendiği her yükümlülüğe uyacaktır. m.10/1-son cümle.